

Héraðsdómur Reykjavíkur
Dómhúsinu við Lækjartorg
101 Reykjavík

Reykjavík, 1. júlí 2019

Efni: Krafa um úrskurð á grundvelli 2. mgr. 102. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála

Fyrir hönd Eimskipafélags Íslands hf., kt. 690409-0460, Korngörðum 2, 104 Reykjavík, Eimskips Íslands ehf., kt. 421104-3520, Korngörðum 2, 104 Reykjavík, og TVG-Zimsen ehf., kt. 650269-4389, Korngörðum 2, 104 Reykjavík (hér eftir sameiginlega vísað til sem „**sóknaraðilar**“), er með vísan til 2. mgr. 102. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála („**sml.**“), lögð fyrir Héraðsdóm Reykjavíkur krafa um úrskurð dómsins um að yfirstandandi rannsókn Samkeppniseftirlitsins (hér eftir vísað til sem „**varnaraðili**“) á ætluðum brotum sóknaraðila á samkeppnislögum nr. 44/2005 („**skl.**“) teljist ólögmæt og að henni skuli hætt, auk þess að haldi allra þeirra gagna sem hald var lagt á í húsleitum varnaraðila hjá sóknaraðilum og Símanum hf. dags. 10. september 2013 og 4. júní 2014 skuli aflétt og afritum þeirra eytt.

I. Kröfugerð

Fyrir hönd sóknaraðila eru eftirfarandi kröfur gerðar:

Aðallega að héraðsdómur úrskurði að yfirstandandi rannsókn varnaraðila á ætluðum brotum sóknaraðila, auðkennd með málanúmerunum 1309012 og 1306004 hjá varnaraðila, sé ólögmæt og að henni skuli hætt, og að haldi allra þeirra gagna sem hald var lagt á í húsleitum varnaraðila hjá sóknaraðilum og Símanum hf. dags. 10. september 2013 og 4. júní 2014 skuli aflétt og afritum þeirra eytt.

Til vara að héraðsdómur úrskurði að rannsókn varnaraðila sem grundvallast á gögnum sem hald var lagt á í húsleitum varnaraðila hjá sóknaraðilum og Símanum hf. dags. 10. september 2013 og 4. júní 2014 sé ólögmæt og henni skuli hætt, og að haldi allra þeirra gagna sem hald var lagt á í húsleitum varnaraðila hjá sóknaraðilum og Símanum hf. dags. 10. september 2013 og 4. júní 2014 skuli aflétt og afritum þeirra eytt.

Til þrautavara að héraðsdómur úrskurði að rannsókn varnaraðila á sóknaraðilum sé ólögmæt og skuli hætt að því er varðar atvik sem áttu sér stað fyrir 6. júní 2011, og að haldi allra þeirra gagna sem hald var lagt á í húsleitum varnaraðila hjá sóknaraðilum og Símanum hf. dags. 10. september 2013 og 4. júní 2014 skuli aflétt og afritum þeirra eytt.

Til þrautþrautavara að héraðsdómur úrskurði að rannsókn varnaraðila á sóknaraðilum sé ólögmæt og skuli hætt að því er varðar atvik sem áttu sér stað fyrir 22. september 2009, og að haldi allra þeirra gagna sem hald var lagt á í húsleitum varnaraðila hjá sóknaraðilum og Símanum hf. dags. 10. september 2013 og 4. júní 2014 skuli aflétt og afritum þeirra eytt.

Þá er þess í öllum tilvikum krafist að varnaraðila verði gert að greiða sóknaraðilum hverjum fyrir sig málskostnað að mati dómsins eða samkvæmt síðar framlögðum málskostnaðarreikningi.

II. Málflutningsumboð

Halldór Brynjar Halldórsson lögmaður, LOGOS lögmannsþjónusta, Efstaleiti 5, Reykjavík, rekur málið fyrir hönd sóknaraðila.

III. Framlögð gögn

Af hálfu sóknaraðila eru eftirtalin gögn lögð fram:

Nr. 1. Krafa þessi.

Nr. 2-60. Skrá ásamt þeim skjölum sem þar eru tilgreind

IV. Kjarni málsins og lagaheimild

1. Mál þetta hverfist um kröfu sóknaraðila, annars vegar að rannsókn varnaraðila á ætluðum brotum sóknaraðila verði hætt, og hins vegar að haldlögðum gögnum við hútleitir varnaraðila hjá sóknaraðilum og Símanum hf. verði skilað og afritum þeirra eytt.
2. Heimild sóknaraðila til kröfugerðarinnar byggir á 2. mgr. 102. gr. laga um meðferð sakamála, sbr. dómafordæmi þess efnis. Í ákvæði 2. mgr. 102. gr. laga um meðferð sakamála, sbr. sama orðalag eldri heimildar 75. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála, felst þannig heimild til að bera undir dómstóla ágreining um lögmati rannsóknar í heild sinni af formástæðum. Er það gert með kröfu þessari. Byggja sóknaraðilar á því að hið sama verði að gilda um rannsókn varnaraðila á hendur þeim. Stafi þetta m.a. af eftirfarandi ástæðum.
3. *Í fyrsta lagi* kveður 2. mgr. 20. gr. samkeppnislaga á um að við leit og haldlagningu skuli fylgja ákvæðum laga um meðferð sakamála. Þá hefur ákvæðið verið túlkað þannig að nauðsyn sé á dómsúrskurði við beitingu 20. gr. laganna. Af þessu leiðir að tryggja verði sóknaraðilum öll þau réttindi og úrræði sem kveðið er á um í lögum um meðferð sakamála, enda er þeim ætlað að tryggja réttindi þeirra einstaklinga og lögaðila sem sæta þeim þvingunarúrræðum sem lög um meðferð sakamála kveða á um.
4. *Í öðru lagi* hafa sóknaraðilar óumdeilanlega sætt úrræðum laga um meðferð sakamála við rannsókn varnaraðila og í kröfu þessari er byggt á því að beiting þeirra og framkvæmd hafi ekki verið í samræmi við lög. Af þeirri ástæðu einni gilda löggin um rannsókn varnaraðila, þ.m.t. 102. gr. þeirra.
5. Loks *í þriðja lagi* teljast þau refsikenndu viðurlög sem varnaraðila hefur heimild til að leggja á sóknaraðila til *refsingar* í skilningi 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli nr. 43509/08, *Menarini Diagnostics S.R.L. gegn Ítalíu*. Byggja sóknaraðilar á því að við þær aðstæður verði að tryggja þeim sömu réttarúrræði og sakborningar njóta að íslenskum lögum, enda

réttilát málsmeðferð þeirra í skilningi 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmálans ella ekki tryggð.

6. Þá gera sóknaraðilar í öllum kröfuliðum sjálfstæða kröfu um að haldi verði aflétt og afritum haldlagðra gagna eytt, svo sem þeim er óumdeilanlega heimilt, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 633/2009, *Samkeppniseftirlitið gegn Valitor hf.*
7. Í hnotskurn byggja sóknaraðilar á því að nauðsynlegt sé að stöðva rannsókn varnaraðila og aflétta haldi meðal annars af þeim sökum að hún byggji á *gögnum sem lagaheimild stóð ekki til að haldleggja*, héraðsdómur hafi verið *blekktur til að veita húsleitarmeimildir*, rannsókn málsins hafi verið í höndum *starfsmanns sem sé vanhæfur*, og rannsóknin sé ólögmæt þar sem brotið hafi verið með svo *alvarlegum hætti gegn stjórnarskrárvörðum réttindum* sóknaraðila.
8. Nánar verður vikið að þessu í umfjöllun um málsástæður í lið VI hér á eftir, en vegna umfangs málsins er áður en að því kemur nauðsynlegt að víkja nokkuð ítarlega að málsatvikum.

V. Málsatvik

A. Varnaraðili tilkynnir um formlega rannsókn á landflutningamarkaðnum árið 2010

9. Varnaraðili hefur haft sóknaraðila, Eimskipafélag Íslands hf., Eimskip Ísland ehf. og TVG-Zimsen ehf. (tvö fyrrnefndu félögin hér eftir sameiginlega vísað til sem „Eimskip“) og forvera þeirra til rannsóknar í a.m.k. rúm tíu ár vegna ætlaðra brota félaganna á samkeppnislögum.
10. Má þetta meðal annars sjá í skýrslu varnaraðila „*Öflug uppbygging – opnun markaða og efling atvinnustarfsemi*“ sem gefin var út þann 27. nóvember 2008 og uppfærð þann 29. júní 2009. Þar var fjallað um alla helstu markaði íslensks atvinnulífs, þ.m.t. sjóflutningamarkað og landflutningamarkað. Í kaflanum um landflutningamarkað kemur fram að varnaraðili sé með til athugunar hvort HF. Eimskipafélag Íslands hafi mögulega misnotað meinta markaðsráðandi stöðu sína á landflutningamarkaði með skaðlegri undirverðlagningu, einkakaupasamningum og ólögmætri samtvinnun land- og sjóflutninga, sbr. fskj. 3.
11. Rekstur Eimskips var á árunum 2007 til 2009 í félaginu HF. Eimskipafélag Íslands. Í kjölfar efnahagshruns fór félagið í gegnum nauðasamninga á síðari hluta ársins 2009, sbr. fskj. 4. Í september 2009 eignaðist nýtt hlutafélag (L1003 ehf.) í eigu kröfuhafa HF. Eimskipafélags Íslands þann hluta rekstrarins sem í dag er rekinn af Eimskip. Samhliða þessu var nafni HF. Eimskipafélags Íslands breytt í A1988 hf., sem er starfandi enn í dag. Verður hér eftir vísað til þess félags sem „**A1988**“, hvort sem vísað er til reksturs þess fyrir eða eftir nauðasamninginn. Nafni hins nýja hlutafélags kröfuhafa Eimskips (L1003 ehf.) var svo breytt í Eimskipafélag Íslands hf. Í samningnum var m.a. tæmandi listi yfir þær ábyrgðir og skuldbindingar sem hið nýja félag samþykkti að taka yfir og þar var ekki að finna sektir í tengslum við samkeppnislagaþrot sem kynnu að hafa verið framin áður en hið nýja félag tók við.

12. Hinn 29. mars 2010 sendi varnaraðili Eimskip bréf þess efnis að ákveðið hefði verið að taka fyrirtækið til skoðunar varðandi hugsanleg brot þess á 10. og 11. gr. skl. í tengslum við landflutningamarkaðinn, sbr. fskj. 5. Ákvörðunin átti sýnilega rætur í ábendingum samkeppnisaðila og viðskiptavina á markaði og til skoðunar var hvort Eimskip nýtti sér yfirburðastöðu á flutningamarkaðinum sem og ætlað ólöglegt samráð við Samskip hf. (hér eftir vísað til sem „**Samskip**“).
13. Varnaraðili gerði kröfu um að fá upplýsingar og gögn fyrir árin 2007, 2008 og 2009 á grundvelli 19. gr. skl., þrátt fyrir að vera meðvitað um að A1988 hafði farið í gegnum nauðasamninga haustið 2009 og að nýtt félag, í eigu fyrrum kröfuhafa, hafði þá yfirtekið starfsemi þess. Gagnabeiðnin náði því yfir tímabil þar sem tveir mismunandi lögaðilar komu að rekstrinum.
14. Í svarbréfi Eimskips, dagsettu 19. maí 2010, áréttaði félagið fyrrgreindar breytingar sem urðu með fjárhagslegri endurskipulagningu og yfirtöku kröfuhafa á rekstri A1988 í gegnum nýtt félag. Það var alveg skýrt í bréfinu að hið nýja félag taldi sig ekki bera ábyrgð á hugsanlegum brotum sem átt hefðu sér stað í rekstri A1988 áður en Eimskip tók yfir hluta rekstrar A1988 í september 2009, þótt vörumerkið, Eimskip, væri hið sama og þrátt fyrir að þeir myndu afhenda gögn samkvæmt umræddri gagnabeiðni, sbr. fskj. 6.
15. Þrátt fyrir að Eimskip hefði efasemdir um lögmati rannsóknar varnaraðila þá sýndi félagið samstarfsvilja og bauð eftirlitinu t.a.m. að senda fólk til að skoða og taka út starfsemi félagsins í því skyni að leysa málið eins skjótt og mögulegt væri. Gögn voru afhent 19. maí 2010 með svarbréfi frá LOGOS lögmannsþjónustu þar sem ítarlega var farið yfir spurningar eftirlitsins og því veitt efnisleg svör við framkomnum spurningum, sbr. fskj. 6.

B. Samskipti sóknaraðila og varnaraðila 2010-2012

16. Frá svarbréfinu í maí 2010 heyrðu sóknaraðilar ekki frekar frá varnaraðila á því ári. Þá heyrðu sóknaraðilar ekkert frá varnaraðila á árinu 2011 né stærstan hluta ársins 2012.

C. Samskipti sóknaraðila og varnaraðila í lok árs 2012

17. Í nóvember 2012 hafði [...], starfsmaður varnaraðila, samband við framkvæmdastjóra sóknaraðilans TVG-Zimsen ehf. og óskaði eftir því að fá að koma í heimsókn til félagsins. Ástæðan fyrir heimsókninni var sögð tvíþætt: „Í fyrsta lagi að uppfæra þekkingu sérfræðinga SE á þessum markaði. Í öðru lagi stendur nú yfir formarkaðsgreining á nokkrum mörkuðum hjá Samkeppniseftirlitinu, sem lögð verður til grundvallar því hvaða markaður verður rannsakaður sérstaklega í svokallaðri markaðsrannsókn. Um markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins er m.a. fjallað í umræðuskjali nr. 2/2012.“ Óskað var eftir því að félagið útbyggji stutta kynningu þar sem fjallað væri um starfsemi félagsins almennt, helstu samkeppnishindranir og lausnir á þeim, samstarf aðila og/eða keppinauta á markaðnum og áhrif á starfsemi félagsins/markaðinn og framtíðarsýn fyrirtækisins. Fundurinn var haldinn 27. nóvember 2012 með stjórnendum og lögmonnum TVG-Zimsen ehf. og hópi starfsmanna varnaraðila.

18. Þann 4. desember 2012 var að beiðni varnaraðila haldinn sambærilegur fundur með stjórnendum og lögmönnum Eimskips, en sami hópur starfsmanna mætti frá varnaraðila af því tilefni. Upplýsti varnaraðili að tilgangur fundarins væri fyrst og fremst að uppfærða nýja starfsmenn eftirlitsins og skilja betur þá markaði sem félagið starfar á.
19. Hinn 21. desember 2012 bárust Eimskip bréf varnaraðila þar sem öll opin mál sem vörðuðu fyrirtæki í samstæðu Eimskips voru felld niður, nema fyrrgreind rannsókn eftirlitsins á landflutningamarkaðinum (fskj. 7). Voru langflest þessara mála tilkomin vegna kvartana Samskipa yfir ætluðum brotum Eimskips gegn Samskipum.

D. Deilur Samskipa og Eimskips til ársins 2013

20. Samskip og Eimskip höfðu þannig lengi eldað grátt silfur í samkeppnismálum og oft og tíðum beindi Samskip kvörtunum til varnaraðila vegna meintra brota Eimskips á reglum samkeppnislaga gagnvart Samskipum. Er mikilvægt að gera grein fyrir þessu í samhengi við rannsókn varnaraðila á ætluðu samráði félaganna. Virðist varnaraðili þannig gera ráð fyrir því að á sama tíma og skeytin gengu á milli félaganna, þ.m.t. kröfur Samskipa um húsleit hjá Eimskip, hafi þau engu að síður getað stundað umfangsmikið samráð. Vart þarf að fjölyrða um hversu ólíkleg slík atburðarás er, enda hefði umkrafin húsleit komið upp um slíkt ætlað samráð, hefði það verið fyrir hendi.
21. Rétt er að halda því til haga hér að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 uppkveðnum þann 12. mars 2008 staðfesti áfrýjunarnefndin þá niðurstöðu varnaraðila að A1988 hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með háttsemi sinni í markaðsatlögu gegn Samskipum og sektaði félagið um kr. 230 milljónir. Byggði sú niðurstaða m.a. á því að innan A1988 hefðu þau boð verið látin út ganga að setja skyldi Samskip „á hælana“ með því að gera sérstaka atlögu að öflun viðskipta frá félaginu.
22. Þann 3. júlí 2013 sendi lögmaður Samskipa langa og ítarlega kvörtun til varnaraðila vegna gruns um misnotkun á markaðsráðandi stöðu af hálfu Eimskips í tengslum við siglingaleiðina milli Íslands og Evrópu. Í augum Samskipa var Eimskip augljóslega að brjóta gegn 11. gr. skl. með því að nýta sér markaðsráðandi stöðu sína til að ná viðskiptavinum frá Samskipum. Í kvörtuninni sagði: „*Miklir hagsmunir eru í því fólgnir fyrir umbjóðanda minn að Samkeppniseftirlitið hlutist til um rannsókn á háttsemi Eimskips. Þess er óskað að rannsókn málsins verði hraðað sem frekast er kostur. Umbjóðandi minn er reiðubúinn að veita alla þá aðstoð og upplýsingar sem þörf er á í því skyni,*“ sbr. fskj. 8, bls. 8.

E. Varnaraðili hefur formlega rannsókn á sjóflutningamarkaðinum 2013

23. Í júní 2013 hóf varnaraðili formlega rannsókn (auðkennd nr. 1306004 af varnaraðila) á ætluðu ólögmetu samráði Eimskips og Samskipa á hinum ýmsu mörkuðum. Hafði varnaraðili áður átt fundi með stórum viðskiptavinum félaganna og fengið frásagnir af háttsemi sem talin var benda til samráðs, s.s. sögur um að enginn áhugi væri á því að gera tilboð í flutninga sem voru hjá samkeppnisaðila, en einnig sögusagnir um að forstjóri Eimskips hafi gefið fyrimæli um að ekki mætti „*hjóla í Samskip*“.

24. Athygli vekur að fyrrnefnd kæra Samskipa virðist engin áhrif hafa haft á það mat varnaraðila að Eimskip og Samskip stæðu í umfangsmiklu ólögsmætu samstarfi, sem byggði á fullyrðingum nokkurra viðskiptavina og samkeppnisaðila skipafélaganna tveggja sumarið 2013, sbr. fskj. 9, bls. 11.
25. Inntak þess sem þessir ónefndu stóru viðskiptavinir skipafélaganna sögðu var því að búið væri að skipta viðskiptavinum milli félaganna og því þýddi ekkert fyrir innflytjendur að reyna að færa sig milli skipafélaga til að leita lægri verða.
26. Sóknaraðilum var tilkynnt formlega um þessa rannsókn með bréfi dags. 10. september 2013 (fskj. 10). Hefur Samkeppniseftirlitið síðan vísað til þess sem sérstaks stjórnáslumáls sem varðar sakarefni máls þessa, sbr. greinargerð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála dags. 27. júní 2014 (fskj. 11). Rannsóknin, sem sakarefni máls þessa varðar, er skýrt afmörkuð með málanúmerinu 1306004 í áðurnefndu bréfi þar sem tilkynnt var um það dags. 10. september 2013. Kemur jafnframt fram í bréfinu að eldri rannsókn á landflutningamarkaði sem lýst var í lið V.A. hér að framan hafi verið sameinuð þeirri rannsókn. Var það eina aðgerðin í því máli frá vormánuðum 2010 og aðhafðist varnaraðili því ekkert vegna þeirrar formlegu rannsóknar í tæp þrjú og hálf ár.

F. Varnaraðili gerir kröfu um húsleit hjá sóknaraðilum haustið 2013

27. Þann 9. september 2013 lagði varnaraðili fram kröfu í Héraðsdómi Reykjavíkur um húsleit og haldlagningu gagna hjá annars vegar sóknaraðilum og hins vegar Símanum hf., hvar tölvutæk gögn og tölvupóstur var vistaður. Fullyrti varnaraðili í kröfunni:

„að á grundvelli upplýsinga frá viðskiptavinum og keppinautum hefur Samkeppniseftirlitið ríkar ástæður til þess að ætla að Eimskip hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með samráði við Samskip. Einnig hefur Samkeppniseftirlitið ríkar ástæður til að ætla að Eimskip hafi misnotað ætlaða markaðsráðandi stöðu sína og þ.a.l. brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.“
28. Í kröfunni er hins vegar hvergi minnst á þá staðreynd að Samskip beindi kvörtun til varnaraðila vegna ætlaðra brota Eimskips á 11. gr. skl., og krafðist þess að Samkeppniseftirlitið rannsakaði málið, rúmum tveimur mánuðum áður, sbr. fskj. 12. Óskiljanlegt er að varnaraðili hafi talið líklegt að félögin tvö, Eimskip og Samskip, hafi staðið í beinu samráði á sama tíma og Samskip hreinlega hvatti eftirlitið til að rannsaka Eimskip, sbr. fskj. 8, bls. 7. Þá er ljóst að Héraðsdómur Reykjavíkur sem úrskurðaði um heimild til húsleitanna fékk ekki hlutlæga mynd af atvikum, þar sem varnaraðili upplýsti ekki um framangreinda kvörtun.
29. Til stuðnings þeim fullyrðingum sem koma fram í kröfugerð varnaraðila fyrir héraðsdómi var lagt fram skjal með reifun helstu atriða frá áðurnefndum fundum með viðskiptavinum og keppinautum Eimskips og Samskipa. Í málinu liggja fyrir nokkrar útgáfur þessa skjals, en engin þeirra inniheldur ákveðin og skilgreind lögbrot, heldur er þar einungis að finna huglægt mat nafnlausra viðmælanda eða lýsingar á óstaðfestum sögusögnum um brot, sbr. fskj. 13.
30. Rétt er að geta þess að sóknaraðilar hafa ekki getað sannreynt hvort að einhver útgáfa þessarar samantektar varnaraðila á fundum með viðskiptavinum og

samkeppnisaðilum Eimskips og Samskipa hafi yfir höfuð verið lögð fram þrátt fyrir að í úrskurðum Héraðsdóms Reykjavíkur sé vísað til þess að rannsóknargögn málsins liggi frammi og byggt sé á þeim í rökstuðningi héraðsdóms. Ástæða þess er að umrædd gögn eru ekki í vörslu dómstólsins, sbr. fskj. 14.

31. Héraðsdómur Reykjavíkur veitti heimild til húsleitar og haldlagningar með úrskurði uppkveðnum þann 9. september 2013 (fskj. 15). Í úrskurðinum segir:

„með vísun til framangreindrar greinargerðar Samkeppniseftirlitsins og með vísun til 1. mgr. 74. gr. og 1. mgr. 75. gr. laga nr. 88/2008 verður húsleit og haldlagning heimiluð eins og krafist er og nánar greinir í úrskurðarorði.“

32. Úrskurðarorðið er mjög víðtækt og heimilaði leit og haldlagningu hjá öllum sóknaraðilum auk Símans hf., en þar segir m.a.:

„Heimildin nær einnig til leitar á starfsstöðvum framangreindra félaga í Korngörðum 2, Klettagörðum 15 og Sundabakka 2, Reykjavík. Heimildin nær til leitar og haldlagningar á munum og gögnum í húsnæði og starfsstöðvum framangreindra félaga og læstum hirslum og til að taka afrit gagna, sem geymd eru á tölvutæku formi. Þá nær heimildin til leitar og afritunar tölvutækra gagna framangreindra félaga sem kunna að vera geymd á tölvutæku formi á starfsstöðvum Símans hf., kt. 500269-6779, skráðum að Ármúla 25 en jafnframt með aðsetur að Ármúla 27 og 31 og Suðurlandsbraut 28 og 30, Reykjavík.“

33. Athygli vekur að dómariinn vísar ekki til 20. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 um lagagrundvöll heimildarinnar. Er hún eingöngu byggð á ákvæðum laga nr. 88/2008 og lagt til grundvallar að skilyrði 74. gr. laganna séu uppfyllt, sem sóknaraðilar byggja á að hafi ekki verið raunin eins og nánar greinir í kröfu þessari.

G. Varnaraðili fer í húsleit hjá sóknaraðilum þann 10. september 2013

34. Að morgni 10. september 2013 mætti fjöldi manna á vegum varnaraðila á starfsstöðvar sóknaraðila í fylgd lögreglunnar. Lögreglumenn gengu hratt til verks og dreifði húsleitarhópurinn sér um skrifstofur í Sundabakka 2, Korngörðum 2 og Klettagörðum 15 og hóf leit og haldlagningu. Skal tekið fram að ekki var beðið eftir lögmönnum félagsins þrátt fyrir beiðni þar um, heldur hófst vinna leitarfólks m.a. með haldlagningu og afritun snjallsíma og fartölvum fjölda starfsmanna án heimildar, sbr. fskj. 16.

35. Um leið og lögmenn sóknaraðila komu á vettvang bentu þeir á að húsleitinn færi ekki fram með heimild félaganna og aðgerðunum sem slíkum væri mótmælt, sbr. fskj. 16.

36. Starfsmenn varnaraðila lögðu einnig leið sína á starfsstöðvar Símans hf. og kröfðust þess að fá afrit af tölvupóstum og heimasvæðum starfsmanna Eimskips og hinna tveggja fyrirtækjanna sem nefnd voru í úrskurðarorðinu, sem þeir og fengu. Þá kröfðust leitar menn aðgangs að persónulegum „Facebook“ síðum nokkurra starfsmanna, án þess að úrskurður héraðsdóms heimilaði það og urðu einhverjir starfsmenn við þeim kröfum í þeirri trú að þær væru lögmætar.

H. Kröfur sóknaraðila um gögn og upplýsingar

37. Sama dag og húsleitinn var gerð kröfðust lögmenn sóknaraðila aðgang að beiðni eða beiðnum varnaraðila til Héraðsdóms Reykjavíkur, auk allra þeirra gagna sem þar voru lögð fram (fskj. 17). Þremur dögum síðar hafnaði varnaraðili kröfunni með vísan til lögmæltis hlutverks síns, afhending gæti torvelað rannsóknina, auk þess sem í hluta gagnanna væri að finna trúnaðarupplýsingar sem yrðu ekki afhentar m.v.t. 34. gr. samkeppnislaga (fskj. 18).

38. Sóknaraðilar kærðu þá ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Leiddi enda synjunin til þess að húsleit hafði verið framkvæmd hjá sóknaraðilum án þess að þeir hefðu verið upplýstir um sakarefnið. Í greinargerð sinni fyrir áfrýjunarnefnd (fskj. 19) hafnaði varnaraðili afhendingu gagnanna, og byggði á því að sóknaraðilar hefðu verið upplýstir um sakarefnið. Um það segir í greinargerðinni:

„Á grundvelli framangreinds er áfrýjendum ljóst að til rannsóknar er hvort þeir hafi brotið bann 10. gr. samkeppnislaga með samráði við Samskip. Einnig sé til rannsóknar hvort áfrýjendur hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Jafnframt var áfrýjendum gert ljóst að ætluð brot virðast hafa átt sér stað á mörkuðum fyrir sjóflutning, landflutninga og flutningamiðlun. Verður að telja að þetta fullnægi kröfum 14. gr. stjórnsýslulaga um tilkynningu um meðferð máls.“

39. Hér er þess hins vegar að gæta að samkeppnislög innihalda einungis tvær bannreglur, 10. gr. um bann við ólögmætu samráði og 11. gr. um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þá er þess að gæta að svo til öll starfsemi sóknaraðila fer fram á þeim mörkuðum sem tilgreindir voru, fyrir sjóflutninga, landflutninga og flutningsmiðlun.

40. Í kjölfar húsleitar var því sakarefnið efnislega afmarkað á þann hátt að um væri að ræða einhver möguleg brot gegn samkeppnislögum á einhverjum þeirra markaða sem sóknaraðilar starfa á. Liggur í hlutarins eðli að það er engin raunveruleg og lögmæt afmörkun á sakarefni. Lá því ekkert sakarefni fyrir á hendur sóknaraðilum við húsleitina.

41. Með úrskurði í desember 2013 í máli nr. 7/2013 felldi áfrýjunarnefnd synjun varnaraðila úr gildi og lagði fyrir hann að taka efnislega afstöðu til þess hvaða hluta kröfunnar um húsleit og fylgigagna skyldi afhenda og hvaða hlutar gætu verið háðir trúnaði (fskj. 20).

42. Varnaraðili varð ekki við þessum fyrirmælum áfrýjunarnefndar fyrr en um hálfu ári síðar, með töku nýrrar ákvörðunar þann 3. júní 2014. Hafði varnaraðili þá beint kæru til embættis héraðssaksóknara á ætluðum brotum tiltekinna starfsmanna sóknaraðila, og nýtti sér þá staðreynd til að réttlæta útstrikun nær allra upplýsinga í hinum afhentu gögnum, sem þannig voru afhent svo til öll útstrikuð (fskj. 21). Þrátt fyrir kæru til lögreglu var sakarefnið enn ekki afmarkað á neinn hátt í málatilbúnaði varnaraðila.

43. Sóknaraðilar voru því knúnir til að beina á ný kæru til áfrýjunarnefndar. Felldi áfrýjunarnefndin hina nýju synjun jafnframt úr gildi með úrskurði dags. 25. september 2014 í máli nr. 2/2014 (fskj. 22).

44. Með bréfi dags. 16. október 2014 gerðu sóknaraðilar síðan kröfu um afhendingu á kæru varnaraðila til lögreglu ásamt fylgigögnum (fskj. 23). Var þeirri kröfu jafnframt synjað af varnaraðila með bréfi dags. 28. október 2014 (fskj. 24). Enn á ný þurftu sóknaraðilar því að kæra slíka synjun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem felldi ákvörðun varnaraðila enn og aftur úr gildi með úrskurði dags. 22. desember 2014 í máli nr. 6/2014 (fskj. 25).
45. Í kjölfar úrskurðarins afhenti varnaraðili loks kærana og fylgiskjöl með ákvörðun dags. 30. mars 2015, þó þannig að stórir hlutar voru felldir út vegna ætlaðra rannsóknarhagsmuna.
46. Varnaraðili synjaði þannig sóknaraðilum a.m.k. í þrígang á ólögsmætan hátt um aðgang að gögnum málsins. Þá liggur fyrir að sakarefni málsins var í engu afmarkað við húsleit. Er útilokað annað en að álykta að þessar ólögsmætu synjanir hafi í reynd grundvallast á því að varnaraðili hafi viljað fela þá staðreynd svo lengi sem mögulegt væri að hann hefði í raun ekkert í höndunum sem réttlætti rökstuddan grun um ætluð brot, í þeirri von að byggja mætti upp slíkan grun með rannsókn hinna haldlögðu gagna. Var því um að ræða skólabókardæmi um veiðiferð eftirlitsstjórnvalds.

I. Varnaraðili fellir niður kvörtun Samskipa í september 2013

47. Kvörtun Samskipa til varnaraðila frá 3. júlí 2013 var felld niður rúmum tveimur vikum eftir húsleitina með vísan til „svigrúms“ eftirlitsins til að velja hvaða mál það rannsakar sbr. fskj. 26. Var ákvörðun varnaraðila um niðurfellingu rannsóknarinnar byggð á því að kvörtun Samskipa frá 3. júlí 2013 ynni gegn þeirri rannsókn sem hófst með húsleit hjá sóknaraðilum og Samskipum þann 10. september 2013. Að mati sóknaraðila bendir kvörtun Samskipa á hinn bóginn ótvírætt til þess að ekki sé um samráð milli félaganna að ræða og ákvörðunin um að fella niður rannsókn á þeirri kvörtun hafi ekki byggt á hlutlægu mati, heldur því að kvörtunin samræmdist ekki kenningu varnaraðila um ætlað samráð.
48. Samskip mótmæltu þessari niðurstöðu harðlega, sbr. fskj. 27. Brást varnaraðili við þeim mótmælum með því að sameina kvörtun Samskipa við samráðsmálið, að minnsta kosti í orði kveðnu, sbr. fskj. 28. Hafa sóknaraðilar þó ekki orðið varir við rannsóknarathafnir af hálfu varnaraðila vegna þessa hluta málsins.

J. Kæra varnaraðila til héraðssaksóknara þann 21. mars 2014

49. Rúmu hálfu ári eftir húsleit hjá sóknaraðilum kærði varnaraðili ellefu starfsmenn sóknaraðila og Samskipa til embættis héraðssaksóknara fyrir ætluð brot gegn viðurlagaákvæði samkeppnislaga, án þess að vísa til þess hvaða efnisreglur laganna hefðu verið brotnar, sbr. fskj. 29, bls. 1.
50. Í kærinni er farið yfir feril málsins hjá varnaraðila allt frá árinu 2012 og fjallað um ætluð brot sóknaraðila og Samskipa á 10. gr. skl. (ólögsmætt samráð). Þar er hins vegar hvergi minnst á þá mikilvægu staðreynd að Samskip hafði kvartað undan Eimskip í júlí 2013 vegna meintra brota á 11. gr. skl. (misnotkun á markaðsráðandi stöðu), líklega af þeirri ástæðu að það myndi grafa undan þeim fullyrðingum sem eftirlitið hefði uppi um hið meinta samráð. Var því lýsing atvika í kærinni ekki hlutlæg.

51. Kæran er merkt tilvísunarnúmerinu 1309012 og er því augljóslega ekki sama málið og hafði verið kynnt Eimskip formlega með bréfi þann 10. september 2013. Ganga sóknaraðilar út frá því að tilvísunarnúmerið 1309012 hafi þannig verið stofnað sérstaklega utan um mögulega refsiverða háttsemi einstaklinga og kæru á slíkri háttsemi til lögreglu, sbr. 1. mgr. 42. gr. skl. Engin fylgigögn með kærinni sýna fram á samráð stjórnenda sóknaraðila og Samskipa. Þau eru langflest rekstraráætlanir sem haldlagðar voru hjá fyrirtækjunum, sem varnaraðili las saman og fékk út að félögin ættu með sér samráð, án nokkurs efnislegs rökstuðnings eða beinna sönnunargagna. Varnaraðili teygir sig svo langt í túlkun haldlagðra gagna að hann sér sig knúinn til að hafa sérstakan kafla í kærinni, 4.1, sem fjallar um „þýðing[u] rekstraráætlana fyrirtækja“ sbr. fskj. 27, bls. 5.
52. Í 3. kafla kærunnar er tilgreint sem ætlað brot saga frá ónefndu fyrirtæki sem á að hafa borist upplýsingar um að á árinu 2011 hefði forstjóri Eimskips látið þau boð út ganga til undirmanna sinna að ekki ætti að „*hjóla í Samskip*“ sbr. fskj. 29, bls. 3.
53. Skýtur það nokkuð skökku við að slík ætluð ummæli séu talin efni í kæru til lögreglu, þegar skilaboð innan Eimskips um að setja ætti Samskip „*á hælana*“ voru einmitt talin brotleg gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga með ákvörðun varnaraðila nr. 70/2007. Varnaraðili virðist því ekki geta ákveðið í hvorn fótinn hann á að stíga gagnvart sóknaraðilum og grípur því til þess óyndisúrræðis að byggja á öndverðum staðhæfingum í sitt hvoru málinu varðandi sama tímabil, sem ljóst er að ekki fær staðist nokkra skoðun.

K. Ný krafa varnaraðila um húsleit hjá sóknaraðilum í júní 2014

54. Varnaraðili lagði aftur leið sína í Héraðsdóm Reykjavíkur þann 3. júní 2014 og krafðist á sama lagagrundvelli og áður heimildar til húsleitar og haldlagningar gagna hjá sóknaraðilum og Samskipum, sbr. fskj. 30.
55. Í kröfugerðinni segir m.a.: „*Samkeppniseftirlitið telur ríkar ástæður til þess að ætla að Eimskip hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, með síðari breytingum (hér eftir samkeppnislög) með samráði við Samskip.*“ Enn er því fullyrt að félögin vinni saman, þrátt fyrir að engin bein sönnunargögn bendi til þess.
56. Í kröfugerðinni er yfirlit yfir rannsókn málsins en líkt og í kröfugerð vegna fyrri húsleitar er þar hvergi minnst á kvörtun Samskipa frá 3. júlí 2013. Á ný er því héraðsdómur ekki upplýstur um atvik á hlutlægan hátt.
57. Varnaraðili upplýsir héraðsdóm hins vegar um kærur varnaraðila á hendur 11 núverandi og fyrrverandi starfsmönnum sóknaraðila til lögreglu og segir svo:

*„Eins og áður hefur komið fram var á grundvelli úrskurðar Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. R-337/2013 framkvæmd húsleit hjá Eimskip í september sl. þar sem munir og gögn voru haldlögð og tölvutæk gögn afrituð. Samkeppniseftirlitið hefur við rannsókn málsins unnið að skoðun umræddra gagna. Eftir kæru til lögreglu er þeirri rannsóknaraðgerð framhaldið með **sameiginlegri rannsóknar- og aðgerðaráætlun eftirlitsins og lögreglu**, en samkeppnislög gera ráð fyrir samstarfi og upplýsingamiðlum milli Samkeppniseftirlits og lögreglu við slíkar rannsóknir, sbr. síðari máls. 5. og 6. mgr. 42. gr. samkeppnislaganna. Framangreind*

rannsókn á afrituðum tölvutækum gögnum hefur leitt í ljós að tiltekin afrit af tölvutækum gögnum frá Eimskip vantar að hluta eða öllu leyti frá fjórum eftirtöldum starfsmönnum eða eftir atvikum fyrrverandi starfsmönnum Eimskips [...]” (leturbr. hér), sbr. fskj. 30 bls. 5.

58. Með vísan til umfjöllunar hér á eftir er ljóst að varnaraðili fór vísitandi rangt með staðreyndir þegar fullyrt var að til væri sameiginleg rannsóknar- og aðgerðaráætlun með lögreglu. Í júní 2014 var héraðssaksóknari ekki búinn að úthluta málinu til rannsóknarhóps og engin vinna hafði þá farið fram í tengslum við málið af hálfu héraðssaksóknara/lögreglu. Engin sameiginleg rannsóknar- og aðgerðaráætlun var því fyrir hendi, þvert á staðhæfingu varnaraðila til héraðsdóms þess efnis.
59. Húsleitar- og haldlagningaraðgerðin sem fylgdi í kjölfar úrskurðar Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. R-167/2014 (fskj. 31) var mun umfangsminni en í fyrri húsleit. Tveir starfsmenn varnaraðila mættu á starfsstöðvar sóknaraðila og Símans hf. og afrituðu rafræn gögn fjögurra starfsmanna.
60. Enginn fulltrúi héraðssaksóknara hafði nokkra aðkomu að þessari húsleit, hvorki kröfugerð né framkvæmd, líkt og áskilið er í lögum.
61. Á degi þessarar síðari húsleitar var sóknaraðilum afhent bréf þar sem tilkynnt var fyrst formlega að nokkrir starfsmenn þeirra hefðu verið kærðir til lögreglunnar þann 21. mars 2014. Bréfið er með tilvísun til tveggja mála, annars vegar 1309012 og hins vegar 1306004. Engin lagaheimild stendur til þess að rannsaka mál sóknaraðila undir tveimur málanúmerum, en af efni og framsetningu bréfsins virðist ljóst að fyrrnefnda málanúmerið eigi við um rannsókn á mögulegum refsiverðum brotum einstaklinga og kæru þeirra til lögreglu, en hið síðara um stjórnisýslurannsóknina á hendur sóknaraðilum.

L. Upplýsingum um kæru á hendur starfsmönnum sóknaraðila lekið til Kastljóss haustið 2014

62. Mánudagskvöldið 14. október 2014 og næstu tvö kvöld þar á eftir fjallaði Kastljós RÚV um kæru varnaraðila á hendur starfsmönnum sóknaraðila og Samskipa. Að mati sóknaraðila var ljóst af umfjöllun þáttarins að einhver hinna opinberu aðila hafði lekið til fjölmiðla kærinni frá varnaraðila til lögreglu, því beinar tilvitnanir úr texta hennar birtust í þættinum.
63. Í grein í Morgunblaðinu þann 17. okóber 2014 var Ólafur Þór Hauksson, sérstakur saksóknari, í viðtali vegna lekans. Þar segir:

„Ólafur Þór var spurður hvort rannsókn embættisins væri hafin á kærinni á hendur ellefumeningunum hjá Eimskip og Samskipum:

„Rannsókn á þessu tiltekna máli er ekki hafin hjá okkur. Almenn get ég sagt að þegar okkur berast kærur þá setjum við þær í svokallaða greiningu sem snýr að því hvort rétt sé að hefja rannsókn eða ekki, vegna þess að það eitt og sér getur verið íþyngjandi fyrir þá sem kæran beinist að. Þegar greiningin liggur fyrir, þá er annað hvort metið að málið sé brýnt og þurfi strax að hefja rannsókn eða hvort málið þoli bið, eða verði jafnvel vísað frá. Það er í raun ekki fyrr en búiið er að úthluta máli inn í rannsóknarhóp, sem eiginleg rannsókn hefst, ef hún á annað borð hefst. „Í tilfelli

kærunnar frá Samkeppniseftirlitinu hefur málinu ekki verið úthlutað í rannsóknarhóp" sagði Ólafur Þór." (leturbr. hér), sbr. fskj. 32.

64. Í sömu grein er Páll Gunnar Pálsson, forstjóri varnaraðila, spurður út í málið og sagði hann m.a.: „Það er þannig að Samkeppniseftirlitið hefur samkvæmt lögum það hlutverk að beina kærur til sérstaks saksóknara um hugsanleg lögbrot einstaklinga á samkeppnislögum. Það er þá sérstakur saksóknari sem rannsakar meint brot. Samkeppniseftirlitið rannsakar síðan hugsanleg brot fyrirtækja.“ Þegar hann var spurður út í hvað honum fyndist um að rannsókn sérstaks saksóknara á kærinni væri ekki hafin þá sagði hann: „Ég hef ekkert um það að segja. Það er vitanlega sérstakur saksóknari sem svarar fyrir það.“ (leturbr. hér), sbr. fskj. 32.
65. Hinn 24. október 2014 sendi forstjóri varnaraðila bréf til Fjármálaeftirlitsins í tilefni af fyrirspurn Fjármálaeftirlitsins vegna fyrrgreinds gagnaleka. Í bréfi forstjórans segir svo, sbr. fskj. 33:

„Í því sambandi skal áréttað að Samkeppniseftirlitið hefur ekki tekið endanlega afstöðu til þess hvort brot á samkeppnislögum hafi verið framin í starfsemi fyrirtækjanna. Hefur Samkeppniseftirlitið áréttað það sérstaklega í opinberri tilkynningu, dags. 15. október sl., að rannsókn málsins sé ekki komin á það stig að unnt sé að slá neinu föstu um niðurstöður hennar og að mikil vinna sé óunnin við greiningu gagna og vísbendinga.“

66. Með vísan til 41. gr. a. og 42. gr. skl. vekur það furðu að varnaraðili hafi lagt fram kærur á hendur 11 einstaklingum um ætlaða refsiverða háttsemi þeirra í starfsemi fyrirtækjanna án þess að búið væri að rannsaka málið meira en raun ber vitni. Miðað við orð forstjórans í bréfinu fær ekki staðist að til staðar hafi verið rökstuddur grunur sem réttlætti ítrekaðar þvingunaraðgerðir gagnvart félögunum og kærur um ætluð lögbrot á hendur fjölda einstaklinga.

M. Varnaraðili sendir gagnabeiðnir til sóknaraðila í janúar 2015

67. Þann 23. janúar 2015 sendi varnaraðili umfangsmikla gagnabeiðni til sóknaraðila á grundvelli 19. gr. skl., sbr. fskj. 33. Þar var þess m.a. krafist í tölulið 7 í gagnabeiðninni að sóknaraðilar veittu upplýsingar um samskipti tilgreindra starfsmanna sinna við starfsmenn Samskipa, bæði kærðra á þeim tíma og einstaklinga sem voru síðar kærðir árið 2016 til sérstaks saksóknara. Nauðsynlegt er að hafa í huga að á þessum tímamarki vissi enginn hjá sóknaraðilum hvaða einstaklingar hefðu verið kærðir, nema í ljósi umfjöllunar Kastljóss sem benti til að þáverandi forstjóri Eimskips væri a.m.k. einn hinna kærðu, án þess þó að hafa þá enn fengið réttarstöðu sakbornings.
68. Gagnabeiðnin, sem beindist nær alfarið að starfsmönnum sóknaraðila og athæfi þeirra, er send með tilvísun í málsnúmerið 1309012. Virðist þannig beiðnin fyrst og síðast hafa verið liður í rannsókn á hendur hinum kærðu einstaklingum. Hvorki þá né síðar hafði enda sóknaraðilum verið tilkynnt um stofnun eða tilvist máls nr. 1309012, þaðan af síður mögulega sameiningu þess og máls nr. 1306004 sem tók til rannsóknar allra sakarefna á hendur sóknaraðilum, sbr. hér að framan.
69. Í niðurlagi bréfsins er eftirfarandi texti:

„Vakin er athygli á því að synjun á afhendingu gagna og upplýsinga getur varðað stjórnvaldssektum eða dagsektum, sbr. 37. og 38. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, með síðari breytingum. Að auki er vakin athygli á því að hver sá sem í tengslum við upplýsingaöflun á grundvelli 19. gr. og 20. gr. fyrrgreindra samkeppnislaga og reglna sem settar eru samkvæmt þeim eyðileggur, falsar, kemur undan eða gerir á annan hátt ónothæf hvers konar gögn sem hafa þýðingu fyrir rannsókn Samkeppniseftirlitsins skal sæta sektum eða fangelsi allt að þremur árum nema þyngri refsing liggji við samkvæmt öðrum lögum, sbr. 41. gr. b. fyrrgreindra samkeppnislaga“, sbr. fskj. 34, bls. 7.

70. Varnaraðili var með þessu að fara fram á að sóknaraðilar rannsökuðu sjálfir þá einstaklinga sem grunaðir væru um brot á 10. gr. skl. og voru kærðir til héraðssaksóknara tíu mánuðum áður. Upplýsingar um samskipti þeirra einstaklinga eru augljóslega eitthvað sem héraðssaksóknari átti að hlutast til um að afla, en ekki varnaraðili, enda augljóst að slík gögn eru tengd rannsókn á kæru varnaraðila til lögreglu, en geta ekki átt undir rannsókn varnaraðila eftir kæru þess til lögreglunnar. Bréf varnaraðila dags. 22. október 2015 veitir enn frekari vísbindingar um að tilgangur rannsóknar stofnunarinnar hafi ekki síst beinst að þeim einstaklingum sem kærðir höfðu verið til lögreglu, sbr. hér á eftir. Áðurnefnd staðreynd að beiðnin er send með tilvísun í málsnúmer 1309012 styður þá ályktun.
71. Sóknaraðilar svöruðu umræddri gagnabeiðni 23. mars 2015. Í svarinu kom fram að sóknaraðilar gætu einungis orðið við kröfu um að afhenda öll gögn um samskipti starfsmanna sinna við starfsmenn Samskipa með því að afhenda tölvupósta og heimasvæði umræddra starfsmanna, sem geymd væru hjá Símanum hf., tímabilið 1. janúar 2006 til 31. desember 2007 og 11. september 2013 til 23. janúar 2015. Það voru gögn sem varnaraðili hafði ekki í fórum sínum á þessum tíma, sbr. fskj. 35.
72. Með bréfi dags. 22. október 2015 taldi varnaraðili svör sóknaraðila ekki hafa verið fullnægjandi, og kynnu þau að brjóta gegn 19. gr. skl., sbr. fskj. 36. Í bréfinu var þess krafist að tilteknir starfsmenn sóknaraðila undirrituðu yfirlýsingu um gagnaafhendinguna að viðlagðri refsíábyrgð skv. 41. gr. b. skl. Þannig segir á bls. 11 í bréfinu:

„Með vísan til 19. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig 41. gr. b. laganna, er þess krafist að Eimskip leggi fram skriflega staðfestingu á því að umræddar upplýsingar séu ekki til staðar. Í staðfestingunni skal fjalla með skýrum hætti um eftirfarandi:

- *Rekja skal með nákvæmum hætti hvernig staðið var að upplýsingaöflun um viðkomandi viðskiptastjóra á tímabilinu 2006-2013. Óskað er eftir upplýsingum um nöfn og starfsheiti þeirra starfsmanna sem komu að leit að þessum upplýsingum.*
- *Í staðfestingunni skulu forstjóri Eimskips og sá framkvæmdastjóri (stjórar) sem í dag ber ábyrgð á viðskiptum við framangreinda 25 stærstu viðskiptavinina lýsa því yfir að þeir hafi enga vitneskju um viðkomandi viðskiptastjóra á tímabilinu 2006-2013 og gripið hafi verið til nauðsynlegra ráðstafana til þess að reyna að afla þessara upplýsinga.*
- *Í staðfestingunni skulu viðkomandi staðfesta að þeir hafi kynnt sér ákvæði 41. gr. b samkeppnislaga.*

Fyrirnefnd staðfesting Eimskips skal vera undirrituð af forstjóra ásamt viðkomandi framkvæmdastjóra (stjórum).“ (leturbr. hér).

73. Á bls. 14 í bréfinu voru svo starfsmenn sóknaraðila beinlínis krafðir um að staðfesta að viðlagðri refsíabyrgð að þeir hefðu ekki átt í neinum samskiptum við Samskip. Þannig segir:

„Í ljósi ófullnægjandi gagna- og upplýsingaafhendingar Eimskips skv. töluliðum 7., 8., og 11. í bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 23. janúar 2015 þykir nauðsynlegt með vísan til 19. gr. samkeppnislaga að Eimskip sendi Samkeppniseftirlitinu yfirlýsingu hvers og eins þeirra starfsmanna, sem tilgreindir eru í lið 7 í bréfinu frá 23. janúar 2015 og eru enn starfsmenn Eimskips.

Í yfirlýsingunni skal viðkomandi lýsa því yfir að hann hafi fengið nauðsynlegt ráðrúm til þess að kanna hvort hann búi yfir gögnum eða upplýsingum sem tilgreind eru í liðum 7, 8 og 11. Jafnframt skal viðkomandi staðfesta í yfirlýsingunni að annaðhvort (1) hafi hann ekki átt í neinum samskiptum við Samskip og/eða búi ekki yfir neinum gögnum þar að lútandi eða (2) að hann staðfesti að honum sé ekki kunnugt um önnur samskipti við Samskip eða gögn þar að lútandi en þau sem fylgja með svarbréfi Eimskips til Samkeppniseftirlitsins.

[...]

Í öllum ofangreindum yfirlýsingum skulu viðkomandi staðfesta að þeir hafi kynnt sér ákvæði 41. gr. b samkeppnislaga.“

74. Sóknaraðilar höfnuðu því að krefja starfsmenn um slíkar yfirlýsingar enda skýrara brot á rétti þeirra til að fella ekki á sig sök vandfundið. Var þannig verið að krefja starfsmenn sem kærðir höfðu verið til lögreglu um að lýsa því yfir að viðlagðri refsíabyrgð hvort þeir hafi átt í samskiptum við Samskip, sem gætu falið í sér brot gegn 10. gr. skl., enda miðaði rannsókn stofnunarinnar að því að upplýsa um slík ætluð brot.

N. Varnaraðili sendir „viðbótarkæru“ til héraðssaksóknara 19. desember 2016

75. Eftir að hafa rannsakað málið í tæp tvö ár frá fyrstu gagnabeiðnunum sendi varnaraðili svonefnda „viðbótarkæru“ til héraðssaksóknara hinn 19. desember 2016. Hugtakið „viðbótarkæra“ er ekki að finna í sakamálalögum, samkeppnislögum eða reglum varnaraðila sjálfs nr. 880/2005. Viðbótarkæran byggir eingöngu á gögnum sem stafa frá varnaraðila sjálfum en ekki héraðssaksóknara, eða samvinnu þessara tveggja stofnana. Bera enda gögn málsins það með sér að héraðssaksóknari hafði enn ekki hafið sjálfstæða rannsókn á kæru á hendur hinum kærðu starfsmönnum frá því í mars 2014. Varnaraðili virðist hafa brugðist við því með því að rannsaka einstaklingana sjálfur og senda gögn og frekari kærur til lögreglunnar.
76. Einn hinna kærðu starfsmanna, þáverandi forstjóri Eimskips, fékk ekki upplýsingar um „viðbótarkæruna“ fyrr en 25. júní 2018 og fékk þá fyrst fylgigögn í hendur.
77. Í texta „viðbótarkæru“ kemur eftirfarandi fram:

„Mál þetta hefur verið í samfelldri rannsókn Samkeppniseftirlitsins og er mjög umfangsmikið hvað umfang, rannsóknartímabil og gagnamagn áhrærir. Rannsókn málsins hefur leitt í ljós að ætluð brot séu víðtækari og alvarlegri en talið var í fyrstu. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að fleiri einstaklingar en þeir, sem kærðir voru þann 21. mars 2014, hafi haft aðkomu að þeim hluta málsins sem varðar refsíabyrgð

einstaklinga. Í ljósi þessa og með vísan til 42. gr. samkeppnislaga kærir Samkeppniseftirlitið til viðbótar eftirtalda einstaklinga fyrir ætluð brot gegn 41. gr. a. samkeppnislaga, sbr. 10. gr. laganna" sbr. fskj. 37.

78. Í kærinni er greint frá því sem bæst hefur við síðan 2014, sbr. fskj. 37, bls. 4:

„Vísbendingar um að samráð hafi átt sér stað milli félaganna fyrir árið 2008. - Fjárhagsvandræði Eimskips (og nýr forstjóri) og samdráttur í flutningum í aðdraganda og í kjölfar hrunsins árið 2008 leiddu til umfangsmikils og leynilegs samráðsverkefnis Eimskips og Samskipa sem nefnt var m.a. „Nýtt upphaf“. Því hefur frá kæru bæst við önnur ætluð samráðstilvik. - „Friðurinn“ - gögn sýna að stórir viðskiptavinir fóru ekki á milli Eimskips og Samskipa í 38 mánuði. Meginþorri tekna fyrirtækjanna koma frá fáum en stórum viðskiptavinum. Styður mjög sterklega það sem fram kemur í kæru. - Mörg ný skýr samtímagögn sem styðja við það sem fram kemur í kæru. Gögn sýna að æðstu stjórnendur framkvæmdu ætluð brot en síður undirmenn eins og t.d. „viðskiptastjórar“.

79. Með kærinni fylgir svonefndur „viðauki“. Í þriðja kafla hans er farið yfir sögu málsins til dagsetningar kærunnar. Þar er farið yfir fundina með hinum nafnlausu viðskiptavinum og samkeppnisaðilum Eimskips og Samskipa. Þar er hins vegar ekkert frekar en áður minnst á kvörtun Samskipa frá 2013 á hendur Eimskip vegna meints brots á 11. gr. laga nr. 44/2005.

80. Í kærinni kemur eftirfarandi fram um það sem er til rannsóknar:

„Ætluð brot tengjast sjóflutningum til og frá Íslandi, flutningsmiðlun og landflutningum hér á landi. Megin rannsóknartímabilið er frá árinu 2008 til og með ársins 2013. Einnig er horft til atvika og mögulegra ætlaðra brota bæði fyrir og eftir umrætt tímabil. Sem fyrr segir varðar rannsókn málsins ekki síst ætlaða ólögmeta markaðsskiptingu Eimskips og Samskipa sem m.a. hafi falist í því að mikilvægum viðskiptavinum og/eða flutningaleiðum hafi verið skipt milli félaganna. Einnig er til rannsóknar hvort um hafi verið að ræða beint verðsamráð, ólögmeta upplýsingagjöf og takmörkun á flutningsframboði á milli félaganna.“

81. Sýnir þetta glögglega að þremur árum eftir húsleit og tæpum þremur árum eftir kæru á hendur tilteknum starfsmönnum til héraðssaksóknara var varnaraðili enn að reyna átta sig á því hvað raunverulega væri til rannsóknar. Er það í samræmi við fyrri svör til sóknaraðila þar sem stofnunin ýmist synjaði að upplýsa um sakarefnið, eða upplýsti um það á þann hátt að undir þá lýsingu gæti fallið öll starfsemi félagsins og hvers konar brot gegn samkeppnislögum.

82. Það vekur athygli að mörg fylgiskjöl með þessum viðauka með hinni nýju kæru til héraðssaksóknara stöfuðu frá svari sóknaraðila til varnaraðila þann 23. mars 2015 s.s. í dæmaskyni (talan vísar til númers neðanmálgreinar í skjalinu):

60. Afhent afrit af tölvupósti frá Eimskip 23.03.2015. Frá Richard Boekhoud (Pompa) til BAL, cc BK. „Application“, dags. 10.04.2006, kl. 11:02.

61 Afhent afrit af tölvupósti frá Eimskip 23.03.2015. Frá BAL til BTM og BJE. „FW: Application“, dags. 13.04.2006 kl. 17:40. Afhent afrit af tölvupósti frá Eimskip 23.03.2015. Frá BJE til BAL og BTM. „RE: Application“, dags. 17.04.2006, kl. 08:29.

83. Varnaraðili sendi þannig héraðssaksóknara gögn sem stofnunin hafði aflað frá sóknaraðilum að viðlagðri hótun um beitingu viðurlaga skv. 19. gr. samkeppnislaga,

sbr. 37. gr. og 2. mgr. 41. gr. b. laganna. Er það í skýrri andstöðu við ákvæði 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 92/2007.

84. Á bls. 40 í viðaukanum með kærinni segir: „*Samkvæmt gögnum frá kærða GYL var í byrjun júní 2008 hafist handa við meint umfangsmikið og leynilegt samráðsverkefni með Samskipum sem Eimskip nefndi „Nýtt upphaf“. Í því fólst að „auka samstarf“ milli félaganna.*“ Viðbótarkæran sýnir því á skýran hátt að í desember 2016 breyttist rannsókn varnaraðila. Þá var áhersla lögð á að varpa ljósi á atvik sem gerðust sumarið 2008, þegar hinir kærðu starfsmenn voru starfsmenn A1988, félags sem ekki var nefnt í kæru á hendur starfsmönnum í mars 2014.

O. Varnaraðili sendir gagnabeiðnir til sóknaraðila í nóvember 2017

85. Varnaraðili sendi sóknaraðilum gagnabeiðni skv. 19. gr. skl. þann 15. desember 2017. Þar krafði varnaraðili m.a. um afrit af öllum ráðningasamningum milli þáverandi forstjóra og rekstraraðila Eimskips að viðlagðri hótun um sektir og fangelsi allt að þremur árum ef ekki yrði orðið við kröfunni eða gögnin myndu glatast, sbr. fskj. 38, bls. 8.
86. Sóknaraðilar neituðu ekki að afhenda samninginn með svarbréfi 10. janúar 2018, heldur spurðu um tilgang gagnabeiðninnar þar sem ekki væri ljóst af hverju varnaraðili vildi fá aðgang að gögnum sem ættu heima í rannsókn héraðssaksóknara á hendur viðkomandi einstaklingi, en ekki stjórnsluþætti málsins, sbr. fskj. 39.
87. Allt frá fyrstu gagnabeiðninni á árinu 2015 hafa sóknaraðilar gert athugasemdir við að varnaraðili sé að biðja um gögn sem ljóslega eigi að vera aflað af lögreglu enda varði þau rannsókn á hendur ætluðum brotum einstaklinga. Þess ber einnig að geta að allar þessar gagnabeiðnir hafa verið með tilvísun í málsnúmerið 1309012, sem styður þá ályktun að þær hafi í reynd einkum beinst að ætluðum brotum einstaklinga.

P. Gögn sýna að starfsmenn varnaraðila rannsaka sakamál á hendur einstaklingum

88. Fjölmarginn bendir til þess að raunveruleg ástæða þess að varnaraðili óskaði eftir ráðningarsamningi þáverandi forstjóra Eimskips síðla árs 2017 hafi verið sú að starfsmaður varnaraðila sem rannsókn varnaraðila annaðist, [...], hafi staðið í rannsókn á hendur einstaklingunum líkt og lögreglumaður.
89. Þannig fór verjandi þáverandi forstjóra í nóvember og desember 2018 til héraðssaksóknara og hlustaði á upptökur af yfirheyrslum yfir forstjóranum þáverandi frá 11. maí 2018, sem hluta af vinnu við málsvörn forstjórans. Við það tækifæri voru honum afhentar möppur málsins frá héraðssaksóknara, sem m.a. geymdu afrit af minnisblöðum starfsmanns varnaraðilla og verktaka hjá varnaraðila, [...], sbr. fskj. 40-41.
90. Í minnisblaði sem virðist stafa frá [...], er t.d. fjallað um svar Eimskips frá 10. janúar 2018, úr stjórnsluhluta málsins, þar sem beðið var um frekari rökstuðning fyrir afhendingu á ráðningarsamningi þáverandi forstjóra Eimskips. Í minnisblaðinu er

svarið túlkað sem neitun og merki um að fyrirtækið og þá um leið forstjórinn þáverandi hafi eitthvað að fela, sbr. fskj. 40.

91. Í sömu möppu fann verjandi forstjórans þáverandi einnig excel skjal sem virðist stafa frá [...], verktaka hjá varnaraðila, þar sem [...] hefur farið yfir öll uppköst að ráðningasamningi forstjórans þáverandi við A1988 frá sumri og hausti 2008, sbr. fskj. 41.
92. Fyrrgreind skjöl frá starfsmanni varnaraðila og verktaka á hans vegum bera með sér ályktanir og kenningar starfsmannsins og verktakans, sem í stuttu máli virðast vera á þessa leið: Í maí 2008 fór stjórn A1998 hf. að leita að nýjum forstjóra. [...] gerði samkomulag við forstjórann þáverandi um að hann myndi stofna til samráðs við Samskip og hann fengi bónusgreiðslur ef slíkt samráð myndi nást fram. Í ráðningarsamningi forstjórans við A1988 var því ákvæði sem sagði að bónus hans yrði ákvarðaður í tengslum við árangur verkefna á lista sem kallaðist Þórshamar. Forstjórinn á að hafa hafið hið meinta samráð með Samskipum sumarið og haustið 2008 og eigi það að sjást á skjali sem ber heitið „Nýtt Upphaf“. Þetta skjal var að finna á útgáfu af Þórshamars listanum þar til 30. september 2008 er það „hverfur“. Það túlka starfsmaður og verktaki varnaraðila á þá leið að þetta hafi verið svo mikið brot að það hafi þurft að fara leynt. Svo leynt að [...] veltir því jafnvel fyrir sér að [...] sé að blekkja aðra í stjórn A1988, sbr. fskj. 40 bls. 7 og 8.
93. Sú kenning starfsmanns og verktaka varnaraðila að forstjórinn þáverandi og [...] hafi verið saman í því að skipuleggja samráð við Samskip er með öllu fráleit. Það var einfaldlega allt önnur ástæða fyrir því að verkefnið „Nýtt Upphaf“ hvarf úr verkefnalistanum Þórshamar haustið 2008.
94. Á stjórnarfundum í A1988 þann 24. október 2008, þar sem ráðningarsamningur forstjórans þáverandi við félagið var samþykktur, var líka annað mál á dagskrá. Það var kynning á ráðningu erlendra ráðgjafa frá fyrirtækinu Kroll, Talbot, Hughes í London, sem höfðu fengið það hlutverk að verkstýra vinnu við fjárhagslega endurskipulagningu A1988. Verkstýringin sem áður hafði verið framkvæmd gegnum excel skjöl forstjórans þáverandi, þar sem verkefni voru talin upp, hafði færst yfir til ráðgjafanna, sem beittu öðru kerfi og flokkuðu verkefni í yfir- og undirflokk. Hinir erlendu ráðgjafar tóku að sér verkstýringu flestra verkefna við endurskipulagninguna sem forstjórinn hafði sjálfur annast fram að því. Staðfesting á ráðningarsamningi við þáverandi forstjóra Eimskips var liður nr. 7 á stjórnarfundinum, en undir 5. lið („Ráðgjafar frá KROLL-Talbot Hughes“) sama fundar var fjallað um hina nýju ráðgjafa sem komnir voru til starfa, ásamt því að útlínur fjárhagslegrar endurskipulagningar A1988 voru kynntar, sbr. fskj. 42, bls. 2-3. Engu ólögmetu samráði var fyrir að fara enda fjarstæðukennt að það væri þá tilgreint á sérstökum verkefnalístum.

Q. Gagnasendingar varnaraðila til héraðssaksóknara 15. mars 2018 og 8. maí 2018

95. Varnaraðili sendi héraðssaksóknara fjölda skjala sem fyrrgreindur starfsmaður hans, [...] og verktaki hans, [...], höfðu fundið í tengslum við rannsókn sína. Þetta voru gögn sem tengdust verkefnalístum, sem [...] tengja síðan aftur ráðningasamningi

forstjórans þáverandi við A1988, sbr. fskj. 43. Gagnaafhendingarbréfin voru með tilvísun í málsnúmerið 1309012.

96. Eitt af þeim skjölum sem var sent til héraðssaksóknara var skjáskot úr svarbréfi sóknaraðila frá 10. janúar 2018, sbr. fskj. 43, bls. 2, sem starfsmenn varnaraðila túlkuðu sem einhverskonar hylmingu yfir hina ætluðu brotastarfsemi. Það vekur athygli að um er að ræða hluta úr skjali sem getur ekki talist fullnægjandi sönnunargagn í sakamáli.
97. Mörg þeirra skjala sem send voru frá varnaraðila til héraðssaksóknara þann 8. maí 2018, fjórum dögum fyrir yfirheyrslu þáverandi forstjóra Eimskips, snerust um mismunandi útgáfur af Þórshamars verkefnalistanum sem ræddur var hér að framan, sbr. fskj. 44.

R. Yfirheyrsla varnaraðila og héraðssaksóknara yfir þáverandi forstjóra Eimskips þann 11. maí 2018

98. Þann 25. apríl 2018 fékk þáverandi forstjóri Eimskips símtal frá starfsmanni héraðssaksóknara þar sem hann var í fyrsta sinn boðaður til yfirheyrslu vegna kæru varnaraðila frá því í mars 2014. Gat starfsmaður héraðssaksóknara ekki svarað því í símtalinu af hverju boða ætti forstjórann þáverandi til yfirheyrslu og sendi því sama dag tölvupóst sem útskýrði boðunina, sbr. fskj. 45. Yfirheyrslan fór fram þann 11. maí 2018 og tók hún tæpar níu klukkustundir. [...] yfirheyrsluna var [...], verktaki varnaraðila og sagðist [...] mega vera þarna til aðstoðar, skv. 42. gr. skl. Þegar leið á yfirheyrsluna vék [...] og [...], starfsmaður varnaraðila, tók við [...] hlutverki.
99. Í upphafi var ljóst hver áherslan í yfirheyrslunni yrði. Spurningarnar snerust strax á fyrstu mínútunum um ráðningarsamning forstjórans þáverandi við A1988 sumarið 2008. Þegar lögreglumaður spurði á sjöttu mínútu yfirheyrslunnar hvort forstjórinn þáverandi væri tilbúinn að afhenda afrit af umræddum samningi, greip [...] Hilmarsdóttir fram í og gaf þá skýringu fyrir spurningunni að það væri venjan í „sakamálum“ að rannsaka auðgunarásetning í tengslum við hina meintu brotastarfsemi, sbr. fskj. 46.
100. Verktaki varnaraðila var með því búin að staðfesta það sem [...] hafði verið að gera vikurnar og mánuðina á undan, ásamt [...], starfsmanni varnaraðila, þ.e. að rannsaka sakamálið sem varnaraðili hafði kært til héraðssaksóknara 21. mars 2014 án þess að hafa nokkuð vald til að rannsaka sakamál.
101. Engin spurning í allri þessari níu klukkustunda yfirheyrslu beindist að atvikum eftir árið 2008, sbr. fskj. 44 þannig að hún snérist öll um atvik utan kæru varnaraðila skv. efni sínu. Eftir því sem leið á yfirheyrsluna tók [...], starfsmaður varnaraðila, alfarið við stjórn og leiddi í raun alla yfirheyrsluna án heimildar að mati sóknaraðila, enda ekki með lögregluvald.

S. Varnaraðili sendir aðra „viðbótarkæru“ til héraðssaksóknara þann 17. maí 2018

102. [...] var kærður til lögreglunnar viku eftir að þáverandi forstjóri Eimskips var yfirheyrður af héraðssaksóknara. [...] hefur aldrei komið nálægt rekstri Eimskips

(fskj. 47). Til stuðnings hinni nýju „viðbótarkæru“ vísaði varnaraðili til kæru á hendur tilteknum starfsmönnum sóknaraðila frá því í mars 2014 sem og „viðbótarkæru“ frá því í desember 2016. Segir enn fremur í texta síðari „viðbótarkærunnar“:

„Mál þetta hefur verið í samfelldri rannsókn Samkeppniseftirlitsins og er mjög umfangsmikið hvað umfang, rannsóknartímabil og gagnamagn áhrærir. Við framgang rannsókna er með vísan til 42. gr. samkeppnislaga, sbr. framangreind afhent gögn, til viðbótar kærður [...], fyrir ætluð brot gegn 41. gr. a. samkeppnislaga, sbr. 10. gr. laganna.“(leturbr. hér).

103. Kæran er með nokkrum ólíkindum því ekki er hægt að sjá fyrir hvað [...] er kærður, en hún er ein blaðsíða að lengd. Það er heldur ekki hægt að sjá á hvaða gögnum kæran byggir því það fylgja henni engin gögn, eins og áskilið er í samkeppnislögum.
104. Í kærinni 2014 sem og „viðbótarkærinni“ 2016 eru taldir upp einstaklingar sem tengjast rekstri félagsins beint, en [...] frá árinu 2009 eru ekki kærðir. Vekur það athygli í ljósi málatilbúnaðar varnaraðila að [...], [...] skuli hafa verið kærður af hálfu varnaraðila að frumkvæði hans sjálfs rúmlega fjórum árum eftir kærana frá 2014.
105. Allt framangreint bendir sterkt til þess að starfsmenn varnaraðila hafi fyrir löngu verið búnir að mynda sér skoðun um sekt forstjórans þáverandi en hafi tiltölulega seint gert sér grein fyrir því að forsenda þess að til staðar gæti verið mál á hendur forstjóranum væri ráðningasamningurinn og [...] því komið til sögunnar á árinu 2018.

T. Varnaraðili sendir sóknaraðilum andmælaskjal I þann 6. júní 2018

106. Þann 6. júní 2018 sendi varnaraðili sóknaraðilum umfangsmikið andmælaskjal, hvar sett var fram frummat stofnunarinnar um ætluð brot félagsins gegn 10. gr. skl. Athygli vakti að skjalið var kyrfilega merkt málsnúmerinu 1309012 sem sóknaraðilum hafði aldrei verið tilkynnt um með formlegum hætti en hafði sést í gagnabeiðnum varnaraðila sem snerust flestar að mestu leyti um einstaklinga. Byggir frummatið í öllum grundvallaratriðum á rangfærslum og villandi framsetningu, enda hafði sóknaraðilum aldrei fyrr verið gefinn kostur á að tjá sig um þessar um og yfir 10 ára gömlu ásanir. Er í andmælaskjalinu vitnað til samskipta allt frá árinu 1998 til stuðnings ætluðum brotum. Er sá málatilbúnaður til marks um það hversu langt varnaraðili hefur seilst í þeirri viðleitni að reyna að finna brot í starfsemi sóknaraðila og forvera þeirra. Boðaði varnaraðili að þetta væri aðeins annað andmælaskjalið af tveimur, og það því nefnt „andmælaskjal I“.
107. Áðurnefnd kenning starfsmanna varnaraðila um ætluð brot þáverandi forstjóra og [...] kemur fram í andmælaskjali I, kafla 2.2., sem heitir „Bónussamningur forstjóra Eimskips“. Þar segir, sbr. fskj. 48, bls. 331-333:

„Í lokadrögum samningsins frá október 2008 má sjá að í ákvæði um árangurstengdan kaupauka (bónus) var tilgreint að bónus GYL skyldi tengjast árangri sem m.a. var stefnt að með NR samráðsverkefninu. [...] Sjá má af framangreindri grein samningsins og fylgiskjalinu að bónusgreiðsla til forstjóra réðst af framvindu svokallaðs Þórshamars verkefnalista. Samtímagögn sýna að samráðsverkefnið við Eimskip („Nýtt Upphaf“) var á verkefnalista Þórshamars verkefnisins, sbr. mgr. 919-920. Mælikvarði fyrir bónusgreiðslu til GYL tengdist því m.a. framgangi NR samráðsverkefnisins við Eimskip. [...] Þar sem Eimskip hefur synjað um afhendingu

ráðningasamnings/-a við GYL er rétt að geta þess að af fyrirbyggjandi gögnum verður ráðið að í kringum 15. október 2008 hafi GYL og [...] undirritað umræddan ráðningasamning, þ.á.m. um umræddan bónus."

108. Varnaraðili tiltekur að ráðningarsamningurinn hafi verið samþykktur í stjórn A1988, en að í tilkynningu félagsins til Kauphallar þann 30. janúar 2009 hafi verið sagt: „*Engir samningar eru við Gylfa um bónus- eða kauprétti*“, sbr. fskj. 48, bls. 334.
109. Vegna sannfæringar varnaraðila um sekt sóknaraðila virðist eftirlitinu tilkynningin vera rökrétt, eins og sést í túlkun eftirlitsins á texta tilkynningarinnar, sbr. fskj. 48, bls. 334:

„Í þessu samhengi ber að ítreka það frummat Samkeppniseftirlitsins að bæði Eimskip og GYL hafa veitt rangar upplýsingar um samskipti og tengsl við Samskip og stjórnendur þess félags. Í ljósi m.a. þessa er rökrétt að Eimskip vildi ekki upplýsa fjárfesta um að fyrir hendi væri bónussamningur við GYL sem m.a. var tengdur árangri í ætluðu ólögmetu samráði við Samskip.“

110. Það lykilskjál sem ráðningarsamningurinn virðist vera í huga starfsmanna varnaraðila og var rauði þráðurinn í yfirheyrslu varnaraðila og héraðssaksóknara yfir þáverandi forstjóra Eimskips er þannig ekki kominn inn í málið fyrir atbeina héraðssaksóknara, sem ber að lögum að rannsaka brot starfsmanna, heldur áframhaldandi ólögmetu rannsókn varnaraðila á ætluðum brotum starfsmannanna eftir ítrekaðar kærur varnaraðila til héraðssaksóknara.
111. Þannig hélt varnaraðili áfram að rannsaka ætluð brot starfsmannanna eftir kærurnar og beitti til þess þvingunarúrræðum gagnvart sóknaraðilum til að komast yfir gögn í því skyni að koma sök á starfsmennina og komst þ.á m. yfir umrætt skjal. Yfir þessa staðreynd er reynt að breiða í andmælaskjalinu með svofelldri umfjöllun í neðanmálgrein nr. 620, sbr. fskj. 48, bls. 269:

„Hér ber að ítreka að Samkeppniseftirlitið fann umrædda glærुकyningu meðal annarra afhentra gagna frá Eimskip. Var þar um að ræða afhendingu Eimskips sem tengdist annarri upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins til fyrirtækisins, þ.e. annarri en skv. fyrrgreindum 11. tölul. upplýsingabeiðni frá 29.01.2015. Þannig fann Samkeppniseftirlitið umrædda glærुकyningu í umfangsmiklu afhentu og óflokkuðu gagnasafni (yfir 17 þúsund skjöl) sem Eimskip afhenti að eigin frumkvæði til Samkeppniseftirlitsins 23.03.2015. [...] Nánar tiltekið finnst Nýtt Upphaf kynningin vistuð í tveimur möppum á heimasvæði GYL. Þetta eru sömu möppur á heimasvæði forstjórans og glærurnar fundust í afrituðum gögnum frá húsleit.“ (leturbr. hér).

112. Rétt er að áréttta að sóknaraðilar hafa ekki afhent nein gögn við rannsóknina „*að eigin frumkvæði*“, heldur einvörðungu svarað gagnabeiðnum varnaraðila sem allar hafa verið settar fram með vísan til 19. gr. skl. Voru því öll gögn afhent að viðlagðri sektar- og refsíabýrgð, sbr. 37. gr. og 2. mgr. 41. gr. b. skl.
113. Í andmælaskjali eru á hundruðum blaðsíða raktar ásakanir sem ekki eiga við nokkur rök að styðjast. Vegna eðlis kröfu þessarar á umfjöllun um efnisatriði málsins ekki heima í kröfunni, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 356/2012. Allar byggja þær á þeirri ólögmetu rannsókn og haldlagningu sem hér er rakin.

U. Fylgiskjöl ekki afhent með andmælaskjali I

114. Varnaraðili afhenti ekki fylgiskjöl með andmælaskjali I. Fullyrti varnaraðili í bréfi til sóknaraðila að andmælaskjal I væri það ítarlega unnið, að hægt væri að bregðast við því án þess að hafa öll gögn málsins undir höndum. Það var síðan ekki fyrr en þann 20. september 2018 sem sóknaraðilar fengu í hendur öll fylgiskjöl með andmælaskjali I, eftir ítrekaðar óskir um að fá þau afhent. Fyrst þá varð því varnaraðili við skyldu sinni skv. 15. gr. stjórnslulaga.

V. Þáverandi forstjóri hefur aldrei verið skráður inn í lögregluakerfið hjá héraðssaksóknara

115. Athuganir þáverandi forstjóra Eimskips benda til þess að héraðssaksóknari hafi í raun aldrei rannsakað málefni hinna kærðu starfsmanna heldur hafi rannsóknin verið í höndum starfsmanna og verktaka varnaraðila, sem eru ekki handhafar lögregluvalds. Var þannig af hálfu forstjórans þáverandi óskað eftir yfirliti yfir persónuupplýsingar hans, skráðar hjá lögreglu, frá embætti Ríkislögreglustjóra. Kom í ljós að hann er ekki skráður sakborningur í tengslum við neina rannsókn héraðssaksóknara varðandi rannsókn á brotum gegn skl. Það fær ekki staðist neina skoðun að hann hafi verið yfirheyrður af héraðssaksóknara í um níu klukkustundir þann 11. maí 2018 án þess að fá skráningu í LÖKE, málaskrárkerfi lögreglu, sbr. fskj. 49. Í málaskrárkerfi lögreglu, sem haldið er í samræmi við ákvæði reglugerðar um meðferð persónuupplýsinga hjá lögreglu, nr. 322/2001, með síðari breytingum, ber að færa upplýsingar um þá sem kærðir hafa verið til lögreglu og fengið hafa réttarstöðu sakbornings í tengslum við lögreglurannsókn.
116. Eina sem virðist geta útskýrt þessa staðreynd er að þeir aðilar sem hafa rannsakað málið á hendur hinum kærðu starfsmönnum hafi hreinlega ekki aðgang að LÖKE. Það á einmitt við um fyrrgreindan starfsmann og verktaka varnaraðila, [...] og [...], sem sóknaraðilar telja ótvírætt að hafi stjórnað og framkvæmt sakamálarannsóknina sem staðið hefur nú yfir í um fimm ár. Sú staðreynd að þáverandi forstjóri hefur nú, yfir ári frá yfirheyrslu, ekkert frekar heyrt frá héraðssaksóknara og ekki fengið endurrit afhent, sýnir fram á hið sama, að engin eiginleg rannsókn sé að eiga sér stað af hálfu héraðssaksóknara. Hún sé alfarið í höndum starfsmanna varnaraðila.

W. Ósk sóknaraðila um afhendingu seinna andmælaskjals

117. Í andmælaskjal I boðaði varnaraðili að andmælaskjal II yrði sent eins fljótt og unnt væri. Sóknaraðilar gerðu því ráð fyrir að það yrði afhent áður en þeir myndu skila andmælum sínum við andmælaskjal I, sér í lagi þar sem þeir fengu ekki aðgang að gögnum málsins fyrr en yfir þremur mánuðum eftir útgáfu andmælaskjals I. Þann 5. mars 2019 sendu sóknaraðilar bréf til varnaraðila þar sem þess var vinsamlega óskað að seinna andmælaskjalið yrði afhent sem fyrst, þannig að sóknaraðilum yrði gert kleift að kynna sér efni þess áður en athugasemdum vegna fyrra andmælaskjalsins frá 6. júní 2018 yrði skilað (fskj. 50). Hvergi var staðhæft í bréfinu að sóknaraðilar hefðu fallið frá því að tjá sig sérstaklega um andmælaskjal I. Engu að síður kaus varnaraðili, í svarbréfi dags. 12. mars 2019 (fskj. 51), að túlka bréfið sem tilkynningu um að sóknaraðilar hefðu fallið frá því að tjá sig sérstaklega um andmælaskjal I. Í bréfinu, sem sent var um níu mánuðum frá útgáfu andmælaskjals I, kom einnig fram

að ekki væri hægt að tilgreina hvenær frekara frummat (andmælaskjal II) yrði sent sóknaraðilum.

X. Varnaraðili sendir gagnabeiðni til sóknaraðila 12. mars 2019

118. Samhliða framangreindu svarbréfi barst ný gagnabeiðni frá varnaraðila, sem reynt var að færa í búning ítrekunar á fyrri upplýsingaskyldu (fskj. 52). Varnaraðili virðist því enn í miðju kafi við að rannsaka málið um níu árum frá því að það hófst og tveimur húsleitum og mörgum gagnabeiðnum síðar. Í niðurlagi bréfsins er hnykkt á viðurlögum við broti á skyldu skv. samkeppnislögum til að veita upplýsingar og vísað til hótana úr fyrri bréfum til sóknaraðila þar um. Sóknaraðilar svöruðu gagnabeiðninni á þann hátt að honum væri ekki mögulegt að svara fjögurra ára gagnabeiðni sem þegar hafði verið svarað eftir bestu getu, enda fælist í öðrum svörum fullframið brot gegn 19. gr. samkeppnislaga. Sóknaraðilar telja enda að þeir hafi verið búnir að svara beiðninni með fullnægjandi hætti (fskj. 53).

Y. Varnaraðili lokar stjórnslumálinu gegn sóknaraðila

119. Þann 20. maí 2019 sendu sóknaraðilar varnaraðila bréf þar sem krafist var að varnaraðili upplýsti um allar stöðubreytingar máls númer 1306004 í OneSystem skjalaumsýslukerfi varnaraðila (fskj. 54). Í kjölfar ítrekunarbréfs sóknaraðila barst honum svar frá varnaraðila þann 12. júní 2019 þar sem varnaraðili tilkynnir sóknaraðilum að rannsókn varnaraðila, auðkennd með málsnúmerinu 1306004, hafi verið lokað þann 23. júní 2015 (fskj. 55). Hafa verður í huga að þetta er málið sem landflutningarannsóknin frá 2010 var sameinuð inn í og þar sem sakarefni sem beint var að sóknaraðila voru kynnt með formlegu bréfi 10. september 2013.
120. Upplýsingar um allar stöðubreytingar máls nr. 1306004, þ.m.t. dagsetningu á stofnun málsins og allar stöður voru ekki afhentar. Af þeim sökum sendu sóknaraðilar aðra ítrekun til varnaraðila þann 20. júní 2019, því öll gögn málsins benda til þess að málinu gegn sóknaraðilum hafi verið lokað fyrir fjórum árum eins og þeim hefur nú verið tilkynnt um með formlegum hætti (fskj. 56).

VI. Málsástæður og lagarök

A. Aðal- og varakrafa

121. Aðal- og varakröfu sína reisa sóknaraðilar á því að það mál á hendur þeim sem varðar sakarefni máls þessa hafi verið formlega fellt niður, rannsókn varnaraðila byggji á ólögmætri haldlagningu gagna, brotið hafa verið gegn hlutlægnisskyldu varnaraðila og réttindum sóknaraðila við rannsóknina, auk þess rannsóknin hafi verið í höndum starfsmanns og verktaka varnaraðila sem vegna athafna sinna verði að teljast vanhæfir í skilningi stjórnslulaga. Þessir ágallar á rannsókninni séu með þeim hætti að rannsókn varnaraðila sé ólögmæt og því beri að fella hana niður. Þá beri af sömu ástæðum að aflétta haldi þeirra gagna sem haldlögð voru í húsleitum hjá sóknaraðilum og Símanum hf. og eyða afritum þeirra.

A.1 Málið var fellt niður – bann við endurtekinni málsmeðferð

122. Líkt og rakið var í mgr. 26 hér að framan var sóknaraðilum fyrst formlega tilkynnt um þá rannsókn sem sakarefni máls þessa tekur til með bréfi dags. 10. september 2013 (fskj. 10). Hlaut sú rannsókn málanúmerið 1306004, og var eldri rannsókn á landflutningamarkaði sameinuð því tiltekna máli líkt og fram kemur í bréfinu. Hefur varnaraðili staðfest að þetta sé það stjórnslumál sem varðar það sakarefni sem hér er til umfjöllunar, sbr. greinargerð varnaraðila til áfrýjunarnefndar samkeppnismála dags. 27. júní 2014 hvar segir m.a.

*„Áfrýjendur hafa vitneskju um sakarefni málsins en þeim var sannarlega og með lögsmætum hætti **tilkynnt um sakarefnið við upphaf rannsóknar þess**. Vísast hér til **áðurnefnds bréfs Samkeppniseftirlitsins til áfrýjenda dags. 10. september sl.**, en bréfið var mótttekið af áfrýjendum sama dag. Í upphafi húsleitar þennan sama dag var sakarefnið einnig munnlega tilkynnt áfrýjendum í viðurvist lögreglu.*

*Á grundvelli framangreinds er áfrýjendum ljóst að til rannsóknar er hvort þeir hafi brotið bann 10. gr. samkeppnislaga með samráði við Samskip. Einnig sé til rannsóknar hvort áfrýjendur hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Jafnframt var áfrýjendum gert ljóst að ætluð brot virðast hafa átt sér stað á mörkuðum fyrir sjóflutning, landflutninga og flutningamiðlun. **Verður að telja að þetta fullnægj kröfum 14. gr. stjórnslulaga um tilkynningu um meðferð máls...**“ (leturbr. hér).*

123. Hefur þannig varnaraðili staðfest að það mál sem varðar það sakarefni sem hér er til umfjöllunar og sóknaraðilum hafi verið tilkynnt um í samræmi við 14. gr. stjórnslulaga sé mál auðkennt nr. 1306004.
124. Í síðari bréfaskriftum hefur varnaraðili hins vegar vísað til annars málsnúmers, nr. 1309012. Fyrst var það eingöngu í tilvikum sem vörðuðu hlut þeirra starfsmanna sóknaraðila sem kærðir höfðu verið til lögreglu, og gengu sóknaraðilar því út frá því að um þann hluta málsins sem beindist að einstaklingum hefði verið stofnað sérstakt málanúmer. Væri það og í samræmi við skyldu samkeppnislaga að halda þessum rannsóknum aðskildum.
125. Þessum skilningi til samræmis var í bréfum sem vörðuðu bæði stjórnslurannsóknina á hendur sóknaraðilum og refsipátt einstaklinganna vísað til beggja málanúmera. Má sem dæmi nefna bréf varnaraðila dags. 3. júní 2014 hvar vísað var fyrst til máls nr. 1309012 og síðan 1306004. Því til samræmis var í bréfinu fyrst vikið að atriðum sem vörðuðu kæru varnaraðila á þætti einstaklinganna til lögreglu, sem fellur undir refsímálið, og síðar aðgang sóknaraðila að gögnum, sem fellur undir stjórnslumálið.
126. Hinn 6. júní 2018 sendi varnaraðili andmælaskjal I til sóknaraðila. Kom það sóknaraðilum verulega á óvart að skjalið var kyrfilega merkt málsnúmerinu 1309012 sem sóknaraðilar tengdu ávallt við rannsókn mögulegra brota einstaklinga. Höfðu sóknaraðilar enda ítrekað gert athugasemdir við gagnabeiðnir tengdar þessu málsnúmeri þar sem um væri að ræða atriði sem ættu heima í rannsókn lögreglu. Sóknaraðilum hafði aldrei verið tilkynnt um stofnun eða upphaf máls nr. 1309012, heldur þvert á móti sérstaklega tilkynnt að málsnúmer 1306004 tæki til allra

sakarefnanna á hendur sóknaraðilum. Gaf þetta sóknaraðilum tilefni til að spyrjast fyrir um þetta atriði í bréfi til varnaraðila dags. 20. maí 2019, og óska eftir upplýsingum og gögnum um stofnun málsnúmers 1306004 og öllum stöðubreytingum til þess dags (fskj. 54).

127. Með bréfi dags. 12. júní 2019 var fyrirspurninni svarað að hluta (fskj. 55). Engar upplýsingar eða gögn voru veitt um stöðubreytingar, en staðhæft að málsnúmer 1306004 hafi verið stofnað „vegna undirbúnings og framkvæmdar húsleitar og haldlagningu/afritun gagna á starfsstöðvum Eimskips og Samskipa...“ Kemur þar fram að málið hafi verið stofnað þann 5. júní 2013 og lokað þann 23. júní 2015, en það sé „tengt í skjálavistunarkerfinu við mál nr. 1309012 („Tengd mál“).“
128. Þessar skýringar fást ekki staðist. Þannig hefur skýrt komið fram af hálfu varnaraðila, sbr. hér að framan, að málsnúmer 1306004 sé það mál sem varðar allt það sakarefni sem til rannsóknar er á hendur sóknaraðilum. Var og eldra mál sem varðar landflutningamarkað sameinað því máli. Allt sakarefnið á hendur sóknaraðilum er því málsnúmer 1306004, enda er það eina málið sem hefur verið tilkynnt sóknaraðilum í samræmi við skyldur 14. gr. stjórnsýslulaga. Fyrir liggur nú að því máli hefur verið lokað og sóknaraðilum tilkynnt um það.
129. Mál nr. 1309012 sem varnaraðili staðhæfir nú að sé til rannsóknar á hendur sóknaraðilum, hefur aldrei verið tilkynnt sóknaraðilum. Þegar af þeirri ástæðu getur það ekki verið til rannsóknar á hendur sóknaraðilum, sbr. 14. gr. stjórnsýslulaga. Þá getur það ekki tekið til neinna þeirra sakarefna sem rannsóknin á hendur sóknaraðilum tekur til, enda tók mál nr. 1306004 til allra þeirra sakarefna, sbr. áður nefnt bréf varnaraðila dags. 10. september 2013 og greinargerð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála dags. 27. júní 2014.
130. Gögn málsins bera með sér að starfsmenn varnaraðila hafi í raun rannsakað málefni kærðra einstaklinga – sem hefði átt að vera framkvæmd af lögreglu – í máli númer 1309012, sbr. umfjöllun í kröfu þessari.
131. Af þessu leiðir að það stenst ekki að varnaraðili hafi rannsakað málefni sóknaraðila í máli 1309012. Mál lögaðila og einstaklinga eiga að vera aðskilin, enda var það einn megintilgangur breytingalaga nr. 52/2007 á samkeppnislögum. Fyrir liggur að sóknaraðilum var tilkynnt um mál nr. 1306004 og að öll sakarefni á hendur þeim ættu þar undir. Af því leiðir, sem fær einnig stuðning í öðrum gögnum málsins, að mál nr. 1309012 laut að mögulegum brotum einstaklinga og kærðu þeirra til lögreglu. Sóknaraðilum hefur aldrei verið tilkynnt um mál nr. 1309012, þaðan af síður ætlaða sameiningu þess við mál nr. 1306004.
132. Sóknaraðilar telja ljóst af framangreindu að varnaraðili sé búinn að fella niður stjórnsýslumálið á hendur þeim og hafa þeir nú verið upplýstir um það. Áframhaldandi rannsókn og málsmeðferð varnaraðila felur því í sér endurupptöku máls sem hvorki fær staðist samkvæmt ákvæðum VI. kafla stjórnsýslulaga nr. 37/1993 né samkvæmt ákvæði 1. mgr. 4. gr. 7. samningsviðauka við Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Síðara ákvæðið mælir fyrir um að enginn skuli sæta lögsókn né refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama

ríkis fyrir brot sem hann hefur þegar verið sýknaður af eða sakfelldur um með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarfari viðkomandi ríkis.

133. Er þetta nefnt *ne bis in idem* reglan, eða bann við endurtekinni málsmeðferð. Sú regla á ekki aðeins við um dómsúrlausnir heldur hefur verið álitid í ljósi úrlausna Mannréttindadómstóls Evrópu að ákvarðanir stjórnvalda er lúta að refsikendum viðurlögum geti fallid undir regluna, þ.m.t. ákveðnar stjórnvaldsákvarðanir er lúta að refsivörslu sem binda enda á mál, t.d. ákvörðun rannsóknarstjórnvalds um niðurfellingu máls. Telja sóknaraðilar einsýnt að hér undir falli ákvarðanir varnaraðila um niðurfellingu máls vegna ætlaðra brota á lögum um samkeppnismál sem tekin hafa verið til rannsóknar.
134. Þar sem fyrir liggur skýr staðfesting varnaraðila á því annars vegar að mál nr. 1306004 hafi tekið til allra þeirra sakarefna á hendur sóknaraðilum sem rannsókn varnaraðila varðar, og að það mál hafi verið fellt niður, án þess að sakarefnin hafi verið færð inn í aðra rannsókn með formlegum hætti, auk þess sem sóknaraðilum hefur nú verið tilkynnt um þá niðurfellingu, er áframhaldandi rannsókn á þessum sömu sakarefnum ólögmet og hana ber að fella niður.

A.2. Rannsókn varnaraðila á sóknaraðilum er ólögmet – vanhæfi

135. Sóknaraðilar byggja á því að rannsókn varnaraðila á ætluðum brotum þeirra hafi verið ólögmet. Þannig hafi sá starfsmaður varnaraðila sem rannsóknina annaðist í reynd samhliða verið að annast lögreglurannsókn án lögregluvalds, sem valdi vanhæfi skv. 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sbr. og löggjöfnun frá 4. tl. 1. mgr. sömu greinar, sbr. hér á eftir. Þá hafi forstjóra varnaraðila verið kunnugt um það að starfsmenn stofnunarinnar hafi í reynd annast sakamálarannsókn í málinu í trássi við lög, án þess að aðhafast nokkuð til að stöðva það.
136. Sóknaraðilar byggja þannig á því að þau atvik sem nánar verður lýst í eftirfarandi málsgreinum, sýni að sá starfsmaður varnaraðila sem haft hefur umsjón með rannsókninni á hendur sóknaraðilum og annast hana að mestu leyti, hafi samhliða í reynd annast lögreglurannsókn á hendur starfsmönnum þeirra með sekt þeirra að leiðarljósi. Jafnframt sýna atvikin hvernig ítrekað hefur verið brotið gegn réttindum sóknaraðila við rannsókn málsins. Hvoru tveggja leiði til þess að sá starfsmaður sem annast hefur rannsóknina á hendur sóknaraðilum, auk forstjóra varnaraðila, teljist vanhæfir í skilningi 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 og löggjöfnun frá 4. tl. sömu málsgreinar.
- i) Sakamálarannsókn hefur í reynd verið í höndum starfsmanna varnaraðila en ekki héraðssaksóknara
137. Sú staðreynd ein og sér að héraðssaksóknari hefur verið með kæru á hendur tilteknum starfsmönnum sóknaraðila til meðferðar í rúm fimm ár, eða allt frá 21. mars 2014, án þess að afla nokkurra gagna í málinu að eigin frumkvæði, ef frá eru taldar skýrslutökur í maí 2018 – sem meira að segja eru áhöld um að hvaða marki hafi verið framkvæmdar af héraðssaksóknara, sýnir glögggt að sjálfstæð rannsókn héraðssaksóknara hafi ekki farið fram á máli starfsmannanna í öll þessi ár. Rannsóknin hefur þvert á móti verið í höndum starfsmanna varnaraðila, sem hafa

nýtt valdbeitingarúrræði 19. gr. samkeppnislaga gegn sóknaraðilum, í þágu sakamálarannsóknarinnar á hendur starfsmönnum.

138. Í frumvarpi með lögum nr. 57/2007 kemur m.a. fram:

„Í ljósi framangreinds er lagt til í frumvarpi þessu að mál er varða ábyrgð fyrirtækja á brotum gegn samkeppnislögum verði rannsökuð hjá Samkeppniseftirlitinu og ákvörðun tekin í málinu þar. Mál er varða ábyrgð einstaklinga verði hins vegar rannsökuð af lögreglu sem eftir atvikum gefur út ákæru vegna málsins. Þannig er tryggt að ekki verði um endurtekna málsmeðferð við álagningu viðurlaga vegna sömu háttsemi að ræða.“

139. Auk þess sem héraðssaksóknari hefur ekki aflað eða rannsakað sjálfstætt nein gögn í málinu, hefur hann heldur aldrei rannsakað málið á sjálfstæðan hátt því hann virðist ekki hafa fengið afhentan nema óverulegan hluta haldlagðra gagna. Þetta má m.a. ráða af bréfum héraðssaksóknara, sbr. fskj. 57, þar sem upplýst er að embættið hefur ekki rafrænt eintak af samantekt varnaraðila um kvartanir viðskiptavina og samkeppnisaðila Eimskips, sem var fylgiskjal 30 með kærinni á hendur þáverandi forstjóra Eimskips frá 21. mars 2014. Þá sýnir gagnaafhending varnaraðila til héraðssaksóknara í maí 2018, sbr. fskj. 44, ótvírátt að héraðssaksóknari hafði allt fram til þess tíma ekki afrit af rafrænum gögnum málsins, enda hefði verið óþarft að afhenda héraðssaksóknara þau gögn á þeim tímapunkti, hefði hann áður fengið þau afhent.

140. Frá því að varnaraðili kærði tiltekna starfsmenn sóknaraðila til héraðssaksóknara bar varnaraðila, samkvæmt lögum og skýru fordæmi Hæstaréttar, að rannsaka ekki starfsmennina frekar, enda sú rannsókn að lögum á forræði héraðssaksóknara. Þvert á þau lagafyrirmæli virðist augljóst að varnaraðili hefur í raun ekki látið af rannsókn sinni á hendur starfsmönnum og m.a. bæði þvingað og reynt að þvinga sóknaraðila til að afhenda gögn undir hótunum um sektir, til notkunar í rannsókninni á hendur starfsmönnum. Hafa þannig gögn sem aflað var frá sóknaraðilum undir slíkum hótunum verið send héraðssaksóknara vegna rannsóknarinnar. Er þessi tilhögun skýrt brot á bæði samkeppnislögum og réttinum til réttlátrar málsmeðferðar sem tryggður er með 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.

Önnur húsleit hjá sóknaraðilum þann 3. júní 2014 framkvæmd af varnaraðila

141. Þann 3. júní 2014, eftir að varnaraðili hafði beint kæru til héraðssaksóknara vegna tiltekinna starfsmanna sóknaraðila, aflaði varnaraðili á nýjan leik dómsúrskurðar Héraðsdóms Reykjavíkur um heimild til húsleitar og haldlagningar gagna á starfsstöðvum sóknaraðila og í rafrænum gögnum sem geymd voru hjá Símanum hf. Byggt var á sama lagagrundvelli og áður. Í kröfu varnaraðila kemur fram að rannsóknin beinist að fyrirtækjum, ekki einstaklingum. Í kröfunni kemur einnig skýrt fram að haldleggja eigi gögn tiltekins einstaklings sem hafði verið kærður til lögreglu nokkrum vikum fyrr og fullyrt að unnið sé með lögreglu eftir „*sameiginlegri rannsóknar- og aðgerðaráætlun eftirlitsins og lögreglu*“ þrátt fyrir að engin rannsókn hafi verið hafin hjá lögreglu og því enginn til þess bær að semja sameiginlega rannsóknar- og aðgerðaráætlun af hálfu héraðssaksóknara.

142. Húsleit þessi og haldlagning var ólögsmæt með sama hætti og húsleit og haldlagning varnaraðila 10. september 2013, sbr. umfjöllun hér síðar. Því til viðbótar á þessi rannsóknaraðgerð sér stað rúmum tveimur mánuðum eftir að varnaraðili kærði tiltekna starfsmenn sóknaraðila til lögreglu. Varnaraðili lagði því málið þannig upp fyrir héraðsdómara að um væri að ræða sameiginlega aðgerð þess og héraðssaksóknara þegar svo var ekki í reynd.
143. Sú staðreynd að héraðssaksóknari tók hvorki þátt í þessari rannsóknaraðgerð né hafði á þessum tímapunkti hafist handa við rannsókn á kærinni á hendur starfsmönnum, sýnir glögg að varnaraðili var í raun búinn að taka sér lögregluvald í máli sem hann hafði ekki forræði á. Er slík tilhögun hvorki í samræmi við sml. né skl. Þá var héraðsdómur blekkur með vísvitandi röngum upplýsingum af hálfu varnaraðila þar sem staðhæft var að unnið væri eftir sameiginlegri rannsóknar- og aðgerðaráætlun þegar svo var ekki, enda engin rannsókn hafin hjá héraðssaksóknara. Felst í þessu að lágmarki vítavert brot gegn hlutlægnisskyldu stjórnvaldsins.

Gagnabeiðnir Samkeppniseftirlitsins 2015

144. Þrátt fyrir að hafa kært tiltekna starfsmenn sóknaraðila til lögreglu á fyrri helmingi ársins 2014 hélt varnaraðili áfram rannsókn sinni á þeim starfsmönnum af fullum þunga með fyrrgreindri húsleit og frekari gagnabeiðnum í kjölfar þeirra. Kröfur varnaraðila um að sóknaraðilar hlutuðust til um að safna saman upplýsingum frá starfsmönnum um öll samskipti þeirra við starfsmenn Samskipa eru lýsandi fyrir málið í heild sinni.
145. Undir hótun um refsiviðurlög var þess þannig krafist að sóknaraðilar öfluðu yfirlýsinga frá tilteknum starfsmönnum sínum, þ.m.t. þeim sem höfðu verið kærðir til lögreglu, um samskipti sem þeir kynnu að hafa átt við samkeppnisaðila. Með öðrum orðum var varnaraðili að krefjast þess, að viðlögðum viðurlögum, að sóknaraðilar hlutuðust til um að hinir kærðu starfsmenn felldu á sig sök, hafi slík sök verið til staðar. Á sama tíma og varnaraðili gekk fram á þennan hátt var sóknaraðilum enn ekki ljóst hverjir af starfsmönnum þeirra hefðu verið kærðir til lögreglunnar, en það kom ekki í ljós fyrr en árið 2018.
146. Þessu til viðbótar liggur svo fyrir að varnaraðili hefur sannanlega sent gögn sem aflað var frá sóknaraðilum með hótun um beitingu viðurlaga til héraðssaksóknara, sem þar með hafa orðið hluti rannsóknar lögreglu.
147. Skýrt er kveðið á um það í 2. mgr. 42. gr. a. skl. að óheimilt sé að nota upplýsingar sem fyrirsvarsmaður fyrirtækis hefur veitt varnaraðila sem sönnunargagn gegn honum í sakamáli. Var þetta ákvæði sett með breytingalögum nr. 52/2007, en tilgangur þess var að tryggja að við samhliða rannsókn varnaraðila annars vegar og lögreglu hins vegar, yrði rétturinn til að fella ekki á sig sök ekki virtur að vettugi.
148. Niðurstaða þeirrar lagabreytingar var sú að kveða áfram á um skyldu til að afhenda varnaraðila gögn að viðlögðum viðurlögum, en hin hliðin á peningnum væri þá sú að slík gögn mætti ekki nota við rannsókn sakamáls gegn fyrirsvarsmanni viðkomandi fyrirtækis. Þannig væri tryggt að viðkomandi nyti réttarins til að fella ekki á sig sök,

þar sem hann gæti treyst því að afhent gögn undir hótunum um beitingu viðurlaga við stjórnsýslumeðferðina yrðu ekki notuð gegn honum í sakamáli.

149. Framangreindar rannsóknaraðferðir, þar sem þess var annars vegar beinlínis krafist að tilteknir starfsmenn felldu mögulega á sig sök að viðlögðum viðurlögum, og hins vegar að gögn sem aflað var að viðlögðum viðurlögum voru send til rannsóknar hjá héraðssaksóknara, eru augljóslega brot á stjórnarskrárvörðum rétti þeirra einstaklinga til að varpa ekki sjálfir á sig sök og ganga þvert gegn 42. gr. a skl.

Framkvæmd yfirheyrslu yfir þáverandi forstjóra Eimskips í maí 2018

150. Sóknaraðilar byggja loks á því að undirbúningur og framkvæmd yfirheyrslu yfir þáverandi forstjóra Eimskips hafi í raun verið í höndum starfsmanna varnaraðila, svo sem rakið var hér að framan. Ljóst er að það fer í bága við lög, enda er það starfsmanna héraðssaksóknara að hafa með höndum slíka rannsóknaraðgerð, en ekki varnaraðila.

Rannsóknin hefur verið í höndum starfsmanns sem telst vanhæfur

151. Sóknaraðilar byggja á því *annars vegar* að framangreind atvik sýni skýrt fram á að lögreglurannsókn sú á hendur tilteknum starfsmönnum sóknaraðila sem framkvæmd hefur verið samhliða rannsókn varnaraðila á hendur sóknaraðilum, hafi í reynd verið í höndum starfsmanna varnaraðila, einkum [...].
152. Um þetta vilja sóknaraðilar vísa til þess sem að framan hefur verið rakið. Þannig sést vel af gögnum þeim sem reifuð voru í mgr. 88-101 að viðkomandi starfsmaður hafi í reynd borið hitann og þungan af lögreglurannsókninni, sem að lögum þar að vera í höndum héraðssaksóknara. Þá sést þetta vel af þeirri yfirheyrslu yfir þáverandi forstjóra Eimskip sem framkvæmd var af héraðssaksóknara í orði kveðnu, þar sem starfsmenn varnaraðila, einkum nefndur starfsmaður, annaðist svo til allar spurningar sjálfstætt þegar líða tók á yfirheyrsluna.
153. Byggja sóknaraðilar á því að með þessu hafi nefndur starfsmaður farið langt út fyrir hlutverk sitt og tekið sér lögregluvald, enda lögreglu að lögum falið að rannsaka brot einstaklinga gegn samkeppnislögum sem bakað geta þeim refsíábyrgð, sbr. 42. gr. samkeppnislaga.
154. Þá telja sóknaraðilar óhjákvæmilegt að líta til þess að nefndur starfsmaður hafi rannsakað ætluð brot fyrst og fremst til sektar viðkomandi einstaklinga. Má þar m.a. líta til ummæla starfsmannsins í athugasemdum við skjal það sem verjandi þáverandi forstjóra Eimskips sá við afhendingu gagna, sem rakin eru í mgr. 90 hér að framan.
155. Sóknaraðilar byggja þannig á því að heimild varnaraðila samkvæmt 5. mgr. 42. gr. skl. takmarkist skv. efni sínu við það annars vegar að láta lögreglu í té gögn og upplýsingar og hins vegar að taka þátt í aðgerðum lögreglu. Þá leiðir óhjákvæmilega af hlutverki varnaraðila að honum ber að leggja frummat á háttsemi einstaklinga í því skyni að meta hvort ástæða sé til kæru til lögreglu. Eftir kæru til lögreglu ber hins vegar lögreglu, í þessu tilviki héraðssaksóknara, að stýra rannsókninni, ákveða aðgerðir við rannsóknina og framkvæma hana, sbr. athugasemdir með frumvarpi til breytingalaga nr. 52/2007 á skl. Í ákvæðinu felst þannig ekki að lögregluvald sé

framselt til eftirlitsstjórnvalds, en sú hefur verið raunin í máli sóknaraðila þar sem öll rannsókn á hendur einstaklingunum, þ.m.t. í þau fimm ár sem liðin eru frá kæru, hafi verið á forræði varnaraðila en ekki héraðssaksóknara.

156. Sóknaraðilar benda á að engar verklagsreglur hafa verið settar um samskipti varnaraðila og lögreglu/héraðssaksóknara við rannsókn mála sem þessara. Er það og þvert á þá nauðsyn sem Ríkislögreglustjóri kvað á slíkum reglum, sbr. það sem fram kom í umsögn embættisins til Alþingis við frumvarp það er varð að lögum nr. 52/2007 (fskj. 58):

*„Í ljósi framangreinds er verkefni laganna að tryggja að saman geti farið rannsóknir Samkeppniseftirlits og lögreglu. Lögin leysa úr þessu að nokkru leyti en **augljóst er að saksóknari efnahagsbrota sem annast rannsóknir og ákærumeðferð þessara mála og Samkeppniseftirlit þurfa að taka upp sín á milli verklagsreglur sem enn frekar tryggja að gætt sé hagsmuna þessara tvennskona rannsókna, sem annars vegar lýtur reglum laga um meðferð opinberra mála og hinsvegar stjórnarsýslulögum. Þetta verður gert verði frumvarpið að lögum.**“ (leturbr. hér).*

157. Engar slíkar verklagsreglur voru hins vegar settar, þvert á framangreinda staðhæfingu. Virðist það hafa leitt til þess að varnaraðili hafi í reynd tekið sér vald til rannsóknar á hendur einstaklingunum, þvert á tilgang og efni laganna.
158. Sóknaraðilar byggja á því að hafi sá starfsmaður sem annast stjórnarsýslurannsókn á hendur þeim tekið sér lögregluvald með ólögumætum hætti í máli sem reynir að hluta á sama sakarefni og stjórnarsýslumálið, og viðhaft slík ummæli sem þar eru rakin, séu fyrir hendi aðstæður sem eru til þess fallnar að draga óhlutdrægni starfsmannsins með réttu í efa, sbr. 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga.
159. Þannig hafi starfsmaðurinn sýnilega talið rétt að ganga það hart fram að taka sér í reynd lögregluvald án heimildar, sem hljóti að gefa sóknaraðilum réttmæta ástæðu til að ætla að sýni hug starfsmannsins í garð ætlaðrar sektar starfsmannanna og þar með sóknaraðila.
160. Sóknaraðilar benda sérstaklega á að ekki er nægjanlegt að lögum að starfsmaður sé í reynd hlutlaus í störfum sínum, heldur verður hann jafnframt að hafa þá ásýnd út á við. Leiðir þetta bæði af orðalagi 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga og kröfum 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. til hliðsjónar dóma Mannréttindadómstóls Evrópu í málum 8692/79, *Piersack gegn Belgíu*, og 10486/83, *Hauschildt gegn Danmörku*.
161. Sóknaraðilar byggja á því að útilokað sé fyrir þá í ljósi framangreindra ástæðna að viðkomandi starfsmaður hafi ásýnd hlutleysis í þeirra garð. Þegar af þeirri ástæðu er um vanhæfi að ræða, sbr. 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga og 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.
162. Þá byggja sóknaraðilar á því að þeirri staðreynd að starfsmaðurinn hafi í reynd annast lögreglurannsóknina megi jafna við þær aðstæður sem greinir í 4. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga. Þannig megi jafna þeim afskiptum við þær aðstæður sem þar greinir, en hvoru tveggja aðstæðurnar eru á sama hátt til þess fallnar að draga með réttu í efa óhlutdrægni starfsmannsins.

163. Sóknaraðilar byggja jafnframt á því að ákvarðanir varnaraðila í kjölfar ítrekaðra úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála á rannsóknarstigi máls þessa, sem allar eru undirritaðar af viðkomandi starfsmanni, séu sjálfstætt þess eðlis að draga megi með réttu í efa óhlutdrægni starfsmannsins.
164. Þessu ferli málsins er lýst í mgr. 37-46 hér að framan. Þannig synjaði varnaraðili, hið lægra setta stjórnvald, sóknaraðilum ítrekað um rétt þeirra um aðgang að gögnum málsins, þar á meðal ítrekað í kjölfar úrskurða hins æðra setts stjórnvalds, áfrýjunarnefndar samkeppnismála, um slíka skyldu.
165. Skýr og ótvíræð skylda hvílir á lægra settum stjórnvöldum að fara að og fylgja úrskurðum æðra settra stjórnvalds. Ítrekaðar vísvitandi ákvarðanir varnaraðila, sem viðkomandi starfsmaður undirritaði, um að virða þá skyldu að vettugi, geta vart annað en lýst illum hug viðkomandi starfsmanns í garð sóknaraðila. Gefur það sóknaraðilum réttmæta ástæðu til að efast um óhlutdrægni starfsmannsins og veldur vanhæfi hans, sbr. 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnslulaga.
166. Þar sem viðkomandi starfsmaður sem telst vanhæfur hefur allan málsmeðferðartímann haft umsjón með rannsókninni og annast hana að langstærstum hluta, er um að ræða annmarka sem ekki verður bætt úr, enda andmælaskjal með frumníðurstöðum varnaraðila þegar verið sett fram. Við þær aðstæður er óhjákvæmilegt að lýsa rannsóknina ólögmetu og ber því að fallast á aðal- eða varakröfu sóknaraðila.

Forstjóri varnaraðila var jafnframt vanhæfur

167. Líkt og rakið hefur verið hér að framan hefur framangreindur starfsmaður í reynd annast lögreglurannsóknina á hendur hinum tilteknu starfsmönnum, ásamt [...], verktaka á vegum varnaraðila.
168. Ganga verður út frá því að forstjóra varnaraðila sé kunnugt um verkefni og starfshætti verktaka sem þessa. Þá verður að ganga út frá því að á tímaskýrslum verktakans hafi komið fram sundurliðun á störfum verktakans, í samræmi við venjur og hefðir þar um.
169. Af því leiðir að forstjóra varnaraðila getur naumast hafa dulist hvers eðlis störf verktakans fyrir varnaraðila voru. Líkt og rakið hefur verið hér að framan fólust þau í reynd í framkvæmd lögreglurannsóknar á hendur hinum tilteknu starfsmönnum, án lögregluvalds og án lagaheimildar.
170. Þrátt fyrir það sýnist forstjóri varnaraðila ekkert hafa aðhafst til að grípa inn í og stöðva þær ólögmetu aðgerðir. Er því óhjákvæmilegt að líta svo á að störf verktakans og starfsmanns varnaraðila við lögreglurannsóknina hafi verið með samþykki forstjórans. Þar sem honum gat ekki dulist að slík störf án lögregluvalds og lagaheimildar væru ólögmet, er óhjákvæmilegt annað en að ætla að ólögmet sjónarmið hafi ráðið ákvörðun forstjórans um að láta þetta verklag átölulaust.
171. Þessu til viðbótar var það forstjóri varnaraðila sem undirritaði kröfur til héraðsdóms um heimild húsleitar, hvoru tveggja þá fyrri, dags. 10. september 2013 og þá síðari,

dags. 3. júní 2014. Var með þeim beiðnum villt um fyrir dóminum, sbr. umfjöllun hér að framan.

172. Var þannig í fyrsta lagi staðhæft í síðari kröfunni að til staðar væri sameiginleg rannsóknar- og aðgerðaráætlun varnaraðila og lögreglu, þegar fyrir liggur að svo var ekki.
173. Í öðru lagi var héraðsdómi ekki gefin hlutlæg mynd af aðstæðum, þar sem m.a. var í hvorugri kröfunni upplýst um kvörtun Samskipa til Samkeppniseftirlitsins, sbr. hér að framan.
174. Í þriðja lagi tók varnaraðili sér í reynd lögregluvald með síðari kröfunni, sbr. umfjöllun hér að framan. Var þannig upplýst í kröfunni að tilteknir einstaklingar hefðu verið kærðir til lögreglu, og staðhæft að fyrir lægi sameiginleg rannsóknar- og aðgerðaráætlun varnaraðila og lögreglu. Einn þessara einstaklinga var [...], fyrrverandi starfsmaður Eimskips. Krafist var húsleitar í gögnum hans sérstaklega, en þeirri staðreynd að hann hefði verið kærður til lögreglu haldið leyndu í bréfi sem varnaraðili afhenti sóknaraðilum, sbr. hér að framan. Var þannig aðgerðin í reynd framkvæmd til rannsóknar á mögulegu refsiverðu broti kærðs einstaklings, en eftir kæru til lögreglu átti sú rannsókn að vera í höndum héraðssaksóknara en ekki varnaraðila.
175. Öllu framangreindu til viðbótar var það síðan forstjóri varnaraðila sem undirritaði kæru til lögreglu á hendur [...], þann 17. maí 2018. Líkt og rökstutt er í mgr. 102-105 hér að framan gat eini tilgangur hennar verið að styðja þá fyrirfram mótuðu afstöðu starfsmanna varnaraðila að sóknaraðilar og starfsmenn þeirra væru sekir. Þar sem forstjóri varnaraðila undirritaði kærana verður að ætla að þau sjónarmið sem þar eru rakin eigi jafnframt við um forstjóran.
176. Eru því fyrir hendi þær aðstæður sem 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga tekur til, þannig að sóknaraðilar hafa réttmæta ástæðu til að draga óhlutdrægni forstjórans í efa. Hefur því forstjóri varnaraðila verið vanhæfur við yfirstandandi rannsókn.
177. Þar sem forstjóri varnaraðila er æðsti yfirmaður stofnunarinnar og allir starfsmenn lúta boðvaldi hans, leiðir það sjálfstætt til þess að allir starfsmenn sem að rannsókninni hafa komið eru jafnframt vanhæfir. Þar sem rannsóknin hefur þegar leitt til frumniðurstaðna á hundruðum blaðsíða er ekki unnt að bæta úr þessum annmarka á rannsókninni. Ber því jafnframt að lýsa rannsóknina ólögsmæta og fella hana niður þegar af þessari ástæðu.

Vanhæfi vegna brota á þagnarskyldu

178. Loks byggja sóknaraðilar á því að sá leki á trúnaðarupplýsingum úr rannsókninni til fjölmiðla sem fól í sér brot gegn þagnarskylduákvæði 34. gr. skl. og rakinn er í mgr. 62-66 hér að framan, lýsi illum hug í garð sóknaraðila. Hafi sá leki eingöngu getað stafað frá varnaraðila.

179. Þannig voru gögn þau sem voru grundvöllur húsleitarinnar afhent sóknaraðilum með bréfi dags. 8. október 2014, líkt og rakið hefur verið hér að framan. Þann 14. október var Kastljóspátturinn síðan sýndur. Ljóst er af öllu efni hans að hann hefur verið langan tíma í undirbúningi.

180. Í umfjöllun Kastljóss, sem var sem fyrr segir sýnilega fyrirfram tekin upp, er að finna eftirfarandi staðhæfingu:

*„Í gögnunum **sem Eimskip og Samskip hafa nú fengið í hendur** koma fram upplýsingar um sakarefnin sem leiddu til umfangsmikilla aðgerða Samkeppniseftirlitsins. (leturbr. hér).“*

181. Útilokað er því að Kastljós hafi getað vitað að Eimskip og Samskip hefðu fengið gögnin í hendur, öðruvísi en með leka frá varnaraðila á dögum 8. október (er bréf [...] er undirritað) til 14. október 2014.

182. Hvorki áfrýjunarnefnd samkeppnismála, sérstakur saksóknari né héraðsdómur hafði upplýsingar um þetta. Er því ljóst að um leka frá varnaraðila var að ræða.

183. Ekki verður talið líklegt að aðrir en starfsmenn varnaraðila hafi vitað um þetta bréf sem vitnað var til í Kastljóspættinum. Byggja því sóknaraðilar á því að líkur standi óhjákvæmilega til þess að starfsmaður varnaraðila, sem vel þekkti til málsins, hafi staðið að lekanum. Böndin í þeim efnum hljóta að beinast að stjórnanda rannsóknarinnar eða yfirmönnum stofnunarinnar.

184. Slíkur leki, sem augljóslega virðist hafa verið í þeim tilgangi að setja opinberan þrýsting á héraðssaksóknara að hefja rannsókn, lýsir óhjákvæmilega illum hug í garð sóknaraðila. Við þær aðstæður er viðkomandi starfsmaður vanhæfur til þátttöku í rannsókninni, sbr. 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga. Það breytir engu hver starfsmanna varnaraðila það var sem lekinn stafaði frá, en sé ekki um það upplýst, leiðir sá skortur upplýsinga óhjákvæmilega til þess að vanhæfið tekur til stofnunarinnar í heild. Undir þeim kringumstæðum telst rannsóknin ólögmæt og ber að fella hana niður.

A.3 Rannsókn varnaraðila byggir á ólögmætri haldlagningu og rannsókn gagna

185. Sóknaraðilar byggja jafnframt á því að rannsókn varnaraðila á hendur þeim sé ólögmæt þar sem hún byggi á ólögmætri húsleit, haldlagningu og rannsókn varnaraðila á haldlögðum gögnum. Hafi beiting þeirra þvingunarúrræða ekki samrýmst ákvæðum laga, auk þess sem beiting þeirra hafi brotið gegn þeim réttindum sem sóknaraðilum eru tryggð með 6. og 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Af því leiði að rannsókn varnaraðila sé ólögmæt og hana beri að fella niður.

186. Við rannsókn máls varnaraðila á hendur sóknaraðilum voru framkvæmdar húsleitir hjá sóknaraðilum 10. september 2013 og 4. júní 2014. Vegna þeirra ástæðna sem að greinir hér á eftir voru þessar húsleitir ólögmæt, og verður fyrst vikið að húsleitinni 10. júní 2013.

Varnaraðili leyndi héraðsdóm upplýsingum

187. Svo sem áður greinir höfðu Samskip í júlí 2013 sent ítarlega kvörtun til varnaraðila þar sem kvartað var yfir ætluðum brotum Eimskips á 11. gr. skl. Lá þessi kvörtun fyrir hjá varnaraðila þann dag sem varnaraðili lagði fram kröfu um heimild til húsleitar hjá sóknaraðilum í Héraðsdómi Reykjavíkur. Eðli málsins samkvæmt hlýtur tilvist slíkrar kvörtunar að hafa áhrif við mat á því hvort rétt sé að beita þvingunarúrræðum gegn sóknaraðilum við rannsókn á ætluðu samráði, enda rennir það síst stoðum undir grunsemdir um samráð tveggja aðila ef annar aðilinn hefur nýlega kvartað yfir því að hinn gangi of hart fram gegn sér og misnoti þannig markaðsráðandi stöðu sína. Verður að telja það með talsverðum ólíkindum að annar þátttakandi ætlaðs samráðs krefjist rannsóknar varnaraðila á starfsemi hins aðilans, vitandi að húsleit kann að vera liður í slíkri rannsókn sem myndi þá upplýsa ætlað samráð, væri það til staðar. Hafði þetta atriði því bersýnilega þýðingu fyrir mat héraðsdóms á því hvort rökstuddur grunur væri fyrir hendi um ætlað samráð og þar varnaraðila skýlaust á grundvelli almennrar hlutlægnisskyldu sinnar að upplýsa héraðsdóm um kvörtun Samskipa.
188. Þrátt fyrir tilvist kvörtunarinnar var ekki á hana minnst einu orði í kröfu varnaraðila um húsleit sem lögð var fram í Héraðsdómi Reykjavíkur. Var dómurinn því ekki upplýstur um þetta mikilvæga atriði sem hefði vitaskuld getað breytt mati á dómsins á því hvort efni væri til að heimila jafn umfangsmiklar og íþyngjandi aðgerðir og húsleit og haldlagningu gagna. Efnislega voru því ekki forsendur fyrir héraðsdóm að skera úr um beiðni varnaraðila þar sem þessar upplýsingar lágu ekki fyrir dóminum.
189. Þau vinnubrögð varnaraðila að láta þessa atriðis ekki getið í kröfu um heimild til húsleitar fela í sér augljóst brot á hlutlægnisskyldu og sýna skýrt að rannsakendur málsins voru ófærir um að líta hlutlaust á málavexti og líta við rannsókn sína til þess sem bendir til sakleysis þeirra sem í hlut eiga. Eru þessi brot þess eðlis að húsleitarheimildin og þar með rannsókn varnaraðila sem á henni byggir eru ólögmetar.
190. Í húsleitarbeiðni var tilgreind sem vísbending sögusögn ónafngreinds samkeppnisaðila að þáverandi forstjóri Eimskips hefði látið þau boð út gangi að „ekki hafi átt að hjóla í Samskip.“ Var þess þó ekki getið í beiðninni að skömmu áður en þau orð eiga að hafa verið látin falla, hafði áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfest 230 milljón króna sektarákvörðun á hendur A1988 fyrir að hafa sett fram áætlun um að „setja Samskip á hælana.“ Fær það vart staðist að hvoru tveggja teljist brot á samkeppnislögum, og því um að ræða upplýsingar sem hefðu haft þýðingu fyrir mat héraðsdóms á því hvort rökstuddur grunur væri fyrir hendi og þar varnaraðila því jafnframt að upplýsa héraðsdóm um þessa staðreynd.

Lagaheimildir til húsleita voru ekki fyrir hendi þar sem enginn var grunaður um refsiverða háttsemi.

191. Af hálfu sóknaraðila er á því byggt að heimildir varnaraðila til húsleitar, haldlagningar og rannsóknar á haldlögðum gögnum samkvæmt ákvæðum sakamálalaga séu takmarkaðar við þau tilvik þar sem uppi er rökstuddur grunur um brot einstaklinga á þeim degi sem rannsóknaraðgerðir fara fram, þ.e. að til staðar sé sakborningur í skilningi laga. Leiðir þetta af túlkun á 20. gr. skl. og ákvæðum sml. sem sú grein vísar

til. Felst í þessum ákvæðum skýr vörn við því sem stundum er nefnt „veiðiferð“, þ.e. að ráðist sé í óhemju íþyngjandi rannsóknaraðgerðir án þess að rökstuddur grunur sé uppi um tiltekið lögbrot sem varðað geti þeirri refsingu sem lög áskilja til þess að slíkar rannsóknaraðferðir séu heimilar. Verður þetta nú útskýrt.

192. Húsleitar- og haldlagningarheimildir varnaraðila er að finna í 20. gr. skl., en þar segir:

Samkeppniseftirlitið getur 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 þessum eða ákvörðunum samkeppnisyfivalda. Við framkvæmd aðgerða skal fylgja ákvæðum laga um meðferð sakamála um leit og hald á munum.

193. Í greinargerð með frumvarpi því er varð að skl. er þess getið í umfjöllun um 20. gr. laganna að 2. mgr. ákvæðisins sé sambærileg við ákvæði 2. mgr. 40. gr. þágildandi laga, en þar var kveðið á um að við framkvæmd aðgerða skyldi fylgja ákvæðum laga um meðferð opinberra mála um leit og hald á munum. Er bent á að ákvæðið hefði verið túlkað svo í framkvæmd að nauðsynlegt væri að afla dómsúrskurðar áður en vettvangsrannsókn væri gerð.

194. Leiðir því af skýrum fyrirmælum löggjafans í 2. mgr. 20 gr. að líta verður til reglna sakamálalaga þegar beita á heimild varnaraðila samkvæmt 1. mgr. 20. gr.

195. Um leit er fjallað í X. kafla sml. Í 74. gr. laganna er að finna heimildarákvæði sem mælir fyrir um hvar leit megri fara fram og önnur skilyrði slíkrar leitar. Eiga allar málsgreinar þess ákvæðis það sammerkt að heimila einungis leit á stöðum sem sakborningur hefur yfirráð yfir eða öðrum svæðum ef þau eru talin tengjast sakborningi eða hinu meinta broti. Þá er tekið fram í 3. mgr. að skilyrði húsleitar sé rökstuddur grunur um brot sem sætt geti ákæru.

196. Ákvæðið er svohljóðandi:

Heimilt er að leita í húsum sakbornings, geymslustöðum, hirslum, skipum, loftförum, bifreiðum eða öðrum farartækjum hans í því skyni að handtaka hann, rannsaka andlag brots og önnur ummerki eða hafa uppi á munum sem hald skal leggja á. Leita má í húsum, geymslustöðum, hirslum eða farartækjum annars manns en sakbornings þegar brot hefur verið framið þar eða sakborningur handtekinn þar. Einnig ef rökstuddur grunur leikur á að sakborningur haldi sig þar eða þar sé að finna muni sem hald skal leggja á.

Skilyrði fyrir húsleit er að rökstuddur grunur leiki á að framið hafi verið brot sem sætt getur ákæru og að sakborningur hafi verið þar að verki, enda séu augljósir rannsóknarhagsmunir í húfi. Það er enn fremur skilyrði fyrir húsleit skv. 2. mgr. að rannsókn beinist að broti sem varðað getur fangelsisrefsingu að lögum. (leturbr. hér).

197. Augljóst er af lestri ákvæðisins að það er skilyrði húsleitar að einhver sakborningur sé til staðar og að sá sakborningur hafi mögulega framið brot sem sætt getur ákæru. Tekið skal fram að samkvæmt 2. gr. sml. er sakborningur sá maður sem borinn er sökum eða grunaður um refsiverða háttsemi. Enn fremur sá lögaðili sem er sakaður eða grunaður um að bera ábyrgð á slíkri háttsemi. Sé þetta dregið saman verður einungis gerð húsleit ef til staðar er sakborningur í skilningi laga.

198. Með lögum nr. 52/2007 voru gerðar verulegar breytingar á viðurlagaákvæðum samkeppnislaga. Var það niðurstaða löggjafans að fella alfarið niður refsíabyrgð lögaðila vegna brota á samkeppnislögum og að aðeins þátttaka einstaklinga í samráðsbrotum fyrirtækja gæti sætt refsingu. Frá þeirri lagabreytingu er því ljóst að lögaðilar geta ekki gerst brotlegir við samkeppnislög með refsiverðum hætti, aðeins getur verið um stjórnsluviðurlög að ræða.
199. Af framangreindu leiðir að sóknaraðilar, sem lögaðilar, geta ekki talist vera sakborningar í skilningi sakamálalaga vegna mögulegra samkeppnislaga brota, aðeins getur verið um stjórnslumál að ræða. Sakamál verður þannig aldrei höfðað gegn sóknaraðilum fyrir ætluð brot á samkeppnislögum.
200. Mikilvægast er þó að af ofangreindri stöðu leiðir að samkvæmt ákvæðum sakamálalaga eru ekki skilyrði uppfyllt fyrir því að framkvæma húsleit hjá sóknaraðilum á þeim grunni einum að grunur leiki á um brot á samkeppnislögum. Eins og 2. mgr. 20. gr. samkeppnislaga hefur verið skýrð í framkvæmd verður að afla dómsúrskurðar samkvæmt skilyrðum sakamálalaga áður en húsleit getur farið fram. Af því leiðir að húsleit getur ekki farið fram á starfsstöð fyrirtækis sé það einungis grunað um brot gegn samkeppnislögum, þar sem það getur ekki talist sakborningur í skilningi laga, sem er svo aftur forsenda þess að skilyrði sakamálalaga til húsleitar séu uppfyllt.
201. Ekki þarf að taka fram þau augljósu sannindi að lagaákvæði um húsleit og haldlagningu gagna fela í sér heimildir til veigamikilla inngripa í stjórnarskrárvarin réttindi borgaranna til friðhelgi og verður því ávallt að túlka þröngt og ekki rýmra en samkvæmt orðanna hljóðan.
202. Samkvæmt framangreindu blasir við að skilyrði þess að húsleit og haldlagning gagna gæti farið fram á starfsstöðvum sóknaraðila og Símans hf., voru að einhver starfsmaður sóknaraðila væri grunaður um brot á skl. (sakborningur). Er það enda í samræmi við ákvæði 41. gr. a skl., en það viðurlagaákvæði vegna brota á skl. sem sætt geta refsingu hefur hljóðað svo síðan 2007: „*Hver starfsmaður eða stjórnarmaður fyrirtækis eða samtaka fyrirtækja, sem framkvæmir, hvetur til eða lætur framkvæma samráð sem brýtur gegn 10. og/eða 12. gr. og varðar þau atriði sem tilgreind eru í 2. og 3. mgr., skal sæta sektum eða fangelsi allt að sex árum.*”
203. Það er hins vegar augljóst af kröfugerð varnaraðila um húsleit að enginn einstaklingur var grunaður um brot á skl. á þeim degi sem krafan var lögð fyrir héraðsdóm. Var það jafnframt staðfest af varnaraðila við húsleitina að enginn þeirra einstaklinga sem voru teknir í viðtal á degi húsleitar og í vikunni þar á eftir væru grunaðir um brot á skl. á þeim tíma, sbr. fskj. 59. Hið sama verður raunar ráðið af fyrrnefndu bréfi forstjóra varnaraðila til Fjármálaeftirlitsins frá 24. október 2015, sbr. fskj. 33.
204. Öllu framangreindu til viðbótar vísaði svo héraðsdómur einungis til 1. mgr. 74. gr. sml. um heimild fyrir húsleitinni, en sú málsgrein heimilar einvörðungu húsleit hjá sakborningi sjálfum. Enginn sóknaraðila var sakborningur þegar úrskurðurinn var kveðinn upp enda slíkt ekki mögulegt að lögum eftir að refsíabyrgð lögaðila var felld úr samkeppnislögum, sbr. hér að framan.

205. Af öllu þessu leiðir að þar sem einungis lágu fyrir ætlaðar almennar grunsemdir rannsakenda um ætluð brot sóknaraðila, sem lögaðila, á samkeppnislögum voru skilyrði sakamálalaga, og þar með samkeppnislaga, fyrir húsleit ekki uppfyllt. Var því húsleit varnaraðila ólögमत og heimild til hennar ranglega veitt af héraðsdómi.

Engin lagaheimild stóð til þess að heimila húsleit hjá Símanum hf.

206. Varnaraðili sóttist einnig eftir, og fékk skv. úrskurðarorði héraðsdóms, heimild til leitar og afritunar tölvutækra gagna sóknaraðila sem kynnu að vera geymd á tölvutæku formi á starfstöðvum Símans hf. Var sú heimild nýtt og var umtalsvert magn gagna afritað þar, enda sá Síminn um að hýsa öll rafræn gögn sóknaraðila. Voru þannig tölvupósthólf sóknaraðila haldlögð í heild sinni auk heimasvæða fjölmargra starfsmanna í heild sinni. Byggir rannsókn varnaraðila svo til einvörðungu á þessum gögnum, enda rafræn gögn meginuppistaða gagna sóknaraðila líkt og allra annarra fyrirtækja.

207. Sóknaraðilar byggja á því að lagaheimild fyrir þeirri húsleitarheimild, og þar með leit og haldlagningu, hafi ekki verið fyrir hendi.

208. Tekið skal fram að öll þau sömu sjónarmið og eiga við um húsleitina almennt og reifuð voru hér að framan eiga einnig við um húsleitina hjá Símanum. Ekki bar að leyfa hana því enginn sakborningur var grunaður um refsiverða háttsemi þegar hún fór fram. Því til viðbótar var einfaldlega við þessar aðstæður óheimilt að framkvæma húsleit og haldlagningu hjá Símanum.

209. Í úrskurði héraðsdóms er tekið fram, með vísan til greinargerðar varnaraðila, að á grunni 1. mgr. 74. gr. sml. og 1. mgr. 75. gr. sml. verði húsleit og haldlagning heimiluð. Er rétt að ítreka að einungis var vísað til 1. mgr. 74. gr. sml., en ekki 2. mgr. þess ákvæðis um húsleitarheimildina. Samkvæmt 1. mgr. 74. gr. er húsleit aðeins heimiluð í húsum sakbornings eða öðrum stöðum undir hans yfirráðum. Húsnæði Símans er þar ekki á meðal og voru því skilyrði 1. mgr. 74. gr. sml. augljóslega ekki uppfyllt fyrir húsleit hjá Símanum. Samkvæmt skýru orðalagi 1. mgr. 74. gr. sml. verður húsleit ekki heimiluð hjá þriðja manni á grundvelli hennar. Þá heimild er að finna í 2. mgr. 74. gr., sem ekki er vísað til, enda átti hún raunar ekki við skv. efni sínu þar sem enginn sakborningur var til staðar, sbr. hér að framan. Þegar af þeirri ástæðu er úrskurður héraðsdóms haldinn alvarlegum annmarka sem leiðir til ólögमतis húsleitarinnar.

210. Þessu til viðbótar skal tekið fram að jafnvel þó 1. mgr. 20. gr. skl. yrði talin sjálfstæð heimild til húsleitar af hálfu varnaraðila, sem hún er ekki, sbr. hér að framan, tekur það ákvæði einungis til starfstöðvar þess félags sem í hlut á, ekki þriðja aðila. Verður leitinn hjá Símanum því ekki réttlætt með vísan til þessa ákvæðis.

Rannsókn varnaraðila á haldlögðum gögnum sóknaraðila er ólögमत

211. Framangreindu til viðbótar styðst svo rannsókn varnaraðila á haldlögðum rafrænum gögnum hjá Símanum ekki við úrskurð dómara og er því ólögमत.

212. Um leit er fjallað í X. kafla sml. Þar kemur fram í 68. gr. að hald skuli lagt á muni, þar á meðal skjöl, ef ætla má að þeir hlutir eða upplýsingar sem þeir hafa að geyma hafi sönnunargildi í sakamáli, að þeirra hafi verið aflað á refsiverðan hátt eða að þeir kunni að verða gerðir upptækir. Engin þessara skilyrða voru uppfyllt um haldlögð gögn sóknaraðila hjá Símanum og haldlagningin af þeirri ástæðu einni ólögmat.
213. Í 70. gr. sml. kemur síðan fram að hald megi leggja á bréf eða aðrar sendingar, sem eru í vörslum póst- eða flutningafyrirtækis, svo og á símskeyti, símbréf, tölvubréf eða aðrar sendingar, sem eru í vörslum fjarskiptafyrirtækis, enda sé það gert vegna rannsóknar út af broti sem varðað getur fangelsisrefsingu að lögum. Ef sendandi og viðtakandi hafa ekki verið staddir við haldlagningu skal hún tilkynnt þeim svo fljótt sem verða má, þó þannig að það skaði ekki frekari rannsókn málsins. Í ákvæðinu segir svo orðrétt: „*Rannsókn á efni bréfa, skeyta eða sendinga, sem hald er lagt á samkvæmt þessari málsgrein, má einungis fara fram samkvæmt úrskurði dómara.*”
214. Í úrskurði héraðsdóms var heimiluð leit og haldlagning gagna hjá fjarskiptafyrirtækinu Símanum. Um lögmæti þeirrar heimildar er fjallað hér að framan en hvað sem því líður er ekki að sjá að nein heimild hafi verið veitt, hvorki í forsendum úrskurðar né úrskurðarorðunum sjálfum, fyrir því að varnaraðili mætti rannsaka þessi gögn í kjölfar haldlagningar, það er, opna og skoða viðkomandi rafræn gögn. Skýrt lagaboð mælir þó fyrir um nauðsyn þess.
215. Hæstiréttur Íslands hefur fjallað um þetta álitafni í málum nr. 291/2016 og 297/2016. Í máli nr. 291/2016 hafði lögreglan lagt hald á farsíma manns sem var í haldi lögreglu og hafði verið gerð tilraun til þess að rannsaka efnisinnihald farsímans. Um það sagði Hæstiréttur orðrétt:
- „Þótt heimilt sé að haldleggja hlut án dómsúrskurðar, sbr. 1. mgr. 69. gr. laga nr. 88/2008, verður 68. gr. laganna ekki skilin á þann veg að lögregla geti rannsakað efnisinnihald raftækja án þess að fyrir liggja úrskurður dómara. Aðstæður þær sem hér um ræðir eru efnislega sambærilegar þeim sem ákvæði 1. mgr. 70. gr. og 1. mgr. 84. laga nr. 88/2008 taka til og samkvæmt löggjöfnun frá þeim er ljóst að lögreglu ber að afla dómsúrskurðar til þess að rannsaka efni farsímans.“*
216. Afstaða Hæstaréttar er því skýr, lögreglu ber að afla sérstaks dómsúrskurðar til að rannsaka megi efni raftækja og rafrænna gagna sem hald er lagt á undir rannsókn máls.
217. Fyrirmæli ríkissaksóknara nr. 1/2016 taka af öll tvímæli um nauðsyn þess að hafa heimild samkvæmt 70. gr. sml. til að mega rannsaka rafræn gögn sem haldlögð hafa verið hjá fjarskiptafélögum. Í fyrirmælum nr. 1/2016 kemur m.a. fram:
- „Ríkissaksóknari beinir hér með þeim fyrirmælum til lögreglu að afla dómsúrskurðar í kjölfar haldlagningar ef ekki liggur fyrir samþykki eiganda eða haldlagningarþola raftækja (símtækja, tölvur, tölvudrif o.s.frv.) fyrir því að rannsaka/skoða gögn í tækjunum. Lagatilvísun í kröfugerðinni yrði þá löggjöfnun frá 1. mgr. 70. gr. og 1. mgr. 84. gr. laga nr. 88/2008, sbr. dóma Hæstaréttar.“*
218. Þau lagaákvæði og þau sjónarmið sem reynir á í fyrrnefndum dómum voru einnig í gildi þegar varnaraðili óskaði heimildar til húsleitar og haldlagningar gagna

sóknaraðila á árinu 2013, enda engin lagabreyting átt sér stað síðan þá. Þar sem engin heimild var veitt til að rannsaka þau rafrænu gögn og tölvur sem hald var lagt á, bæði á starfsstöðvum sóknaraðila og hjá Símanum, hefur rannsókn varnaraðila á þeim gögnum verið ólögæt og brot á friðhelgi einkalífs sóknaraðila sem verndað er með 71. gr. stjórnarskrárinnar.

Samantekt - Ekki verður byggt á gögnum fengnum á hátt sem brýtur gegn stjórnarskránni

219. Húsleitir og haldlagning gagna sem fram fór á grundvelli úrskurðar Héraðsdóms Reykjavíkur og eftirfarandi rannsókn varnaraðila á haldlögðum gögnum braut samkvæmt framangreindu gróflega gegn grundvallarréttindum sem tryggð eru friðhelgi með ákvæðum 71. gr. stjórnarskrárinnar, 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu og 68., 70. og 74. gr. sml., auk þess að brjóta gegn þeirri réttlátu málsmeðferð sem sóknaraðilum eru tryggð réttur til með ákvæðum 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Gilda ákvæði sáttmálans fullum fetum um málsmeðferð stjórnvalda í samkeppnismálum, sbr. til hliðsjónar dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli 43509/08, *Menarini Diagnostics S.R.L. gegn Ítalíu*. Heimild var fengin til húsleitar með því að leynd héraðsdómi mikilvægum gögnum auk þess sem héraðsdómur veitti heimildina án þess að lagaheimild stæði til, hvort sem var hjá sóknaraðilum eða Símanum. Þá var hald lagt á rafræn gögn og þau rannsökuð án dómsúrskurðar, þvert gegn skýru lagaboði.

A.4 Brotið hefur verið á rétti sóknaraðila samkvæmt 6. og 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu

220. Krafa sóknaraðila byggir m.a. á því að fyrrgreind málsmeðferð varnaraðila hafi brotið gegn rétti sóknaraðila til réttlátrar málsmeðferðar samkvæmt 6. og 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, en ákvæðinu m.a. ætlað að tryggja að þeir sem rannsókn sæta fái úrlausn máls síns fyrir réttlátum dómstól innan eðlilegra tímamarka. Vísast því til stuðnings til þess sem að framan hefur verið rakið.

A.5 Um kröfugerð í aðal- og varakröfu

221. Sóknaraðilar byggja á því að þeir verulegu annmarkar á rannsókninni á hendur þeim sem raktir hafa verið hér að framan séu þess eðlis að rannsókn varnaraðila í heild sinni sé ólögæt og að dómstólum beri að mæla fyrir um að henni verði hætt.

222. Gerð er sú krafa *ad allega* að rannsókn á ætluðum brotum sóknaraðila auðkenndar með málsnúmerum 1309012 og 1306004 verði hætt, en líkt og rakið hefur verið hér að framan hefur sú rannsókn sem húsleitir hjá sóknaraðilum voru liður í verið auðkennd með báðum þessum málsnúmerum af varnaraðila. Felst þannig í aðalkröfunni að allri rannsókninni á hendur sóknaraðilum verði hætt.

223. *Til vara* er þess krafist að í öllu falli verði allri rannsókn hætt sem byggir á gögnum sem haldlögð voru og rannsökuð með ólögætum hætti í þeim húsleitum varnaraðila hjá sóknaraðilum og Símanum hf. sem framkvæmdar voru undir rekstri málsins. Voru enda húsleitirnar og eftirfarandi rannsókn haldlagðra gagna ólögæt, sbr. hér að framan.

B. Prautavarakrafa

224. Verði ekki fallist á aðal- eða varakröfu sóknaraðila byggja þeir á því til þrautavara að rannsókn varnaraðila sé ólögmat og skuli hætt að því er varðar tímabilið fyrir 6. júní 2011.
225. Samkvæmt 1. mgr. 37. gr. a. samkeppnislaga fellur heimild Samkeppniseftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssektir niður þegar liðin eru sjö ár frá því að háttsemi lauk. Samkvæmt 2. mgr. sömu greinar rofnar sá fyrningarfrestur þegar Samkeppniseftirlitið tilkynnir aðila um upphaf rannsóknar á ætluðu broti eða þegar framkvæmd er leit á starfsstað fyrirtækis á grundvelli 20. gr. laganna.
226. Fyrningarfrestur vegna atvika fyrir 22. september 2009 hefði þannig getað verið rofinn með húsleit dags. 10. september 2013, er tæp fjögur ár voru liðin frá þeim atvikum. Byggja sóknaraðilar á því að svo hafi hins vegar ekki verið, enda rofnar fyrningarfrestur ekki ef rannsókn máls stöðvast um óákveðinn tíma.
227. Við ritun kröfu þessarar eru liðin tæp 6 ár frá húsleitinni. Þrátt fyrir það hefur enn engin ákvörðun verið tekin í málinu, og raunar allar ásakanir ekki komnar fram, þar sem á eftir að birta hið svonefnda „Andmælaskjal II.“ Raunar er það svo að varnaraðili getur ekki einu sinni upplýst hvenær það verður birt, en í bréfi dags 12. mars sl. kom fram af hálfu varnaraðila að ekki væri „*hægt að tilgreina á þessum tímapunkti hvenær frekara frummat verður sent til Eimskips og Samskipa*“ (fskj. 51).
228. Því til viðbótar verður ekki séð að varnaraðili hafi aðhafst nokkuð í rannsókninni frá maí 2010 til húsleitar í september 2013, eða í yfir þrjú ár, sbr. umfjöllun í mgr. 12-15 í kröfu þessari. Er það vítaverður og óréttlætanlegur dráttur á rannsókninni í yfir þrjú ár.
229. Að mati sóknaraðila er þessi dráttur á málsmeðferð svo vítaverður að fyrningarfrestur getur ekki talist hafa rofnað með húsleitinni dags. 10. september 2013. Fyrningarfrestur hafi ekki getað byrjað að líða fyrr en með birtingu andmælaskjals I þann 6. júní 2018, er ásakanir voru fyrst settar fram á hendur sóknaraðilum. Af því leiði að öll atvik sem áttu sér stað fyrir 6. júní 2011 séu fyrnd, og beri því að stöðva hana.

C. Prautþrautavarakrafa:

230. Til þrautþrautavara byggja sóknaraðilar á því að atvik sem áttu sér stað fyrir tímabilið 22. september 2009 séu fyrnd. Þetta leiðir af þeirri staðreynd að húsleit var ekki framkvæmd hjá þeim ætlaða brotlega aðila sem framdi hin ætluðu brot fyrir tímabilið til 22. september 2009. Er óumdeilt að öll flutningastarfsemi fór þá fram í félaginu A1988, sbr. hér að framan. Var það félag starfandi þann 10. september 2013, er húsleitir voru framkvæmdar, og er það raunar enn í dag, sbr. fskj. 60.
231. Sá málalíbúnaður varnaraðila að jafna megi saman A1988 og Eimskip á grundvelli sérsjónarmiða samkeppnisréttar um skilgreiningu á hugtakinu fyrirtæki, er í andstöðu við sátt varnaraðila við félagið Holtaveg 10 ehf., sbr. ákvörðun varnaraðila nr.

6/2015, hvar sekt var lögð á eldri rekstraraðila Húsasmiðjunnar en ekki nýjan. Fæli önnur niðurstaða hér í sér brot gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga.

232. Þar sem húsleit var ekki framkvæmd hjá því félagi sem framkvæmdi ætluð brot, getur fyrningafrestur ekki hafa verið rofinn fyrir það tímabil sem það félag annaðist reksturinn. Ber því að sama skapi af þessum sökum að fella niður rannsókn fyrir öll atvik fyrir 22. september 2009.

D. Sameiginlegur kröfuliður í öllum kröfum:

233. Í öllum kröfuliðum er samhliða kröfum um að rannsókn sé stöðvuð gerð krafa um afléttingu halds. Í því felst að aflétta beri haldi þeirra gagna sem haldlögð voru í húsleitum varnaraðila dags. 10. september 2013 og 4. júní 2014. Í tilviki rafrænna gagna felst í kröfunni að afritum þeirra verði eytt, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 633/2009, *Samkeppniseftirlitið gegn Valitor hf.*
234. Fyrir liggur að lagaheimild stóð ekki til þeirra húsleita og haldlagninga á gögnunum sem áttu sér stað, sbr. hér að framan. Þá liggur fyrir með útgáfu andmælaskjals varnaraðila að varnaraðili hefur rannsakað innihald gagnanna, en til þess bar honum að afla sér sérstaks dómsúrskurðar, sbr. hér að framan.
235. Samkvæmt 2. mgr. 102. gr. laga um meðferð sakamála, sbr. 3. mgr. 69. gr. laganna, er sóknaraðilum heimilt að leita úrlausnar dómstóla um kröfu sem þessa. Lágmarksúrræði sóknaraðila við hinni ólögmætu haldlagningu og eftirfarandi rannsókn gagnanna er að þeim verði eytt, og því ólögmæta ástandi sem komið var á þannig snúið við. Felst í 6. og 8. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sem hefur lagagildi hér á landi, að aðilum verði að tryggja raunhæf réttarúrræði til að tryggja þau réttindi sem vernduð eru með ákvæðunum. Ber því að lágmarki í öllum tilvikum að aflétta hald og eyða afritum haldlagðra gagna.

VII. Áskilnaður:

236. Áskilinn er réttur til að leggja fram frekari gögn á síðari stigum málsins. Þá er sérstaklega áskilinn réttur til að leiða vitni, þ.m.t. starfsmenn varnaraðila, m.a. [...], starfsmann varnaraðila, [...], verktaka sem og starfsmenn héraðssaksóknara.

Virðingarfyllst,
LOGOS lögmannsþjónusta,

Halldór Brynjar Halldórsson lögmaður (hrl.)