

**Viðskiptaráðuneytið
b/t Áslaugar Árnadóttur
skrifstofustjóra
Arnarhvoli
150 Reykjavík**



Reykjavík, 2. desember 2007.

Efni: Frumvarpsdrög til laga um breytingu á lögum samkeppnislögum nr. 44/2005.

Viðskiptaráð þakkar fyrir það tækifæri að fá að veita umsögn um ofangreint frumvarp sem felur í sér breytingar á samrunareglum núgildandi samkeppnislaga.

Viðskiptaráð tekur þau sjónarmið er koma fram í greinargerð frumvarpsins þar sem segir að samrunareglur séu einn af hornsteinum samkeppnisréttar. Það er mikilvægt að samkeppni sé ekki raskað, hvort sem það er með hegðan tiltekinna fyrirtækja á markaði eða með breytingum á gerð markaða, t.a.m. með samrunum og yfirtökum.

Þrátt fyrir framangreint mikilvægi er ekki síður mikilvægt að samruna- og/eða yfirtökuferlin séu ekki bundin slíkum takmörkunum að komið sé beinlínis í veg fyrir þróun einstakra markaða. Ljóst er að stærðarhagkvæmni skiptir miklu í kappsfullum alþjóðlegum samkeppnisrekstri og því ekki óeðlilegt að fyrirtæki sjái sér hag í sameiningum og yfirtökum. Þessi þróun hefur verið áberandi hérlendis undanfarin áratug og nánast hægt að slá því föstu að hún muni halda áfram af fullum krafti á komandi árum.

Í greinargerð frumvarpsins kemur fram að við samningu frumvarpsins hafi verið tekið mið af tveimur reglugerðum ESB, þ.e. reglugerð nr. 139/2004 og nr. 802/2004. Viðskiptaráð hefur ávallt lagt höfuðáherslu á að löggjafinn taki ekki upp í lög samkeppnishamlandi séríslensk ákvæði. Það er sérstaklega mikilvægt í tilfalli samkeppnislaganna, enda gætu ákvæði af því tagi t.a.m. haft þær afleiðingar að gera íslensk fyrirtæki á einhvern hátt að verri yfirtöku- eða sameiningarvalkostir heldur en sambærileg fyrirtæki annars staðar á EES-svæðinu. Þannig gæti íþyngjandi samkeppnislöggjöf beinlínis verði samkeppnishamlandi í sjálfri sér.

Það er því sérlega mikilvægt að ekki séu einungis valin íþyngjandi ESB ákvæði til að innleiða í íslenskan rétt og sá gerningur rökstuddur með vísan til nauðsynjar á samræmingu, á meðan önnur ESB ákvæði er draga myndu úr kröfum hins opinbera gagnvart atvinnulífinu eru ekki innleidd.

Til að athugasemdir ráðsins verði sem skýrastar eru þær settar upp í þeirri röð sem greinargerðin setur upp helstu breytingar, sbr. bls. 6 í greinargerðinni.

1. Samruni kemur ekki til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallar um hann.

Í 17. gr. a) er að finna ákvæði er kveður á um að samruni sem falli undir ákvæði laganna skuli ekki koma til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallar um hann. Til að svo geti orðið er sú skylda lögð á samrunafyrirtækin að tilkynna um fyrirhugaðan samruna áður en hann kemur

til framkvæmda en eftir að samningur um hann er gerður, tilkynnt er opinberlega um yfirtökuboð eða yferráðum í fyrirtækjum aflað.

Samhljóða ákvæði var að finna í frumvarpi til samkeppnislaga nr. 8/1993 en ákvæðið var fellt út úr frumvarpinu áður en það varð að lögum eftir að þáverandi efnahags- og viðskiptanefnd setti fram breytingartillögu þess efnis (þskj. 328 - 9. mál). Breytingartillaga nefndarinnar hljóðaði svo:

„Lagðar eru til breytingar á 18. gr. þannig að ekki verði skylda að tilkynna um samruna fyrirtækja eða yfirtöku fyrir fram. Slík skylda gæti haft í för með sér hemil á endurskipulagningu í viðskiptalífínu. Aftur á móti er lagt til að aðilar geti leitað álits samkeppnisráðs á því hvort fyrirhugaður samruni eða yfirtaka sé lögmæt. Þá er lagt til að samkeppnisráð skuli við mat sitt á því hvort yfirtaka eða samruni sé lögmætur taka tillit til þess hversu samruninn styrki hið sameinaða fyrirtæki í samkeppni við erlend fyrirtæki. Loks er lagt til að frestur til að ógilda yfirtöku eða samruna styttest úr þremur mánuðum í einn.“

Að mati ráðsins hefur lítið breyst í íslensku viðskiptalífi til að tillaga nefndarinnar teljist ekki eiga við í dag. Ef eitthvað er þá hafa samrunar og yfirtökur aukist undanfarin ár og því enn frekar mikilvægt að hemill sé ekki settur á endurskipulagningu viðskiptalífsins.

Umrædd breyting er lögð til, skv. greinargerðinni, í ljósi hagsmuna fyrirtækja, ákvæða reglugerða ESB og réttarreglna í nágrannaríkjum okkar. Varðandi hagsmunir fyrirtækja nefnir greinargerðin annars vegar þá erfiðleika Samkeppniseftirlitsins að þurfa að ógilda samninga sem hinn nýji lögaðili hefur gert og hins vegar þá hættu að samkeppnisaðilar eyðileggji fyrir hvorum öðrum t.a.m. með því að komast að viðskiptaleyndarmálum hvors annars.

Hvað fyrri óhagræðið varðar þá er besta svarið að finna í greinargerðinni sjálfri, þ.e. að í framkvæmd bíði flest fyrirtæki með að láta samruna taka gildi þar til Samkeppniseftirlitið hefur samþykkt þá. Núverandi skipan máli felur því ekki í sér verulegt óhagræði fyrir starfsemi Samkeppniseftirlitsins. Hvað uppgötvun viðskiptarleyndarmála varðar og mögulegt óhagræði sem því myndi fylgja í kjölfarið telur Viðskiptaráð að löggjafinn verði að fela fyrirtækjunum eftir að meta sjálfstætt hvort þau vilji framkvæma samruna áður en Samkeppniseftirlitið hefur samþykkt þá. En eins og tæpt var á hér að ofan þá bíða flest fyrirtæki eftir samþykki og því ekki um gríðarlega hættu að ræða sem gæti haft í för með sér einhver samkeppnishamlandi áhrif.

Til viðbótar við framangreint er það mat ráðsins að orðalag ákvæðis 17. gr. a) og 17. gr. d) skarist. Í því fyrrnefnda, sem óneitanlega yrði talið fela í sér tiltekna meginreglu, er því slegið föstu að samruni komi ekki til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallar um hann, á meðan síðari ákvæðið kveður m.a. á um að Samkeppniseftirlitið geti ekki ógilt samruna afhendi það ekki aðilum tilkynningu um að það telji ástæðu til frekari rannsóknar innan 25 virkra daga. Þannig getur samruni komið til framkvæmda áður en Samkeppniseftirlitið hefur tók á að ljúka umfjöllun um hann. Síðari ákvæðið felur í sér undantekningu frá meginreglunni og telur Viðskiptaráð að skýra þurfi orðalag 17. gr. a) þannig að það feli í sér vísan til þeirrar undantekningar.

Að mati ráðsins ætti að fella brott úr frumvarpinu boðaða breytingu og láta það eftir fyrirtækjunum að meta hvort þau vilji framkvæma samruna áður en Samkeppniseftirlitið hefur

tök á að fjalla um hann. Sé ekki vilji til þess leggur ráðið til að 3. mgr. 17. gr. a) verði breytt á þann hátt að vísað sé til 17. gr. d).

2. Útvíkkun á heimildum Samkeppniseftirlitsins til að ógilda samruna eða setja skilyrði fyrir honum.

Í 17. gr. c) er að finna breytingu á nógildandi löggjöf er felur það í sér að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að ógilda samruna sem hindrar virka samkeppni, **einkum** þegar markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja myndast eða slík staða styrkist. Nógildandi ógildingarheimild er takmörkuð við þegar markaðsráðandi staða myndast eða styrkist.

Ákvæðið á rætur sínar að rekja til 2. og 3. mgr. 2. gr. reglugerðar ESB nr. 139/2004, en greingargerð frumvarpsins vísar eingöngu til 2. mgr. þess ákvæðis. Hér er um talsvert mikið svigrúm að ræða til handa Samkeppniseftirlitinu sem Viðskiptaráð telur að verði að skilgreina nánar í lögnum. Að öðrum kosti er hætt við því að Samkeppniseftirlitið þrói algerlega einhliða með sér leiðbeiningarreglur, sem jafnvel verða viðbót í næstu löggjöf um efni þetta eins og lagt er m.a. til í 17. gr. a). Með því móti gefst atvinnulífinu ekki kostur á hafa áhrif á þá þróun eins og því er veitt í löggjafarferlinu.

Að mati ráðsins ætti því að fella brott umrædda breytingu ef ekki er vilji til að skilgreina nánar í lögnum í hverju hið efnislega mat er fólgið.

3. Frestir til að taka ákvörðun í samrunamálum

Samkvæmt 4. mgr. 17. gr. nógildandi laga hefur Samkeppniseftirlitið 30 daga til að tilkynna samrunafyrirtækjum ef það telur þörf á frekari rannsókn á samkeppnislegum áhrifum samruna. Í fyrirliggjandi frumvarpsdrögum er lagt til að þessu verði breytt. Í greinargerðinni er fjallað um hvernig þessum málum er háttað hjá nágrannalöndum okkar og niðurstaðan er sú að hér á landi eru styttri frestir en annars staðar og þeir „fara illa saman við þær miklu kröfur sem gerðar eru til málsmeðferðar í samrunamálum.“ Er því lagt til að Samkeppniseftirlitið hafi 25 virka daga til að tilkynna um þörf á frekari rannsókn.

Að mati ráðsins verður að skoða framangreint í samhengi við veltumörk 1. mgr. 17. gr. en samkvæmt greinargerðinni eru þau nokkuð hærri hér en í flestum nágrannaríkjum og það er réttlætt með vísan til sérstakra íslenskra markaðsaðstæðna. Þannig eru „markaðir hér smáir og þar með þau fyrirtæki sem á þeim starfa.“ Ef það er reyndin þá liggur fyrir að lengri frestir eru óþarfir enda ætti meðferð mála í ríkjum þar sem markaðsaðilar eru smáir og fáir að taka styttri tími en þar sem þeir eru stórir og margir. Leggur ráðið því til að veltumörkin verði einnig endurskoðuð. Þrátt fyrir framangreint telur ráðið að breyting úr 30 dögum í 25 virka daga sé ekki til þess fallin að draga samrunaferlið óeðlilega á langinn. Það er þó mikilvægt að fyrirtæki geti með tiltölulega auðveldum hætti uppfyllt þær kröfur sem gerðar eru til lengri tilkynninga til þess að komist verði hjá síðari tímafrestinum, þ.e. 70 dögnum, enda er það vilji ráðsins að það verði frekar undantekning heldur en regla að honum sé beitt.

Samkvæmt breytingartillögunni getur Samkeppniseftirlitið ekki ógilt samruna afhendi það ekki ofangreinda ákvörðun innan 25 daga frestsins. Þetta virðist hins vegar ekki eiga við um síðara tímamarkið (70 daga) enda segir í ákvæðinu „Berist tilkynning frá Samkeppniseftirlitinu skv. 1. málsl. ekki innan tilskilins frests getur Samkeppniseftirlitið ekki ógilt samruna.“ Nauðsynlegt er

að þetta eigi við um alla tímafresti sem Samkeppniseftirlitinu eru veittir, bæði 70 dagana og síðari 25 daga framlengingu.

Samkvæmt 3. mgr. 10. gr. reglugerðar 139/2004, sem er fyrirmyndin að 70 daga fresti 17. gr. d) skal taka ákvarðanir eigi síðar en 90 dögum eftir að málsmeðferð hefst. En heimilt er að framlengja þennan frest í 15 daga, samtals geta þetta því verið 105 virkir dagar frá því málsmeðferð hófst. Framangreindur 70 daga frestur hefst hins vegar eftir að tilkynning hefur verið send fyrirtækjunum sem um ræðir og heimilt er að lengja hann um 25 daga til viðbótar við þá 25 daga sem Samkeppniseftirlitinu eru veittir til að skoða hvort frekari rannsókna er þörf, samtals 120 virkir dagar. Hér er því ákveðið ósamræmi sem þarft er að laga. Leggur ráðið því til að 17. gr. d) verði breytt þannig að „ákvörðun um ógildingu samruna skal taka eigi síðar en 70 dögum eftir að málsmeðferð hefst.“ Vegna smæðar bæði markaðarins og fyrirtækja samanborið við erlenda markaði ættu 70 dagar frá upphafi málsmeðferðar í stað 90 að duga Samkeppniseftirlitinu.

4. Styttri tilkynningar um samruna

Viðskiptaráð fagnar þessu framtaki enda augljóst að samrunar geta verið að öllum stærðum og gerðum og því nauðsynlegt að bjóða upp á skjótari málsmeðferð fyrir minni og meðalstóra samruna.

Þrátt fyrir ágæti þessarar heimildar er ljóst að 5. mgr. 17. gr. a) kveður á um ansi mikla upplýsingagjöf þ.m.t. um atriði sem jafnvel er erfitt fyrir fyrirtæki að meta eða gefa tiltölulega tæmandi upplýsingar um. Þar ber helst að nefna b. og c. lið e. liðar (sem ættu að vera tölusettir til einföldunar). Það er því líklegra en ella að Samkeppniseftirlitið telji kröfur styttri tilkynningar ekki fullnægt. Við slíkar aðstæður færir eftirlitið fram á lengri tilkynningu og kveður frumvarpið á um að frestir skv. 1. mgr. byrji að líða þegar lengri tilkynning berst eftirlitinu, þ.e. 25 dagar, svo 70 dagar og svo 25 dagar. Telur ráðið því að umræddir 15 dagar verði í fæstum tilfellum til þess fallnir að stytta ferlið. Leggur ráðið því til að frestir skv. 1. mgr. byrji að líða þegar styttri tilkynning berst Samkeppniseftirlitinu þannig að þegar lengri tilkynning berst hafi það einungis 10 daga til að ákveða um frekari rannsókn. Er þetta eðlilegt í ljósi þess að þegar er búið að afhenda gríðarlega mikið magn upplýsinga með styttri tilkynningu.

5. Heimild til að taka mál upp að nýju hafi ákvörðun verið dæmt ógilt sökum formgalla

Í 2. mgr. 17. gr. e) er að finna heimild til handa Samkeppniseftirlitinu að taka mál upp að nýju við tiltekna aðstæður sem eru nánar skilgreindar. Samkvæmt greinargerð frumvarpsins er fyrirmyndin sótt í Evrópurétt án þess að það sé skýrt nánar. Að mati ráðsins er hér þarft að vísa í það evrópuréttarákvæði sem um ræðir.

Samkvæmt ákvæðinu gilda tímafrestir 17. gr. d) um endurupptöku Samkeppniseftirlitsins án þess að það sé skýrt nánar. Að mati ráðsins er þarft að skýra þetta nánar enda algerlega óréttlætanlegt að samrunafyrirtækin þurfi jafnvel að bíða í 120 daga eftir annarri ákvörðun. Miðað við að eftirlitið hafi yfir öllum upplýsingum að ráða til að taka ákvörðun telur ráðið að 15 virkir dagar nægi við endurupptöku skv. ákvæðinu.

Að auki telur ráðið að fella þurfi brott eftirfarandi orðalag „Ef breytingar hafa orðið á markaðsaðstæðum skulu tilkynnendur þegar í stað afhenda Samkeppniseftirlitinu nýja samrunatilkynningu.“ Sé ekki vilji til þess er rétt að endurorða setninguna á eftirfarandi hátt: „Ef

breytingar hafa orðið á markaðsaðstæðum sem tengjast beint eða óbeint tilkynnendum skulu þeir þegar í stað tilkynna Samkeppniseftirlitinu um þær breytingar.“

6. Skilgreining á samruna og yfirtökum samræmd evrópurétti

Samkvæmt greingargerð frumvarpsins tekur ný skilgreining mið af 2. og 3. mgr. 3. gr. reglugerðar ESB 139/2004. Við nánari skoðun kemur í ljós að a. og c. liður nýs ákvæðis tekur algerlega mið af 1. mgr. 3. gr. reglugerðarinnar. Bæta þarf því tilvísun til 1. mgr. í greinargerðina. Það veur enn fremur athygli að b. liður 17. gr. á sér ekki fyrirmynd í umræddri 3. gr. en það er ekki útskýrt nánar í greinargerðinni, því er þarft að bæta þar úr.

Viðskiptaráð leggur því til að frumvarpið nái ekki fram að ganga í óbreyttri mynd.

Virðingarfyllst,

Haraldur I. Birgisson

Haraldur I. Birgisson
Lögfræðingur Viðskiptaráðs