

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur miðvikudaginn 16. maí 2018 í máli nr. E-550/2016:

Samkeppniseftirlitið

(Gizur Bergsteinsson lögmaður)

gegn

Byko ehf. og

Norvik hf.

(Halldór Brynjar Halldórsson lögmaður)

og

Byko ehf. og

Norvik ehf.

(Halldór Brynjar Halldórsson lögmaður)

gegn

Samkeppniseftirlitinu og

Íslenska ríkinu

(Gizur Bergsteinsson lögmaður)

Mál þetta, sem dómtekið var 27. mars sl., er höfðað annars vegar 10. febrúar 2016 af Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík, gegn Byko ehf., Skemmuvegi 2a, Kópavogi, og Norvik hf., Skemmuvegi 2a, Kópavogi, og hins vegar 26. febrúar 2016 af Byko ehf., Skemmuvegi 2a, Kópavogi og Norvik hf., Skemmuvegi 2a, Kópavogi, gegn Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík, og Íslenska ríkinu, Vegmúla 3, Reykjavík. Mál framangreindra aðila voru sameinuð í þinghaldi 22. september 2016 með vísan til 30. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Eins og málið þannig liggur fyrir dómnum þykir verða að líta svo á að í aðalsök sé leyst úr kröfum aðalstefnanda, Samkeppniseftirlitsins, en í gagnsök sé leyst úr kröfum gagnstefnanda, Byko ehf. og Norvik hf. Málið var endurupptekið 24. apríl 2018 á grundvelli 104. gr. laga nr. 91/1991.

Í aðalsök krefst aðalstefnandi, Samkeppniseftirlitið, þess að gagnstefnandanum, Norvik hf., verði gert að greiða 650.000.000 króna sekt, er renni í ríkissjóð, og að ógilt verði ákvæði í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 28. september 2015 í máli nr. 6/2015 um að stefndu skuli greiða sekt í ríkissjóð að fjárhæð 65.000.000 króna og að sektin skuli greiðast eigi síðar en einum mánuði frá dagsetningu úrskurðarins. Þá krefst aðalstefnandi þess að stefndu, Byko ehf. og Norvik hf., verði gert að greiða sér málskostnað.

Gagnstefnendur, Norvik hf. og Byko ehf., krefjast aðallega sýknu í aðalsök, en til vara að krafa aðalstefnanda, Samkeppniseftirlitsins, um greiðslu sektar í ríkissjóð verði lækkuð stórlega. Í báðum tilvikum er krafist málskostnaðar úr hendi aðalstefnanda.

Í gagnsök krefjast gagnstefnendur, Norvik hf. og Byko ehf., þess aðallega að felldur verði úr gildi sá hluti úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála 28. september 2015 í máli nr. 6/2015, sem staðfesti að hluta ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015 frá 15. maí 2015 um að gagnstefnandinn Byko ehf. hefði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og gagnstefnendum gert að greiða 65.000.000 króna í stjórnvaldssekt, svo og að felld verði úr gildi ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015 frá 15. maí 2015. Þá er þess krafist að gagnstefndi, íslenska ríkið, greiði stefnanda Norvik hf. 65.000.000 króna með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá málshöfðunardegi til greiðsludags. Til vara er þess krafist að ákvæði úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2015 um að gagnstefnendur skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 65.000.000 króna verði fellt úr gildi að öllu leyti eða sektarfjárhæðin lækkuð verulega. Þá er þess krafist að stefndi, íslenska ríkið, greiði gagnstefnanda, Norvik hf., mismun á 65.000.000 króna og þeirri sekt sem ákvörðuð er með dómi, með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá málshöfðunardegi til greiðsludags. Í báðum tilvikum er krafist málskostnaðar úr hendi stefndu.

Aðalstefnandi og stefndi, íslenska ríkið, krefjast sýknu í gagnsök og málskostnaðar úr hendi gagnstefnenda.

Með úrskurði dómsins 22. mars 2017 var kröfu gagnstefnenda um dómkvaðningu matsmanns hafnað og var sú niðurstaða staðfest í Hæstarétti með dómi réttarins í máli nr. 224/2017 frá 27. apríl 2017. Þá var kröfu gagnstefnenda um að leitað yrði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins hafnað með úrskurði dómsins 27. apríl 2017 og var sú niðurstaða staðfest í Hæstarétti með dómi réttarins í máli nr. 298/2017 frá 1. júní 2017.

Sakarefni máls þessa í aðalsök og gagnsök eru samtvinnuð og eru röksemdir aðila fyrir kröfu sinni í flestum tilvikum jafnframt gagnrök við kröfu gagnaðila. Verður því fjallað um röksemdir þeirra í næstu tveimur köflum nokkuð í einu lagi í aðalsök og gagnsök til að forðast tvítekningar. Þá er jafnframt til einföldunar í eftirfarandi köflum talað um Samkeppniseftirlitið sem aðalstefnanda og íslenska ríkið sem stefnda en um Byko ehf. og Norvik hf. sem gagnstefnendur. Þó kunna hugtökin aðalstefndu og gagnstefndu að vera notuð í þeim tilvikum þar sem það þykir nauðsynlegt samhengis og skýrleika vegna. Þá er í kafla um málsatvik til einföldunar notuð heiti þeirra félaga sem þar koma við sögu.

Málsatvik

Gagnstefnandinn, Byko ehf., rekur byggingarvöruverslanir í Reykjavík og víða um land og er gagnstefnandinn, Norvik hf., móðurfélag fyrrnefnda félagsins.

Forsaga máls þessa er sú að á árinu 2010 barst aðalstefnanda ábending um möguleg brot Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. á ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2005. Er tildrögum þessa nánar lýst svo í gögnum málsins að tveir fyrirsvarsmenn Múrbúðarinnar ehf. hafi snúið sér til aðalstefnanda 15. október 2010 og óskað eftir fundi þar sem þeir vildu upplýsa stofnunina „um tilraunir Byko og Húsasmiðjunnar til að fá Múrbúðina til þess að taka þátt í ólögætu samráði“ auk þess sem þeir vildu „upplýsa um verðsamráð“ milli tveggja fyrrgreindu fyrirtækjanna. Tveir fundir voru haldnir með fyrirsvarsmönnum 21. október og 3. nóvember 2010. Að mati aðalstefnanda komu þar fram upplýsingar sem gáfu tilefni til þess að rannsaka hvort samskipti á milli fyrirtækjanna tveggja og við Múrbúðina ehf. samræmdust ákvæðum samkeppnislaga. Múrbúðin mun skömmu áður hafa hafið samkeppni við Byko ehf. og Húsasmiðjuna ehf. um sölu á grófvörum og opnað verslun sína á Smiðjuvegi í Reykjavík 15. október 2010.

Í kjölfar þess að aðalstefnandi hóf rannsókn sína beindi hann kæru til ríkislögreglustjóra 30. nóvember 2010, samkvæmt 1. mgr. 42. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með áorðnum breytingum, þar sem tíu nafngreindir starfsmenn Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. voru sakaðir um brot á 41. gr. a. og 42. gr. laganna.

Í kærinni var tekið fram að fyrirtækin tvö stunduðu smásöluverslun með byggingarvörur og rækju verslanir víða um land, auk þess sem þriðja fyrirtækið, Múrbúðin ehf., ræki þrjár byggingarvöruverslanir. Væru fyrirtækin þrjú keppinautar á þessum markaði. Staða Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. væri sterk á markaðnum, en Múrbúðin ehf. ætti þar mun minni hlutdeild. Reyndist grunur um ólögætt samráð fyrirtækjanna tveggja, sem væru öflugir keppinautar á mikilvægum markaði, á rökum reistur gæti það haft í för með sér mikið tjón fyrir neytendur og atvinnulífið. Með bréfum aðalstefnanda til ríkislögreglustjóra 23. febrúar og 7. mars 2011 voru tólf starfsmenn Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. til viðbótar kærðir fyrir ætluð brot á 41. gr. a. samkeppnislaga, auk tveggja annarra manna sem tengdust Úlfinum Lagerverslun ehf. Munu þessar viðbótarkæur hafa verið byggðar á gögnum sem ríkislögreglustjóri hafði aflað við rannsókn á upphaflega kæruefninu, sem að framan er lýst, og látið aðalstefnanda í té samkvæmt 6. mgr. 42. gr. samkeppnislaga.

Kæran varð svo tilefni þess að lögregla hóf rannsókn á því hvort starfsmennirnir hefðu brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga en rannsókn

aðalstefnanda beindist á hinn bóginn að því hvort fyrirtækin hefðu brotið ákvæði samkeppnislaga og samsvarandi ákvæði EES-samningsins. Samhengis vegna og til skýringar þykir rétt að greina nokkuð ítarlega frá málsmeðferð og lyktum beggja málanna.

Við rannsókn málsins aflaði lögregla símagagna og framkvæmdi símhlustanir auk þess sem lögregla gerði húsleit hjá Byko ehf., Húsasmiðjunni ehf. og Úlfinum Lagerverslun hf. 8. mars 2011 og lagði þar hald á nokkurt magn gagna. Sama dag tók lögregla skýrslur af starfsmönnum fyrirtækjanna og aftur 14. sama mánaðar. Gögn þessi liggja fyrir í málinu.

Í kjölfar húsleitarinnar mun Húsasmiðjan ehf. hafa óskað eftir því að gera sátt við aðalstefnanda á þeim grundvelli að fyrirtækið hefði brotið samkeppnislög með samskiptum sínum við Byko ehf. Aðalstefnandi taldi ekki forsendur til að ljúka málinu á slíkum grundvelli þar sem fyrir hendi væru vísbendingar um að ætluð brot væru víðtækari en sáttatillagan gerði ráð fyrir og varð ekki af gerð sáttar á þessum tíma af þessum sökum.

Að lokinni lögreglurannsókn gaf sérstakur saksóknari, sem þá hafði tekið við rannsókninni af ríkislögreglustjóra, út ákæru 23. apríl 2014 í málinu. Var starfsmönnum áðurnefndra fyrirtækja gefið að sök refsivert samráð á tímabilinu 13. september 2010 til 3. mars 2011. Voru átta þeirra sakaðir um refsivert verðsamráð með skipulagðri upplýsingagjöf um verð og tilboðskjör sérgreindra grófvörutegunda í símtölum á milli starfsmanna fyrirtækjanna. Þá voru fjórum ákærðu gefin að sök sams konar brot í störfum sínum fyrir Byko hf. í símtölum milli eins þeirra og starfsmanna þriðja fyrirtækisins. Þá voru tveir ákærðu sakaðir um refsiverða hvatningu til verðsamráðs milli Byko hf. og Húsasmiðjunnar hf. með símtölum sem þeir áttu hvor í sínu lagi, og aðrir tveir um refsivert verðsamráð milli fyrirtækjanna og hvatningu til þess í enn öðru símtali. Loks var þremur gefin að sök, hverjum fyrir sig, tilraun til þess að koma á slíku samráði í símtölum við starfsmann fjórða fyrirtækisins.

-

1. Dómur Héraðsdóms Reykjaness og niðurstaða Hæstaréttar

Með dómi Héraðsdóms Reykjaness 9. apríl 2015 í málinu nr. S-218/2014 var framkvæmdastjóri fagsölusviðs Byko ehf. sakfelldur fyrir að hafa hvatt til verðsamráðs og samráðs um gerð tilboða. Aðrir ákærðu voru sýknaðir. Málinu var áfrýjað til Hæstaréttar og var dómur réttarins kveðinn upp 1. desember 2016 í máli nr. 360/2015.

Í dómi Hæstaréttar var talið sannað, með vísan til þeirra gagna sem lögð höfðu verið fram í málinu, að Byko hefði upphaflega spurst fyrir um verð hjá Húsasmiðjunni í símtölum, en samskiptin síðan þróast úr því að vera einhliða í að

verða gagnkvæm þar sem þeir sem ræðst hefðu við skiptust á upplýsingum um verð hjá fyrirtækjunum í sömu eða sambærilegum vörutegundum sem einkum hefðu tilheyrt svokallaðri grófvöru. Hefði tilgangurinn með upplýsingagjöfni augljóslega verið sá að fá gleggri mynd af verðum keppinautarins á samkeppnisvörum og þróun þeirra en kostur hefði verið fyrir fyrirtækin, hvort um sig, með því að kynna sér einungis verðin með þeim aðferðum sem neytendum stóðu til boða. Var talið að hin tíðu og reglubundnu samskipti milli Byko og Húsasmiðjunnar hefðu falið í sér samstilltar aðgerðir sem hefðu haft það að markmiði að raska samkeppni milli fyrirtækjanna og því brotið gegn 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Hið sama var talið eiga við um samskipti Byko og þriðja fyrirtækisins þótt umfang þeirra hafi verið takmarkað. Þar sem um hefði verið að ræða samráð um verð milli fyrirtækja á sama sölustigi hefðu þeir sem framkvæmdu, hvöttu til þess eða létu framkvæma það borið refsíabyrgð samkvæmt 1. mgr. og a-lið 2. mgr. 41. gr. a. laganna.

Við mat á sekt eða sýknu ákærðu var meðal annars litið til þess að tveir hinna ákærðu störfuðu báðir sem sölumenn í þjónustuveri Húsasmiðjunnar, fyrst og fremst við að svara í síma, og var talið ósannað að þeir hefðu með háttsemi sinni brotið með saknæmum hætti gegn áðurgreindum ákvæðum samkeppnislaga. Voru þeir því sýknaðir af kröfum ákærvaldsins í málinu. Hins vegar var talið að F, starfsmaður í þjónustuveri Húsasmiðjunnar ehf., og D, starfsmaður í timbursölu Byko ehf., hefðu, hvor hjá sínu fyrirtæki, borið ábyrgð á framkvæmd þess samráðs sem átt hefði sér stað milli Byko og Húsasmiðjunnar og skipti í því sambandi ekki máli þótt þeir teldu sig hafa tekið þátt í samráðinu með vitund eða vilja yfirmanna sinna. Voru þeir sakfelldir fyrir brot af ásettu ráði gegn 1. mgr. og a-lið 2. mgr. 41. gr. a. samkeppnislaga, sbr. 1. mgr. 10. gr. þeirra. Þá voru þrír starfsmenn Byko, þeir A, framkvæmdastjóri fagsölusviðs Byko ehf., B, sölustjóri fagsölusviðs Byko ehf., og C, verslunarstjóri timbursölu, sakfelldir fyrir brot á sömu ákvæðum samkeppnislaga með skírskotun til þeirra stjórnunarstarfa sem þeir gegndu innan fyrirtækisins og þess að þeim bárust reglulega upplýsingar um að borin hefðu verið saman verð hjá fyrirtækinu og Húsasmiðjunni á yfir 100 vörutegundum. Var talið ótvírætt sannað að þeir hefðu af hálfu Byko stýrt samráði um verð milli þess fyrirtækis annars vegar og Húsasmiðjunnar og þriðja fyrirtækisins hins vegar. Við mat á refsíabyrgð E, framkvæmdastjóra vörustýringarsviðs Húsasmiðjunnar ehf., var aðallega litið til þess að hann hefði verið yfirmaður F og borið ábyrgð á því að verðkannanir voru gerðar á grófvöru. Þá þóttu gögn málsins bera með sér að honum hefði verið kunnugt um að Byko aflaði reglulega á ákærutímabilinu upplýsinga um verð á fjölmörgum vörutegundum hjá Húsasmiðjunni með því að hringja í starfsmenn síðarnefnda fyrirtækisins. Vegna þeirra stöðu sem hann gegndi, og

vitneskju hans um hið refsiverða samráð, var hann sakfelldur fyrir brot á áðurgreindum ákvæðum samkeppnislaga fyrir aðkomu sína, þó aðeins að því er tók til þeirra tilvika þar sem Byko hefðu verið látnar í té upplýsingar um verð. Þá voru G, vörustjóri timbursölu Húsasmiðjunnar ehf., og áðurnefndur E sakfelldir fyrir að hafa hvatt til refsiverðs verðsamráðs milli Byko og Húsasmiðjunnar hvor í sínu símtali og voru brot þeirra heimfærð undir áðurnefnd ákvæði samkeppnislaga. Loks var talið að áðurnefndur A og H, vörustjóri timburdeildar Húsasmiðjunnar, hefðu í símtali sín á milli brotið af ásettu ráði og á alvarlegan hátt gegn 1. mgr. og a- og d-liðum 2. mgr. 41. gr. a. laganna þar sem ekki fór á milli mála í umræddu símtali að ákærðu hvöttu hvor annan til að halda uppi verðum hjá Byko og Húsasmiðjunni í grófvöru, þar á meðal við gerð tilboða. Hins vegar var talið ósannað að áðurnefndir starfsmenn D, G og H hefðu gerst sekir um tilraunir til að koma á samráði við starfsmann fjórða fyrirtækisins í símtölum við hann.

Að lokinni frumathugun sinni í stjórnáskýslumálinu gegn Byko ehf. og Húsasmiðjunni ehf. sendi aðalstefnandi 2. maí 2014 andmælaskjal til Byko ehf., Norvikur hf. og fyrrum eiganda Húsasmiðjunnar, þ.e. Holtavegar 10 ehf., sem og móðurfélags Holtavegar, Landsbankanum hf. Þá var andmælaskjalið einnig sent hinni nýju Húsasmiðju, þ.e. undir nýju eignarhaldi. Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að Byko ehf. og Húsasmiðjan ehf. hefðu haft með sér ólögmaett, samfelld samráð sem hefði haft það að markmiði að raska samkeppni á markaði fyrir alhliða byggingarvöru, þar sem fyrirtækin hefðu saman yfirburðamarkaðshlutdeild. Samráðið hefði m.a. falist í beinum og reglubundnum samskiptum fyrirtækjanna um verð og afslætti af ákveðnum tegundum grófvöru sem og um birgðastöðu sína. Markmiðið með verðsamskiptunum hefði verið að ná fram verðhækkunum og sporna við verðlækkunum til að viðhalda eða auka framlegð fyrirtækjanna. Væri um að ræða mjög alvarlegt brot á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins.

Í kjölfar útgáfu andmælaskjalsins mun Holtavegur 10 ehf., sem rak fyrirtækið Húsasmiðjuna á rannsóknartímabilinu, hafa óskað eftir því að gera sátt í málinu á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga og var sátt milli Samkeppniseftirlitsins og Holtavegar 10 ehf. undirrituð 9. júlí 2014. Með henni féllst félagið á að greiða 325.000.000 króna vegna brota þess á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Eftir að rannsóknartímabilinu lauk mun Húsasmiðjan hafa verið seld til nýs eiganda.

Með sáttinni var viðurkennt að Húsasmiðjan ehf. hefði á rannsóknartímabili málsins, þ.e. frá nóvember 2008 til mars 2011, brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með samfelldu samráði við Byko ehf. um m.a. verð á byggingarvörum. Nánar tiltekið var meðal annars viðurkennt að brotið hefði falist í

reglubundnum, yfirleitt vikulegum, samskiptum við Byko um verð, birgðastöðu o.fl. í því skyni að hækka verð/vinna gegn verðlækkunum á grófvörum (verðkannanir), samráði við Byko í nóvember og desember 2010 um verð á miðstöðvarofnum og samráði við Byko sem átti sér stað í símtali þann 28. febrúar 2011 og fól í sér sérstakt átak til að hækka verð og draga úr samkeppni. Einnig með því að hafa gert sameiginlega tilraun með Byko til að fá Múrbúðina til að taka þátt í samráði um verð á grófvöru og með því að hafa ákveðið með Byko að fylgjast með aðgerðum Múrbúðarinnar á markaðnum. Þá viðurkenndi félagið samráð með því að hafa greint Byko ehf. frá mikilvægum viðskiptalegum upplýsingum sem nánar tiltekið fólust í því að Húsasmiðjan veitti Byko upplýsingar um fyrirhugaðar breytingar á rekstri fyrirtækisins í nóvember 2008 og upplýsti um viðskiptaleyndarmál í febrúar 2010. Þá var tekið fram að Húsasmiðjan væri ekki í aðstöðu til slá því föstu með hvaða hætti upplýsingar í október 2010 um fyrirhugðar mikilvægar breytingar á verðstefnu fyrirtækisins „Prjoect Red“ hefðu borist frá Húsasmiðjunni ehf. til Byko. Vegna þessa féllst Holtavegur 10 ehf. á að greiða 325.000.000 krónur í stjórnvaldssekt. Lauk þar með þætti Húsasmiðjunnar í stjórnarsýslumálinu.

Dómur í sakamálinu í héraði gekk 9. apríl 2015 en aðalstefnandi tók hina umþrættu ákvörðun 15. maí 2015 í máli nr. 11/2015 um ætluð brot Byko ehf. á 10. gr. samkeppnislaga á þeim tíma sem ákærur í sakamálinu tóku til. Þeirri ákvörðun var skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem felldi 28. september 2015 úrskurð sinn í máli nr. 6/2015. Lágu þessar tvær úrlausnir samkeppnisyfirvalda fyrir Hæstarétti er það kvað upp dóm sinni í málinu nr. 360/2015.

-

2. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins 15. maí 2015

Af hálfu Byko ehf. var því mótmælt að fyrirtækið hefði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með samskiptum sínum við Húsasmiðjuna ehf. og önnur fyrirtæki. Sökum þess tók aðalstefnandi ákvörðun í málinu 15. maí 2015 þar sem stofnunin komst að þeirri niðurstöðu að Byko ehf. hefði brotið gegn lagagreininni með margvíslegum hætti á tímabilinu frá nóvember 2008 til mars 2011 og var móðurfélagi þess, Norvik hf., meðal annars af þeim sökum gert að greiða 650.000.000 króna í stjórnvaldssekt.

Umrædd ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er ítarlega rökstudd og henni fylgir gríðarlegur fjöldi gagna. Þar er í III. kafla ákvörðunarinnar skilgreindur sá markaður sem Byko ehf. og Húsasmiðjan ehf. störfuðu á, og talið að verslanir fyrirtækjanna tveggja, sem boðið hafi breitt úrval byggingarvöru og skyldra vara, séu sérstakur flokkur verslana sem starfað hafi á aðgreindum markaði. Samkvæmt því hafi markaðurinn verið sala á alhliða byggingarvöru hér á landi og til

einföldunar miðað við höfuðborgarsvæðið. Á grundvelli tölfræðilegra upplýsinga væri áætlað að hlutdeild Byko ehf. hafi verið á bilinu frá [...] til [...] á þeim markaði árið 2010 og milli [...] og [...] á fyrri helmingi ársins 2011. Á sama tíma hafi markaðshlutdeild Húsasmiðjunnar ehf. verið á bilinu frá [...] til [...] og Múrbúðarinnar milli [...] og [...].

Þá er í IV. kafla ákvörðunarinnar gerð á ítarlegan hátt grein fyrir efni 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Þannig kemur fram að umrædd ákvæði banni alla samninga og samstilltar aðgerðir fyrirtækja sem hafi það að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún takmörkuð eða henni raskað. Í því sambandi er bent á að það hafi ekki þýðingu hvort um sé að ræða samninga eða samstilltar aðgerðir enda taki hugtakið samráð til allra samskipta fyrirtækja sem séu bönnuð samkvæmt 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sbr. 4. mgr. 41. gr. a. samkeppnislaga. Banninu við samráði keppinauta sé ætlað að vinna gegn því að þeir eigi samskipti sín á milli sem séu til þess fallin að draga úr sjálfstæði þeirra og æskilegri óvissu á markaði. Slíkt sjálfstæði og óvissa sé frumforsenda fyrir því að samkeppni geti ríkt.

Í ákvörðuninni er gerð nákvæm grein fyrir samskiptum og aðgerðum umræddra fyrirtækja á tímabilinu frá nóvember 2008 fram í mars 2011. Telur aðalstefnandi þetta hafa falið í sér skipulagt, markvisst og samfellt samráð yfir tveggja og hálfis árs tímabil. Samskiptin hafi haft það að markmiði að takmarka verðsamkeppni fyrirtækjanna. Þau hafi verið tíð en almennt átt sér stað vikulega, á miðviku- eða fimmtudögum, en komist í fastari skorður er liðið hafi á tímabilið. Samskiptin hafi tekið til um 105 grófvara sem hafi verið mikilvægustu söluvörur fyrirtækjanna. Upplýsingarnar sem fyrirtækin hafi skipst á hafi verið grundvöllur verðáakvarðana þeirra í framhaldi af upplýsingagjöf.

Í ákvörðuninni er komist að þeirri niðurstöðu að á þeim tíma sem rannsókn stofnunarinnar tók til hafi Byko ehf. og Húsasmiðjan ehf. átt í reglubundnu samráði, sem aðallega hafi tengst viðskiptum með grófvörur, og tækju flest tilvikin „til ársins 2010 og fram í mars 2011“. Hafi Úlfurinn Lagerverslun ehf. tekið að hluta þátt í samráðinu. Vörunúmer sem fyrstnefndu tvö fyrirtækin seldu hafi skipt tugþúsundum, en umrædd verðsamskipti hafi tekið „til 105 vörutegunda í flokki grófvara sem eiga það sameiginlegt að teljast til mikilvægustu og söluhæstu grófvara þeirra“. Eðli þessarar vöru væri þannig að torvelt væri að bera saman verð á henni. „Hin skipulögðu verðsamskipti gerðu hins vegar Byko og Húsasmiðjunni kleift að bera saman verð á fullkomlega sambærilegum grundvelli.“

Aðalstefnandi kemst að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni að Byko ehf. hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með því að stunda samfellt samráð á rannsóknartímabilinu. Í ákvörðuninni er lýst samskiptum sem

aðalstefnandi telur lýsa samráði fyrirtækjanna á tilteknum tímabilum allt frá árinu 2000 og fram til ársins 2009 og á árinu 2009 til febrúar 2010. Jafnframt er í sérstökum köflum fjallað um samráð á árinu 2010 vegna breytinga á verðstefnu Húsasmiðjunnar ehf. og í tengslum við sölu og verðlagningu á miðstöðvarofnum. Þá er fjallað um samráð frá mánuði til mánaðar á tímabilinu febrúar 2010 til mars 2011. Jafnframt er lýst samráðstilvikum sem fólust að mati Samkeppniseftirlitsins í heimsóknum til keppinauta í febrúar 2011 og svokölluðu samráðssímtali sem átti sér stað 28. febrúar 2011, aðdraganda þess og áhrifum á samkeppnislega hegðun fyrirtækjanna, og í VI. kafla ákvörðunarinnar er brotunum skipt í eftirfarandi flokka:

-

2.1. Bein og reglubundin samskipti um verð o.fl.

Samráð Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. hafi meðal annars falist í því að fyrirtækin hafi átt samskipti um verð, afsláttarkjör og eftir atvikum birgðastöðu á 105 tegundum grófvöru sem hafi verið mikilvægustu söluvörur fyrirtækjanna. Samskiptin hafi verið bein, reglubundin og skipulögð. Samskiptin hafi átt sér stað í símtölum sem hafi varað í allt að þrjátíu mínútur. Þannig hafi fyrirtækin saman ákveðið til hvaða vörutegunda samráðið tæki og tíðni þess.

Samráðið hafi haft það að markmiði að koma í veg fyrir samkeppni fyrirtækjanna með því að halda uppi eða hækka verð á þeim vörum sem það tók til. Upplýsingum um yfirvofandi verðhækkanir hafi þannig verið komið á framfæri til að koma í veg fyrir verðsamkeppni og tapaða markaðshlutdeild. Með svokölluðum „verðkönnunum“ fyrirtækjanna hafi þau í raun verið að senda ólögmat skilaboð um verðhækkanir.

Samráðið hafi átt sér stað með vilja og vitneskju stjórnenda fyrirtækjanna. Stjórnendurnir hafi lagt fyrir undirmenn sína að eiga í samskiptunum. Forstjóri Byko ehf. hafi t.d. lagt áherslu á að samskiptunum væri lokið fyrir fundi framkvæmdastjórnar fyrirtækisins á föstudagsmorgnum. Þá hafi fyrirtækin gert sér grein fyrir því að varasamt væri að eiga í verðsamskiptum með tölvupósti. Samráðið hafi þess vegna átt sér stað í símtölum milli starfsmanna fyrirtækjanna.

-

2.2 Tilraunir til að fá Múrbúðina ehf. til samráðsins

Í ákvörðuninni er lýst þeim samskiptum er leiða til þess að talið verði að Byko ehf. og Húsasmiðjan ehf. hafi gert samstillta tilraun til að fá Múrbúðina ehf. til að taka þátt í verðsamráðinu. Ástæðan hafi verið sú að Múrbúðin ehf. hafi byrjað að selja grófvörur í samkeppni við fyrirtækin haustið 2010. Samkeppnin hafi verið til þess fallin að gera samráðið flóknara og erfiðara. Þetta skýri áherslu Byko ehf. og Húsa smiðjunnar ehf. á að fá Múrbúðina ehf. til samráðsins.

Í ákvörðuninni er því einnig lýst að Múrbúðin ehf. hafi hafnað því að taka þátt í samráðinu. Byko ehf. og Húsasmiðjan ehf. hafi hins vegar skipst á upplýsingum um hinn nýja keppinaut og greint hvort öðru frá neikvæðu viðhorfi í hans garð. Þá hafi fyrirtækin komið sér saman um að „fylgjast með“ starfsemi hins nýja keppinautar. Slíkt samstarf sé andstætt 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins og til þess fallið að raska samkeppni. Þá sé það sérstaklega alvarlegt þegar tvö fyrirtæki með nánast 100% markaðshlutdeild beini í sameiningu sjónum sínum að starfsemi nýs keppinautar er reyni að ná fótfestu á markaðnum.

-

2.3. Samráð um sérstakt átak til að hækka verð og draga úr samkeppni

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er því lýst að 28. febrúar 2011 hafi stefndi og Húsasmiðjan ehf. ákveðið í sameiningu í svokölluðu samráðssímtali að hækka verð og draga úr samkeppni. Í símtali milli starfsmanna fyrirtækjanna þennan dag hafi þeir haft samráð um að fyrirtækin myndu hækka í áföngum verð í öllum tilboðum á grófvöru, grípa til sérstakra aðgerða til að minnka samkeppni í tilboðum á Selfossi og Akureyri, vinna gegn verðsamkeppni og reyna að hækka verðið á gagnvörðu timbri grænu efni, eins og það er kallað í gögnum málsins) á aðalsölutíma þess og hækka verð á miðstöðvarofnum. Í samtalinu hafi starfsmaður Byko ehf. jafnframt greint starfsmanni Húsasmiðjunnar ehf. frá þeirri ætlan þess fyrrnefnda að hækka verð á öðrum vörum en grófvöru, t.d. heimilistækjum, og hafi hinn síðarnefndi tekið við þeim upplýsingum án þess að bera fram mótmæli. Því hafi verið um fullframið brot að ræða.

Í ákvörðun stefnanda er því lýst að samráðinu hafi í megindráttum verið hrint í framkvæmd og að forstjóri stefnda hafi lýst því yfir að framlegð fyrirtækisins hefði aukist vegna aðgerða til að hækka verð.

-

2.4. Samráð á vettvangi stjórnar Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf.

Í ákvörðun stefnanda er því lýst að samráð fyrirtækjanna hafi jafnframt tekið til stjórnar þeirra. Alvarlegasti þáttur þess hafi falist í því að stjórnarformaður Húsasmiðjunnar ehf. hafi veitt stjórnarmanni Byko ehf., sem hafi jafnframt átt sæti í stjórn Norvik hf., upplýsingar um meiri háttar breytingar sem voru ráðgerðar á verðstefnu Húsasmiðjunnar ehf., svokallað „Project Red“. Þessar breytingar munu hafa átt að stuðla að aukinni framlegð hjá fyrirtækinu og m.a. falist í nýju afsláttarkerfi. Er þar vísað til tölvuskeytis sem forstjóri Norvikur hf. sendi framkvæmdastjóra og tilteknum stjórnarmönnum 25. október 2010 undir yfirskriftinni „um húsa“ og tölvuskeytis forstjórans til framkvæmdastjórnar 27. október 2010. Í fyrrnefnda skeytinu kemur fram að Húsasmiðjan „hefur haft í undirbúningi stórt verkefni sem tengist verðstefnu og verðimynd félagsins. Mat

stjórnarformanns Húsasmiðjunnar er að hér sé um að ræða forsendu fyrir því að Húsasmiðjan lifi af fyrirsjáanlega samkeppni við Bauhaus. Ef af verður er um að ræða kerfisbreytingu á starfsemi félagsins.“ Um klukkustund síðar sendir framkvæmdastjóri Norvikur hf. tölvuskeyti eingöngu á forstjóra þar sem segir „Bara svo við höfum það á hreinu að við eigum að fara varlega með þessar upplýsingar og ekki vera að vitna beint í þær.“ Telur aðalstefnandi að gögn málsins beri með sér að í hinu samfellda samráði hafi ekki aðeins falist reglubundin samskipti um verð á grófvörum og tengd atriði, heldur einnig samskipti um grundvallaratriði í hegðun þessara fyrirtækja á markaði. Þetta samfellda samráð hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Taldi eftirlitið gögn sem forstjórinn sendi 27. október 2010 eina birtingarmynd þess óeðlilega ástands sem ríkti á markaðnum á þessum tíma.

Í ákvörðuninni er því einnig lýst að forstjóri stefnda hafi upplýst stjórn félagsins um viðkvæmar viðskiptaupplýsingar sem hann hafi átt að hafa fengið frá Húsasmiðjunni ehf. Er þar vísað til færslu í dagbók forstjóra Byko ehf. 19. febrúar 2010 sem haldlögð var í húsleit 8. mars 2011. Titill færslunnar er „19/2 Samtal“ en nafn viðmælanda er ekki skráð. Taldi aðalstefnandi að draga yrði þá ályktun af efni færslunnar að umrætt samtal forstjórans hafi annaðhvort verið við starfsmann eða stjórnarmann hjá Húsasmiðjunni ehf. og að eðli þessara upplýsinga styðji eindregið þá ályktun. Var það mat Samkeppniseftirlitsins að í samtalinu hefðu farið fram skipti á mikilvægum upplýsingum, sbr. tilvísun til verðs á steypustáli og timbri, til afkomu í grófri og finni vöru, skuldastöðu, birgðastýringar og útlánastöðu. Hafi þetta þannig verið liður í samfelldu samráði fyrirtækjanna.

Í VI. kafla ákvörðunarinnar er svo fjallað á ítarlegan hátt um svokölluð samráðstilvik, þar á meðal þau sem áttu sér stað á sama tímabili og reyndi á í áður nefndu sakamáli. Er þar rakið mánuð fyrir mánuð hvernig samskiptunum var háttað með vísan til gagna málsins og hvernig aðalstefnandi taldi að með þeim hefðu fyrirtækin gefið upplýsingar um atriði sem þýðingu höfðu fyrir verðlagningu á grófvöru. Þá var gerð grein fyrir því hvernig stofnunin taldi fyrirtækin hafa nýtt upplýsingagjöf sín á milli til samráðs á sviði verðákvarðana, m.a. til að hafa áhrif á hegðun keppinautarins en um hafi verið að ræða tvo höfuðkeppinauta sem störfuðu á fákeppnismarkaði þar sem verðupplýsingaskipti væru almennt talin varhugaverð. Var það mat Samkeppniseftirlitsins að samskiptin bæru með sér að óeðlileg samkeppnisskilyrði hefðu skapast á markaðnum. Dregið hafi úr sjálfstæði í hegðun fyrirtækjanna og hvata til samkeppni með þeim afleiðingum að verðsamkeppni gat verið raskað með alvarlegum hætti. Segir í ákvörðuninni að fram komi skýrt mynstur um samhæfðar aðgerðir á grundvelli ítarlegra og tíðra upplýsingaskipta sem hafi miðað að því að halda uppi og hækka verð á markaðnum. Jafnframt segir

að „margvísleg ummæli lykilstarfsmanna gefi til kynna að um gagnkvæman og samkvæman skilning hafi verið að ræða á samhæfingunni innan beggja fyrirtækjanna. Mynstur samstillingarinnar sem kemur fram í verðákvörðunum fyrirtækjanna er skýrt og er að mati Samkeppniseftirlitsins afleiðing af samningi og/eða samstilltum aðgerðum milli þeirra. Var um að ræða áframhaldandi aðgerðir sem fólu í sér samfellt samráð í skilningi samkeppnisréttarins.“

Í upphafi kafla um samráð í júlí 2010 sagði: „Gögn málsins bera með sér að í júlí 2010 hafi brotist út verðsamkeppni á milli Byko og Húsasmiðjunnar í græna efninu. Gögnin sýna einnig að þarna hafi komist á samkeppni sem Byko og Húsasmiðjan reyndu á síðari stigum að koma í veg fyrir að myndi aftur koma upp, sbr. t.d. ummæli í símtali framkvæmdastjóra fagsöluviðs Byko og vörustjóra timbursölu Húsasmiðjunnar þann 28. febrúar 2011“.

Í VIII. kafla ákvörðunarinnar, þar sem meðal annars var fjallað um viðurlög, var komist svo að orði um eðli og umfang brots Byko ehf.: „Fólst brot Byko nánar tiltekið í eftirfarandi aðgerðum: Með reglubundnum, yfirleitt vikulegum, samskiptum við Húsasmiðjuna um verð, birgðastöðu o.fl. í því skyni að hækka verð/vinna gegn verðlækkunum á grófvörum ... Með samráði við Húsasmiðjuna sem átti sér stað í símtali þann 28. febrúar 2011 og fól í sér sérstakt átak til að hækka verð og draga úr samkeppni. Nánar tiltekið fólst eftirfarandi í þessu: Samráð um að hækka verð í öllum tilboðum á grófvöru í áföngum. Samráð um að grípa til sérstakra aðgerða til að draga úr samkeppni í tilboðum til viðskiptavina á Selfossi og Akureyri. Samráð um að vinna gegn verðsamkeppni í sölu á gagnvörðu timbri („græna efninu“) á aðalsölutíma þeirrar vöru og reyna þess í stað að hækka verð ... Upplýsingagjöf um fyrirætlanir Byko um að hækka verð á annarri vöru en grófvöru (svokallaðri „valvöru“). Með því að hafa gert sameiginlega tilraun með Húsasmiðjunni til að fá Múrbúðina til að taka þátt í samráði um verð á grófvöru og með því að hafa ákveðið með Húsasmiðjunni að fylgjast með aðgerðum Múrbúðarinnar á markaðnum. Með því að hafa tekið við mikilvægum viðskiptalegum upplýsingum frá Húsasmiðjunni. Þá fólst brot Byko einnig í verðsamráði við Úlfinn.“ Síðan sagði: „Þetta umfangsmikla og tíða samráð átti sér stað á mikilvægum markaði. Augljóst er að það hefur mikla þýðingu fyrir bæði fyrirtæki og neytendur að samkeppni sé ekki raskað í sölu á byggingarvörum. Þá höfðu þátttakendur í samráðinu samanlagt nánast 100% markaðshlutdeild. Þá ber að líta til þess að samráð keppinauta um verð er í eðli sínu ávallt alvarlegt og skaðlegt brot ... Var brot Byko því til þess fallið að valda alvarlegri röskun á samkeppni á mjög mikilvægu sviði viðskipta.“

Þá hafi samráðið hafi ekki aðeins verið skipulagt heldur hafi því verið hrint í framkvæmd og stefndi framið brotin af ásetningu en honum hafi ekki getað dulist

að aðgerðirnar gætu strítt gegn samkeppnislögum.

-

3. Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 28. september 2015

Með kæru 11. júní 2015 kærðu Byko ehf. og Norvik hf. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Fyrir nefndinni kröfðust félögin þess aðallega að ákvörðunin yrði felld úr gildi. Til vara var þess krafist að hin álagða sekt yrði felld niður eða fjárhæð hennar lækkuð og að nánar tiltekin fyrirmæli í ákvörðuninni yrðu felld úr gildi.

Með úrskurði 28. september 2015 í máli nr. 6/2015 staðfesti áfrýjunarnefndin í öllum tilvikum utan þremur niðurstöðu stefnanda um brot stefnda á 10. gr. samkeppnislaga. Þá taldi áfrýjunarnefndin að ekki hefði verið sýnt fram á brot stefnda á 53. gr. EES-samningsins. Áfrýjunarnefndin taldi verðsamskipti stefnda og Húsasmiðjunnar ehf. hafa verið skipulögð og kerfisbundin og tók fram að þau hefðu stuðlað að óæskilegum friði á markaðnum, dregið úr óvissu og minnkað sjálfstæði fyrirtækjanna til verðákvæðana.

Í úrskurðinum var tekið fram að í meginatriðum snerist „málið um að Húsasmiðjan og ... Byko, hafi reglubundið skipst á upplýsingum um verð á tilteknum söluvörum, svokölluðum grófvörum, einkum tímri í stöðluðum lengdum og þykkt. Þessi upplýsingaskipti eru talin hafa dregið úr óvissu um hegðun keppinauta sem er einn meginþátturinn í að verðsamkeppni geti átt sér stað. Það form sem haft var á upplýsingaskiptunum hafi því raskað samkeppni. Hér háttar þannig til að fyrirtækin gáfu ekki beinlínis upplýsingar um væntanlegar verðákvæðanir sínar, heldur einskorðuðust samskiptin að mestu leyti við gildandi verð. Þá hefur því heldur ekki verið hnekkt að verð þeirra vörutegunda sem málið tekur til hafi getað verið aðgengilegt fyrir viðskiptamenn eða aðra þá sem hefðu haft tíma og áhuga á því að skoða heimasíður fyrirtækjanna, hringja í þjónustuver og mæta á sölustað til að fá verð gefin upp ... Þegar metið er hvort samskipti („verðkannanir“) um gildandi verð samkeppnisaðilans hafi falið í sér samráðsbrot verður jafnframt að hafa í huga þá staðreynd að tíðar verðkannanir samkeppnisaðila eru þáttur í virkri samkeppni. Allir samkeppnisaðilar, og óháðir aðilar, fylgjast reglubundið með verðum. Ekkert bannar þetta og því þarf eitthvað sérstakt að koma til svo fyrirkomulagið á slíkum aðgerðum teljist ólöglegt.“

Í úrskurðinum var lagt „til grundvallar að verðkannanir ... Byko, og samskipti við Húsasmiðjuna í tengslum við þær, hafi almennt farið fram með þeim hætti á rannsóknartímabilinu að nafngreindur starfsmaður ... hafi hringt vikulega í starfsmenn í þjónustuveri Húsasmiðjunnar til að fá upplýsingar um gildandi verð á tilteknum vörunúmerum ... Svo virðist sem fyrirkomulagið hafi með tímanum orðið fastara í forminu ... hafi samskiptin þróast úr því að vera einhliða, þ.e. starfsmaður

Byko spurðist fyrir um það verð sem gildi hjá samkeppnisaðilanum, í það að þau urðu tvíhliða. Með því er átt við að starfsmaður Húsasmiðjunnar fékk þá við sama tækifæri upplýsingar um verðið sem Byko var með á sömu eða sambærilegum vörum.“ Var komist að þeirri niðurstöðu í úrskurðinum að þetta form á verðkönnununum og öðrum samskiptum fyrirtækjanna tveggja hefði verið „tvímælalaust andstætt samkeppnislegum sjónarmiðum“. Fyrirkomulagið hafi ekki aðeins verið „til þess fallið að bjóða hættunni heim heldur leiddi af því röskun á samkeppni og þá frekar í þá átt að verð hækkaði“. Jafnframt var talið að skilgreining markaðarins, sem um ræddi í málinu, hefði verið fullnægjandi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Ætlað samráðsbrot lyti „að kjarnastarfsemi allhliða byggingavöruverslana en á þeim markaði voru ... Byko og Húsasmiðjan nánast einráðandi“.

Þá var í úrskurðinum vikið að einstökum þáttum í hinu ætlaða samráði. Var tekið svo til orða að segja mætti „að flest atvikin sem aðalstefnandi leggur til grundvallar tengist þeirri háttsemi að ... Byko og Húsasmiðjan skiptust reglubundið á verðupplýsingum og eftir atvikum upplýsingum sem gátu haft áhrif á markaðsverð. Ekki er umdeilt að slík samskipti áttu sér stað á brotatímabilinu og verður lagt til grundvallar að báðir aðilar hafi haft fulla vitneskju um hver var mótaðili í þeim upplýsingaskiptum ... Að mati áfrýjunarnefndarinnar teljast upplýsingaskipti af þessu tagi, og sú hegðun sem hún er fallin til að stuðla að í þessu tilviki, brot í skilningi 10. gr. samkeppnislaga“. Hins vegar leit nefndin svo á að í sumum tilvikum hefði aðalstefnandi „dregið of víðtækar ályktanir af gögnum málsins“.

Ætti það við um samskiptin við Múrbúðina sem væru „ekki þess eðlis að hægt sé að segja að Múrbúðinni hafi verið boðin þátttaka í verðsamráði“ og ekki lægju fyrir gögn um að „einhvers konar samráð“ hefði verið með Byko ehf. og Húsasmiðjunni ehf. „um það að bjóða Múrbúðinni að taka þátt í verðsamráði“. Í úrskurðinum var sérstaklega tekið fram að áðurgreint símtal 28. febrúar 2011 hefði falið í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga og yrði „það að teljast alvarlegt“.

Í úrskurðinum er tekið fram að þessi skipulögðu og kerfisbundnu samskipti hafi leitt til „ástands sem þróaðist í þá átt að gera báðum aðilum kleift að hækka verð sín“. Samskiptin hafi „tvímælalaust“ verið andstæð samkeppnislegum sjónarmiðum og fyrirkomulagið „ekki bara [verið] til þess fallið að bjóða hættunni heim heldur leiddi af því röskun á samkeppni og þá frekar í þá átt að verð hækkaði“. Þannig taldi áfrýjunarnefndin að ólöglegt verðsamráð hefði ekki aðeins átt sér stað heldur að það hefði í raun raskað samkeppni á markaði.

Í úrskurðinum var því fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að í verðkönnunarsímtölunum hefði falist brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Byggði sú

niðurstaða á gögnum málsins í heild, markaðsstyrk fyrirtækjanna og því að hlutlæg gögn bæru með sér að fyrirkomulagið á símtölunum hefði verið til þess fallið að auðvelda að halda verði uppi. Þó kemur fram í þessum niðurstöðulið úrskurðarins það mat nefndarinnar að í einhverjum tilvikum hafi verið dregnar of víðtækar ályktanir af gögnum málsins og að „ekki teljist allt sannað um eðli brotanna“ sem byggt var á í ákvörðun stefnda, eins og það er orðað.

Í úrskurðinum er hafnað þeirri niðurstöðu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins að draga mætti þá ályktun af tölvuskeyti forstjóra stefnanda Byko dags. 26. nóvember 2008 að hann hefði fengið upplýsingar um yfirvofandi aðhaldsaðgerðir frá Húsasmiðjunni. Um sé að ræða almennar vangaveltur um samkeppnisaðila og þær bollaleggingar forstjórans sem fram komi í tölvupóstinum hafi reynst í veigamiklum atriðum rangar.

Á hinn bóginn fellst áfrýjunarnefndin á þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að af dagbókarfærslu þáverandi forstjóra stefnanda Byko 19. febrúar 2010 megi ráða að upplýsingar sem þar er að finna hafi borist frá Húsasmiðjunni.

Áfrýjunarnefndin hafnar á hinn bóginn þeirri niðurstöðu í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að Múrbúðinni hafi verið boðin þátttaka í ætluðu verðsamráði. Þá er hafnað þeirri niðurstöðu að einhvers konar samráð hafi verið með Byko og Húsasmiðjunni um það ætlaða boð.

Þá er staðfest sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Byko hafi ekki tekist að sýna fram á að upplýsingar um fyrirhugaðar breytingar á verðstefnu Húsasmiðjunnar, „Project Red“, hafi ekki borist frá Húsasmiðjunni og sönnunarbyrðin sé því lögð á Byko hvað þetta varðar, líkt og aðalstefnandi gerði í niðurstöðu sinni.

Þá hafnar áfrýjunarnefndin ýmsum ályktunum sem aðalstefnandi dregur í ákvörðun sinni af gögnum málsins, m.a. að draga megi þá ályktun að í janúar 2011 hafi Byko ehf. fallist á tillögu Húsasmiðjunnar ehf. um verðhækkun.

Þá er því hafnað að ráða megi af efni innanhússtölvuskeytis starfsmanns Byko, þar sem greint er frá heimsóknum í byggingarvöruverslunina Úlfinn og Múrbúðina, að þau samskipti hafi falið í sér ólöglegt samráð. Sérstaklega er tiltekið að önnur samskipti, sem rakin séu í viðkomandi kafla í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, séu í samræmi við afstöðu áfrýjunarnefndar til lögmætis verðkönnunarsímtalanna. Óumdeilanlegt sé að Húsasmiðjan hafi hækkað verð í þeirri von að gagnstefnandinn Byko ehf. fylgdi á eftir, en virðist hafa verið reiðubúin að draga slíkar hækkningar til baka, væri það ekki gert. Með því hafi komist „á ástand á markaðnum sem verður að teljast í andstöðu við ákvæði 10. gr. samkeppnislaga“, eins og segir í úrskurðinum.

Þá er hafnað þeirri niðurstöðu stefnda að Byko og Húsasmiðjan hafi viðhaft ólöglegt samráð um verðlagningu á miðstöðvarofnum. Eru skýringar Byko á þeim samskiptum, sem raktar eru í ákvörðun stefnda, taldar trúverðugar og lagðar til grundvallar.

Þá er staðfest sú niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að í símtali tiltekins starfsmanns stefnanda Byko við starfsmann Húsasmiðjunnar þann 28. febrúar 2011, hinu svokallaða samráðssímtali, hafi falist brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Þannig hafi í símtalinu falist hvatning til samráðs. Hins vegar hafnar nefndin því að fyrir liggi að Húsasmiðjan hafi brugðist við efni símtalsins með þátttöku í ólöglegu samráði.

Þá taldi áfrýjunarnefndin dóm Héraðsdóms Reykjaness, sem þá hafði gengið í sakamálinu, hafa takmarkaða þýðingu fyrir úrslit stjórnáskilnaðs enda væri ábyrgð fyrirtækjanna óháð refsiaþbyrgð starfsmanna.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar er jafnframt komist að þeirri niðurstöðu að aðalstefnandi hafi dregið of víðtækar ályktanir, miðað við það sem gögn málsins gefi til kynna, um umfang þess samráðs sem nefndin telur sannað og huglæga afstöðu starfsmanna, auk þeirra atriða sem að framan greinir. Þá er því hafnað að sýnt hafi verið fram á að í hinu ætlaða samráði hafi jafnframt falist brot gegn 53. gr. EES-samningsins.

Líkt og að framan greinir var það niðurstaða áfrýjunarnefndar að stjórnvaldssekt væri hæfilega ákveðin 65.000.000 króna. Til stuðnings þeirri niðurstöðu var vísað til þess að brot Byko ehf. hafi ekki verið „jafn umfangsmikil, alvarleg og kerfisbundin“ og aðalstefnandi lagði til grundvallar. Þá lagði nefndin til grundvallar að jafnvel þótt fallist yrði á þær forsendur sem stefndi gaf sér um háttsemina væri sektin „úr hófi fram há“.

Til rökstuðnings sektarfjárhæðinni vísaði áfrýjunarnefndin til þess að um væri að ræða mikilvægan markað og markaðshlutdeild aðila væri há. Þá taldi nefndin að í þessu máli yrði ekki talið að sátt sú sem Húsasmiðjan gerði við aðalstefnanda hefði sérstök áhrif, hvorki hvað varðaði mat á hinni brotlegu háttsemi né fjárhæð sektar.

Þá vísaði nefndin til þess að í Hæstaréttarmálinu nr. 37/2003, sem aðalstefnandi hafði fjallað um í tengslum við fjárhæð sektarinnar, hefði verið um að ræða mun alvarlegra og kerfisbundnara brot í því skyni að breyta markaði, draga úr samkeppni, og auka markvisst framlegð með skipulögðu samráði. Það mál sem hér um ræddi hefði ekki yfir sér sama yfirbragð að mati nefndarinnar. Þá var það niðurstaða nefndarinnar að sektinni væri réttilega beint að Norvik hf., móðurfélagi Byko ehf.

Áfrýjunarnefndin tiltekur í umfjöllun sinni um sektarfjárhæðina að í ákvörðun stefnanda sé gert of mikið úr alvarleika, umfangi og skipulagi brotanna, huglægri afstöðu stjórnenda og starfsmanna stefnda og viðurkenningu Húsasmiðjunnar á þætti fyrirtækisins í brotunum, ekki sé sýnt fram á brot stefnda á 53. gr. EES-samningsins og að nokkur samráðstilvik séu ósönnuð.

Loks var það niðurstaða áfrýjunarnefndar að staðfesta þau fyrirmæli sem beint var til Byko í gr. 2.1 í ákvörðunarorðunum, en fella úr gildi gr. 2.2 í þeim.

Norvik hf. greiddi álagða sekt til ríkissjóðs 30. október 2015. Var sektin greidd með fyrirvara um lögmæti úrskurðarins, ákvörðun stefnda og endurkröfurétt á hendur íslenska ríkinu.

Í máli þessu reynir á gildi framangreindra ákvarðana samkeppnisyfirvalda, þýðingu niðurstöðu Hæstaréttar í áðurnefndu refsímáli gegn starfsmönnum Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf., sbr. dóm réttarins í máli nr. 360/2015, og fjárhæð sektar, verði fallist á sjónarmið Samkeppniseftirlitsins og íslenska ríkisins um brot gegn ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga og eftir atvikum einnig hvort um brot hafi verið að ræða á 53. gr. EES-samningsins.

Verður nú gerð grein fyrir sjónarmiðum aðila hvað þetta varðar og til einföldunar, skýringar og glöggvunar er í einu lagi fjallað um sjónarmið hvors aðila í aðalsök og gagnsök. Áréttað er að í eftirfarandi köflum er talað um Samkeppniseftirlitið sem aðalstefnanda og íslenska ríkið sem stefnda en um Byko ehf. og Norvik hf. sem gagnstefnendur. Þegar rætt er um gagnstefnanda í eintölu eða með ákveðnum greini er í flestum tilvikum átt við Byko ehf. nema annað verði skýrlega ráðið af samhenginu.

II

Málsástæður og lagarök aðalstefnanda, Samkeppniseftirlitsins, í aðalsök og jafnframt gagnstefnda í gagnsök og málsástæður og lagarök stefnda, íslenska ríkisins, í gagnsök

Málatilbúnaður aðalstefnanda er byggður á því að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi, með þeim aðgerðum og í öllum þeim atriðum sem lýst sé í ákvörðun aðalstefnanda og sé grundvöllur ákvörðunar hans frá 15. maí 2015 í máli nr. 11/2015, brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 53. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993.

Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga leggi bann við öllu samráði milli keppinauta sem raskað geti samkeppni. Hið sama geri 53. gr. EES-samningsins. Ekki skipti máli hvort háttsemin sem um ræði teljist vera samningur, samþykkt eða samstillt aðgerð. Með samráði sé átt við hvers konar samvinnu eða samskipti milli keppinauta, allt frá formlegum samningum til lauslegra óbeinna samskipta. Þannig sé um samráð að ræða ef fyrirtæki tekur, án mótmæla, við tilteknum upplýsingum

frá keppinauti á fundi eða í síma og ekki sé áskilið að sá sem taki við upplýsingunum veiti upplýsingar á móti.

Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga sé ætlað að tryggja sjálfstæði keppinauta og æskilega óvissu á markaði. Þessir þættir séu grunnstoðin fyrir virkri samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins. Af þessu leiði að allt samráð keppinauta sem geti unnið gegn þessu sjálfstæði og óvissu teljist raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga. Hnykkt hafi verið á þessari grundvallarreglu í dómi dómstóls ESB í máli nr. C-286/13. Krafan um sjálfstæði sé sérstaklega rík varðandi öll atriði sem tengist verðlagningu keppinauta. Í a. lið 2. mgr. 10. gr. samkeppnislaga sé lagt bann við öllu samráði sem geti haft áhrif á verð með „beinum eða óbeinum hætti.“ Það samræmist því ekki 10. gr. samkeppnislaga þegar keppinautar skiptast „reglulega á upplýsingum sem hafa þýðingu fyrir verðákvörðun...“, sbr. um slíka aðstöðu úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 og dóma Hæstaréttar Íslands frá 4. febrúar 2016 í málum nr. 272, 277 og 278/2015.

Lagaleg þýðing þess að samráð hafi það að markmiði að raska samkeppni í framangreindum skilningi sé sú að brotið sé gegn 10. gr. samkeppnislaga með því einu að tiltekin samskipti/háttsemi eigi sér stað. Ekki sé nauðsynlegt að sýna fram á að samráðið hafi „raunveruleg eða hugsanleg“ samkeppnishamlandi áhrif, sbr. um þetta atriði dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 37/2003, dóm dómstóls ESB í máli nr. C-286/13 og leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um beitingu 3. mgr. 53. gr. EES-samningsins.

Aðalstefnandi byggir á því að samráð milli keppinauta hafi það að markmiði að raska samkeppni í ofangreindum skilningi þegar það sé beinlínis tilgangur þess, t.d. ef viðskiptaupplýsingum er miðlað í því skyni að hækka verð eða ef efni/andlag samráðsins eru atriði sem hafa þýðingu fyrir m.a. verðákvörðun eða þegar þessi atriði, og eftir atvikum framkvæmd samráðsins, draga að öðru leyti úr sjálfstæði og óvissu á markaði.

Aðalstefnandi byggir á því að það feli í sér sterka vísbendingu um að upplýsingaskipti séu ólögmat þegar þau eigi sér aðeins stað milli viðkomandi keppinauta, en fari ekki fram fyrir opnum tjöldum (bein upplýsingaskipti). Hið sama gildi þegar upplýsingaskipti einfaldi samhæfingu á flóknum markaði, m.a. með því að búa til gagnsæi („tilbúið gagnsæi“) og þegar þau taki til verðs eða annarra mikilvægra viðskiptaupplýsinga og séu milli fyrirtækja sem starfi á samanþjöppuðum fákeppnismarkaði. Þau séu reglubundin og tíð og taki til upplýsinga sem ekki séu „fyllilega opinberar“ í skilningi samkeppnisréttarins. Þá sé það einnig vísbending þegar upplýsingaskipti hafi ekki í för með sér skuldbindingargildi.

Samskipti fyrirtækjanna sem mál þetta fjalli um og ákvarðanir samkeppnisyfirvalda taki til beri öll þessi einkenni.

Aðalstefnandi byggir á því að álögð sekt að fjárhæð 650.000.000 króna hafi verið hæfileg en ekki „úr hófi fram há“, eins og áfrýjunarnefndin hafi komist að orði í úrskurði sínum. Verði í þessu sambandi m.a. að horfa til alvarleika og umfangs málsins, þess tíma sem samráðið stóð yfir, að það átti sér stað á mikilvægum markaði þar sem samráðsfyrirtækin höfðu nálægt 100% markaðshlutdeild, og að taka beri tillit til veltu og efnahagslegs styrkleika gagnstefnenda. Þá hafi áfrýjunarnefndin í þeim atriðum er hún tiltaki sérstaklega að ekki hafi verið um brot að ræða á 10. gr. samkeppnislaga dregið rangar ályktanir af gögnum málsins. Þá geti þau atriði sem gagnstefnendur byggja á málatilbúnað sinn í gagnsök og varði ætluð brot á rétti þeirra til réttlátrar málsmeðferðar ekki valdið því að ákvarðanir samkeppnisyfirvalda í málinu verði taldar ógildar. Bendir aðalstefnandi á að í þessu máli sé lögmæti rannsóknaraðgerða lögreglu ekki til umfjöllunar en auk þess hefði mögulegt ólögmæti þeirra ekki nokkur áhrif á rekstur stjórnisýslumálsins. Þá hafi verið fylgt öllum málsmeðferðarreglum stjórnisýslulaga nr. 37/1993.

Aðalstefnandi hafnar því að nokkurt tilefni hafi verið fyrir áfrýjunarnefndina til að lækka sektina á grundvelli þeirra sjónarmiða sem rakin séu í úrskurði hennar. Í fyrsta lagi séu brot gagnstefnandans Byko ehf. mjög alvarleg. Samráð fyrirtækisins og Húsasmiðjunnar ehf. hafi verið umfangsmikið, skipulagt og staðið yfir í langan tíma. Í öðru lagi sé niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar þess efnis að ekki hafi verið sýnt fram á brot á 1. mgr. 53 gr. EES-samningsins í andstöðu við rétta skýringu ákvæðisins. Í þriðja lagi hafi samráðið náð til allra þeirra tilvika sem áfrýjunarnefndin hafi í úrskurði sínum talið ósönnuð. Niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að þessu leyti hafi ekki verið reist á réttu mati á gögnum málsins. Þau gögn sem aflað hafi verið undir rekstri málsins hjá aðalstefnanda og hann byggði ákvörðun sína á feli í sér fullnægjandi sönnun um samráðið. Hvað sem því líði hafi samráðið verið svo alvarlegt, umfangsmikið og staðið yfir í það langan tíma að jafnvel þó umrædd tilvik væru undanskilin eigi það ekki að leiða til lækkunar á fjárhæð sektarinnar, líkt og áfrýjunarnefndin hafi ákveðið í úrskurði sínum.

Aðalstefnandi byggir einnig á því að ákvörðun áfrýjunarnefndarinnar um 65.000.000 króna sekt hafi ekki næg varnaðaráhrif, hvorki gagnvart gagnstefnendum né fyrirtækjum sem íhugi háttsemi sem sé andstæð samkeppnislögum og EES-samningnum. Þá sé hún ekki í samræmi við þær kröfur sem gerðar séu til viðurlaga fyrir brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, eins og ákvæðin hafi verið skýrð af dómstólum í íslenskum

rétti og EES-/ESB-samkeppnisrétti og taki ekki mið af eðli, umfangi og tímalengd brotanna eða veltu og fjárhagslegum styrk gagnstefnenda. Hafa verði í huga að brot samkvæmt umræddum ákvæðum séu meðal alvarlegustu brota í samkeppnisrétti.

Aðalstefnandi bendir jafnframt á að rökstuðningur með úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sé ekki í samræmi við þær kröfur sem gerðar séu til slíkra úrskurða. Enda þótt áfrýjunarnefndin hafi staðfest niðurstöðu aðalstefnanda um nánast öll samráðstilvikin hafi hún talið sektina úr hófi fram háa. Áfrýjunarnefndin hafi hins vegar ekki rökstutt að hvaða leyti aðalstefnandi legði rangt eða ómálefnalegt mat á brotin eða önnur atriði sem þýðingu hafi við ákvörðun sektar. Úrskurðurinn sé því ekki rökstuddur með fullnægjandi hætti, eftir atvikum að undangenginni nauðsynlegri rannsókn.

Nánar tiltekið byggir aðalstefnandi á eftirtöldum málsástæðum til stuðnings kröfum sínum:

1. Sektin sem aðalstefnandi ákvað hafi verið í samræmi við 37. gr. samkeppnislaga

Í fyrsta lagi hafi sektin sem aðalstefnandi lagði á gagnstefnandann Norvik hf. verið í samræmi við 37. gr. samkeppnislaga. Sektin hafi verið hæfileg með hliðsjón af eðli, alvarleika, umfangi og tímalengd brotanna, veltu og fjárhagslegum styrk gagnstefnenda. Við ákvörðun um fjárhæð sektarinnar hafi verið tekið mið af þeim atriðum sem mælt sé fyrir um í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga ásamt öðrum málefnalegum sjónarmiðum.

Aðalstefnandi bendir á að brot gagnstefnandans Byko ehf. hafi verið alvarleg, umfangsmikil og staðið yfir í langan tíma. Þau hafi falist í þátttöku í skipulögðu og samfelldu verðsamráði. Brotin hafi átt sér stað á fákeppnismarkaði þar sem stefndi og Húsasmiðjan ehf. hafi verið saman með nálægt 100% markaðshlutdeild og það geri brot fyrirtækjanna alvarlegri en ella. Ólögmaett verðsamráð keppinauta á slíkum markaði sé mjög alvarlegt brot gegn samkeppnislögum og leiði almennt til hárra sekta. Brotin hafi átt sér stað á mikilvægum markaði fyrir viðskiptavinum og neytendum. Þau hafi verið til þess fallin að hækka byggingarkostnað og skaða hagsmuni almennings. Það geri brotin alvarlegri en ella. Velta gagnstefnandans Byko ehf. á hinum skilgreinda markaði hafi verið um [...] milljarðar króna árið 2010 og þar af [...] milljarðar króna vegna sölu á grófvöru. Umfangið hafi því verið verulegt. Brotin hafi átt sér stað frá nóvember 2008 fram í mars 2011 og því staðið yfir í langan tíma. Sekt vegna brotanna eigi því að vera hærri en ella.

Aðalstefnandi byggir á því að brot gagnstefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. hafi haft það að markmiði að raska samkeppni í skilningi samkeppnislaga og EES-samningsins. Þó að áfrýjunarnefndin hafi staðfest niðurstöðu stefnanda að þessu

leyti hafi nefndin talið að það drægi úr alvarleika brotanna að verðsamskipti fyrirtækjanna hefðu að mestu einskorðast við gildandi verð. Aðalstefnandi geti ekki fallist á þetta enda séu brotin alvarleg fyrir það eitt að þau hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Hvað sem því líði sé það þó ekki rétt að verðsamskiptin hafi að mestu einskorðast við gildandi verð. Þá komi það og fram í dómi Hæstaréttar í málinu nr. 360/2015. Í ákvörðun aðalstefnanda sé bent á að fyrirtækin hafi veitt hvort öðru upplýsingar um fyrirhugaðar verðbreytingar. Staðfesti áfrýjunarnefndin „að verðupplýsingar Húsasmiðjunnar hafi í raun ávallt verið með þeim fyrirvara að þær yrðu dregnar til baka ef [gagnstefnandi] hækkaði ekki sínar vörur í sambærilegum tilvikum“. Með vísan til þessa byggir aðalstefnandi á því að verðsamskiptin hafi falið í sér upplýsingar um verðáform í skilningi samkeppnisréttar. Það sé því ekki rétt að verðsamskiptin hafi að mestu einskorðast við gildandi verð.

Þá sé í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar lagt til grundvallar að upplýsingar sem hafi legið til grundvallar verðsamskiptum gagnstefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. hafi verið opinberar. Aðalstefnandi bendir á að niðurstaða um þetta atriði hafi raunar ekki þýðingu við mat á því hvort um brot hafi verið að ræða þar sem verðsamskiptin hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Verði ekki á það fallist byggir aðalstefnandi á því að upplýsingarnar hafi ekki verið opinberar. Ljóst sé af gögnum málsins að vandasamt gat verið að bera verð á grófvörutegundum saman, jafnvel fyrir starfsmenn fyrirtækjanna, vegna þess hve verðumhverfið var flókið. Hin skipulögðu verðsamskipti hafi hins vegar gert alla verðsamhæfingu mögulega og eftir atvikum skilvirkari. Gagnstefnandi hafi enda ekki gefið skýringar á því hvers vegna hann og Húsasmiðjan ehf. ákváðu að eiga í beinum verðsamskiptum ef fyrirtækin töldu sig geta aflað upplýsinganna án þess að eiga samskipti sín á milli. Fram hjá þessu sé litið í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar.

Aðalstefnandi byggir á því að það sé bæði heimilt og málefnalegt að leggja umtalsverðar sektir á fyrirtæki sem fremji brot sem séu alvarleg í eðli sínu, án tillits til áhrifa slíkra brota á markaði, sbr. meðal annars 83. mgr. dóms dómstóls ESB frá 13. júní 2013 í máli nr. C-511/11. Ákvæði 37. gr. samkeppnislaga geri ekki þá kröfu að sektir séu ákvarðaðar með hliðsjón af þeim áhrifum sem viðkomandi brot hafi í raun haft á markaði. Sé ólögætum aðgerðum á hinn bóginn hrint í framkvæmd sé málefnalegt að líta til áhrifa þeirra við ákvörðun um fjárhæð sektar, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar Íslands 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014.

Aðalstefnandi byggir á því að samráði fyrirtækjanna hafi verið hrint í framkvæmd og að það hafi leitt til þess að verð á grófvörum hækkaði eða stóð í stað. Í samræmi við almenn sjónarmið um ákvörðun sekta fyrir brot gegn samkeppnislögum taldi aðalstefnandi því að þetta leiddi til þess að sekt vegna

brotanna ætti að vera hærri en ella. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar hafi samráðið verið talið hafa „leitt til ástands sem þróaðist í þá átt að gera báðum aðilum kleift að hækka verð sín“ og verðsamskiptin „tvímælalaust“ talin andstæð samkeppnislegum sjónarmiðum. Þannig hafi ástandið „ekki bara [verið] til þess fallið að bjóða hættunni heim heldur [hafi leitt] af því röskun á samkeppni og þá frekar í þá átt að verð hækkaði“.

Þó að áfrýjunarnefndin telji þannig að brot gagnstefnanda hafi raskað samkeppni á mikilvægum fákeppnismarkaði víki hún ekki að því hvort slík röskun eigi að hafa áhrif á sekt vegna brotanna né rökstyðji hún hvers vegna það hafi þá verið rangt hjá aðalstefnanda að láta það horfa til þyngingar að brotin röskuðu samkeppni. Aðalstefnandi byggir á því að þessar málsástæður ásamt öðrum leiði til þess að taka beri kröfu hans um sektarfjárhæð til greina.

Aðalstefnandi byggir á því að gagnstefnandi hafi framið brotin af ásetningi og að það eigi að leiða til hærri sektar stefnda en ella. Honum hafi ekki getað dulist að verðsamskiptin og aðrar aðgerðir hans og Húsasmiðjunnar ehf. gætu raskað samkeppni. Í ákvörðun aðalstefnanda sé vísað til fjölmargra gagna sem staðfesti að fyrirtækin hafi gert sér grein fyrir því að það væri óeðlilegt eða áhættusamt að samráðið ætti sér stað í tölvupóstsamskiptum milli fyrirtækjanna. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sé jafnframt bent á að æðstu stjórnendur fyrirtækjanna hafi virst líta svo á að verðsamskiptin væru andstæð samkeppnislegum sjónarmiðum „þegar þeim varð ljóst í hvaða átt mál höfðu þróast“.

Í úrskurðinum sé ekki gerð grein fyrir því hvaða áhrif mat áfrýjunarnefndarinnar á huglægi afstöðu stjórnenda og starfsmanna gagnstefnandans hafi á sekt vegna brotanna. Í úrskurðinum sé aðeins tekið fram að ummæli stjórnenda og starfsmanna, eftir að málið kom upp, hafi ekki þýðingu við mat á brotum stefnda og að aðalstefnandi hafi í tveimur tilvikum gengið of langt í ályktunum sínum. Á það kveðst aðalstefnandi raunar ekki geta fallist. Ákvörðun hans hafi verið reist á hlutlægu og málefnalegu mati á samtímagögnum. Niðurstaðan hafi ekki í neinu tilviki verið reist á ummælum stjórnenda eða starfsmanna stefnda eingöngu. Aðalstefnandi byggir á því að málefnalegt sé að líta til atriða sem snerti huglæga afstöðu í þeim tilvikum þar sem gögn um hana liggi á annað borð fyrir. Í því sambandi hafi ekki þýðingu þótt ásetningur sé hvorki skilyrði brots gegn ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins né skilyrði sektar sem er lögð á fyrir slíkt brot, en hann geti haft áhrif á fjárhæð sektar.

Aðalstefnandi byggir á því að aðgerðir gagnstefnandans Byko ehf. hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Í samkeppnisrétti sé litið svo á að brot sé framið af ásetningi þegar viðkomandi megi vera ljóst að aðgerðir hans hafi það að markmiði að raska samkeppni, sbr. dóm EFTA-dómstólsins frá 18. apríl 2012 í máli

nr. E-15/10 og dóm dómstóls ESB frá 18. júní 2013 í máli nr. C-681/11. Aðgerðir gagnstefnandans hafi því verið framkvæmdar af ásetningi í þessum skilningi.

Aðalstefnandi byggir á því að sú sekt sem áfrýjunarnefndin hafi ákveðið í málinu jafngildi 26.000.000 króna sekt fyrir hvert ár sem brotin hafi staðið yfir. Slík sekt sé of lág, sér í lagi í ljósi þess að aðgerðir gagnstefnanda hafi verið til þess fallnar að auka bæði veltu hans og hagnað.

Aðalstefnandi byggir á því að sektir vegna brota á 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins verði að hafa í senn almenn og sérstök varnaðaráhrif. Af þeim sökum sé m.a. nauðsynlegt að líta til fjárhagslegs styrks hins brotlega fyrirtækis og heildarveltu þess, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012. Aðalstefnandi byggir á því að gagnstefnendur séu ein efnahagsleg eining, en gagnstefnandinn Byko ehf. sé dótturfélag gagnstefnandans Norvikur hf. Félögin tvö séu því eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga, sbr. um slíka aðstöðu dóm Hæstaréttar Íslands frá 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014. Undir þetta hafi áfrýjunarnefndin tekið en beint sekt að báðum gagnstefnendum. Aðalstefnandi byggir á því að þegar svo hátti til að um eina efnahagslega einingu sé að ræða sé rétt að líta til heildarveltu samstæðunnar til að tryggja fullnægjandi varnaðaráhrif. Að öðrum kosti sé hætta á að sektin sé óveruleg miðað við þann fjárhagslega styrk sem endurspeglar í heildarveltu samstæðunnar.

Aðalstefnandi bendir á að ársvelta gagnstefnandans Norvikur hf. hafi verið um [...] milljarðar króna á hverju ári á brotatímabilinu og allt fram til ársins 2014 þegar hún hafi lækkað um helming vegna sölu á eignum. Sekt samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi aðeins verið um [...] % af ársveltu gagnstefnandans á brotatímabilinu og [...] % af ársveltu eftir að félagið hafi selt eignir. Aðalstefnandi byggir á því að slík sekt sé óvenjulega lág og á engan hátt til þess fallin að tryggja næg varnaðaráhrif, sbr. 37. gr. samkeppnislaga.

Aðalstefnandi byggir á því að varnaðaráhrif þeirrar sektar sem áfrýjunarnefndin lagði á gagnstefnendur séu ekki fullnægjandi þegar litið sé til veltu þeirra og hagnaðar. Heildarvelta gagnstefnandans Byko ehf. hafi numið u.þ.b. [...] milljörðum króna á árinu 2013 og um [...] milljarði króna á árinu 2014. Á árinu 2014 hafi velta gagnstefnandans Norvikur hf. verið u.þ.b. [...] milljarðar króna og hagnaður félagsins fyrir afskriftir um [...] milljarðar króna. Árið áður hafi heildarvelta þess félags verið u.þ.b. [...] milljarðar króna eins og áður sagði.

Aðalstefnandi telur að niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar um sektarfjárhæð sé í ósamræmi við fyrri úrlausnir dómstóla um sektir fyrir brot gegn samkeppnislögum. Enda þótt meta þurfi hvert og eitt mál sérstaklega liggi fyrir að dómstólar hafi gert fyrirtækjum að greiða sektir að áþekkri fjárhæð vegna brota

sem séu augljóslega ekki eins alvarleg og brot gagnstefnanda og hafi ekki verið til þess fallin að valda jafn miklu þjóðhagslegu tjóni og í máli þessu.

Aðalstefnandi byggir einnig á því að niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar hvað varði sektarfjárhæð sé til þess fallin að draga úr hvata fyrirtækja til að leita sátta þegar upp komist um brot á samkeppnislögum og upplýsa um brot. Sekt að fjárhæð [...] milljónir króna vinni gegn því að markmiðum samkeppnislaga sé náð.

Með vísan til alls framangreinds telur aðalstefnandi því að sú sektarfjárhæð sem hann lagði á gagnstefnandann Norvik hf. hafi verið hæfileg og tryggt fullnægjandi varnaðaráhrif. Samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga geti sekt numið allt að 10% af heildarveltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki sem aðild á að broti. Aðalstefnandi byggir á því að tilgangur þessa formlega sektarhámarks sé að tryggja að ekki séu lagðar á óhóflega háar sektir miðað við efnahagslega stærð fyrirtækja. Í dómum dómstóls ESB hafi verið áréttað að 10% hámarkið feli ekki í sér hámarkssekt sem verði aðeins lögð á vegna alvarlegustu brota heldur formlegt þak sem sé ætlað að tryggja að aldrei sé lögð á fyrirtæki hærri sekt en 10% af heildarveltu. Samkvæmt því getur sekt aldrei talist úr hófi fram af þeirri ástæðu einni að hún sé allt að 10% af heildarveltu. Bendir aðalstefnandi á að álögð sekt hans hafi verið langt frá umræddu hámarki, en sektin nam [...] af veltu félagsins á árinu 2014. Það jafngildi [...] fyrir hvert ár sem brot stefnda stóðu yfir. Þegar litið sé til eðlis, alvarleika, umfangs og tímalengdar brotanna geti slík sekt ekki talist úr hófi fram há.

Aðalstefnandi byggir á því að ákvörðun hans um fjárhæð sektarinnar hafi ekki verið úr hófi fram há þegar litið sé til hefðbundinna viðmiða við álagningu sekta fyrir brot á samkeppnisreglum. Hið sama eigi við þegar litið sé til framkvæmdar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Við skýringu 37. gr. samkeppnislaga sé rétt að hafa hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti enda sé í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 52/2007, sem breyttu ákvæðum samkeppnislaga, tekið fram að ákvæðið byggi á fyrirmyndum úr EES/ESB-samkeppnisrétti. Vísar aðalstefnandi um þetta til leiðbeininga Eftirlitsstofnunar ETA 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 (2006/EES/63/03). Leiðbeiningarnar geri því ráð fyrir að sektin nemi 3.660 milljónum króna. Með hliðsjón af þessu byggir aðalstefnandi á því að því verði ekki haldið fram að sú sekt sem hann lagði á gagnstefnandann Norvik hf. hafi verið úr hófi fram há.

Aðalstefnandi mótmælir því jafnframt að fella eigi stjórnvaldssekt niður á grundvelli brota gegn réttindum gagnstefnanda til réttlátrar málsmeðferðar.

Aðalstefnandi byggir á því að honum sé heimilt að beina sekt að gagnstefnandanum Norvik hf. vegna brota gagnstefnandans Byko ehf. Samkvæmt

a-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga leggi aðalstefnandi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti gegn banni 10. gr. laganna og 53. gr. EES-samningsins.

Hugtakið fyrirtæki sé skilgreint í 2. tölulið 1. mgr. 4. gr. laganna og vísi það til efnahagslegrar einingar en ekki lögformlegrar. Af því leiði að um slíka einingu sé að ræða í tilviki móðurfélags og dótturfélags þar sem hið síðarnefnda hafi ekki raunverulegt frelsi til að ákveða aðgerðir sínar á markaði, svo sem tekið var fram í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 107/2000 og breytti 10. gr. þágildandi samkeppnislaga nr. 8/1993 í það horf sem greinin er í nú. Hafi þessi skilgreining á hugtakinu fyrirtæki í samkeppnislögunum, sem samrýmist skilgreiningu á hugtakinu í EES-samkeppnisrétti, verið staðfest í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 112/2014.

Þegar svo beri undir að móður- og dótturfélag myndi eina efnahagslega einingu, og teljist því eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga, sé heimilt að leggja sekt á móðurfélagið vegna brota dótturfélagsins. Aðalstefnandi byggir á því að löglíkur séu fyrir því að móður- og dótturfélag séu ein efnahagsleg eining sé dótturfélagið í 100% eigu móðurfélagsins á brotatímabilinu, sbr. meðal annars fyrrnefndan dóm Hæstaréttar. Reglan um löglíkur fyrir efnahagslegri einingu móður- og dótturfélags, sem alfarið eða nær alfarið sé í eigu móðurfélagsins, byggir á því að móðurfélagið geti í slíkum tilvikum haft „virk yfirráð“ yfir dótturfélaginu og að móðurfélagið hafi nær undantekningarlaust slík yfirráð í reynd og geti á þann hátt beitt áhrifum sínum í rekstri dótturfélagsins.

Á brotatímabilinu hafi gagnstefnandinn Norvik hf. verið eini eigandi gagnstefnandans Byko ehf. Þegar af þeirri ástæðu séu löglíkur fyrir því að félögin tvö myndi eina efnahagslega einingu. En þetta fái líka stoð í miklum stjórnunartengslum félaganna. Þannig hafi forstjóri gagnstefnandans Byko ehf. setið í stjórn gagnstefnandans Norvikur hf. og aðrir stjórnarmenn í síðarnefnda félaginu hafi einnig átt sæti í stjórn dótturfélagsins. Auk þess sýni gögn málsins fram á að forstjóri og stjórnarformaður Norvikur hf., og framkvæmdastjóri þess, hafi töluvert komið að rekstri Byko ehf. og ákvörðunum af ýmsu tagi. Styrki þessi atriði það að gagnstefnendur teljist tilheyra einni efnahagslegri einingu.

Aðalstefnandi byggir á því að gagnstefnandinn Norvik hf. beri sönnunarbyrðina fyrir því að gagnstefnandinn Byko hf. hafi verið sjálfstæður þrátt fyrir eignarhaldið, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 112/2014. Í því sambandi nægi ekki almennar staðhæfingar heldur verði gagnstefnandinn að leggja fram gögn sem sýni með nákvæmum hætti að dótturfélag hans hafi í raun starfað sjálfstætt á markaði. Áfrýjandi byggir á því að slík gögn þurfi að snerta efnahagsleg, skipulagsleg eða lagaleg tengsl milli stefndu, sbr. dóm dómstóls ESB 20. janúar 2011 í máli nr. C-90/09. Gagnstefnandinn hafi ekki fært fram slíka

sönnun.

Þá byggir aðalstefnandi á því að löglíkur séu fyrir efnahagslegri einingu móður- og dótturfélags þótt hið fyrrnefnda sé eignarhaldsfélag. Engu skipti þótt móðurfélagið hafi ekki eiginlegan rekstur með höndum eða afli takmarkaðra tekna, sbr. meðal annars dóm undirréttar ESB í máli nr. T-69/04 og dóm dómstóls ESB í máli nr. C-440/11. Í síðarnefnda málinu lagði framkvæmdastjórn ESB sekt á móðurfélag en tilgangur félagsins var að halda utan um eignarhald fjölskyldu á rekstrarfélögum. Að öðru leyti hafði móðurfélagið enga starfsemi með höndum og engar tekjur. Dómstóllinn féllst ekki á að framkvæmdastjórnin hefði ekki mátt leggja sekt á móðurfélagið. Í þessu sambandi benti dómstóllinn á að ekki mætti horfa fram hjá þeim óformlegu samskiptum sem leiddu af stjórnunartengslum félaga. Þannig skipti ekki máli þótt eignarhaldsfélagið hefði ekki tekið formlegar ákvarðanir á stjórnarfundum. Í þessu sambandi kveðst aðalstefnandi áréttu að ekki þurfi að sanna að móðurfélag hafi í reynd beitt áhrifum sínum til þess að bera ábyrgð á brotum dótturfélags síns, sbr. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-97/08.

Með vísan til þessa mótmæli aðalstefnandi staðhæfingum gagnstefnanda Norvik hf. um að félögin geti ekki talist ein efnahagsleg eining og að óheimilt hafi verið að leggja stjórnvaldssekt á félagið.

Þá mótmæli aðalstefnandi kröfum um niðurfellingu eða lækkun á sekt á grundvelli sjónarmiða við álagningu sekta vegna samkeppnislagabrota. Í því sambandi árétti aðalstefnandi og leggi áherslu á að samráð gagnstefnandans Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. hafi staðið yfir í langan tíma og snert umfangsmikil viðskipti en á tímabilinu sem athugunin tók til hafi fyrirtækin átt í tugum ólögðmætra samskipta. Brot sem þessi séu í eðli sínu alvarleg enda hafi þau tengst mikilvægum vörum fyrir neytendur og viðskiptaaðila og verið til þess fallin að valda þjóf félaginu miklu tjóni. Viðurlög vegna brotanna verði að vera hæfileg með tilliti til alvarleika þeirra auk þess að hafa næg varnaðaráhrif.

Þá árétti aðalstefnandi að brot gagnstefnandans hafi verið alvarleg og umfangsmikil og staðið yfir í langan tíma: Þau hafi falist í þátttöku í skipulögðu og samfelldu verðsamráði. Slíkt ólögðmætt verðsamráð keppinauta á fákeppnismarkaði sé mjög alvarlegt brot gegn samkeppnislögum og leiði almennt til hárre sekta. Þá hafi brotin átt sér stað á fákeppnismarkaði þar sem gagnstefnandinn Byko hf. og Húsasmiðjan ehf. hafi verið saman með nálægt 100% markaðshlutdeild. Svo há markaðshlutdeild geri brot fyrirtækjanna alvarlegri en ella. Brotin hafi átt sér stað á mikilvægum markaði fyrir viðskiptavini og neytendur. Þau hafi verið til þess fallin að hækka byggingarkostnað og skaða hagsmuni almennings. Það geri þau alvarlegri en ella. Velta gagnstefnandans Byko ehf. á hinum skilgreinda markaði hafi verið um [...] milljarðar árið 2010 og þar af [...] milljarðar vegna sölu á grófvöru.

Umfangið hafi því verið verulegt. Brotin hafi átt stað frá nóvember 2008 fram í mars 2011 og því staðið yfir í langan tíma, sbr. um sambærilegt tímabil dóm Hæstaréttar Íslands 28. apríl 2016 í málinu nr. 419/2015. Sekt vegna brotanna eigi því að vera hærrí en ella.

Gagnstefnanda hefði ekki getað dulist að verðsamskipti hans og Húsasmiðjunnar ehf. gætu raskað samkeppni. Hið sama eigi við um aðrar aðgerðir fyrirtækjanna. Þar með sé um ásetningsbrot að ræða í skilningi samkeppnisréttar. Til viðbótar sé í ákvörðun aðalstefnanda vísað til fjölmargra gagna sem staðfesti að fyrirtækin hafi gert sér grein fyrir því að það væri óeðlilegt eða áhættusamt að samráðið ætti sér stað í tölvupóstsamskiptum milli fyrirtækjanna. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sé bent á að æðstu stjórnendur fyrirtækjanna hafi virst líta svo á að verðsamskiptin væru andstæð samkeppnislegum sjónarmiðum „þegar þeim varð ljóst í hvaða átt mál höfðu þróast“. Aðalstefnandi kveðst þó árétta í þessu sambandi að ásetningur sé hvorki skilyrði brots gegn ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins né skilyrði sektar sem er lögð á fyrir slíkt brot.

Að öðru leyti en framan greinir vísar aðalstefndi til ákvörðunar sinnar og þeirra sjónarmiða sem rakin eru í aðalsök fyrir því að sekt á gagnstefnandann Norvik hf. verði ákveðin 650.000.000 króna.

-

2 Sekt áfrýjunarnefndar tók ekki mið af broti gegn 53. gr. EES-samningsins

Í öðru lagi byggir aðalstefnandi á því að stefndi hafi brotið gegn 53. gr. EES-samningsins. Áfrýjunarnefndin hafi hins vegar talið að ekki hefði verið sýnt fram á það og álögð sektarfjárhæð taki því ekki mið af broti gegn áður nefndu ákvæði.

Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sé beitingu ákvæðisins hafnað á þeim grunni að ekki hafi verið rökstutt „á hvaða hátt umrædd brot hafi getað raskað samkeppni á EES-svæðinu í skilningi 53. gr.“. Áfrýjunarnefndin leggur til grundvallar að samkeppnislaga brot sem hafi í för með sér verðhækkanir skapi svigrúm fyrir lægri verð og íslenskir neytendur geti þá í slíkum tilvikum beint „beinum pöntunum á byggingarvöruefni til útlanda, eða með því að erlendar byggingavörúverslanir hefji starfsemi hér á landi eins og raunin hafi orðið.“ Áfrýjunarnefndin vísi jafnframt til þess að málið hafi ekki verið reifað með tilliti til þess hvort samráðið „hafi haft áhrif á erlenda birgja eða aðra viðskiptamenn í EES-riki“. Aðalstefnandi byggir á því að þessi niðurstaða sé ekki í samræmi við rétta skýringu á 53. gr. EES-samningsins. Þvert á móti staðfesti þau atriði sem áfrýjunarnefndin tiltaki að ákvæðið taki til brota stefnda.

Í 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga sé kveðið á um að aðalstefnandi, áfrýjunarnefnd samkeppnismála og íslenskir dómstólar skuli beita 53. gr. EES-

samningsins eftir því sem kveðið sé á um í lögum, meðal annars 25.–28. gr. samkeppnislaga. Beiti áðurnefndir aðilar ákvæðum laganna 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. samningsins að því er varðar slíka samninga, ákvarðanir eða samstilltar aðgerðir, sbr. 1. mgr. 26. gr. laganna.

Aðalstefnandi vísar til þess að í tilkynningu Eftirlitsstofnunar EFTA, Leiðbeiningar um hugtakið áhrif á viðskipti eins og það er notað í 53. og 54. gr. EES-samningsins (2006/EES/59/06), komi fram að skilyrðið um „áhrif á viðskipti“ sé sjálfstætt skilyrði sem afmarki lögsögu að því er snerti gildissvið EES-samkeppnisréttar. Skilyrðið feli ekki í sér efnisreglu heldur lögsögureglu. Þannig geti aðgerðir fyrirtækja haft áhrif á viðskipti í skilningi ákvæðisins án tillits til þess hvort þær í raun raski samkeppni eða hafi áhrif á viðskiptamenn í öðrum EES-ríkjum. Til að lögsaga EES-réttar verði virk þurfi þannig ekki að sýna fram á raunveruleg áhrif heldur nægir að aðgerðin sem um ræðir sé til þess fallin að hafa áhrif á viðskipti milli EES-ríkja. Þaðan af síður þurfi að sýna fram á að aðgerðin hafi dregið úr eða takmarkað viðskipti milli EES-ríkja.

Þá hafi dómstóll ESB slegið því föstu að taki ólögmaett samráð til eins aðildarríkis í heild hafi það að öllu jöfnu áhrif á viðskipti milli aðildarríkja, sbr. meðal annars dóm dómstóls ESB frá 11. júlí 2013 í máli nr. C-439/11. Þetta eigi enn frekar við í þeim tilvikum þar sem samráð tekur til endursölu á vörum sem eru fluttar inn frá öðrum EES-ríkjum, sbr. 82. mgr. leiðbeininganna. Þá skipti máli hvort þeir sem hafa með sér samráð séu með háa markaðshlutdeild, sbr. dóm dómstóls ESB frá 11. júlí 1989 í máli nr. C-246/86.

Aðalstefnandi byggir á því að gagnstefnandinn Byko ehf. og Húsasmiðjan ehf. hafi verið með nálægt 100% markaðshlutdeild á hinum skilgreinda markaði málsins. Þær vörur sem samráðið hafi tekið til, meðal annars timbur, hafi nær allar verið fluttar inn frá öðrum EES-ríkjum. Samráð fyrirtækjanna um verð á slíkum vörum geti þess vegna haft áhrif á samkeppnisaðstæður og viðskiptamynstur milli EES-ríkja.

Aðalstefnandi byggir á því að ákvæði 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins feli efnislega í sér sama bann við samráði keppinauta. Aðgerðir gagnstefnandans Byko ehf. hafi því jafnframt falið í sér brot á 53. gr. EES-samningsins. Með vísan til þessa byggir aðalstefnandi á því að beita beri 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins um brot stefnda, sbr. 21. og 26. gr. samkeppnislaga, líkt og aðalstefnandi hafi gert í ákvörðun sinni.

Aðalstefnandi byggir á því að sú sekt sem áfrýjunarnefnd hafi lagt á gagnstefnendur sé ekki í samræmi við brot stefnda og tryggi ekki fullnægjandi

varnaðaráhrif. Af skuldbindingum Íslands samkvæmt EES-samningnum leiði hins vegar að varnaðaráhrif sektar vegna brota gegn 1. mgr. 53. gr. verði að vera fullnægjandi.

3. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lagði rangt mat á tiltekna þætti samráðsins

Í þriðja lagi byggir aðalstefnandi á því að áfrýjunarnefndin hafi ekki lagt rétt mat á nánar tiltekna þætti í verðsamskiptum gagnstefnandans Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. og þær aðgerðir sem fyrirtækin gripu til á grundvelli þeirra. Niðurstöður áfrýjunarnefndarinnar séu að þessu leyti ekki í samræmi við samtímagögn.

Það eigi við um símtal sem hafi átt sér stað milli starfsmanna stefnda og Húsasmiðjunnar ehf. 28. febrúar 2011, svokallað „samráðssímtal“ og þau atvik sem hafi átt sér stað í kjölfarið. Símtalið hafi farið fram á milli lykilstarfsmanna fyrirtækjanna á sviði grófvöru, framkvæmdastjóra fagsölusviðs gagnstefnandans Byko ehf. og vörustjóra timbursölu Húsasmiðjunnar ehf. Áfrýjunarnefndin hafi ekki talið brot fyrirtækjanna í símtalinu jafn alvarleg og aðalstefnandi hafi miðað við og lagt til grundvallar að Húsasmiðjan ehf. hefði „ekki brugðist við efni símtalsins“.

Aðalstefnandi vísar um þetta til endurrits símtalsins sem sé að finna í heild sinni í gögnum málsins. Í ákvörðun aðalstefnanda sé fjallað um efni símtalsins, m.a. með hliðsjón af skýringum viðkomandi starfsmanna og gögnum málsins. Jafnframt sé því lýst hvaða reglur gildi um slík samskipti keppinauta með vísan til innlendra fordæma og fordæma í EES/ESB-samkeppnisrétti. Þannig brjóti fyrirtæki gegn banninu við samráði taki það á móti upplýsingum frá keppinauti um verðlagsmálefni, séu upplýsingar t.d. veittar á fundi eða í símtali, ef það hvorki mótmælir né gerir skýran fyrirvara af því tilefni. Ekki sé áskilið að upplýsingar séu veittar í stað þeirra upplýsinga sem tekið er við. Brot sé fullframið við það eitt að tekið sé við upplýsingum án mótmæla og því sé ekki þörf á að sanna hvort viðkomandi fyrirtæki hafi reynt að hrinda því í framkvæmd sem um var rætt. Brot sé þó talið enn alvarlegra ef fyrirtæki samþykkir tillögur sem miða að því að raska samkeppni eða ef það á frumkvæði að samráðstillögum.

Aðalstefnandi byggir á því að eftirtalin brot á 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins hafi átt sér stað í símtalinu:

Fyrirtækin ákváðu að hækka verð í áföngum í öllum tilboðum fyrirtækjanna á grófvöru, að grípa til sérstakra aðgerða í þeim tilgangi að minnka samkeppni í tilboðum á Selfossi og Akureyri, að vinna gegn verðsamkeppni í sölu á gagnvörðu timbri (svokölluðu „grænu efni“) og reyna þess í stað að hækka verð á því, að hækka verð á miðstöðvarofnum og að fylgjast með aðgerðum Múrbúðarinnar ehf. á

markaðnum. Þá greindi gagnstefnandinn Húsasmiðjunni ehf. frá þeirri fyrirætlun sinni að hækka verð á annarri vöru en grófvöru, t.d. heimilistækjum.

Símtalið sé skýrt samtímagagn og framangreind brot hafi verið fullframin er símtalinu lauk. Ljóst sé að niðurstaða áfrýjunarnefndar um að ekki verði „byggt á því að sérstakt samráð hafi átt sér stað við að vinna gegn verðsamkeppni á gagnvörðu timbri, umfram það sem almennt var, eða að sérstakar aðgerðir á Selfossi og Akureyri hafi hér þýðingu“ byggja á rangri lagatúlkun.

Aðalstefnandi bendir á að í ákvörðun sinni sé að finna skýra og nákvæma lýsingu á því sem gerðist næstu klukkustundir eftir að símtalinu lauk og næstu daga eftir. Áfrýjunarnefndin rökstyðji ekki þá niðurstöðu sína að aðalstefnandi hafi lagt rangt mat á þau atvik heldur staðhæfi aðeins að ekkert verði fullyrt um að Húsasmiðjan ehf. hafi brugðist við. Þetta sé ekki rétt ályktun.

Aðalstefnandi bendir í fyrsta lagi á að í símtalinu hafi gagnstefnandinn Byko ehf. gert afdráttarlausu tilraun til að fá Húsasmiðjuna ehf. til að ráðast í samkeppnishamlandi aðgerðir. Ætlaður efi um eftirfarandi viðbrögð Húsasmiðjunnar ehf. hafi ekki í för með sér að brot gagnstefnandans teljist að þessu leyti ekki eins alvarlegt eða eigi að leiða til lægri sektar. Í ákvörðun aðalstefnanda sé þætti gagnstefnanda í brotinu lýst, en Húsasmiðjan ehf. hafi viðurkennt sinn þátt í því í sátt sinni við aðalstefnanda. Aðalstefnandi bendir í öðru lagi á það að gagnstefnandinn hafi metið viðbrögð Húsasmiðjunnar ehf. með þeim hætti að óhætt væri að byrja að hækka verð í grófvöruútlitum.

Tilgangur gagnstefnandans með símtalinu hafi ekki síst verið sá að tryggja að Húsasmiðjan ehf. myndi fylgja honum eftir því ella hefði verið hætta á að tilraun hans til að hækka verðið rynni út í sandinn og hann missti viðskipti til Húsasmiðjunnar ehf. Jafnframt liggi fyrir að gagnstefnandi hafi hrint aðgerðum sínum í framkvæmd. Með vísan til þessa byggir aðalstefnandi á því að það sé órökrétt að láta ætlaðan efa um viðbrögð Húsasmiðjunnar ehf. hafa áhrif á mat á alvarleika brots stefnda. Aðalstefnandi bendir í þriðja lagi á það að afstaða og viðbrögð Húsasmiðjunnar ehf. liggi fyrir. Húsasmiðjan ehf. hafi ekki haldið sig til hlés í símtalinu heldur tekið undir og samþykkt að hækka verð á öllum tilboðum í grófvöru.

Strax eftir símtalið hafi starfsmaður Húsasmiðjunnar ehf. staðið við loforð sitt um að koma samráðsskilaboðunum á „réttu staði“ með því að ræða við hlutaðeigandi framkvæmdastjóra. Einnig hafi hann beitt áhrifum sínum með því að segja sölumanni að hætta að gefa afslætti í tilboðum á grófvöru eða draga stórlega úr því. Hin skaðlegu áhrif samráðsins hafi meðal annars birst í því að Húsasmiðjan ehf. gat gripið til þessara aðgerða án þess að óttast að tapa viðskiptum þar sem fyrirtækið hafi búið yfir vitneskju um að gagnstefnandi fylgdi sömu stefnu.

Húsasmiðjan ehf. hafi því þegar í stað hrint í framkvæmd þeirri sameiginlegu ákvörðun að hækka verð í tilboðum. Meira hafi þó komið til.

Síðar sama dag hafi forstjóri Húsasmiðjunnar ehf. og framkvæmdastjóri hjá fyrirtækinu rætt saman í síma um símtalið við gagnstefnanda. Hvergi í því símtali eða í öðrum gögnum málsins megi greina að koma ætti tafarlausum mótmælum á framfæri við gagnstefnanda eða upplýsa yfirvöld. Þvert á móti hafi æðstu stjórnendur Húsasmiðjunnar ehf. verið sammála um að fara með vitneskju um símtalið „eins og mannsmorð“ og að það þyrfti að vera „strategísk pæling“ hvað þeir segðu við sölumenn sína, m.ö.o. hvernig samráðið skyldi framkvæmt án þess að almennir starfsmenn gerðu sér grein fyrir því. Stjórnendurnir hafi verið sammála um að samskiptin við gagnstefnanda væru „fín“ og framkvæmdastjórinn verið ánægður með að gagnstefnandinn væri farinn að „spá í framléiðni hjá sér“. Þá hafi þeir rætt með velþóknun um að vörustjórinn hefði „notað tækifærið“ til að ræða um græna efnið við gagnstefnanda og „að það mætti ekki endurtaka sig sem gerðist þar“. Með þessu hafi þeir vísað til þeirrar verðsamkeppni sem hafði ríkt í sölu á græna efninu sumarið áður. Í samráðssímtalinu hafi gagnstefnandi og Húsasmiðjan ehf. verið sammála um að sú samkeppni mætti ekki endurtaka sig og ákveðið þess í stað að hækka verðin.

Aðalstefnandi byggir á því að Húsasmiðjan ehf. hafi hækkað verð á græna efninu síðar sama dag. Þó að verð Húsasmiðjunnar ehf. hafi á þeim tíma verið 2–8% hærra en verð gagnstefnanda hafi fyrirtækið engu að síður ákveðið að hækka sitt verð um 4%. Upplýsingar um verðhækkunina hafi borist gagnstefnanda síðan í gegnum hin reglulegu verðsamskipti. Gagnstefnandi hafi lýst verðhækkuninni með velþóknun sem „hressilegri“ og ákveðið í kjölfarið að hækka verð á græna efninu hjá sér. Þessum þætti samráðsins hafi því verið hrint í framkvæmd.

Aðalstefnandi telur því ljóst að í kjölfar samráðssímtalsins 28. febrúar 2011 hafi verið hert á hinu samfellda samráði fyrirtækjanna.

Aðalstefnandi byggir einnig á því að áfrýjunarnefndin hafi lagt rangt mat á þau þrjú samráðstilvik sem hún hafi talið ósönnuð. Aðalstefnandi telji að samskipti gagnstefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. hafi falið í sér samfellt samráð sem hafi haft það að markmiði að raska samkeppni. Um samfellt samráð sé að ræða þegar fyrirtæki starfi reglubundið saman á ákveðnu tímabili til að ná fram sameiginlegu markmiði um að raska samkeppni. Eðli slíks brots valdi því að hvert og eitt sönnunargagn verði ekki metið einangrað heldur verði sönnunargögn metin með heildstæðum hætti. Af því leiði að ekki þurfi öll sönnunargögn að vera jafn afdráttarlaus heldur sé fullnægjandi að þau sýni saman fram á brot. Vísar aðalstefnandi um þetta til dóms EFTA-dómstólsins frá 18. apríl 2012 í máli nr. E-15/10 og dóms undirréttar ESB frá 9. september 2015 í máli nr. T-82/13.

Aðalstefnandi bendir jafnframt á að ekki megi gera óraunhæfar kröfur til sönnunar um að samráð hafi átt sér stað og vísar um það til dóms dómstóls ESB frá 17. september 2015 í máli nr. C-634/13 og dóms dómstólsins frá 25. janúar 2007 í sameinuðum málum nr. C-403/04 og C-405/04.

Aðalstefnandi áréttar að öll þau tilvik sem gerð sé grein fyrir í ákvörðun hans feli í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins. Verði ekki á það fallist byggja aðalstefnandi á því að niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar um þau þrjú tilvik sem hún telur ósönnuð breyti engu um eðli, alvarleika og umfang samráðsins eða að þau hafi nokkur áhrif á fjárhæð sektarinnar, enda séu umrædd tilvik hluti af mun stærra broti.

Á skrifstofu þáverandi forstjóra gagnstefnanda hafi fundist tölvuskeyti sem hann sendi stjórn fyrirtækisins 26. nóvember 2008 klukkan 16:21. Í andmælaskjali hafi aðalstefnandi rökstutt það frummat sitt að draga yrði þá ályktun af efni tölvuskeytisins að upplýsingar sem þar kæmu fram hefðu borist frá Húsasmiðjunni ehf. Gagnstefnandi hafi mótmælt þessu með vísan til þess að ónafngreindur verktaki hefði veitt forstjóranum upplýsingarnar. Gagnstefnandi hafi ekki lagt fram gögn sem styðji þessa staðhæfingu, hvorki við meðferð málsins hjá samkeppnisyfirvöldum né fyrir dómnum. Þá hafi hann heldur ekki útskýrt hvers vegna hinn ónafngreindi verktaki hafi fengið upplýsingar um viðkvæm viðskiptaleg málefni Húsasmiðjunnar ehf. áður en þær voru gerðar opinberar. Í ákvörðun aðalstefnanda sé rökstutt að upplýsingarnar hafi borist frá Húsasmiðjunni ehf. og að upplýsingaskiptin hafi verið hluti af samráði fyrirtækjanna.

Áfrýjunarnefndin hafi hins vegar ekki talið ástæðu til að láta gagnstefnanda bera hallann af því að veita ófullnægjandi skýringar á því hver hefði veitt forstjóra hans upplýsingarnar. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar kemur fram að efni tölvuskeytisins feli í sér almennar vangaveltur sem hafi í aðalatriðum ekki gengið eftir. Þessi lýsing sé ekki rétt að mati aðalstefnanda.

Aðalstefnandi byggir á því að við mat á sönnunargildi tölvuskeytisins verði að hafa í huga að það hafi verið sent aðaleiganda gagnstefnanda og stjórn fyrirtækisins og að ætla verði að það hefði ekki verið gert nema að vel athuguðu máli. Það sé og í samræmi við efni gagnsins þar sem forstjórinn leggi áherslu á hluti sem hann telji 99% örugga eða kristaltæra. Tölvuskeytið feli þannig ekki í sér getgátur eða almennar vangaveltur forstjórans heldur sé beinlínis vísað til þess að um sé að ræða utanaðkomandi upplýsingar um áform Húsasmiðjunnar ehf. Aðalstefnandi telji gagnstefnanda ekki hafa gefið trúverðugar skýringar á þeirri staðhæfingu að honum hafi borist upplýsingarnar frá ónafngreindum verktaka en ekki frá Húsasmiðjunni ehf., en það standi honum nær að gera það, sérstaklega í ljósi þess að forstjóra og öðrum fyrirsvarmönnum hans hafi í fleiri tilvikum borist

viðskiptaupplýsingar frá Húsasmiðjunni ehf. Í þessu sambandi hafi þýðingu fyrri samráðssamskipti forstjórans við lykilstarfsmenn Húsasmiðjunnar ehf. Þá skipti máli að Húsasmiðjan ehf. skuli í sátt sinni við aðalstefnanda hafa viðurkennt að hafa veitt gagnstefnanda upplýsingarnar. Með vísan til þessa byggir gagnstefnandi á því að framangreint tilvik hafi verið hluti af samfelldu ólögmetu samráði gagnstefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. Ályktun áfrýjunarnefndarinnar hvað þetta varðar fái því ekki staðist.

Aðalstefnandi byggir einnig á því að hann hafi lagt rétt mat á aðgerðir sem tengist Múrbúðinni ehf. Aðalstefnandi bendi á að haustið 2010 hafi Múrbúðin ehf. byrjað að keppa við gagnstefnanda og Húsasmiðjuna ehf. í sölu á grófvöru, en Múrbúðin ehf. opnaði grófvörudeild sína 15. október 2010. Sama dag hafi Múrbúðin ehf. haft samband við aðalstefnanda og óskað eftir að greina frá samráði gagnstefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. og tilraunum fyrirtækjanna til að fá Múrbúðina ehf. til að taka þátt í því. Eigandi Múrbúðarinnar ehf. og forstöðumaður grófvörudeildar fyrirtækisins hafi svo upplýst aðalstefnanda um háttsemina á fundum 21. október og 3. nóvember 2010, eins og fram komi í staðfestum fundargerðum og greint sé frá í gögnum málsins. Í fundargerðunum hafi þeir staðfest að rétt væri eftir þeim haft og að þeim væri ljóst að röng upplýsingagjöf gæti varðað þá refsingu.

Aðalstefnandi byggir á því að upplýsingarnar hafi verið nákvæmar, trúverðugar og í samræmi við önnur gögn málsins. Þannig staðfesti símagögn sem lögregla aflaði að Múrbúðin ehf. hafi veitt réttar upplýsingar um tímasetningu símtala. Þá staðfesti önnur samtímagögn atburðarásina í ákvörðun aðalstefnanda. Jafnframt hafi þeir starfsmenn gagnstefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. sem um ræði staðfest að hafa umrædda daga átt samskipti við Múrbúðina ehf. Í sátt Holtavegar 10 ehf. við aðalstefnanda sé viðurkennt að Húsasmiðjan ehf. hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með því að „hafa gert sameiginlega tilraun með Byko til að fá Múrbúðina til að taka þátt í samráði um verð á grófvöru ...“.

Aðalstefnandi byggir á því að úrskurður áfrýjunarnefndarinnar um framangreind atriði sé óskýr. Í úrskurðinum segi að samskiptin séu „ekki þess eðlis að hægt sé að segja að Múrbúðinni hafi verið boðin þátttaka í verðsamráði. Þótt segja megi að starfsmenn áfrýjandans hafi gengið hart fram í því að fá fram þau verð sem Múrbúðin bauð sem nýr þátttakandi á markaði var það ekki umfram það sem búast mátti við og ekki liggja fyrir gögn um að einhvers konar samráð hafi verið með áfrýjanda og Húsasmiðjunni um það að bjóða Múrbúðinni að taka þátt í verðsamráði.“

Aðalstefnandi byggir á því að við mat á samskiptum gagnstefnanda við Múrbúðina ehf. verði ekki horft fram hjá því að þau verðsamskipti sem fyrirtækin

hafi átt á umræddum tíma hafi falið í sér ólögmett verðsamráð. Þá liggi fyrir að fyrirtækin hafi reynt að fá Múrbúðina ehf. til að taka þátt í verðsamskiptunum. Tilraunir þeirra til að fá Múrbúðina ehf. til að taka þátt í verðsamskiptunum séu því, eðli málsins samkvæmt, tilraunir til að fá Múrbúðina ehf. til að taka þátt í verðsamráði. Jafnframt liggi fyrir að stjórnendur gagnstefnanda og lykilmenn hans á sviði grófvöru hafi mætt endurtekið á starfsstöð Múrbúðarinnar ehf. áður en fyrirtækið hóf sölu á grófvörum, þ.e. 25. ágúst, 9. september og 8. október 2010. Í þessum heimsóknum hafi þeir viljað ræða um fyrirhugaða verðlagningu Múrbúðarinnar ehf., birgja fyrirtækisins og fleiri atriði er hafi tengst hinni fyrirhuguðu samkeppni. Múrbúðinni ehf. hafi m.a. verið boðið að koma í heimsókn til gagnstefnanda. Gagnstefnandi hafi ekki mótmælt því að þessar heimsóknir hafi átt sér stað heldur réttlætt þær með vísan til þess að hann hafi viljað vekja athygli Múrbúðarinnar ehf. á lagaskyldu fyrirtækisins til þess að birta verð. Aðalstefnandi kveðst ekki hafa fallist á þessar skýringar, m.a. af þeirri ástæðu að á þessum tíma hafði grófvörudeild Múrbúðarinnar ehf. ekki hafið starfsemi. Þá hafi heldur ekki komið fram skýringar á því hvers vegna lykilstarfsmenn stefnda á sviði grófvöru hafi talið það hlutverk sitt að eiga bein samskipti við nýjan keppinaut til að benda honum á gildandi lög eða tryggja að hann færi að þeim. Jafnframt liggi fyrir að lykilstarfsmenn Húsasmiðjunnar ehf. hafi heimsótt Múrbúðina ehf. í sams konar erindagjörðum. Viðkomandi starfsmenn hafi staðfest þetta.

Aðalstefnandi byggir enn fremur á því, máli sínu til stuðnings, að símagögn frá deginum sem grófvörudeildin var opnuð, þ.e. 15. október 2010, staðfesti að þeir starfsmenn gagnstefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. sem hafi verið falið að annast hin ólögmetu verðsamskipti hafi rætt tvisvar saman í síma. Símagögnin sýni einnig að sama dag hafi viðkomandi starfsmaður gagnstefnanda haft samband við Múrbúðina ehf. Starfsmaðurinn sem um ræði hafi upplýst lögreglu um að yfirmaður hans, þ.e. sölustjóri timbursölu, hefði falið honum að eiga í sams konar verðsamskiptum við Múrbúðina ehf. og hann hafi átt við Húsasmiðjuna ehf. Sá yfirmaður hjá gagnstefnanda hafi staðfest að hafa farið í heimsókn í Múrbúðina ehf. 8. október 2010. Sama dag hafi framkvæmdastjóri hjá gagnstefnanda lagt það fyrir starfsmanninn sem hafi annast verðsamskiptin við Húsasmiðjuna ehf. að hafa „dálk fyrir Múrbúðina“ í skjalinu, sem hann hafi útfyllt af því tilefni. Þá hafi símagögn og tölvuskeyti Húsasmiðjunnar ehf. staðfest að annars vegar þeir starfsmenn sem heimsóttu Múrbúðina ehf. daginn á undan og hins vegar sá starfsmaður sem falið var að annast verðsamskiptin við gagnstefnanda hafi átt samskipti við Múrbúðina ehf. vegna verðs á grófvöru 15. október 2010. Fyrir lögreglu hafi annar þessara starfsmanna Húsasmiðjunnar ehf. staðfest þá frásögn Múrbúðarinnar ehf. að hann hefði sagt að það væri varhugavert að senda verðupplýsingar í tölvupósti og að

hann hefði minnst á eftirlitsaðila í því sambandi.

Aðalstefnandi byggir á því að framangreind lýsing sé að öllu leyti í samræmi við undirritaða yfirlýsingu Múrbúðarinnar ehf. Aðalstefnandi geti því ekki fallist á þá niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar að samskipti gagnstefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. hafi verið eðlileg og ekki „umfram það sem búast mátti við“. Sú niðurstaða sé örökstudd og í ósamræmi við meginreglu samkeppnisréttar um sjálfstæði keppinauta, ekki síst á fákeppnismarkaði þar sem fyrir eru tvö fyrirtæki með nálægt 100% markaðshlutdeild og nýr keppinautur reynir að ná fótfestu á markaðnum.

Aðalstefnandi byggir á því að hann hafi lagt rétt mat á upplýsingar frá Múrbúðinni ehf. og önnur gögn málsins um umrædd atvik. Þá hafi hann litið til þess að gagnaðili gagnstefnanda að samráðinu hafi játað brot sitt að þessu leyti. Með vísan til þessa byggir aðalstefnandi á því að umrætt tilvik sé sannað og ályktun áfrýjunarnefndarinnar fái ekki staðist að þessu leyti.

Þá byggir aðalstefnandi á því að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ekki komist að réttari niðurstöðu um samráð gagnstefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. um sölu og verð á miðstöðvarofnum. Í ákvörðun aðalstefnanda sé rökstutt að fyrirtækin hafi haft ólöglegt samráð um sölu og verð á miðstöðvarofnum í nóvember og desember 2010. Í ákvörðuninni sé einnig fjallað um samráðssímtalið 28. febrúar 2011 sem hafi tekið til samráðs um verð á miðstöðvarofnum. Þá sé í ákvörðuninni jafnframt gerð grein fyrir samtali forstjóra gagnstefnanda Byko ehf. og framkvæmdastjóra gagnstefnandans Norvikur hf. þar sem fram komi að sölustjóri miðstöðvarofna hjá gagnstefnanda hafi verið í „miklu sambandi“ við Húsasmiðjuna ehf. og að forstjórinn hafi greint frá því að gagnstefnandinn og Húsasmiðjan ehf. væru að skiptast á upplýsingum til að „reyna að loka á þá“, þ.e. takmarka samkeppni frá Múrbúðinni ehf.

Áfrýjunarnefndin hafi á hinn bóginn ekki fallist á að um brot væri að ræða með svofelldum rökstuðningi:

„Í kærú sinni skýrir áfrýjandi umrædd ummæli og þessi atvik að öðru leyti, m.a. með því að með orðunum „ósamræmi“ í tölvupóstinum hafi verið átt við framsetningu verða með tilliti til fjölda „watta“, þannig að minni ofnar voru jafnvel dýrari en hinir öflugri. Því hafi ekki verið átt við samræmingu á milli verða Byko og Húsasmiðjunnar eins og Aðalstefnandi byggir á í hinni kærðu ákvörðun. Þær skýringar sem gefnar eru á samskiptunum eru að mati áfrýjunarnefndarinnar trúverðugar og verða hér lagðar til grundvallar. Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru framangreind atvik ekki þáttur í broti gegn 10. gr. samkeppnislaga. Samhengi þessara samskipta er heldur ekki þannig að þau teljist þáttur í hinu almenna broti sem lýtur að verðlagningu allt annarra vörflokka, þ.e. hinna svokölluðu grófvara.“

Í ákvörðun stefnanda sé með rökstuddum hætti fjallað um framangreindar skýringar gagnstefnanda og þær taldar í ósamræmi við gögn málsins. Áfrýjunarnefndin rökstyðji ekki að hvaða leyti það mat aðalstefnanda sé rangt. Hvað sem því líði byggji aðalstefnandi á því að um brot hafi verið að ræða, jafnvel þótt lögð væri til grundvallar sú skýring gagnstefnanda að samskiptin við Húsasmiðjuna ehf. hefðu tekið til „ósamræmis“ milli styrkleika og verðs ofna. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sé hvorki tekin afstaða til þessa né vikið að þýðingu samskipta forstjóra gagnstefnandans Byko ehf. og framkvæmdastjóra Norvikur hf. sem hér hafi verið getið að framan. Þá horfi áfrýjunarnefndin fram hjá því að fyrirtækin höfðu jafnframt samráð um verð á miðstöðvarofnum í símtalinu 28. febrúar 2011. Áfrýjunarnefndin leggi því ranglega til grundvallar að þessi atvik séu ótengd samráði fyrirtækjanna um verð á grófvöru. Aðalstefnandi byggir á því að niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar um þetta atriði sé ekki í samræmi við gögn málsins.

Þá geti aðalstefnandi ekki fallist á niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar um þýðingu þeirrar sáttar sem Holtavegur 10 ehf. (áður Húsasmiðjan ehf.) hafi gert við aðalstefnanda. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sé tekið fram að sáttin „geti ekki takmarkað varnir“ gagnstefnanda og að hún sé ekki bindandi. Af úrskurðinum sé ekki ljóst hvort áfrýjunarnefndin telur sáttina hafa sönnunargildi. Á einum stað segi að hún hafi „takmarkað sönnunargildi“ í málinu og að líta verði til þess að gagnstefnandi hafi bent á að sáttin hefði átt sér sérstakan aðdraganda vegna sölu á rekstri Húsasmiðjunnar. Aðalstefnandi byggir á því að í ákvörðun hans sé hvorki lagt til grundvallar að gagnstefnendur séu bundnir af sáttinni né að hún hafi með einhverjum hætti takmarkað varnir þeirra. Aðalstefnandi hafi tekið sjálfstæða afstöðu til þess hvort gagnstefnandi hefði brotið 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins, óháð efni sáttarinnar. Umfjöllun áfrýjunarnefndarinnar sé því tilefnislaus.

Hvað sem framansögðu líði byggji aðalstefnandi þó á því að viðurkenning fyrirtækis á broti hafi umtalsverða þýðingu. Það sé málefnalegt að líta til yfirlýsingar fyrirtækis sem hafi tekið þátt í samráði við mat á þætti annarra samráðsfyrirtækja. Sönnunargildi slíkrar yfirlýsingar sem gangi gegn hagsmunum þess sem hana veitir sé almennt mjög mikið. Í þessu sambandi sé rétt að hafa í huga að þótt viðurkenning á broti geti leitt til niðurfellingar eða lækkunar á sekt þá geti hún skapað grundvöll skaðabóta. Með vísan til þessa byggji aðalstefnandi á því að sáttin styðji niðurstöðu hans um brot gagnstefnanda.

Þá kveðst aðalstefnandi ekki geta fallist á að viðskiptalegir hagsmunir tengdir sölu á Húsasmiðjunni ehf. hafi ráðið gerð sáttarinnar en af úrskurði áfrýjunarnefndarinnar virðist sem nefndin taki undir þá málsástæðu gagnstefnanda.

Húsasmiðjan hafi verið seld í desember 2011 en seljandi hennar, Holtavegur 10 ehf., hafi undirritað sátt við aðalstefnanda 9. júlí 2014. Þar sem fyrrum eigandi hafi enn verið til að lögum og gjaldfær hafi það verið í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar að hann greiddi sektina. Þegar sáttin hafi verið gerð hafi salan á Húsasmiðjunni verið að fullu um garð gengin. Fyrirliggjandi gögn sýni að salan hafi ekki verið háð lyktum samkeppnismálsins og að skýrt hafi legið fyrir hjá seljanda og kaupanda að hinn fyrrnefndi bæri ábyrgð á greiðslu mögulegrar sektar. Þess vegna hafi engin óvissa verið til staðar sem þurfti að eyða er Holtavegur 10 ehf. hafi ákveðið að ganga til sáttar við aðalstefnanda sumarið 2014, tæpum tveimur árum eftir söluna.

Þá hafnar aðalstefnandi því að gagnstefnendur hafi ekki notið réttlátrar málsmeðferðar. Hafnar aðalstefnandi sjónarmiðum gagnstefnenda um að kæran sem hann hafi beint til lögreglu hafi verið ólögmæt þar sem hún hafi eingöngu verið reist á staðhæfingum fyrirsvarsmanna keppinautar gagnstefnandans Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. Kæran hafi þannig verið grundvöllur fyrir heimildum sem hafi verið veittar til símhlerana. Slíkar rannsóknaraðgerðir séu ólögmætar ef grundvöllur þeirra er ófullnægjandi, sbr. 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Með þessu hafi einnig verið brotið gegn rétti gagnstefnenda samkvæmt 6. gr. sáttmálans og 70. gr. stjórnarskrárinnar. Ákvörðun aðalstefnanda sé nær eingöngu reist á gögnum sem hafi verið aflað með símhlerunum og húsleitum.

Aðalstefnandi tekur fram að samkvæmt 42. gr. samkeppnislaga sé honum ætlað að meta, með tilliti til grófleika brots og réttarvörslusjónarmiða, hvort sá hluti máls sem varði refsíabyrgð einstaklings skuli kærður til lögreglu. Ákvæðið áskilji ekki að grunur um brot sé af tilteknum styrkleika svo mál verði kært til lögreglu. Að undangenginni kæru aðalstefnanda leggi lögregla svo á það sjálfstætt mat, á grundvelli laga um meðferð sakamála, hvort ástæða sé til að hefja rannsókn sakamáls og hvort skilyrði séu til að beita rannsóknarúrræðum þeirra laga. Málsástæða gagnstefnenda hvað þetta varðar sé því þýðingarlaus. Allt að einu byggji stefndi á því að sú ákvörðun hans að vísa til lögreglu þeim hluta málsins sem varðaði ætlaða refsíabyrgð einstaklinga hafi verið forsvaranleg. Þá bendir aðalstefnandi á að rannsóknaraðgerð fari ekki gegn 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu liggi fyrir rökstuddur grunur um ætlaða refsiverða háttsemi á þeim tíma sem hún fer fram. Engu breyti um lögmæti aðgerðarinnar þótt sakborningur sé síðar sýknaður í viðkomandi refsímáli.

Aðalstefnandi bendir á að ákvörðun lögreglu um að leita heimildar dómstóla til símhlerana, og síðar til húsleitar, hafi ekki aðeins verið byggð á staðhæfingum fyrirsvarsmanna Múrbúðarinnar ehf. Aflað hafi verið símagagna sem hafi staðfest munnlegan framburð fyrirsvarsmannanna, hvort tveggja um fjölda og tímasetningu

símtala frá keppinautum fyrirtækisins og gögnin hafi auk þess sýnt fram á umfangsmikil, reglubundin og tíð símasamskipti gagnstefnandans, Byko hf., og Húsasmiðjunnar ehf. Af gögnunum hafi mátt ráða að samskiptin hefðu verið nánast vikuleg 30–40 mínútna löng símtöl. Niðurstaða dómstóla hvað varðar þessar rannsóknaraðgerðir hafi verið sú að rökstuddur grunur væri fyrir hendi. Sú niðurstaða sæti ekki endurskoðun í þessu máli. Allt að einu byggir aðalstefnandi á því að skilyrði 8. gr. mannréttindasáttamála Evrópu um rökstuddan grun hafi verið uppfyllt.

Aðalstefnandi bendir jafnframt á að rannsókn á ætluðu samkeppnislagabroti sé ekki háð því að fyrir liggi skjálleg sönnunargögn. Þannig hafi dómstólar ESB talið framkvæmdastjórn ESB heimilt að byggja rannsókn á munnlegum upplýsingum sem hún teldi trúverðugar, svo sem þegar þátttakandi í samráði snýr sér til þess sem hefur eftirlit og óskar eftir því að sekt hans sé lækkuð eða felld niður gegn því að hann veiti upplýsingar um brotið. Í þessu sambandi mótmælir aðalstefnandi því jafnframt sem röngu og þýðingarlausu að „verulegt ósamræmi“ hafi verið í framburði eiganda og starfsmanns Múrbúðarinnar ehf. við skýrslutöku í héraðsdómi í málinu nr. S-218/2014.

Hvað sem öðru líði byggi aðalstefnandi á því að ætluð ólögsmæt kæra hans til lögreglu eða ætlaðar ólögsmætar símhleranir og húsleitir lögreglu á grundvelli laga um meðferð sakamála hafi ekki áhrif á stjórnábylgju meðferð málsins eða gildi ákvarðana samkeppnisyfirlinga.

Gagnstefnendur byggi einnig á því að við „framkvæmd þeirrar húsleitar sem stefndi framkvæmd í málinu“ og eftirfarandi rannsókn á haldlögðum gögnum hafi verið brotið gegn rétti þeirra til réttlátrar málsmeðferðar og engu breyti hvort samskiptin hafi verið lögð til grundvallar niðurstöðu málsins. Þannig hafi verið haldlögð samskipti þeirra við utanaðkomandi lögmenn og ekki tryggt að slík gögn yrðu ekki skoðuð, sbr. 68. gr. og 2. mgr. 119. gr. laga um meðferð sakamála og 70. og 71. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 1. og 2. mgr. 6. gr. og 8. gr. mannréttindasáttamála Evrópu. Aðalstefnandi mótmælir þessari málsástæðu sem vanreifaðri enda hafi gagnstefnendur hvorki lagt fram umrædd gögn né tilgreint efni þeirra.

Verði ekki á það fallist mótmælir aðalstefnandi málsástæðunni og vekur athygli á því að það hafi verið lögregla sem framkvæmdi umrædda húsleit. Það hafi henni verið heimilt á grundvelli laga um meðferð sakamála og úrskurðar Héraðsdóms Reykjavíkur og að leggja hald á þau gögn sem um ræðir. Hið sama gildi um þau gögn sem voru afrituð í húsleitinni. Aðalstefnandi hafi verið heimilt að taka þátt í húsleitinni og fá afhent gögn frá lögreglu, sbr. 5. og 6. mgr. 42. gr. samkeppnislaga. Rannsóknaraðgerðum lögreglu hafi ekki verið hnekk fyrir dómi og séu sjónarmið gagnstefnenda því haldlaus

Aðalstefnandi vekur jafnframt athygli á því að í athugasemdum sínum við andmælaskjal aðalstefnanda hafi gagnstefnandi ekki byggt á því aðalstefnandi hefði aflað og/eða skoðað gögn sem vörðuðu samskipti stefnanda við utanaðkomandi lögmenn. Gagnstefnandi hafi heldur ekki látið reyna á lögmæti umræddrar haldlagningar/afritunar gagna í húsleitinni fyrir dómi og því síður hafi hann tilgreint þau ætluðu ólögmætu sönnunargögn sem ákvörðun aðalstefnanda eða úrskurður áfrýjunarnefndarinnar sé reistur á. Gagnstefnandi geti því ekki með réttu byggt á því að brotið hafi verið gegn rétti hans til réttlátrar málsmeðferðar, sbr. um slíkt atriði dóm Hæstaréttar í málinu nr. 419/2015.

Aðalstefnandi vekur athygli á því að samkvæmt 1. mgr. 68. gr. laga nr. 88/2008 sé óheimilt að leggja hald á muni hafi þeir að geyma upplýsingar um það sem sakborningi og verjanda hans hafi farið á milli, svo og upplýsingar sem 2. mgr. 119. gr. tekur til. Við húsleit lögreglu hjá gagnstefnanda hafi verið tekið afrit af öllum gögnum, sem höfðu farið um og verið vistuð á pósthjóni og heimasvæði í tölvum tiltekinna starfsmanna gagnstefnanda. Vegna þessa hafi verið óhjákvæmilegt að afrituð væru gögn sem tengdust ekki rannsókn lögreglu með beinum hætti. Hæstiréttur Íslands hefur ekki fundið að því að þessi háttur sé hafður á framkvæmd rannsóknaraðgerða, sbr. meðal annars dóm réttarins í málinu nr. 177/2002, sem varðar atvik í tíð þágildandi laga um meðferð opinberra mála, og dóm réttarins í málinu nr. 633/2009. Samkvæmt því hafi lögreglu verið heimilt að leggja hald á gögnin og aðalstefnanda heimilt að skoða þau enda hefði hann að öðrum kosti ekki getað tekið afstöðu til þess hvort þau tengdust rannsókn á brotum gagnstefnandans. Gagnstefnandi hafi ekki gert kröfu um að tilteknum gögnum yrði eytt. Samkvæmt þessu sé málsástæða hans haldlaus.

Aðalstefnandi árétti í þessu sambandi almennu regluna um frjálst mat sönnunargagna í samkeppnismálum. Í því felist að almennt verði sönnunargögnum ekki hafnað fyrir fram. Við endanlega ákvörðun komi hins vegar til álita hvort og að hvaða marki sönnunargögn verði notuð. Gildi það einnig um sönnunargögn sem óheimilt væri að styðjast við. Gagnstefnendur hafi hins vegar ekki bent á nein slík.

Samkvæmt c-lið 3. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu skuli hver sá sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi eiga kost á því að halda uppi vörnum með aðstoð verjanda. Ákvæðið hafi verið skýrt svo að sakborningur eigi rétt á að njóta virkrar lögfræðiaðstoðar. Húsleit lögreglu hafi farið fram á grundvelli laga um meðferð sakamála og heimildar frá dómstóli. Aðalstefnandi byggir á því að samskipti við lögmenn njóti aðeins verndar mannréttindasáttmálans tengist þau því máli sem sé til úrlausnar. Gagnstefnendur hafi hvorki tilgreint efni umræddra gagna né byggt á því að þau varði vörn þeirra í málinu. Þeir hafi heldur ekki byggt á því að úrskurður áfrýjunarnefndarinnar eða ákvörðun aðalstefnanda séu reist á

gögnunum eða að þau hafi einhverja þýðingu haft við rannsókn málsins. Með vísan til þessa mótmælis aðalstefnandi því að brotið hafi verið gegn rétti gagnstefnenda samkvæmt mannréttindasáttmálanum og stjórnarskrá.

Hvað sem framansögðu líði byggi aðalstefnandi á því að hann hafi ekki haft undir höndum gögn um samskipti gagnstefnenda við utanaðkomandi lögmann sem hafi varðað efni málsins eða hafi slík gögn verið lögð til grundvallar niðurstöðu í málinu. Óháð því hvort 2. mgr. 119. gr. laga nr. 88/2008 hafi tekið til einhverra gagna sem hald hafi verið lagt á við húsleit lögreglu byggi aðalstefnandi á því að ætlað brot að þessu leyti geti engin áhrif haft á gildi ákvörðunar hans. Þaðan af síður geti það haft áhrif á gildi úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003, þar sem fram komi að áfrýjunarnefndin geti bætt úr annmörkum sem kunni að hafa verið á meðferð samkeppnismála á lægra stjórnarsýslustigi, en slík gögn hafi ekki verið hluti málsins og hafi ekki komið áfrýjunarnefnd samkeppnismála fyrir sjónir.

Gagnstefnendur byggi einnig á því að aðalstefnandi hafi brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga og ekki gætt að hlutlægnisskyldu sinni. Hann hafi horft fram hjá gögnum sem hafi bent til samkeppni fyrirtækjanna og verðlækkana á brotatímabilinu. Jafnframt hafi aðalstefnandi ranglega lagt til grundvallar að upplýsingar um verð hafi verið gefnar á báða bóga á öllu rannsóknartímabilinu. Einnig hafi aðalstefnandi láðst að framkvæma nauðsynlegt kostnaðarmat. Aðalstefnandi mótmæli þessum málsástæðum gagnstefnanda og telji þau ekki eiga við rök að styðjast.

Í þessu sambandi vísi gagnstefnendur til fimm nánar tiltekinna tölvupóstsendinga máli sínu til stuðnings. Aðalstefnandi vekur athygli á því að í fjórum af þessum tilvikum varði gögnin annaðhvort verðlækkanir á vörum sem ekki teljist til grófvara eða tilheyri ekki þeim 105 vörutegundum sem hafi verið á hinu hefðbundna verðsamanburðarskjali gagnstefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. og verðsamskiptin hafi tekið til. Að því er snerti fimmta tilvikið, þ.e. verðlækkun á svokölluðu grænu efni vorið 2010, árétti aðalstefnandi umfjöllun sína um þetta atriði. Samkeppni fyrirtækjanna hafi takmarkast við það að Húsasmiðjan ehf. lagaði sig að lækkunum á verðum gagnstefnanda. Á hinn bóginn hafi Húsasmiðjan ehf. ekki boðið betri verð. Í ákvörðun aðalstefnanda sé vísað til ólögmeats samráðs fyrirtækjanna um að koma í veg fyrir að slík samkeppni eigi sér stað aftur sem og samkomulag um að hækka verð á græna efninu. Í þessu sambandi byggi aðalstefnandi jafnframt á því að tímabundin samkeppni á milli samráðsaðila breyti ekki lögmæti samráðsaðgerða þegar viðkomandi fyrirtæki, líkt og hér um ræðir, hafi áfram með sér samráð.

Aðalstefnandi mótmæli því að þessi tilvik hnekki niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar um ólögmæti hinna reglulegu verðsamskipta. Verðsamskiptin hafi haft þýðingu við ákvörðun á verði á 105 mikilvægustu grófvörum fyrirtækjanna og haft það að markmiði að raska samkeppni. Þau tilvik sem gagnstefnendur nefni bendi hins vegar mögulega til þess að samkeppni hafi ríkt milli fyrirtækjanna þegar um hafi verið að ræða aðrar vörur en verðsamskiptin tóku til. Það breyti hins vegar engu um ólögmæti þess verðsamráðs sem tók til umræddra grófvara. Með vísan til þessa mótmæli stefndi því að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga við meðferð málsins.

Aðalstefnandi ítrekar að í máli þessu sé um að ræða brot sem hafi haft það að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins og falist í vikulegum samskiptum með upplýsingar um verð, og eftir atvikum um birgðastöðu og afslátt. Hann árétti í þessu sambandi að í réttarframkvæmd hafi því verið slegið föstu að það sé ekki skilyrði slíks brots að sönnuð séu neikvæð áhrif ólögmætra samskipta keppinauta á markað. Sönnun slíkra áhrifa hafi þá einu mögulegu þýðingu að viðurlög geti orðið harðari en ella.

Þá kveðst aðalstefnandi mótmæla því að hann hafi lagt rangt mat á eðli verðsamskipta Húsasmiðjunnar ehf. og gagnstefnanda. Í ákvörðuninni sé sýnt fram á að a.m.k. frá árinu 2007, og á öllu rannsóknartímabilinu, hafi fyrirtækin haft vikuleg bein samskipti, undir nafni, um verð á grófvörum. Það sé ekki rétt sem gagnstefnendur haldi fram, að í ákvörðuninni sé lagt til grundvallar að á rannsóknartímabilinu hafi verðsamskiptin ávallt verið gagnkvæm, þ.e. að fyrirtækin hafi ávallt veitt hvort öðru verðupplýsingar. Í ákvörðuninni sé lagt til grundvallar að samskiptin hafi ekki orðið að öllu leyti gagnkvæm fyrr en á haustmánuðum 2010. Húsasmiðjan ehf. hafi veitt gagnstefnanda verðupplýsingar á öllu rannsóknartímabilinu, en gagnstefnandi hafi byrjað að veita Húsasmiðjunni ehf. reglulega sömu upplýsingar á árinu 2010. Enda þótt Húsasmiðjan ehf. hafi fengið upplýsingar frá gagnstefnanda fyrir þann tíma hafi það ekki verið með eins reglubundnum hætti og síðar varð. Í ákvörðun aðalstefnanda segi um þetta að ekki sé „unnt að slá því föstu að fram á haustið 2010 hafi verðsamskipti Byko og Húsasmiðjunnar í öllum tilvikum verið gagnkvæm [...]. Hins vegar [sé] óhætt að leggja til grundvallar að þau hafi a.m.k. verið það að hluta. Eins og Byko hefur bent á urðu verðsamskiptin hins vegar að meginreglu gagnkvæm [...] haustið 2010. Fyrir sitt leyti hefur Húsasmiðjan (Holtavegur 10) viðurkennt að hin beinu verðsamskipti við Byko hafi á öllu rannsóknartímabilinu verið ólögmæt.“

Í ákvörðuninni er rökstutt að ólögmætar samstilltar aðgerðir geti bæði falist í einhliða upplýsingaskiptum, þar sem fyrirtæki greini frá upplýsingum, keppinautur meðtaki þær og setji ekki fram mótmæli, og tvíhliða

upplýsingaskiptum, þar sem keppinautarnir beinlínis skiptist á upplýsingum. Verðsamskipti fyrirtækjanna hafi því verið ólögmat á öllu rannsóknartímabilinu í skilningi samkeppnisréttar.

Þá tekur aðalstefnandi fram að verðsamskipti fyrirtækjanna tveggja hafi ekkert átt skylt við hefðbundnar og eðlilegar verðkannanir. Ólögmati þessara samskipta verði enn ljósara þegar horft sé til þess að félögin hafi sagt almennum starfsmönnum sínum ósatt um raunverulegar ástæður tiltekinna hækkana á grófvörum. Verðhækkunarir sem hafi leitt af samráðinu hafi ranglega verið sagðar stafa af hækkunum birgja eða hækkun á heimsmarkaðsverði. Þá sýni gögn málsins að báðum fyrirtækjunum hafi verið ljós nauðsyn þess að þessi samskipti færu leynt og að þau væru ekki eðlileg.

Aðalstefnandi mótmæli því þeim sjónarmiðum gagnstefnenda að verðsamskiptin hafi ekki falið í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga þar sem þau hafi í fyrsta lagi lotið að skiptum á upplýsingum um gildandi smásöluverð og í öðru lagi hafi upplýsingarnar lotið að opinberum smásöluverðum. Bendir aðalstefnandi á að í raun hafi Hæstiréttur í máli nr. 360/2015 þegar komist að þeirri niðurstöðu að samskiptin hafi falið í sér brot á umræddu ákvæði. Allt að einu byggji aðalstefnandi á því að samskipti keppinautanna hafi verið ólögmat og alvarleg fyrir það eitt að þau höfðu það að markmiði að raska samkeppni. Þegar af þeirri ástæðu sé málsástæða gagnstefnenda um að samskiptin hafi lotið að gildandi og opinberum smásöluverðum þýðingarlaus.

Hvað sem því líði sé þó ekki rétt að verðsamskiptin hafi að mestu einskorðast við gildandi verð. Í ákvörðun aðalstefnanda sé fjallað um það undir hvaða kringumstæðum upplýsingaskipti um verð teljist í raun lúta að áformum um verðlagningu. Í ákvörðuninni sé útskýrð þýðing þess að upplýsingaskiptin eigi sér stað í beinum samskiptum keppinauta og hafi ekki í för með sér skuldbindingargildi. Í slíkum tilvikum geti fyrirtæki auðveldlega afturkallað verðhækkun ef keppinautur hækkar ekki líka.

Í ákvörðun aðalstefnanda sé gerð grein fyrir samtímagögnum málsins sem sýni að í raun hafi það falist í hinum beinu verðsamskiptum stefnanda og Húsasmiðjunnar ehf. að send hafi verið tilboð/skilaboð um verðhækkunarir eða veittar upplýsingar um verðáform í skilningi samkeppnisréttarins. Staðfesti þetta alvarleika brota málsins. Í samtímagögnum komi skýrt fram að Húsasmiðjan ehf. hafi einfaldlega afturkallað verðhækkun, sem hún hafði upplýst gagnstefnanda um í hinum beinu verðsamskiptum, ef hann hækkaði ekki verð sitt í viðkomandi tilviki. Þetta hafi áfrýjunarnefndin staðfest og tekið fram „að verðupplýsingar Húsasmiðjunnar hafi í raun ávallt verið með þeim fyrirvara að þær yrðu dregnar til baka ef [stefnandi] hækkaði ekki sínar vörur í sambærilegum tilvikum“. Með vísan

til þessa byggi aðalstefnandi á því að verðsamskiptin hafi falið í sér upplýsingar um verðáform eða verðfyrirætlanir í skilningi samkeppnisréttar. Það sé því ekki rétt að verðsamskiptin hafi að mestu einskorðast við gildandi verð. Aðalstefnandi mótmæli því að hafa lagt rangt mat á málið að þessu leyti og hafni þeim sjónarmiðum gagnstefnanda að þetta lýsi „mjög virkum samkeppnismarkaði og raunar tilgangi virkrar samkeppni í sinni hreinustu mynd“ eins og gagnstefnendur haldi fram.

Þá mótmæli aðalstefnandi því einnig að verðsamskiptin hafi ekki falið í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga af þeirri ástæðu að þau hafi lotið að skiptum á opinberum smásöluverðum. Aðalstefnandi byggir á því að ljóst sé að upplýsingarnar hafi ekki verið opinberar í skilningi samkeppnisréttar. Vísi aðalstefnandi um þetta til samtímagagna sem sýni að mjög vandasant gat verið að bera saman verð á grófvörutegundum, jafnvel fyrir starfsmenn fyrirtækjanna, vegna þess hversu verðumhverfið var flókið. Á fundi með aðalstefnanda 25. mars 2011 þar sem Húsasmiðjan óskaði fyrst eftir að gera sátt hafi verið bent á af hálfu fyrirtækisins að „almennt væri erfitt að finna verð á þessum grófvörum“. Hin skipulögðu verðsamskipti hafi hins vegar gert verðsamhæfingu mögulega og eftir atvikum skilvirkari. Það hafi enda verið tilgangur þeirra. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar var framangreint samráð fyrirtækjanna talið hafa „leitt til ástands sem þróaðist í þá átt að gera báðum aðilum kleift að hækka verð sín“ og verðsamskiptin „tvímælalaust“ talin andstæð samkeppnislegum sjónarmiðum. Þannig hafi ástandið „ekki bara [verið] til þess fallið að bjóða hættunni heim heldur [hafi leitt] af því röskun á samkeppni og þá frekar í þá átt að verð hækkaði“.

Þá mótmæli aðalstefnandi þýðingu umfjöllunar gagnstefnanda um skyldu fyrirtækja til að verðmerkja vörur og um verðkönnunarsímtöl viðskiptavina, ekki síst verktaka. Í ákvörðun aðalstefnanda og úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sé ekki lagt til grundvallar að leynd hafi átt að hvíla yfir verði fyrirtækjanna Þannig séu það samskipti fyrirtækjanna sem feli í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Lagafyrirmæli um verðmerkingar heimili ekki samskipti milli keppinauta sem ella færu gegn þessum ákvæðum. Þá sé á engan hátt unnt að bera saman annars vegar hin umfangsmiklu verðsamskipti fyrirtækjanna og hins vegar verðfyrirspurnir viðskiptavina.

Aðalstefnandi áréttar að öll þau atriði sem talin eru veita vísbendingu um að upplýsingaskipti séu ólögæt eigi við um verðsamskipti fyrirtækjanna. Þau hafi ekki átt sér stað fyrir opnum tjöldum heldur farið fram í gegnum síma. Þau hafi verið reglubundin og tekið til mikilvægra viðskiptaupplýsinga fyrirtækja sem saman hafi verið með 90–95% markaðshlutdeild og því höfuðkeppinautar á viðkvæmum fákeppnismarkaði. Ljóst sé að verðumhverfi þessara fyrirtækja sé mjög flókið og að verðsamskiptin hafi a.m.k. auðveldað verðsamhæfingu. Þá sé

ljóst að verðsamskiptin hafi ekki haft í för með sér skuldbindingargildi þar sem verðbreytingar hefði verið hægt að draga til baka eftir því hver viðbrögð keppinautarins voru.

Með vísan til framangreinds byggir aðalstefnandi á því að það myndi engu breyta þótt fallist yrði á það með gagnstefnendum að andlag verðsamskiptanna hafi verið opinberar upplýsingar. Eftir sem áður hafi verið um að ræða bein verðsamskipti umræddra höfuðkeppinauta sem ljóslega hafi verið til þess fallin að raska samkeppni og haft það að markmiði. Hvað sem framansögðu líði byggi aðalstefnandi á því að gagnstefnendur leggi rangan skilning í það hvað teljist vera opinberar upplýsingar í skilningi samkeppnisréttarins og hvað felist í leiðbeinandi reglum Eftirlitsstofnunar EFTA um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum frá 2013.

Svo að upplýsingar teljist opinberar í skilningi samkeppnisréttarins verði þær að vera „fyllilega opinberar“. Í leiðbeiningareglunum komi fram að upplýsingar séu aðeins opinberar í þessum skilningi ef það er jafn auðvelt fyrir annars vegar viðkomandi keppinauta, sem eiga í upplýsingaskiptunum, og hins vegar fyrir neytendur og önnur fyrirtæki að afla þeirra. Af þessu leiði m.a. að þótt upplýsingar séu, sem slíkar, opinberlega aðgengilegar séu þær ekki endilega fyllilega opinberar. Af þessu leiði jafnframt að ef upplýsingaskipti keppinauta gera þeim auðveldara en öðrum að nálgast þær, t.d. ef upplýsingaskipti skapa tilbúið eða aukið gagnsæi sem gagnast keppinautunum en ekki öðrum, sé ekki um að ræða fyllilega opinberar upplýsingar. Þannig sæti það þröngri skýringu hvort upplýsingar teljast opinberar í framangreindum skilningi.

Þá hafnar aðalstefnandi þeim máláttilbúnaði gagnstefnenda að hann hafi ekki framkvæmt „kostnaðarmat“ við mat á því hvort andlag verðsamskiptanna hafi verið fyllilega opinberar upplýsingar. Að mati aðalstefnanda leggi gagnstefnendur hér rangan skilning í 92. mgr. leiðbeinandi reglna Eftirlitsstofnunar EFTA um gildi 53. gr. EES-samningsins gagnvart láréttum samstarfssamningum. Þessar reglur geri ekki kröfu um að gerðar séu kostnaðarúttektir heldur skal metið hvort það sé jafn auðvelt fyrir þann sem stendur fyrir utan upplýsingaskiptin að afla viðkomandi upplýsinga. Ef það er m.a. tímafrekara eða flóknara fyrir utanaðkomandi að afla sér viðkomandi upplýsinga eru þær ekki jafn aðgengilegar fyrir hann og þar með hefur hann meiri kostnað af því að afla þeirra. Þessari aðstöðu hafi jafnframt verið lýst sem svo að án samskiptanna væri ekki jafn þægilegt að afla upplýsinganna. Litið sé svo á að ósennilegt sé að keppinautar myndu fara þá leið að skiptast á fyllilega opinberum upplýsingum. Með því að skiptast á upplýsingum séu keppinautar í mörgum tilvikum að sýna fram á að þær séu einmitt ekki fyllilega opinberar, enda væri ella engin ástæða fyrir þá til að taka þá áhættu sem fylgi beinum samskiptum

keppinauta.

Aðalstefnandi kveðst sérstaklega árétta í þessu sambandi að gögn málsins sýni svo ekki verði um villst að æðstu stjórnendur gagnstefnandans Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. hafi ekki talið þessi reglulegu verðsamskipti óþörf heldur þvert á móti lagt mikla áherslu að þau færu fram í hverri viku. Þannig skyldi verðkönnunarskjal á grófvöru ávallt vera tilbúið þegar framkvæmdastjórn gagnstefnandans Byko ehf. kæmi saman á föstudagsmorgnum þar sem forstjóri félagsins varpaði verðkönnunarskjalinu upp á skjá og framkvæmdastjórnin tók ákvarðanir um verðlagningu á grófvöru. Gagnstefnandinn hafi engar skýringar gefið á því hvers vegna fyrirtækin hafi ákveðið að eiga í beinum verðsamskiptum ef þau töldu sig geta aflað upplýsinganna án þess að eiga samskipti sín á milli. Er með öðrum orðum óútskýrt hvers vegna gagnstefnandinn hafi lagt í alla þá fyrirhöfn, umstang og áhættu sem fólst í hinum vikulegu símtölum hafi raunverulega verið um fyllilega opinberar upplýsingar að ræða.

Kjarni málsins sé sá að verðsamskipti fyrirtækjanna hafi ekki farið fram fyrir opnum tjöldum heldur í símtölum milli fyrirtækja sem hafi verið með hátt í 100% markaðshlutdeild. Hafi upplýsingaskiptin augljóslega verið til þess fallin að leiða til gagnkvæmrar vissu fyrirtækjanna um verðstefnu keppinautarins og stuðla með þeim hætti að samráðsstöðu og samkeppnishömlum. Sú staðreynd að stjórnendur fyrirtækjanna nýttu sér verðsamskiptin og lögðu mikla áherslu á framkvæmd þeirra sýni öðru fremur að verðsamskiptin hafi ekki aðeins verið ólöglegt af þeirri ástæðu að þau gátu raskað samkeppni heldur jafnframt að verðsamskiptin hafi verið hluti af víðtækara ólöglegu samráði keppinautanna sem hafi haft það að markmiði að hækka verð og vinna gegn verðlökkunum.

Aðalstefnandi hafni þeirri röksemd gagnstefnanda að andlag verðsamskiptanna hafi verið listaverð með litla eða enga þýðingu fyrir 90% kaupenda á grófvöru enda sé það ekki skilyrði brots gegn 10. gr. samkeppnislaga að sannað sé að samráðið hafi leitt til verðhækkana. Í ákvörðun aðalstefnanda sé rökstutt að viðmiðunargildi almennrar verðskrár gagnvart verktökum og öðrum fagaðilum sé verulegt. Hafi listaverð varanna með þeim hætti haft áhrif á verð til verktaka.

Þá segi í ákvörðun aðalstefnanda að ólöglegt samráð hafi átt sér stað á vettvangi stjórna gagnstefnandans Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. en þessu mótmæli gagnstefnendur. Af þeirra hálfu sé byggt á því að í dagbókarfærslu forstjóra félagsins frá 19. febrúar 2010 felist ekki upplýsingar um starfsemi Húsasmiðjunnar ehf. Í dagbókarfærslunni sé þó m.a. minnst á framlegð, verð á timbri, afskriftarfjárhæðir, birgðastýringu, útlánastarfsemi og fleira. Gagnstefnendur haldi því þannig fram að það sé hugtaksskilyrði að upplýst sé um

staðreyndir svo að um brot sé að ræða en hér hafi aftur á móti verið reynt að villa um fyrir móttakandanum. Gagnstefnendur geti sér til um að viðmælandi forstjórans kunni að hafa verið fyrrverandi starfsmaður Húsasmiðjunnar ehf. en upplýsi ekki um það frá hverjum upplýsingarnar séu þá runnar.

Þá sé í ákvörðun aðalstefnanda gerð grein fyrir því að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi fengið viðkvæmar upplýsingar um breytingar á verðstefnu Húsasmiðjunnar ehf. í október 2010. Hafi þetta verið liður í samráði fyrirtækjanna. Gagnstefnendur geti sér þess til að umræddar viðskiptaupplýsingar hafi lekið út frá keppinauti félagsins og borist stjórnarmanni gagnstefnanda frá þriðja aðila en upplýsi ekki um það frá hverjum upplýsingarnar séu þá runnar.

Aðalstefnandi mótmæli því að það sé ósannað að gagnstefnandi hafi í framangreindum tveimur tilvikum fengið upplýsingar frá aðilum á vegum Húsasmiðjunnar ehf.

Aðalstefnandi árétti í þessu sambandi að dómstólar ESB hafa hafnað því að sönnun fyrir samkeppnislagabroti þurfi að vera hafin yfir skynsamlegan vafa, sbr. meðal annars dóm undirréttar ESB frá 8. júlí 2008 í máli nr. T-53/03. Einkenni samráðsbrotanna sé að þau séu falin og skjálleg sönnunargögn oft á tíðum takmörkuð. Þetta eðli brotanna valdi því að fyrirbyggjandi sönnunargögn séu metin með heildstæðum hætti en ekki hvert og eitt þeirra með einangruðum hætti. Þannig sé litið svo á að samkeppnisyfírvöld hafi axlað sönnunarbyrði sína ef sönnunargögn sem færð eru fram, og eru metin með heildstæðum hætti, sýna fram á brot. Komi þá í hlut viðkomandi fyrirtækis sem sakað sé um slíkt ólögmaett atferli að sanna að svo hafi ekki verið.

Gagnstefnandi hafi haft tækifæri til að hrekja framkomna sönnun í tilvikunum tveimur en hafi þess í stað kosið að greina hvorki frá því hver viðmælandi forstjóra stefnanda í símtalinu frá 19. febrúar 2010, sem umrædd dagbókarfærsla forstjórans fjalli um, hafi verið né frá hvaða aðila stjórnarformanni gagnstefnandans hafi borist upplýsingar um breytingar á verðstefnu Húsasmiðjunnar ehf. í október 2010.

Í ákvörðun aðalstefnanda sé lýst samráðssímtali framkvæmdastjóra fagsöluviðs gagnstefnandans Byko ehf. og vörustjóra timbursölu Húsasmiðjunnar ehf., sem voru lykilstarfsmenn fyrirtækjanna á sviði grófvöru, sem hafi átt sér stað 28. febrúar 2011. Gagnstefnendur byggi á því að um einangrað tilvik sé að ræða sem ekki sé til marks um samráð fyrirtækjanna og þeir geti ekki borið ábyrgð á háttsemi starfsmanns sem hafi farið þvert gegn skýrum fyrirmælum forstjóra félagsins. Jafnframt hafni gagnstefnendur því að símtalið sé sett í samhengi við framlegðaráttak fyrirtækisins þar sem þeir starfsmenn sem hafi haft ákvörðunarvald um framlegðaráttakið hafi ekki haft vitneskju um símtalið. Jafnframt hafi skort á

viðbrögð af hálfu Húsasmiðjunnar ehf. við símtalinu sem leiði til þess að í símtalinu geti ekki falist samningur, samþykkt eða samstillt aðgerð í skilningi 10. gr. samkeppnislaga. Að lokum byggji gagnstefnendur á því að tilgangur símtalsins hafi hlotið að vera að villa um fyrir samkeppnisaðila.

Aðalstefnandi kveðst hafna öllum framangreindum sjónarmiðum gagnstefnenda sem röngum og þýðingarlausum. Gagnstefnandi beri fulla ábyrgð á athöfnum allra starfsmanna sinna og geti ekki firt sig ábyrgð á broti með því að vísa til einstaks starfsmanns og einstaks tilviks. Beri fyrirtæki fulla ábyrgð á háttsemi starfsmanns, jafnvel þótt starfsmaður þess hafi ekki haft heimild til verknaðarins eða hann sé framinn án vitneskju stjórnenda fyrirtækisins. Viðkomandi starfsmaður hafi verið einn helsti stjórnandi gagnstefnandans. Hann hafi m.a. borið ábyrgð á tilboðum á grófvörum og komið almennt að verðlagningu á grófvöru og miðstöðvarofnum. Hann hafi einnig verið einn þriggja stjórnenda sem hafi borið ábyrgð á því framlegðarátaki sem símtalið við Húsasmiðjuna ehf. tengdist. Enginn vafi geti leikið á því að gagnstefnandi beri fulla ábyrgð á háttsemi þessa framkvæmdastjóra sem hann viðhafði í nafni fyrirtækisins.

Í ákvörðun stefnda sé fjallað ítarlega um efni símtalsins, meðal annars með hliðsjón af skýringum viðkomandi starfsmanna og gögnum málsins. Gagnstefnendur setji fram sams konar sjónarmið að þess leyti og þeir hafi gert við meðferð málsins hjá aðalstefnanda og fyrir áfrýjunarnefndinni. Aðalstefnandi hafi þegar gert grein fyrir því hér að framan hvaða brot á 10. gr. samkeppnislaga og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins hann telji að hafi átt sér stað í símtalinu og hvaða reglur gildi um slík samskipti keppinauta með vísan til innlendra fordæma og fordæma í EES/ESB-samkeppnisrétti og vísist til þeirrar umfjöllunar. Aðalstefnandi byggir á því að Húsasmiðjan ehf. hafi hvorki sett fram mótmæli né slitið símtalinu er við hafi blasað hvaða erindi starfsmaður gagnstefnanda ætti við starfsmann fyrirtækisins. Þvert á móti hafi Húsasmiðjan ehf. samþykkt samráðstillögur gagnstefnanda og átt frumkvæði að samráði sem gagnstefnandi hafi samþykkt. Aðalstefnandi telji gögn málsins sýna að í kjölfar samráðssímtalsins 28. febrúar 2011 hafi verið hert á hinu samfellda samráði fyrirtækjanna. Hafi félögin á þessum tímapunkti verið tilbúin að nota enn beinskeyttari aðferðir en verðsamskiptin í hinu samfellda samráði. Þá sýni gögn málsins hvernig ákvörðun framkvæmdastjórans um að hringja umrætt símtal hafi verið nátengd framangreindu verkefni, sem innan Byko hafi verið kallað „framlegðarátak í tilboðsgerð“ enda hafi framkvæmdastjórinn viðurkennt það hjá lögreglu að það væri „klárlega mikil hætta“ á því að fyrirtækið myndi missa viðskipti yfir til keppinauta sinna með kerfisbundnum hækkunum á verðum í tilboðum. Augljóst sé að einn tilgangur símtalsins hafi verið að vinna gegn þeirri hættu og tryggja framgang

framlegðarátaksins. Aðalstefnandi kveðst mótmæla því sem röngu og ósönnuðu að gagnstefnandi hafi í símtalinu verið að „villu um“ fyrir keppinaut sínum. Er það sjónarmið gagnstefnanda í beinni mótsögn við samtímagögn málsins.

Stefndi í gagnsök, íslenska ríkið, byggir kröfu sína um sýknu af kröfu um endurgreiðslu sektarfjárhæðarinnar á því að lög standi ekki til þess að endurgreiða sektarfjárhæðina í heild eða að hluta nema ákvörðun aðalstefnanda og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála séu felld úr gildi með dómi eða fallist sé á lækun sektarinnar. Í því sambandi vísar stefndi til allra sömu málsástæðna og aðalstefnandi hefur teft fram í málinu, bæði í aðalsök og gagnsök.

Krafa um málskostnað í aðalsök og gagnsök styðst við 129. og 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

III

Málsástæður og lagarök gagnstefnanda í gagnsök, Byko ehf. og Norvikur hf., og jafnframt aðalstefndu í aðalsök

Aðalstefndu í aðalsök vekja athygli dómsins á því að málatilbúnaður aðalstefnanda sé í andstöðu við ákvæði 80. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála með þeim hætti að varða kunni frávísun málsins án kröfu.

Annars vegar séu dómkröfur aðalstefnanda ekki settar fram með svo skýrum og glöggum hætti að unnt sé að taka þær óbreyttar upp í dómsorð. Í aðalsök sé gerð sú krafa að gagnstefnandanum Norvik hf. verði gert að greiða 650.000.000 króna sekt er renni í ríkissjóð, þó að fyrir liggi að hann hafi þegar greitt þá 65.000.000 króna sektarfjárhæð sem ákvörðuð var með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Yrði þannig fallist á dómkröfuna óbreytta yrði endanleg sektargreiðsla gagnstefnandans í ríkissjóð 715.000.000 króna, eða 65.000.000 króna hærri fjárhæð en upphafleg sektarákvörðun aðalstefnanda. Fáir það eðli málsins samkvæmt ekki staðist. Þá sé þess krafist með dómkröfu aðalstefnanda að sú sekt sem gerð sé krafa um greiðslu á skuli greiðast eigi síðar en einum mánuði frá dagsetningu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála 28. september 2015. Eðli máls samkvæmt sé ómögulegt að verða við þeirri kröfu. Gagnstefnendur byggja á því að hvoru tveggja ofangreindra atriða fari í bága við ákvæði d-liðar 80. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála með þeim hætti að varða kunni frávísun málsins án kröfu.

Hins vegar sé í mörgum tilvikum í umfjöllun um málsástæður í stefnu látið við það sitja að vísa til dómskjala. Eigi þetta við um ýmis atriði sem aðalstefnandi telji að ranglega hafi verið komist að niðurstöðu um í úrskurði áfrýjunarnefndar, svo sem að samskiptin hafi haft það að markmiði að raska samkeppni, að þau hafi verið framin af ásetningi, að símtal 28. febrúar 2011 hafi falið í sér samráð um fleiri

atriði en lögð hafi verið til grundvallar í úrskurði áfrýjunarnefndar, að samráð hafi, þvert á niðurstöðu áfrýjunarnefndar, tekið til verðlagningar á miðstöðvarofnum o.fl. Gagnstefnendur byggja á því að þessi málalíbúnaður sé í andstöðu við e-lið 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1990, sem feli í sér að greina verði málsástæður á tæmandi hátt í stefnu, með þeim hætti að varða kunni frávisun málsins án kröfu.

1. Gagnstefnandinn Byko ehf. braut ekki gegn 10. gr. samkeppnislaga eða 53. gr. EES-samningsins

Í málinu er á því byggt af hálfu gagnstefnanda að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi ekki brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Er þessu sjónarmiði teflt fram til stuðnings sýknu í aðalsök og til stuðnings kröfu um ógildingu ákvarðana samkeppnisyfirvalda í gagnsök.

Gagnstefnendur hafni því að þau tilvik sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála lagði til grundvallar að hefðu falið í sér brot á áðurnefndu ákvæði í samræmi við ákvörðun aðalstefnanda fái ekki staðist. Á hinn bóginn taki þeir undir með áfrýjunarnefndinni um þau tilvik sem hún taldi ekki fela í sér brot á ákvæðinu og aðalstefnandi gerir athugasemdir við í stefnu sinni í aðalsök.

Aðalstefnandi byggir á því að áfrýjunarnefnd hafi í ákveðnum atriðum lagt rangt mat á efni símtals 28. febrúar 2011 og atburði í kjölfar þess. Gögn málsins gefi skýrt til kynna að um algjörlega einangrað tilvik hafi verið að ræða. Símtalið sé ekki í nokkru samræmi við önnur gögn málsins, sem sýni fram á harða verðsamkeppni allt rannsóknartímabilið. Þess utan komi þetta einfaldlega skýrt fram í símtalinu sjálfu, þegar starfsmaður gagnstefnandans segir, í aðdraganda þess að samtalið tekur að lúta að verðlagsmálum: „En hérna, ég eiginlega. Veistu, ég hringdi. Ég hef nú aldrei gert þetta áður, en ég held að... og ég er núna ... ég stjórna tilboðsmálunum hjá okkur, allavega varðandi grófu vöruna.“ Hið sama sýni einnig önnur samtímagögn, þ.e., þau viðbrögð innan Húsasmiðjunnar sem lýst sé í ákvörðun stefnda. Bendi þau ekki til þess að um vanalegan viðburð hafi verið að ræða heldur megi þvert á móti merkja undrun í viðbrögðum félagsins, eins og fram komi í símtali framkvæmdastjóra verslunarsviðs Húsasmiðjunnar við forstjóra fyrirtækisins. Gera megi ráð fyrir að viðbrögðin hefðu verið önnur ef um lið í einhverju samfelldu samráði hefði verið að ræða. Víðtækar ályktanir aðalstefnanda um eðli símtalsins, inntak þess og ætluð tengsl við ýmis önnur sakarefni málsins fái, að mati gagnstefnenda, ekki nokkra stoð í gögnum málsins.

Í ákvörðun aðalstefnanda sé fjallað um það sem nefnt sé „aðdragandi símtalsins“ og hann settur í samhengi við svokallað „framlegðaráttak“ gagnstefnandans Byko ehf. og á því byggt að símtalið hafi tengst því „með beinum hætti“. Þessu hafni gagnstefnendur alfarið. Framlegðaráttakið hafi verið ákveðið á

vettvangi framkvæmdastjórnar félagsins og endanlega samþykkt af forstjóra. Enginn þessara aðila, utan framkvæmdastjóra fagsölusviðs sem var þátttakandi í símtalinu, hafi haft nokkra vitneskju um það, hvorki fyrir það né eftir. Geti símtalið þannig ekki verið í beinum tengslum við eða liður í framlegðaráttakinu eins og lagt sé til grundvallar í ákvörðun aðalstefnanda.

Aðalstefnandi leggi jafnframt til grundvallar niðurstöðu sinni þá ályktun að símtalið hafi falið í sér „markvissa ráðagerð um að fá Húsasmiðjuna til að taka þátt í auknu ólögætu samráði“. Þeirri ályktun hafni gagnstefnendur alfarið. Aðgerðir eins starfsmanns sem samstarfsmenn hans og yfirmenn hafi enga vitneskju um geti aldrei falið sér í markvissa ráðagerð fyrirtækis. Þá verði ekki ráðið af yfirheyrslum yfir nefndum starfsmanni eða framburði hans fyrir dómi í sakamálinu að um markvissa ráðagerð hafi verið að ræða, heldur þvert á móti.

Í málatilbúnaði aðalstefnanda sé fjallað um viðbrögð Húsasmiðjunnar við símtalinu og komist að þeirri niðurstöðu að félagið hafi fallist á allar þær „tillögur“ sem lagðar hafi verið fram í símtali starfsmanns gagnstefnandans Byko ehf., og félögin því brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Gagnstefnendur telji þetta ekki í nokkru samræmi við efni þeirra gagna sem rakin séu í ákvörðun aðalstefnanda.

Í ákvörðun aðalstefnanda sé dregin sú ályktun af þeim hluta símtalsins sem laut að samkeppni við Múrbúðina að Byko og Húsasmiðjan hafi skipst á viðskiptalegum upplýsingum um keppinautinn Múrbúðina. Þá sé dregin sú ályktun að starfsmennirnir hafi „sammælst“ um að nauðsynlegt væri að fylgjast með starfsemi Múrbúðarinnar. Virðist reyndar í stefnu í aðalsök nokkuð dregið úr þessu þar sem aðeins síðarnefndi liðurinn sé tiltekinn.

Gagnstefnendur hafni þessu og telji þessar ályktanir aðalstefnanda vera reistar á hæpnum grundvelli. Fáí gagnstefnendur ekki séð hvaða viðskiptalegu upplýsingar það eru sem starfsmennirnir eigi að hafa skipst á í símtalinu. Þá kveðast þeir ekki fá séð hvar í símtalinu félögin tvö eigi að hafa sammælst um að fylgjast með starfsemi Múrbúðarinnar. Verði ekki annað ráðið af þessum hluta símtalsins en að einungis sé um almennt spjall að ræða þar sem þeir bölvu samkeppninni. Þá sé í engu rökstutt í ákvörðun aðalstefnanda eða í stefnu með hvaða hætti það að „fylgjast með“ starfsemi samkeppnisaðila brjóti gegn 10 gr. samkeppnislaga enda fylgist öll fyrirtæki með starfsemi samkeppnisaðila sinna eðli málsins samkvæmt.

Þá sé jafnt í stefnu sem og ákvörðun aðalstefnanda vikið að því sem þar sé kallað „viðræður um að hækka verð í áföngum í öllum tilboðum og um sérstakar aðgerðir til að raska samkeppni á Selfossi og Akureyri“. Ekkert liggi fyrir um að eitt einasta tilboð hafi verið hækkað í kjölfar símtalsins eða það hafi yfir höfuð staðið til.

Í ákvörðun aðalstefnanda sé jafnframt dregin sú ályktun af þeim hluta símtalsins sem laut að verðlagningu á ofnum að starfsmaðurinn hafi veitt Húsasmiðjunni upplýsingar um að fyrirtækið þyrfti ekki að bjóða svo lágt verð við tilboðsgerð í sölu á ofnum. Starfsmaðurinn hafi aftur á móti borið við skýrslutökur að tilgangur hans hafi verið að blekkja Húsasmiðjuna og hann hafi því verið að ýkja í þeim tilgangi að gagnstefnandinn Byko ehf. gæti haft betur í samkeppni við keppninautinn.

Gagnstefnendur bendi á að ekkert í gögnum málsins hreki þennan framburð starfsmannsins. Þá sé ekkert í gögnum málsins sem bendi til þess að dæmi starfsmannsins um ætlaðan 18% verðmun í tilboði hafi verið byggt á staðreyndum, eða hvort um tilbúið dæmi hafi verið að ræða í því skyni að blekkja samkeppnisaðilann. Verði að ætla að slíkt dæmi hefði komið í ljós við húsleitina sem var gerð hefði það verið til staðar. Benda gagnstefnendur á að það geti ekki talist ólöglegt samráð í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga ef gerð er tilraun til að villa um fyrir samkeppnisaðila í því skyni að hafa betur í samkeppni. Verði að leggja sönnunarbyrðina á aðalstefnanda fyrir því að um raunverulegt dæmi hafi verið að ræða, en það sé með öllu ósannað.

Loks sé það lagt til grundvallar í ákvörðun aðalstefnanda að af efni símtalsins megi draga þá ályktun af umræðu um verðlagningu á hinu svokallaða „græna efni“ að „Byko og Húsasmiðjan hafi komið sér saman um að lyfta verðinu á græna efninu upp fyrir sumarið 2011 og halda því uppi yfir sumarið“. Telji aðalstefnandi jafnframt að orðanotkun í símtalinu um þá hörðu samkeppni sem ríkti í græna efninu sumarið 2010 hafi verið „lýsandi fyrir hið samfellda samráð fyrirtækjanna“. Þessum ályktunum hafni gagnstefnendur alfarið.

Með engu móti sé unnt að leiða það af þeim stutta hluta símtalsins sem fjallaði um hið svokallaða græna efni, að viðkomandi starfsmenn hafi komið sér saman um verðhækkun og að halda skyldi því háu yfir sumarið. Fáí gagnstefnendur einfaldlega ekki séð hvernig unnt sé að draga þá ályktun af símtalinu.

Þá benda gagnstefnendur á að umræddur starfsmaður hafi ekki einn haft valdheimildir til að beita sér fyrir hækkun á verði hins svokallaða græna efnis. Þar sem hann hafi engan annan starfsmann stefnda Byko látið vita af símtalinu hafi verið ómögulegt að þetta spjall um verðlagningu græna efnisins gæti haft áhrif á verðlagningu og þannig verið skaðlegt samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga.

Loks byggi gagnstefnendur á því að þau lýsingarorð sem starfsmaðurinn noti um þær miklu verðlækkningar sem urðu á græna efninu sumarið 2010, sem og ýmis önnur lýsingarorð símtalsins, geti ekki lýst öðru en persónulegum viðhorfum hans og hafi enga þýðingu til sönnunar á ætluðu samfelldu samráði yfir allt

brotatímabilið þvert á önnur gögn málsins.

Jafnt í ákvörðun aðalstefnanda sem stefnu sé fjallað um viðbrögð og ýmis atvik eftir símtalið. Sé þar m.a. dregin sú ályktun að bæði félögin hafi gripið til aðgerða til að hrinda ætluðu samráði í framkvæmd. Gagnstefnendur hafni því alfarið að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi gripið til einhverra aðgerða til að hrinda ætluðu samráði í framkvæmd eða að gögn málsins bendi til þess.

Í ákvörðun aðalstefnanda sé því lýst hvernig gagnstefnandinn Byko ehf. hringdi verðkönnunarsímtal síðar þann sama dag. Gagnstefnendur ítreki að verðkönnunarsímtölin hafi ekki verið brot á 10. gr. samkeppnislaga og hafi engin skaðleg áhrif haft á samkeppni enda um opinber verð að ræða. Af því leiði jafnframt að verðhækkun gagnstefnanda þann dag geti ekki verið afleiðing ætlaðra ólögmetra upplýsingaskipta. Í ákvörðun aðalstefnanda sé því jafnframt lýst hvernig Húsasmiðjan hafi gripið til þess að hækka verð á hinu svokallaða græna efni. Byggi gagnstefnendur á því að gögn málsins sýni ekki fram á að sú verðhækkun hafi tengst umræddu símtali.

Í þessum hluta ákvörðunar aðalstefnanda sé því næst vikið að vitneskju lykilstarfsmanna Húsasmiðjunnar um símtalið. Gagnstefnendur geti eðli málsins samkvæmt ekki svarað fyrir eða borið ábyrgð á innri viðbrögðum Húsasmiðjunnar. Auk þess sé ekkert í gögnum málsins sem bendi til vitneskju neinna starfsmanna gagnstefnandans Byko ehf. um tilvist eða efni símtalsins. Jafnframt áréttastefndu að öll viðbrögð lykilstarfsmanna Húsasmiðjunnar sýni skýrt fram á að um einangrað tilvik hafi verið að ræða.

Gagnstefnendur hafni alfarið þeirri ályktun sem aðalstefnandi dragi að Húsasmiðjan hafi með einhverjum hætti hrint ætluðu samráði í framkvæmd. Þvert á móti virðist framburður allra starfsmanna fyrirtækisins styðja að tekin hafi verið sú ákvörðun að hunsa það og bendi ekkert í gögnum málsins til þess að sá framburður sé rangur.

Þá sé í þessum hluta ákvörðunar aðalstefnanda dregin sú ályktun af tilteknum verðhækkunum gagnstefnandans Byko ehf. að félagið hafi hrint ætluðu samráði í framkvæmd. Þessu hafni gagnstefnendur. Þær verðhækkanir sem fjallað sé um í þessum hluta ákvörðunarinnar hafi verið liður í framlegðarátaki sem samþykkt hafði verið í framkvæmdastjórn og endanlega samþykkt af forstjóra félagsins. Enginn þeirra aðila sem hafi verið bær til að samþykkja umrædd verðhækkunaráform hafi haft vitneskju um efni símtalsins. Af þeirri ástæðu geti umræddar verðhækkanir ekki talist fela það í sér að ætluðu samráði hafi verið hrint í framkvæmd.

Aðalstefnandi byggi jafnframt á því að áfrýjunarnefnd hafi ranglega lagt til grundvallar að af tölvupósti forstjóra gagnstefnandans Byko ehf., sem hann sendi

stjórn félagsins þann 26. nóvember 2008, verði ekki ráðið að samráð hafi verið viðhaft um efni starfsmannafundar sem fram fór í Húsasmiðjunni þann sama dag. Telji gagnstefnendur það réttilega lagt til grundvallar í úrskurði áfrýjunarnefndar að í tölvupóstinum komi ekki annað fram en almennar vangaveltur forstjórans sem í aðalatriðum hafi ekki gengið eftir. Grundvallaratriði þessa þáttar málsins sé sú einfalda staðreynd að spá forstjórans hafi reynst í öllum grundvallaratriðum röng, eins og opinberlega aðgengilegar upplýsingar sýni glögg.

Þá benda gagnstefnendur á að það felist í eðli hugtaksins upplýsingar að um staðreyndir sé að ræða. Forstjóri gagnstefnandans Byko ehf. hafi engar upplýsingar haft um inntak fundarins, aðeins að hann yrði haldinn, enda eðli máls samkvæmt erfitt að halda trúnað um boðaðan starfsmannafund hundraða starfsmanna samdægurs, hafi hann yfir höfuð verið trúnaðarmál, sem raunar ekkert liggi fyrir um í gögnum málsins. Í tölvuskeytinu hafi ekki falist ein einasta staðreynd, heldur þvert á móti spá sem hafi reynst röng í öllum tilvikum. Byggja gagnstefnendur á því að tölvuskeytið sé þvert á móti skýrt sönnunargagn um að ekkert samráð hafi verið á milli félaganna. Hafni gagnstefnendur því að í þessu hafi falist brot stefnda Byko á 10. gr. samkeppnislaga og taki undir með áfrýjunarnefndinni hvað það varðar.

Aðalstefnandi byggir enn fremur á því að gagnstefnandinn Byko ehf. og Húsasmiðjan hafi gert sameiginlega tilraun til að fá Múrbúðina til þátttöku í verðsamráði. Byggi röksemdafærslan m.a. á þeirri forsendu að veiting og öflun upplýsinga um gildandi smásöluverð milli fyrirtækjanna hafi falið í sér ólöglegt verðsamráð. Því sé alfarið hafnað og taki gagnstefnendur undir með áfrýjunarnefndinni hvað þennan lið varðar. Þá bendi gagnstefnendur á að Hæstiréttur hafi í málinu nr. 360/2015 sýknað ákærðu hvað þetta varðar.

Gagnstefnandinn Byko ehf. hafi eingöngu verið að leita eftir upplýsingum um gildandi opinber smásöluverð Múrbúðarinnar og geti slíkar tilraunir, óháð því hversu ítrekaðar þær séu, með engu móti falið í sér ólöglegt verðsamráð. Þá styðji engin gögn málsins, önnur en sátt Húsasmiðjunnar, að fyrirtækin hafi með einhverjum hætti gert slíka tilraun sameiginlega. Hafi starfsmenn gagnstefnandans einfaldlega bent forsvarsmönnum verslunarinnar á þá lagaskyldu að verðmerkja vörur í verslunum og upplýsa þar með um verð þeirra og þá staðreynd að ef þeir færu í verslanir gagnstefnandans gætu þeir eðli máls samkvæmt skoðað verð þar eins og aðrir viðskiptavinir.

Þetta virðist forsvarsmenn Múrbúðarinnar hafa túlkað, hvort sem það var viljandi eða fyrir misskilning, sem boð um þátttöku í verðsamráði. Leggi aðalstefnandi þann framburð til grundvallar gagnrýnislaust. Slíkt orð gegn orði sé bersýnilega ekki fullnægjandi sönnun fyrir sekt í máli sem varði brot gegn 10. gr.

samkeppnislaga. Sér í lagi eigi það við þegar litið sé til þess að Múrbúðin og forsvarsmáður hennar hafa tvisvar verið dæmd fyrir meiðyrði og framburður forsvarsmanna hennar hafi verið í algjörri andstöðu við framburð starfsmanna gagnstefnandans í skýrslutökum, bæði fyrir lögreglu og fyrir héraðsdómi í sakamálinu.

Í þessi sambandi bendi gagnstefnendur sérstaklega á það ósamræmi sem hafi verið í framburði fyrirvarsmanna Múrbúðarinnar fyrir Héraðsdómi Reykjaness í máli S-218/2014. Þannig hafi vitnið J greint ítrekað frá því fyrir dómi að starfsmenn Byko og Húsasmiðjunnar hefðu verið að falast eftir upplýsingum frá Múrbúðinni en hann vísi ekki til upplýsingaskipta. Það hafi þó verið umkvörtunarefni hans til aðalstefnanda. Sé það þvert á það sem lagt sé til grundvallar í ákvörðun aðalstefnanda og í stefnu um að leitað hafi verið eftir því að skiptast á upplýsingum. Þá sé verulegt ósamræmi milli framburðar þessa vitnis og framburðar vitnisins K, framkvæmdastjóra Múrbúðarinnar. Þannig hafi sá síðarnefndi sagst hafa orðið vitni að símtali H, starfsmanns Húsasmiðjunnar, við vitnið J, þar sem hann hafi boðist til að skiptast á verðupplýsingum. Sé það þvert á framburð vitnisins J sem tiltók sérstaklega að það hefði ekki verið gert, eingöngu óskað eftir verðupplýsingum.

Þá byggja aðalstefnandi loks á því að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ranglega talið ætlað samráð um sölu og verð á miðstöðvarofnum vera ósannað. Gagnstefnendur telji að áfrýjunarnefndin hafi þvert á móti komist að rétttri niðurstöðu um þetta og gögn málsins séu í samræmi við málalíbúnað gagnstefnenda.

Atvik hvað þetta varðar hafi verið með þeim hætti að sölustjóri miðstöðvarofna hafði tekið eftir því að ofnar sem Múrbúðin seldi í verslunum sínum hefðu ekki fullnægjandi vottun fyrir sölu á EES-svæðinu. Hafði hann vakið athygli þar til bærra yfirvalda á þessu, án þess að til íhlutunar kæmi af einhverjum ástæðum. Taldi starfsmaðurinn það, réttilega, skapa óeðlilegar samkeppnisaðstæður ef einn aðili á markaðnum seldi ofna án fullnægjandi vottunar á meðan öðrum aðilum væri það ekki kleift. Engin viðbrögð hafi hins vegar orðið við þessu hjá viðkomandi eftirlitsaðilum. Starfsmaðurinn hafi því gripið til þess ráðs að vekja athygli á þessari staðreynd á markaðnum, jafnt innan sem utan gagnstefnandans Byko ehf. Hafi viðkomandi starfsmaður Húsasmiðjunnar aðeins verið einn þeirra sem starfsmaðurinn hafi bent á þessa staðreynd.

Gagnstefnendur byggja á því að það geti ekki falið í sér samráð í skilningi 10. gr. samkeppnislaga þó starfsmaður félagsins hefði séð ástæðu til að vekja athygli á þessu. Bendi gagnstefnendur á að ekki verði séð að viðkomandi starfsmaður Húsasmiðjunnar hafi svarað þessum tölvuskeytum starfsmannsins. Þá

hafi starfsmaður gagnstefnandans Byko ehf. ekki veitt Húsasmiðjunni neinar viðskiptaupplýsingar um Byko ehf. í tölvuskeytinu. Byggja gagnstefnendur á því að með öllu sé órökstutt í ákvörðun aðalstefnanda hvernig það geti falið í sér ólöglegt samráð í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga þegar hvorki sé um að ræða gagnkvæm samskipti milli samkeppnisaðila né einhliða veitingu viðskiptaupplýsinga.

Í ákvörðun aðalstefnanda sé sérstaklega vísað til svofelldrar setningar í niðurlagi síðasta tölvuskeytis starfsmannsins: „Annað mál ég var að skoða verðlistann hjá ykkur á netinu um daginn og fannst nokkuð ósamræmi í nokkrum stærðum.“

Af þessari setningu dragi aðalstefnandi þá ályktun í ákvörðun sinni að þessir aðilar hafi áður rætt saman um verð á ofnum, og að með henni sé átt við að „verðlagning fyrirtækjanna tveggja á ofnum sé ekki nægilega samræmd“. Þessari ályktun hafi gagnstefnendur hafnað ítrekað enda ekki í samræmi við gögn málsins, eins og áfrýjunarnefnd hafi komist réttilega að niðurstöðu um. Þarna hafi starfsmaðurinn ekki átt við að ekki væri nægilegt samræmi milli verða félaganna tveggja á ofnum heldur hafi starfsmaðurinn talið vera innra ósamræmi í verðskrá Húsasmiðjunnar yfir ofna, líkt og réttilega sé lagt til grundvallar í úrskurði áfrýjunarnefndar. Í verðskrá Húsasmiðjunnar á þessum tíma komi einmitt fram „ósamræmi í nokkrum stærðum“. Þannig hafi minni ofnar með minni fjölda vatta jafnvel í einhverjum tilvikum verið dýrari en stærri ofnar með mun meiri fjölda vatta, og þannig sé það enn í dag. Þá benda gagnstefnendur á að starfsmaðurinn geti tæplega hafa átt við að ósamræmi væri í verðlagningu milli fyrirtækjanna vegna þeirrar staðreyndar að gríðarlegur munur hafi verið á verðlistaverði félaganna beggja í öllum stærðum.

Gagnstefnendur geta fallist á að ekki hafi verið sérstök ástæða fyrir starfsmanninn til að nefna þetta atriði í tölvupóstinum. Fær sú afstaða stuðning í því símtali sem vísað sé til í stefnu í aðalsök, þar sem framkvæmdastjóri gagnstefnandans Norvikur ehf., sagði sér ekki „vera sérlega skemmt“ yfir þessum tölvuskeytum. Gagnstefnendur hafna því hins vegar alfarið að leiða megi þá ályktun af símtalinu að þáverandi forstjóra gagnstefnandans Byko ehf. hafi verið kunnugt um annað en að starfsmaðurinn hefði vakið athygli á því að Múrbúðin væri að selja ofna með ófullnægjandi vottun, enda ekki um annað að ræða. Ekki sé óeðlilegt að forstjórinn hafi stutt það að komið yrði í veg fyrir slíka sölu, sem gagnstefnandinn Byko ehf. taldi ólögmeta, sbr. orðalagið að þeir væru að reyna að „loka á þá“.

Aðalstefnandi staðhæfi að jafnvel þó framangreint yrði lagt til grundvallar væri eftir sem áður um brot gegn 10. gr. samkeppnislaga að ræða. Þessu hafni

gagnstefnendur. Því fari fjarri að 10. gr. samkeppnislaga leggi bann við hvers konar samskiptum starfsmanna keppinauta, enda þurfi slík samskipti annaðhvort að hafa þau áhrif eða markmið að samkeppni raskist svo um brot geti verið að ræða. Sé í engu útskýrt af hálfu aðalstefnanda með hvaða hætti svo gæti verið. Loks er því alfarið hafnað að samskiptin hafi tengst símtali þann 28. febrúar 2011, enda sú staðhæfing þvert á öll gögn málsins og í engu rökstudd af hálfu aðalstefnanda.

Í stefnu í aðalsök sé vikið að nokkrum ályktunum sem aðalstefnandi dragi í ákvörðun sinni um ætluð brot gagnstefnandans Byko ehf. gegn 10. gr. samkeppnislaga. Sé þar í fyrsta lagi vikið að þeirri ályktun að ætluð brot hafi haft það að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga. Í öðru lagi að ætluð brot hafi haft það í för með sér að verð á grófvöru hækkaði eða stóð í stað og í þriðja lagi að ætluð brot hafi verið framin af ásetningi. Gagnstefnendur kveðast hafna öllum þessum ályktunum.

Þó að ákvörðun aðalstefnanda sé gríðarleg að umfangi séu engin gögn sem styðji þá ályktun að ætluð brot hafi haft það að markmiði að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga. Þvert á móti sýni gögn málsins að verð ýmist hækkuðu eða lækkuðu í kjölfar verðkönnunarsímtala. Markmið verðkönnunarsímtalanna hafi einfaldlega verið að kanna verð samkeppnisaðilans, líkt og stundað sé á öllum samkeppnismörkuðum. Því sé alfarið hafnað að áfrýjunarnefnd hafi staðfest ákvörðun stefnanda að þessu leyti. Ekkert slíkt komi fram í úrskurði nefndarinnar.

Í stefnu í aðalsök sé í umfjöllun um þetta vikið að því að fyrirtækin hafi veitt hvort öðru upplýsingar um fyrirhugaðar verðbreytingar, eða að upplýsingaskiptin hafi „í raun lotið að upplýsingum um framtíðarbreytingar“. Þessu sé alfarið hafnað. Í úrskurði áfrýjunarnefndar sé lagt til grundvallar að Húsasmiðjan hefði haft hug á að draga verðhækkanir til baka fylgdi gagnstefnandinn Byko ehf. ekki verðhækkun félagsins. Þetta breyti því ekki að veiting og öflun upplýsinganna tók eingöngu til gildandi verðlistaverða en ekki framtíðarverðákvarðana.

Benda gagnstefnendur á að verðhækkanir Húsasmiðjunnar höfðu tekið gildi þegar upplýst var um þær og að þær hafi verið skuldbindandi í þeim skilningi. Þannig hafi verið búið að selja vörur á því verði áður en hækkunin hafi verið dregin til baka. Grundvallaratriði málsins sé að æskileg óvissa á markaðnum gat og getur aldrei tekið til gildandi opinberra verðlistaverða sem skylt er samkvæmt lögum að séu opinber. Æskilegt sé aftur á móti að á markaðnum ríki óvissa um framtíðarákvarðanir keppinautarins. Gagnstefnandinn Byko ehf. geti ekki borið ábyrgð á því að Húsasmiðjan hafi vonast til þess að fyrrnefnda félagið fylgdi því í verðhækkunum. Grundvallaratriði málsins sé að þeim einhliða væntingum hafi ekki verið komið á framfæri við gagnstefnandann heldur hafi hann eingöngu, líkt og

viðskiptavinir og aðrir, fengið upplýsingar um gildandi opinber verðlistaverð félagsins. Þar með hafi æskilegri óvissu á markaðnum ekki verið eytt.

Þá fái ályktun aðalstefnanda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála um að ætluð brot hafi haft það í för með sér að verð á grófvöru hafi hækkað eða staðið í stað ekki staðist. Veiting og öflun upplýsinga um gildandi smásöluverð, sem skylt er samkvæmt lagaboði að séu opinber, geti aldrei haft áhrif á markaðinn þannig að dregið sé úr óvissu um framtíðarhegðun keppinautar.

Loks hafni gagnstefnendur þeirri ályktun aðalstefnanda að ætluð brot hafi verið framin af ásetningi og æðstu stjórnendum gagnstefnanda hafi verið um þau kunnugt. Þetta sé rangt. Þessi ályktun sé dregin af þeirri staðreynd að nöfn og símanúmer starfsmanna Húsasmiðjunnar hafi komið fram á þeim verðkönnunarskjölum sem send hafi verið yfirmönnum gagnstefnandans Byko ehf. Það liggi í augum uppi að slíkt feli ekki í sér neina sönnun þess að stjórnendum hafi verið kunnugt um annað en að verðkannanir hefðu verið framkvæmdar. Ályktunin sé einnig dregin af tveimur tölvuskeytum þar sem verðkönnunarskjal er framsent, annars vegar með ummælunum: „Ekki láta þetta frá ykkur á prenti“ og hins vegar að skjalið ætti ekki að fara á „vergang“. Gagnstefnendur hafni því alfarið að þetta sé til marks um vonda trú þeirra starfsmanna sem tölvuskeytin sendu. Benda gagnstefnendur á að um sé að ræða tvö tölvuskeyti af mörgum hundruðum þar sem verðkönnunarskjal sé áframsent. Hafi starfsmenn raunverulega verið í vondri trú komi það spáskt fyrir sjónir að einungis hafi verið séð ástæða til að taka þetta fram í tveimur tölvuskeytum af mörgum hundruðum.

Gagnstefnendur telji það raunar liggja í augum uppi að ummælin séu ekki til marks um vonda trú. Þannig komi í báðum þessum tilvikum fram í verðkönnunarskjalinu sem var verið að senda að Húsasmiðjan væri með lægri verð en gagnstefnandinn Byko ehf. í tilteknum vöruflokkum. Umræddir starfsmenn hafi bersýnilega ekki verið mjög fúsir til að auglýsa það sérstaklega fyrir viðskiptavinum. Verði að telja augljóst að ummæli starfsmannanna í þessum tveimur tilvikum, af mörgum hundruðum, hafi lotið að því atriði, en ekki mögulegri afstöðu samkeppnisyfirvalda, enda fái slík túlkun ekki nokkra stoð í öðrum gögnum málsins.

Aðalstefnendur byggja á því að í ætluðu broti gagnstefnandans Byko ehf. hafi jafnframt falist brot gegn 53. gr. EES-samningsins. Hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellt þann hluta ákvörðunar stefnanda úr gildi, m.a. með þeim rökum að málið hefði ekki verið flutt fyrir nefndinni með hliðsjón af því. Í stefnu í aðalsök sé að finna allnokkrar röksemdir sem ætlað sé að styðja þetta en nær engar þeirra hafi komið fram í ákvörðun aðalstefnanda, þar sem rökstuðningur fyrir ætluðu broti gegn EES-samningnum sé svo til enginn. Þegar af þeirri ástæðu beri

að hafna þessum röksemdum aðalstefnanda, enda hafi áfrýjunarnefndin réttilega komist að þeirri niðurstöðu að málið hafi af hálfu aðalstefnanda ekki verið flutt fyrir nefndinni hvað þetta varðar.

Að þessu sögðu taki gagnstefnendur fram að þeir hafni því alfarið að í ætluðu broti gagnstefnandans hafi jafnframt falist brot gegn EES-samningnum. Aðalstefnandi hafi ekki sýnt fram á að ætluð brot hafi verið til þess fallin að geta haft áhrif á viðskipti milli aðila að EES-samningnum. Beri því að staðfesta niðurstöðu áfrýjunarnefndar hvað þennan lið varðar.

2. Gagnstefnendur nutu ekki réttlátrar málsmeðferðar og rannsókn var háð annmörkum

Gagnstefnendur byggja á því í málinu að aðalstefnandi hafi við rannsókn málsins brotið með svo alvarlegum hætti gegn þeirri hlutlægnisskyldu sem á honum hvíli sem stjórnvaldi að það valdi ógildi ákvörðunar hans. Þannig séu gögn málsins ekki skoðuð með hlutlægum hætti heldur þvert á móti löguð að þeirri kenningu sem sé upplegg aðalstefnanda í málinu. Þá séu gögn rangtúlkuð svo þau samræmist kenningunni en gögnum sem ekki geri það sé gefið lítið eða ekkert vægi. Byggja gagnstefnendur á því að séu gögn málsins skoðuð heildstætt með hlutlægum hætti liggi í augum uppi að ákvörðun aðalstefnanda fái ekki staðist.

Til marks um þetta vísa gagnstefnendur til dóms fjölskipaðs Héraðsdóms Reykjaness í máli nr. S-218/2014 og dóms Hæstaréttar í máli nr. 360/2015. Í málinu hafi tólf starfsmenn gagnstefnandans Byko ehf., Húsasmiðjunnar ehf. og Úlfsins byggingarvöruverslunar verið ákærðir fyrir verðsamráð. Ellefu hafi verið sýknaðir í héraði og einn starfsmaður gagnstefnandans Byko ehf. sakfelldur í málinu fyrir hvatningu til samráðs í símtali þann 28. febrúar 2011. Dómurinn tengist náði sakarefni máls þessa enda sé þar ráðið efnislega til lykta sakarefnum sem varði stærsta hluta þeirrar ætluðu brotlegu háttsemi sem lýst sé í ákvörðun stefnanda og um sé deilt í þessu máli. Þá hafi lögreglurannsóknin sem var grundvöllur ákæru í sakamálinu verið sameiginleg með þeirri rannsókn stefnanda sem hafi verið grundvöllur ákvörðunar hans. Í Hæstarétti hafi níu hinna ákærðu verið sakfelldir en tveir sýknaðir. Gagnstefnendur telji að niðurstaða Hæstaréttar byggji á röngum forsendum. Auk þess leggi Hæstiréttur til grundvallar sambærileg brot og áfrýjunarnefndin gerði en málatilbúnaður gagnstefnanda byggist einmitt á því að úrskurð nefndarinnar beri að fella úr gildi-á þeim forsendum m.a. að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi ekki á nokkurn hátt brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Þá vísi aðalstefnandi ítrekað til sáttar félagsins Holtavegar 10 ehf. undir rekstri stjórnslumálsins og byggji á því að hún hafi þýðingu fyrir úrlausn þessa

máls. Gagnstefnendur telja sáttina ekki geta falið í sér neina sönnun um þá háttsemi sem gagnstefnandanum Byko ehf. sé gefin að sök og þaðan af síður fullægjandi sönnun um heimfærslu þeirrar háttsemi undir ákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Gagnstefnendur benda á að ljóst sé að viðskiptalegar forsendur hafi búið að baki þeirri ákvörðun að félagið undirritaði sátt í málinu en ekki mat á lögmæti viðkomandi háttsemi. Komi þetta m.a. skýrt fram í vitnisburði vitnisins I í máli nr. S-218/2014 fyrir Héraðsdómi Reykjaness en hann hafi undirritað sáttina f.h. Holtavegar 10 ehf. Þetta hafi hann svo staðfest í framburði sínum fyrir dómi í máli þessu.

Þá hafi jafnframt komið fram í skýrslutökum í sakamálinu yfir áður nefndu vitni að „eigandi kennitölnunnar hefði ekki haft áhuga á því að fara fyrir rétt“. Rétt sé að benda á að Holtavegur 10 ehf. var á þeim tíma sem sáttin var undirrituð félag sem hafði engan rekstur og þann eina tilgang að halda utan um tilteknar fullnustueignir. Eigandi þess var Landsbanki Íslands hf., sem er að nær öllu leyti í eigu íslenska ríkisins. Þá sé í ákvörðun aðalstefnanda vísað til samskipta við lögmann félagsins þar sem fram komi að þar sem Holtavegur 10 ehf. beri „ábyrgð á rekstri og málalokum samkeppnismálsins sem hófst 8. mars 2011 sé mikilvægt að hann geti gert upp og lokið starfsemi sem fyrst.“

Sá skammi tími sem hafi liðið frá birtingu andmælaskjals þar til Holtavegur 10 ehf. óskaði eftir gerð sáttar sé því til enn frekari staðfestingar að viðskiptalegir hagsmunir hafi búið að baki ákvörðun um að ganga til sáttar. Benda gagnstefnendur á að engin gögn hafi fylgt andmælaskjalinu og gögn málsins, sem mælast í þúsundum blaðsíðna, hafi ekki borist gagnstefnendum fyrr en rúmur mánuður var liðinn frá birtingu þess, þ.e. þó nokkru eftir að Holtavegur 10 ehf. óskaði eftir sátt. Útilokað sé að eitthvert mat hafi verið lagt á þá háttsemi sem fyrirtækinu hafi verið gefin að sök, hvað þá lögfræðileg greining á ætluðu ólögmæti þeirrar háttsemi. Ekki verði annað ráðið en að Holtavegur 10 ehf. hafi ekki haft gögn málsins undir höndum við undirritun sáttarinnar. Með vísan til 2. mgr. 67. gr. laga nr. 91/1991 skori stefndu á aðalstefnanda að leggja fram endurrit af öllum samskiptum sínum við Holtaveg 10 ehf. frá birtingu andmælaskjals til undirritunar sáttarinnar. Ella byggji gagnstefnendur á því, með vísan til 1. mgr. 68. gr. sömu laga, að leggja beri til grundvallar að Holtavegur 10 ehf. hafi ekki haft gögn málsins undir höndum við undirritun sáttarinnar. Jafnframt hafi komið fram í skýrslutökum í framangreindu sakamáli yfir áðurgreindu vitni að engar eiginlegar „viðræður“ hafi átt sér stað við aðalstefnanda. Aðalstefnandi hafi einfaldlega stillt upp þeim brotum sem félaginu voru gefin að sök og félagið hafi haft val um að annaðhvort viðurkenna þau öll eða ekki yrði af sátt.

Gagnstefnendur telja þetta raunar fá skýra stoð í inntaki sáttarinnar. Í henni séu viðurkennd brot sem geti augljóslega ekki talist brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Nægi þar í dæmaskyni að nefna að Holtavegur 10 ehf. viðurkennir að hafa brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með því að hafa veitt gagnstefnandanum Byko „mikilvægar viðskiptalegar upplýsingar“ í nóvember 2008. Byggja gagnstefnendur á því að þetta sé til marks um að engin könnun á staðreyndum, og þaðan af síður lögfræðilegt mat, hafi farið fram hjá Holtavegi 10 ehf. fyrir gerð sáttarinnar. Opinberar staðreyndir sýni skýrt fram á að Húsasmiðjan hafi ekki veitt gagnstefnandanum neinar slíkar upplýsingar eins og komist sé réttilega að niðurstöðu um í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og nánar verði rakið hér á eftir um einstök samráðstilvik.

Gagnstefnendur benda á að það sé þekkt í samkeppnisrétti að fyrirtæki gangist við brotum sem þau hafi ekki framið eða veik sönnunargögn styðji að þau hafi framið. Leiði það af þeirri staðreynd að fyrirtæki geti fengið vægari sektir fyrir viðurkenningu sína á samráðsbroti. Þannig sé ekki óeðlilegt að fyrirtæki sjái sér hag í því að viðurkenna brot fyrir stjórnvöldum og losna þannig undan miklum kostnaði við málarekstur, neikvæðu umtali með tilheyrandi tapaðri viðskiptavild yfir langan tíma, og annars konar umstangi og tímaeyðslu sem kunnir að fylgja íþyngjandi rannsóknnum samkeppnisyfirvalda. Það að aðili gangist undir sátt og viðurkenni samráð sé ekki staðfesting á því að samráð hafi átt sér stað, og þaðan af síður þegar um sé að ræða síðar tilkominn eiganda sem ekkert hafi vitað um málsatvik eins og eigi við í máli þessu. Gagnstefnendur geti eðli málsins samkvæmt ekki verið bundnir af lagatúlkun Holtavegar 10 ehf. á því hvort hin umdeildu verðkönnunarsímtöl teljist vera ólögmaett samráð í skilningi 10. gr. samkeppnislaga.

Á stjórnvöldum hvíli rannsóknarskylda samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga. Af þeirri reglu leiði m.a. að stjórnvöldum sé óheimilt að grípa til mats- eða sönnunargagna fyrr en þau hafi reynt árangurslaust að rannsaka mál á tilhlýðilegan hátt. Aðalstefnendur byggja á því að strangar kröfur verði að gera til rannsóknar samkeppnisyfirvalda þegar um íþyngjandi refsikennd viðurlög er að ræða líkt og í fyrirliggjandi máli.

Rannsóknarreglan eigi að stuðla að því að það stjórnvald sem ákvörðun tekur beri ábyrgð á því að mál hafi verið nægjanlega rannsakað áður en ákvörðun er tekin. Veruleg vanræksla á því eins, og lýst hafi verið hér að framan, leiði að jafnaði til þess að ákvörðun teljist ógildanleg. Eigi þetta ekki síst við þegar um íþyngjandi ákvarðanir er að ræða. Byggja gagnstefnendur á því að aðalstefnandi hafi gefið sátt Húsasmiðjunnar verulegt vægi við úrlausn málsins, þvert á staðreyndir þess, í andstöðu við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga.

Gagnstefnendur telja samkvæmt öllu framansögðu að í umræddri sátt felist engin sönnun á þeirri háttsemi sem gagnstefnandanum Byko er gefin af sök og þaðan af síður fullnægjandi sönnun fyrir meintu broti félagsins gegn 10. gr. samkeppnislaga. Að því marki sem háttsemi sé óumdeild feli sáttin eðli máls samkvæmt ekki í sér neina sönnun fyrir rétttri túlkun á inntaki 10. gr. samkeppnislaga.

Óljóst sé hvort byggt sé sjálfstætt á því af hálfu aðalstefnanda að fella beri úrskurð áfrýjunarnefndar úr gildi af þeim sökum að hann sé ekki nægilega rökstuddur, sbr. tilvísun hans til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 116/2011. Gagnstefnendur hafna þessu og byggja á því að úrskurðurinn sé, hvað sektarfjárhæð varðar, nægilega rökstuddur og raunar betur rökstuddur en ákvörðun aðalstefnanda. Byggja gagnstefnendur á því að þær kröfur sem meginreglur stjórnsýsluréttar geri til rökstuðnings lúti að gæðum hans en ekki magni.

Þá hafni gagnstefnendur því að afleiðing þess að úrskurðum áfrýjunarnefnda í málum sem þessum kunni að vera áfátt hvað rökstuðning varði skuli vera sú að úrskurðurinn falli úr gildi en ákvörðun aðalstefnanda haldi gildi sínu. Allar kröfur stjórnsýslulaga séu lágmarkskröfur, sem gerðar séu í þeim tilgangi að tryggja réttaröryggi borgaranna. Það gengi þvert á markmið og tilgang laganna ef mögulegt brot æðra stjórnvalds gegn ákvæðum þeirra leiddi til margfalt meira íþyngjandi refsikenndra viðurlaga á hendur aðila máls en ella, líkt og ástatt væri í máli þessu. Er því þessari röksemdafærslu aðalstefnanda alfarið hafnað.

Gagnstefnendur byggja á því í máli þessu að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi ekki með samskiptum þeim sem lýst er í ákvörðun aðalstefnanda og úrskurði áfrýjunarnefndarinnar brotið á nokkurn hátt gegn 10. gr. samkeppnislaga. Það sé meginforsenda þessa að þeir telji að hafna beri kröfum aðalstefnanda í aðalsök og fyrir aðalkröfu þeirra í gagnsök að fella beri úrskurð áfrýjunarnefndar úr gildi og álagða sektarfjárhæð niður eða lækka hana umtalsvert eins og fram kemur í varakröfu í gagnsök. Í málinu hátti svo til að í kjölfar úrskurðar áfrýjunarnefndar standi eftir fjögur tilgreind tilvik sem nefndin hafi talið fela í sér brot gegn ákvæðinu og tekið þar með undir með aðalstefnanda hvað þau tilvik varði en því séu gagnstefnendur ósammála. Telja gagnstefnendur ekkert þessara tilvika styðja það að brotið hafi verið gegn 10. gr. samkeppnislaga og því sé enginn grundvöllur í málinu fyrir ákvörðun og álagningu sektar.

Í fyrsta lagi benda gagnstefnendur á að áfrýjunarnefndin hafi staðfest þá niðurstöðu aðalstefnanda að í svokölluðum verðkönnunarsímtölum hafi falist brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Þetta geri nefndin þó að hún virðist hafna ýmsum ályktunum aðalstefnanda um tilgang símtalanna og huglæga afstöðu. Í niðurstöðu nefndarinnar virðist litið til gagna málsins í heild og markaðsstyrks fyrirtækjanna

og sú ályktun dregin að hlutlæg gögn beri með sér að fyrirkomulagið á símtölunum hafi verið til þess fallið að auðvelda fyrirtækjunum að halda uppi verði. Óumdeilanlegt sé að Húsasmiðjan hafi hækkað verð í þeirri von að gagnstefnandinn Byko fylgdi á eftir, en verið reiðubúin að draga slíkar hækkanir til baka væri það ekki gert. Með því hafi komist „á ástand á markaðnum sem verður að teljast í andstöðu við ákvæði 10. gr. samkeppnislaga.“ Þessu hafni gagnstefnendur alfarið.

Grundvallaratriði málsins sé að veiting og öflun upplýsinga í hinum svokölluðu verðkönnunarsímtölum laut að gildandi og opinberum smásöluverðum. Verðin hafi verið opinber, bæði á heimasíðum félaganna og verðlistum sem lágu frammi á sölustöðum þeirra, en eðli varanna hafi gert það að verkum að í fæstum tilvikum hafi verið unnt að verðmerkja þær sjálfar, sbr. 2. mgr. 3. gr., sbr. c-lið 1. mgr. 4. gr., reglna nr. 536/2011 um verðmerkingar og einingaverð við sölu á vörum. Verðlistarnir og verðin hafi verið aðgengileg öllum sem áhuga höfðu á að afla þeirra, líka keppinautum. Hafi þetta verið í samræmi við þá lagaskyldu sem hvíli á smásöluþyrirtækjum hér á landi að verðmerkja allar vörur, sbr. ákvæði 17. gr. laga nr. 57/2005 og ákvæði áðurgreindra reglna.

Staðreynd málsins sé sú að þegar verðbreytingar urðu hjá gagnstefnandanum Byko ehf. hafi tölvukerfi félagsins verið uppfært þannig að það breytti verðlistum félagsins, sem vistaðir voru á sameiginlegu drifi, og verðlistum á heimasíðu félagsins. Tilkynningar um verðbreytingar hafi þá verið sendar verslunarstjórum gagnstefnanda og fyrirmæli gefin um að prenta út hina uppfærðu verðlista og skipta þeim út fyrir þá sem fyrir voru í verslununum. Finna megji slíkt fyrirmæli meðal gagna málsins. Sé sérstaklega tekið fram hverju sinni að skipta skuli út eldri verðlistum fyrir hina nýju, sbr. t.d. svofellt orðalag í tölvuskeyti 21. janúar 2011: „Vinsamlegast takið niður viðkomandi verðlista sem liggja frammi hjá ykkur og prentið út nýja á morgun.“ Rík áhersla hafi verið lögð á það innan gagnstefnandans Byko ehf. að uppfæra opinbera verðlista þegar í stað í samræmi við skyldur um réttar verðmerkingar samkvæmt lögum nr. 57/2005.

Þau verð sem Húsasmiðjan hafi veitt gagnstefnandanum Byko ehf. hafi einnig verið aðgengileg með sambærilegum hætti, a.m.k. í verslunum félagsins, enda hafi starfsmenn gagnstefnandans oft kannað verð félagsins með þeim hætti. Virðist jafnframt sem framkvæmdin hvað þetta varðar hafi verið sambærileg hjá fyrirtækjunum, þ.e., að tölvuskeyti með uppfærðum verðlistum voru sendir í verslanir félagsins. Finna megji dæmi um slík fyrirmæli í gögnum málsins, t.d. tölvuskeyti 16. febrúar 2011, þar sem tilkynnt er um verðbreytingar með svofelldum fyrirmælum: „Þið passið uppá að laga merkingar hjá ykkur auk þess að laga verðlista.“ Ekkert hafi verið athugavert við þessa framsetningu og þessi

fyrirmæli.

Gagnstefnendur benda á að þau verð sem gefin voru upp í umræddum verðkönnunum hafi eingöngu verið verðlistaverð. Um 90% viðskiptavina sem kaupir þær vörur sem um ræði hjá gagnstefnandanum Byko ehf., svokallaðar grófvörur, séu verktakar, sem almennt njóti allir ýmiss konar afsláttarkjara, bæði fastra afslátta, auk þess sem gerð séu tilboð í mörg verk. Í engu tilvikanna hafi verið skipst á upplýsingum um slíka afslætti eða tilboð og því í nær engum tilvikum raunverulega um upplýsingar um endanleg verð að ræða. Allir sem hafi hringt í félagið hafi, eðli málsins samkvæmt, getað fengið sambærilegar upplýsingar, enda hæpið að það samræmdist lögum nr. 57/2005 að neita að gefa upplýsingar um gildandi verðlistaverð. Í þessu sambandi bendi gagnstefnendur á að umfjöllun aðalstefnanda um veitingu upplýsinga um það hvort vörur væru merktar „SV“ (sérverð) eða „TB“ (tilboðsverð) hjá félögunum er á misskilningi byggð. Staðreynd málsins sé sú að þegar vörur hafi verið merktar með þessum hætti hafi það haft þá þýðingu að umsaminn fastur afsláttur viðkomandi viðskiptavinar frá verðlistaverðum gildi ekki um viðkomandi vöru. Hafi það síðan verið útskýrt á heimasíðu fyrirtækisins hver þýðing þessara merkinga væri. Eðli málsins samkvæmt skipti það viðskiptavinum miklu máli að sjá hvort umsaminn fastur afsláttur gildi við vörukaup. Ekki sé hins vegar útilokað að brugðið hafi verið frá verðinu við tilboðsgerð, s.s. í stærri verk, þegar tilboð tók t.d. til margra vöruflokka. Upplýsingar um sérverð eða tilboðsverð séu því, líkt og verðlistaverð, opinberlega aðgengilegar upplýsingar. Hið sama hafi gilt í tilviki Húsasmiðjunnar. Sé því ljóst að veiting upplýsinga tók einungis til opinberra gildandi verða en ekki framtíðarverðlagningar.

Gagnstefnendur benda á að samkvæmt 10. gr. samkeppnislaga séu allir samningar og samþykktir milli fyrirtækja, hvort heldur sem er bindandi eða leiðbeinandi, og samstilltar aðgerðir sem hafi það að markmiði eða af þeim leiði að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún takmörkuð eða henni raskað, bannaðar. Svo að um brot gegn 10. gr. samkeppnislaga sé að ræða þurfi því aðgerð að lágmarki að vera samstillt og hafa það annaðhvort að markmiði, eða að af henni leiði, að samkeppni sé raskað. Byggja gagnstefnendur á því að túlka beri 10. gr. samkeppnislaga til samræmis við 53. gr. EES-samningsins sem túlkuð sé til samræmis við 101. gr. EB-sáttmálans.

Í ákvörðun aðalstefnanda sé vikið að leiðbeiningarreglum Eftirlitsstofnunar EFTA um mat á því við hvaða aðstæður upplýsingaskipti geti falið í sér brot gegn 101. gr. EB-sáttmálans. Í 60–61 mgr. reglnanna komi fram sú meginregla að skipti á opinberum upplýsingum séu að meginreglu ólíkleg til að stríða gegn 101. gr. EB-sáttmálans, sem er efnislega samhljóða 10. gr. samkeppnislaga. Meginreglan sé því

að sú háttsemi sem viðhöfð var í verðkönnunarsímtölunum sé lögmæt.

Í leiðbeiningarreglunum komi jafnframt fram sú undantekning að hafi fyrirtæki lagt út í kostnað við að fá upplýsingarnar kunni það að horfa öðruvísi við. Þannig sé notaður mælikvarði kostnaðar á það hvort upplýsingar séu sannanlega opinberar, þ.e. hvort það sé jafn kostnaðarsamt fyrir viðskiptavin að afla upplýsinganna og samkeppnisaðilann. Hvergi sé í ákvörðun aðalstefnda eða úrskurði áfrýjunarnefndarinnar rökstutt að það hafi verið kostnaðarsamara fyrir gagnstefnandann Byko ehf. að afla gildandi smásöluverða Húsasmiðjunnar ehf. með verðkönnunarsímtölunum og öfugt en það hefði verið fyrir viðskiptavini fyrirtækjanna að afla sömu upplýsinga með símtölum. Látið sé að því liggja að öflun upplýsinganna hafi verið einfaldari og þar með ódýrari en öflun þeirra á heimasíðum félaganna eða í verslunum. Því sé mótmælt, en allt að einu sé það ekki sá mælikvarði sem leggja beri til grundvallar samkvæmt leiðbeiningarreglum Eftirlitsstofnunar EFTA. Eftir standi að ósannað sé að það hafi verið kostnaðarsamara fyrir gagnstefnandann Byko og Húsasmiðjuna að afla upplýsinganna en það hafi verið fyrir viðskiptavini félaganna.

Gagnstefnendur byggja á því að það sé gildandi réttur, sem auk framangreindra leiðbeiningarreglna birtist í dómaframkvæmd dómstóla Evrópusambandsins og fræðiskrifum, að leggja þann mælikvarða á lögmæti upplýsingaskipta að þau geti brotið gegn 101. gr. EB-sáttmálans, sbr. 10. gr. samkeppnislaga, ef þau eru til þess fallin að draga úr óvissu um framtíðarhegðun keppinautar, s.s. með veitingu upplýsinga um framtíðarverðhækkanir eða atriði sem hafa þýðingu um framtíðarverð.

Af þeim sökum sé það meginregla að veiting og öflun upplýsinga um gildandi smásöluverð, sem eru opinber samkvæmt lagaboði, feli ekki í sér brot gegn 101. gr. EB-sáttmálans, sbr. 10. gr. samkeppnislaga, enda geti þau í eðli sínu ekki verið til þess fallin að draga úr óvissu um framtíðarhegðun keppinautarins.

Það sé alkunn staðreynd að fyrirtæki á smásölumörkuðum fylgist grannt með verðlagningu hvert annars. Á mörgum mörkuðum sé þetta gert daglega, s.s. á smásölumarkaði fyrir dagvöru, þar sem alkunna er að starfsmenn mæti daglega í verslanir samkeppnisaðilanna, merktir sínum vinnuveitanda, og geri verðkannanir. Sé þetta enda fyllilega eðlileg og rökrétt framkvæmd. Tilgangur fyrirtækjareksturs sé eðli málsins samkvæmt sá að skila hluthöfum arði. Til að svo megi vera þurfi a.m.k. tvær forsendur að vera fyrir hendi. Annars vegar þurfa viðskiptavinir að vilja kaupa vörur fyrirtækisins. Hins vegar þarf fyrirtækið að geta selt vörurnar með einhverri framlegð. Við verðákvarðanir á vörum þurfi því m.a. að taka mið af báðum þessum atriðum. Þannig þurfi bæði að gæta að því að verðlagningin skili ásættanlegri framlegð, en einnig að verð séu samkeppnishæf svo að viðskiptavinir

kaupi vörur fyrirtækisins. Af þessum ástæðum sé það augljóst að fyrirtæki geti ekki verðlagt sig á markaði án tillits til verðlagningar samkeppnisaðilans. Það sé eðli virkrar samkeppni að reynt sé að bjóða betra verð en samkeppnisaðilinn til að auka sölu, þó oftast með því skilyrði að sala skili eftir sem áður einhverri framlegð.

Gagnstefnendur hafni alfarið þeirri ályktun áfrýjunarnefndar að hlutlæg gögn beri með sér að „fyrirkomulagið á símtölunum hafi verið til þess fallið að auðvelda að halda verði uppi“. Þvert á móti sýni gögn málsins skýrt að verð félaganna hafi ýmist hækkað eða lækkað í kjölfar verðkönnunarsímtala, sbr. t.d. tölvuskeyti 31. maí 2010 og 5. og 11. febrúar 2011. Það að gildandi smásöluverð séu opinber samkvæmt lagaboði auðveldi fyrirtækjum að fylgjast með verðlagningu hvers annars og þar með bregðast við henni, hvort sem er til hækkunar eða lækkunar. Verðkönnunarsímtölin hafi hins vegar ekki breytt þeim aðstæðum með nokkrum hætti og hafi fyrirkomulag þeirra engin áhrif haft umfram það sem vænta hafi mátt af framangreindri staðreynd, að gildandi smásöluverð eru opinber samkvæmt lagaboði. Gagnstefnendur telji raunar nokkuð óljóst í úrskurði áfrýjunarnefndar hvað átt sé við þar sem vísað er til „fyrirkomulags“ símtalanna.

Sé verið að vísa til þess að aðilum hafi verið ljóst að um starfsmann samkeppnisaðilans hafi verið að ræða hafi sú framkvæmd verið í samræmi við leiðbeinandi reglur Samkeppnisstofnunar um framkvæmd verðkannana þar sem skýrt sé kveðið á um að sá sem geri verðkönnun skuli kynna sig. Sé verið að vísa til þess að símtölin hafi verið gagnkvæm, þ.e. að starfsmenn fyrirtækjanna hafi kannað verð hvor annars í sama símtali, þá byggja gagnstefnendur í fyrsta lagi á því að slíkt geti bersýnilega ekki leitt til þess að símtölin teljist fela í sér ólögmaett samráð. Engu geti breytt fyrir áhrif á markaðinn hvort það sé gert í sama símtali eða aðskildum símtölum. Í öðru lagi byggja gagnstefnendur á því að gögn málsins sýni skýrt að slík gagnkvæmi hafi a.m.k. ekki verið fyrir hendi fram á árið 2010 og það eigi því þvi eingöngu við hluta hins ætlaða brotatímabils.

Þessu til stuðnings megi vísa til orða í tölvuskeyti starfsmanns Húsasmiðjunnar 22. desember 2009: „hvar eru okkar verðkannanir í dag?“. Virðist sú hugmynd að spyrja um verð gagnstefnandans Byko ehf. á móti í fyrsta lagi hafa kviknað hjá Húsasmiðjunni í lok janúar 2010, sbr. tölvuskeyti milli starfsmanna Húsasmiðjunnar 27. janúar 2010 þar sem segir: „Hérna er listinn sem BYKO gerir verðkönnun eftir alla miðvikudaga. Hugmyndin er að Kristján og þeir í þjónustuverinu spyrji um sömu vörur á sama tíma og BYKO gerir könnun hjá okkur.“ Séu þessi orð raunar einnig skýr sönnun þess að félögin hafi ekki „sammælst“ um hvaða vörur skyldu vera á listanum, eins og staðhæft sé í ákvörðun stefnda.

Þá hafni gagnstefnendur alfarið þeirri röksemdafærslu áfrýjunarnefndar að það hafi þýðingu að óumdeilanlegt sé að Húsasmiðjan hafi verið reiðubúin að draga verðhækkanir til baka hækkaði gagnstefnandinn Byko ehf. ekki sín verð í kjölfar verðhækkana þeirra. Slíkt sé einfaldlega forsenda verðhækkana allra fyrirtækja á virkum samkeppnismarkaði. Fyrirtæki sem telji sig knúíð til að hækka verð, hvort sem er vegna tapreksturs eða tilraunar til að auka framlegð, verði að taka tillit til verðlagningar samkeppnisaðila. Hækki samkeppnisaðilar sín verð ekki tapi félagið viðskiptum yfir til þeirra.

Gögn málsins sýni skýrt að aðstæður voru með þessum hætti á byggingarvörumarkaði á ætluðu brotatímabili, t.d. í apríl 2010. Húsasmiðjan hafi neyðst til að draga verðhækkanir til baka þegar gagnstefnandinn Byko hækkaði ekki sín verð. Slíkar aðstæður lýsi mjög virkum samkeppnismarkaði og raunar tilgangi virkrar samkeppni í sinni hreinustu mynd. Fyrirtæki komist ekki upp með að hækka verð sín umfram það sem samkeppnisaðilinn bjóði. Verðkönnunarsímtölin hafi þar enga þýðingu haft, enda um gildandi opinber smásöluverð að ræða. Gagnstefnendur hafni því alfarið að símtölin hafi „skapað ástand“ á markaðnum sem hafi verið í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga. Ástand markaðarins hafi falist í því að verðlagning hafi verið opinber samkvæmt lagaboði og á honum þrífist afar virk samkeppni sem hafi lýst sér í því að fyrirtækin hafi ekki getað verðlagt sig án tillits til samkeppnisaðilans.

Þannig sé lögð áhersla á það í ákvörðun aðalstefnanda að upplýsingar um verð hafi verið veittar með gagnkvæmum hætti, og samskiptunum þannig lýst sem „samskiptakerfi“ og það talið „grundvallaratriði“. Um leið komist aðalstefnandi svo að þeirri niðurstöðu að gagnkvæmni samskiptanna sé ekki skilyrði þess að um brot sé að ræða. Þrátt fyrir það sé þeim fyrirmælum beint til gagnstefnandans Byko ehf. í ákvörðunarorðum aðalstefnanda, að það að veita fyrirspyrjanda, sem ekki kynnir sig, upplýsingar um smásöluverð, sé dæmi um samskipti sem „eru augljóslega ekki til þess fallin að raska samkeppni“.

Gagnstefnendum sé með öllu hulið eftir þennan lestur hvernig standa skuli að gerð verðkannana með lögmætum hætti. Virðist það eina sem eftir standi í málatilbúnaði aðalstefnanda vera að starfsmenn félaganna hafi ekki mátt kynna sig, þó að beinlínis sé kveðið á um það í leiðbeinandi reglum Samkeppnisstofnunar um framkvæmd verðkannana að það skuli viðkomandi gera. Auk þess geti það ekki haft nein áhrif á samkeppni hvort starfsmenn kynni sig eða ekki þegar upplýsingar eru eingöngu veittar um gildandi, opinber smásöluverð. Byggja stefnendur á því að þegar um sé að ræða svo íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sem hér um ræði beri að túlka allan vafa stefnendum í hag.

Grundvallaratriði málsins sé að kannanir á verðlagningu samkeppnisaðila, verðlagningu sem bæði er opinber og lagaskylda hvílir á fyrirtækjum að birta opinberlega, geti hreinlega ekki verið til þess fallnar að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga. Á þeirri forsendu hvíli þó allur meginþorri röksemdafærslu aðalstefnanda sem fallist virðist vera á í úrskurði áfrýjunarnefndar. Þessi röksemdafærsla fái ekki staðist. Beri því að fella hinar umþrættu stjórnvaldsúrlausnir úr gildi hvað varðar ætlað ólögmati verðkönnunarsímtalanna.

Í annan stað hafi með úrskurði áfrýjunarnefndar verið fallist á þá niðurstöðu ákvörðunar aðalstefnanda að ráða mætti af dagbókarfærslu forstjóra gagnstefnandans Byko ehf. 19. febrúar 2010 að félagið hefði fengið viðskiptaupplýsingar frá Húsasmiðjunni. Þessu hafni gagnstefnendur.

Í dagbókarfærslunni komi þannig í fyrsta lagi fram að EBITDA árið 2009 hafi verið um það bil [...] milljónir króna. Samkvæmt ársreikningi Húsasmiðjunnar sem birtur var síðar hafi EBITDA það ár hins vegar verið [...] krónur eða meira en fjórfalt hærra. Í öðru lagi komi fram að orðið hafi „tæp minnkun ca. [...] milljarðar frá 2008“. Sé átt við minnkun í sölu, sem telja verði líklegt, sé ljóst að það er fjarri lagi, en samkvæmt ársreikningi Húsasmiðjunnar dróst sala milli árána 2008 og 2009 saman um tæpa [...] milljarða króna, eða rúmlega þrefalt meira. Í þriðja lagi komi fram í færslunni að afskriftir hafi árið 2008 numið [...] milljónum króna og virðist viðmælandi forstjórans hafa giskað á að þær yrðu meiri árið 2009. Samkvæmt ársreikningi Húsasmiðjunnar hafi afskriftir árið 2008 hins vegar numið rúmum [...] milljónum króna, og drógust þær verulega saman árið 2009 þegar þær námu rúmum [...] milljónum króna.

Gagnstefnendur byggja á því að framangreint gefi skýrt til kynna að viðmælandi forstjórans í símtalinu sem vitnað sé til í færslunni hafi hvorki verið starfsmaður né stjórnarmaður Húsasmiðjunnar. Miðað við orðalag færslunnar kunni e.t.v. að hafa verið um fyrrverandi starfsmann að ræða en það geti ekki falið í sér samráð í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga enda skorti með því á hugtaksskilyrði greinarinnar að um samskipti keppinauta sé að ræða.

Þá byggja gagnstefnendur á því að það sé hugtaksskilyrði þess að „upplýsingaskipti“ milli keppinauta geti brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga að þau taki til raunverulegra upplýsinga um staðreyndir, enda vandséð hvernig samskipti geti með öðrum hætti haft það annaðhvort að markmiði eða þau áhrif að samkeppni sé raskað. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga leggi ekki bann við því að fyrirtæki reyni að villa um fyrir keppinauti sínum. Er hvorki í ákvörðun aðalstefnda né úrskurði áfrýjunarnefndar bent á neitt í færslunni sem innihaldi sannanlega staðreyndir um Húsasmiðjuna eða rekstur fyrirtækisins. Þvert á móti virðist flest það sem fram kemur í færslunni rangt.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar sé sönnunarbyrðin lögð á gagnstefnendur þess efnis að viðmælandinn hafi ekki verið á vegum Húsasmiðjunnar. Það fái ekki staðist. Um sé að ræða verulega íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun þar sem sönnunarbyrðin hvíli á stjórnvaldinu og þá sönnunarbyrði hafi stjórnvaldið einfaldlega ekki axlað. Því sé í málinu ósannað að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi í febrúar 2010 fengið viðskiptaupplýsingar frá Húsasmiðjunni, og því beri að fella þann hluta umþrættra stjórnvaldsúrlausna úr gildi.

Í þriðja lagi hafi með úrskurði áfrýjunarnefndar verið staðfest sú niðurstaða að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi í október 2010 fengið upplýsingar um fyrirhugaðar breytingar á verðstefnu Húsasmiðjunnar með þeim hætti að í því hafi falist brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Þessu hafni gagnstefnendur og bendi á að þessi ályktun samkeppnisyfirvalda byggji einvörðungu á tölvuskeyti sem stjórnarformaður gagnstefnandans Norvikur hf. sendi tilteknum stjórnarmönnum félagsins 25. október 2010. Benda gagnstefnendur á að þetta tilvik sé ekki meðal þeirra sem félagið Holtavegur 10 ehf. tiltók sem brot gegn 10. gr. samkeppnislaga í sátt sinni við aðalstefnanda. Ályktun samkeppnisyfirvalda virðist einkum byggja á svofelldri setningu í tölvupóstinum: „Mat stjórnarformanns Húsasmiðjunnar er að hér sé um að ræða forsendu fyrir því að Húsasmiðjan lifi af fyrirsjáanlega samkeppni við Bauhaus.“ Gagnstefnendur hafni því alfarið að þáverandi stjórnarformaður Húsasmiðjunnar hafi veitt félaginu nokkrar upplýsingar um þessar fyrirhuguðu breytingar á verðstefnu félagsins eða að framangreint orðalag í tilvitnuðum tölvupósti feli í sér sönnun þess.

Svo virðist sem upplýsingar um þessar fyrirhuguðu breytingar hafi lekið út úr Húsasmiðjunni, eins og forstjóri félagsins hafði einmitt áhyggjur af að myndi gerast, sbr. ummæli hans í tölvuskeyti rétt um fjórum vikum fyrr, 1. október 2010, og bendi raunar skýrt til þess að vilji þess félags hafi ekki staðið til þess að veita upplýsingar. Gagnstefnandinn Byko ehf. geti ekki borið ábyrgð á því að viðkvæmar viðskiptaupplýsingar leki út úr samkeppnisaðila félagsins, og stjórnarmaður þess fái þær síðan frá þriðja aðila. Þá geti slíkt ekki falið í sér samráð í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga, enda ekki um nein samskipti keppinauta að ræða.

Gagnstefnendur hafni því að unnt sé að leggja sönnunarbyrðina á þá um að upplýsingarnar hafi ekki borist frá stjórnarformanni Húsasmiðjunnar. Þá beri viðbrögð starfsmanna gagnstefnandans Byko ehf. í tölvupósti sama dag tvennt með sér. Annars vegar að fyrirtækið hugðist nýta sér það að hafa aflað þessara upplýsinga til að hafa betur í samkeppninni við Húsasmiðjuna, sbr. ummælin: „Það skiptir lykilmáli hver er fyrstur í þessa vegferð“, og hins vegar vangaveltur um hvað fælist í fyrirhuguðum breytingum Húsasmiðjunnar, sbr. ummælin: „Mér sýnist einsýnt að þetta sé EDLP- getur ekki verið neitt annað.“ Er ljóst að hvorugt hefði

átt sér stað ef upplýsingarnar hefðu raunverulega stafað frá Húsasmiðjunni og verið liður í samráði félaganna.

Með vísan til alls framangreinds sé ósannað að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með einhverjum samskiptum við Húsasmiðjuna í tengslum við fyrirhugaðar breytingar á verðstefnu félagsins. Beri því að fella þann hluta umþrættra stjórnvaldsúrlausna úr gildi.

Loks sé í fjórða lagi í úrskurði áfrýjunarnefndar staðfest sú niðurstaða aðalstefnanda að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með símtali sem tiltekinn starfsmaður félagsins hafi átt við starfsmann Húsasmiðjunnar 28. febrúar 2011. Í úrskurði áfrýjunarnefndar sé lagt til grundvallar að starfsmaður gagnstefnandans hafi hvatt til samráðs, kynnt eigin áform um hækkanir og bent á einstök tilvik þar sem nauðsynlegt væri að hans mati að Húsasmiðjan breytti verðstefnu sinni. Ekki verði fullyrt að Húsasmiðjan hafi brugðist við efni símtalsins og ætluðu samráði þannig verið hrint í framkvæmd en gagnstefnendur verði engu að síður að bera fulla ábyrgð á efni símtalsins. Gagnstefnendur hafni því að símtalið feli í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga sem þeir beri ábyrgð á og vísa til fyrri umfjöllunar þar að lútandi en áréttu að gögn málsins gefi skýrt til kynna að um algjörlega einangrað tilvik hafi verið að ræða.

Þá áréttu gagnstefnendur að framkvæmdastjórinn hafi með þessu símtali farið þvert á fyrirmæli og stefnu fyrirtækisins. Þannig hafði forstjóri félagsins lýst þeirri stefnu félagsins skýrt á framkvæmdastjórnarfundum að engin samskipti skyldu vera við samkeppnisaðila félagsins. Verði að telja að með því hafi framkvæmdastjórinn farið út fyrir heimildir sínar í starfi að því marki sem í símtalinu geti yfirleitt talist felast brot á 10. gr. samkeppnislaga. Í því samhengi vilja gagnstefnendur jafnframt benda á að símtalið var alfarið að eigin frumkvæði framkvæmdastjórans og sjálfstæð ákvörðun hans. Hafi hann ekki látið neinn innan fyrirtækisins vita af símtalinu, hvorki fyrir það né eftir, og hafi því þaðan af síður fengið nokkur fyrirmæli um að eiga þau samskipti sem í símtalinu felist. Komi þetta bæði fram í skýrslutökum af umræddum framkvæmdastjóra, jafnt fyrir lögreglu sem héraðsdómi í sakamálinu, sem og af öðrum sakborningum og vitnum. Benda gagnstefnendur á að umfangsmiklar símhleranir hafi farið fram hjá gagnstefnendum í marga daga eftir umrætt símtal auk þess sem bróðurpartur rafrænna gagna og tölvupóstsamskipta fyrirtækisins hafi verið haldlögð við húsleit. Þrátt fyrir það bendi engin samtímagögn til nokkurrar vitneskju neinna starfsmanna stefnenda um tilvist eða efni símtalsins, öfugt við Húsasmiðjuna. Verði að telja afar ósennilegt annað en að slík gögn myndust hefði starfsmaðurinn upplýst einhvern starfsmann fyrirtækisins um tilvist eða efni símtalsins.

Gagnstefnendur byggja á því að að því marki sem í símtalinu geti talist felast ólögmeitt samráð í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga hafi verið um tímabundinn dómgreindarskort starfsmannsins að ræða. Hann hafi með því farið út fyrir valdheimildir sínar, þvert á skýr fyrirmæli forstjóra um hið gagnstæða. Verði gagnstefnendur ekki gerðir ábyrgir fyrir slíkri háttsemi eins einstaks starfsmanns enda ekkert sem félögin hafi getað gert til að koma í veg fyrir símtalið.

Í þriðja lagi hafni gagnstefnendur því að í efni símtalsins felist brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og að símtalið sé sett í samhengi við framlegðaráttak sem hafi staðið fyrir dyrum hjá gagnstefnandanum Byko ehf. í upphafi árs 2011. Framlegðarátakið hafi verið ákveðið á vettvangi framkvæmdastjórnar félagsins og endanlega samþykkt af forstjóra. Enginn þessara aðila, utan framkvæmdastjóra fagsöluviðs, hafi nokkra vitneskju haft um símtalið. Byggja stefnendur á því að símtalið hafi auglýsingalega verið tilfallandi, óvænt og óundirbúið.

Grundvallaratriði málsins sé þó að í símtalinu hafi umræddur starfsmaður engar tiltekna réttar upplýsingar veitt um starfsemi gagnstefnandans Byko ehf. Þá felist það óhjákvæmilega í skorti á viðbrögðum Húsasmiðjunnar, sem áfrýjunarnefnd leggur til grundvallar, að í símtalinu geti ekki falist samningur, samþykkt eða samstillt aðgerð fyrirtækjanna í skilningi 10. gr. samkeppnislaga. Í úrskurði áfrýjunarnefndar sé umfjöllun um efni símtalsins takmörkuð og þær ályktanir sem af því eru dregnar. Gagnstefnendur taka því fram að þeir hafni alfarið þeim ályktunum sem aðalstefnandi dregur í ákvörðun sinni, eins og þegar hefur verið gerð grein fyrir. Eigi þetta við um ályktanir sem varða samskipti við Múrbúðina, hækkun á öllum tilboðum um 2% í tvígang, verðlagningu á ofnum og á svokölluðu grænu efni. Gagnstefnendum sé ókunnugt um hver tilgangur starfsmannsins með þessum símtali hafi verið. Hins vegar sé vart hægt að draga aðra ályktun en að tilgangurinn kunni að hafa verið að villa með þessum hætti um fyrir samkeppnisaðila félagsins, eins og starfsmaðurinn hafi borið fyrir héraðsdómi. Ljóst sé að í slíku geti ekki falist brot gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Þessa ályktun byggja gagnstefnendur einkum á tveimur lykilatriðum. Annars vegar hafi markmið framlegðaráttaks gagnstefnandans Byko ehf. verið að auka framlegð félagsins um [...]. Fari það fjarri því sem starfsmaðurinn hafi tjáð starfsmanni Húsasmiðjunnar um [...] hækkun framlegðar í tvígang. Þrátt fyrir umfangsmiklar símhleranir, og gríðarlega umfangsmiklar húsleitir liggja ekkert fyrir í gögnum málsins um að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi hækkað verð með þeim hætti sem starfsmaðurinn lýsti í símtalinu eða að það hafi staðið til. Hafi ekki verið bent á eitt tilboð sem hafi verið hækkað í kjölfar símtalsins, þaðan af síður með þeim hætti sem starfsmaðurinn greindi frá. Í öðru lagi hafi starfsmaðurinn ekki haft upp á sitt eindæmi valdheimildir til að breyta verðstefnu gagnstefnandans Byko

með þeim hætti sem hann hafi lýst í símtalinu. Hafi starfsmaðurinn því ekki getað gert neitt slíkt samkomulag við starfsmann Húsasmiðjunnar um verðlagsmálefni þannig að í bága færi við 10. gr. samkeppnislaga.

Meðal þátta framlegðarátaksins hafi verið að senda skyldi öll tilboð yfir [...] krónur á netfangið tilbodsgerd@byko.is, og hafi nefndur starfsmaður verið einn viðtakenda þess. Þrátt fyrir hinar gífurlega umfangsmiklu húsleitir hafi aðalstefnandi ekki sýnt fram á neitt dæmi þess að tilboð hafi yfirhöfuð verið sent á nefnt netfang, þaðan af síður að þau hafi verið hækkuð af umræddum starfsmanni, og enn síður hækkuð með þeim hætti sem hann greindi starfsmanni Húsasmiðjunnar frá. Þá hafi aðalstefnandi ekki svo mikið sem sýnt fram á að það hafi yfirleitt staðið til.

Þar sem aðalstefnandi hafi ekki sýnt fram á að þær ætluðu fyrirætlanir sem starfsmaður gagnstefnandans Byko ehf. greindi starfsmanni Húsasmiðjunnar frá í símtalinu hafi staðið til, verið framkvæmdar eða starfsmaðurinn haft valdheimildir til þess, verði ekki önnur ályktun dregin af símtalinu en að ætlun starfsmannsins hafi verið að villa um fyrir Húsasmiðjunni. Þar sem gagnstefnandinn Byko ehf. hafi í engu tilviki brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga beri því að fallast á aðalkröfu gagnstefnanda í málinu og fella þennan hluta umþrættra stjórnvaldsúrlausna úr gildi.

Gagnstefnendur byggja jafnframt á því að fella verði umþrættar stjórnvaldsúrlausnir úr gildi þar sem rannsókn málsins hafi verið haldin svo verulegum annmörkum að réttarvernd þeirra og réttur til réttlátrar málsmeðferðar hafi ekki verið tryggður. Með þessu hafi verið brotið gegn ákvæðum 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, með ítrekuðum og ámælisverðum hætti. Þá hafi málsmeðferð aðalstefnanda falið í sér alvarlegt brot gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Gagnstefnendur byggja á því að kæra aðalstefnanda til lögreglu, sem markað hafi upphaf rannsóknar málsins og verið grundvöllur símhlerana sem aftur voru grundvöllur umfangsmikilla húsleita, hafi verið ólögmæt.

Upphaf málsins megi rekja til þess að forsvarsmenn Múrbúðarinnar ehf., samkeppnisaðila gagnstefnandans Byko, hafi leitað til aðalstefnanda og hafi verið haldnir með þeim tveir fundir. Hafi forsvarsmennirnir „upplýst“ um heimsóknir og símtöl frá gagnstefnandanum Byko ehf. og Húsasmiðjunni í tengslum við opnun Múrbúðarinnar á grófvörudeild við Smiðjuveg. Aðalstefnandi hafi metið þessar staðhæfingar forsvarsmanna félagsins „trúverðugar“ og talið að rökstuddur grunur væri um að gagnstefnandinn og Húsasmiðjan hefðu með sér ólögmætt verðsamráð sem tæki a.m.k. til upplýsingaskipta um verð. Þá hafi verið talinn rökstuddur grunur um að félögin hefðu gert tilraunir til þess að fá Múrbúðina til að taka þátt í

hinu ætlaða ólögmeta samráði. Aðalstefnandi hafi eingöngu á grundvelli þessara upplýsinga tekið ákvörðun um að kæra tiltekna starfsmenn gagnstefnandans og Húsasmiðjunnar til lögreglu. Í kjölfarið hafi verið heimilaðar símhleranir hjá starfsmönnum félaganna sem staðið hafi yfir um nokkurt skeið. Af þessu sé ljóst að upphaf málsins hafi eingöngu grundvallast á upplýsingum sem forsvarsmenn samkeppnisaðila, sem eðli málsins samkvæmt hafi átt verulegra hagsmuna að gæta, hafi veitt gagnstefnanda munnlega án þess að nokkurn gögn hafi verið því til stuðnings. Liggi enda fyrir niðurstaða bæði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og fjölskipaðs héraðsdóms og Hæstaréttar um að ekki hafi verið um brot gegn samkeppnislögum að ræða í þessu tilviki.

Þá hafi einnig verið verulegt ósamræmi í framburði fyrirvarsmanna Múrbúðarinnar fyrir dómi í áðurnefndu sakamáli varðandi það hvort skipst hafi verið á upplýsingum eða eingöngu falast eftir upplýsingum um verð, eins og áður sé getið um. Í ákvörðun aðalstefnanda sé hins vegar lagt til grundvallar að leitað hafi verið eftir því að skiptast á upplýsingum um verð. Byggja gagnstefnendur á því að framburður forsvarsmanna Múrbúðarinnar fyrir héraðsdómi dragi enn úr ætluðum trúverðugleika tilkynningar þeirra til gagnstefnanda sem hafi verið grundvöllur kæru stefnda til lögreglu.

Mannréttindasáttmála Evrópu var veitt lagagildi hér á landi með lögum nr. 62/1994, og um langt skeið hafi verið litið svo á að túlka beri ákvæði íslenskra laga með hliðsjón af ákvæðum sáttmálans og skýringum og túlkunum Mannréttindadómstóls Evrópu. Samkvæmt 8. gr. sáttmálans eigi sérhver maður rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskrifta. Samkvæmt 2. mgr. greinarinnar skuli opinber stjórnvöld eigi ganga á rétt þennan nema að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Megi finna 8. gr. sáttmálans samsvörun í 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar þar sem kveðið sé á um friðhelgi einkalífs. Hafi ákvæðið verið túlkað þannig af Mannréttindadómstólnum að það taki ekki aðeins til einstaklinga heldur einnig til hvers kyns lögaðila sem geti borið réttindi og skyldur.

Mannréttindadómstóllinn hafi slegið því föstu að séu kröfur opinberra aðila um þvingunaraðgerðir byggðar á rangfærslum eða misskilningi, sem hefði auðveldlega verið hægt og hefði átt að koma í veg fyrir með réttum varúðarráðstöfunum, þá sé grundvöllur aðgerðarinnar ófullnægjandi, og það leiði til þess að hún sé ólögmet í skilningi 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu.

Með vísan til úrskurðar áfrýjunarnefndar, sem fær einnig stoð í dómi fjölskipaðs héraðsdóms og dómi Hæstaréttar, liggi fyrir að staðhæfingar forsvarsmanna Múrbúðarinnar um eðli og tilgang þeirra heimsókna og símtala sem vitnað var til hafi verið rangar. Verði ekki séð að aðalstefnandi hafi gripið til neinna ráðstafana til að afla gagna eða upplýsinga sem gætu stutt þær staðhæfingar sem

Þar voru settar fram, áður en kæra var lögð fram til lögreglu. Var þó, sem fyrr segir, sérstakt tilefni til þess í ljósi þess að forsvarsmenn Múrbúðarinnar höfðu tvívegis hlotið dóm fyrir meiðyrði. Þegar af þeirri ástæðu byggja stefnendur á því að þær símhleranir og eftirfarandi húsleitir sem byggðu á þessum staðhæfingum hafi verið ólögsmætar.

Fyrir liggir að aðalstefnandi byggir í málinu nær eingöngu á þeim gögnum sem aflað hafi verið með símhlerunum lögreglu og eftirfarandi húsleitum. Gagnstefnendur benda á að íþyngjandi stjórnvaldssektir samkeppnisyfirvalda teljist refsing í skilningi 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Verði að túlka 70. gr. stjórnarskrárinnar með hliðsjón af því. Byggja gagnstefnendur á því að þeim verði ekki gerð refsing í málinu þar sem fyrir liggir að þeir hafi ekki notið þeirra réttinda við rannsókn málsins sem kveðið sé á um í 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Beri því að fella hinar umþrættu stjórnvaldsúrlausnir úr gildi þegar af þessari ástæðu.

Í öðru lagi byggja gagnstefnendur á því að brotið hafi verið gegn réttindum þeirra við húsleit sem aðalstefnandi gerði í málinu ásamt lögreglu og með eftirfarandi rannsókn haldlagðra gagna. Í 2. mgr. 20. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sé kveðið á um að við húsleitir aðalstefnanda skuli fylgja ákvæðum laga um meðferð sakamála nr. 88/2008 um leit og hald á munum. Sé þar vísað til 68. gr. laganna, en hún kveði á um að óheimilt sé að leggja hald á tiltekin gögn, þar á meðal gögn sem innihaldi upplýsingar sem 2. mgr. 119. gr. laganna taki til. Lúti sú grein m.a. að upplýsingum sem mönnum hafi verið trúað fyrir í tilteknum störfum, þar á meðal sem lögmenn. Við húsleitir hjá gagnstefnendum hafi verið lagt hald á gríðarlegt magn gagna. Þar á meðal voru pósthólf og heimasvæði tiltekinna starfsmanna afrituð í heilu lagi. Af því leiði að aðalstefnandi haldlagði óhjákvæmilega gögn sem ólögsmætt sé að leggja hald á samkvæmt framangreindum ákvæðum, þar á meðal samskipti gagnstefnanda við lögmenn sína.

Eftir dóm Hæstaréttar í máli nr. 178/2002 hafi framkvæmd aðalstefnanda almennt verið með þeim hætti að fulltrúum leitarþola hafi verið gefinn kostur á að vera viðstaddir skoðun haldlagðra rafræna gagna. Sú hafi hins vegar ekki verið raunin við rannsókn þessa máls. Gagnstefnendur byggja á því að ótvírætt sé að haldlagning og skoðun aðalstefnanda á samskiptum gagnstefnanda við lögmenn sína brjóti gegn 1. mgr. 6. gr. og 8. gr. mannréttindasáttmála Evrópu eins og ítrekað hafi verið staðfest af Mannréttindadómstólum. Í ljósi þess að mannréttindasáttmáli Evrópu hafi verið lögfestur hér á landi og þeirrar staðreyndar að 70. og 71. gr. stjórnarskrárinnar séu í meginatriðum sama efnis og 1. og 2. mgr. 6. gr. og 8. gr. sáttmálans verði að skýra haldlagningarheimildir aðalstefnanda til samræmis við úrlausnir Mannréttindadómstóls Evrópu.

Ekkert hafi verið gert til að tryggja að gagnstefnendur gætu gengið úr skugga um að slík gögn hefðu ekki verið skoðuð og því útilokað að tryggt hafi verið að stefnendur nytu réttlátrar málsmeðferðar í málinu í skilningi 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Með þessu hafi jafnræðisregla einnig verið brotin þar sem annar málsaðilinn, stjórnvaldið, hafi haft undir höndum samskipti aðila við lögmennt sína án þess að þeim hefði verið gefinn nokkur kostur á að tryggja að svo væri ekki. Slíkt grafi undan reglum réttarríkisins enda sé trúnaðarsamband lögmannta og skjólstaðinga varið í 22. gr. laga nr. 77/1998 um lögmennt, auk 1. mgr. 6. gr. og 17. gr. síðareglnta lögmannta. Gagnstefnendur taka fram að engu breyti hvort samskiptin sem skoðuð voru hafi beinlínis verið lögð til grundvallar niðurstöðu málsins. Við þessar aðstæður sé óhjákvæmilegt að fella umþrættar stjórnvaldsúrlausnir úr gildi,

Í þriðja lagi byggja gagnstefnendur á því að aðalstefnandi hafi við rannsókn málsins brotið með svo stórfelldum hætti gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga að óhjákvæmilegt sé að fella umþrættar stjórnvaldsúrlausnir úr gildi. Í ákvæðinu sé kveðið á um að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun sé tekin í því. Í ákvæðinu felist að stjórnvald skuli við rannsókn mála gæta hlutlægni, þannig að jafnt sé litið til þátta sem séu málsaðila til hagsbóta og þeirra sem séu á annan veg. Fáí það einnig stoð í óskráðum meginreglum stjórnsýsluréttarins. Gera verði einkar ríkar kröfur til þess að stjórnvald gæti að hlutlægnisskyldu sinni við meðferð mála þar sem lögð sé á verulega íþyngjandi refsikennnd viðurlög, sér í lagi þeirra sem teljist til refsingar í skilningi Mannréttindasáttmála Evrópu. Gagnstefnendur byggja á því að við rannsókn málsins hafi verið brotið gegn þessari hlutlægnisskyldu. Horft hafi verið fram hjá gögnum sem aðalstefnandi hafði undir höndum og bentu til harðrar samkeppni og ítrekaðra verðlækkana á ætluðu brotatímabil en samræmdust ekki þeirri mynd sem gerð hafi verið tilraun til að teikna upp í ákvörðun aðalstefnanda. Einungis hafi verið fjallað stuttlega um slík gögn á nokkrum síðum í lok ákvörðunarinnar. Ekki hafi verið bætt úr þessum annmarka með úrskurði áfrýjunarnefndarinnar.

Þá séu í ákvörðun aðalstefnanda skýr dæmi um ályktanir sem séu í beinu ósamræmi við gögn sem hann hafi haft undir höndum en látið ógetið. Aðalstefnandi leggi t.d. til grundvallar að verðkönnunarsímtölin hafi verið gagnkvæm allt hið ætlaða brotatímabil, þrátt fyrir skýra sönnun þess að svo hafi ekki verið í tölvupóstsamskiptum starfsmanna Húsasmiðjunnar í desember 2009 og janúar 2010. Þá leggi aðalstefnandi til grundvallar að markmið verðkönnunarsímtala í mars og apríl 2010 hafi verið að hækka verð þó að fyrir liggi að verðkönnunarsímtal þann 24. mars 2010 leiddi til þess að gagnstefnandi tók

ákvörðun um verðlækkun a.m.k. 18 vöruflokka. Gagnstætt ítarlegri umfjöllun um hverja verðhækkun á ætluðu brotatímabili í ákvörðun aðalstefnanda sé enga umfjöllun að finna um verðlækkanir á sama tímabili utan þess að um verðlagningu í maí 2010 segi: „Líkt og sjá má hafði verðið lækkað allnokkuð frá því 24. mars, sbr. töflu sem birt var hér að framan“. Engin frekari orð séu höfð um þessa staðreynd. Þrátt fyrir þetta leggi aðalstefnandi til grundvallar að markmið verðkönnunarsímtala í maí 2010 hafi verið að hækka verð. Hið sama megi segja um ályktun aðalstefnanda um markmið verðkönnunarsímtala í október 2010 þó að fyrir liggi að verðkönnunarsímtal þann 11. október hafi leitt til þess að gagnstefnandinn Byko ehf. ákvað verðlækkun og í desember 2010 þó að fyrir liggi að verðkönnunarsímtöl 16. og 29. desember hafi leitt til þess að gagnstefnandinn ákvað verðlækkun í alls 44 vöruflokkum. Það sama sé upp á teningnum í janúar 2011 en þar hafi verðkönnunarsímtal leitt til þess að gagnstefnandi ákvað verðlækkun.

Einnig benda gagnstefnendur á að ekkert kostnaðarmat hafi verið framkvæmt við mat á því hvort það hafi verið kostnaðarsamara fyrir viðskiptavinum fyrirtækjanna að afla verðupplýsinganna en fyrir fyrirtækin sjálf með verðkönnunarsímtölunum þó að aðalstefnandi leggi sjálfur til grundvallar ákvörðuninni að það sé sá mælikvarði sem beita skuli. Telja gagnstefnendur liggja í augum uppi að niðurstaða slíks kostnaðarmats hefði verið að svo væri ekki.

Með vísan til alls framangreinds byggja gagnstefnendur á því að rannsókn aðalstefnanda hafi verið svo áfátt að óhjákvæmilegt sé að fella umþrættar stjórnvaldsúrlausnir úr gildi.

3. Sektorheimild og ákvörðun um sektarfjárhæð

Gagnstefnandinn Norvik hf. byggir í fyrsta lagi á því að óheimilt hafi verið að beina sektarákvörðun að félaginu, en því sé hvorki gefið að sök að hafa brotið gegn samkeppnislögum í umþrættum stjórnvaldsúrlausnum né að hafa átt nokkurn þátt í ætluðum brotum. Stjórnvaldssektir á grundvelli samkeppnislaga séu verulega íþyngjandi refsikennd viðurlög og verði álagning þeirra að styðjast við skýra lagaheimild. Íslensk lög heimili ekki álagningu sekta á önnur fyrirtæki en þau sem viðhafi brotlega háttsemi. Þegar af þeirri ástæðu geti ekki komið til álita að leggja sekt á gagnstefnandann Norvik í málinu.

Verði talið að sjónarmið úr EB-rétti geti haft þýðingu í þessu samhengi, líkt og lagt er til grundvallar í úrskurði áfrýjunarnefndar, byggir gagnstefnandi Norvik á því að þau leiði jafnframt til þess að óheimilt sé að leggja sekt á félagið. Byggir gagnstefnandinn á því að löglíkur EB-réttar um að 100% eignarhlutur bendi til þess að móðurfélag hafi komið að eða stjórnað ákvörðunum dótturfélags á markaði eigi

ekki við eins og atvikum þessa máls sé háttað.

Þessu til stuðnings vísar gagnstefnandinn í fyrsta lagi til þess að félagið er eignarhaldsfélag en hafi sem slíkt ekki eiginlegan sjálfstæðan rekstur. Allur rekstur samstæðunnar fari fram í fjölmörgum sjálfstæðum dótturfélögum í nokkrum löndum. Stærstur hluti starfsemi samstæðunnar sé erlendis og í rekstri óskyldum rekstri stefnanda Byko. Ekkert liggi fyrir í gögnum málsins um að gagnstefnandinn Norvik hf. hafi komið að eða stjórnað ákvörðunum gagnstefnandans Byko á markaði. Byggir gagnstefnandinn Norvik hf. á því að rökstuðningi hinna umþrættu stjórnvaldsúrlausna sé verulega áfátt enda takmarkist hann við það að 100% eignarhlutdeild og stjórnunarleg tengsl leiði til þess að félögin séu ein efnahagsleg eining og þau hafi ekki lagt fram nein gögn sem bendi til þess að þau hafi notið sjálfstæðis frá gagnstefnandanum Norvik hf. Byggir gagnstefnandinn á því að þvert á móti hvíli sönnunarbyrðin á aðalstefnanda og hana hafi hann ekki axlað.

Í öðru lagi hafi viðskiptalegar ákvarðanir gagnstefnandans Byko aldrei verið háðar samþykki gagnstefnandans Norvikur hf. Fyrirnefnda félagið sé rekið líkt og hvert annað einkahlutafélag, þar sem ákvarðanir séu teknar af forstjóra og stjórn. Hafi gagnstefnandinn Norvik hf. enga aðkomu haft að ákvarðanatöku innan félagsins. Þá hafi gagnstefnandinn Norvik ekki verið upplýstur sérstaklega um aðgerðir gagnstefnandans Byko ehf. á markaði og síðarnefnda félagið hafi haft fulla heimild til að undirgangast stóra samninga án aðkomu þess fyrirnefnda. Önnur framkvæmd væri í andstöðu við lög um einkahlutafélög nr. 138/1994 þar sem stjórnarseta sé bundin við einstaklinga. Stjórnarmaður í félagi megi ekki framkvæma ákvarðanir eða framfylgja viðskiptastefnu sem einvörðungu hafi þann tilgang að þóknast þeim aðila sem tilnefndi eða kaus viðkomandi í stjórn. Stjórnarmenn megi ekki hygla hluthöfum á kostnað annarra eða taka ákvarðanir sem séu skaðlegar fyrir félagið.

Loks vísar gagnstefnandinn í þriðja lagi til þess að ekkert bendi til annars en að aðilar á markaði hafi upplifað gagnstefnandann Byko ehf. sem félag aðskilið frá gagnstefnandanum Norvik hf.

Þegar litið sé til allra aðstæðna verði að telja að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi notið fulls sjálfstæðis í rekstri og ekkert bendi til þess að gagnstefnandinn Norvik hf. hafi komið að ákvörðunum félagsins á markaði. Sé því ekki heimilt að leggja stjórnvaldssekt á gagnstefnandann Norvik hf. vegna atvika málsins og beri af þeirri ástæðu einni að fella álagða stjórnvaldssekt úr gildi. Verði talið að lögmætt hafi verið að leggja stjórnvaldssekt á þennan gagnstefnanda byggja gagnstefnendur á því að eftir sem áður beri að fella álagða stjórnvaldssekt úr gildi, eða í öllu falli ákvarða hana sem óverulega fjárhæð.

Stjórnvaldssektir á grundvelli 37. gr. samkeppnislaga séu refsikennnd viðurlög, og teljist til refsingar í skilningi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Það sé grundvallarregla íslensks réttar að refsheimildir skuli vera skýrar. Þannig sé ekki unnt að gera einstaklingi refsingu á grundvelli óskýrrar refsheimildar. Af því leiði jafnframt að við málsmeðferð samkeppnisyfirvalda beri að tryggja gagnstefnendum sömu réttindi og sakborningi við meðferð málsins.

Gagnstefnendur byggja á því að þau brot gegn réttindum þeirra til réttlátrar málsmeðferðar sem rakin hafi verið hér frammar leiði í öllu falli til þess að fella beri álagða stjórnvaldssekt niður, verði ekki fallist á að brotin leiði til þess að fella beri umþrættar stjórnvaldsúrlausnir úr gildi. Ella sé stjórnvöldum játuð heimild til ítrekaðra og alvarlegra brota gegn réttindum aðila sem sæti rannsókn án þess að það hafi nokkur réttaráhrif.

Þá byggja gagnstefnendur á því að verði talið að háttsemi gagnstefnandans Byko ehf. hafi farið gegn 10. gr. samkeppnislaga hafi eðli og umfang ætlaðra brota verið afar takmarkað. Hvað varðar svokölluð verðkönnunarsímtöl sé ljóst að ekki hafi verið um markmiðsbrot að ræða verði talið að framkvæmd þeirra hafi af einhverjum ástæðum farið í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Hvað símtal tiltekins starfsmanns þessa gagnstefnanda 28. febrúar 2011 áhræri geti í allra mesta lagi verið um að ræða eitt einangrað símtal eins tiltekins starfsmanns, sem hafi falið í sér hvatningu til samráðs, en ekki fullframið samráðsbrot. Þá verði ekki séð að gagnstefnendur hafi haft nokkurn möguleika á að koma í veg fyrir símtalið eða grípa til aðgerða vegna þess þar sem þeir höfðu ekki vitneskju um að það stæði til eða hefði átt sér stað. Þá verði að líta svo á að ætlað brotatímabil geti ekki verið lengra en sem nemi tímalengd símtalsins þar sem framkvæmd svokallaðra verðkönnunarsímtala hafi ekki farið í bága við 10. gr. samkeppnislaga.

Þá byggja gagnstefnendur á því að önnur sjónarmið sem vægi hafa við ákvörðun viðurlaga hnígi öll í sömu átt. Þannig séu ítrekunaráhrif ekki fyrir hendi, enda hafi hvorki stefnendur né raunar nokkur önnur félög í eigu gagnstefnandans Norvikur hf. nokkru sinni verið talin brotleg gegn ákvæðum samkeppnislaga. Enginn ásetningur hafi verið fyrir hendi og ætluðum brotum hafi ekki verið hrint í framkvæmd. Þá verði að taka tillit til þess við álagningu mögulegrar sektar að rúm fjögur og hálf ár liðu frá upphafi rannsóknar þar til ákvörðun aðalstefnanda var tekin. Byggja gagnstefnendur á því að sá verulegi dráttur á meðferð málsins, sem í engu sé skýrður í ákvörðun aðalstefnanda, sé í andstöðu við málshraðareglu 9. gr. stjórnarsýslulaga.

Gagnstefnendur byggja á því að verði af einhverjum ástæðum talið að í hinum svokölluðu verðkönnunarsímtölum hafi falist brot gegn 10. gr. samkeppnislaga geti það ekki með nokkrum hætti talist alvarlegt og eigi það að

hafa áhrif á sektarfjárhæð. Sé þá um að ræða fyrsta málið á heimsvísu þar sem fyrirtæki séu talin brjóta gegn 10. gr. samkeppnislaga með því að veita og afla upplýsinga um gildandi smásöluverð sem séu opinber samkvæmt lagaboði.

Gagnstefnendur kveðast taka undir tilvísun áfrýjunarnefndar til samanburðar við mál nr. 37/2003 fyrir Hæstarétti Íslands sem sérstaklega hafi verið vísað til í ákvörðun aðalstefnanda. Þannig hafi ætlað brot gagnstefnandans Byko ekki verið skipulagt verðsamráð, líkt og fyrri mál hér á landi, heldur einfaldar verðkannanir, sem gerðar séu daglega á flestum eða öllum samkeppnismörkuðum landsins. Ekkert samráð hafi verið um verðlagningu og engar upplýsingar veittar um framtíðarverðlagningu. Verði að skilja þessa tilvísun áfrýjunarnefndar svo, í samhengi við ákvarðaða sektarfjárhæð, að ætlað brot hafi ekki verið talið alvarlegt.

Aðalstefnandi staðhæfi að þessi athugasemd áfrýjunarnefndar hafi verið tilefnislaus. Eingöngu hafi verið vísað til dómsins í ákvörðuninni til þess að sýna fram á hve samráðsbrot séu litin alvarlegum augum. Í ákvörðuninni hafi ekki verið að finna neinn samanburð á brotum stefnda og þeim brotum sem fjallað sé um í dómi Hæstaréttar. Í einmitt því verður að telja að kjarni athugasemdar áfrýjunarnefndar sé falinn. Þannig vísi aðalstefnandi til dómsins í því skyni að sýna fram á alvarleika samkeppnisbrota, að hans eigin sögn án þess að gera neinn samanburð á málunum tveimur. Sá samanburður, líkt og áfrýjunarnefnd bendi réttilega á, sýni skýrt að ætluð brot í máli þessu beri engin merki skipulagðs verðsamráðs þar sem aðilar á markaði komi sér saman um verð.

Gagnstefnendur byggi á því að þar sem mál þetta sé hið fyrsta sinnar tegundar, jafnt hér á landi sem erlendis, beri að fella niður sektir, eða í öllu falli ákvarða óverulega sektarfjárhæð, verði af einhverjum ástæðum talið að það geti brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga að afla og veita upplýsingar um gildandi smásöluverð sem eru opinber samkvæmt lagaboði. Byggja gagnstefnendur á því að það séu ríkjandi viðmið, jafnt hér á landi sem erlendis, að mál sem séu með þessum hætti fyrstu sinnar tegundar og byggi þannig á nýrri lagatúlkun, séu þess eðlis að ekki beri að ákvarða sektir. Vísa stefndu því til stuðnings til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála, auk fræðiumfjöllunar og dómaframkvæmdar í Evrópurétti. Þá vísi gagnstefnendur jafnframt til þess að ítrekunaráhrif, sem gefið hafi verið verulegt vægi í framkvæmd samkeppnisyfirvalda hér á landi, séu engin í máli þessu. Hvorugir gagnstefnenda, né nokkur félög í eigu gagnstefnandans Norvikur hf., hafi nokkru sinni verið talinn brjóta gegn ákvæðum samkeppnislaga.

Aðalstefnandi geri mikið úr umfjöllun um leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um sektarfjárhæðir. Gagnstefnendur hafni því að þær leiðbeiningar geti haft nokkra þýðingu fyrir úrlausn málsins. Reglurnar hafa enga lagastoð hér á landi og beiting þeirra í málum hér á landi geti ekki uppfyllt þær kröfur sem gera verði til

skýrleika refsheimilda sem leiði af 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.

Þá telji gagnstefnendur útreikninga aðalstefnanda á því sektarhámarki sem samkeppnislög kveði á um, eða 10% af heildarveltu gagnstefnandans Norvikur hf., fjarstæðukennda. Í fyrsta lagi taki þeir ekki tillit til þess sem fram kemur hér að framan, að ríkjandi viðmið í EES/EB-rétti sýni að ekki beri að leggja á sektir eða þá ákvarða þær óverulegar ef mál er hið fyrsta sinnar tegundar. Í öðru lagi taki þeir ekkert mið af alvarleika ætlaðs brots. Líkt og réttilega sé lagt til grundvallar í úrskurði áfrýjunarnefndar beri ætlað brot gagnstefnandans engin merki skipulagðs verðsamráðs. Hljóti alvarleiki brots að vera ráðandi þáttur við ákvörðun viðurlaga, líkt og við ákvörðun viðurlaga annarra brota almennt í þjóðfélaginu. Í þriðja lagi taki útreikningarnir ekkert mið af þeim kröfum sem gera verði til þess að jafnræðis og samræmis sé gætt við sektarákvarðanir aðalstefnanda. Sektarákvarðarnir í málum hér á landi hafi aldrei verið nálægt 10% sektarhámarki samkeppnislaga. Í fjórða lagi sé ranglega lagt til grundvallar í þessum útreikningum að ætlað brotatímabil sé tvö og hálf ár. Brotatímabil geti í mesta lagi numið um hálfu til einu ári enda sýni gögn málsins skýrt að hin svokölluðu verðkönnunarsímtöl hafi ekki orðið gagnkvæm fyrr en á árinu 2010. Sé með öllu óútskýrt af hálfu aðalstefnanda hvernig einhliða öflun upplýsinga um gildandi opinber smásöluverð samkeppnisaðila geti brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Af þeirri ástæðu einni lækki ætluð álögð sekt samkvæmt útreikningum um 67–80%. Loks í fimmta lagi sé upphafsforsetta útreikninga aðalstefnanda röng. Verðmæti vegna sölu á þeim vörflokkum sem verðkönnunarsímtölin tóku til á árinu 2010 hafi ekki verið [...] milljónir króna, heldur [...] milljónir króna. Af þeirri ástæðu einni lækki ætluð álögð sekt samkvæmt útreikningum um meira en 75%. Af öllu framangreindu leiði að útreikningar aðalstefnanda séu að vettugi virðandi og vart til annars fallnir en að drepa málinu á dreif.

Þá telji gagnstefnendur að svo virðist sem aðalstefnandi leggi meiri áherslu á varnaðaráhrif við ákvörðun sektarfjárhæðar en alvarleika brota. Í málinu séu gagnstefnandanum Byko ehf. að meginstefnu til gefin að sök tvenns konar brot sem annars vegar séu talin felast í hinum svokölluðu verðkönnunarsímtölum þar sem upplýst hafi verið um opinber, gildandi verð. Málið sé hið fyrsta sinnar tegundar á heimsvísu og það hafi verið útilokað fyrir gagnstefnendur að sjá fyrir að þessi samskipti yrðu talin brjóta gegn 10. gr. samkeppnislaga, enda alkunn framkvæmd á öllum samkeppnismörkuðum. Engin varnaðaráhrif geti skapast með ákvörðun hárra fjársekta fyrir brot sem engin leið hafi verið fyrir hinn brotlega að sjá fyrir að yrðu talin ólögð. Hins vegar sé um að ræða ætlað brot sem sé talið felast í símtali 28. febrúar 2011. Líkt og ítarlega er rakið í gagnsök máls þessa verði að telja sannað í

málinu að starfsmaðurinn hafi átt símtalið upp á sitt eindæmi, þvert á fyrirmæli gagnstefnandans Byko ehf., og ekki látið neinn samstarfsmann sinn vita af efni þess eða tilvist, hvorki fyrir né eftir símtalið. Geti engin varnaðaráhrif skapast af því að beita háum fjársektum fyrir brot sem hinn brotlegi hafi engin tók á að koma í veg fyrir.

Með hliðsjón af öllu framansögðu byggja gagnstefnendur á því að rétt sé að fella álagða sekt niður, en til vara að ákvarða beri sektarfjárhæð sem óverulega fjárhæð. Beri því að hafna fjárkröfu aðalstefnanda í málinu.

Hvað sektarfjárhæð varðar byggja gagnstefnendur á því, verði ekki fallist á kröfu þeirra um ógildingu ákvarðana samkeppnisfyrivalda, að eins og mál þetta sé vaxið beri að fella stjórnvaldssekt niður, eða í öllu falli ákvarða hana sem óverulega fjárhæð.

Að lokum taka gagnstefnendur fram að með úrskurði áfrýjunarnefndar hafi að hluta til verið staðfest sú niðurstaða aðalstefnanda að beina fyrirmælum til gagnstefnandans Byko ehf. á grundvelli 16. gr. samkeppnislaga. Hafi nánar tiltekið verið staðfestur sá hluti fyrirmælanna sem beint hafi verið til gagnstefnandans í gr. 2.1 í ákvörðunarorðum aðalstefnanda. Byggt sé á því að fyrirmælin séu óskýr og uppfylli ekki þær kröfur sem gerðar séu til fyrirmæla sem beint sé að félögum með íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Þá séu fyrirmælin í engu rökstudd, hvorki í ákvörðun aðalstefnanda né úrskurði áfrýjunarnefndar, eða ætluð nauðsyn þeirra. Beri því að fella þau úr gildi.

Verði fallist á aðalkröfu um ógildingu eða varakröfu gagnstefnenda í gagnsök um niðurfellingu sektarfjárhæðar gerir gagnstefnandinn Norvik hf. þá kröfu á hendur stefnda íslenska ríkinu að stefndi endurgreiði sér 65.000.000 króna, eða sem nemi þeirri sektargreiðslu sem félagið innti af hendi með fyrirvara 30. október 2015. Verði fallist á varakröfu gagnstefnenda um verulega lækkun stjórnvaldssektar gerir gagnstefnandinn Norvik hf. kröfu um endurgreiðslu á mismun þeirrar fjárhæðar sem hann greiddi annars vegar og þeirrar sektarfjárhæðar sem ákvörðuð verði með dómi enda ljóst að gagnstefnandinn hafi þá ofgreitt sektarfjárhæðina sem því nemi. Í báðum tilvikum sé krafist dráttarvaxta á endurgreiðslufjárhæðina frá málshöfðunardegi, sbr. 4. mgr. 5. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu.

Krafa um málskostnað í aðalsök og gagnsök styðst við 129. og 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Ágreiningsefni máls þessa lýtur að ákvörðunum samkeppnisyfirvalda eftir að tekið var til athugunar hvort gagnstefnandinn Byko ehf. hefði með samskiptum sínum við Húsasmiðjuna ehf., á tímabilinu frá nóvember 2008 til og með mars 2011, brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins í tengslum við verð á byggingarvörum ,og hvort gagnstefnandinn hefði brotið gegn þessum ákvæðum með tilteknum samskiptum við Úlfinn Lagerverslun ehf. Er hér um að ræða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, aðalstefnanda máls þessa, frá 15. maí 2015 í máli nr. 11/2015 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 28. september 2015 í máli nr. 6/2015.

Hinn 9. júlí 2014 var undirrituð sátt milli aðalstefnanda og Holtavegar 10 ehf., áður Húsasmiðjunnar ehf., þar sem viðurkennt var að á fyrrnefndu tímabili hefði Húsasmiðjan ehf. brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga „með samfelldu samráði við Byko ehf. um m.a. verð á byggingarvörum“. Vegna þessa féllst Holtavegur 10 ehf. á að greiða 325.000.000 króna í stjórnvaldssekt.

Í ákvörðun sinni komst aðalstefnandi að þeirri niðurstöðu að á áðurnefndu tímabili hefði gagnstefnandinn Byko ehf. átt samskipti við Húsasmiðjuna ehf. og önnur fyrirtæki sem falið hefðu í sér brot á áðurnefndum ákvæðum. Var gagnstefnandanum Norvik ehf. sem móðurfélagi Byko ehf. gert að greiða 650.000.000 króna í stjórnvaldssekt. Ákvörðun aðalstefnandans var skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og með úrskurði hennar var ákvörðun aðalstefnanda um brot á 10. gr. samkeppnislaga staðfest en stjórnvaldssektin lækkuð niður í 65.000.000 króna og hún lögð á báða gagnstefnendur.

Samhliða stjórnslumálinu var, eins og þegar hefur verið rakið, rekið sakamál á hendur nokkrum starfsmönnum Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. vegna áðurgreindra samskipta. Með dómi Héraðsdóms Reykjaness voru þeir allir sýknaðir utan einn sem sakfelldur var fyrir hvatningu til verðsamráðs. Með dómi Hæstaréttar í máli nr. 360/2015 voru átta starfsmenn fyrirtækjanna sakfelldir.

Hér að framan hefur verið gerð ítarleg grein fyrir efni fyrrgreindra ákvarðana samkeppnisyfirvalda, umræddrar sáttar Holtavegar ehf. og áðurnefndra dómsúrlausna í köflum II og III, að því marki sem nauðsynlegt hefur þótt samhengis vegna. Rétt þykir þó að áréttá hér nokkur atriði vegna úrlausnar máls þessa. Í fyrrgreindri ákvörðun aðalstefnanda var samráðinu markaður upphafstími 26. nóvember 2008. Jafnframt kemur fram í ákvörðuninni að fyrirtækin hafi átt samskipti töluvert löngu fyrir þann tíma og eru þau tilvik nánar rakin. Umrædd tilvik séu ekki hluti af samráði fyrirtækjanna en þau eru talin vera því til frekari stuðnings að á milli fyrirtækjanna hafi átt sér stað upplýsingaskipti sem bendi til samráðs á því tímabili sem ákvörðunin tekur til. Er því þar slegið föstu að á þeim tíma sem rannsókn aðalstefnanda tók til hafi gagnstefnandinn Byko ehf. og

Húsasmiðjan ehf. haft með sér reglubundið samráð sem aðallega hafi tengst viðskiptum með grófvörur og taki flest tilvikin til ársins 2010 og fram í mars 2011. Hafi Úlfurinn Lagerverslun ehf. að hluta tekið þátt í samráðinu.

Nánar tiltekið hafi brot gagnstefnandans Byko ehf. falist í reglubundnum, yfirleitt vikulegum, samskiptum við Húsasmiðjuna ehf. um verð, birgðastöðu o.fl. í því skyni að hækka verð/vinna gegn verðlækkunum á grófvörum. Í ákvörðuninni var einnig talið að Byko ehf. og Húsasmiðjan ehf. hefðu gert ítrekaðar tilraunir til að fá Múrbúðina til að taka þátt í samráði því sem þegar átti sér stað milli fyrirtækjanna tveggja um verð á grófvöru. Jafnframt taldi aðalstefnandi í ákvörðun sinni að með svokölluðu „samráðssímtali“ sem átti sér stað 28. febrúar 2011 hefðu fyrirtækin ákveðið að herða á samráði sínu með samkomulagi um að ráðast í sérstakt átak í því skyni að hækka verð. Hafi þetta átt sér stað í framangreindu símtali fulltrúa fyrirtækjanna, verið að frumkvæði gagnstefnandans Byko ehf. og verið liður í svokölluðu „framlegðarátaki“ félagsins. Í því átaki hafi átt að hækka verð „almennt eftir verðkönnunum“, þ.e. hækka verð í kjölfar verðsamskiptanna við Húsasmiðjuna ehf. Í ákvörðun aðalstefnanda var nánar tiltekið talið felast í símtalinu að fyrirtækin hefðu ákveðið að hækka í áföngum verð í öllum tilboðum á grófvöru, grípa til sérstakra aðgerða til að minnka samkeppni í tilboðum á Selfossi og Akureyri, vinna gegn verðsamkeppni í sölu á „græna efninu“ á aðalsölutíma þeirrar vöru og reyna þess í stað að hækka verð, og hækka einnig verð á miðstöðvarofnum. Þá hafi gagnstefnandinn Byko ehf. greint Húsasmiðjunni ehf. frá þeirri fyrirætlan fyrirtækisins að hækka verð á annarri vöru en grófvöru, t.d. heimilistækjum. Þá var gagnstefnandinn Byko ehf. talinn hafa tekið við mikilvægum viðskiptalegum upplýsingum frá Húsasmiðjunni ehf. í febrúar og október 2010 og einnig var brot hans talið felast í verðsamráði við Úlfinn Lagerverslun ehf.

Með úrskurði sínum 28. september 2015 í máli nr. 6/2015 staðfesti áfrýjunarnefndin í öllum tilvikum nema þremur niðurstöðu aðalstefnanda um brot gagnstefnandans Byko ehf. á 10. gr. samkeppnislaga. Þannig taldi nefndin tilraunir gagnstefnandans til að fá Múrbúðina til að taka þátt í verðsamráði ekki vera sannaðar og þar hefði aðalstefnandi dregið of víðtækar ályktanir af gögnum málsins. Þá var hafnað þeirri niðurstöðu aðalstefnanda að ráða mætti af tölvupósti forstjóra gagnstefnandans Byko ehf. 26. nóvember 2008 að hann hefði fengið upplýsingar um yfirvofandi aðhaldsaðgerðir frá Húsasmiðjunni ehf., sem væri til marks um verðsamráð fyrirtækjanna. Þá var hafnað þeirri niðurstöðu aðalstefnanda að fyrirtækin tvö hefðu viðhaft ólöglegt samráð um verðlagningu á miðstöðvarofnum. Áfrýjunarnefndin taldi að ekki hefði heldur verið sýnt fram á brot stefnda á 53. gr. EES-samningsins, en málið hefði ekki verið flutt með tilliti til

Þess fyrir nefndinni, eins og komist er að orði í niðurstöðum úrskurðar hennar. Jafnframt taldi nefndin sátt þá sem aðalstefnandi hafði gert við Húsasmiðjuna ehf. hafa takmarkaða þýðingu í málinu, svo og niðurstöðu Héraðsdóms Reykjaness, en er nefndin kvað upp úrskurð sinn hafði málinu verið áfrýjað og það var til meðferðar fyrir Hæstarétti.

Þá staðfesti áfrýjunarnefndin þá niðurstöðu aðalstefnanda að í símtalinu frá 28. febrúar 2011 hefði falist brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Þannig hafi í símtalinu falist hvatning til samráðs. Á hinn bóginn hafnaði nefndin því að fyrir lægi að Húsasmiðjan ehf. hefði brugðist við efni símtalsins með þátttöku í ólögsmætu samráði. Jafnframt féllst áfrýjunarnefndin á þá niðurstöðu aðalstefnanda að af dagbókarfærslu þáverandi forstjóra gagnstefnandans Byko ehf. 19. febrúar 2010 mætti ráða að upplýsingar sem þar er að finna hefðu borist frá Húsasmiðjunni ehf. Enn fremur var staðfest sú niðurstaða aðalstefnanda að gagnstefnandanum Byko ehf. hefði ekki tekist að sýna fram á að upplýsingar um fyrirhugðar breytingar á verðstefnu Húsasmiðjunnar ehf., svokallað „Project Red“, hefðu ekki borist frá Húsasmiðjunni og sönnunarbyrðin yrði því lögð á gagnstefnandann hvað þetta varðaði, líkt og aðalstefnandi gerði í niðurstöðu sinni. Lagði áfrýjunarnefndin í úrskurðarorði sínu 65.000.000 króna sekt á gagnstefnendur.

Með stefnu útgefinni 10. febrúar 2016 höfðaði aðalstefnandi mál til hækkunar á álagðri stjórnvaldssekt og ógildingar á ákvæði í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar um sektarfjárhæð. Gagnstefnendur tóku til varna í málinu og kröfðust sýknu en til vara lækkunar sektarinnar. Þeir höfðuðu jafnframt annað mál með stefnu útgefinni 26. febrúar 2016 þar sem þess var aðallega krafist að sá hluti úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar sem staðfesti að hluta ákvörðun aðalstefnanda um brot gegn 10. gr. samkeppnislaga og greiðslu sektar að fjárhæð 65.000.000 króna yrði felldur úr gildi, svo og að ákvörðun aðalstefnanda yrði felld úr gildi í heild sinni. Þá var þess krafist að aðalstefnandi endurgreiddi gagnstefnandanum Norvik hf. álagða sektarfjárhæð. Til vara var þess krafist að ákvæði í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar um greiðslu stjórnvaldssektar að fjárhæð 65.000.000 króna yrði fellt úr gildi að öllu leyti eða sektarfjárhæðin lækkuð verulega. Þá var þess einnig krafist að stefndi, íslenska ríkið, greiddi gagnstefnandanum Norvik hf. mismun á 65.000.000 króna sekt sem ákvarðaður yrði með dómi.

Málin voru sameinuð í þinghaldi 22. september 2016 með vísan til 30. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Eins og málið þannig liggur fyrir dómnum þykir verða að líta svo á að í aðalsök sé leyst úr kröfum aðalstefnanda, Samkeppniseftirlitsins, en í gagnsök sé leyst úr kröfum gagnstefnanda, Byko ehf. og Norvikur hf.

Má því segja að í þeim búngingum sem málið er sé í aðalsök fjallað um fjárhæð sektarinnar og sektarheimild gagnvart móðurfélaginu, gagnstefnandanum Norvik hf., en í gagnsök um gildi ákvarðana aðalstefnanda og áfrýjunarnefndarinnar þegar það á við. Umfang málsins fyrir dómnum er mikið og málatilbúnaður aðila einnig. Hér frammar hefur verið gerð ítarleg grein fyrir sjónarmiðum þeirra, en eins og fram kom í þeirri umfjöllun var fjallað um röksemdir aðila samhliða í aðalsök og gagnsök til einföldunar og til að forðast tvítekningar. Rauði þráðurinn í málatilbúnaði beggja aðila er þó það álítaefni hvort þau samskipti milli umræddra fyrirtækja sem áttu sér stað á rannsóknartímabilinu hafi falið í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga, og þá eftir atvikum hvort um brot á 53. gr. EES-samningsins hafi einnig verið að ræða, og ákvörðun sektarfjárhæðar, verði talið að um brot hafi verið að ræða. Þá er einnig til úrlausnar fyrir dómnum hvort málsmeðferð aðalstefnanda hafi verið í samræmi við lög. Dómurinn tekur fram að ágreiningur aðila fyrir dómnum lýtur ekki að skilgreiningu markaðarins í fyrrgreindum ákvörðunum samkeppnisyfirvalda.

Samandregið eru röksemdir aðalstefnanda í málinu byggðar á því að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi í öllum þeim tilvikum sem lýst sé í ákvörðun aðalstefnanda frá 15. maí 2015 brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 53. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993. Aðalstefnandi byggir þannig á því að 650.000.000 króna sekt sé hæfileg en ekki „úr hófi fram há“, eins og kveðið var að orði í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 28. september 2015, þegar litið sé m.a. til alvarleika brotanna, umfangs þeirra og þess tíma sem samráðið stóð yfir, þess að samráðið átti sér stað á mikilvægum markaði þar sem samráðsfyrirtækin höfðu nálægt 100% markaðshlutdeild, og að teknu tilliti til veltu og efnahagslegs styrkleika fyrirtækjanna. Ekki hafi því verið tilefni fyrir áfrýjunarnefndina til að lækka álagða sekt. Þá sé niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar, þess efnis að ekki hafi verið sýnt fram á brot á 1. mgr. 53 gr. EES-samningsins, í andstöðu við rétta skýringu ákvæðisins. Jafnframt hafi samráðið náð til allra þeirra tilvika sem áfrýjunarnefndin hafi talið ósönnuð í úrskurði sínum og lutu að tölvuskeyti forstjóra gagnstefnandans 26. nóvember 2008, samskiptum við Múrbúðina og samráði um verð á miðstöðvarofnum. Byggir aðalstefnandi á því að niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar sé ekki reist á réttu mati á gögnum að því leyti sem hún greini sig á þennan hátt frá niðurstöðu hans. Þá hafi nefndin ranglega talið að sáttin við Holtaveg ehf. hefði ekki þýðingu í málinu. Hvað sem þessu atriðum líði hafi samráðið þó verið svo alvarlegt, umfangsmikið og staðið yfir í svo langan tíma, að jafnvel þó umrædd tilvik væru undanskilin samráðinu ætti það ekki að leiða til lækkunar á fjárhæð sektarinnar, líkt og áfrýjunarnefndin hafi ákveðið. Aðalstefnandi og stefndi íslenska ríkið hafna því öllum sjónarmiðum gagnstefnanda

sem lúta að ógildi ákvarðana samkeppnisyfirvalda á þeim forsendum að ekki hafi verið um að ræða brot á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins og um meint brot á rannsóknar- og jafnræðisreglu stjórnsýslulaga, ákvæðum stjórnarskrárinnar eða ákvæðum mannréttindasáttmála Evrópu. Aðalstefnandi byggir á því að ályktanir hans og niðurstöður um brot gagnstefnandans Byko ehf. hafi fengið stoð í gögnum málsins. Komi ekki til álita að lækka sektina, hvað þá að fella hana niður. Þá bendir aðalstefnandi á, vegna röksemda gagnstefnenda um rannsóknaraðgerðir lögreglu, að lögmæti þeirra sé ekki til umfjöllunar í þessu máli, auk þess sem mögulegt ólögmæti þeirra gæti aldrei haft þau áhrif sem gagnstefnendur byggja á. Krefjast þeir því sýknu af kröfum gagnstefnenda í gagnsök málsins.

Samandregnar röksemdir gagnstefnenda í málinu eru reistar á því að þau samskipti sem orðið hafi tilefni máls þessa og fjallað sé um í áður nefndum ákvörðunum samkeppnisyfirvalda feli ekki í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga eða 53. gr. EES-samningsins. Er þessu sjónarmiði teft fram til stuðnings sýknu í aðalsök og til stuðnings kröfu um ógildingu ákvarðana samkeppnisyfirvalda í gagnsök. Um hafi verið að ræða opinberar upplýsingar um gildandi verð sem öllum hafi verið aðgengilegar, annaðhvort á heimasíðu gagnstefnandans Byko ehf. eða með því að hafa samband við fyrirtækið og fá upplýsingar um verð í síma. Samskiptin hafi einungis falið í sér öflun upplýsinga um verð keppinauta á markaði sem sé alvanaleg og fyrirtækjum nauðsynleg í samkeppni. Ekkert ólögmætt hafi því verið við þessi samskipti. Þá hafi ályktanir aðalstefnanda um ýmis meint samráðstilvik ekki verið í samræmi við gögn málsins og því verið rangar. Eigi það við um tilvik frá því í nóvember 2008 sem markað hafi upphaf rannsóknartímabilsins, dagbókarfærslu forstjóra í febrúar 2010 og tölvupóstsamskipti í nóvember 2010 vegna verðstefnu Húsasmiðjunnar. Þá byggja gagnstefnendur á því að aðalstefnandi hafi við rannsókn málsins brotið með alvarlegum hætti gegn rannsóknarreglu stjórnsýsluréttarins og þeirri hlutlægnisskyldu sem á honum hvíli sem stjórnvaldi. Jafnframt hafi upphaf rannsóknar málsins byggt á veikum grunni og verið ólögmætt. Þannig hafi allar eftirfarandi rannsóknaraðgerðir lögreglu með þátttöku aðalstefnanda verið ólögmætar, bæði hvað varðar húsleit og haldlagningu gagna og símhleranir í kjölfarið. Þá sé ákvörðun aðalstefnanda um sekt allt of há og í engu samræmi við staðreyndir málsins.

Af framansögðu má sjá að í málinu hefur aðalstefnandi lagt áherslu á að áfrýjunarnefndin hafi ekki dregið réttar ályktanir af gögnum og því ekki komist að réttari niðurstöðu í þeim tilvikum sem hann og nefndina greinir á um hvort samráð hafi átt sér stað og hversu alvarlegt það hafi verið. Að sama skapi hafa

gagnstefnendur lagt áherslu á að aðalstefnandi hafi ranglega komist að niðurstöðu um að samráð hafi átt sér stað í öllum þeim tilvikum sem hann hafi fjallað um í ákvörðun sinni og áfrýjunarnefndin þá einnig í þeim tilvikum sem hún tekur undir eða staðfestir niðurstöðu aðalstefnanda. Þá taka gagnstefnendur undir með nefndinni hvað þau tilvik varðar þar sem hún taldi samráð ekki hafa átt sér stað og að aðalstefnandi hefði dregið of víðtækar ályktanir af gögnum málsins. Dómurinn mun í eftirfarandi umfjöllun taka afstöðu til umræddra tilvika eftir því sem þurfa þykir samhengis vegna.

Gagnstefnendur hafa einnig gert athugasemdir við málatilbúnað aðalstefnanda og talið hann vera í andstöðu við d- og e-liði 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 og varða hugsanlega frávísun málsins án kröfu. Aðalstefnandi taki þannig ekki tillit til þess að gagnstefnandinn Norvik hf. hefur þegar innt af hendi þá sekt er áfrýjandinn lagði á gagnstefnendur, að fjárhæð 65.000.000 króna, og yrði fallist á kröfu hans í aðalsök næmi endanleg sektargreiðsla 715.000.000 króna, sem eðli málsins samkvæmt fái ekki staðist. Þá sé þess krafist að greiðslan verði innt af hendi einum mánuði frá dagsetningu úrskurðar nefndarinnar, en ómögulegt sé að verða við þeirri skyldu. Þá láti aðalstefnandi við það sitja í umfjöllun um málsástæður að vísa til dómskjala í ákvörðun sinni. Eigi það við um ýmis atriði sem aðalstefnandi telur að áfrýjunarnefndin hafi ranglega komist að niðurstöðu um í úrskurði sínum. Dómurinn telur að framangreind atriði séu ekki með þeim hætti að varði frávísun málsins og krafa aðalstefnanda sé dómtæk þrátt fyrir vissan óskýrleika. Þá verður ekki heldur talið að framsetning aðalstefnanda á málsástæðum sínum geti leitt til frávísunar málsins á grundvelli vanreifunar, enda verður ekki séð að hún hafi haft nokkur áhrif eða komið nokkuð niður á vörnum gagnstefnanda í málinu, sem eru umfangsmiklar og ítarlegar eins og gögn málsins bera með sér.

Í máli þessu liggur fyrir að Holtavegur ehf., áður Húsasmiðjan ehf., gerði sátt við aðalstefnanda 9. júlí 2014 og hefur efni hennar verið ítarlega rakið. Aðila máls þessa greinir á um hvort og þá hvaða þýðingu sáttin eigi að hafa við úrlausn máls þessa. Byggja gagnstefnendur á því að aðalstefnandi hafi gefið sáttinni verulegt vægi við úrlausn málsins, þvert á staðreyndir þess, í andstöðu við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga. Þessu hefur aðalstefnandi mótmælt og bent á að tekin hafi verið sjálfstæð afstaða til þess hvort gagnstefnandinn Byko ehf. hefði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins, óháð efni sáttarinnar. Dómurinn telur óhjákvæmilegt að líta svo á sáttin hafi ákveðið sönnunargildi, sér í lagi þar sem hún styður við gögn málsins, sbr. dóm Hæstaréttar í málinu nr. 112/2014. Er það haft í huga við úrlausn málsins hér á eftir.

Í 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga kemur fram að allir samningar og 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 bannaðar. Samkvæmt a-lið 2. mgr. greinarinnar tekur bannið til samninga, samþykta og samstilltra aðgerða sem áhrif hafa á verð, afslætti, álagningu eða önnur viðskiptakjör með beinum eða óbeinum hætti. Í athugasemdum með 3. gr. í frumvarpi til laga nr. 107/2000, sem færði 10. gr. þágildandi samkeppnislaga nr. 8/1993 í núverandi horf, sagði að með hugtakinu „samstilltar aðgerðir“ væri „átt við að tvö eða fleiri fyrirtæki samræmi aðgerðir sínar, án þess að eiginlegur samningur sé gerður þar um. Það verður þó að teljast skilyrði að fyrirtækin sem um ræðir hafi átt með sér einhvers konar bein eða óbein samskipti, t.d. í formi fundahalda eða með því að skiptast á upplýsingum.“ Þá sagði að erfitt kynni að vera í einstökum tilvikum að greina annars vegar á milli samræmdra eða samstilltra aðgerða fyrirtækja, sem þau meðvitað tækju þátt í til þess að takmarka samkeppni, og hins vegar þegar fyrirtæki hagi sér eins eða líkt á markaði vegna samkeppninnar. Sem dæmi um hið síðarnefnda megi nefna fákeppnismarkað þar sem fyrirtæki á slíkum markaði hafi sífellt í huga hver viðbrögð keppinautanna á markaðnum verða við tiltekinni markaðshæðun, t.d. verðlækkun. Yfirleitt eigi þó athugun á markaðnum og markaðsaðstæðum að geta leitt í ljós hvort um samstilltar aðgerðir sé að ræða. Á grundvelli slíkra athugana taki samkeppnisyfirvöld ákvörðun um viðeigandi ráðstafanir. Þannig muni samkeppnisyfirvöld geta lagt á stjórnvaldssekt telji þau að undangenginni slíkri athugun að yfirgnæfandi líkur séu á að um samstilltar aðgerðir sé að ræða, enda þótt engin skjalfest sönnun liggja fyrir. Þá segir að skýra beri „hugtakið samstilltar aðgerðir rúmt og í samræmi við evrópskan samkeppnisrétt á þann hátt að hugtakið taki til sérhverra beinna eða óbeinna samskipta milli fyrirtækja, sem hafa þann tilgang að hafa áhrif á samkeppni eða hafa slík áhrif í reynd. Í þessu getur m.a. falist að fyrirtæki skiptist á upplýsingum um verð eða framleiðslumagn eða öðrum slíkum viðskiptaupplýsingum og af því leiði samræmd markaðshæðun. Með því að tilgreina einnig samstilltar aðgerðir í ákvæðinu má segja að ekki skipti máli hver grundvöllurinn að hinum ólögmetu samkeppnishömlum er, þ.e. hvort þær byggjast á samningi, samþykkt eða þegjandi samkomulagi sem lýsir sér í samstilltum aðgerðum. Liggja fyrir að markmið aðgerðanna sé að takmarka samkeppni eða hún sé í raun takmörkuð af aðgerðum fyrirtækja sem leiðir af samanteknum ráðum er um að ræða brot á þessari grein.“

Í 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga segir að aðalstefnandi, áfrýjunarnefnd samkeppnismála og íslenskir dómstólar skuli beita 53. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, eftir því sem kveðið sé á um í

lögnum. Þá segir í 1. mgr. 26. gr. laganna að beiti áður nefndar stofnanir og dómstólar ákvæðum laganna 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. Í athugasemdum um 26. gr. í frumvarpi því er að varð að lögum nr. 44/2005 segir að í ákvæðinu, sem sé nýmæli, sé fjallað um samspil samkeppnislaga og samkeppnisreglna EES-samningsins. Ef áhrifa af aðgerðum fyrirtækja gætir á Evrópska efnahagssvæðinu og hér á landi þannig að 53. gr. samningsins eigi við, svo og 10. gr. samkeppnislaga, skuli báðum bálkum beitt. Í 1.–2. mgr. ákvæðisins sé áréttað að hafi tiltekin athöfn fyrirtækis áhrif á viðskipti á Evrópska efnahagssvæðinu, sbr. 53. gr. EES-samningsins, auk þess að hafa áhrif á Íslandi, falli sú athöfn innan beggja kerfa. Þeim sé með öðrum orðum beitt samtímis. Sé skilyrðið um áhrif á viðskipti á Evrópska efnahagssvæðinu ekki uppfyllt verði 53. gr. ekki beitt heldur aðeins samkeppnislögum.

Ákvæði 10. gr. nógildandi samkeppnislaga er samhljóða 10. gr. eldri samkeppnislaga, en það var lögfest með lögum nr. 107/2000 um breytingu á samkeppnislögum nr. 8/1993. Í frumvarpi sem varð að þeim lögum segir að fyrirmynd ákvæðisins sé sótt til 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins og sé framkvæmd Eftirlitsstofnunar EFTA og EFTA-dómstólsins, auk dómstóla EB og framkvæmdastjórnar ESB, leiðbeinandi við túlkun ákvæðisins eftir því sem við eigi um markaðsaðstæður hér á landi. Samkvæmt 53. gr. EES-samningsins eru bannaðir allir samningar milli fyrirtækja, ákvarðanir samtaka fyrirtækja og samstilltar aðgerðir sem geta haft áhrif á viðskipti milli samningsaðila og hafa að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað á því svæði sem samningurinn tekur til.

Eins og áður er fram komið er ákvörðun aðalstefnanda ítarleg og studd fjölmörgum gögnum. Má ljóst vera að rannsókn málsins var gríðarlega umfangsmikil. Hefur uppbyggingu ákvörðunarinnar þegar verið lýst en rétt er að áréttá hér að í henni er gerð grein fyrir samskiptum starfsmanna gagnstefnandans Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. á öllu rannsóknartímabilinu og raunar fyrir þann tíma, þau greind á nákvæman hátt eftir efni og tímabilum og af þeim dregnar ályktanir. Þá er í öllum tilvikum gerð grein fyrir sjónarmiðum og útskýringum gagnstefnandans gagnvart ályktunum aðalstefnandans í umfjöllun um einstaka efnisþætti málsins. Dómurinn tekur því fram strax í upphafi að hann telur ekkert í ákvörðun aðalstefnanda benda til þess að rannsóknarregla stjórnsýsluréttarins hafi verið brotin við meðferð málsins hjá aðalstefnanda eins og gagnstefnendur halda fram. Benda gögn málsins raunar til þess, eins og áður sagði, að rannsóknin hafi

Þvert á móti verið ítarleg og nákvæm og miðað að því að draga fram þau atriði sem leiddu til þess að málið væri nægjanlega upplýst áður en ákvörðun yrði tekin í því. Á það einnig við um tilvik sem gagnstefnendur benda á því til stuðnings að ekki hafi verið horft til tímabila og atriða er bentu til þess að samkeppni væri milli fyrirtækjanna tveggja og styddu því ekki samráð þeirra á milli. Tekur dómurinn fram að ekkert sé að athuga við framsetningu og umfjöllun aðalstefnanda hvað þetta varðar sem er að finna í lok ákvörðunarinnar. Bendir dómurinn á að rannsókn aðalstefnanda beindist að samráði fyrirtækjanna í tilteknum vörflokkum á tilteknu tímabili sem fram fór með tilteknum hætti. Þótt fyrirtækin hafi á sama tíma átt í samkeppni um aðrar vörur í öðrum vörflokkum sýni það ekki fram á að aðalstefnandi verði ekki talinn hafi sinnt rannsóknarskyldu sinni eða hafa beitt nægilegri hlutlægni við meðferð málsins. Er sjónarmiðum gagnstefnenda hvað þetta varðar því hafnað.

Í samkeppnisrétti hefur verið litið svo á að starfi fyrirtæki reglubundið saman á ákveðnu tímabili til að ná fram sameiginlegu markmiði um að raska samkeppni andstætt ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga megi líta svo á að um samfelld samráð þeirra hafi verið að ræða. Hefur þegar verið gerð grein fyrir efni 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins og hugtakinu „samstilltar aðgerðir“.

Í máli þessu liggur fyrir að lykilstarfsmenn í þeim samskiptum sem lýst er í ákvörðun aðalstefnanda voru með dómi Hæstaréttar í málinu nr. 360/2015 sakfelldir fyrir samráðsbrot sem fóru gegn ákvæðum samkeppnislaga, en eins og áður er fram komið hafði héraðsdómur einungis sakfelld einn þeirra en sýknað hina. Hæstiréttur taldi sannað, með vísan til þeirra gagna sem lögð höfðu verið fram í málinu, að samráðið hefði verið með þeim hætti að gagnstefnandinn Byko ehf. hefði upphaflega spurst fyrir um verð hjá Húsasmiðjunni ehf. í símtölum en samskiptin hefðu síðan þróast úr því að vera einhliða í að verða gagnkvæm þar sem þeir sem ræðst hefðu við skiptust á upplýsingum um verð hjá fyrirtækjunum á sömu eða sambærilegum vörutegundum sem einkum hefðu tilheyrt svokallaðri grófvöru. Hefði tilgangurinn með upplýsingagiöfnni augljóslega verið sá að fá gleggri mynd af verðum keppinautarins á samkeppnisvörum og þróun þeirra en kostur hefði verið fyrir fyrirtækin hvort um sig með því að kynna sér einungis verðin með þeim aðferðum sem neytendum stóðu til boða. Taldi dómurinn að hin tíðu og reglubundnu samskipti fyrirtækjanna hefðu falið í sér samstilltar aðgerðir með það að markmiði að raska samkeppni milli þeirra og því brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Hið sama var talið eiga við um samskipti gagnstefnandans og þriðja fyrirtækisins þótt umfang þeirra hefði verið takmarkað. Þar sem um hefði verið að ræða samráð um verð milli fyrirtækja á sama sölustigi hefðu þeir sem

framkvæmdu, hvöttu til þess eða létu framkvæma það borið refsíabyrgð samkvæmt 1. mgr. og a-lið 2. mgr. 41. gr. a. laganna.

Gagnstefnendur hafa í máli þessu byggt á því að dómur Hæstaréttar byggi á röngum forsendum og verður að skilja grundvöll málatilbúnaðar þeirra hér fyrir dóminum á þann veg að í framangreindum samskiptum, sem er fjallað um í dóminum og ákvarðanir samkeppnisyfirvalda taka til, hafi ekki falist brot á 10. gr. samkeppnislaga. Þau hafi verið upplýsingagjöf um gildandi, opinber verð sem öllum voru aðgengileg sem á annað borð vildu nálgast þau. Þannig geti háttsemin ekki talist brot gegn ákvæðinu þar sem hún hafi hvorki verið til þess fallin að hafa áhrif á verð á markaði né gert það í raun, en bæði þessi atriði hafi verulega þýðingu við mat á því hvort háttsemi verði talin brjóta gegn áðurnefndu ákvæði, og þá á alvarleikastig slíks brots.

Undir rekstri þessa máls freistuðu gagnstefnendur þess að færa sönnur á framangreint með öflun matsgerðar um að háttsemi gagnstefnandans Byko ehf. hefði ekki verið til þess fallin að hafa áhrif á verðmyndun á markaði. Þessari kröfu var hafnað í héraði og sú niðurstaða staðfest með dómi Hæstaréttar í máli nr. 224/2017. Þar kemur fram að með dómi Hæstaréttar í máli nr. 360/2015, sem áður er getið, hefði verið komist að þeirri niðurstöðu að háttsemi gagnstefnandans hefði á ákveðnu tímabili brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og hefði sá dómur fullt sönnunargildi um það atriði þar til hið gagnstæða væri sannað, sbr. 4. mgr. 116. gr. laga nr. 91/1991 og 4. mgr. 186. gr. laga nr. 88/2008.

Í málinu leiddu gagnstefnendur fram fjölmörg vitni fyrir dóminn, sem mörg hver sættu ákæru í áðurnefndu sakamáli, þar sem þau lýstu því að um venjuleg samskipti keppinauta hefði verið að ræða sem væru alvanaleg á þeim samkeppnismarkaði sem fyrirtækin störfuðu á og að skipst hefði verið á opinberum upplýsingum um gildandi smásöluverð sem hefðu verið aðgengilegar öllum þeim sem vildu nálgast þær. Þá voru einnig lögð fram í málinu endurrit af skýrslutökum yfir fjölmörgum ákærðu í fyrrnefndu sakamáli.

Þrátt fyrir þetta verður að telja að því hafi ekki verið hnekk't fyrir dóminum að gagnstefnandinn Byko ehf. og Húsasmiðjan ehf. hafi með samskiptum sínum, sem lýst er í ákvörðunum samkeppnisyfirvalda og fá stoð í gögnum málsins, brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og hafa ekki verið færðar sönnur á annað. Fólust samskiptin í samstilltum aðgerðum sem höfðu það að markmiði að halda uppi verði og takmörkuðu þannig og röskuðu samkeppni milli fyrirtækjanna. Fyrirkomulag samskiptanna, sem voru regluleg og tíð, oftast milli sömu starfsmanna fyrirtækjanna og um sömu vörflokkana, leiddi til þess að ástand skapaðist milli fyrirtækjanna sem dró úr óvissu en gerði hegðun keppinutarins gagnsærri og gerði þeim kleift að sjá fyrir framtíðarhegðun keppinutarins. Getur það ekki verið

nokkrum vafa undirorpið að um var að ræða samráð í skilningi samkeppnisréttar. Auk þess þykja gögn málsins sýna hvernig hin reglulegu verðsamskipti í umræddum verðkönnunarsímtölum voru notuð til að halda verði uppi og að framkvæmd þeirra gerði fyrirtækjunum kleift að takmarka þannig samkeppni í sölu á grófvöru.

Með 10. gr. samkeppnislaga er ekki lagt bann við því að fyrirtæki kanni verð hjá keppinautum sínum. Þótt dómurinn fallist þannig á að í samkeppni sé mikilvægt fyrir fyrirtæki að fylgjast með verðbreytingum á markaðnum í því skyni að ná til sín viðskiptum er engan veginn hægt að líta svo á að svo markviss upplýsingasöfnun í formi tíðra og skipulagðra samskipta geti talist eðlileg og til marks um heilbrigða samkeppni. Þegar litið er til tíðni samskiptanna, áframsendingar og miðlunar þeirra til næstu yfirmanna og þannig til þeirra sem tóku ákvarðanir um verð, útfærslu kannananna og framsetningar í hinum svokölluðu verðkönnunarskjölum er óhjákvæmilegt að telja að stjórnendum gagnstefnandans hafi ekki getað dulist að slík samskipti gætu ekki talist eðlileg milli keppinauta á samkeppnismarkaði. Þá gat þeim heldur ekki dulist að upplýsinganna var aflað með reglubundnum símtölum milli fyrirtækjanna, en fram er komið í málinu að fjallað var um verðkannanir á framkvæmdastjórafundum gagnstefnandans Byko ehf. og ákvarðanir um verðbreytingar voru teknar á þeim fundum í kjölfar verðkannana.

Þá er hafnað þeim sjónarmiðum gagnstefnenda að samskiptin hafi ekki getað falið í sér brot gegn 10. gr. samkeppnislaga þar sem veittar hafi verið upplýsingar um gildandi, opinber verð. Fyrir það fyrsta er því slegið föstu í áður nefndum dómi Hæstaréttar að svo hafi ekki verið í öllum tilvikum. Þannig hafi sumar vörur verið tilboðs- eða stjórnúmerktar. Dómurinn telur að þessar merkingar hafi í sjálfu sér ekki nein úrslitaáhrif á þá niðurstöðu hvort verðin voru talin opinber eða ekki, þegar það er haft í huga að afleiðing samskiptanna var sú að fyrirtækjunum var gert kleift að laga sig að verðum keppinautarins og tryggja þannig að vera ávallt hæfilega nálægt hvort öðru. Virðist þá hafa verið misjafnt hvort fyrirtækið „elti“ hitt. Með þessu héldu fyrirtækin uppi vöruverði og bættu framlegð sín á kostnað viðskiptavina. Er því tekið undir með aðalstefnanda hvað það varðar að verðin hafi ekki verið „fyllilega opinber“ í skilningi samkeppnisréttar þar sem þau fólu ekki í sér „skuldbindingargildi“ að þessu leyti. Raunar verður að fallast á með aðalstefnanda að það myndi engu breyta þótt andlag verðsamskiptanna hafi verið opinberar upplýsingar um gildandi verð. Eftir sem áður var um bein verðsamskipti höfuðkeppinauta að ræða, sem ljóslega voru til þess fallin að raska samkeppni, og það eru samskiptin sem fela í sér brot.

Auk þess verður að hafa í huga að framkvæmd verðkönnunarsímtalanna sýnir að fyrirtækin höfðu nokkuð fyrir því að fá umræddar verðupplýsingar, enda gátu símtölin tekið langan tíma og inn í verðkönnunarskjölin voru færðar upplýsingar um yfir 100 vöruflokka. Líta verður svo á að fyrirkomulag þessara símtala hafi gert fyrirtækjunum auðveldara en t.d. almennum neytendum að fá umræddar verðupplýsingar. Er í það minnsta ekki sýnt fram á það af hálfu gagnstefnenda af hverju fyrirtækin lögðu í svo mikil samskipti vegna annars en þess að þetta gerði þeim auðveldara fyrir en öðrum og skapaði meira hagræði við upplýsingaöflun en ella og þau hafi séð sér hag í því. Er tekið undir það með aðalstefnanda að hafi keppinautar fyrir því að eiga í beinum upplýsingaskiptum gefi það til kynna að viðkomandi upplýsingar séu ekki að öllu leyti opinberar í þessum skilningi. Er því ekki unnt að líta svo á að upplýsingarnar hafi verið jafn aðgengilegar fyrir almenna viðskiptavinum fyrirtækjanna. Telur dómurinn að þau sjónarmið gagnstefnenda að af hálfu aðalstefnanda hafi ekki hafi farið fram kostnaðarmat hvað þetta varðar hafi ekki nokkra þýðingu í þessu sambandi.

Samkvæmt ofansögðu verður að telja að framangreind háttsemi hafi haft það að markmiði og verið til þess fallin að raska samkeppni. Verður því staðfest sú niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi á rannsóknartímabilinu brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga að þessu leyti, en nefndin staðfesti með því niðurstöðu aðalstefnanda. Hefur gagnstefnendum ekki lánast sönnun fyrir öðru í málinu eins og áður sagði.

Í ákvörðun aðalstefnanda er því lýst að umrædd fyrirtæki, Byko ehf. og Húsasmiðjan ehf., hafi um langt árabil átt samskipti um verðlagningu á byggingarvörum og önnur viðskiptaleg málefni. Þannig hafi við húsleit fundist gögn sem gefi til kynna að verðsamskipti hafi átt sér stað milli fyrirtækjanna allt frá árinu 2000. Þá bendi gögn málsins einnig til þess að á milli fyrirtækjanna hafi ríkt samkomulag um afsláttarmál allt frá árinu 1996. Þótt framangreind tilvik hafi ekki verið talin hluti af hinu samfellda samráði eru þau talin hafa þýðingu við að varpa ljósi á samskipti fyrirtækjanna í aðdraganda rannsóknartímabilsins. Er rakið í ákvörðun aðalstefnanda og málatilbúnaði hans fyrir dóminum hvernig litið er heildstætt á samskipti fyrirtækja þegar skorið er úr um hvort samráð hafi átt sér stað. Í framangreindum tilvikum hafi verið um að ræða yfirmenn hjá fyrirtækjunum sem síðar hafi gegnt lykilhlutverki í því samráði sem málið taki til. Eins og áður sagði markast upphaf samráðstímabilsins í ákvörðun aðalstefnanda við tölvuskeyti sem þáverandi forstjóri Byko ehf. sendi stjórn fyrirtækisins 26. nóvember 2008 og það er talið vera hluti af samfelldu broti sem staðið hafi frá þeim tíma og fram í mars 2011.

Tölvuskeytið varðaði upplýsingar um almennan starfsmannafund hjá Húsasmiðjunni ehf. það kvöld, hópuppsagnir, breytta opnunartíma, ýmsar aðhaldsaðgerðir o.fl. Af þeim upplýsingum sem þar komu fram dró aðalstefnandi þá ályktun að gagnstefnandinn hefði fengið þær frá Húsasmiðjunni ehf. Þá er í ákvörðuninni sérstaklega tiltekið að síðarnefnda fyrirtækið hafi viðurkennt í sáttinni að hafa í nóvember 2008 brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með því að hafa veitt gagnstefnandanum upplýsingar um fyrirhugaðar breytingar á rekstri fyrirtækisins. Í úrskurði sínum féllst áfrýjunarnefnd samkeppnismála ekki á þetta og taldi ljóst að ekki yrði fullyrt að umræddar upplýsingar hefðu komið frá starfsmanni Húsasmiðjunnar. Dómurinn tekur undir það sjónarmið nefndarinnar og áréttar í því sambandi að efni tölvupóstsins beri frekar merki þess að vera „almennar vangaveltur“ um stöðu fyrirtækisins á erfiðum markaði, en alkunna er að aðstæður í samfélaginu á þessum tíma höfðu breyst frá því sem verið hafði nokkrum árum áður. Hafnar dómurinn því þeim sjónarmiðum aðalstefnanda að þetta tilvik sé hluti af samfelldu samráði fyrirtækjanna tveggja, en staðfestir ályktun áfrýjunarnefndarinnar að þessu leyti. Þykir ekki breyta í þessu samhengi þótt Húsasmiðjan ehf. hafi að þessu leyti viðurkennt brot á 10. gr. samkeppnislaga í sátt sinni við aðalstefnanda.

Hvað varðar dagbókarfærslu forstjóra gagnáfrýjandans Byko ehf. frá 19. febrúar 2010, þar sem fjallað er um framlegð, verð á timbri, afskriftarfjárhæðir o.fl., tekur dómurinn undir það með aðalstefnanda að færslan beri með sér að þar hafi einhver stjórnandi Húsasmiðjunnar veitt viðkvæmar viðskiptaupplýsingar. Þykir dóminum ljóst að þarna hafi átt sér stað miðlun upplýsinga um rekstur samkeppnisaðilans, þess eðlis að ekki gat annað verið en að þær kæmu frá honum. Þetta tilvik sé því til marks um og hluti af samfelldu samráði fyrirtækjanna. Verður því að telja að um sé að ræða tilvik sem styðji að um samráðsbrot hafi verið að ræða og tilvikið sé til marks um og hluti af samfelldu samráði fyrirtækjanna. Sjónarmiðum gagnstefnanda um annað er því hafnað og niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar hvað þetta varðar staðfest.

Eins og rakið hefur verið taldi aðalstefnandi í ákvörðun sinni að fyrirspurnir starfsmanna gagnstefnandans Byko ehf. og Húsasmiðjunnar ehf. í október 2010 hefðu falið í sér samstillt tilboð um verðsamráð. Áfrýjunarnefndin taldi samskiptin ekki hafa verið þess eðlis að hægt væri að segja að Múrbúðinni hefði verið boðin þátttaka í samráði og ekki umfram það sem búast mætti við þegar gengið væri eftir verðum sem nýr þáttakandi á markaði byði. Dómurinn fellst ekki á þessi sjónarmið áfrýjunarnefndarinnar, heldur telur hann að gögn málsins bendi til þess að starfsmenn fyrirtækjanna hafi gengið mjög hart fram í því að fá upplýsingar um verð grófvöru, birgja o.fl. frá væntanlegum samkeppnisaðila á markaðnum. Hafa

verður í huga að þegar starfsmennirnir gengu sem harðast fram í þessu hafði Múrbúðin ekki opnað verslun sína. Er ekki unnt að fallast á að þessi samskipti hafi falið í sér eðlilegar fyrirspurnir um verð. Er þá horft til tíðni símtala fyrirtækjanna tveggja við Múrbúðina og heimsókna lykilstarfsmanna á sviði grófvöru í húsnæði hennar. Þá telur dómurinn að ummæli starfsmanna í símtali sem átti sér stað 28. febrúar 2011 styðji það að samráð hafi átt sér stað vegna innkomu Múrbúðarinnar í október 2010. Telur dómurinn að gögn málsins bendi eindregið til þess að samráð hafi átt sér stað varðandi Múrbúðina og hefur því ekki verið hnekktt í málinu. Er tekið undir sjónarmið aðalstefnanda að þessu leyti.

Hvað varðar tölvuskeyti stjórnarmanns gagnstefnandans Norvikur hf. 25. október 2010 til samstarfsmanna sinna þar sem vísað er til mats „stjórnarformanns Húsasmiðjunnar“ vegna breyttrar verðstefnu síðarnefnda fyrirtækisins sem gekk undir heitinu „Project Red“ þykir dóminum ljóst að þarna hafi átt sér stað miðlun upplýsinga um rekstur samkeppnisaðilans sem ekki hefur verið sýnt fram á að hafi komið frá öðrum en þeim sem nefndur er í skeytinu. Verður því, rétt eins og hér greinir að framan, að telja að um sé að ræða tilvik sem styðji að um samráðsbrot sé að ræða, sem þar að auki hafi átt sér stað á vettvangi stjórna gagnstefnenda. Er sjónarmiðum gagnstefnenda um annað hafnað. Dómurinn tekur fram að verðstefna keppinautarins mun ekki hafa verið komin til framkvæmda á þessum tíma, og raunar ekki orðin opinber, og má ráða af gögnum að stjórnendur gagnstefnandans Byko ehf. undirbyggju viðbrögð í ljósi þessara upplýsinga. Verður því staðfest niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar hvað þetta varðar.

Hvað varðar símtal lykilstarfsmanna fyrirtækjanna á sviði grófvöru 28. febrúar 2011 er lagt til grundvallar í úrskurði áfrýjunarnefndar að starfsmaður gagnstefnandans Byko ehf. hafi hvatt til samráðs, kynnt eigin áform um hækkunar og bent á einstök tilvik þar sem nauðsynlegt væri að hans mati að Húsasmiðjan breytti verðstefnu sinni. Ítarlega hefur verið gerð grein fyrir efni símtalsins hér framar og helstu efnisatriði þess rakin þar. Í dómi Hæstaréttar í málinu nr. 360/2015 kemur fram að ekki fari á milli mála að í símtalinu hafi hinir ákærðu hvatt hvor annan til að haldi uppi verðum hjá fyrirtækjunum í grófvöru, þ. á m. við gerð tilboða. Starfsmaður gagnstefnandans Byko ehf. hafi þó gengið lengra í þá veru. Dómurinn telur að ekkert sé fram komið í málinu sem hrakið geti það að um brot á 10. gr. samkeppnislaga hafi verið að ræða í þessu tilviki, og það alvarlegt brot. Verður niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar hvað þetta varðar því staðfest. Dómurinn telur raunar að áfrýjunarnefndin hafi gengið of skammt í ályktunum sínum, en tekur undir það með aðalstefnanda að í símtalinu hafi fyrirtækin ákveðið að hækka verð í áföngum í öllum tilboðum sínum á grófvöru, að grípa til sérstakra aðgerða í þeim tilgangi að minnka samkeppni í tilboðum á Selfossi og Akureyri, að vinna gegn

verðsamkeppni í sölu á gagnvörðu timbri, græna efninu svokallaða, og reyna þess í stað að hækka verð á því, að hækka verð á miðstöðvarofnum og að fylgjast með aðgerðum Múrbúðarinnar ehf. á markaðnum. Þá greindi gagnstefnandinn Húsasmiðjunni ehf. frá þeirri fyrirætlan sinni að hækka verð á annarri vöru en grófvöru, t.d. heimilistækjum. Þá tekur dómurinn undir það með aðalstefnanda að brotið hafi verið fullframið er símtalið átti sér stað en auk þess sé skýrt af samtímagögnum að bæði fyrirtækin brugðust við og hækkuðu verð. Dómurinn hafnar því að um einangrað tilvik sé að ræða og fyrirtækin geti ekki borið ábyrgð á dómgreindarskorti eins starfsmanns síns. Dómurinn telur það engum vafa undirorpið að fyrirtæki bera ábyrgð á slíkri samkeppnisskaðandi háttsemi starfsmanna sinna. Áréttu verður að þau samskipti sem þróast höfðu með fyrirtækjunum þegar þarna var komið sögu sköpuðu jarðveg til að víkka útsamráðið og ganga sífellt lengra í samstilltum aðgerðum og höfðu þannig eftt samvinnu fyrirtækjanna frekar en ekki. Þá áréttar dómurinn einnig að ekkert í samtalinu eða atvikum eftir að það átti sér stað gefur til kynna að gagnstefnandi hafi haft uppi einhver mótæmi eða sett fram skýra fyrirvara þegar vitneskjan var látin því í té. Er því um skýrt brot gegn 10. gr. samkeppnislaga að ræða.

Þá tekur dómurinn fram að hann fellst á þá niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar að fyrirtækin hafi ekki haft ólögmett samráð um sölu og verð á miðstöðvarofnum í nóvember og desember 2010, og telur þau samskipti ekki tengjast því samráði sem komst á í samtalinu 28. febrúar 2011 og getið er hér að framan.

Dómurinn tekur fram að ályktanir um einstök samráðstilvik hafa fyrst og fremst þýðingu við mat á alvarleika samráðsins. Er tekið undir með áfrýjunarnefndinni að þessu leyti. Þá tekur dómurinn einnig undir það með nefndinni að upplýsingaskiptin á rannsóknartímabilinu hafi verið til þess fallin að raska samkeppni og því brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Dómurinn telur þó rétt að áréttu að gögn málsins benda til þess að samskipti fyrirtækjanna hafi ekki í upphafi rannsóknartímabilsins verið jafnkerfisbundin og raunin varð síðar. Virðast samskiptin þó hafa verið orðin nokkuð regluleg í upphafi ársins 2010 og komin í nokkuð fastar skorður um haustið það ár og í flestum tilvikum orðin gagnkvæm. Horfir dómurinn þar sérstaklega til gagna sem rakin eru um samskipti innan fyrirtækjanna á þessum tíma og styðja þetta, t.d. verðhækkun gagnstefnandans Byko ehf. 14. janúar 2010 og tölvuskeyti vörustjóra timbursölu Húsasmiðjunnar 27. janúar 2010. Á þessum tíma fer að skapast ástand þar sem keppinauturinn er meðvitaður um líkleg viðbrögð við hækkunum og það leiðir til þess að nauðsynleg óvissa á markaðnum minnkar en að sama skapi verður til vissa hjá keppinautunum um hegðun hvors annars. Virðist sem fyrirtækin hafi verið farin að ganga út frá því

að samskiptin ættu sér stað með reglulegum hætti og jafnvel á tilteknum vikudögum. Þá verður ekki fram hjá því litið að verðsamskiptin fólu einnig í sér upplýsingar um verðáform eða verðfyrirætlanir í skilningi samkeppnisréttar, þ.e. upplýsingar um framtíðarhegðun. Var þá í rauninni upplýst um áform um að hækka verð eða tilboð gert um verðhækkun. Það er því ekki heldur í þessu ljósi hægt að taka undir að verðsamskiptin hafi að mestu einskorðast við gildandi verð. Þá áréttar dómurinn að ekki skipti máli þótt í einhverjum tilvikum hafi verð lækkað eða samkeppni verið milli fyrirtækjanna í öðrum vöruflokkum en rannsókn aðalstefnanda tók til. Horfa verði til heildarmats á gögnum að þessu leyti. Þá verður að áréttast að það er eðli samskiptanna og fyrirkomulag þeirra sem gerir þau ólögsmæt.

Undir rekstri þessa mál óskuðu gagnstefnendur eftir því að leitað yrði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á túlkun 53. gr. EES-samningsins. Þessari kröfu var hafnað í héraðsdómi og var sú niðurstaða staðfest í dómi Hæstaréttar í máli nr. 298/217. Þar er áréttast að með dómi réttarins í máli nr. 360/2015 hafi starfsmenn fyrirtækjanna verið sakfelldir fyrir brot gegn 41. gr. a. samkeppnislaga nr. 44/2005, sbr. 10. gr. laganna. Í dóminum hafi 1. mgr. 10. gr. samkeppnislaga, sem sé sama efnis og 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993, verið skýrð með þeim hætti að sú háttsemi sem ákært var fyrir, sem sé sú sama og mál þetta sé sprottið af, hafi verið ólögsmæt. EFTA-dómstóllinn hefði í dómi sínum í máli nr. E-3/2016 vísað til þess hvernig 53. gr. samningsins og samsvarandi ákvæði í sáttmálum Evrópubandalagsins og Evrópusambandsins hefðu verið túlkuð í dómafrákvæmd. Samkvæmt henni væri augljóst að vissar tegundir samráðs milli fyrirtækja feli í eðli sínu í sér slíka röskun á samkeppni, svo sem vegna markmiðs samráðsins, að unnt sé að slá því föstu að um sé að ræða brot án þess að þörf sé á að kanna hverjar afleiðingar þess hafi verið. Í ljósi þessara ummæla EFTA-dómstólsins yrði ekki fallist á að túlkun hans á 53. gr. EES-samningsins hefði ekki samrýmst afstöðu Hæstaréttar í fyrirnefndum dómi, að háttsemin, sem þar var fjallað um, hefði samkvæmt markmiði sínu verið til þess fallin að raska samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga.

Þegar hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að þau samskipti sem um er fjallað í máli þessu hafi haft það að markmiði og verið til þess fallin að raska samkeppni og því brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Hafi gagnstefnendum ekki lánast sönnun fyrir öðru. Ákvæði 53. gr. EES-samningsins bannar samninga og samstilltar aðgerðir fyrirtækja sem raskað geta samkeppni og gildir ef sú háttsemi getur haft áhrif á viðskipti milli samningsaðila EES-samningsins, sbr. dóm EFTA-dómstólsins í máli nr. E-4/05. Líta verður svo á að orðalagið að samningur eða aðgerðir „geti haft áhrif“ milli EES-ríkja feli í sér að samningurinn eða aðgerðin

geti haft áhrif, bein eða óbein, raunveruleg eða hugsanleg, á mynstur viðskipta milli EES-ríkjanna. Þá hefur verið talið að þótt samráð sé bundið við aðeins eitt ríki sé það ekki nægilegt til að útiloka möguleikann á því að viðskipti milli ríkja geti, beint eða óbeint, orðið fyrir áhrifum.

Dómurinn telur ljóst að 53. gr. EES-samningsins verði túlkað á þann hátt að nægjanlegt sé að háttsemi aðila á markaði verði talin fela í sér brot gegn ákvæðinu geti hún haft skaðleg áhrif, þ.e. sé til þess fallin að raska samkeppni, þó að hún hafi ekki raunverulega haft slík áhrif. Samkvæmt 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, skal skýra lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja. Dómurinn telur raunar að þetta hafi Hæstiréttur nú þegar gert varðandi 10. gr. samkeppnislaga, sbr. 1. mgr. 53. gr. EES-samningsins, sbr. dóm réttarins í málinu nr. 360/2015. Dómurinn telur því engum vafa undirorpið að beita beri 53. gr. EES-samningsins samhliða 10. gr. samkeppnislaga í máli þessu. Er sjónarmiðum og röksemdum gagnstefnanda um annað hafnað. Það er því niðurstaða dómsins hvað þetta varðar að gagnstefnandinn Byko ehf. hafi í verðkönnunarsímtölum á framangreindu tímabili og í þeim tilvikum sem að framan eru rakin brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Telur dómurinn heimfærslu aðalstefnanda rétta hvað þetta varðar .

Í málinu hafa gagnstefnendur byggt á því að þeir hafi ekki notið réttlátrar málsmeðferðar undir rekstri málsins, að því er virðist bæði hjá lögreglu og aðalstefnanda. Dómurinn tekur fram að upphaf málsins hjá aðalstefnanda geti ekki haft neina þýðingu varðandi gildi ákvarðana samkeppnisyfirvalda sem deilt er um í máli þessu. Þó að ábendingar hefðu borist frá keppinauti fyrirtækjanna gat það ekki eitt og sér orðið til þess að aðalstefnandi myndi ekki aðhafast í málinu. Kemur enda fram í gögnum málsins að þær upplýsingar sem forsvarsmenn Múrbúðarinnar gáfu aðalstefnanda fengu stoð í símagögnum sem aðalstefnandi aflaði, varðandi fjölda og tímasetningu símtala. Er þessum sjónarmiðum gagnstefnenda hafnað.

Í 1. mgr. 20. gr. samkeppnislaga er kveðið á um að gagnáfrýjandi geti við rannsókn máls gert nauðsynlegar athuganir á starfsstað fyrirtækis og samtaka fyrirtækja og lagt hald á gögn þegar ríkar ástæður eru til að ætla að brotið hafi verið gegn lögum eða ákvörðunum samkeppnisyfirvalda. Samkvæmt 2. mgr. greinarinnar skal við framkvæmd aðgerða fylgja ákvæðum um leit og hald muna í lögum nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

Dómurinn bendir á að rannsóknaraðgerðir í málinu, eins og húsleit og haldlagning gagna, byggðu á heimildum dómstóla sem töldu á þeim tíma að rökstuddur grunur væri fyrir hendi um brot og heimiluðu aðgerðirnar á þeim forsendum. Lögmæti þessara aðgerða var ekki hnekkkt fyrir dómi og þær sæta ekki

endurskoðun í þessu máli. Gagnstefnendur telja einnig þann annmarka hafa verið á málsmeðferð aðalstefnanda að aflað hafi verið gagna sem ekki hafi tengst rannsókn málsins, eins og trúnaðarsamskipta við utanaðkomandi lögmann hans. Dómurinn fær ekki séð að byggt hafi verið á slíkum gögnum í úrlausnum samkeppnisyfirvalda og raunar tilgreina gagnstefnendur ekki nánar hvaða gögn er um að ræða. Er þessum sjónarmiðum því hafnað. Dómurinn tekur þó fram hvað varðar símhleranir sem áttu sér stað eftir 8. mars 2011, þegar ákærðu höfðu gefið skýrslu hjá lögreglu og höfðu þá réttarstöðu sakaðs manns og Hæstiréttur gerir að umtalsefni í dómi sínum í máli nr. 360/2015, að rétt þyki vegna þeirra mikilsverðu réttinda sem þar reynir á að líta einnig fram hjá gögnum er til urðu eftir þann tíma við úrlausn þessa máls.

Samkvæmt a. lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga leggur aðalstefnandi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóta gegn banni 10. gr. laganna. Samkvæmt 2. gr. lagagreinarinnar geta sektir numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti. Við ákvörðun á fjárhæð sektar skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hversu lengi brot hafa staðið og hvort um ítrekað brot er að ræða. Þannig skiptir tímalengd brots, umfang og huglæg afstaða máli þegar fjárhæð sektar er ákveðin innan þessara marka, en einnig er litið til fjárhagslegs styrkleika viðkomandi fyrirtækja.

Hugtakið fyrirtæki er skilgreint í 2. tölulið 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga og hefur það verið skýrt þannig að með því sé fremur vísað til efnahagslegrar einingar en lögformlegrar. Af því leiðir að um slíka einingu er að ræða í tilviki móðurfélags og dótturfélags þar sem hið síðarnefnda hefur ekki raunverulegt frelsi til að ákveða aðgerðir sínar á markaði, svo sem tekið var fram í athugasemdum er fylgdu frumvarpi til laga nr. 107/2000, sem færði 10. gr. þágildandi samkeppnislaga nr. 8/1993 í núverandi horf. Þegar svo hefur staðið á hefur samkeppnisyfirvöldum verið játuð heimild til að leggja sekt á móðurfélagið fyrir brot dótturfélagsins á 10. gr. samkeppnislaga með þeim rökum að eðlilegt sé að sá sem á endanum hefur arð af starfsemi hins brotlega félags hlíti viðurlögum vegna brotsins.

Í máli þessu liggur fyrir að aðalstefnandi lagði 650.000.000 króna sekt á gagnstefnandann Norvik hf. með ákvörðun sinni 15. maí 2015 en áfrýjunarnefndin lækkaði sektina niður í 65.000.000 króna í úrskurði sínum 28. september 2015 og beindi henni að báðum gagnstefnendum. Eins og fram er komið var gagnstefnandinn Norvik hf. á þeim tíma sem mál þetta tekur til eini eigandi gagnstefnandans Byko ehf. Þá háttar svo til að stjórnendur þess síðarnefnda áttu sæti í stjórn þess fyrrnefnda. Þegar litið er til þessara eignar- og stjórnunartengsla hníga rök að því líta svo á að um eina efnahagslega einingu sé að ræða í skilningi samkeppnislaga. Hafa gagnstefnendur ekki hnekkt þeim löglíkum sem þessi staða

felur í sér. Var aðalstefnanda því heimilt að leggja stjórnvaldssekt á gagnstefnandann Norvik hf. vegna samkeppnisbrota gagnstefnandans Byko ehf. Verður fallist á sjónarmið aðalstefnanda hvað þetta varðar. Þykir ekki breyta þessari niðurstöðu þótt gagnstefnandinn Norvik hf. sé eignarhaldsfélag líkt og byggt hefur verið á af hálfu gagnstefnenda.

Með hliðsjón af niðurstöðu dómsins um brot, brotatímabil og alvarleika brota þykir sú sekt sem áfrýjunarnefndin lagði á of lág. Hér hefur helst þýðingu að um alvarlegt brot var að ræða á markaði milli markaðsráðandi fyrirtækja sem framin voru í þeim tilgangi að styrkja stöðu þeirra á kostnað neytenda. Var með því brotið gegn mikilvægum hagsmunum þorra almennings. Er þá einnig litið hvoru tveggja til almennra og sérstakra varnaraðaráhrifa stjórnvaldssekta í samkeppnismálum. Jafnframt þykir verða að horfa til þess að gagnstefnandinn Byko ehf. er hluti af öflugri efnahagslegri einingu sem dótturfélag gagnstefnandans Norvikur hf. Er óhjákvæmilegt að horfa til fjárhagslegs styrkleika þess síðarnefnda við sektarákvörðun. Hefur þeim tölulegu viðmiðum sem fram eru sett í ákvörðun aðalstefnanda um heildarveltu, hagnað og eigið fé ekki verið hnekkkt hér fyrir dóminum. Þá þykir dóminum ekki óvarlegt, eins og máli þessu er háttað, að horfa til hliðsjónar til dóms Hæstaréttar í máli nr. 419/2015 hvað sektarfjárhæð varðar. Tekið skal þó fram að í því máli hafði ítrekun brots áhrif á sektarfjárhæð og þá var einnig talið að bæði væri um brot gegn 10. og 11. gr. samkeppnislaga að ræða. Dómurinn telur, að teknu tilliti til alls framangreinds, með vísan til þeirra viðmiða sem fram eru sett hér að framan, og að lögðu heildarmati á aðstæður í máli þessu, að sektarfjárhæð vegna brotanna sé hæfilega ákveðin 400.000.000 króna.

Eins og rakið er í upphafi forsendna dómsins er ekki í kröfugerð aðalstefnanda tekið tillit til þess að gagnstefnandinn Norvik hf. innti af hendi 65.000.000 króna sektargreiðslu að gengnum úrskurði áfrýjunarnefndar. Dómurinn taldi þó að þetta varðaði ekki frávísun málsins. Á hinn bóginn stoðar ekki fyrir aðalstefnanda að vísa til þess að í framkvæmd myndi þessi greiðsla dragast frá þegar þar að kæmi, féllist dómurinn á annað borð á hærri sektargreiðslu úr hendi gagnstefnanda en sem næmi fyrrgreindri greiðslu, sbr. 4. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991. Dómurinn telur því óhjákvæmilegt að mæla svo fyrir í dómsorði að til frádráttar dæmdri sektarfjárhæð, 400.000.000 króna, komi sú fjárhæð sem gagnstefnandinn hefur þegar innt af hendi, þ.e. 65.000.000 króna. Telur dómurinn að það felist efnislega í kröfu aðalstefnanda og rúmum innkröfugerðar hans.

Af öllu framangreindu leiðir að dómurinn fellst á niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála um brot gagnstefnandans Byko ehf. gegn 10. gr. samkeppnislaga, sem staðfesti með því niðurstöðu aðalstefnanda hvað þetta varðar, með framangreindum undantekningum um tiltekna háttsemi og heimfærslu undir

53. gr. EES-samningsins, en hvað þá þætti varðar tekur dómurinn undir sjónarmið aðalstefnanda. Dómurinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að af þessum sökum beri að gera gagnstefnandanum Norvik hf. að inna af hendi sektargreiðslu vegna brota gagnstefnandans Byko ehf. sem nemur 400.000.000 króna. Verður ákvæði úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar um sektarfjárhæð felld úr gildi, eins og nánar greinir í dómsorði, og fallist að öðru leyti á kröfu aðalstefnanda í aðalsök. Í samræmi við þetta er kröfum gagnstefnanda í aðalsök og gagnsök hafnað og aðalstefnandi og stefndi, íslenska ríkið, sýknaðir af aðal- og varakröfu gagnstefnanda.

Líta verður svo á að krafa gagnstefnanda, sem kemur fram í málsástæðukafla þeirra í stefnu í gagnsök málsins, um að felld verði úr gildi ákvæði gr. 2.1 í ákvörðun aðalstefnanda, sé hluti af kröfu þeirra um ógildingu ákvarðana samkeppnisyfirvalda, en krafa þessi er ekki sérstaklega orðuð í dómkröfum gagnstefnanda. Telja gagnstefnendur að fyrirmælin séu óskýr og órökstudd og uppfylli ekki þær kröfur sem gerðar séu til fyrirmæla sem beint er að félögum með íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Sjónarmið gagnstefnanda voru ekki reifuð frekar við meðferð málsins en að framan greinir. Dómurinn telur enga ástæðu til að hrófla við þessum fyrirmælum og hafnar sjónarmiðum gagnstefnanda þar að lútandi.

Þar sem sjónarmiðum gagnstefnanda í málinu hefur að meginstefnu til verið hafnað, en fallist að mestu leyti á sjónarmið aðalstefnanda, ber með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 að gera gagnstefnendum að greiða aðalstefnanda og stefnda málskostnað í gagnsök og aðalsök, sem þykir hæfilega ákveðinn samtals 3.500.000 krónur að teknu tilliti til umfangs málsins og alls reksturs þess fyrir dómnum en fyrir liggur að málið var á fyrri stigum bæði flutt um kröfu gagnstefnanda um dómkvaðningu matsmanns og um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins.

Hólmfríður Grímsdóttir héraðsdómari kveður upp dóm þennan. Dómarinn tók við meðferð málsins 3. janúar 2018.

D Ó M S O R Ð:

Aðalstefnandi, Samkeppniseftirlitið, og stefndi, íslenska ríkið, eru sýknaðir af öllum kröfum gagnstefnanda, Norvik hf. og Byko ehf., í aðalsök og gagnsök.

Ákvæði í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 28. september 2015 í máli nr. 6/2015, um 65.000.000 króna sektargreiðslu gagnstefnanda og að sektin skuli greiddast eigi síðar en mánuði frá dagsetningu þess úrskurðar, er felld úr gildi.

Gagnstefnandinn, Norvik hf., greiði 400.000.000 króna sekt í ríkissjóð að frádregnum 65.000.000 króna sem hann hefur þegar innt af hendi með greiðslu 30. október 2015.

Gagnstefnendur greiði aðalstefnanda og stefnda samtals 3.500.000 krónur í málskostnað í aðalsök og gagnsök.

Hólmfríður Grímsdóttir