

Reykjavík, 17. nóvember 2010.

Efni: Frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum, nr. 44/2005, með síðari breytingum (131. mál).  
*Viðskiptaráð þakkar nefndinni fyrir það tækifæri að fá að veita umsögn um ofangreint frumvarp sem felur m.a. í sér heimild til handa Samkeppniseftirlitinu til að breyta skipulagi og uppbyggingu fyrirtækja vegna aðstæðna eða háttsemi á markaði sem fellur ekki undir bannákvæði laganna.*

Viðskiptaráð Íslands tekur heilshugar undir mikilvægi þess að vernda og efla virka samkeppni hérlendis. Til marks um það hefur ráðið m.a. tekið undir meginatriði í umræðuskjali Samkeppniseftirlitsins<sup>1</sup> (hér eftir SKE), lagt til að verndun samkeppni verði eitt markmið nýs frumvarps um fjölmiðla<sup>2</sup>, lagt til að takmarkaðar verði heimildir fjármálafyrirtækja til að eiga fyrirtæki í atvinnurekstri til að efla samkeppni<sup>3</sup> og að innan Bankasýslu ríkisins verði starfandi óháður aðili með þekkingu á samkeppnismálum sem meta myndi áhrif ákvarðana stofnunarinnar á samkeppni.<sup>4</sup>

Þá er það álit ráðsins að SKE hafi í það heila brugðist af ágætum við umfangsmiklum breytingum í uppbyggingu íslensks atvinnulífs sem orðið hafa undanfarin misseri. Hér skipta mestu afleiðingar rekstrarerfiðleika fjölda fyrirtækja og áhrif verklags við fjárhagslega endurskipulagningu þeirra á samkeppnismarkaði hérlendis. Viðskiptaráð gerði töluverðar athugasemdir við ofangreint frumvarp þegar það var lagt fram á síðasta löggjafarþingi, einkum b. c. og d. lið 2. gr. og 4. gr. þess. Hér að neðan verða þær athugasemdir ítrekaðar ásamt því að farið verður yfir þær breytingar sem hafa verið gerðar á frumvarpinu.

#### **I. Málskotsgjald og samrunagjald – 1. og 3. gr.**

Að mati ráðsins er ekki óeðlilegt í sjálfu sér að málsaðilar taki þátt í þeim kostnaði sem fellur til vegna starfa áfrýjunarnefndarinnar og vinnu SKE við samrunamál. Þess verður þó að gæta að gjaldtakan sé ekki úr hófi og þá sérstaklega sú er varðar málsskot til áfrýjunarnefndar enda væri með því verið að takmarka möguleika fjölda fyrirtækja, stórra sem smárra, til að neyta réttar síns. Ætla má að þær fjárhæðir sem lagðar eru til í frumvarpinu séu hóflegar, en vegna þess sem að framan greinir verður að búa svo um hnútana að þessar gjaldtökur verði ekki álitnar frekari tekjulind fyrir ríkissjóð þegar fram í sækir.

Þá hvetur ráðið til þess að 1. og 3. gr. frumvarpsins verði breytt á þá vegu að gjöld skv. þeim renni beint til áfrýjunarnefndarinnar en ekki í ríkissjóð án sérstakrar eyrnamerkingar við málaflokkinn. Með því að marka tiltekinni opinberri stofnun eða nefndum ákveðna tekjustofna er gegnsæi í rekstri ríkissjóðs og viðkomandi embætti aukið til muna og þar með greitt fyrir markvissara eftirliti með ráðstöfun fjármagnsins t.a.m. af hálfu Ríkisendurskoðunar. Aukið gagnsæi og eftirlit eykur kostnaðaraðhald innan hins opinbera, sem ekki veitir af m.v. núverandi stöðu ríkissjóðs. Að sama skapi dregur það úr yfirsýn yfir rekstur stofnana, þau útgjöld sem þar falla til og markaðar tekjur sem ætlað er að mæta þeim, ef tekjurnar eru látnar renna til ríkissjóðs sem „dreifir“ þeim svo aftur til viðkomandi stofnunar.

<sup>1</sup> Umræðuskjal nr. 2/2009, bankar og endurskipulagning fyrirtækja

<sup>2</sup> Sjá þingmál nr. 198 frá yfirstandandi löggjafarþingi og þingmál 423 frá síðasta löggjafarþingi, nr. 138

<sup>3</sup> Sjá þingmál nr. 343 frá síðasta löggjafarþingi, nr. 138

<sup>4</sup> Sjá þingmál nr. 124 frá löggjafarþingi nr. 137

Af greinargerð frumvarpsins má skilja að gjaldinu sé ætlað að koma til móts við þann kostnað sem fellur til vegna áfrýjunarnefndarinnar, þó að gjaldið nái ekki yfir allan þann kostnað. Mjög eðlilegt er að reyna afla tekna á móti þeim kostnaði sem rekstur nefndarinnar skapar. Varpa verður þó fram þeirri spurningu hvort ástæða sé til að endurgreiða aðilum sem vinna mál fyrir nefndinni þennan kostnað. Sá kostnaður sem skapast vegna meðferð mála fyrir nefndinni skapast hvernig sem málið fellur. Skortir umræðu um þetta í greinargerð með frumvarpinu, þ.e. afhverju þessari viðbót er bætt við frá fyrri útgáfu frumvarpsins og einnig tölfraðilegar upplýsingar um hvernig málin hafa fallið undanfarin ár.

*Viðskiptaráð leggur til að gjaldtaka skv. 1. og 3. gr. frumvarpsins renni beint til reksturs SKE.*

## **II. Breytingar á skipulagi/uppbýggingu fyrirtækja – b. c. & d. liður 2. gr.**

Ákvæði þetta á uppruna sinn að öllum líkindum að rekja til áðurnefnds umræðuskjals SKE, þar sem eftirlitið taldi brýnt að skapaður yrði skýr lagagrundvöllur sem heimilar inngríp þess þegar það telur samkeppni raskað en ekki er um að ræða brot gegn bannákvæðum samkeppnislaga.

Viðskiptaráð skilaði inn umsögn við umræðuskjal þetta og lagðist þar gegn slíkri heimild. Ástæður fyrir afstöðu ráðsins voru nokkrar og verða þær o.fl. nú reifaðar. **Í fyrsta lagi telur ráðið að SKE hafi nú þegar viðtækar heimildir til að koma í veg fyrir að þær aðstæður sem um ræðir skapast**, t.d. að fyrirtæki komist í „yfirburðarstöðu“ líkt og rætt er í greinargerð frumvarpsins. Þannig hefur eftirlitið t.a.m. heimildir til að koma í veg fyrir að markaðsráðandi staða myndist eða styrkist, sbr. 17. gr. c. með því að ógilda samruna eða setja honum skilyrði. Þá hefur SKE heimildir til að beita hverjum þeim ráðstöfunum sem „nauðsynlegar eru til að stöðva brot gegn ákvæðum laganna“, sbr. 2. mgr. 16. gr., þegar um er að ræða misnotkun á markaðsráðandi stöðu, samráð og samstilltar aðgerðir fyrirtækja og samkeppnishömlur vegna samtaka fyrirtækja. Úrræði SKE skv. núgildandi lögum eru m.a. þau að krefjast breytinga á „atferli og skipulagi“, en þessi úrræði komu til með gildistöku núgildandi samkeppnislaga og að undirlagi nefndar þáverandi iðnaðar- og viðskiptaráðherra um stefnumótun íslensks viðskiptalífs.<sup>5</sup> Auk þessa er lagt til í a. lið 2. gr. frumvarpsins að SKE geti beitt áðurnefndri 2. mgr. 16. gr. þegar fyrirtæki virða ekki þau skilyrði sem SKE hefur sett þeim í tengslum við sættir eða samrunamál.

Þess má jafnframt geta að orðalag 2. mgr. 16. gr. er í samræmi við 7. gr. rgl. ESB nr. 1/2003 (um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt er fyrir um í 81. og 82. gr. sáttmálans)<sup>6</sup> sbr. 12. tl. aðfararorða þeirrar reglugerðar. Sú breyting sem lögð er til á ákvæðinu gengur því lengra en Evrópurétturinn, sem löggjöf flestra Evrópusambandsríkja virðist byggja á sé miðað við takmarkaða upptalningu greinargerðarinnar á þeim löndum þar sem samkeppnisyrðing hafa þær heimildir sem hér eru til umsagnar.

**Í öðru lagi er óljóst hvað sú heimild sem um ræðir bætir við núgildandi valdheimildir SKE, til hagsbóta fyrir virka samkeppni og þar með neytendur.** Afar lítið er t.a.m. um það fjallað hversu miklu það hefur skipt samkeppnisyrðing í Bretlandi og Noregi að hafa slíkar heimildir, þ.e. hveru mikill árangur hefur náðst á grundvelli þeirra til verndunar og eflingar samkeppni. Sem gagnrök við mikilvægi slíkra heimilda má nefna álit Efnahags- og félagsmálanefndar ESB<sup>7</sup> við ofangreinda reglugerð sambandsins þar sem nefndin benti á að úrræði af þessum toga væri afar kostnaðarsamt og ekki til þess fallið að auka hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta. Er þetta í samræmi við reynsluna af beitingu viðlíka ákvæðis í Bandaríkjunum sbr. ummæli í

<sup>5</sup> Sjá bls. 126, [http://www.efnahagsraduneyti.is/media/Acrobat/Islandskt\\_vidskiptaumhverfi2004.pdf](http://www.efnahagsraduneyti.is/media/Acrobat/Islandskt_vidskiptaumhverfi2004.pdf)

<sup>6</sup> Sjá

[http://brunnur.stjr.is/ees.nsf/385499142c7e4810002567590058573a/5E94772AEC93AA41002570C70042F8BC/\\$file/303R0001.pdf](http://brunnur.stjr.is/ees.nsf/385499142c7e4810002567590058573a/5E94772AEC93AA41002570C70042F8BC/$file/303R0001.pdf)

<sup>7</sup> Sjá [http://eescopinions.eesc.europa.eu/EESCopinionDocument.aspx?identifier=ces\int\int214\ces1595-2003\\_ac.doc&language=EN](http://eescopinions.eesc.europa.eu/EESCopinionDocument.aspx?identifier=ces\int\int214\ces1595-2003_ac.doc&language=EN)

ofangreindri skýrslu nefndar um stefnumótun íslensks viðskiptalífs<sup>8</sup>, en í skýrslunni segir m.a. að beiting ákvæðisins virðist almennt hafa haft lítil áhrif á hag neytenda í Bandaríkjunum. Þar segir jafnframt að beita þurfti heimildum sem þessum „mjög varlega því að ella gætu afleiðingarnar orðið þveröfugar við það sem stefnt er að, þ.e. afskipti samkeppnisyrvalda gætu dregið úr samkeppni frekar en aukið hana vegna þess að stór fyrirtæki halda aftur af sér í keppni um hylli viðskiptavina“ af ótta við að heimildunum verði beitt gegn þeim.

Að lokum þá er ekki fjallað um það í greinargerð frumvarpsins hvaða árangur hlaut af sambærilegum heimildum sem SKE hafði yfir að ráða fyrir gildistöku samkeppnislaga árið 2005 (c. liður 17. gr. þágildandi samkeppnislaga), né heldur hvernig slík heimild hefði getað nýst eftirlitinu frá gildistöku núgildandi laganna. Í ljósi skorts á upplýsingum um jákvæð áhrif sambærilegra heimilda og í ljósi ofangreindra varnarorða er ljóst að vanda þarf afar vel til verka þegar valdheimildir af þessu tagi eru útfærðar – eitthvað sem skorti við vinnslu frumvarpsins.

**Í þriðja lagi verður vart framhjá því litið að orðalag b. liðar 2. gr. er afar matskennt og felur í reynd í sér opna valdheimild til handa SKE að breyta skipulagi fyrirtækja.** Réttmæti opinna valdheimilda af þessu tagi er miklum vafa undirorpið. Það var einmitt vegna þess sem c. liður 17. gr. þágildandi samkeppnislaga, sem hafði að geyma sambærilega valdheimild, var felldur brott við gildistöku samkeppnislaga árið 2005 og við tók núgildandi 16. gr. Í athugasemdum greinargerðar laganna segir m.a. að ein helsta breyting þeirra feli í sér að „Samkeppniseftirlitið fái skýrar lagaheimildir til þess að krefjast þess að fyrirtæki sem brotið hafa gegn ákvæðum samkeppnislaga breyti skipulagi sínu“ og þá segir jafnframt að ef áðurnefndur c. liður yrði óbreyttur í lögumum „yrðu heimildir Samkeppniseftirlitsins til að krefjast skipulagsbreytinga hjá fyrirtækjum of viðtækar.“<sup>9</sup>

Þrátt fyrir að þörf eftirlitsstofnana á nothæfum rannsóknar- og valdheimildum sé vissulega réttmæt þá verða slíkar heimildir að standast kröfur réttarríkisins um að einstaklingar og lögaðilar séu færir um að haga ákvörðunum sínum og háttsemi í samræmi við skýrar lagareglur og geti áttað sig á væntum afleiðingum brota. Ekki verður séð að b. liður 2. gr. frumvarpsins sé í samræmi við þessar kröfur. Hér vísast jafnframt til þess að ekki virðist sem Norska og Breska ákvæðið, sem greinargerðin vísar til, taki til athafnaleysis líkt og b. liður 2. gr. frumvarpsins gerir – ákvæðið virðist því að hluta opnara og þar með matskenndara en fyrirmyndarákvæði þess. Beinar þýðingar á umræddum ákvæðum Breskra og Norskra laga í greinargerð frumvarpsins hefðu verið gagnlegar til að bera saman umrædd ákvæði.

**Í fjórða lagi er vart unnt að merkja að meðalhófsregla íslensks réttar sé í hávegum höfð, hvort sem litið er til lagatextans eða greinargerðar frumvarpsins.** Aðeins er rætt um í greinargerðinni að ekki verði gripið til aðgerða skv. ákvæðinu nema í undantekningatilvikum og að skilyrðum 3. málsl. 2. gr. uppfylltum. Það verður hins vegar ekki undan því litið að með breytingu c. liðar 2. gr. frumvarpsins þá fellur brott úr núgildandi 2. máls. 16. gr. að miklu leyti meðalhófsregla ákvæðisins. Vísast hér til þess að SKE þarf núna að beita úrræðum í hlutfalli við það brot sem hefur verið framið og úrræðin verða að teljast nauðsynleg til að stöðva það í reynd. Þrátt fyrir að c. liður 2. gr. frumvarpsins hljóði þannig að SKE geti beitt nauðsynlegum úrræðum, þá er núgildandi málsliður mun skýrari hvað meðalhófið varðar og þær takmarkanir sem af því leiða á valdheimildir eftirlitsins.

Hér vísast jafnframt til fyrrgreindrar skýrslu nefndar um stefnumótun íslensks viðskiptalífs, en þar sagði m.a.:

„Nefndin telur þó ekki rétt að samkeppniseftirliti verði veittar frjálssar hendur við beitingu úrræðanna, heldur þurfi ákveðin og skýr skilyrði að vera fyrir hendi til að hægt sé að beita þeim. Þannig skuli samkeppniseftirlit beita úrræðum bæði til breytinga á atferli og skipulagi í hlutfalli við það brot sem framið hefur verið og nauðsynlegt telst til að stöðva það í reynd. Þá leggur nefndin til

<sup>8</sup> Sjá bls. 128 - 131

<sup>9</sup> 131. lögjafarþing, þskj. 883-590. þingmál.

að einungis verði heimilt að beita úrræðum til breytinga á skipulagi ef ekki er fyrir hendi árangursríkt úrræði til breytinga á atferli eða í þeim tilvikum þar sem að jafnárangursríkt úrræði til breytingar á atferli væri meira íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi aðila en úrræði til breytingar á skipulagi.

Því er ljóst að ákvæðum um breytingar á skipulagi verður aðeins beitt þegar önnur úrræði þrýtur og að breytingar á skipulagi fyrirtækis teljast aðeins í réttu hlutfalli við brotið ef veruleg hættu er talin á því að óbreytt skipulag fyrirtækis leiði af sér langvarandi eða endurtekin brot. Það er ljóst að úrræði til skipulagsbreytinga geta verið meira íþyngjandi en úrræði til atferlisbreytinga. Því ber samkeppnisyfirvöldum að gæta þess að beita ekki í einstökum málum úrræðum sem eru óþarflega íþyngjandi fyrir viðkomandi fyrirtæki. Þrátt fyrir þetta verður að telja nauðsynlegt að samkeppnisyfirvöld hafi heimild til að kveða á um skipulagsbreytingar til að stöðva brot endanlega t.d. þar sem mikil hættu er á að fyrirtæki brjóti stöðugt eða ítrekað gegn ákvæðum samkeppnislaga vegna skipulags starfseminnar.”

Með þeirri breytingu sem lögð er til í c. lið 2. gr. frumvarpsins er því gengið þvert gegn ofangreindum áherslum í skýrslu nefndarinnar. Þá sagði jafnframt eftirfarandi í skýrslu nefndarinnar, hvað varðar viðhorf til sambærilegra valdheimilda í Bandaríkjunum:

“Það liggur hins vegar fyrir að samkeppnisyfirvöld [í Bandaríkjunum] líta á þetta sem neyðarúrræði, sem eingöngu er rétt að beita þegar mikið liqgur við og allar aðrar leiðir eru ófærar. Sömuleiðis liggur fyrir að dómstólar leqja þunqa sönnunarbyrði á samkeppnisyfirvöld, þau þurfa að sýna með óyqgjandi hætti fram á nauðsyn þess að fara þessa leið og sérstaklega að ekki séu aðrar leiðir færar sem ekki fela í sér uppskiptingu fyrirtækis.”

Af orðalagi 2. gr. frumvarpsins og bróðurparti rökstuðnings greinargerðarinnar er ekki að sjá eðlilega varnagla sem þessa – talsvert skortir því á að meðalhóf sé útgangspunktur við beitingu SKE á 2. gr. frumvarpsins.

**Í fimmta lagi er óvíst hvernig fer með frestun réttaráhrifa í málum sem varða þá valdheimild sem frumvarpið kveður á um.** Í greinargerð frumvarpsins segir réttilega að sú regla gildi fyrir viðkomandi fyrirtæki að málskot til dómstóla fresti réttaráhrifum úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar um breytingar á skipulagi þess, sbr. 2. mgr. 41. gr. samkeppnislaga. Hins vegar gildir sú regla að áfrýjun fyrirtækja á ákvörðunum SKE til áfrýjunarnefndarinnar fresta ekki gildistöku ákvarðana eftirlitsins<sup>10</sup>, líkt og gildir almennt um frestun á gildistöku úrskurða stjórnisýslunefnda af þessu tagi. Samkvæmt núgildandi lögum, að viðbættum þeim ákvæðum sem frumvarpið hefur að geyma, myndi ákvörðun SKE um að skipta upp fyrirtæki ekki verða frestað yrði henni áfrýjað til áfrýjunarnefndar samkeppnismála – til verulegs vansa fyrir viðkomandi fyrirtæki.

*Í ljósi þess; að SKE hefur nú þegar viðtækar valdheimildir, m.a. til að taka á aðdraganda þeirra aðstæðna sem frumvarpi þessu er beint gegn og til að krefjast atferlis- og skipulagsbreytinga; að ávinningur af þeim valdheimildum sem frumvarpið leggur til fyrir samkeppni er óljós og varnarorð einkar skýr; að orðalag ákvæðisins stenst vart kröfur réttarríkisins; að ákvæðið fellir brott mikilvæga takmarkanir á valdheimildum SKE á grunni meðalhófsskilyrða núgildandi 16. gr.: að ákvæðið varðar ekki yfirtökur fjármálafyrirtækja á atvinnufyrirtækjum og að óljóst er hvernig frestun réttaráhrifa ákvarðana SKE verður háttað leggur Viðskiptaráð til að b. og d. liður 2. gr. frumvarpsins verði felldir brott.*

### **III. Heimild SKE til að skjóta úrskurður áfrýjunarnefndar til dómstóla – 4. gr.**

Við 4. gr. frumvarpsins gerir Viðskiptaráð nokkrar athugasemdir. Fyrir það fyrsta gengur ofangreind heimild gegn þeirri meginreglu stjórnisýsluréttar, sem greinargerðin vísar m.a. til og staðfest hefur verið af Hæstarétti,

<sup>10</sup> Sjá m.a. [http://samkeppni.is/is/afryjunarnefnd\\_samkeppnismala/](http://samkeppni.is/is/afryjunarnefnd_samkeppnismala/)

að úrskurður æðra setts stjórnvalds sé bindandi fyrir hið lægra setta stjórnvald. Afleiðing þessa verður að réttaröryggissjónarmiðið, sem liggja að baki áfrýjunarheimildinni, verða að miklu leyti takmörkuð þar sem SKE gæti ávallt skotið úrskurðum nefndarinnar áfram til dómstóla. Um framangreind réttaröryggissjónarmið sagði m.a. eftirfarandi í greinargerð með frumvarpi til samkeppnislaga, nr. 8/1993:

*„Þar sem Samkeppnisstofnun tekur við og annast umfjöllun mála samhliða því að hún getur haft stefnumarkandi áhrif er nauðsynlegt til að tryggja sem réttlátasta meðferð mála að hægt sé að áfrýja úrskurðum Samkeppnisstofnunar og samkeppnisráðs til sérstakrar áfrýjunarnefndar. Til manna í áfrýjunarnefnd samkeppnismála eru gerðar kröfur um ítarlega þekkingu á sviði samkeppnismála...“*

Auk þess að ganga gegn áðurnefndri meginreglu er það álit Viðskiptaráðs að þessi heimild dragi verulega úr áhrifum áfrýjunarnefndarinnar og geri málsmeðferðina í heild sinni lengri og kostnaðarsamari, sem aftur hefur neikvæð áhrif á skilvirkni og réttaröryggi. Er því ekki tekið undir þær fullyrðingar í greinargerð frumvarpsins að málskotsheimild SKE geti leitt til ennþá vandaðri málsmeðferðar hjá áfrýjunarnefndinni – í það minnsta krefst sú fullyrðing nánari skýringar. Áfrýjunarúrræði fyrirtækja verður vegna þessa að miklu leyti marklaust og úrskurðir nefndarinnar munu þar með ekki þjóna því hlutverki að veita SKE aðhald við afgreiðslu sinna ákvarðana, þar sem eftirlitið hefur ávallt heimild til að hunsu niðurstöður nefndarinnar í öllum málum.

Við mat á mikilvægi þess fyrir SKE að hafa þennan málskotsrétt verður jafnframt að hafa í huga að eftirlitið hefur skv. núgildandi löggjöf, sbr. 2. mgr. 17. gr. e, heimild til að taka samruna aftur til skoðunar hafi áfrýjunarnefndin eða dómstóll ógilt ákvörðun um höfnun samruna eða um setningu skilyrða fyrir samruna vegna formgalla á málsmeðferð SKE. Það er því ekki þannig að SKE hafi ekki tök á að leiðrétta formgalla í málsmeðferð sinni sem leitt hafa til ógildingar á ákvörðunum þess, í það minnsta í samrunamálum en slík mál hljóta eðli málsins samkvæmt að vera undanfari þess að fyrirtæki öðlist „yfirburðarstöðu“ eins og það er orðað í greinargerð frumvarpsins.

Þá verður að benda á að samanburður, í greinargerð frumvarpsins, við löggjöf annarra ríkja hefði komið að notum við skoðun þessa ákvæðis.

*Í ljósi þess sem að ofan greinir leggur Viðskiptaráð til að 4. gr. frumvarpsins verði felld brott.*

**Viðskiptaráð leggur til að frumvarpið nái ekki óbreytt fram að ganga og hvetur nefndina til að huga frekar að fýsileika þeirra heimilda sem frumvarpið felur í sér og þá að nánari útfærslu þeirra í samræmi við meginreglur íslensks réttar og bestu framkvæmd erlendis.**

Virðingarfyllst,



---

Þórdís Bjarnadóttir

Lögfræðingur

Viðskiptaráð Íslands