



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

8. nóvember 2019

Fylgiskjöl við umsögn Samkeppniseftirlitsins

FYLGISKJAL I	Bréf formanns samkeppnisdeildar OECD og fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins
FYLGISKJAL II	Áhrif samkeppni á líf skjör og hagsæld
FYLGISKJAL III	Málskotsheimild Samkeppniseftirlitsins vegna almannahagsmuna
FYLGISKJAL IV	Heimild Samkeppniseftirlitsins til þess að bæta virkni markaða
FYLGISKJAL V	Yfirlit yfir inntak tilskipunar ESB nr. 2019/1, um eflingu samkeppniseftirlita (ECN+)
FYLGISKAL VI	Minnisblað um tilskipun ESB nr. 2014/104 um skaðabætur



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

FYLGISKJAL I

8. nóvember 2019

Bréf formanns samkeppnisdeildar OECD og fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins

Í umræðu um samkeppnislögin undanfarið hefur verið látið í veðri vaka að samkeppnislögin feli í sér reglubyrði og að mikilvægt sé að breyta lögunum til þess að draga úr þeim.¹ Af þessu tilefni og í tilefni af tilteknum úrræðum samkeppnislaga sem nú eru til umræðu í tengslum við drög að frumvarpi til breytinga á samkeppnislögum (til umsagnar á Samráðsgátt stjórnvalda), leitaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá formanni samkeppnisnefndar OECD. Fyrirspurn eftirlitsins og svar formanns nefndarinnar eru birt hér.

OECD (Efnahags- og framfarastofnunin) stendur fyrir öflugri umræðu og rannsóknum um samkeppnismál með starfrækslu sérstakrar nefndar aðildarríkja (Competition Committee). Markmið þessa starfs er að stuðla að framþróun samkeppnisréttar og samkeppnisstefnu, m.a. með því að setja fram viðmið um bestu framkvæmd (best practices) samkeppnisreglna. Á þessum vettvangi er rekin öflug upplýsingaveita um samkeppnismál.

Samkeppniseftirlitið tekur þátt í störfum nefndarinnar.

¹ Sjá t.d. samantekt Viðskiptaráðs Íslands, dags. 25. október sl:
<https://vi.is/malefnastarf/utgafa/stadreyndir/samkeppnislog-meira-ithyngjandi-a-Islandi/>

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
Competition Committee

The Chairman

To Páll Gunnar Pálsson
Director General
Icelandic Competition Authority

31 October 2019

Dear Mr Pálsson,

Many thanks for your letter.

I, and the OECD, view positively, as a complement to strong competition law enforcement, regulatory reforms that foster competition and level the playing field. Increased competition contributes to higher economic productivity and growth. Many laws, regulations or other government-imposed barriers unduly restrain market activities. Removing unnecessary regulatory barriers can contribute to improving market conditions for companies and consumers alike.

The importance of removing regulatory barriers for the OECD is reflected in a number of instruments that the OECD has adopted in this respect. The OECD Council adopted a Recommendation on Competition Assessment in 2009 that encourages governmental efforts to reduce unduly restrictive regulations and promote beneficial market activity by pursuing “competition assessments”, i.e. the evaluation of policies to find and remove those that unnecessarily restrict competition in order to develop alternative policies that achieve the same objectives with lesser harm to competition. This Recommendation was reinforced with the adoption of a three-volume Competition Assessment Toolkit, designed to help governments eliminate barriers to competition and develop alternative, less restrictive measures. This toolkit has been used by many countries in partnership with the OECD – including Iceland, in the context of the ongoing joint OECD/Icelandic competition authority’s competition assessment of its construction and tourism sectors.

An effective and comprehensive competition regime is a necessary complement to regulatory reform to enable authorities to eliminate private anticompetitive practices. Such a regime is essential for the good operation of markets and better conditions for consumers. Good competition laws on the books are meaningless without well-designed institutions to enforce them, even if such enforcement requires that companies suspected of having engaged in anticompetitive practices must be subjected to a fair and impartial investigation. The adoption of measures that reduce the effectiveness of a competition agency will not promote competition or the competitiveness



of Iceland's economy. Because they may benefit some incumbents with market power or some firms engaged in anticompetitive practices, such measures may impose a cost on Icelandic consumers.

In the light of this, and to answer your first question, it is evident that **the general competition rules and powers of competition authorities do not amount to regulatory burdens, and should not be removed on that basis**. On the contrary, such rules and powers are fundamental to promote competition and ensure that it occurs in a level playing field.

Similar considerations apply to the power of competition authorities to defend their decisions in court. The **OECD Competition Committee has in the past recommended that its members empower competition authorities to defend their decisions in court**. This is important not only to reinforce the independence and autonomy of competition agencies, but also to ensure that their decisions are subject only to the scrutiny of the courts – and not subject to political or business interference.

I am unaware of any system that limits a competition authority's power to defend its decisions before the courts, particularly when it grants such a right to the addressees of a competition authority's decisions. Such an approach would seem to go against the OECD Competition Committee's past recommendations on the matter – which recommend that **a competition authority be able to defend its decision before the courts at all relevant levels of appeal**. In addition, such a mechanism has the potential to affect detrimentally the effectiveness of competition law and the principles of equality of arms and due process.

Turning to the increase in merger control thresholds and the simplification of merger procedures that you mention, the OECD Council adopted a Recommendation on Merger Control in 2005 that provides guidance on the principles that should govern such rules.

The actual level of notification thresholds is crucial to well-functioning merger control systems. If thresholds are set too high, a number of anticompetitive mergers may evade merger control scrutiny. If thresholds are set too low, though, there may be an excessive number of notifications, imposing unnecessary costs on both merger parties and authorities. As such, it is important that merger control thresholds are set in line with the experience of the competition authority, reflecting the size and structure of Iceland's economy and the type of transactions that are able to produce anticompetitive effects and reduce consumer welfare.

Regarding the simplification of merger control procedures, a merger control regime should set reasonable information requirements consistent with effective merger review, and provide procedures that seek to ensure that mergers that do not raise material competitive concerns are subject to expedited review and clearance. In other words, while countries should seek to ensure that their merger laws avoid imposing unnecessary costs and burdens on merging parties and third parties, this must be without prejudice to the effectiveness of merger review.

Addressing, finally, your question regarding the role of market studies as part of the work and powers of a competition authority, these are useful tools for competition authorities. Market studies usually involve an in-depth assessment of market structures or competitive conditions in a given sector; and aim to detect inefficiencies arising from weak competition, even if they do not identify behaviour violating competition laws. As a result, **an increasing number of competition agencies around the world are empowered to pursue market studies**.



However, there are significant differences across the OECD regarding the nature, methods and outcomes of market studies. In some countries, market studies are predominantly an advocacy tool to issue recommendations to change laws and regulations, or a pre-enforcement tool. However, in a number of jurisdictions – including Iceland – market studies can lead to the adoption of enforceable remedies in those instances where competition issues are identified. An advantage that such jurisdictions have is that competition agencies are able not only to identify but also to address competition failures beyond those created by narrowly defined anticompetitive conducts (such as consumer inertia which is a serious problem in particular in the financial sectors or in digital markets), unlike what occurs where a competition authority does not have the power to adopt remedies following a market study.

I hope these considerations will assist Iceland in reforming its competition law in line with OECD standards and international best practices. I look forward to seeing the outcome of the current reform, and expect that it will be used to reinforce the institutional framework for applying competition law Iceland. The OECD Secretariat remains available to assist you in any matter related to the competition regime and policy of Iceland.

Yours sincerely,

Frédéric Jenny
Chair
Competition Committee



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Dr. Frédéric Jenny, Chairman
OECD Competition Committee
2, rue André-Pascal
75775 Paris, Cedex 16
France

Reykjavík, 29.10.2019
Case no.: 1802001

Proposed changes to competition law in Iceland

Dear Mr. Jenny,

I turn to you for advice in relation to a draft bill of law, recently published by the Ministry of Industries and Innovation in Iceland, where changes to the existing Icelandic Competition Law are being proposed. Interested parties are now invited to comment on the draft bill before 4 November, after which it will be finalised and subsequently introduced in Parliament.

The draft bill raises a number of serious concerns for competition enforcement in Iceland. According to the draft bill of law, the Icelandic Competition Authority (ICA) will no longer have the right to bring the decisions of the Competition Appeals Committee (CAC) before the Icelandic courts and thus ensure that issues of public interest and important precedents in competition enforcement will be heard in the courts.

For further clarification, according to existing Competition Law, the ICA takes decisions on infringements and other enforcement decisions at the administrative level. The concerned undertakings can subsequently appeal that decision to an administrative appeals body (CAC). The ICA is the defending party to the case before the CAC. According to the Competition Law, both parties to that case, the undertaking in question as well as the ICA, have the right to bring the ruling of the CAC before the Icelandic courts. In contrast, according to the draft bill, only the undertakings in question will retain that right, but the ICA will no longer be able to do the same.

Furthermore, it is proposed in the draft bill that the ICA will no longer have the power to introduce behavioral and structural remedies in circumstances where impediments to competition have been detected, even though competition law infringements have not been substantiated. Similar powers can be found in the UK's Enterprise Act from 2002,



as well as in other countries. This means that the current market investigation regime in Iceland will have to be abolished if the draft bill becomes law.

The draft bill also proposes other changes, such as higher turnover thresholds for merger notifications and simplification of merger notifications.

In this context it should be mentioned that the existing Competition Law is largely in conformity with competition rules within the European Union and the European Economic Area.

The last OECD Economic Survey for Iceland (2019) states that the regulatory burden in Iceland is high in comparison with other OECD countries. The OECD recommends that the Icelandic government „*should set up a comprehensive action plan for regulatory reform, prioritising reforms that foster competition, level the playing field between domestic and foreign firms and attract international investment.*“ The amendments to the Competition Law are justified as forming part of a larger project aimed at lessening regulatory barriers. Supporters of the draft bill maintain that the powers of the ICA represent a regulatory burden and therefore the proposed changes are an important step to reduce the regulatory burden and increase the competitiveness of the Icelandic economy. The OECD Economic Survey 2019 is cited in support of this. They do not mention the importance of the enforcement of competition law in a small economy to support a competitive environment.

With all the above in mind, I seek your guidance on the following:

- 1) Do general competition rules and powers of competition authorities, such as those explained above, represent regulatory burden as defined by the OECD and would the proposed changes in the draft bill be in conformity with best practices in regulatory reform.
- 2) If an undertaking appeals a decision taken by a competition authority and if the appeals body in question (a court or an administrative appeals body) annuls (in whole or partly) that decision, is it an important part of a sound competition regime for the authority to have the possibility to appeal that verdict?
- 3) Are market studies/market investigations/sector inquiries an important part of the work of competition authorities and are powers to introduce remedies upon such investigations deemed to be a useful part of competition enforcement?

I would greatly appreciate if you could give guidance in relation to the questions above. As the deadline for comments on the draft bill is Monday 4 November, I would welcome an early response.

Yours sincerely,
The Icelandic Competition Authority

Páll Gunnar Pálsson
Director General



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

FYLGISKJAL II

8. nóvember 2019

Áhrif samkeppni á lífskjör og hagsæld

A.	SAMANTEKT	2
B.	ÁHRIF SAMKEPPNI Á LÍFSKJÖR OG HAGSÆLD	4
1.	Samkeppnishæfni	4
2.	Framleiðni og hagvöxtur	5
3.	Vöruverð og vöruframboð	5
4.	Atvinnustig	7
5.	Ójöfnuður	7
6.	Nýsköpun	7
C.	ÁHRIF SAMKEPPNISLAGA OG SAMKEPPNISEFTIRLITS	8
1.	Umtalsverðir almannahagsmunir felast í samkeppnislögum og eftirliti með þeim ...	8
2.	Ábatamat	10
2.1	Leiðbeiningar OECD	11
2.2	Evrópusambandið	11
2.3	Bretland	12
2.4	Ísland	13



A. SAMANTEKT

Þýðingarmikið er að umræða um samkeppnismál, ekki síst umræða um mögulegar breytingar á samkeppnislögum, taki mið efnahagslegum hagsmunum Íslands, hagsmunum neytenda, launþega og atvinnulífs. Með þetta í huga hefur Samkeppniseftirlitið tekið saman yfirlit um niðurstöður fjölmargra rannsókna á áhrifum samkeppni á hin ýmsu svið þjóðfélagsins og þann ábata sem samkeppnislög og samkeppniseftirlit getur skilað.

Samkeppniseftirlitið hefur í hyggju að gera þessu efni betri skil á næstu misserum. Jafnframt áformar eftirlitið að bæta mælingar á þeim ábata sem samkeppnislög og samkeppniseftirlit skilar hér á landi.

Flest ríki telja æskilegt að virk samkeppni ríki á sem flestum sviðum atvinnulífsins. Ástæðan er í hnotskurn sú að meginþorri hagfræðikenninga styður eindregið að samkeppni í viðskiptum sé mjög æskileg þar sem hún auki velferð neytenda og stuðli að hagkvæmni í atvinnulífinu.

Samkeppni hefur áhrif á fjölmarga þætti í efnahagslífi þjóða. Þessi áhrif hafa töluvert verið rannsökuð á hagrænum grunni og í kafla B eru dregnar saman meginniðurstöður þeirra rannsókna. Lúta þær einkum að áhrifum samkeppni á eftirtalda þætti:

- Samkeppnishæfni, framleiðni og hagvöxt.
- Vöruframboð, verði og þjónustu.
- Hagræði í rekstri og sóun.
- Nýsköpun og framfarir í atvinnurekstri.
- Ójöfnuði og atvinnuleysi.

Í megindráttum leiða þessar rannsóknir í ljós hversu mikilvæg virk samkeppni er fyrir árangur í öllum þessum þáttum efnahagslífs og hversu mikilsvert það er fyrir neytendur og almenning.

Af þessum sökum hefur þorri þjóða í heiminum sett sér samkeppnislög. Þau hafa hvarvetna sömu markmið og áþekkar efnisreglur að meginstefnu til. Reynslan sýnir jafnframt að samkeppnislög skila ekki fullum árangri nema þeim sé fylgt eftir af festu. Þá er viðurkennt að smærri hagkerfi eru að ýmsu leyti viðkvæmari fyrir samkeppnishindrunum en stærri. Við slíkar aðstæður er sérstök ástæða til árvekni. Vikið er að þessu í kafla C.1.

Ábati af samkeppniseftirliti hefur einnig verið rannsakaður talsvert. OECD hefur tekið þátt í slíkum rannsóknum, safnað rannsóknum saman og á þeim grunni tekið saman leiðbeiningar um hvernig áætla megi líklegan ábata af íhlutunum samkeppnisyfirvalda. Samkeppniseftirlitið hefur nýtt sér þær leiðbeiningar, auk þess sem stærri samkeppniseftirlit á hinu Evrópska efnahagssvæði hafa rannsakað ábatann af starfi sínu. Í kafla C.2 er fjallað um hvernig hérland og bresk samkeppnisyfirvöld og framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hafa metið ábata af starfi sínu. Helstu niðurstöður eru eftirfarandi:

Samkeppniseftirlitið

Ábati af ákvörðunum eftirlitsins á árunum 2005 til 2015 þar sem brot á banni við ólögsmætu samráði og misnotkun á markaðsráðandi stöðu voru stöðvuð hefur verið metinn í samræmi við leiðbeiningar OECD. Samanlagður líklegur ábati af þessum ákvörðunum nam 110



milljörðum króna uppreiknað til verðlags í maí 2016. Sé ábatinn borinn saman við fjárveitingar til Samkeppniseftirlitsins á sama tímabili er ljóst að ábati af starfi eftirlitsins hefur verið umtalsverður, eða um 28 sinnum meiri en fjárframlögin.

Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins

Í mati framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins kemur m.a. fram að íhlutanir hennar í samruna og samráð sem skaða samkeppin eru talin hafa aukið hagvöxt um 0,5-0,7%, skapað um 650 þúsund ný störf og skilað neytendaábata á árinu 2015 sem hafi numið um 2,08 til 4,19 milljarða evra.

Bresk samkeppnisyfirvöld

Bretar hafa á sl. árum birt ábatamat vega starfsemi samkeppniseftirlitsins (CMA) þar í landi. Ábati vegna markaðsrannsókna, samrunarannsókna og brotarannsókna hefur numið að jafnaði á ársgrundvelli um 665 til 1.169 milljón pundum þegar horft er til sl. ára. Þar hefur ábati vegna markaðsrannsókna og íhlutana vegna þeirra numið um $\frac{3}{4}$ af á reiknuðum heildarábata.



B. ÁHRIF SAMKEPPNI Á LÍFSKJÖR OG HAGSÆLD

Flest ríki telja æskilegt að virk samkeppni ríki á sem flestum sviðum atvinnulífsins. Ástæðan er í hnotskurn sú að meginþorri hagfræðikenninga styður eindregið að samkeppni í viðskiptum sé mjög æskileg þar sem hún auki velferð neytenda og stuðli að hagkvæmni í atvinnulífinu.¹ Nánar tiltekið er virk samkeppni talin stuðla að eftirfarandi:

- Aukinni samkeppnishæfni ríkja.
- Auknu vöruframboði og betri þjónustu.
- Auknu hagræði í rekstri og minni sóun.
- Nýsköpun og framförum í atvinnurekstri.
- Neytendur fá vörur og þjónustu á sem lægstu verði.
- Þjóðhagslegri hagkvæmni í efnahagslífinu (áhati neytenda og framleiðenda).
- Minni ójöfnuði.
- Minna atvinnuleysi.

Vegna allra þessara jákvæðu áhrifa er ljóst að mikið er í húfi fyrir neytendur, viðskiptavinir fyrirtækja og svo samkeppnishæfni íslensks efnahagslífs að virk samkeppni ríki. Sá ábati sem leiðir af samkeppni skiptir þannig samfélög miklu máli. Nýleg ummæli Margrethe Vestager, framkvæmdastjóri samkeppnismála hjá framkvæmdastjórn ESB, um hvernig samkeppni styður við markmið um sjálfbærni eru til vitnis um það.²

1. Samkeppnishæfni

Porter (1998) fjallar um samkeppnishæfni ríkja og áhrif samkeppnislöggjafar og eftirlits á hana. Þar nefnir hann að mikilvægt sé að samkeppnislöggjöf og eftirlit sé skilvirkt og hindri m.a. samráð keppnauta og aðrar samkeppnishömlur.³ Sjá má framangreint t.d. birtast í samanburði á samkeppnishæfni þjóða á vegum World Economic Forum. Þar er umfang

¹ Sjá t.d. rit OECD frá október 2014, Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes. Á bls. 2 er fjallað um áhrif samkeppni á framleiðni: „Most importantly, it is clear that industries where there is greater competition experience faster productivity growth. This has been confirmed in a wide variety of empirical studies, on an industry-by-industry, or even firm-by-firm, basis. ... The effects of stronger competition can be felt in sectors other than those in which the competition occurs. In particular, vigorous competition in upstream sectors can 'cascade' to improve productivity and employment in downstream sectors and so through the economy more widely.” Sjá einnig skýrslu breska viðskipta- og iðnaðarráðuneytsins (DTI) „DTI Economics Paper no. 9, The Benefits for Competition: some illustrative UK cases”, júlí 2004: „Almost from their (academic) cradle, economists learn the virtues of competition. Whether couched in the elegant prose of Georgian English, or in the more direct style of the 21st century, the message is the same. Competition is a good thing; it makes markets work well, and is in society's interests.”

² Ræða Margrethe Vestager, 24. október 2019, Competition and sustainability. Þar kemur þetta fram: „Tackling climate change is an important part of living more sustainably. But it's only one part of building a more sustainable way of life. And as this conference reminds us, businesses have a vital role, in helping to create markets that are sustainable in many different ways.

And competition policy should support them in doing that.

After all, competition helps to make us more sustainable. In a competitive market, where there is transparency, businesses can't afford to use more scarce – and expensive – resources than they absolutely need. And competition also helps to drive innovation, and expand our society's stock of ideas and technologies that help us live more sustainably.

But most importantly, perhaps, competition means that businesses have to listen to consumers, when we demand sustainable products.

More and more of us today want to know that our choices are contributing to a more sustainable world. And business is responding to that. In just the four years up to 2016, Europe's organic food market grew from 20 to 30 billion euros. There are now two million electric and hybrid cars on Europe's roads. And many businesses are now stepping up, and taking responsibility for providing decent conditions for the workers who make their products – even if they don't directly employ those people.”

³ Michael E. Porter. (1998). The Competitive Advantage of Nations With a New Introduction. New York: The Free Press.



markaðsráðandi stöðu (e. extent of market dominance) talin minnka samkeppnishæfni ríkja, aukin samkeppni í þjónustu (e. competition in services), talin styrkja samkeppnishæfni ríkja og óskilvirk stjórnvöld talin minnka hana.

2. Framleiðni og hagvöxtur

Aukin samkeppni á mörkuðum leiðir til framleiðnivaxtar fyrir fyrirtæki sem starfa á viðkomandi mörkuðum og til aukins hagvaxtar í viðkomandi löndum. Í skýrslu OECD frá 2014 er nánari útskýring á þessu sambandi, og vísað í ýmsar rannsókir sem framkvæmdar hafa verið á þessu sviði.⁴ Í því samhengi má nefna rannsókn Gutman og Voigt (2014) þar sem höfundar álykta að hagvöxtur sé 2% eða 3% meiri í löndum með samkeppnislöggjöf en án hennar.⁵ Í rannsókn Petersen (2013) sem náði til 154 landa á árunum 1960 til 2005 var innleiðing samkeppnislöggjafar talin hafa jákvæð áhrif á hagvöxt og verga landsframleiðslu á mann.⁶

Aðrar rannsóknir sem hægt er að nefna er rannsókn Symeonidis (2008) þar sem höfundur rannsakar áhrif banns við samráði í Bretlandi árið 1956 og ályktar að samráð á milli fyrirtækja hafi leitt til 20-30% lægri vaxtar framleiðni vinnuafis en ella á átta ára tímabili.⁷ Taylor (2002) metur einnig áhrif samráðs á hagræna mælikvarða og ályktar að á fjórða áratug 20. aldarinnar þá hafi afnám samkeppnisreglna á tiltekna atvinnugreinir leitt til 10% minni framleiðslu en ella.⁸ Að lokum kemst Clougherty (2010) að þeirri niðurstöðu að aukning fjárframlaga til samkeppnismála um 60 milljóna bandaríkjadollara geti aukið hagvöxt um 0,84%.⁹

3. Vöruverð og vöruframboð

Skortur á samkeppni og samkeppnishamlandi aðgerðir fyrirtækja, svo sem samráð, misnotkun á markaðsráðandi stöðu og samrunar sem raska samkeppni, rýra lífsskjör almennings. Ein skýrasta birtingarmynd þess er óeðlilega hátt verð á markaði eða léleg þjónusta.

⁴ OECD (2014). Factsheet on How Competition Policy Affects Macro-Economic Outcomes <https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-for-print-en.pdf>.

⁵ Gutmann, J., & Voigt, S. (2014). Lending a Hand to the Invisible Hand? Assessing the Effects of Newly Enacted Competition Laws. Assessing the Effects of Newly Enacted Competition Laws. <http://ssrn.com/abstract=2392780>. Einnig má nefna eftirfarandi greinar:

- Nickell, S. (1996). Competition and Corporate Performance. *Journal of Political Economy* 104(4), 724-746. <http://www.istor.org/stable/10.2307/2138883>.
- Disney, R., Haskel, J., & Heden, Y. (2003). Restructuring and productivity growth in UK manufacturing. *The Economic Journal*, 113(489), 666-694. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-0297.t01-1-00145/pdf>.
- Blundell, R., Griffith, R., & van Reenen, J. (1999). Market Share, Market Value and Innovation in a Panel of British Manufacturing Firms. *Review of Economic Studies*, 66(3), 529-54. <http://restud.oxfordjournals.org/content/66/3/529>.

⁶ Petersen (2013). ANTITRUST LAW AND THE PROMOTION OF DEMOCRACY AND ECONOMIC GROWTH. *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 9, Útgáfa 3, september 2013, bls. 593-636. <https://doi.org/10.1093/joclec/nht003>.

⁷ Symeonidis, G. (2008). The effect of competition on wages and productivity: evidence from the United Kingdom. *The Review of Economics and Statistics*, 90(1), 134-146. <http://www.mitpressjournals.org/doi/abs/10.1162/rest.90.1.134#.U761BvmSyVM>.

⁸ Taylor, J. E. (2002). The output effects of government sponsored cartels during the New Deal. *The Journal of Industrial Economics*, 50(1), 1-10. <http://www.jstor.org/stable/3569770>.

⁹ Clougherty, J. A. (2010). Competition Policy Trends and Economic Growth: Cross - National Empirical Evidence. *International Journal of the Economics of Business*, 17(1), 111-127. <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13571510903516995#.U75kIPmSyVM>.



Connor og Lande (2005) tóku saman um 200 rannsóknir á samráði með samtals 674 dæmum um ólögmet verðsamráð meðal fyrirtækja í Bandaríkjunum.¹⁰ Miðgildi yfirverðlagningar¹¹ í öllum samráðsmálum reyndist vera 25%, 17-19% í þeim málum sem snertu einungis Bandaríkin, en 30-33% í þeim málum sem teygðu sig út fyrir landsteinana. Í úrtaki rannsóknarinnar var yfirverðlagningin hærri en 10% í 79% tilvika, og hærri en 20% í 60% tilvika.

Í töflu 1 má finna yfirlit yfir reynslurannsóknir sem metið hafa yfirverðlagningu vegna samráðs fyrirtækja. Í öllum rannsóknunum nema einni nemur yfirverðlagningin tveggja stafa tölu og ekki er óalgengt að hún sé um og yfir 20-30%.

Tafla 1. Yfirverðlagning vegna samráðs – yfirlit reynslurannsókna.

Rannsókn	Meðaltal yfirverðlagningar (%)	Miðgildi yfirverðlagningar (%)
Cohen og Scheffman (1989) ¹²	7,7-10,8	7,8-14,0
Griffin (1989) ¹³	46	44
Posner (2001) ¹⁴	49	38
Davies og Majumdar (2002) ¹⁵	24,9-33,9	20-25
Levenstein og Suslow (2002) ¹⁶	43	44.5
Werden (2003) ¹⁷	21	18
OECD (2003) ¹⁸ , excluding peaks	15,75	12,75
Connor og Bolotova (2006) ¹⁹	49	23
Connor og Lande (2008) ²⁰	15,76	16,43
Connor (2014) ²¹	31-49	22-25
Boyer og Kotchoni (2015) ²²	15,47	16,01

¹⁰ Connor & Lande (2005). How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines. https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1368&context=all_fac.

¹¹ Yfirverðlagning mælir hversu mikið hærra verð er í samanburði við það verð sem hefði náðst í frjálsi samkeppni á milli viðkomandi fyrirtækja.

¹² Cohen, Mark A. og David T. Scheffman. The Antitrust Sentencing Guideline: Is the Punishment Worth the Costs? Journal of Criminal Law 27 (1989): 331-366.

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amcrimlr27&div=16&id=&page=>.

¹³ Griffin, J. Previous Cartel Experience: Any Lessons for OPEC? í Klein, L.R. og J. Marquez (Eds.) Economics in Theory and Practice: An Eclectic Approach, Kluwer Academic Publishers, 1989.

¹⁴ Posner, Richard A. Antitrust Law: Önnur útgáfa. Chicago: University of Chicago Press, 2001. <https://www.press.uchicago.edu/ucp/books/book/chicago/A/bo3628468.html>.

¹⁵ Davies, S., og Majumdar, A. (2002). The development of targets for consumer savings arising from competition policy. OFT Economic Discussion Paper, 4, OFT386, chapter 8.

¹⁶ Levenstein, Margaret C. og Suslow, Valerie Y. (2006). What Determines Cartel Success? Journal of Economic Literature, Vol. 44, No. 1, 2006. <https://ssrn.com/abstract=299415> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.299415>.

¹⁷ Gregory J. Werden, THE EFFECT OF ANTITRUST POLICY ON CONSUMER WELFARE: WHAT CRANDALL AND WINSTON OVERLOOK (U.S. Dep't of Justice Antitrust Division Discussion Paper No. EAG 03-2, janúar 2003)

¹⁸ OECD (2003). Hard Core Cartels Recent progress and challenges ahead. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/hard-core-cartels_9789264101258-en.

¹⁹ Connor, J. M., og Bolotova, Y. (2006). Cartel overcharges: survey and meta-analysis. International Journal of Industrial Organization, 24(6), 1109-1137.

<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718706000439>.

²⁰ Connor, John M. og Robert H. Lande (2008). Cartel Overcharges and Optimal Cartel fines. Issues in Competition Law and Policy, S.W. Waller (ed.), Volume 3, AMA Section of Antitrust Law, chapter 88, pp. 2203-2218.

https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1719&context=all_fac.

²¹ Connor, John M., Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition (February 24, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2400780> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400780>

²² Boyer og Kotchoni (2015). R. Rev Ind Organ 47: 119. <https://doi.org/10.1007/s11151-015-9472-1>



Í leiðbeiningum OECD um mat á ábata af samkeppniseftirliti er gert ráð fyrir því að með því að stöðva samráð sé verð að meðaltali um 10% hærra en það verð sem hefði náðst í frjálsri samkeppni á milli viðkomandi fyrirtækja, fyrirtæki sem misnota markaðsráðandi stöðu sína rukki að meðaltali um 5% yfirverð, og fyrirtæki sem skapi sér markaðsráðandi stöðu með samrunum um 3% yfirverð.²³ Þessar forsendur eru varlega áætlaðar, en fyrrgreindar reynslurannsóknir benda til þess að um vanmat sér að ræða. Er það í samræmi við ályktun Connor og Lande (2008) og Williams og Giradet (2007) sem álykta sem svo að fyrrgreint 10% viðmiða sé mikið vanmat þegar um er að ræða samráðsmál.²⁴

4. Atvinnustig

Rannsóknir benda til þess að samkeppin hafi jákvæð áhrif á atvinnuþáttöku. Í grein Griffith (2007) kemur fram að aukin samkeppni vegna innri markaða Evrópu hafi lækkaði hagnað um 3% og atvinnuleysi um 0,5%.²⁵

5. Ójöfnuður

Sýnt hefur verið fram á hagræn tengsl á milli skorts á virkri samkeppni og ójöfnuði. Eftir því sem fyrirtæki búa við minna samkeppnislegt aðhald, og þurfa síður að taka tillit til hegðunar annarra fyrirtækja á markaði, þeim mun hærra geta þau verðlagt vörur sínar og þjónustu umfram hagrænan jaðarkostnað. Það eykur útgjöld neytenda í samfélaginu umfram það sem þau þyrftu að vera, og bætir hag eigenda fyrirtækja á kostnað annarra í samfélaginu. Þar sem eigendur fyrirtækja eru oft á tíðum eigna- og tekjuhærri en almennt gengur og gerist getur skortur á samkeppnislegu aðhaldi leitt til aukins ójöfnuðar til lengri tíma lítið.

Í rannsókn starfsmanna samkeppnisdeildar OECD á ójöfnuði frá árinu 2017 kemur fram að aukinn markaðsstyrkur fyrirtækja í átta aðildarríkjum; Bandaríkjunum, Bretlandi, Frakklandi, Japan, Kanada, Spáni, Suður-Kóreu og Þýskalandi, leiði til aukningar auðs auðugustu tíundar þjóðarinnar um 12% til 21%, og minnkaðra tekna tekjulægsta fimmtungsins um 14% til 19%.²⁶

Í rannsókn Urzúa (2013) kemst höfundur að þeirri niðurstöðu að allratap í Mexíkó sem stafar af vörum sem seldar eru af einokunarfyrirtækjum sé 150% meira í tekjulægsta tíundarmarkinu í dreifbýli í samanburði við ríkasta tíundarmarkið í þéttbýli.²⁷

6. Nýsköpun

Í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008, Öflug uppbygging, segir:

²³ OECD (2014) Guide for helping competition authorities assess the expected impact of their activities. <https://www.oecd.org/daf/competition/Guide-competition-impact-assessmentEN.pdf>.

²⁴ Sjá einnig t.d. Tackling Cartels, Simon Williams og Philipp Giradet, 22. febrúar 2007 (birt m.a. á <http://www.konkurransetilsynet.no>): „Academic studies have in the past suggested that cartel conduct imposes on average a surcharge around 10% on the price of goods or services supplied. Today the emerging consensus is that this figure is probably too conservative and that it is likely to be closer to 20-30% and can in certain cases be much higher still.“

²⁵ Griffith, R., Harrison, R. og Macartney, G. (2007). Product Market Reforms, Labour Market Institutions and Unemployment. The Economic Journal, 117(519), C142-C166. <http://www.jstor.org/stable/4625503>

²⁶ Ennis, S. et al. (2017) Inequality: A hidden cost of market power www.oecd.org/daf/competition/inequality-a-hidden-cost-of-market-power.htm

²⁷ Urzúa, C. M. (2013). Distributive and regional effects of monopoly power. *Economía Mexicana NUEVA EPOCA*, 22(2), 279-295. <http://www.scielo.org.mx/pdf/emne/v22n2/v22n2a2.pdf>



„Almennt er talið að skilvirkasta leiðin til þess að efla frumkvöðlastarfsemi og nýsköpun séu opnir markaðir og aðgerðir sem stuðla að aukinni samkeppni.²⁸ Sökum þessa er lítið svo að samkeppnisreglur, ásamt reglum um verndun hugverkaréttinda, hafi þann tilgang að efla nýsköpun.²⁹“

Samkvæmt rannsóknum Aghion o.fl. (2005) er nýsköpun mest á þeim mörkuðum þar sem nokkur samkeppni ríkir.³⁰ Nýsköpun er minnst á sitthvorum enda skalans, á mörkuðum þar sem mjög lítil eða mjög mikil samkeppni ríkir, þar sem ekki eru til staðar jafnmiklir hvatar fyrir stjórnendur fyrirtækja í slíkum atvinnugreinum til þess að leggja fé, tíma og áhættu í rannsóknir og þróun. Polder og Veldhuizen (2010) skoðuðu hollensk gögn sérstaklega³¹, og Grünewald (2009) sænsk³², og komust að sambærilegum niðurstöðum. Í rannsókn Büthe og Cheng (2017) er komist að þeirri niðurstöðu að það hafi tölfraðilega marktæk áhrif á nýsköpun (mæld sem fjöldi einkaleyfisumsókna) þegar lönd hafi í gildi samkeppnislög og fylgja þeim eftir (e. substantively meaningful competition)³³.³⁴

Flestar íhlutanir samkeppnisyfirvalda beinast að mörkuðum þar sem lítil samkeppni ríkir eða muni ríkja, vegna t.a.m. skaðlegra samruna, en hins vegar vakna áhyggjur sjaldnar á mörkuðum þar sem virk samkeppni er þegar til staðar. Virk beiting samkeppnislaga í atvinnugreinum þar sem lítil samkeppni ríkir ætti því að öllu öðru óbreyttu að stuðla að aukinni nýsköpun.

C. ÁHRIF SAMKEPPNISLAGA OG SAMKEPPNISEFTIRLITS

1. Umtalsverðir almannahagsmunir felast í samkeppnislögum og eftirliti með þeim

Eins og fram hefur komið getur ábati af samkeppniseftirliti átt sér ýmsar birtingarmyndir en aukin samkeppni stuðlar að auknum hagvexti, lægra verði, meiri framleiðni, aukinni samkeppnishæfni viðkomandi greinar og ríkis, minni ójöfnuðar, meiri nýsköpunar o.s.frv.

²⁸ Sjá t.d. Jonathan B. Baker, Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation, Working Paper Series, júní 2007: „The benefits of antitrust rules and enforcement extend beyond lower prices, greater output and higher product quality; they also include increased innovation.“. Sjá einnig framlag framkvæmdastjórnar ESB: The Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Competition policy and the exercise of intellectual property rights, Genf 17-19 júlí 2007: „In general competition and open markets provide better incentives for innovation while monopoly and high concentration retard innovation.“ Til eru hins vegar hagfræðingar sem hafa haldið því fram að nýsköpun þrífist best í einokun: Sjá t.d. J A Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, 1942.

²⁹ Sjá t.d. United Nations Conference on Trade and Development, Competition policy and the exercise of intellectual property rights, Report by the UNCTAD secretariat, júlí 2008: „Competition law and policy and IP law and policy are often generally regarded as complements because both seek to promote innovation and the development of new technologies and products for the benefit of consumers.“

³⁰ Aghion, P., Bloom, N., Blundell, R., Griffith, R., og Howitt, P. (2005). Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship. The Quarterly Journal of Economics, 120(2), 701-728. <http://web.stanford.edu/~nbloom/PevertedU.pdf>.

³¹ Polder, M. og Veldhuizen, E. (2010). Innovation and Competition in the Netherlands: Testing the Inverted U for Industries and Firms. Discussion Paper n.201021. Statistics Netherlands, The Hague. <http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/88B125CA-0BD3-44BA-9938-47140F08965A/0/201021x10pub.pdf>.

³² Grünewald, O. (2009). Market Incentives to Business Innovation in Sweden. Yearbook on Productivity 2009. Statistics Sweden. http://www.scb.se/statistik/publikationer/OV9999_2009A01_BR_X76BR0901.pdf.

³³ Skilgreint sem: "To be considered a "substantively meaningful competition law," the legislation under review had to (i) have, at least inter alia, the declared purpose of fostering or safeguarding market competition in the national economy and (ii) contain, at a minimum, a prohibition of cartels or cartel-like forms of collusion (that is, disallow price-fixing agreements or coordinated reductions in production, market-sharing agreements, etc.)."

³⁴ World Bank (2017). A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth. Bls. 187-224. https://elibrary.worldbank.org/doi/citedby/10.1596/978-1-4648-0945-3_ch7.



Ekki er sjálfgefið að samkeppni sé virk á mörkuðum. Markaðsbrestir geta átt sér stað og fyrirtæki geta séð sér hag í því að draga úr samkeppni með ýmsum aðgerðum. Í því skyni að tryggja að jákvæð áhrif samkeppni gagnist almenningi hafa yfir 130 ríki víða um heim sett sér samkeppnislög. Er almennt litið svo á að verndun og efling samkeppni sé nauðsynleg til þess að stuðla að aukinni framleiðni, hagræðingu og efnahagslegum vexti.³⁵

Samkeppnislög hafa þann tilgang að vernda samkeppnina með því að leggja bann við samkeppnishamlandi aðgerðum sem skaða hagsmuni bæði neytenda og viðskiptalífsins. Jafnframt eiga samkeppnislög að tryggja að öll fyrirtæki, stór sem smá, hafi möguleika á að taka þátt í heilbrigðri samkeppni og þurfi ekki að þola óeðlilega eða skaðlega viðskiptahætti af hálfu annarra öflugri fyrirtækja. Samkeppnislög eiga þannig að stuðla að því að nýir aðilar geti hafið atvinnurekstur og smærri fyrirtæki stækkað og eru því liður í að efla eða viðhalda öflugu atvinnulífi. Með þessu er einnig stuðlað að nýsköpun og framförum í hvers kyns atvinnurekstri.³⁶

Á sama hátt og ljóst er að samkeppni í viðskiptum hefur jákvæð áhrif liggur fyrir að samkeppnishömlur geta valdið almenningi og atvinnulífinu miklum skaða. Ef engar eða takmarkaðar samkeppnisreglur eru fyrir hendi aukast líkur á skaðlegri hegðun fyrirtækja sem leiðir til tapaðra starfa og auðsældar.³⁷ Án samkeppnisreglna geta t.d. markaðsráðandi fyrirtæki hrakið minni keppinauta út af markaðnum og hindrað að nýir aðilar nái á honum fótfestu með tilheyrandi skaða fyrir samfélagið.³⁸

Í matsgerð hagfræðinganna Guðrún Johnsen og Gylfa Zoëga, sem lögð var fram í máli olíufélaganna gegn Samkeppniseftirlitinu, kemur fram að erlendar rannsóknir um skaðsemi samráðs hafi þýðingu hér á landi. Síðan segir:

„Við þetta má bæta að Ísland er fámennit land og þjóðfélagið einkennist af nálægð og persónulegum kunningsskap. Við slíkar aðstæður aukast líkur á að stjórnendum fyrirtækja takist að stilla saman strengi, bæði er varðar þegjandi samkomulag og samráð. Af þessum sökum má draga þá

³⁵ Sjá t.d. rit OECD frá október 2014, Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes. Á bls. 2 er fjallað um áhrif samkeppni á framleiðni: „Most importantly, it is clear that industries where there is greater competition experience faster productivity growth. This has been confirmed in a wide variety of empirical studies, on an industry-by-industry, or even firm-by-firm, basis. ... The effects of stronger competition can be felt in sectors other than those in which the competition occurs. In particular, vigorous competition in upstream sectors can 'cascade' to improve productivity and employment in downstream sectors and so through the economy more widely.“ Sjá einnig skýrslu breska viðskipta- og iðnaðarráðuneytsins (DTI) „DTI Economics Paper no. 9, The Benefits for Competition: some illustrative UK cases“, júlí 2004: „Almost from their (academic) cradle, economists learn the virtues of competition. Whether couched in the elegant prose of Georgian English, or in the more direct style of the 21st century, the message is the same. Competition is a good thing; it makes markets work well, and is in society's interests.“

³⁶ Sjá t.d. ræðu Neelie Kroes framkvæmdastjóra samkeppnismála hjá ESB, In defence of competition policy, 13. október 2008: „The core of our understanding of the world is that markets do NOT work best when left alone ... this is what our enforcement record and independent evidence shows, and it is the only practical approach to take. Competition policy is a tool that has worked well for 50 years – for Member States, for Europe, for consumers and for law-abiding companies everywhere. It has spread to more than 100 economies, including every major economy in both the developed and developing world – and for one reason: because it helps to increase and protect prosperity.“

³⁷ Sjá t.d. ræðu Neelie Kroes framkvæmdastjóra samkeppnismála hjá EB, In defence of competition policy, 13. október 2008: „Without a solid competition policy such as this, the European economy would descend into chaos. With diminished incentives for companies to compete on their merits, cheating would be rewarded and go unpunished, jobs and wealth would be lost and consumers would lose protection as the law of the jungle ruled.“

³⁸ Sjá t.d. Renata Hesse (yfirmaður samkeppnismála hjá bandaríska dómsmálaráðuneytinu), ræða 20. september 2016, „And Never the Twain Shall Meet? Connecting Popular and Professional Visions for Antitrust Enforcement“: „... competition is fair because it gives a chance to the small business owner to succeed in her business venture, because it delivers lower prices to consumers, and because it drives the innovation that improves products, business processes, and more.“



ályktun að samráð sem stofnað er til hér á landi verði árangursríkara en en samráð í stærri samfélögum."³⁹

Sýnir þetta að hagsmunirnir af því að fyrirtæki keppi sín á milli geta verið miklir.

Samkeppnislöggjöfin dugar þó ekki ein og sér. Stofnanir sem framfylgja þeim af festu eru nauðsynlegar til þess að ábati af samkeppnislögum skili sér til neytenda. Endurspeglar það m.a. í rannsókn Ma (2011) en í henni kemur fram að framfylgd samkeppnislaga skipti miklu máli. Í fátækari löndum með veika innviði hafi samkeppnislöggjöf takmörkuð áhrif þar sem ekki séu til staðar stofnanir til þess að framfylgja þeim.⁴⁰

Almannahagsmunir samkeppnislaga og virks samkeppniseftirlits eru því umtalsverðir.

2. Ábatamat

Í þessum kafla er fjallað um mat á þeim ábata sem rekja má til starfa samkeppnisdeildar framkvæmdastjórnar ESB, breskra samkeppnisyfirvalda og Samkeppniseftirlitsins. Önnur lönd sem hafa lagt mat á ábata af starfi sínu eru t.a.m. Bandaríkin, Holland, Ungverjaland, Mexíkó, Þýskaland og Japan.⁴¹ Jafnframt er fjallað um leiðbeiningar OECD sem ætlaðar eru til þess að áætla líklegan beinan ábata af íhlutunum samkeppnisyfirvalda.

Grunnforsendan fyrir því að starfsemi samkeppnisyfirvalda skili ábata er sú að starf þeirra stuðli að því að stöðva eða koma í veg fyrir samkeppnishamlandi starfsemi fyrirtækja sem myndi vera almenningi til tjóns. Það geta samkeppnisyfirvöld gert á ýmsa vegu, s.s. með því að uppræta samráð meðal fyrirtækja eða misnotkun á markaðsráðandi stöðu, ógilda skaðlega samruna eða setja þeim skilyrði, beina álitum og umsögnum til stjórnvalda um hvernig þau geta rutt samkeppnishindrunum úr vegi og framkvæma markaðsrannsóknir og bregðist við þar sem borin eru kennsl á atriði sem hamla samkeppni.

Einnig getur tilvist stofnunar sem framfylgir samkeppnislögum ein og sér haft fælingarmátt, samkeppnishamlandi aðgerðir sem fyrirtæki myndu mögulega ráðast út í verða ekki að veruleika þar sem þau forðast afskipti samkeppnisyfirvalda. Þau áhrif, oft nefnd varnaðaráhrif, geta verið umtalsverð sbr. sbr. skýrslu breskra samkeppnisyfirvalda frá árinu 2017, *The deterrent effect of competition authorities' work - Literature review*.⁴²

Nokkur samkeppnisyfirvöld og fræðimenn hafa metið beinan ábata af starfi samkeppnisyfirvalda. Í flestum tilvikum er um að ræða beinan fjárhagslegan ábata en ekki tekið tillit til t.a.m. fælingaráhrifa, þ.e. þess að ekki er ráðist í samráð, misnotkun markaðsráðandi stöðu eða skaðlega samruna vegna varnaðaráhrifa af virku samkeppniseftirliti, leiðbeiningum og fræðslu o.s.frv.

³⁹ Undirmatsgerð í málinu E-4965/2005, dags. 3. október 2008.

⁴⁰ Tay-Cheng Ma (2011). THE EFFECT OF COMPETITION LAW ENFORCEMENT ON ECONOMIC GROWTH. Journal of Competition Law & Economics, Vol. 7, Útg. 2, júní 2011, bls. 301–334,

⁴¹ Davies (2013). ASSESSMENT OF THE IMPACT OF COMPETITION AUTHORITIES' ACTIVITIES. Working Party No. 2 on Competition and Regulation

⁴² https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/642801/deterrent-effect-of-competition-authorities-work-lit-review.pdf.



2.1 Leiðbeiningar OECD

OECD gaf á árinu 2014 út leiðbeiningar⁴³ til þess að áætla líklegan beinan ábata af íhlutunum samkeppnisyfirvalda. Byggja leiðbeiningarnar m.a. á aðferðafræði þeirra samkeppnisyfirvalda sem nú þegar framkvæma áþekk mót. Í leiðbeiningunum er m.a. tiltekið að um er að ræða ætlaðan ábata vegna íhlutana, forsendur eru varfærnar og byggja á reynslurannsóknum, íhlutanir geta haft víðtækari áhrif en gert er ráð fyrir í leiðbeiningunum og ábatamatið tekur ekki til fælingaráhrifa.

Leiðbeiningarnar taka til líklegs ábata vegna eftirfarandi íhlutana:

- Samráð.
- Misnotkun á markaðsráðandi stöðu.
- Samkeppnishamlandi samrunar.

Íhlutanir geta m.a. falist í sektum og stöðvun á ólögum samráði og misnotkun á markaðsráðandi stöðu, og því að ógilda samruna eða setja þeim skilyrði. Um er að ræða varfærið mat í samanburði við þær reynslurannsóknir sem liggja fyrir um skaðleg áhrif t.a.m. samráðs. Í leiðbeiningunum er miðað við eftirfarandi forsendur fyrir hverja og eina íhlutun:

- *Velta:* Árleg velta á þeim markaði, eða þeim hluta markaðarins, þar sem íhlutunin hafði áhrif á.
 - Velta viðkomandi fyrirtækja í tilviki samráðsbrotar sem eru upprætt.
 - Velta viðkomandi fyrirtækis í tilviki misnotkunar á markaðsráðandi stöðu.
 - Velta áviðkomandi markaði í tilviki samkeppnishamlandi samruna.
- *Áhrif á verð:* Ætluð áhrif á verð ef ekki hefði komið til íhlutunar.
 - 10% í tilviki samráðsbrotar sem eru upprætt.
 - 5% í tilviki misnotkunar á markaðsráðandi stöðu.
 - 3% í tilviki samkeppnishamlandi samruna.
- *Tími:* Það tímabil sem ætla má að áhrifa samkeppnishamlandi aðgerðanna hefði gætt, hefði ekki komið til íhlutunar.
 - 3 ár í tilviki samráðsbrotar sem eru upprætt.
 - 3 ár í tilviki misnotkunar á markaðsráðandi stöðu.
 - 2 ár í tilviki samkeppnishamlandi samruna.

Ein af ástæðum þess að mörg samkeppnisyfirvöld hafa ekki framkvæmt mat á ábata af starfi sínu er sú að áhrifin eru margvísleg eins og fram kemur í leiðbeiningum OECD og erfitt getur verið að meta áhrif sem geta skipt töluverðu máli, s.s. fælingaráhrif. Hin mælanlegu áhrif fela því að jafnaði í sér vanmat á eiginlegum áhrifum.

2.2 Evrópusambandið

Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins notar ýmsa vísa til þess að meta áhrif af starfi samkeppnisdeildarinnar. Þannig eru íhlutanir framkvæmdastjórnarinnar í samruna og samráð sem skaða samkeppin taldar hafa aukið hagvöxt um 0,4% eftir fimm ár og 0,7% til lengri tíma og skapað 650.000 ný störf.⁴⁴ Á árinu 2015 mat framkvæmdastjórnin að neytendadábatu vegna stöðvunar á samráðsbrotum hefði verið á bilinu 1-1,5 milljarður

⁴³ OECD (2014). Guide for helping competition authorities assess the expected impact of their activities. <https://www.oecd.org/daf/competition/Guide-competition-impact-assessmentEN.pdf>

⁴⁴ European Commission (2015). Strategic Plan 2016-2020 – DG COMPETITION, bls. 12.



evra og á bilinu 1,08-2,69 milljarðar evra vegna samrunaefitirlits (láréttra samruna).⁴⁵ Einnig horfir framkvæmdastjórnin til þess hlutfalls neytenda sem telja samkeppni hafa jákvæð áhrif á þá en að meðaltali svara 74% aðspurðra því játandi. Í sömu könnun svöruðu 80% því til að virk samkeppni á milli fyrirtækja gæti leitt til betra verðs, meira úrvals og stuðlaði að nýsköpun og hagvexti.⁴⁶

2.3 Bretland

Bretar hafa á sl. árum birt árlegt mat á ábata vegna starfsemi samkeppniseftirlitsins þar í landi (CMA). Eftirlit með brotum vegna samráðs og misnotkunar á markaðsráðandi stöðu hefur skilað á bilinu 4% til 12% af þeim ábata sem hefur myndast vegna samkeppniseftirlitsins. Samrunaefitirlit hefur skilað 3% til 18% og markaðsathuganir og markaðsrannsóknir hafa skilað um 74% til 87% af reiknuðum ábata.

Tafla 2 Ábati (meðaltal sl. þriggja ára) af samkeppniseftirliti breskra samkeppnisyfirvalda og hlutfallsleg skipting eftir tegund rannsókna.

Tegund rannsókna	2014	2015	2016	2017	2018
Eftirlit með brotum	10%	12%	12%	10%	4%
Samrunaefitirlit	4%	3%	12%	16%	18%
Markaðsatuganir og markaðsrannsóknir	87%	85%	76%	74%	78%
Samtals ábati (milljónir punda)	665	613	1.169	1.040	1.045

Heimild: CMA Impact Assessment 2012-15, 2013-16, 2014-17, 2015-18 og 2016-19.

Við mat á ábata af markaðsrannsóknum þar í landi hafa Bretar einnig lagt til aðra mælikvarða. Þannig batnaði t.a.m. þjónusta við farþega og framleiðni jókst á Gatwick flugvelli eftir að eiganda flugvallarins var gert, á grundvelli markaðsrannsóknar, að selja hann til nýs keppinautar en fyrir átti keppinauturinn aðra flugvelli í London. Á markaði fyrir jarðolíugas hækkaði hlutfall viðskiptavina sem skipti um söluaðila úr 0,5% í 4,0% eftir íhlutun. Að mati breskra samkeppnisyfirvalda hafa markaðsrannsóknir skilað umtalsverðum ábata og er það metið sem svo að ábatinn haldi áfram að aukast á komandi árum.⁴⁷

Í þessu samhengi ber að hafa í huga að ein af ástæðum þess að markaðsrannsóknir skila þessum mikla ábata er sú að þær taka oft á tíðum til mikilvægra markaða sem hafa mikið þjóðhagslegt vægi. Því geta litlar breytingar skilað umtalsverðum heildarábata. Jafnframt er í matinu aðeins litið til beins ábata af einstökum aðgerðum samkeppnisyfirvaldsins en ekki óbeinna áhrifa, en ætla má að þau séu umtalsvert meiri í tilviki brota- og samrunarannsóknar í samanburði við markaðsrannsóknir.⁴⁸ Þessu til viðbótar meta bresk

⁴⁵ European Commission (2015). Strategic Plan 2016-2020 – DG COMPETITION, bls. 13

⁴⁶ Sjá: EU Competition Policy, Facts, figures and priorities, Júlí 2015, http://ec.europa.eu/competition/publications/facts_figures_2015.pdf

⁴⁷ ANDREA COSCELLI og ANTONIA HORROCKS (2014). Making Markets Work Well: Te U.K. Market Investigations Regime. Competition Policy International.

⁴⁸ Sjá t.d.:

- CMA (2017). CMA's 2017 literature review, The deterrence effect of competition authorities' work – literature review. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/642801/deterrent-effect-of-competition-authorities-work-lit-review.pdf
- OFT (2011). The impact of competition interventions on compliance and deterrence. https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165036/http://oft.gov.uk/shared_oft/reports/Evaluating-OFTs-work/oft1391.pdf



Samkeppnisyfirvöld ekki áhrif ábata þess að leiðbeininga fyrirtækjum, alþjóðlegu samstarfi o.s.frv.⁴⁹

Bretar hafa einnig borið áætlaðan ábata saman við þann kostnað sem til fellur við rekstur eftirlitsins þar í landi. Á þeim árum sem litið var til hér að framan hefur reiknaður ábati verið á bilinu 10-18 sinnum meiri en útgjöld til eftirlitsins.

2.4 Ísland

Á árinu 2016 lét Samkeppniseftirlitið meta áhrif af ákvörðunum eftirlitsins frá árunum 2005 til 2015 þar sem brot á banni við ólögsmætu samráði og misnotkun á markaðsráðandi stöðu voru stöðvuð. Í ljós kom að samanlagður ábati af þessum ákvörðunum nam 110 milljörðum króna, þ.e. uppreiknað til verðlags í maí 2016.⁵⁰ Greiningin byggði á leiðbeiningum frá OECD.⁵¹ Þá eru ótalin áhrif af íhlutun vegna samrunamála og öðru starfi Samkeppniseftirlitsins á þessu ellefu ára tímabili. Sé ábatinn borinn saman við fjárveitingar til Samkeppniseftirlitsins á sama tímabili er ljóst að ábati af starfi eftirlitsins hefur verið umtalsverður, eða um 28 sinnum meiri en fjárframlögin.

Samkeppniseftirlitið lítur hér einnig til annarra þátta en í könnun MMR fyrir Samkeppniseftirlitið svöruðu 97% þeirra sem tóku afstöðu því til að virk samkeppni hefði góð áhrif á viðkomanda sem neytanda. Jafnframt töldu 84-88% svarenda að samkeppni hefði jákvæð áhrif á verð, úrval, gæði, nýsköpun og hagvöxt. Þessar niðurstöður eru almennt meira afgerandi en niðurstöður hliðstæðrar könnunar á vettbandi ESB.

Samkeppniseftirlitið vinnur nú að því að uppfæra fyrrgreint ábatamat. Jafnframt vinnur eftirlitið nú að því að meta þekkingu og viðhorf íslenskra fyrirtækja til samkeppnismála.

* * *

-
- OFT/Deloitte (2007). The deterrent effect of competition enforcement. https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402181127/http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf
 - DotEcon (2018). CMA Evaluation of CA98 cases.

⁴⁹ CMA (2019). Impact Assessment 2016-19.

⁵⁰ Ræða Páls Gunnars Pálssonar, forstjóra Samkeppniseftirlitsins, á fundi Sendinefndar Evrópusambandsins, Alþjóða- og Evrópuréttarstofnunar HR og Samkeppniseftirlitsins.

⁵¹ OECD (2014). Guide for helping competition authorities assess the expected impact of their activities.



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

FYLGISKJAL III

8. nóvember 2019

MÁLSKOTSHEIMILD SAMKEPPNISEFTIRLITSINS VEGNA ALMANNAHAGSMUNA

Efnisyfirlit

	bls.
A. SAMANTEKT	2
B. SJÓNARMÍÐ VEGNA FRUMVARPSDRAGANNA	6
1. Sjónarmið til stuðnings niðurfellingu málskotsheimildarinnar	6
2. Umfjöllun ESA og fyrirhugaðar breytingar í Noregi	7
3. Afstaða OECD til málskotsheimilda samkeppnisyfirvalda	9
4. Nánast öll samkeppnisyfirvöld í Evrópu hafa málskotsheimild	10
5. Áhrif gildistöku ECN+ tilskipunarinnar	11
C. MINNISBLAÐ SENT ATVINNUVEGA- OG NÝSKÖPUNAR- RÁÐUNEYTIMU ÞANN 12. NÓVEMBER 2018	12
1. Samkeppniseftirlitið	12
2. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála	14
3. Aðild að málum fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála	16
4. Aðild að málum fyrir dómstólum fram til 2011	16
5. Breytingin árið 2011	17
6. Beiting málskotsheimildarinnar til þessa	18
6.1 Vífilfell	19
6.2 Byko	21
6.3 MS	22
7. Hugmyndir um að fella niður málskotsheimildina	24
8. Áhrif EES-réttar	27
8.1 Gildandi réttur	27
8.2 ECN+ tilskipunin	32
8.3 Niðurstaða	34
9. Um röksemdirnar fyrir niðurfellingu málskotsheimildarinnar	34
9.1 Að heimildinni hafi ekki verið beitt	34
9.2 Æðra og lægra stjórnvald, lögvarðir hagsmunir og aðild	34
9.3 Áhrif á málshraða	38
9.4 Jafnvægi milli hagsmuna neytenda og fyrirtækja	39
9.5 Hvergi vikið að skuldbindingum EES-samningsins	41
10. Niðurstaða	42
D. VIÐAUKI VIÐ MINNISBLAÐ TIL RÁÐHERRA – STAÐA BYKO-MÁLSINS Í NÓVEMBER 2019	43



A. SAMANTEKT

Í fyrirbyggjandi frumvarpi til breytinga á samkeppnislögum, sem ferðamála-, iðnaðar- og nýsköpunarráðherra birti þann 21. október 2019, er lagt til að felld verði niður heimild Samkeppniseftirlitsins til þess að leita úrlausnar dómstóla um úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Á árinu 2011 samþykkti Alþingi breytingar á samkeppnislögum, sbr. lög nr. 14/2011. Tilgangur þessara breytinga var að styrkja samkeppnislögin. Ein helsta breytingin fólst í því að Samkeppniseftirlitinu var veitt heimild til að leita úrlausnar dómstóla um úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 14/2011 var þessi breyting rökstudd svo:

„Sú staðreynd að Samkeppniseftirlitið hefur ekki málskotsrétt til dómstóla takmarkar möguleika eftirlitsins til þess að gæta hagsmuna almennings í samkeppnismálum. Hlutverk eftirlitsins er meðal annars að vernda þá lögvörðu almannahagsmuni sem felast í virkri samkeppni og því óeðlilegt að það geti ekki gætt almannahagsmuna til sóknar fyrir dómstólum. Mikilvægt er að eftirlitið geti, eftir atvikum, varið fyrir dómstólum niðurstöðu ákvarðana sinna sem áfrýjunarnefndin hefur ógilt eða breytt. Slíkt leiðir til jafnræðis aðila máls og einnig er hægt að leiða líkur að því að það leiði til ennþá vandaðri málsmeðferðar hjá áfrýjunarnefndinni. Oft er um að ræða stór og mikilvæg mál sem eru stefnumarkandi á markaði og er fyrst og fremst ætlað að stuðla að aukinni samkeppni neytendum til hagsbóta. Því er ljóst að mikilvægt er að eftirlitið geti borið úrskurði áfrýjunarnefndarinnar undir dómstóla.“

Á þeim átta árum sem liðin eru frá því að lög kváðu á um málskotsheimildina hefur henni verið beitt í þremur málum. Hefur heimildinni einungis verið beitt þegar eftirlitið hefur talið brýnt að fá úrlausn dómstóla um mikilvæg og fordæmisgefandi álitaefni í samkeppnisrétti. Þau álitaefni hafa varðað svigrúm samkeppnisyfirvalda til að tryggja varnaðaráhrif sekta, samspil sérlaga og samkeppnislaga, svigrúm minni keppinauta til að starfa við hlið fyrirtækis í yfirburðastöðu og álitaefni er varðar það hvort samkeppnisrétti hér á landi sé beitt í samræmi við alþjóðlegar skuldbindingar Íslands.

Það er eindregið mat Samkeppniseftirlitsins að umrædd heimild sé afar mikilvæg og að það fæli í sér alvarlega veikingu á samkeppnislögum og gæslu almannahagsmuna ef hún yrði felld niður.

Haustið 2016 lagði þáverandi iðnaðar- og viðskiptaráðherra fram frumvarp til breytinga á samkeppnislögum. Í athugasemdum í frumvarpinu kemur fram að það sé lagt fram m.a. vegna „*ábendinga frá atvinnulífinu*“. Í frumvarpinu var lagt til að málskotsheimild Samkeppniseftirlitsins yrði felld niður. Frumvarpið kom ekki til meðferðar á Alþingi. Á árinu 2018 kölluðu Samtök atvinnulífsins eftir því að málskotsheimild Samkeppniseftirlitsins yrði felld niður.

Þann 12. nóvember 2018 sendi Samkeppniseftirlitið minnisblað til ferðamála-, iðnaðar- og nýsköpunarráðherra. Í því var með rökstuddum hætti varað við því að málskotsheimildin



yrði felld niður. Í minnisblaðinu er fjallað um reynslu af beitingu heimildarinnar og þýðingu hennar fyrir atvinnulíf og almenning. Að mati Samkeppniseftirlitsins sýnir beiting málskotsheimildarinnar hversu brýnt það er að unnt sé að fá fullnaðarúrlausn dómstóla um álitæfni er varða brýna almannahagsmuni, vernd neytenda og samkeppnishæfni íslensks atvinnulífs en ekki einvörðungu álitæfni sem hlutaðeigandi fyrirtæki kjósa að bera undir dómstóla. Einnig er fjallað um þá gagnrýni sem málskotsheimildin hefur mætt, allt frá upphafi, einkum af talsmönnum stærri fyrirtækja. Er og fjallað um þau rök sem þá höfðu verið sett fram til stuðnings niðurfellingu á málskotsheimildinni. Eru það að hluta til sömu rök og lögð eru til grundvallar í hinu nýja frumvarpi.

Umrætt minnisblað til ráðherra er að finna í kafla C. Í kafla B er fjallað um hið nýja frumvarp, gagnrýni Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) á það að norska samkeppniseftirlitið hafi ekki málskotsheimild, viðbrögð ráðuneytis samkeppnismála í Noregi við athugasemdum ESA, bréfaskipti Samkeppniseftirlitsins og OECD, könnun Samkeppniseftirlitsins á málskotsheimildum samkeppniseftirlita í aðildarríkjum ESB. Í kafla D er fjallað um dóm Landsréttar í Byko málinu 14. júní 2019 og ákvörðun Hæstaréttar Íslands 12. ágúst 2019 í því máli.

Til stuðnings tillögum um að fella úr gildi málskotsheimild vegna almannahagsmuna hafa eftirtalin rök verið sett fram:

- Sökum hagsmuna fyrirtækja sé ekki rétt að víkja frá þeirri meginreglu í stjórnsýslurétti að úrlausn æðra setts stjórnvalds sé bindandi fyrir lægra sett stjórnvald.
- Heimildin sé nánast einsdæmi í íslenskri stjórnsýslu.
- Samkeppnisyfirvöld í nágrannarríkjum hafi ekki málskotsheimild.
- Hið lægra setta stjórnvald hafi enga lögvarða hagsmuni af niðurstöðu þess æðra.
- Með málskotsheimildinni sé unnið gegn því hlutverki áfrýjunarnefndar samkeppnismála að tryggja réttaröryggi og réttláta málsmeðferð á lægra stjórnsýslustigi og vægi áfrýjunarnefndar minnkað. Heimildin auki réttaróvissu.
- Málskotið geri málsmeðferð lengri og kostnaðarsamari. Jafnframt komi málskot niður á málshraða í öðrum málum, þar sem Samkeppniseftirlitið eyði dýrmætum tíma og fjármunum í málarekstur fyrir dómstólum.

Nánari athugun á framangreindum röksemdum leiðir í ljós að þær standast ekki skoðun. Benda má á eftirfarandi í því sambandi:

- Það er mikilvægur hluti af vandaðri samkeppnislöggjöf að samkeppniseftirlit hafi málskotsheimild, sbr. bréf OECD frá 31. október 2019 í fylgiskjali nr. I.
- Samkeppniseftirlit í aðildarríkjum ESB annað hvort búa nú þegar yfir málskotsheimild eða í undirbúningi er að veita þeim slíka heimild, sbr. umfjöllun hér á eftir.
- Ráðuneyti samkeppnismála í Noregi hefur tilkynnt opinberlega að fyrirhugað sé að breyta samkeppnislögum og veita norska samkeppniseftirlitinu málskotsheimild. Í því sambandi hefur ráðuneytið bent á að norska samkeppniseftirlitinu sé falið að gæta



almannahagsmuna í samkeppnismálum og því sé nauðsynlegt að tryggja eftirlitinu málskotsheimild, sbr. tilkynningu ráðuneytisins frá 30. október 2019.¹

- Með því að fella brott málskotsheimildina væri unnið gegn skuldbindingum Íslands samkvæmt EES-samningnum, sbr. m.a. bréf ESA frá 28. október 2019.²
- Samkvæmt tilskipun ESB nr. 2019/1 ber aðildarríkjum ESB að tryggja það að samkeppnisyfirvöld búi yfir málskotsheimild. Unnið er að því að innleiða þessa tilskipun í EES-rétt. Sjá nánar fylgiskjal V.
- Málskotsheimildin á sér skýrar hliðstæður í íslenskum lögum þar sem settar hafa verið á fót sjálfstæðar úrskurðarnefndir. Sem dæmi telur löggjafinn það nauðsynlegan „öryggisventil“ að Sjúkratryggingar geti borið úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála undir dómstóla. Þá hafa eftirfarandi stjórnvöld öll málskotsheimild vegna úrskurða sjálfstæðra úrskurðarnefnda í viðkomandi málaflokki:
 - Póst- og fjarskiptastofnun getur borið úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála undir dómstóla, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003.
 - Tryggingastofnun ríkisins getur höfðað dómsmál til að fá hnekk úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála, sbr. 6. mgr. 13. gr. laga um almannatryggingar nr. 100/2007.
 - Sjúkratryggingar Íslands geta höfðað dómsmál til að fá hnekk úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála, sbr. 4. mgr. 36. gr. laga um sjúkratryggingar nr. 112/2008.
 - Meðal annars sveitarfélag og Samband íslenskra sveitarfélaga geta borið niðurstöðu úrskurðarnefndar velferðarmála undir dómstóla, sbr. 2. mgr. 35. gr. laga um þjónustu við fatlað fólk með langvarandi stuðningsþarfir nr. 38/2018.
 - Heimilt er að bera úrskurð úrskurðarnefndar um upplýsingamál undir dómstóla, sbr. 24. gr. upplýsingalaga nr. 140/2012.
 - Stjórn LÍN getur skotið úrskurði málskotsnefndar til dómstóla, sbr. 5. gr. a. laga um Lánasjóð íslenskra námsmanna nr. 21/1992.
 - Fjármálaráðherra getur skotið úrskurði yfirséttarnefndar til dómstóla, sbr. 15. gr. laga um yfirséttarnefnd nr. 30/1992.
- Þessi dæmi hér að ofan um málskotsheimildir í íslenskri stjórnslu sýna með skýrum hætti að það er ekki rétt sem ítrekað hefur komið fram í málalíbúnaði hagsmunasamtaka atvinnulífsins að málskotsheimild Samkeppniseftirlitsins eigi sér fá eða engin fordæmi. Hæstiréttur hefur hins vegar komist að þeirri niðurstöðu að lagaheimild þurfi til slíks málskots.
- Löng réttarframkvæmd sýnir að Samkeppniseftirlitið hefur átt aðild að öllum málum fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála og öllum dómsmálum þegar fyrirtæki krefjast ógildingar á úrskurðum áfrýjunarnefndar. Þannig hefur eftirlitið frá upphafi varið samkeppnishagsmuni fyrir dómstólum. Engum öðrum er til að dreifa til þess að verja eða sækja hagsmuni neytenda og aðra þá almannahagsmuni sem samkeppnislögum er ætlað að vernda.

¹ Aðgengileg hér: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/vil-qjore-endringer-i-konkurranseloven/id2675770/>.

² Aðgengilegt hér: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=5055>.



- Áfrýjunarnefnd er ekki hefðbundið æðra stjórnvald gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Þannig hefur hún ekki stjórnunar- og eftirlitsheimildir líkt og æðra stjórnvald. Því eiga ekki við almenn sjónarmið um að óeðlilegt sé að lægra sett stjórnvald skjóti úrlausnum æðra stjórnvalds til dómstóla. Svipar hlutverki áfrýjunarnefndar að ákveðnu leyti til hlutverks dómstóla og hefur Hæstiréttur bent á að hún hafi ekki lögvarinna hagsmuna að gæta fyrir dómstólum.
- Ekki er forsvaranlegt að einungis sé litið til réttaröryggissjónarmiða þeirra fyrirtækja sem ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins beinast að, en litið framhjá hagsmunum almennings og atvinnulífs af því að álitaefni er varða almannahagsmuni fái fullnaðarúrlausn fyrir dómstólum. Þá vinnur málskot ekki gegn réttlátri málsmeðferð heldur stuðlar þvert á móti að vandaðri málsmeðferð, m.a. fyrir áfrýjunarnefnd.
- Ekki verður séð að í þeim tilvikum þar sem málskotsheimild Samkeppniseftirlitsins hefur verið beitt hafi meðferð viðkomandi mála orðið lengri eða kostnaðarsamari enda hafa hlutaðeigandi fyrirtæki þá jafnframt leitað úrlausnar dómstóla um úrskurð áfrýjunarnefndar vegna atriða sem þau hafa ekki viljað una. Ef talið væri skaðlegt að málsmeðferð myndi lengjast í einhverjum málum vegna málskots Samkeppniseftirlitsins, myndu sömu sjónarmið eiga við um heimild fyrirtækja til málskots.
- Ólíklegt er að málskot eftirlitsins hafi áhrif málshraða í öðrum málum. Skiptir þar máli að málskot eru sjaldgæf. Þá felur flutningur máls fyrir dómstólum almennt ekki í sér verulega viðbótarbyrði fyrir eftirlitið, enda styðst sú vinna, sem að jafnaði er í höndum utanaðkomandi lögmanns, við þá vinnu sem þegar hefur verið innt af hendi við rannsókn máls og málflutning fyrir áfrýjunarnefnd. Þá er algengt að viðkomandi fyrirtæki leiti jafnframt úrlausnar dómstóla um úrskurð áfrýjunarnefndar, en sú var raunin í þeim þremur tilvikum þar sem málskotsheimild vegna almannahagsmuna hefur verið nýtt.
- Í framkvæmd hefur málskotsheimildinni aðeins verið beitt í málum sem varða mikilvæg og fordæmisgefandi álitaefni.

Með hliðsjón af framangreindu telur Samkeppniseftirlitið bæði eðlilegt og afar brýnt að því sé áfram kleift að gæta almannahagsmuna fyrir dómstólum, til sóknar jafnt sem varnar.

Rétt er að vekja athygli á því að forsætisráðherra hefur falið Páli Hreinssyni, forseta EFTA-dómstólsins, að gera úttekt á starfsemi sjálfstæðra úrskurðarnefnda í stjórnsýslunni, sbr. frétt á vefsíðu Stjórnarráðsins, dags. 2. nóvember 2018. Í ljósi þessa telur Samkeppniseftirlitið eðlilegt að um þau álitaefni er varða hlutverk áfrýjunarnefndar samkeppnismála og reglur sem varða starfsemi hennar sé fjallað í þeirri úttekt.



B. SJÓNARMÍÐ VEGNA FRUMVARPSDRAGANNA

1. Sjónarmið til stuðnings niðurfellingu málskotsheimildarinnar

Í fyrirbyggjandi frumvarpsdrögum til breytinga á samkeppnislögum er lagt til að málskotsheimild Samkeppniseftirlitsins verði felld niður. Samkvæmt almennum athugasemdum við frumvarpið virðast helstu rökin fyrir þessari breytingu vera eftirfarandi:

„Það er meginregla í stjórnslurétti að úrlausn æðra setts stjórnvalds er bindandi fyrir lægra sett stjórnvald. Byggist sú niðurstaða á því að lægra sett stjórnvald getur ekki talist aðili máls þar sem það á ekki lögvarða hagsmuni í skilningi stjórnsluréttar. Af því leiðir að hið lægra setta stjórnvald getur ekki skotið úrskurði æðra setts stjórnvalds til dómstóla nema hafa til þess sérstaka lagaheimild. Þótt dæmi séu um slíkar lagaheimildir þá eru þær undantekningar og víkja frá framangreindri meginreglu. Að teknu tilliti til þeirra hagsmuna sem undir eru, þá ekki síst hagsmuna fyrirtækja af því að úrlausn æðra setts stjórnvalds að undangengnu kærufæri standi, verður ekki talið að rétt sé að víkja frá framangreindri meginreglu í samkeppnislögum. [...]

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þannig ekki síst ætlað að tryggja réttaröryggissjónarmið og réttláta málsmeðferð á æðra stjórnslustigi líkt og fram kom í skýringum í greinargerð með samkeppnislögum nr. 8/1993. Með því að lægra setta stjórnvaldið geti skotið úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála til dómstóla er dregið úr þessari vernd auk þess sem málskotsheimild er til þess fallin að minnka vægi nefndarinnar þar sem lægra setta stjórnvaldið getur ávallt skotið úrskurði til dómstóla ef það er ekki sammála endurmati æðra setta stjórnvaldsins. Þá er einnig ljóst að heimildin getur orðið til þess að lengja málsmeðferð mála og valda þannig fyrirtækjum og Samkeppniseftirlitinu auknum kostnaði.“

Í athugasemdunum er einnig vísað til þess að í Noregi hafi norska samkeppniseftirlitið ekki heimild til að skjóta úrskurðum hinnar norsku áfrýjunarnefndar samkeppnismála til dómstóla.

Í athugasemdum við 12. gr. frumvarpsins segir:

„Í 12. gr. frumvarpsins er lagt til að heimild Samkeppniseftirlitsins til að skjóta úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála til dómstóla falli brott. Með breytingunni er horft til skilvirknissjónarmiða og þess að mál til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu dragist ekki úr hófi fram þegar niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála liggur fyrir. Með breytingunni er vægi áfrýjunarnefndarinnar aukið frá því sem verið hefur á undanförunum árum þar sem aðeins aðilar máls en ekki Samkeppniseftirlitið munu eftirleiðis geta höfðað mál til ógildingar á úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar.“

Samkvæmt þessu eru það hagsmunir fyrirtækja sem vega þyngst sem rök fyrir þessari breytingu. Sökum þeirra sé ekki rétt að hið lægra setta stjórnvald geti skotið niðurstöðu áfrýjunarnefndar til dómstóla. Þá muni þessi breyting auka vægi áfrýjunarnefndar, stuðla að skilvirkni og stytta málsmeðferð.



Eftir að frumvarpið var kynnt hafa eftirfarandi sjónarmið verið sett fram til stuðnings þessari breytingu á samkeppnislögum:

Ráðherra samkeppnismála:

„Ég er að leggja til að lagaumgjörð stofnunarinnar verði færð í fyrra horf en eftirlitsstofnanir um samkeppnismál í löndunum í kringum okkur hafa ekki heimild til áfrýjunar enda samræmist það ekki meginreglu stjórnsýsluréttar. Einnig tel ég heimildir eftirlitsins nægar þó að heimildin til skipta upp fyrirtækjum verði ekki til staðar.“³

Samtök atvinnulífsins:

„Málskotsréttur Samkeppniseftirlitsins er séríslenskt fyrirbæri en það er eina stjórnvaldið á Íslandi sem hefur svona opna heimild til að skjóta málum æðra settra stjórnvalda til dómstóla. Auðvitað eiga lægra sett stjórnvöld að hlíta niðurstöðum æðra settra stjórnvalda og það er málsaðila að ákveða hvort þeir vilji skjóta málum til dómstóla,“ segir Halldór. „Þessi málskotsréttur Samkeppniseftirlitsins væri sambærilegur því að héraðsdómari gæti skotið niðurstöðu Landsréttar, sem hefði snúið niðurstöðu hans við, til Hæstaréttar.“⁴

Viðskiptaráð Íslands:

„Að mati Ástu er málskotsheimildin eitthvað sem þarf að skoða. „Málskotsheimildin er nánast einsdæmi í íslenskri stjórnsýslu og lýsir ákveðnu vantrausti á ÁNS. Þetta fyrirkomulag skapar mikla réttaróvissu fyrir fyrirtæki, getur verið mjög tímafrekt og dýrt auk þess að þetta getur lengt málsmeðferð samkeppnismála, jafnvel um nokkur ár, engum til hagsbóta. Allra síst neytendum,“ segir Ásta.“⁵

„Í fjórða lagi hefur Samkeppniseftirlitið heimild til að kæra úrskurð æðra stjórnvalds til dómstóla, ólíkt því sem tíðkast á Norðurlöndunum“⁶

2. Umfjöllun ESA og fyrirhugaðar breytingar í Noregi

Sem fyrr segir er í almennum athugsemdum við frumvarpsdrögin vísað til þess að norska samkeppniseftirlitið geti ekki skotið úrskurðum áfrýjunarnefndar til dómstóla. Sökum þessa sé nauðsynlegt að horfa til Noregs.

Fram til 1. apríl 2017 var staðan sú í Noregi að ákvörðunum samkeppniseftirlitsins var almennt unnt að áfrýja til ráðuneytis samkeppnismála. Þetta átti hins vegar ekki við um sektarákvarðanir eftirlitsins en þeim gátu fyrirtæki skotið beint til dómstóla. Með lögum sem tóku gildi á árinu 2016 var þessu breytt og sett á fót sérstök áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Tilgangur þessarar breytingar var ekki síst sá að draga úr pólitískum

³ Þórdís Kolbrún Gylfadóttir – 24.10.19 – Viðskiptablaðið - Samkeppnislöggjöf fari í fyrra horf - <https://www.vb.is/frettir/samkeppniseftirlitid-fari-i-fyrra-horf/157899/>

⁴ Halldór B. Þorbergsson – 23.10.19 – Fréttablaðið - „Við hefðum viljað ganga lengra“ - <https://www.frettabladid.is/markadurinn/vid-hefdum-viljad-ganga-lengra/>

⁵ Ásta S. Fjeldsted – 31.10.19 – Viðskiptablaðið – Skilvirkni neytendum til vansa eða bóta?

⁶ Ásta S. Fjeldsted – 28.10.19 – Engin að biðja um bitlaust eftirlitið - <https://vi.is/malefnastarf/utgafa/greinar/enginn-ad-bidja-um-bitlaust-eftirlit/>



afskiptum af samkeppnismálum.⁷ Í frumvarpi sem varð að viðkomandi lögum er bent á að samkeppnismál geti verið mjög mikilvæg og krefjandi. Því sé lögð mikil áhersla á að óháð og faglega sterk áfrýjunarnefnd fjalli um kærur á ákvörðunum norska eftirlitsins og tryggja verði trausta umgjörð um nefndina:

„I tråd med det utvalget anbefalte foreslår departementet å opprette et nytt klageorgan for konkurransesaker. Konkurransklagenemnda skal overprøve de av Konkurransetilsynets vedtak som i dag klagebehandles av departementet, og de vedtak om overtredelsesgebyr som i dag overprøves direkte for domstolene. Dette er ment å gi en spesialisert, uavhengig og enhetlig klagebehandling, før klagevedtakene kan overprøves av domstolene. Nemnda organiseres som et uavhengig forvaltningsorgan, men i tråd med kravene til uavhengig tribunal for prøving av straff etter EMK. [...]

Departementet mener det er avgjørende at Konkurransklagenemnda har sterk faglig tyngde og legitimitet i næringslivet. Dette krever en høy faglig kompetanse i nemnda, at organet får nok viktige saker til behandling og en effektiv saksbehandling som leder til at vedtakene som produseres der oppfattes som gode. Hovedutfordringene for Konkurransklagenemnda er at det i praksis vil være få viktige vedtak fra Konkurransetilsynet som faktisk overprøves, og når dette først skjer, er sakene så krevende at klageorganets medlemmer må arbeide opp mot full tid med sakene. En viktig del av løsningen på dette er som foreslått av utvalget og departementet at alle vedtak må klagebehandles i nemnda, og at klagebehandling gjøres til en prosessforutsetning for en videre behandling i domstolene. Dette vil sikre Konkurransklagenemnda et tilstrekkelig sakstilfang for å kunne forsvare opprettelsen.”⁸

Norska áfrýjunarnefndin er skipuð níu einstaklingum og hefur aðsetur í Bergen. Nefndinni til aðstoðar er sérstök stofnun (Klagenemndssekretariatet).

Fyrirtæki sem eru ósátt við ákvörðun norska samkeppniseftirlitsins geta skotið henni til áfrýjunarnefndarinnar. Ef fyrirtæki sætta sig ekki við úrskurð nefndarinnar geta þau skotið honum til dómstóla. Samkvæmt núgildandi lögum getur hins vegar norska samkeppniseftirlitið ekki skotið úrskurðum nefndarinnar til dómstóla ef hún ógildir eða breytir ákvörðunum eftirlitsins.

Þann 28. október 2019 beindi ESA erindi til norska atvinnuvegaráðuneytisins þar sem bent er á að norska samkeppniseftirlitinu sé falið að gæta almannahagsmuna í samkeppnismálum og að erfitt sé að verja það að fyrirtæki hafi heimild til málskots en ekki

⁷ Lýst svo í fréttabréfi lögmannstofunnar Wiersholm, birt 31. mars 2017: „Opprettelsen av en uavhengig konkurranseklagenemnd er begrunnet i ønske om å gi konkurransepolitikken større legitimitet i næringslivet. Siktemålet med en nemndordning er dels å styrke Konkurransetilsynets uavhengighet, og dels å unngå at saksbehandlingen i saker hvor departementet til nå har vært klageinstans oppfattes som politisk styrt. En uavhengig nemnd skal bidra til å styrke tilliten til klagebehandlingen og sikre uavhengighet i den konkurransefaglige vurderingen. Nemndsordningen synes dermed først og fremst motivert ut fra klagebehandlingen i fusjonssaker med en politisk dimensjon.” (wiersholm.no)

⁸ Aðgengileg hér: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop.-37-l-20152016/id2466637/sec1>.



eftirlitið.⁹ Þessi skortur á málskotsrétti samkeppnisyfirvalda geti vart talist samþýðanlegur samkeppnisreglum EES-réttar og geti skapað vandamál við beitingu samkeppnisreglna EES-samningsins í Noregi. Enn fremur bendir ESA á að fyrirkomulagið sé andstætt nýrri tilskipun ESB nr. 1/2019 (ECN+), um samræmingu og eflingu valdheimilda samkeppniseftirlita aðildarríkjanna, en hún beinlínis krefst þess að samkeppnisyfirvöld hafi málskotsheimild.

Þann 30. október 2019 birti norska atvinnuvegaráðuneytið tilkynningu þar sem greint er frá því að fyrirhugað sé að breyta samkeppnislögum og veita norska samkeppniseftirlitinu málskotsrétt til dómstóla.¹⁰ Í tilkynningunni kemur fram að norska samkeppniseftirlitinu sé falið að gæta almannahagsmuna og að það sé óheppilegt að það geti ekki borið úrskurði áfrýjunarnefndar undir dómstóla. Sé það mat norska ráðuneytisins að nauðsynlegt sé að gera þessa breytingu, til þess að tryggja og gæta almannahagsmuna.

3. Afstaða OECD til málskotsheimilda samkeppnisyfirvalda

Í frumvarpinu og í opinberri umræðu er það talin mikil réttarbót að fella niður málskotsrétt Samkeppniseftirlitsins. Er það talið til hagsbóta fyrir fyrirtæki og neytendur, dragi úr réttaróvissu og aukí skilvirkni.

Innan OECD er unnið mikið starf á vettvangi samkeppnismála og samkeppnisreglna. Hluti af því er umfjöllun um „bestu viðmið“ (e. best practices) í samkeppnislöggjöf aðildarríkja. Sökum m.a. þessa sendi Samkeppniseftirlitið þann 29. október 2019 bréf til formanns samkeppnisnefndar OECD þar sem hann var inntur eftir því hvort hann teldi að málskotsréttur samkeppnisyfirvalda væri mikilvægur hluti af vandaðri samkeppnislöggjöf. Nánar tiltekið hljóðaði spurningin svo:

„If an undertaking appeals a decision taken by a competition authority and if the appeals body in question (a court or an administrative appeals body) annuls (in whole or partly) that decision, is it an important part of a sound competition regime for the authority to have the possibility to appeal that verdict?“

Í svari formannsins, dags. 31. október 2019, (fylgiskjal I) segir að málskotsréttur sé mikilvægur m.a. þar sem hann stuðli að sjálfstæði samkeppnisyfirvalda. Þá er einnig bent á að það virðist fara gegn tilmælum OECD ef aðeins þeir sem ákvörðun samkeppnisyfirvalda beinist gegn (fyrirtæki) búi yfir málskotsrétti en ekki samkeppnisyfirvöld:

*„I am unaware of any system that limits a competition authority’s power to defend its decisions before the courts, particularly when it grants such a right to the addressees of a competition authority’s decisions. Such an approach would seem to go against the OECD Competition Committee’s past recommendations on the matter – which recommend that **a competition authority be able to defend its decision before the courts at all***

⁹ Aðgengilegt hér: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=5055>.

¹⁰ Aðgengilegt hér: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/vil-gjore-endringer-i-konkurranseloven/id2675770/>.



relevant levels of appeal. In addition, such a mechanisms has the potential to affect detrimentally the effectiveness of competition law and the principles of equality of arms and due process."

4. Nánast öll samkeppnisyfirvöld í Evrópu hafa málskotsheimild

Sem fyrir segir er því haldið fram að samkeppnisyfirvöld í nágrannaríkjum hafi ekki rétt til málskots.

Auk þess að leita leiðbeininga hjá OECD sneri Samkeppniseftirlitið sér til samkeppniseftirlita í aðildarríkjum ESB og spurðist fyrir um það hvort samkeppnislög veiti viðkomandi samkeppniseftirliti heimild til málskots. Stofnanafyrirkomulag í aðildarríkjunum er mismunandi en kjarni gæslu almannahagsmuna að þessu leyti er hins vegar ávallt sá sami, þ.e. heimild til að bera mikilvæg samkeppnismál undir dómstóla. Þótti Samkeppniseftirlitinu því mestu máli skipta að fá að vita hvort viðkomandi eftirlit geti skotið máli áfram, ef fyrirtæki hefur kært ákvörðun eftirlitsins og fyrsta áfrýjunarstig (dómstóll eða áfrýjunarnefnd) fellir hana úr gildi eða breytir. Var því eftirfarandi spurningu beint til allra samkeppnisyfirvalda í hinum 28 aðildarríkjum ESB:

„If an undertaking appeals a decision taken by your authority and if the appeals body in question (a court or an administrative appeals body) annuls (in whole or partly) your decision, does your authority then have the power to appeal that verdict (to a court or a higher court)?“

Hér fyrir neðan má sjá niðurstöður frá leiðbeiningu aðildarríkja ESB og EFTA:



Já



Nei, en breytingar fyrirhugaðar



Að hluta til



Á ekki við



Ekki vitað



Athygli vekur að það eru einungis norsk samkeppnisyfirvöld sem að svo stöddu hafa ekki málskotsheimild, en sem áður segir er fyrirhugað að gera breytingar að þessu leyti á norskum samkeppnislögum. Í Danmörku hafa samkeppnisyfirvöld málskotsheimild að hluta til. Í Króatíu er einungis eitt áfrýjunarstig. Ekki fengust svör frá Grikklandi áður en umsögnin var send.

5. Áhrif gildistöku ECN+ tilskipunarinnar

Líkt og áður hefur verið nefnt, er með nýrri tilskipun ESB nr. 2019/1 (ECN+ tilskipunin), lögð sú skylda á aðildarríki að veita samkeppniseftirliti viðkomandi ríkis málskotsheimild. Birtist sú skylda í 30. gr. ECN+ tilskipunarinnar en þar ber aðildarríkjum að tryggja að samkeppniseftirlit í viðkomandi ríki skuli njóta sömu réttinda og úrræða og málsaðilar, hvað varðar málskotsheimild.¹¹ Það athugast að innleiðing á umræddri tilskipun í EES-samninginn er þegar hafin, með það að markmiði að hún verði hluti af EES-samningnum. Afnáam núverandi málskotsheimildar Samkeppniseftirlitsins, líkt og lagt er til í frumvarpsdrögum, virðist því ósamþýðanlegt núgildandi EES-rétti og í beinu ósamræmi við skuldbindingar Íslands samkvæmt alþjóðaskuldbindingum þegar ECN+ tilskipunin hefur verið innleidd í EES-samninginn og íslenskan landsrétt. Vísast hér til nánari umfjöllunar í fylgiskjali V og bréfs ESA til norskra yfirvalda, dags. 28. október 2019.¹²

¹¹ Sjá einnig mgr. 71 í aðfararorðum ECN+ tilskipunarinnar.

¹² Aðgengilegt hér: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=5055>.



C. MINNISBLAÐ SENT ATVINNUVEGA- OG NÝSKÖPUNAR-RÁÐUNEYTTINU ÞANN 12. NÓVEMBER 2018

(Hér er umrætt minnisblað til ráðuneytisins birt efnislega óbreytt)

Minnisblað um málskot vegna almannahagsmuna

Frá árinu 2011 hefur Samkeppniseftirlitinu verið heimilt að skjóta úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála til dómstóla. Á þeim tæplega átta árum sem liðin eru hefur Samkeppniseftirlitið beitt ákvæðinu í þremur málum. Er því komin nokkur reynsla af beitingu ákvæðisins. Jafnframt liggur fyrir að heimildin hefur verið gagnrýnd, einkum af talsmönnum stærri fyrirtækja. Upp hafa komið hugmyndir um að fella heimildina niður. Í þessu minnisblaði er fjallað um grundvöll málskotsheimildarinnar, reynslu af beitingu hennar og þýðingu hennar fyrir atvinnulíf og almenning.

Eins og rökstutt verður telur Samkeppniseftirlitið að slík breyting yrði til þess að markmiði samkeppnislaga yrði síður náð og myndi valda almenningi tjóni. Jafnframt telur eftirlitið að slík breyting sé ekki í samræmi við skuldbindingar Íslands samkvæmt EES-samningnum.

Áður en vikið er að þessum hugmyndum um breytingar á samkeppnislögum er nauðsynlegt að rifja upp tiltekin atriði sem varða hlutverk samkeppnisyfirvalda og rekstur mála fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála og dómstólum.

1. Samkeppniseftirlitið

Samkeppniseftirlitið er sjálfstæð stofnun sem ætlað er að vinna að því að markmið samkeppnislaga nái fram að ganga. Er stofnuninni ekki aðeins ætlað að uppræta brot á samkeppnislögum og stöðva samkeppnishamlandi samruna heldur er henni með almennum hætti ætlað að beita sér fyrir því að vernda og efla samkeppni. Þetta getur hún t.d. gert með tilmælum og álitum til stjórnvalda og löggjafans, birtingu skýrslna og þátttöku í opinberri umræðu um samkeppnismál. Leiðir þetta m.a. af 8. og 18. gr. samkeppnislaga.

Jafnframt er Samkeppniseftirlitinu veitt heimild til að ákveða hvaða mál eru tekin til rannsóknar og heimild til forgangsroðunar. Er þetta undantekning frá því sem almennt gildir.¹³ Starfsemi Samkeppniseftirlitsins felst þannig ekki í því að veita fyrirtækjum tiltekin réttindi eða úrskurða í deilumálum milli þeirra. Þetta má skýrt ráða af ákvæðum 3. mgr.

¹³ Almenna reglan er sú að „að á stjórnarsýslunni hvílir sú skylda að afgreiða mál í samræmi við lög og þar með að borgararnir fái notið þess efnislega réttar sem þeim er tryggður í lögum.“, sbr. álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 6433/2011. Jafnframt er stjórnvöldum almennt óheimilt „að forgangsraða verkefnum, þannig að ákveðnum embættisverkum væri ýtt til hliðar vegna annarra viðfangsefna, með þeim afleiðingum að farið væri á svig við almennar málshraðareglur ...“, sbr. álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 1859/1996.



8. gr. laganna sem sækja fyrirmynd sína til m.a. EES/ESB-réttar.¹⁴ Ákvæðið er að hluta til efnislega samhljóða ákvæði 3. mgr. 5. gr. eldri samkeppnislaga, sbr. 2. gr. laga nr. 107/2000. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að þeim lögum segir:

„Samkvæmt 2. gr. frumvarpsins bætist ný málsgrein við 5. gr. laganna þar sem tekið er fram að samkeppnisráði sé heimilt að raða málum í forgangsröð. Samkeppnisráð er eftirlitsstjórnvald sem er ætlað að efla samkeppni í viðskiptum og beita þeim úrræðum sem samkeppnislög heimila í því skyni að stuðla að því að markmið laganna náist. Þannig er aðalhlutverk samkeppnisráðs fólgið í því að framfylgja þeirri stefnu sem mörkuð er með samkeppnislögum¹⁵, en ekki fyrst og fremst að leysa úr deilumálum. Til þess að framfylgja stefnu laganna og sinna eftirliti sem samkeppnisyfirvöldum er falið er nauðsynlegt að þau geti í aðalatriðum stýrt sjálf nýtingu þess mannafla sem þau hafa yfir að ráða til þess að sinna verkefnum sem brýnast þykir að sinna í því skyni að efla samkeppni og stuðla að heilbrigðum viðskiptaháttum. Ákvæði þetta sækir að nokkru leyti fyrirmynd sína til evrópsks samkeppnisréttar þar sem m.a. Eftirlitsstofnun EFTA og framkvæmdastjórn ESB hafa heimild til að forgangsraða málum.“

Með núgildandi samkeppnislögum var þessi umgjörð styrkt og Samkeppniseftirlitinu veitt sérstök heimild til að ákveða hvaða mál gefi tilefni til rannsóknar, sbr. 3. mgr. 8. gr. Í lögskýringagögnum kemur fram að ákvæðið sækir fyrirmynd sína bæði til EES/ESB-réttar og dansks réttar. Í frumvarpi sem varð að núgildandi samkeppnislögum er ákvæðið skýrt svo:

„Í 3. mgr. er kveðið á um heimildir Samkeppniseftirlitsins til að ákveða hvaða mál eru rannsökuð og í hvaða röð er fjallað um þau hjá stofnuninni, en til að stofnuninni sé unnt að sinna því eftirliti sem henni er falið samkvæmt frumvarpi þessu er mikilvægt að yfirstjórn hennar sé gert kleift að taka ákvarðanir um að sinna fyrst og fremst þeim verkefnum sem brýnast þykir að sinna í því skyni að efla samkeppni.“

Í 1. málsl. 3. mgr. er að finna nýmæli, en þar er kveðið á um að Samkeppniseftirlitið skuli taka ákvörðun um hvort erindi sem berst stofnuninni gefi nægar ástæður til rannsóknar. Ákvæðið er í samræmi við ákvæði danskra samkeppnislaga en í ljósi þess fjölda erinda sem berast samkeppnisyfirvöldum á ári hverju þykir eðlilegt að stofnuninni verði veitt skýr heimild í lögum til að ákveða hvort ástæða er til að rannsaka mál í kjölfar erindis eða ábendingar.“

¹⁴ Í EES/ESB-samkeppnisrétti hefur verið bent á þann mun sem er á dómstólum og eftirlitsstjórnvöldum að þessu leyti: „... it should be borne in mind that, unlike the civil courts, whose task is to safeguard the individual rights of private persons in their relations inter se, an administrative authority must act in the public interest. Consequently, the Commission is entitled to refer to the Community interest in order to determine the degree of priority to be applied to the various cases brought to its notice.“ Sjá dóm undirrétta ESB í máli nr. T-24/90 Automec Srl. v Commission, [1992] ECR II-2223. Sama hefur komið fram af hálfu Eftirlitsstofnunar EFTA, sbr. mgr. 27 í Tilkynningu Eftirlitsstofnunarinnar EFTA um meðferð stofnunarinnar á kvörtunum er varða 53. og 54. gr. EES-samningsins (2007/C 287/06): „Eftirlitsstofnun EFTA er að því leyti ólík almennum dómstólum, sem hafa það hlutverk að standa vörð um réttindi einstaklinga, að hún er stjórnsýslustofnun sem ber að vinna í almannabágu. Það liggur í eðli hlutverks eftirlitsstofnunarinnar sem stjórnvalds sem fer með framkvæmd samkeppnisreglna, að hún hefur tiltekin matsvik um það hvaða atriði njóta forgangs við þá framkvæmd.“

¹⁵ Allar undirstrikanir í skjalinu eru gerðar af Samkeppniseftirlitinu.



Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur í úrskurðum sínum skýrt nánar inntak þeirrar heimildar sem felst í 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga, sbr. m.a. úrskurði í málum nr. 2/2012, 3/2012, 4/2012, 2/2013, 6/2013 og 1/2014. Hefur nefndin staðfest að heimildin taki bæði til að þess að hafna því að hefja rannsókn og að fella niður rannsókn sem þegar er hafin. Hefur nefndin bent á að Samkeppniseftirlitið beri ábyrgð á því að fjármunum sé varið til brýnustu verkefna hverju sinni.

Í þessu samhengi skiptir og máli að löggjafinn taldi mikilvægt að Samkeppniseftirlitið nyti sjálfstæðis gagnvart ráðherra, sbr. umfjöllun í lögskýringagögnum þegar núgildandi samkeppnislög voru sett. Hefur ráðherra ekki boðvald yfir Samkeppniseftirlitinu og ákvarðanir þess sæta ekki kæru til hans. Eru ráðherra ekki falin verkefni sem tengjast framkvæmd á ákvæðum samkeppnislaga.¹⁶ Samkeppnislögin eru að þessu leyti í samræmi við viðurkennd sjónarmið. Er þannig talið afar mikilvægt að samkeppnisyfirvöld njóti sjálfstæðis bæði gagnvart atvinnulífi og stjórnámálum.¹⁷

Samkvæmt framansögðu er Samkeppniseftirlitinu ætlað með sjálfstæðum hætti að ná fram markmiðum samkeppnislaga. Þannig er Samkeppniseftirlitinu m.a. ætlað að gæta þeirra almannahagsmuna sem felast í virkri samkeppni á mörkuðum.

2. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála

Ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæta kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. 9. gr. samkeppnislaga. Hefur ákvæðið um áfrýjunarnefnd verið efnislega óbreytt frá því að eldri samkeppnislög tóku gildi á árinu 1993.

Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 8/1993 var ákvæðinu um áfrýjunarnefnd samkeppnismála lýst svo:

„Greinin fjallar um áfrýjunarnefnd samkeppnismála sem er nýmæli í samkeppnislöggjöf hér á landi. Samkeppnisráð er skipað einstaklingum sem eiga að hafa þekkingu á samkeppnismálum, viðskiptum og lögum og á það að vera ákveðin trygging fyrir faglegri meðhöndlun mála og úrskurðum. 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 og skal formaður og varaformaður uppfylla sömu skilyrði og dómarar í Hæstarétti Íslands, sbr. 5. gr. laga nr. 75/1973, um Hæstarétt Íslands.

¹⁶ Ráðherra er í 32. gr. laganna veitt heimild til að setja reglugerð um framkvæmd EES samkeppnisreglna.

¹⁷ Í skjali framkvæmdastjórnar ESB frá mars 2017 eru m.a. sjónarmið alþjóðstofnanna og rannsóknir fræðimanna reifaðar að þessu leyti. Bent er m.a. að þetta; „... it is widely accepted by organisations such as the OECD and UNCTAD as well as academics and stakeholders that the independence of competition authorities is a prerequisite for effective competition enforcement“ Sjá „Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market“. SWD(2017)114, 22. mars 2017.



Heimilt er að höfða mál til ógildingar úrskurði áfrýjunarnefndar fyrir dómstólum þegar úrskurður nefndarinnar liggur fyrir."

Frumvarpið tók að þessu leyti breytingum í meðferð Alþingis. Ákvæðinu um skipan áfrýjunarnefndar var breytt og sett sú regla að úrskurðir nefndarinnar verði að liggja fyrir innan sex vikna frá málskoti.

Úrskurðir áfrýjunarnefndar eru fullnaðarúrskurðir á stjórnarsýslustigi og því ekki kærانlegir til ráðherra.

Áfrýjunarnefnd hefur talið hlutverk sitt að endurskoða ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins en ekki að rannsaka sjálf mál, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 5/2014. Hefur nefndin talið sig hafa fullt endurskoðunarvald þegar hún fjallar um ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins. Þannig geti hún hvort tveggja fellt úr gildi og breytt ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins, sbr. úrskurð í máli nr. 2/1994. Í úrskurði nefndarinnar í máli nr. 9/2011 lýsti hún valdsviði sínu svo:

„Valdsvið áfrýjunarnefndar samkeppnismála er skilgreint í 9. gr. samkeppnislaganna. Þar kemur fram að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæti kærु til nefndarinnar og greint frá sérstökum fresti til að bera ákvarðanir undir nefndina. Í þessu máli hefur Samkeppniseftirlitið ekki tekið stjórnarsýsluákvörðun í málefnum áfrýjanda, a.m.k. er slík ákvörðun ekki kærð. Þvert á móti er meint aðgerðarleysi og dráttur á erindum áfrýjanda það sem hann telur að áfrýjunarnefndin eigi að leysa úr.

Áfrýjunarnefndin fjallar efnislega einvörðungu um formlegar ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins og er ekki í þeirri stöðu að geta gefið fyrirsmáli um tiltekna meðferð ólokinna mála eða að starfsmenn sæti viðurlögum. Til þess hefur áfrýjunarnefndin engar heimildir samkvæmt samkeppnislögum né heldur til að leggja úrskurði á og mæla fyrir þær aðgerðir sem áfrýjandi gerir að öðru leyti kröfu um í málalögbúnaði sínum."

Í leiðbeiningum áfrýjunarnefndar frá 1. september 2017 um málsmeðferð fyrir nefndinni er að finna eftirfarandi lýsingu á hlutverki nefndarinnar:

„Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fjallar um mál sem til hennar er beint á grundvelli kærुheimildar í 9. og 39. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, og 4. mgr. 9. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Hlutverk nefndarinnar er að leysa með skjóttum og óhlutdrægum hætti úr kærum. Nefndin er sjálfstæð í störfum sínum. Úrskurðum hennar og ákvörðunum verður ekki skotið til annarra stjórnvalda. Um störf nefndarinnar gilda ákvæði samkeppnislaga, stjórnarsýslulaga og almennar grundvallarreglur sem gilda um starfsemi stjórnvalda."

Af framansögðu leiðir að áfrýjunarnefnd samkeppnismála er sjálfstæð úrskurðarnefnd en ekki æðra stjórnvald sem hefur stjórnunar- og eftirlitsheimildir. Ólíkt Samkeppniseftirlitinu er nefndinni ekki ætlað samkvæmt samkeppnislögum að vera viðvarandi umboðsmaður eða gæslumaður þeirra almannahagsmuna sem felast í virkri samkeppni á mörkuðum.



Verkefni hennar verða til þegar ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins eru kærðar og hlutverk hennar er að leysa úr ágreiningi í viðkomandi máli. Hlutverki áfrýjunarnefndarinnar svipar mjög til hlutverks dómstóla að þessu leyti.

3. Aðild að málum fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála

Þeir sem eru ósáttir við ákvörðun Samkeppniseftirlitsins geta kært hana til áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi þeir lögvarinna hagsmuna að gæta.

Meginreglan í íslenskum stjórnslurétti er að stjórnvald sem tók ákvörðun á fyrsta stjórnslustigi telst ekki aðili að máli þegar ákvörðun þess er kærð til æðra stjórnvalds.¹⁸ Áfrýjunarnefnd hefur hins vegar talið að sérsjónarmið eigi við í samkeppnisrétti.

Allt frá því að áfrýjunarnefnd tók til starfa í tíð eldri laga hefur stjórnvaldið á fyrsta stjórnslustigi átt aðild til varnar í málum fyrir áfrýjunarnefnd. Samkeppnisráð og síðar Samkeppniseftirlitið hafa sett fram kröfugerð í þessum kærumálum, skilað greinargerðum og eftir atvikum flutt málið munnlega fyrir nefndinni, sbr. einnig framangreindar leiðbeiningar áfrýjunarnefndar frá 1. september 2017.

Samkeppniseftirlitið (og áður samkeppnisráð) hefur þannig frá upphafi verið talið hafa lögvarða hagsmuni af umfjöllun áfrýjunarnefndar um ákvarðanir þess og því haft fulla aðild að málum fyrir nefndinni.

4. Aðild að málum fyrir dómstólum fram til 2011

Áður en lög nr. 14/2011 tóku gildi sagði eftirfarandi í 1. málslíð 41. gr. samkeppnislaga:

„Nú vill aðili ekki una úrskurði áfrýjunarnefndar og getur hann þá höfðað mál til ógildingar hans fyrir dómstólum.“

Samhljóða ákvæði var að finna í eldri samkeppnislögum, sbr. 56. gr. laga nr. 8/1993.

Í dómum Hæstaréttar Íslands frá árunum 1997 og 1998 reyndi á aðild og fyrirsvar á hagsmunum almennings af virkri samkeppni fyrir dómstólum. Kom þetta fram í dómum réttarins:

- Ekki ber að stefna áfrýjunarnefnd samkeppnismála þegar mál er höfðað til ógildingar á úrskurði nefndarinnar. Sagði Hæstiréttur að áfrýjunarnefnd samkeppnismála „*sem gegni hlutverki úrskurðarnefndar á málsskotsstigi innan stjórnslunnar, hafi enga þá lögvarða hagsmuni af úrlausn þessa máls*“ sem leitt geti til aðildar hennar að því. Væri heldur engin réttarfarsnauðsyn á að gefa nefndinni kost á að láta til sín taka í dómsmáli, sem höfðað sé til ógildingar á úrskurði hennar. Var kröfum á hendur nefndinni því vísað frá héraðsdómi, sbr. dóm í máli nr. 63/1997.

¹⁸ Páll Hreinsson, Stjórnsluréttur Málsmeðferð, 2013 bls. 180.



- Samkvæmt tilvitnuðum dómi Hæstaréttar í máli nr. 63/1997 var það samkeppnisráð sem átti aðild fyrir dómi til varnar þegar látið væri reyna á úrskurði áfrýjunarnefndar. Dómurinn staðfesti því að það hefði verið samkeppnisráð sem fór með þá lögvörðu hagsmuni sem um var að tefla og samkeppnislögum er ætlað að verja. Sama var uppi á teningnum í dómum Hæstaréttar í málum nr. 156/1997 og 500/1997. Reglan var því sú að þegar stefnt var til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar var samkeppnisráð rétti aðilinn til að standa varnarmegin, þar sem ráðið var talið hafa lögvarða hagsmuni af úrskurði áfrýjunarnefndar. Í tíð núgildandi laga fer Samkeppniseftirlitið með gæslu þessara almannahagsmuna og er eftirlitinu því stefnt.¹⁹
- Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 297/1998 reyndi á það hvort samkeppnisráð gæti höfðað mál til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar. Benti samkeppnisráð m.a. á að að fyrst hlutverk þess fyrir dómstólum væri að gæta samkeppnishagmuna til varnar væri rökrétt að það gerði það einnig til sóknar. Í dómi Hæstaréttar sagði hins vegar:

„Getur hið lægra setta stjórnvald því aðeins hlutast til um að fá úrskurðinum hnekkð að fyrir hendi sé ótvíræð lagaheimild fyrir það til að skjóta deiluefninu til dómstóla“.

Var það niðurstaða réttarins að slíka heimild væri ekki að finna í 56. gr. eldri samkeppnislaga.

Fram til ársins 2011 var staðan því sú að samkeppnisráði og síðar Samkeppniseftirlitinu var stefnt til að þola ógildingu eða breytingu á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Samkeppnisráð og síðar Samkeppniseftirlitið gátu hins vegar ekki látið reyna á úrskurði áfrýjunarnefndar fyrir dómstólum ef nefndin ógilti eða breytti ákvörðunum á fyrsta stjórnarsýslustigi.

5. Breytingin árið 2011

Framangreint breyttist með setningu laga nr. 14/2011. Var samkeppnislögum breytt með þeim hætti að skýrt er nú tekið fram að Samkeppniseftirlitið geti borið úrskurði áfrýjunarnefndar undir dómstóla. Eins og kemur fram í almennum athugasemdum með frumvarpi, sem varð að lögum nr. 14/2011, var tilgangurinn með þessari lagasetningu að styrkja samkeppnislögin og auka með því samkeppni. Um málskotsheimildina segir m.a. svo í frumvarpinu:

„Sú staðreynd að Samkeppniseftirlitið hefur ekki málskotsrétt til dómstóla takmarkar möguleika eftirlitsins til þess að gæta hagsmuna almennings í samkeppnismálum. Hlutverk eftirlitsins er meðal annars að vernda þá lögvörðu almannahagsmuni sem felast í virkri samkeppni og því óeðlilegt að það geti ekki gætt almannahagsmuna til sóknar fyrir dómstólum. Mikilvægt er að eftirlitið geti, eftir atvikum, varið fyrir

¹⁹ Sjá hér einnig Eiríkur Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristín Benediktsdóttir, Opinbert markaðseftirlit, 2012, bls. 249: „Í samræmi við dómaframkvæmd Hæstaréttar ber að höfða mál á hendur Samkeppniseftirlitinu til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, auk þess sem stefna verður öðrum þeim sem töldust til aðila fyrir áfrýjunarnefndinni.“



dómstólum niðurstöðu ákvarðana sinna sem áfrýjunarnefndin hefur ógilt eða breytt. Slíkt leiðir til jafnræðis aðila máls og einnig er hægt að leiða líkur að því að það leiði til ennþá vandaðri málsmeðferðar hjá áfrýjunarnefndinni. Oft er um að ræða stór og mikilvæg mál sem eru stefnumarkandi á markaði og er fyrst og fremst ætlað að stuðla að aukinni samkeppni neytendum til hagsbóta. Því er ljóst að mikilvægt er að eftirlitið geti borið úrskurði áfrýjunarnefndarinnar undir dómstóla."

Í nefndarálinni meiri hluta viðskiptanefndar Alþingis var lagt til að þessi breyting yrði gerð og bent á að með henni myndu „aukast möguleikar eftirlitsins til að efla samkeppni og gæta hagsmuna almennings í samkeppnismálum."

Minni hluti nefndarinnar lagðist hins vegar gegn málskotsheimildinni og benti á þá „meginreglu íslensks stjórnarsýsluréttar að lægra settu stjórnvaldi beri að hlíta ákvörðunum æðra setts stjórnvalds og geti þar af leiðandi ekki hlutast til um að fá úrskurðum æðra setts stjórnvalds hnekkt fyrir dómstólum, enda almennt talið að lægra sett stjórnvöld hafi ekki lögvarða hagsmuni af því að geta borið mál undir dómstóla. Minni hlutinn fær ekki séð að nein haldbær rök hafi verið færð fyrir því að víkja eigi frá þessari meginreglu í tilvikum Samkeppniseftirlitsins. Þvert á móti bendir minni hlutinn á að með því að veita Samkeppniseftirlitinu, sem lægra settu stjórnvaldi slíka málskotsheimild, megi færa rök fyrir því að fyrirtæki yrðu lengur í óvissu um réttarstöðu sína í tilteknum málum en ástæða væri til."

Eftir aðra umræðu gekk málið aftur til viðskiptanefndar. Í framhaldsnefndarálinni minni hluta nefndarinnar var vísað til umsagnar lögmannanna Harðar Felix Harðarsonar og Heimis Örn Herbertssonar: „Í umsögn þeirri segjast þeir ekki sá neina ástæðu til þess að víkja frá þeirri meginreglu að lægra sett stjórnvald þurfi að hlíta niðurstöðu þess æðra. Þeir vísa til þeirrar óvissu sem er samfara löngum málsmeðferðartíma hjá samkeppnisyfirlöndum, sem vikið hefur verið að hér að framan. Segja sérfræðingarnir að með því að veita Samkeppniseftirlitinu heimild til að skjóta úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar til dómstóla sé enn aukið á óvissuna sem fyrir er. Fyrirtæki þurfi því að sæta því að vera áfram í fullkominni óvissu um starfsemi sína til nokkurra ára, þrátt fyrir að mál þeirra kunni að hafa lokið með hagfelldum hætti með niðurstöðu æðra setts stjórnvalds.“²⁰ Ekki var fjallað um málskotsheimildina í framhaldsnefndarálinni meiri hluta nefndarinnar.

6. Beiting málskotsheimildarinnar til þessa

Frá gildistöku laga nr. 14/2011 og fram til október 2018 hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála kveðið upp 60 úrskurði. Þeir skiptast þannig:

- Frávísun: 5
- Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins staðfest að öllu leyti: 35
- Ákvörðun staðfest að hluta: 8

²⁰ Í ræðu framsögumanns minni hlutans, Sigurðar Kára Kristjánssonar, við þriðju umræðu 22. febrúar 2011 var vísað til þeirrar „hörðu gagnrýni“ sem lögmenirnir settu fram og sagt að „allar þær breytingar á núgildandi samkeppnislögum sem lagðar eru til í frumvarpinu séu íþyngjandi fyrir fyrirtækin í landinu.“



- Ákvörðun felld úr gildi: 12

Frá gildistöku laga nr. 14/2011 hefur ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins því verið breytt eða þær felldar úr gildi í tuttugu málum. Á umræddu tímabili hefur Samkeppniseftirlitið þrisvar sinnum nýtt heimild til að bera undir dómstóla úrskurði áfrýjunarnefndar sem felld hafa úr gildi eða hafa breytt ákvörðunum þess. Rétt er að gera grein fyrir þeim málum.

6.1 Vífilfell

Í mars 2011 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að Vífilfell hf. hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á gosdrykkjamarkaði. Um var að ræða fjölmarga samninga Vífilfells við viðskiptavinum (veitingahús og verslanir) er innihéldu ólögmet ákvæði um einkakaup, skilyrta afslætti og önnur tryggðarákvæði. Var talið að um alvarleg brot hafi verið að ræða sem væru til þess fallin að raska mjög samkeppni frá minni eða nýjum keppinautum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti þessa niðurstöðu í október 2011 en lækkaði álagða sekt.

Samkeppniseftirlitið hafði talið rétt að leggja á Vífilfell 260 mkr. sekt, m.a. með vísan til umfangs brotsins en um var að ræða tæplega 900 ólögmetu samninga. Áfrýjunarnefnd lækkaði hins vegar sektina í 80 mkr.

Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að lækkun áfrýjunarnefndar á sekt Vífilfells væri ekki reist á lögmætum forsendum og væri úrskurður nefndarinnar að þessu leyti til þess fallinn að draga úr varnaðaráhrifum sekta í samkeppnismálum. Höfðaði Samkeppniseftirlitið því mál gegn Vífilfelli og krafðist þess að sekt á fyrirtækið yrði hækkuð í 260 mkr. Í stefnu eftirlitsins sagði m.a.:

„Stefnandi telur að sektarfjárhæðin sé ekki í samræmi við umfang og alvarleika brota stefnda. Sektarfjárhæðin sé heldur ekki í samræmi við hve lengi brotin hafi staðið. Þá telur stefnandi að rökstuðningur áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé ekki í samræmi við almenn sjónarmið um beitingu sekta vegna brota á samkeppnislögum. Sektin hafi því ekki næg varnaðaráhrif. Vegna þessa telur stefnandi sig knúinn til að höfða mál þetta.“

Vífilfell höfðaði einnig mál og krafðist að úrskurður áfrýjunarnefndar yrði í heild sinni felldur úr gildi.

Í máli Samkeppniseftirlitsins gegn Vífilfelli krafðist fyrirtækið frávísunar og byggði m.a. á því að Samkeppniseftirlitið hefði ekki lögvarða hagsmuni af úrlausn dómkröfunnar. Einnig hélt fyrirtækið því fram að dómstólar hefðu ekki vald til þess að dæma kröfu eftirlitsins að efni til. Sagði fyrirtækið að það væri almennt ekki „á færi dómstóla að taka nýjar ákvarðanir um málefni sem stjórnvöldum sé falin með lögum. Þannig geti dómstólar ekki með íþyngjandi hætti breytt stjórnvaldsákvörðun á þann veg að fyrirtæki þurfi að greiða hærri sektir en kveðið sé á um í ákvörðuninni.“

Með úrskurði frá 4. október 2012 hafnaði Héraðsdómur Reykjavíkur kröfu Vífilfells um að málinu yrði vísað frá dómi. Í forsendum úrskurðarins segir:



Með lögum nr. 14/2011, sem breyttu ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2005, var bætt við 41. gr. samkeppnislaga ákvæði sem tryggir stefnanda málskotsrétt til dómstóla vilji hann ekki una úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þar kemur fram að stefnandi geti „höfðað mál til ógildingar“ úrskurðarins. Í athugasemdum með lögum nr. 14/2011 kemur fram að hlutverk stefnanda sé meðal annars að vernda þá lögvörðu almannahagsmuni sem felast í virkri samkeppni. Því sé óeðlilegt að stefnandi geti ekki gætt almannahagsmuna til sóknar fyrir dómstólum. Mikilvægt sé að samkeppniseftirlitið geti „varið fyrir dómstólum niðurstöðu ákvarðana sinna sem áfrýjunarnefndin hefur ógilt eða breytt“. Það leiði til jafnræðis aðila máls og geti stuðlað að ennþá vandaðri málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni. Með hliðsjón af þessu væri „mikilvægt að eftirlitið geti borið úrskurði áfrýjunarnefndar undir dómstóla“.

Þó að í fyrrgreindu lagaákvæði segi að höfða megi mál til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar verður í ljósi fyrrgreindra athugasemda að skýra það rúmt þannig að málshöfðunarheimildin nái til þess að krefjast breytinga á sektarfjárhæð telji stefnandi að niðurstaða áfrýjunarnefndar um lækkun hennar sé ekki reist á lögmætum forsendum. Með kröfugerð stefnanda fyrir dómi er efnislega farið fram á staðfestingu á niðurstöðu stefnanda um sektarfjárhæð, en að öðrum kosti að sektin nemi annarri lægri fjárhæð, og að ákvæði í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar um hana verði fellt úr gildi. Kröfugerðin fer samkvæmt framansögðu ekki í bága við 41. gr. samkeppnislaga. Í ljósi almennra markmiða með starfsemi stefnanda, sbr. 8. gr. samkeppnislaga, og með skírskotun til 41. gr. laganna, hefur stefnandi lögvarða hagsmuni af því að fá leyst úr kröfugerðinni.



Í dómaframkvæmd hefur verið á því byggt að dómstólar hafi vald til þess að dæma endanlega um sektarfjárhæð í tilefni af brotum á samkeppnislögum. Að mati dómsins fer það ekki í bága við 2. gr. stjórnarskrárinnar að dómstólum sé með því fengið vald til að komast að niðurstöðu um sektir sem koma í stað stjórnvaldssekta. Með skírskotun til þess sem að framan greinir um túlkun 41. gr. samkeppnislaga hefur stefnandi heimild til að höfða dómsmál til að verja niðurstöðu sína um sektarfjárhæð hafi áfrýjunarnefnd lækkað hana. Þá verður ekki fallist á að þeir annmarkar, sem stefndi telur vera á gagnaframlagningu stefnanda, geti leitt þess að vísa beri málinu frá dómi sökum vanreifunar, en gagnaöflun hefur ekki verið lýst lokið.

Samkvæmt framansögðu verður frávísunarkröfu stefnda hafnað. Rétt þykir að ákvörðun málskostnaðar, sem fallið hefur til vegna reksturs málsins fram að þessu, bíði lokaniðurstöðu þess fyrir dómi.

Ásmundur Helgason héraðsdómari kveður upp úrskurðinn.

Fyrir Hæstarétti reyndi hins vegar ekki á kröfu Samkeppniseftirlitsins um hækkun sektar þar sem dómstólar komust að þeirri niðurstöðu að umfjöllun eftirlitsins og áfrýjunarnefndar um markaði málsins hefði verið ábótavant og var úrskurður áfrýjunarnefndar því felldur úr gildi, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 111/2014.

6.2 Byko

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015 var komist að þeirri niðurstöðu að Byko hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins með umfangsmiklu ólögmætu samráði við gömlu Húsasmiðjuna. Samkeppniseftirlitið taldi að brot Byko væru mjög alvarleg og hefðu verið framin af ásetningi. Þau hafi verið til þess fallin að valda húsbyggjendum og almenningi öllum umtalsverðu tjóni. Nánar var rökstutt í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að hæfileg sekt vegna þessa væri 650 mkr.

Þætti gömlu Húsasmiðjunnar lauk með sátt, dags. 9. júlí 2014. Í henni var viðurkennt að fyrirtækið hefði átt í ólögmætu samráði við Byko og fallist var á að greiða 325 mkr. í sekt vegna brotanna.

Byko skaut ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem kvað upp úrskurð sinn í október 2015. Í úrskurði áfrýjunarnefndar var staðfest sú niðurstaða að Byko hefði brotið gegn samkeppnislögum með samráði við gömlu Húsasmiðjuna. Hins vegar taldi áfrýjunarnefnd að brot Byko hafi ekki verið jafn alvarleg og Samkeppniseftirlitið lagði til grundvallar. Taldi nefndin því hæfilegt að lækka sekt Byko úr 650 í 65 mkr. Þá taldi nefndin ósannað að brotið hefði verið gegn 53. gr. EES-samningsins.

Samkeppniseftirlitið taldi nauðsynlegt að láta reyna á lækkun áfrýjunarnefndar á sekt Byko. Í fréttatilkynningu frá eftirlitinu var þetta útskýrt svo:



„Samkvæmt samkeppnislögum er Samkeppniseftirlitinu falið að meta hvort þeir almannahagsmunir, sem felast í virkri samkeppni, kalli á að úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála séu bornir undir dómstóla. Jafnframt er Samkeppniseftirlitinu falið að beita samkeppnisreglum EES-samningsins. Samkeppniseftirlitið höfðaði því mál fyrir héraðsdómi þar sem eftirlitið byggði á því að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefði túlkað EES-samninginn með röngum hætti. Einnig hefði nefndin ekki lagt rétt mat á alvarleika brota Byko og sekt nefndarinnar gæti ekki tryggt fullnægjandi varnaðaráhrif. Slík áhrif eru mikilvæg til að stuðla að því að fyrirtæki raski ekki samkeppni, neytendum til tjóns. Samkeppniseftirlitið krafðist þess að sekt Byko yrði hækkuð.“

Byko höfðaði einnig mál og krafðist þess að úrskurður áfrýjunarnefndar yrði í heild sinni felldur úr gildi.

Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) taldi þetta mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur „*vekja mikilvægar spurningar varðandi túlkun EES-réttar.*“ Beitti hún í fyrsta sinn hér á landi heimild til þess að leggja fram athugasemdir í málum fyrir dómstólum EFTA-ríkjanna. Fjölluðu athugasemdir hennar um gildissvið 53. gr. EES-samningsins og varnaðaráhrif sekta.²¹

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 16. maí 2018 var fallist á að brot Byko hefðu verið alvarleg og var sekt félagsins hækkuð í 400 mkr. Að mati héraðsdóms gat það ekki „*verið nokkrum vafa undirorpið að um var að ræða samráð í skilningi samkeppnisréttar.*“ Með háttsemi sinni hafi félögin haldið uppi vöruverði og bætt framlegð sína á kostnað viðskiptavina. Í dómnum segir að sekt áfrýjunarnefndar hafi verið „*of lág. Hér hefur helst þýðingu að um alvarlegt brot var að ræða á markaði milli markaðsráðandi fyrirtækja sem framin voru í þeim tilgangi að styrkja stöðu þeirra á kostnað neytenda. Var með því brotið gegn mikilvægum hagsmunum þorra almennings.*“ Einnig féllst dómurinn á það að ákvæði EES-samningsins hefðu verið brotin.

Byko áfrýjaði dómi héraðsdóms til Landsréttar. ESA taldi ástæðu til að leggja einnig fram athugasemdir í því máli sem nú er rekið fyrir Landsrétti.²²

6.3 MS

Í júlí 2016 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að MS hefði með alvarlegum hætti brotið gegn banni samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Jafnframt hefði MS brotið gegn skyldu samkeppnislaga til þess að veita sannar og fullnægjandi

²¹ Sjá nánar: <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/competition/nr/2690>

²² Í frétt ESA frá 20. september 2018 segir m.a.: „Nú þegar dómi héraðsdóms hefur verið áfrýjað til Landsréttar telur ESA rétt að árétta þær enda vekur málið upp mikilvægar spurningar varðandi túlkun EES-réttar. Athugasemdir ESA varða hvenær á að beita samkeppnisreglum EES-réttar (þ.e. þegar aðgerðir geta haft áhrif á viðskipti á evrópska efnahagssvæðinu) og um varnaðaráhrif sekta í samkeppnismálum. Samkeppnisyfirlöndum og dómstólum aðildarríkjanna er skylt að beita samkeppnisreglum EES-réttar þegar málsatvik falla innan gildissviðs EES-samningsins. Þeim ber einnig að tryggja að reglunum sé beitt af skilvirkni.“ Sjá: <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/competition/samkeppnismal-esa-minnir-a-varnadarahrif-sekta-fyrir-landsretti>



upplýsingar. Lagði Samkeppniseftirlitið á MS 440 mkr. sekt vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu og 40 mkr. sekt vegna brota á upplýsingaskyldu.

MS skaut ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem kvað upp sinn úrskurð 21. nóvember 2016. Meirihluti nefndarinnar komst að þeirri niðurstöðu að undanþáguákvæði búvörulaga hefðu vikið banni samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu til hliðar. Af þessu leiddi að sekt MS vegna brota á 11. gr. samkeppnislaga var felld úr gildi. Minnihluti nefndarinnar (formaður hennar) lýsti sig hins vegar sammála þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að MS „hafi brotið alvarlega gegn 11. gr. samkeppnislaga. Einnig tel ég að sú sekt sem ákveðin var í hinni kærðu ákvörðun sé rétt ákveðin ...“ Á hinn bóginn staðfesti nefndin að MS hefði framið alvarlegt brot á upplýsingaskyldu samkeppnislaga og að fyrirtækinu bæri að greiða 40 mkr. sekt vegna þess.

Samkeppniseftirlitið ákvað að höfða dómsmál gegn MS. Í frétt eftirlitsins voru forsendur fyrir þeirri ákvörðun skýrðar svo:

„Málshöfðunarheimild til að vernda almannahagsmuni

Með lögum, sem tóku gildi árið 2011, var Samkeppniseftirlitinu veitt heimild til að bera úrskurði áfrýjunarnefndar undir dómstóla, en fyrir gildistöku laganna gátu aðeins einstök fyrirtæki höfðað slík mál. Tilgangur þessarar lagabreytingar var að gera Samkeppniseftirlitinu betur kleift að „vernda þá lögvörðu almannahagsmuni sem felast í virkri samkeppni“. Taldi löggjafinn mikilvægt að Samkeppniseftirlitið gæti borið „stór og mikilvæg mál“ sem varða hagsmuni neytenda undir dómstóla. Með þessu móti væri stuðlað að jafnræði á milli gæslu almannahagsmuna og einkahagsmuna fyrirtækja fyrir dómstólum í samkeppnismálum.

Ákvörðun um málshöfðun liggur fyrir

Eftir skoðun á forsendum meirihluta áfrýjunarnefndar telur Samkeppniseftirlitið að því beri að beita framangreindri lagaheimild. Því hyggst Samkeppniseftirlitið stefna MS fyrir Héraðsdóm Reykjavíkur til þess að þola ógildingu á framangreindri niðurstöðu meirihluta áfrýjunarnefndar um samspil búvörulaga og samkeppnislaga. Miðar sú málshöfðun að því að fá úr því skorið hvort bann samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu taki að fullu til MS. Jafnframt verði fengin fullnaðarúrlausn um hvort að fyrirtækið skuli sæta fullri ábyrgð vegna þeirrar háttsemi sem fjallað er um í málinu og Samkeppniseftirlitið hefur metið sem alvarleg brot gegn minni keppinautum. Mun Samkeppniseftirlitið krefjast þess að MS greiði þá stjórnvaldssekt sem eftirlitið taldi hæfilega í ákvörðun sinni frá júlí 2016.

Við þessa ákvörðun um að stefna MS hefur Samkeppniseftirlitið haft hliðsjón af m.a. eftirfarandi atriðum:

- *Meirihluti áfrýjunarnefndar tekur ekki tillit til þess að vilji löggjafans var sá að bann samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu gildi áfram um starfsemi markaðsráðandi mjólkurafurðastöðva, þótt undanþága væri á sínum tíma veitt frá samrunareglum og tilteknum samráðsreglum samkeppnislaga.*



- Í eldri úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafa verið gerðar strangar kröfur til skýrleika ákvæða búvörulaga til að þau geti vikið samkeppnislögum til hliðar, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 8/2006, Osta og smjörsalan gegn Samkeppniseftirlitinu og í máli nr. 7/2009, Bændasamtök Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu. Samkeppniseftirlitið telur að í máli MS hafi meirihluti áfrýjunarnefndar horfið frá þessu. Brýnt er því að fá skorið úr samspili búvörulaga og samkeppnislaga fyrir dómstólum.
- Fyrir liggur að MS er margsaga um mikilvæga þætti málsins og að meirihluti áfrýjunarnefndar taldi það ekki hafa þýðingu fyrir úrslit málsins.
- Á grundvelli undanþágu frá samkeppnislögum er MS í einstakri yfirburðastöðu á mjólkurmarkaði. Smáir framleiðendur á mjólkurvörum geta ekki starfað án þess að kaupa hrá mjólk af MS/Auðhumlu og á sama tíma er MS helsti keppinautur þeirra í sölu á þeim vörum. Þessi staða er afar viðkvæm í samkeppnislegu tilliti. MS hefur því örlög þessara smærri fyrirtækja í hendi sér. Að mati Samkeppniseftirlitsins er brýnt að tryggja, eins og unnt er, að á mjólkurmarkaði sé til staðar sú réttarvernd sem felst í bannreglu 11. gr. samkeppnislaga og þeim skilyrðum sem Samkeppniseftirlitið setti MS. Niðurstaða meirihluta áfrýjunarnefndar a.m.k. dregur stórlega úr þeirri réttarvernd."

MS höfðaði einnig mál og krafðist að úrskurður áfrýjunarnefndar yrði í heild sinni felldur úr gildi.

Í máli Samkeppniseftirlitsins gegn MS krafðist fyrirtækið þess að málinu yrði vísað í heild sinni frá dómi. Taldi MS m.a. að Samkeppniseftirlitið hefði ekki heimild til þess að láta á það reyna fyrir dómstólum hvort meirihluti áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi túlkað undanþáguákvæði búvörulaga með réttum hætti. Jafnframt taldi MS að Samkeppniseftirlitinu væri ekki stætt á því að fara fram á að dómstólar kveði á um þá sekt sem MS beri að greiða vegna brota á samkeppnislögum. Með úrskurði frá 25. janúar 2018 hafnaði Héraðsdómur Reykjavíkur kröfu MS um frávísun.

Þann 29. maí 2018 kvað Héraðsdómur Reykjavíkur upp dóm í málinu. Félst dómurinn ekki á að búvörulög hefðu heimilað háttsemi MS og taldi að félagið hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Sagði dómurinn að MS hefði með háttsemi sinni veikt samkeppnisstöðu smærri keppnauta (t.d. Mjólkurbúsins Kú) og haft bein áhrif á vöxt þeirra. Var MS dæmt til að greiða 440 mkr. í sekt vegna þess brots og jafnframt var sektin vegna brota á 19. gr. samkeppnislaga staðfest.

Málið er nú fyrir Landsrétti.

7. Hugmyndir um að fella niður málskotsheimildina

Haustið 2016 lagði þáverandi iðnaðar- og viðskiptaráðherra fram frumvarp til breytinga á samkeppnislögum. Í athugasemdum í frumvarpinu kemur fram að það sé lagt fram m.a. vegna „ábendinga frá atvinnulífinu“. Í frumvarpinu var lagt til að málskotsheimild Samkeppniseftirlitsins yrði felld niður. Rökin fyrir þessu virðast vera eftirfarandi:



- Málskotsheimildinni hafi ekki verið beitt í framkvæmd.
- „Það er meginregla í stjórnarsýslurétti að úrlausn æðra setts stjórnvalds er bindandi fyrir lægra sett stjórnvald. Byggist sú niðurstaða á því að lægra sett stjórnvald getur ekki talist aðili máls þar sem það á ekki lögvarða hagsmuni í skilningi stjórnarsýsluréttar. Af því leiðir að hið lægra setta stjórnvald getur ekki skotið úrskurði æðra setts stjórnvalds til dómstóla nema hafa til þess sérstaka lagaheimild. Þótt dæmi séu um slíkar lagaheimildir víkja þær frá meginreglunni sem að framan er nefnd.“
- Ekki þygi rétt að víkja frá framangreindri „meginreglu í þessu tilviki, m.a. með tilliti til þeirra áhrifa sem slíkt hefur augljóslega á réttaröryggi þeirra fyrirtækja sem hafa sætt rannsókn Samkeppniseftirlitsins, og sem lokið hefur með íþyngjandi ákvörðun af einhverju tagi sem síðar hefur verið felld úr gildi af hálfu áfrýjunarnefndarinnar.“
- „Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er ekki síst ætlað að tryggja réttaröryggissjónarmið og réttláta málsmeðferð á lægra stjórnarsýslustigi líkt og fram kom í skýringum í greinargerð með samkeppnislögum nr. 8/1993. Með því að hið lægra setta stjórnvald geti skotið úrskurðum áfrýjunarnefndar til dómstóla er dregið úr þessari vernd auk þess sem málskotsheimild er til þess fallin að minnka vægi nefndarinnar þar sem lægra setta stjórnvaldið getur ávallt skotið úrskurði til dómstóla ef það er ekki sammála endurmati æðra setta stjórnvaldsins.“
- „Málskot Samkeppniseftirlitsins gerir málsmeðferð í málum lengri og kostnaðarsamari. Samkvæmt ársskýrslu Samkeppniseftirlitsins árin 2010 og 2011 hefur fjöldi og umfang mála fyrir áfrýjunarnefnd og dómstólum mikil áhrif á málshraða innan stofnunarinnar. Með því þarf Samkeppniseftirlitið að eyða dýrmætum tíma og fjármunum í málarekstur fyrir dómstólum sem kemur niður á málshraða í málum sem eru til meðferðar hverju sinni. Kann það að vinna gegn hagsmunum neytenda. Með því að afnema heimildina er því stuðlað að því að málshraði mála hjá Samkeppniseftirlitinu aukist sem er til hagsbóta fyrir alla. Rök eru því talin standa til þess að hverfa aftur til þess fyrirkomulags sem var í gildi frá setningu samkeppnislaga á árinu 1993 þar til því var breytt ár árinu 2011. Það fyrirkomulag tryggir best það jafnvægi sem þarf að vera á milli Samkeppniseftirlitsins, áfrýjunarnefndarinnar, hagsmuna neytenda og fyrirtækja, sem eru aðilar máls, auk þess sem það stuðlar að skilvirkari framkvæmd samkeppnismála að telja verður.“

Frumvarpið kom ekki til meðferðar á Alþingi.

Þann 25. maí 2018 birti framkvæmdastjóri Samtaka atvinnulífsins grein á heimasíðu samtakanna. Ber hún heitið „Ríki í ríkinu“ og í henni segir m.a.:

„Árið 2011 knúði Samkeppniseftirlitið á um að fá heimild til að skjóta úrskurðum áfrýjunarnefndar Samkeppnismála til dómstóla. Þetta er nánast einsdæmi í íslenskri stjórnarsýslu og lýsir vantrausti Samkeppniseftirlitsins á áfrýjunarnefndinni. Það er



óviðunandi að fyrirtæki þurfi að verjast málflutningi Samkeppniseftirlitsins fyrir dómi með tilheyrandi kostnaði þrátt fyrir að hafa fengið endanlega og jákvæða niðurstöðu á stjórnarsýslustigi. Þessu verður að breyta, með því að afnema heimildina eða leggja niður áfrýjunarnefndina. Eins og nú háttar er möguleiki að einstök mál gengið þessa leið: i) Samkeppniseftirlitið tekur ákvörðun, ii) áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellir ákvörðun úr gildi, iii) Samkeppniseftirlitið stefni niðurstöðu Áfrýjunarnefndar fyrir héraðsdóm, iv) sá sem bíður lægri hlut fyrir héraðsdómi áfrýjar þeirri til niðurstöðu Landsréttar og v) sá sem þar tapar málinu áfrýjar til Hæstaréttar. Þetta er augljóslega vont, tímafrekt og dýrt kerfi, engum til hagsbóta og allra síst neytendum."

Þann 9. ágúst 2018 birtist í fjölmiðlum grein eftir Jón Steinar Gunnlaugsson lögmann. Í henni segir:

„Það er meginregla í stjórnarsýslurétti, að lægra sett stjórnvald er bundið af úrskurðum æðra setts stjórnvalds.

Í lögum, þar sem fjallað er um starfshætti stjórnvalda, er málum stundum svo háttað að kveðið er á um heimild borgara til að skjóta til sérstaks úrskurðaraðila ákvörðun þess stjórnvalds sem í hlut á vilji viðkomandi ekki una henni. Tilgangur með lagaákvæðum um slíkan málskotsrétt innan stjórnarsýslu er sýnilega sá að auka réttaröryggi borgara og gefa þeim kost á að láta æðri stjórnarsýsluaðila úrskurða um hvort stjórnarsýslan sem um ræðir hafi verið lögum samkvæm. Er þessi aðferð til þess fallin að geta tekið skemmri tíma en málsmeðferð fyrir dómi auk þess að vera ódýrari.

Verði staðan síðan sú að borgarinn telur að enn sé brotinn á honum réttur með ákvörðun æðra stjórnvaldsins (málskotsnefndarinnar) getur hann auðvitað í samræmi við almennar reglur laga borið þá ákvörðun undir dómstóla. Gagnaðili hans í því máli yrði þá stjórnvaldið sem tók hina upprunalegu ákvörðun.

Við blasir að hið lægra setta stjórnvald hefur enga lögvarða hagsmuni af niðurstöðu þess æðra. Í þeirri niðurstöðu ætti einfaldlega aðeins að felast endanleg afstaða í stjórnarsýslu á viðkomandi sviði. Samt er það svo á nokkrum stöðum í settum lögum, að hinu lægra stjórnvaldi sem um ræðir er heimilað að skjóta niðurstöðu þess æðra til dómstóla í því skyni að fá henni hnekkt. Þá er eins og menn hafi búið sér til þá hugmynd að hið lægra setta stjórnvald sé orðið hagsmunaaðili sem hafi aðra hagsmuni í málinu en þá sem æðra stjórnvaldið telur að eigi að gilda.

Dæmi úr samkeppnislögum

Dæmi um þetta er að finna í 41. gr. samkeppnislega frá 2005. Þar getur að líta heimild fyrir Samkeppniseftirlitið til að bera undir dómstóla úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem hefur þá tekið til greina kröfur viðkomandi borgara og ógilt að einhverju leyti ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Þessi heimild var sett inn í lögin á árinu 2011. Virðast einhverjir ákafir embættismenn hjá Samkeppniseftirlitinu hafa fengið því ágengt að koma þessari heimild í lögin. Hefur stofnunin síðan í nokkrum tilvikum nýtt heimildina og borið undir dómstóla niðurstöður áfrýjunarnefndarinnar sem tekið hefur ákvörðun borgaranum í hag. Þetta er ekki ósvipað því að



embættismaður í ráðuneyti fengi heimild til að bera undir dóm þær ákvarðanir ráðherra sem honum líkar ekki.

Svo er að sjá að hér sé að finna lagaákvæði sem einkennist af því að alþingismenn standi ekki sína pligt. Látið er undan embættismönnum sem vilja fá í hendur heimildir til að beita borgara ofríki, þó að æðra stjórnvald hafi komist að niðurstöðu um að of langt hafi verið seilst. Fleiri dæmi má finna í lagasafninu af svipuðum toga.

Tíðarandinn krefst aukins réttaröryggis fyrir borgara gegn sívaxandi afskiptasemi stjórnvalda. Það gæti orðið rós í hnappagat ríkisstjórnar að afnema þessa vitleysu sem byggir á þeirri ranghugsun að stjórnvöld geti haft hagsmuni af því að beita borgara meiri áreitni heldur en æðra stjórnvald hefur talið réttmæta. Alþingismenn eru meðal annars kjörnir til að gæta réttaröryggis borgara. Þeir ættu að nota augljós tækifæri til að sýna að sú krafa sé meira en bara stafir á blaði.

Það er fyllsta ástæða til að hvetja kjörna fulltrúa til dáða í þessu efni."

8. Áhrif EES-réttar

Sem aðili að EES-samningnum hvíla á Íslandi ákveðnar skuldbindingar til að tryggja fullnægjandi framkvæmd á annars vegar banni 53. gr. EES-samningsins við ólögsmætu samráði og hins vegar banni 54. gr. samningsins við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Við mat á nauðsyn málskotsheimildarinnar verður að mati Samkeppniseftirlitsins ekki litið fram hjá þessum skuldbindingum samkvæmt gildandi rétti. Skal nánar vikið að þessu.

8.1 Gildandi réttur

Hér ber að rifja upp að reglugerð ráðsins (EB) nr. 1/2003 hafði í för með sér verulegar breytingar á framkvæmd EES/ESB-samkeppnisreglna. Reglugerðin var tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 130/2004. Upptaka reglugerðar nr. 1/2003 leiddi til þess að EFTA-ríkin skuldbundu sig til að gera samsvarandi breytingar á bókun 4 við ESA-samninginn.²³ Bókun 4 við ESA-samninginn er efnislega samhljóða reglugerð nr. 1/2003. Var reglugerð nr. 1/2003 síðan innleidd í íslenskan rétt með reglugerð nr. 811/2006.

Í núgildandi samkeppnislögum er að finna ákvæði sem sett voru til þess að uppfylla skyldur sem leiða af reglugerð nr. 1/2003. Í frumvarpi sem sem varð að núgildandi samkeppnislögum segir um þetta:

„Innleiðing reglugerðarinnar hefur þær breytingar helstar í för með sér að samkeppnisyfirvöld og dómstólar í EFTA-ríkjunum fá heimild til að beita ákvæðum 53. og 54. gr. EES- samningsins fullum fetum, en samkvæmt gildandi lögum hafa aðeins Eftirlitsstofnun EFTA og framkvæmdastjórn Evrópusambandsins heimild til að beita ákvæðunum, sbr. 56. gr. EES- samningsins. Nánari útfærsla á beitingu 53. og 54. gr. kemur fram í bókun 4 við samning EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar

²³ Samningurinn milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls (ESA-samningurinn).



og dómstóls. Á grundvelli þessarar breytingar verður íslenskum samkeppnisyfirvöldum heimilt og skylt að afgreiða ákveðin mál á grundvelli ákvæða 53. og 54. gr. EES-samningsins hér á landi. Tilgangurinn með því að skylda samkeppnisyfirvöld aðildarríkjanna til beitingar ákvæðanna er að tryggja samræmda málsmeðferð á öllum stigum máls."

Í samræmi við framangreint segir í 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga að Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála og íslenskir dómstólar „*skulu beita 53. og 54. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993, um Evrópska efnahagssvæðið, eftir því sem kveðið er á um í lögum, m.a. 25.–28. gr. í lögum þessum.*“ Hér skiptir og verulega máli að 1. mgr. 35. gr. reglugerðar nr. 1/2003 leggur þá skyldu á Ísland að tryggja að Samkeppniseftirlitið geti beitt EES-samkeppnisreglunum með „*skilvirkum hætti*“.²⁴

Hér ber einnig að horfa til þess að í 3. gr. EES-samningsins er mælt fyrir um „*trúnaðar og samvinnureglu*“. Leiða af þessu tvenns konar skyldur fyrir m.a. Ísland:

„Annars vegar er um að ræða jákvæða skyldu fyrir samningsríkin til að gera allar viðeigandi og almennar eða sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af EES-samningnum leiðir. Hins vegar er um að ræða neikvæða skyldu til að varast ráðstafanir sem telft geta í tvísýnu að markmiðum samningsins verði náð.“²⁵

Hér á landi gilda einnig sökum 6. gr. EES-samningsins tilteknar „*óskráðar meginreglur stjórnsýsluréttar Evrópuréttarins.*“²⁶ Er m.a. um að ræða „*undirstöðureglur um jafngilda málsmeðferð og að landsrétti (e. principle of equivalence) og skilvirkni (e. principle of effectiveness)*“ við framkvæmd á EES-rétti. Af þessu leiðir m.a. að stjórnsýslureglur hér á landi verða almennt að stuðla að skilvirkri framkvæmd á EES-rétti.²⁷

Í þessu öllu felst að hér á landi skuli beita EES-samkeppnisreglum með skilvirkum og samræmdum hætti til tryggja sömu samkeppnisskilyrði á EES-svæðinu, sbr. einnig athugasemdirnar sem ESA hefur lagt fram í Byko málinu fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur og Landsrétti.

Framangreind skylda samkeppnisfirvalda til að beita EES/ESB-samkeppnisrétti með „*skilvirkum hætti*“ hefur áhrif á hagsmunagæslu fyrir dómstólum, sbr. dóm dómstóls ESB frá 7. desember 2010 í máli nr. C-439/08, VEBIC.

Í VEBIC málinu var um að ræða beiðni um forúrskurð frá belgískum dómstól (Hof van beroep te Brussel). VEBIC eru samtök flæmskra bakara og töldu belgísk samkeppnisyfirvöld að ólögmeitt samráð hefði átt sér stað innan samtakanna og lögðu á

²⁴ Í enskri útgáfu reglugerðar nr. 1/2003 hljóðar þetta svo: „*The Member States shall designate the competition authority or authorities responsible for the application of Articles 81 and 82 of the Treaty in such a way that the provisions of this regulation are effectively complied with.*“

²⁵ Páll Hreinsson, Stjórnsýsluréttur Málsmeðferð, 2013 bls. 53.

²⁶ Páll Hreinsson, Stjórnsýsluréttur Málsmeðferð, 2013 bls. 51.

²⁷ Páll Hreinsson, Stjórnsýsluréttur Málsmeðferð, 2013 bls. 52 -53.



sekt vegna brots á belgískum samkeppnislögum. Bannreglu ESB réttar við samráði var hins vegar ekki beitt í málinu.

VEBIC skaut umræddri ákvörðun til dómstóla. Belgíski dómstóllinn taldi að þarlend lög heimiluðu ekki samkeppnisyfirvöldum að taka til varna í málinu. Aðeins viðkomandi ráðherra gæti látið málið til sín taka en hann hefði kosið að gera það ekki. Hafði belgíski dómstóllinn efasemdir um að þetta fyrirkomulag stæðist ESB rétt og óskaði því eftir forúrskurði. Er þessu lýst svo í áliti Mengozzi aðallögsögumanns við dómstól ESB frá 25. mars 2010:

„... in the main proceedings the referring court points out that only VEBIC is a party to the appeal proceedings, since the Minister has not availed himself of the opportunity to submit written observations.

27. In view of the issue raised by the fact that there is no other party in the main proceedings besides the appellant, as should be the case in pursuance of the WBEM²⁸, the referring court questions the compatibility of such proceedings with the provisions of Regulation No 1/2003, in particular since the effectiveness of the Community competition rules does not appear to be ensured and the law concerned does not allow the defence plea of general economic interest.

28. As regards the relevance of such questioning to the interpretation of European Union law it is seeking, the referring court states, first, that the procedural rules at issue must be applied in a uniform way, irrespective of whether the proceedings instituted by the Competition Council are based on national competition rules or on Articles 81 EC and 82 EC. Secondly, it considers that the documents on the file in the main proceedings would allow it to reverse the Competition Council's decision so that it might be held that the practice under consideration does indeed affect trade between Member States and hence falls within the scope of Article 81(1) EC."

Aðallögsögumaðurinn taldi það ekki standast að samkeppnisyfirvöld gætu ekki tekið til varna í dómsmálum sem höfðuð eru vegna ákvarðana þeirra. Benti hann einnig á að ef svo væri gætu þau ekki áfrýjað málum sem hefði óheppileg áhrif:

„74. In those circumstances, not to afford the national competition authority the status of party to the proceedings and thus prevent it from defending the decision it adopted as a public enforcer carries the risk that the appeal court might be totally 'captive' to the pleas in law and arguments put forward by the appellant undertaking(s) in the appeal against the Competition Council's decision.

75. In a field such as that of establishing infringements of the competition rules, which involves complex legal and economic assessments and the imposition of fines that are often the subject of disputes before national or European courts, the very existence of such a risk is likely to compromise exercise of the specific obligation on national competition authorities under Regulation No 1/2003 to ensure effective application of Articles 81 EC and 82 EC.

²⁸ Belgísku samkeppnislögin.



76. Furthermore, to deny a national competition authority the status of party to the proceedings in a situation such as that in the main proceedings also means that that authority is not in a position to exercise other remedies, including lodging an appeal on a point of law against the appeal court's decision annulling and/or varying the decision adopted by the Competition Council, ...

77. In such circumstances, therefore, no public authority whose duty it is to ensure the full effectiveness of the competition rules of the European Union under Regulation No 1/2003 will be able to challenge any possibly incorrect interpretation of those rules on the part of the Hof van beroep te Brussel."

Í dómi sínum frá 7. desember 2010 komst dómstóll ESB að þessari niðurstöðu í VEBIC málinu:

„56. It is also important to recall that, under Article 35(1) of the Regulation, the Member States are to designate the competition authority or authorities responsible for the application of Articles 101 TFEU and 102 TFEU in such a way that the provisions of that regulation are effectively complied with. The authorities so designated must, in accordance with the regulation, ensure that those Treaty Articles are applied effectively in the general interest (see Recitals 5, 6, 8, 34 and 35 in the preamble to the Regulation).

57. Although Article 35(1) of the Regulation leaves it to the domestic legal order of each Member State to determine the detailed procedural rules for legal proceedings brought against decisions of the competition authorities designated thereunder, such rules must not jeopardise the attainment of the objective of the regulation, which is to ensure that Articles 101 TFEU and 102 TFEU are applied effectively by those authorities.

58. In that regard, as the Advocate General has remarked in point 74 of his Opinion, if the national competition authority is not afforded rights as a party to proceedings and is thus prevented from defending a decision that it has adopted in the general interest, there is a risk that the court before which the proceedings have been brought might be wholly 'captive' to the pleas in law and arguments put forward by the undertaking(s) bringing the proceedings. In a field such as that of establishing infringements of the competition rules and imposing fines, which involves complex legal and economic assessments, the very existence of such a risk is likely to compromise the exercise of the specific obligation on national competition authorities under the Regulation to ensure the effective application of Articles 101 TFEU and 102 TFEU.

59. A national competition authority's obligation to ensure that Articles 101 TFEU and 102 TFEU are applied effectively therefore requires that the authority should be entitled to participate, as a defendant or respondent, in proceedings before a national court which challenge a decision that the authority itself has taken.

60. It is for the national competition authorities to gauge the extent to which their intervention is necessary and useful having regard to the effective application of EU competition law.



61. However, as the Commission has correctly observed, if those authorities were, almost as a matter of course, not to enter an appearance, the effectiveness of Articles 101 TFEU and 102 TFEU would be jeopardised.

[...]

64. In view of the foregoing, the answer to the questions referred is that Article 35 of the Regulation must be interpreted as precluding national rules which do not allow a national competition authority to participate, as a defendant or respondent, in judicial proceedings brought against a decision that the authority itself has taken. It is for the national competition authorities to gauge the extent to which their intervention is necessary and useful having regard to the effective application of EU competition law. However, if the national competition authority consistently fails to enter an appearance in such judicial proceedings, the effectiveness of Articles 101 TFEU and 102 TFEU is jeopardised. In the absence of EU rules, the Member States remain competent, in accordance with the principle of procedural autonomy, to designate the body or bodies of the national competition authority which may participate, as a defendant or respondent, in proceedings brought before a national court against a decision that the authority itself has taken, while at the same time ensuring that fundamental rights are observed and that EU competition law is fully effective."

Fræðimenn hafa dregið þessa ályktun af dómi dómstólsins: „... firmly establishes a point of principle regarding the procedural requirements of Regulation 1/2003 that must be complied with by Member States regarding the right of standing that must be conferred on national competition authorities so that they are able to discharge their predominant obligation of ensuring that that arts 101 and 102 are applied effectively in the public interests." Í sömu grein er því einnig haldið fram að tilvísun í dómnum til grundvallarréttinda taki m.a. til „rights of the national competition authority which is charged with the obligation of safeguarding the public interest.“²⁹

Í Kone málinu frá 2014 fyrir dómstóli ESB (mál nr. C-555/12) var fjallað um hvort lagaumhverfið í Austurríki hindraði skilvirka framkvæmd samkeppnisreglna. Í álit Kokott aðallögsögumanns frá 30. janúar 2014 var bent á þetta:

„59. It is recognised that the enforcement of the European competition rules rests on two pillars. These are, on the one hand, the duty of public enforcement by punitive means incumbent on the competition authorities ('public enforcement') and, on the other hand, private enforcement undertaken on the initiative of individuals by recourse to the means available in civil law ('private enforcement').

60. In order to ensure the practical effectiveness of the competition rules, it is essential that both the system of public enforcement and the system of private enforcement should evolve as effectively as possible."

²⁹ Rizzuto, [2011] ECLR, tölubl. 6, bls. 292-294.



Hið sama kom fram í dómi dómstólsins frá 5. júní 2014 í þessu máli. Áréttaði dómstóllinn að innlend löggjöf verði að tryggja fulla skilvirkni („*fully effective*“) samkeppnisreglna ESB, sbr. mgr. 32 í dómnum.

Samkvæmt framansögðu ber að tryggja það í landsrétti að Samkeppniseftirlitið geti beitt 53. og 54. gr. EES-samningsins með skilvirkum hætti í þágu almannahagsmuna. Í þessu felst gæsla samkeppnishagsmuna fyrir dómstólum. Að mati Samkeppniseftirlitsins er því ljóst að það myndi draga mjög úr skilvirkni í framkvæmd á EES-samkeppnisreglum ef málskotsheimildin yrði felld niður. Án hennar hefði t.d. ekki verið unnt að láta á það reyna fyrir dómstólum hvort beiting áfrýjunarnefndar samkeppnismála á EES-samningum í Byko málinu hefði verið rétt og hvort sektarákvörðun nefndarinnar tryggði nægjanleg varnaðaráhrif og þar með virkni 53. gr. EES. Samkvæmt því verður að telja að niðurfelling málskotsheimildarinnar samræmist ekki skyldum Íslands samkvæmt 35. gr. reglugerðar nr. 1/2003, sbr. einnig 3. gr. EES-samningsins.

8.2 ECN+ tilskipunin

Til að styðja við markmið reglugerðar nr. 1/2003 og tryggja enn betur skilvirka og öfluga lagaframkvæmd hjá samkeppnisyfirvöldum í aðildarríkjum kynnti framkvæmdastjórn ESB í mars 2017 tillögur að nýrri tilskipun („*Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market.*“).³⁰

Evrópupingið og ráðið náðu samkomulagi um þessar tillögur framkvæmdastjórnarinnar í maí 2018.³¹ Búist er við því að tilskipunin verði tekin til lokaafgreiðslu í nóvember 2018.³² Þegar tilskipunin hefur öðlast gildi eru komin skýr viðmið um hvaða umgjörð og heimildir samkeppniseftirlit verða að lágmarki að hafa til að geta með fullnægjandi hætti sinnt kjarnatilgangi sínum, þ.e. vernda og efla samkeppni almenningi og atvinnulífi til hagsbótar.

Í drögum að umræddri tilskipun felst að aðildarríki verða að lágmarki að tryggja samkeppnisyfirvöldum tiltekin úrræði og starfsumhverfi svo þau geti með skilvirkum hætti framfylgt EES/ESB-samkeppniseglum. Ber m.a. að tryggja að þau geti starfað fyllilega sjálfstætt og búi yfir nauðsynlegum mannafla og fjármagni. Jafnframt sé tryggt að þau hafi fullnægjandi rannsóknarúrræði og geti beitt viðurlögum.

³⁰Tillaga framkvæmdastjórnarinnar og frekari upplýsingar er að finna hér: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/nca.html>

³¹ Í fréttatilkynningu framkvæmdastjórnar ESB frá 30. maí 2018 segir: „The European Commission welcomes the provisional political agreement reached today by the European Parliament and the Council on the Commission proposal of March 2017 for a Directive to make Member States' competition authorities even more effective enforcers of EU antitrust rules.

The Directive intends to further empower the national competition authorities by providing them with appropriate enforcement tools, to bring about a genuine common competition enforcement area.

Commissioner in charge of competition policy, Margrethe Vestager, said: "EU antitrust rules make markets work better for European consumers and businesses, giving them more choice and better prices. Member States' competition authorities and the Commission work together hand in hand to enforce these rules across the EU. This Directive will give national competition authorities effective tools and make sure they have the resources necessary to detect and sanction companies that break EU competition rules. It will also ensure that they can take their decisions in full independence, based on the facts and the law."

³² Sjá heimasíðu Evrópupingsins: <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-strengthened-industrial-base-services-including-transport/file-empowerment-nca>



Fræðimenn hafa bent á að í tilskipuninni felist ekki að öllu leyti nýjar skuldbindingar fyrir aðildarríki heldur séu þær í raun þegar í gildi samkvæmt 35. gr. reglugerðar 1/2003.³³

Í almennum athugasemdum framkvæmdastjórnar ESB við drögin að tilskipuninni er vísað til framangreinds dóms dómstóls ESB í VEBIC málinu og útskýrt að í tilskipuninni felist að innlend samkeppnisyfirvöld (NCA (National Competition Authorities)) verði að geta gætt samkeppnishagsmuna fyrir dómstólum, bæði til varnar og sóknar:

„This Chapter ensures that administrative NCAs, which are best placed to explain their decisions, have of their own right the power to bring and/or defend their cases before courts. This will prevent the duplication of costs and effort inherent in another body defending these cases.“

Í 71. tl. aðfararorða fyrirbyggjandi draga að tilskipuninni er einnig fjallað um þetta:

„To ensure that cases are dealt with efficiently and effectively within the European Competition Network, in those Member States where both a national administrative competition authority and a national judicial competition authority, are designated as NCAs for the purpose of enforcing Articles 101 and 102 TFEU as referred to in Articles 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 and 16, national administrative competition authorities should be able to bring directly the action before the national judicial competition authority. In addition, to the extent that national courts act in proceedings brought against decisions taken by NCAs applying Articles 101 or 102, national administrative competition authorities should be of their own right fully entitled to participate as a prosecutor, defendant or respondent in those proceedings, and enjoy the same rights of such a public party to those proceedings.“³⁴

Í 30. gr. draganna að tilskipuninni er í samræmi við ofangreint lagðar eftirfarandi skyldur á aðildarríkin:

„Role of national administrative competition authorities before national courts

1. Member States which designate both a national administrative competition authority and a national judicial competition authority to enforce Articles 101 and 102 TFEU, shall ensure that the action before the national judicial competition authority can be brought directly by the national administrative competition authority.

2. To the extent that national courts act in proceedings brought against decisions taken by national competition authorities exercising the powers referred to in Articles

³³ Sjá grein Wouter Wils frá 26. júní 2017, Competition authorities: Towards more independence and prioritisation? – The European Commission's „ECN+“ Proposal for a Directive to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, bls. 13-14 (King's College London Law School Research Paper No. 2017-39 (ssrn.com/author=456087)).

³⁴ Drögin eins og þau standa eftir samkomulag Evrópuþingsins og ráðsins. Sjá skjal ráðsins frá 14. júní 2018 (Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market – Analysis of the final compromise text with a view to agreement). (10033/18).



6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 and 16 for the application of Articles 101 or 102 TFEU, including the enforcement of penalties imposed in that respect, Member States shall ensure that the national administrative competition authority is of its own right fully entitled to participate as appropriate as a prosecutor, defendant or respondent in those proceedings and to enjoy the same rights as such public parties to these proceedings."

8.3 Niðurstaða

Samkvæmt EES-samningnum og VII. kafla samkeppnislaga ber Samkeppniseftirlitinu að beita 53. og 54. gr. EES-samningsins. Sú lagaframkvæmd skal vera skilvirk og í þágu almannahagsmuna. Í þessu felst að Samkeppniseftirlitið verður að geta gætt þessara hagsmuna bæði til sóknar og varnar fyrir dómstólum. Með lögum nr. 14/2011 var lagaumhverfið hér á landi gert fullnægjandi að þessu leyti. Í þessu sambandi ber að árétta að tilgangur löggjafans með málskotsheimildinni var að styrkja framkvæmd samkeppnislaga m.a. með því að gera Samkeppniseftirlitinu kleift að geta „varið fyrir dómstólum niðurstöðu ákvarðana sinna sem áfrýjunarnefndin hefur ógilt eða breytt“, sbr. athugasemdir með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 14/2011. Með þessu „aukast möguleikar eftirlitsins til að efla samkeppni og gæta hagsmuna almennings í samkeppnismálum“, sbr. nefndarálit meiri hluta viðskiptanefndar Alþingis.

Með hliðsjón af öllu framangreindu verður að telja að niðurfelling á málskotsheimildinni fari gegn skuldbindingum Íslands samkvæmt EES-samningnum. Til viðbótar myndi slík lagabreyting leiða til þess að íslenskt lagaumhverfi uppfyllti ekki þær lágmarkskröfur sem gera verður til að tryggja skilvirka framkvæmd á samkeppnisreglum almenningi til hagsbóta, sbr. áformin í ECN+ tilskipuninni.

9. **Um röksemdirnar fyrir niðurfellingu málskotsheimildarinnar**

Í kafla 7 hér að framan er gerð grein fyrir sjónarmiðum og tillögum um að afnema heimild Samkeppniseftirlitsins til að bera úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála undir dómstóla. Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að fullnægjandi rök hafi verið færð fram til stuðnings því að fella niður málskotsheimildina. Skal nánar vikið að þessu:

9.1 Að heimildinni hafi ekki verið beitt

Í athugasemdum með frumvarpi iðnaðar- og viðskiptaráðherra frá 2016 er það nefnt til stuðnings niðurfellingar málskotsheimildarinnar að henni hafi ekki verið beitt í framkvæmd. Þetta sjónarmið á augljóslega ekki við, hvorki þegar umrætt frumvarp var samið eða í dag. Hefur heimildinni verið beitt í þremur mikilvægum málum, sbr. umfjöllun hér að framan.

9.2 Æðra og lægra stjórnvald, lögvarðir hagsmunir og aðild

Í athugasemdum með frumvarpinu segir að það sé meginregla í stjórnsýslurétti að úrlausn æðra setts stjórnvalds sé bindandi fyrir lægra sett stjórnvald. Hið lægra setta stjórnvald geti ekki talist aðili máls þar sem það á ekki lögvarða hagsmuni og geti því ekki skotið úrskurði æðra setts stjórnvalds til dómstóla.



Eins og leiðir af dómi Hæstaréttar í máli nr. 297/1998 getur löggjafinn ákveðið að veita lægra settu stjórnvaldi heimild til að bera úrskurði æðra setts stjórnvalds undir dómstóla.³⁵ Augljóslega er því ekkert athugavert við það að löggjafinn telji að almannahagsmunir á tilteknum réttarsviðum kalli á frávík frá því sem almennt tíðkast. Er að finna ýmis dæmi um það að gæsla almannahagsmuna kalli á það að fullnaðarúrskurðir á stjórnsýslustigi séu bornir undir dómstóla.

Hér má fyrst benda á skyldleika við skattkerfið. Ef ríkið sættir sig ekki við úrskurð yfirsattanefndar þá getur það farið með málið fyrir dómstóla. Það gerir fjármálaráðherra þar sem hann er vörslumaður þeirra hagsmuna sem þar um ræðir, sbr. 15. gr. laga nr. 30/1992 um yfirsattanefnd. Með þessu móti er tryggt að unnt er að verja þá almannahagsmuni sem felast í skattheimtu til sóknar fyrir dómstólum. Með lögum nr. 14/2011 var Samkeppniseftirlitinu falið þetta hlutverk varðandi aðra brýna hagsmuni almennings.

Í lögum um sjúkratryggingar hefur frá árinu 1999 verið heimild fyrir Sjúkratryggingastofnun (Sjúkratryggingar Íslands, áður Tryggingaráð) til að höfða dómsmál til að fá hnekk úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála (áður úrskurðarnefnd almannatrygginga), sbr. núgildandi 4. mgr. 36. gr. laga nr. 112/2008.³⁶ Einnig hefur Tryggingastofnun heimild til að skjóta ákvörðun úrskurðarnefndar velferðarmála til dómstóla, sbr. 6. mgr. 13. gr. laga nr. 100/2007 um almannatryggingar.

Á árinu 2015 lagði velferðarráðherra fram frumvarp þar sem lagt var til að sjö úrskurðarnefndir (þ.m.t. úrskurðarnefnd almannatrygginga) yrðu sameinaðar í eina nefnd, úrskurðarnefnd velferðarmála. Tilgangur þessara breytinga var m.a. bæta réttaröryggi skjólstæðinga viðkomandi stofnanna ekki síst með því að auka málshraða. Í almennum athugasemdum við frumvarpið var á það bent að: „Úrskurðir varða oft mikilsverða hagsmuni kæranda, í sumum tilvikum lífsafkomu þeirra, og er því brýnt að úr þessu verði bætt.“ Í nefndarálini meiri hluta velferðarnefndar var fjallað möguleika á málskoti til dómstóla:

Heimild lægra settra stjórnvalda til að bera úrskurði undir dómstóla.

Fram kom að ástæða gæti verið til að mæla fyrir um heimild lægra settra stjórnvalda til að bera úrskurði úrskurðarnefndar velferðarmála undir dómstóla. Úrskurðirnir gætu varðað umtalsverða hagsmuni og haft víðtækt fordæmisgildi. Heimild lægra settra stjórnvalda til að bera þá undir dómstóla yrði úrskurðarnefndinni til aðhalds og mikilvægur öryggisventill.

Meiri hluti nefndarinnar leggst ekki gegn þessum sjónarmiðum. Hann telur aftur á móti eðlilegt að afstaða sé tekin til þessa atriðis hverju sinni í þeim lögum þar sem mælt verður fyrir um heimild til að kæra ákvarðanir lægra settra stjórnvalda til úrskurðarnefndar velferðarmála fremur en í almennum lögum um úrskurðarnefnd

³⁵ Sjá hér einnig Eiríkur Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristín Benediktsdóttir, Opinbert markaðseftirlit, 2012, bls. 171.

³⁶ Sbr. 7. gr. b. þágildandi laga nr. 117/1993, um almannatryggingar, sbr. c-lið 2. gr. breytingarlaga nr. 60/1999.



velferðarmála. Meiri hluti nefndarinnar leggur því ekki til breytingar á frumvarpinu vegna þessa."

Gildistaka laga nr. 85/2015 um úrskurðarnefnd velferðarmála hafði ekki áhrif á málskotsheimild Sjúkratrygginga og Tryggingastofnunar. Hafi einstaklingur betur gagnvart viðkomandi stofnun fyrir úrskurðarnefndinni (hugsanlega í máli sem varðar „lífsafkomu hans“) er talið nauðsynlegt sökum almannahagsmuna að unnt sé að láta reyna á stefnumarkandi mál fyrir dómstólum. Þegar þetta er virt til samanburðar getur það á engan hátt talist vera „óviðunandi“ fyrir fyrirtæki að þurfa að þola að stjórnvöld láti reyna á samkeppnishagsmunum til sóknar fyrir dómstólum.

Með lögum nr. 117/2008 var ákvæðum laga nr. 69/2003 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála breytt. Í almennum athugasemdum með frumvarpinu var þessu m.a. lýst svo:

„Helstu breytingar sem lagt er til að gerðar verði á 13. gr. eru eftirfarandi: Í fyrsta lagi er lagt til að málsaðili geti valið hvort hann beri ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar undir sérstaka úrskurðarnefnd eða beint undir dómstóla. Samkvæmt núgildandi lögum þarf málsaðili að tæma kæruleið innan stjórnssýslunnar áður en til höfðunar dómsmáls getur komið. Í öðru lagi er lagt til að Póst- og fjarskiptastofnun geti skotið úrskurðum úrskurðarnefndar til dómstóla, en sú heimild er ekki fyrir hendi í gildandi lögum.“

Til stuðnings því að veita Póst- og fjarskiptastofnun málskotsheimild var bent á þetta í athugasemdum með frumvarpinu:

„Þá er gert ráð fyrir því nýmæli að Póst- og fjarskiptastofnun geti borið úrskurð úrskurðarnefndar undir dómstóla. Mikilvægt er að stofnunin geti, eftir atvikum, varið fyrir dómstólum niðurstöðu ákvarðanna sinna sem úrskurðarnefnd hefur ógilt eða breytt. Slíkt leiðir óneitanlega til jafnræðis aðila máls og ætti að geta leitt til vandaðri úrlausna úrskurðarnefndar ef nefndarmenn eru meðvitaðir um að Póst- og fjarskiptastofnun geti einnig skotið úrskurðum nefndarinnar til dómstóla. Oft er um að ræða stór og mikilvæg mál sem jafnvel hafa verið til meðferðar hjá Póst- og fjarskiptastofnun í nokkur ár, eins og t.d. ákvarðanir sem teknar eru í kjölfar ítarlegra markaðsgreininga á fjölmörgum undirmörkuðum fjarskiptamarkaðarins. Mál þessi er oft stefnumótandi á markaði og er fyrst og fremst ætlað að stuðla að aukinni samkeppni í fjarskiptum, neytendum til hagsbóta. Því er ljóst að mikilvægt er að stofnunin geti borið úrskurði nefndarinnar undir dómstóla.

Samkvæmt meginreglu stjórnssýsluréttar er úrlausn æðra setts stjórnvalds um skýringu á lögum bindandi fyrir lægra sett stjórnvald. Getur hið lægra setta stjórnvald því aðeins hlutast til um að fá úrskurði æðra setts stjórnvalds (t.d. úrskurðarnefndar) hnekkt að til staðar sé ótvíræð lagaheimild fyrir það að skjóta deiluefninu til dómstóla. Sem dæmi um slík lagaákvæði má nefna 18. gr. upplýsingalaga, nr. 50/1996, þar sem stjórnvald getur borið úrskurð úrskurðarnefndar um upplýsingamál undir dómstóla, og lög nr. 21/1992, um Lánasjóð íslenskra námsmanna, eins og þeim var breytt með lögum nr. 140/2004, þar sem stjórn LÍN getur borið úrskurð



málskotsnefndar undir dómstóla. Þess má geta að ákvarðanir Fjármálaeftirlitsins voru fram til ársins 2006 kærarlegar til sérstakrar úrskurðarnefndar. Með lögum nr. 67/2006 var lögum um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi, nr. 87/1998, breytt á þann veg að úrskurðarnefndin var lögð niður og kveðið á um beina málskotsheimild til dómstóla. Rætt var um að veita Fjármálaeftirlitinu heimild til að skjóta úrskurðum úrskurðarnefndar til dómstóla en til þess kom ekki þar sem ákveðið var að leggja nefndina niður. Þó fékk Fjármálaeftirlitið í ákvæði til bráðabirgða með umræddum lögum heimild til að skjóta til dómstóla þeim úrskurðum úrskurðarnefndar sem féllu eftir gildistöku breytingarlaganna í málum sem nefndin hafði hafið meðferð á fyrir lagabreytinguna. Telja verður að eftirlit Póst- og fjarskiptastofnunar með fjarskiptamarkaði sé ekki síður mikilvægt en eftirlit Fjármálaeftirlitsins með fjármálamarkaði. Því er æskilegt að öll ágreiningsmál sem varða ákvarðanir Póst- og fjarskiptastofnunar geti komið til meðferðar dómstóla.

Í nefndaráli samgöngunefndar Alþingis sagði um þetta:

„Þá ræddi nefndin þá tillögu frumvarpsins að Póst- og fjarskiptastofnun geti skotið úrskurðum úrskurðarnefndar um fjarskipta- og póstmál til dómstóla en á fundum nefndarinnar kom fram að stofnunin gæti haft mikla hagsmuni af því að fá úrskurði nefndarinnar endurskoðaða eins og aðrir aðilar kærumála. Nefndin fellst á þau sjónarmið en telur hins vegar mikilvægt að þessi heimild verði einungis notuð í undantekningartilfellum og þá með samþykki ráðherra og leggur til breytingu í þá veru.“

Var frumvarpið samþykkt með þeirri breytingu sem samgöngunefnd lagði til.

Samkeppniseftirlitið telur að mjög sterk rök hafi mælt með þeirri þeirri breytingu sem löggjafinn gerði með lögum nr. 14/2011 og að þau rök eigi enn við. Almenn sjónarmið um æðri og lægri stjórnvöld og lögvarða hagsmuni geta ekki breytt þessu. Má draga þessi sjónarmið saman með þessum hætti:

- Samkeppniseftirlitinu er samkvæmt samkeppnislögum ætlað að gæta þeirra hagsmuna sem felast í virkri samkeppni. Ber að hafa í huga að til stuðnings rúmri túlkun á 41. gr. samkeppnislaga vísaði Héraðsdómur Reykjavíkur m.a. til „*almennra markmiða með starfsemi stefnanda, sbr. 8. gr. samkeppnislaga*“, sbr. framangreindur úrskurður frá 4. október 2012.
- Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er ekki hefðbundið æðra stjórnvald gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Þannig hefur nefndin ekki stjórnunar- og eftirlitsheimildir líkt og æðri stjórnvöld. Hún gegnir „*hlutverki úrskurðarnefndar á málsskotsstigi innan stjórnsýslunnar*“ og hefur ekki lögvarða hagsmuni að gæta í dómsmálum sem varða úrskurði hennar, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 63/1997. Hefur nefndin ekki ósvipað hlutverk og dómstólar og ber að líta til þess að aðeins þeir sem tilnefndir eru af Hæstarétti eru skipaðir í nefndina. Allir „*nefndarmenn sinna störfum sínum fyrir nefndina samhliða aðalstarfi sínu*“, sbr. skýrsla um starfsemi áfrýjunarnefndar



samkeppnismála á árinu 2010.³⁷ Með hliðsjón af þessu eiga hér ekki við almenn sjónarmið um að óeðlilegt sé að lægra sett stjórnvald skjóti úrlausnum æðra setts stjórnvalds til dómstóla.

- Samkeppniseftirlitið á aðild að öllum málum fyrir áfrýjunarnefnd. Hefur Samkeppniseftirlitið frá upphafi varið samkeppnishagsmuni fyrir áfrýjunarnefnd.
- Samkeppniseftirlitið á aðild að öllum dómsmálum þegar fyrirtæki krefjast ógildingar á úrskurðum áfrýjunarnefndar. Hefur Samkeppniseftirlitið frá upphafi varið samkeppnishagsmuni fyrir dómstólum.
- Líkt og í tilviki Póst- og fjarskiptastofnunar geta samkeppnismál verið afar „stór og mikilvæg“ og varðað mikla hagsmuni. Vart þarf að rökstyðja að hagsmunir af virkri samkeppni fyrir samfélagið eru ekki minna mikilvægir en þeir hagsmunir sem önnur stjórnvöld geta varið til sóknar fyrir dómstólum.

9.3 Áhrif á málshraða

Í athugasemdum með umræddu frumvarpi er því haldið fram að málskot Samkeppniseftirlitsins geri málsmeðferð lengri og kostnaðarsamari. Staðhæft er að niðurfelling málskotsheimildar myndi auka málshraða eftirlitsins.³⁸

Varðandi fyrri röksemdina er rétt að árétta að umræddri heimild samkeppnislaga hefur verið beitt í þremur málum, sbr. umfjöllun í kafla 6 hér að framan. Í öllum viðkomandi málum stefndu viðkomandi fyrirtæki einnig málinu fyrir dómstóla til þess að hnekkja úrskurði áfrýjunarnefndar að hluta til eða öllu. Af þessu má sjá annars vegar að heimildinni hefur einungis verið beitt þegar brýn þörf er á. Hins vegar styður reynslan ekki þá ályktun að heildar málsmeðferðartími styttest. Þannig er algengt að í úrskurðum áfrýjunarnefndar sé niðurstaða Samkeppniseftirlitsins staðfest að hluta, eins og í fyrrgreindum þremur málum, og að viðkomandi fyrirtæki vilji þá einnig láta reyna á niðurstöðu nefndarinnar. Þá er rétt að benda á að á meðan áfram er gert ráð fyrir að fyrirtæki geti borið mál undir dómstóla er örðugt að sjá rökin fyrir því að það sé skaðlegt að málsmeðferð lengist þegar verið er að gæta almannahagsmuna til sóknar en að á hinn bóginn sé það ekki skaðlegt þegar um einkahagsmuni fyrirtækja er að ræða.

Þá fá röksemdir um að niðurfelling málskotsheimildar myndi auka málshraða eftirlitsins ekki staðist. Skiptir hér máli að einungis er um örfá mál að ræða. Þá felur málflutningur máls fyrir dómstólum ekki í sér verulega viðbótarbyrði fyrir eftirlitið, enda styðst sá málflutningur, sem alla jafna er í höndum utanaðkomandi lögmanns, við þá vinnu sem þegar hefur verið unnin við rannsókn málsins og málflutning fyrir áfrýjunarnefnd.

³⁷ Hefur svo verið frá upphafi og er enn.

³⁸ Þessu til stuðnings er vísað til ársskýrslu Samkeppniseftirlitsins fyrir árin 2010 og 2011. Málskotsheimildin var lögfest á árinu 2011 og henni var ekki beitt á því ári. Tilvísun til ársskýrslna fyrir árin 2010 og 2011 hefur því ekki þýðingu, enda var þessi heimild ekki til staðar á þeim tíma.



9.4 Jafnvægi milli hagsmuna neytenda og fyrirtækja

Í grein framkvæmdastjóra SA segir að óviðunandi sé fyrir fyrirtæki að þurfa verjast málflutningi Samkeppniseftirlitsins fyrir dómi. Í grein Jóns S. Gunnlaugssonar lögmanns er rætt um að það þurfi að „afnema þessa vitleysu sem byggir á þeirri ranghugsun að stjórnvöld geti haft hagsmuni af því að beita borgara meiri áreitni heldur en æðra stjórnvald hefur talið réttmæta.“ Í athugasemdum með umræddu frumvarpi segir að afnám málskotsheimildarinnar „tryggir best það jafnvægi sem þarf að vera á milli Samkeppniseftirlitsins, áfrýjunarnefndarinnar, hagsmuna neytenda og fyrirtækja, sem eru aðilar máls ...“.

Fyrir liggur að almenningur hefur mikla hagsmuni af því að virk samkeppni ríki á sem flestum mörkuðum. Að sama skapi er ljóst að alvarleg brot fyrirtækja á samkeppnislögum eins og t.d. verðsamráð geta valdið almenningi miklu tjóni. Þegar úrræði eins og umrædd málskotsheimild er metið ber því ekki aðeins að horfa til hagsmuna öflugra fyrirtækja heldur verður jafnframt að taka ríkt tillit hagsmuna neytenda og samfélagsins í heild sinni. Gæta verður þess einnig að leggja ekki lögpersónur að jöfnu við einstaklinga þegar metið er hvað er „óviðunandi“ eða óhófleg „áreitni“ gagnvart fyrirtækjum.³⁹ Ella er hætt á því að efnahagslegri velferð neytenda sé raskað.⁴⁰ Hér skiptir máli að Mannréttindadómstóll Evrópu hefur talið að heimilt sé að takmarka tiltekin réttindi fyrirtækja vegna hagsmuna almennings af virkri samkeppni.⁴¹

³⁹ Sjá hér almennt um grundvallarréttindi fyrirtækja og samanburð við grundvallarréttindi einstaklinga: Peter Oliver, Companies and their Fundamental Rights, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 64, júlí 2015, bls. 661 – 696.

⁴⁰ Hefur það jafnvel verið talið fela í sér „háð“ (e. mockery) þegar öflug fyrirtæki vísa til tiltekinna mikilvægra réttinda einstaklinga. Sjá álit Colomer aðallögsögumanns við dómstól ESB frá 17. október 2002 í máli nr. C-338/00, Volkswagen gegn framkvæmdastjórninni, mgr. 66: „In general, as the appellant itself concedes, the body of safeguards developed in the field of criminal law, which has as its protagonists the penalising State, on the one hand, and the individual charged with the offence on the other, is not transferred en bloc to the field of competition law. Those safeguards are designed specifically to compensate for that imbalance of power. In the case of free competition, those parameters are altered, since it is sought to protect the community of individuals which constitutes society and is composed of groups of consumers against powerful corporations with significant resources. To accord such offenders the same procedural safeguards as those accorded to the most needy individuals, apart from being a mockery, would entail, essentially, a lower degree of protection, in this case economic protection, for the individual as the main victim of anti-competitive conduct. I therefore consider it important that the procedural rules be adapted to the specific field of competition. The requirements of the rules on indirect evidence, for example, should be relaxed, since such evidence is often the only means of revealing intent to infringe.“ Sjá einnig framangreinda grein Peter Oliver frá júlí 2015, bls. 695 þar sem t.d. dómstóll ESB er varaður við því að fallast á kröfur öflugra fyrirtækja um þau skuli njóta sama þagnarréttar og einstaklingar: „...if it were to be lured by the sirens of finance and industry into recognizing a privilege against self-incrimination for companies on the same basis as for natural persons, that would hamper the effective enforcement of competition law—a key component of the internal market, which is itself the cornerstone of the EU—without any good reason, given that the ECtHR has never ruled on the matter and both the German Constitutional Court and the US Supreme Court have rejected that position on the basis of the most cogent reasoning.“

⁴¹ Sjá Emberland, The Human Rights of Companies, 2006, bls. 195. Í umfjöllun um dóm Mannréttindadómstólsins í Colas Est málinu og Markt Intern málinu er sagt að málin sýni að dómstóllinn hafi veitt aðildarríkjum talsvert svigrúm til þess að takmarka þau réttindi sem fyrirtæki geta notið. Er ástæðan sögð þessi: „It should be recalled, by way of conclusion, that the Markt Intern and Colas Est judgements both concerned governmental regulation of anti-competitive behaviour. Action against anti-competitive behaviour is undertaken by the State to secure equal opportunities in the various markets. ... The granting of a wide margin of appreciation under the Convention for the implementation of competition benefits public interests since a functioning market presumptively generates economic surplus for the advantage of the common good. Significantly, the Court in the Colas Est case found the competition authorities' searches and seizures to pursue the legitimate aim of restricting the privacy right for the purpose of the "economic well-being of the country".“ Í áliði Geelhoed aðallögsögumanns við dómstól ESB frá 19. janúar 2006 í máli nr. C-301/04P, framkvæmdastjórnin gegn SGL Carbon segir: „... there is no dispute that the European Court of Human Rights extended certain rights and freedoms to companies and other corporate entities. The same is true under Community law and under the Charter of Fundamental Rights of the European



Þó að hagsmunir almennings af virkri samkeppni séu miklir þá eru þeir eðli málsins samkvæmt mjög dreifðir (e. *diffused interests*). Þá er staða almennings vitaskuld allt önnur en staða öflugra fyrirtækja til þess að gæta hagsmuna sinna fyrir dómstólum. Þolendur samkeppnisbrota geta og verið lítil fyrirtæki, t.d. sprotafyrirtæki eða fjölskyldufyrirtæki. Getur einnig verið erfitt fyrir slíka þolendur samkeppnisbrota að standa í málrekstri gagnvart öflugum keppinautum. Í fræðilegri umræðu, í tengslum við framkvæmd á banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu, hefur verið bent á ólíka stöðu annars vegar öflugra fyrirtækja sem hafa skýra einkahagsmuni að verja og hins vegar almennings og lítilla fyrirtækja:

„The beneficiaries of full enforcement of Article 102 TFEU, as interpreted by the Court of Justice, for instance with regard to exclusivity rebates, are, apart from the EU general interest, European consumers and the smaller companies that are the actual or potential competitors of dominant companies. These benefits are spread out over many beneficiaries, many of whom may never even become aware of it. They are thus unlikely to defend effectively their interests. Indeed, as Dieter Wolf, former President of the Bundeskartellamt, has pointed out, competition has no lobby. On the other hand, the loss to the dominant undertakings that are prevented from abusing their dominant position is highly concentrated. Dominant companies can thus be expected to lobby strongly against full enforcement. For antitrust practitioners, dominant companies are the largest and most lucrative clients. Antitrust practitioners thus have an interest in positioning themselves as proponents of views that chime with dominant company interests. Many antitrust academics are also practitioners, or may want to become practitioners at a later stage of their career. Large parts of the publication and conference markets are also run by and for practitioners. Many academics may thus face similar incentives as those faced by practitioners.”⁴²

Sökum framangreinds er almennt talið mikilvægt að sjálfstæð samkeppnisyfirvöld gæti þeirra mikilvægu almannahagsmuna sem felast í virkri samkeppni.⁴³ Jafnframt verða samkeppnisyfirvöld að búa yfir fullnægjandi heimildum og úrræðum til að geta sinnt hlutverki sínu. Var það því mikil réttarbót þegar löggjafinn ákvað á árinu 2011 að auka möguleika Samkeppniseftirlitsins til að gæta almannahagsmuna með lögfestingu heimildar til þess að bera úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála undir dómstóla.

Til viðbótar ber að horfa til þess að ef áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfestir ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að fyrirtæki hafi t.d. misnotað markaðsráðandi stöðu sína og

Union. That being said, the European Court of Human Rights also makes a distinction between the level of protection conferred on natural persons on the one hand and legal persons on the other.”

⁴² Sjá grein Wouter Wils frá 26. júní 2017, Competition authorities: Towards more independence and prioritisation? – The European Commission’s „ECN+“ Proposal for a Directive to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, bls. 30-31 (King’s College London Law School Research Paper No. 2017-39 (ssrn.com/author=456087)).

⁴³ Sjá umfjöllun hér að framan um „Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market“. SWD(2017)114, 22. mars 2017.



valdið samkeppnislegu tjóni getur það fyrirtæki látið reyna á úrskurð nefndarinnar fyrir dómstólum. Það þýðir vitaskuld að samkeppnismálið tekur lengri tíma en ella. Málskot fyrirtækis er hins vegar á allan hátt eðlilegt og tryggir réttaröryggi þess til fulls. Samkeppniseftirlitið fær hins vegar ekki séð hvers vegna önnur lögmál eiga gilda þegar áfrýjunarnefnd ógildir eða breytir ákvörðun þess. Sem fyrr segir er eftirlitinu falið að lögum að vernda eða efla samkeppni og fæst ekki séð hvers vegna samkeppnishagsmunir ættu að njóta minni verndar að þessu leyti fyrir dómstólum en hagsmunir einstakra fyrirtækja. Í réttargæslukerfum er bæði fullkomlega eðlilegt og nauðsynlegt að stjórnvöld sem sinna lagaframkvæmd geti áfrýjað niðurstöðum úrskurðaraðila. Þetta á við á réttarsviðum þar sem ber að gera ýtrustu kröfur til réttaöryggis, þ.e. í sakamálum gagnvart einstaklingum. Þannig þarf sakaður maður að þola það ef ákærvaldið telur efni til að áfrýja sýknudómi í héraði til Landsréttar. Því er ekki unnt að fallast á að það geti með réttu talist óviðunandi fyrir fyrirtæki ef Samkeppniseftirlitið áfrýjar úrskurði áfrýjunarnefndar í viðkomandi til máli til dómstóla. Brot á samkeppnislögum geta falið í sér alvarleg efnahagsbrot. Frá sjónarhóli stjórnvalda geta ekki verið nein efni til þess að taka mun ríkara tillit til hagsmuna lögpersóna en gert er gagnvart einstaklingum í málum af þessum toga.

Fram að gildistöku laga nr. 14/2011 ríkti tiltekið ójafnvægi milli almannahagsmuna og einkahagsmuna fyrirtækja. Það var leiðrétt með umræddum lögum.

9.5 Hvergi vikið að skuldbindingum EES-samningsins

Framangreind umfjöllun um EES-rétt sýnir að skilvirk framkvæmd á samkeppnisreglum EES-samningsins kallar á að Samkeppniseftirlitið geti borið undir dómstóla úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála þegar EES-reglum er beitt. Þessar kröfur EES-samningsins taka hins vegar ekki til beitingu ákvæða samkeppnislaga, t.d. 10. eða 11. gr. laganna.

Hér ber hins vegar að líta til þess að samkvæmt 26. gr. samkeppnislaga ber að beita EES-reglunum í sama máli og íslensku reglunum um ólögmætt samráð og misnotkun á markaðsráðandi stöðu er beitt. Gildissvið samkeppnisreglna EES er rúmt⁴⁴ og hefur þeim verið beitt í mörgum mikilvægum málum hér á landi. Hvorki er raunhæft eða skynsamlegt að mismunandi reglur gildi um málskot í einu og sama málinu. Samkeppniseftirlitið telur þess vegna að engin rök geti staðið til þess fyrirkomulags að í t.d. máli sem varðar tiltekna misnotkun markaðsráðandi fyrirtækis á stöðu sinni (sem felur í brot á bæði 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins) gæti eftirlitið aðeins látið reyna á beitingu áfrýjunarnefndar samkeppnismála á 54. gr. EES-samningsins en ekki á efnislega samhljóða ákvæði íslensku samkeppnislaga.

Í tengslum við þær tillögur sem hafa komið fram um niðurfellingu á málskotsheimildinni hefur ekki verið útskýrt hvernig þær geti samrýmt EES-samningum. Þá hefur heldur ekki verið útskýrt hvernig það geti verið æskilegt eða framkvæmanlegt að hafa að þessu leyti eina reglu fyrir beitingu EES-réttar hér á landi og aðra fyrir beitingu samkeppnislaga.

⁴⁴ Sjá t.d. tilkynningu Eftirlitstofnunar EFTA: Leiðbeiningar um hugtakið áhrif á viðskipti eins og það er notað í 53. og 54. gr. EES-samningsins (2006/EES/59/06).



10. Niðurstaða

Samkvæmt samkeppnislögum er Samkeppniseftirlitinu ætlað með sjálfstæðum hætti að ná fram markmiðum laganna. Er eftirlitinu þannig falið að gæta þeirra almannahagsmuna sem felast í virkri samkeppni á mörkuðum. Frá árinu 1993 hafa samkeppnisyfirvöld á fyrsta stjórnarsýslustigi gætt þessara hagsmuna til varnar fyrir bæði áfrýjunarnefnd samkeppnismála og dómstólum.

Áfrýjunarnefnd er sjálfstæð úrskurðarnefnd en ekki æðra stjórnvald í þeim skilningi að nefndin hafi stjórnunar- og eftirlitshlutverk gagnvart Samkeppniseftirlitinu. Ólíkt eftirlitinu er nefndinni ekki ætlað samkvæmt samkeppnislögum að vera viðvarandi gæslumaður þeirra almannahagsmuna sem felast í virkri samkeppni á mörkuðum. Hlutverki áfrýjunarnefndarinnar svipar mjög til hlutverks dómstóla.

Í ljósi framangreinds var bæði eðlilegt og æskilegt að gera Samkeppniseftirlitinu kleift að gæta umræddra hagsmuna til sóknar fyrir dómstólum. Óumdeilt er að samkeppni hefur mikla þýðingu fyrir samkeppnishæfni ríkja og lífskjör almennings. Af þeim sökum er brýnt að ekki séu reistar skorður við því að þýðingarmikil samkeppnisleg álitaefni séu leidd til lykta fyrir dómstólum. Er það jafnframt óhjákvæmilegt m.t.t. alþjóðlegra skuldbindinga og samkeppnishæfni íslensks atvinnulífs. Fram til þessa hefur málskotsheimildinni verið beitt í hófi og einskorðast við sannanlega mikilvæg mál.

Að mati eftirlitsins eru þau rök sem sett hafa verið fram til stuðnings niðurfellingar málskotsheimildinni ófullnægjandi. Þau taka of ríkt tillit til hagsmuna fyrirtækja á kostnað almannahagsmuna og horfa framhjá skuldbindingum sem leiða af aðild Íslands að EES-samningnum.

Tilgangur með setningu laga nr. 14/2011 var að styrkja samkeppni og samkeppnislögin. Hefur það gengið eftir. Að mati Samkeppniseftirlitsins myndi brottfall málskotsheimildarinnar leiða til þess að markmiði samkeppnislaga yrði síður náð og valda almenningi tjóni.



D. VIÐAUKI VIÐ MINNISBLAÐ TIL RÁÐHERRA – STAÐA BYKO-MÁLSINS Í NÓVEMBER 2019

Til fyllingar umfjöllun um dómsmál í kafla C er hér gerð grein fyrir stöðu dómsmeðferðar á svokölluðu Byko-máli, sbr. nánar tiltekið kafla 6.2 í kafla C.

Dómur Landsréttar 14. júní 2019

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 16. maí 2018 var fallist á að brot Byko hefðu verið alvarleg og var sekt félagsins hækkuð úr 65 mkr. samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar í 400 mkr. Einnig féllst dómurinn á það að 53. gr. EES-samningsins hefði verið brotin.

Byko áfrýjaði dómi héraðsdóms til Landsréttar. Í dómi Landsréttar frá 14. júní 2019 var tekið undir það með Samkeppniseftirlitinu að Byko hefði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og að þegar brot Byko eru „*metin heildstætt [verði] að leggja til grundvallar að um sé að ræða alvarleg brot sem beinast gegn mikilsverðum hagsmunum neytenda. Brotin voru framin af ásetningi.*“ Taldi Landsréttur sekt Byko vera hæfilega 325 mkr. Lækkun Landsréttar á sektinni byggði m.a. á því að dómstóllinn féllst ekki á að Byko hefði einnig brotið gegn 53. gr. EES-samningsins.

Fyrir Landsrétti lagði ESA fram skriflegar athugasemdir varðandi beitingu álagningu sekta vegna brots á 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins. Var þetta í annað sinn sem ESA lagði fram skriflegar athugasemdir til íslenskra dómstóla, en fyrsta skiptið var við rekstur málsins fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur.

Ákvörðun Hæstaréttar Íslands 12. ágúst 2019

Þann 11. júlí 2019 leitaði Samkeppniseftirlitið eftir leyfi Hæstaréttar Íslands til að áfrýja dómi Landsréttar. Hæstiréttur veitti Samkeppniseftirlitinu leyfi til áfrýjunar. Í ákvörðun Hæstaréttar frá 12. ágúst 2019 segir:

„Leyfisbeiðendur byggja á því að úrslit málsins hafi verulegt almennt gildi annars vegar um beitingu 53. gr. EES-samningsins og hins vegar um fjárhæð stjórnvaldssektar og varði málið þannig sérstaklega mikilvæga hagsmuni þeirra. Telja þeir að í niðurstöðu Landsréttar hafi verið gerðar ríkari kröfur en áður hafi sést til sönnunar á því hvort brot geti hafa haft áhrif á viðskipti milli aðila innan Evrópska efnahagssvæðisins. Þá sé niðurstaðan í andstöðu við fyrirmæli Eftirlitsstofnunar EFTA og dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Leyfisbeiðendur benda á að í dómi Landsréttar hafi fjárhæð sektar verið lækkuð í sömu fjárhæð og Húsasmiðjan ehf. hafi samþykkt að greiða með sátt á árinu 2014 vegna brota félagsins í sömu tilvikum. Sé sú niðurstaða fallin til að draga verulega úr hvata fyrirtækja til að gera sátt vegna samkeppnisbrota. Þá sé fjárhæð sektarinnar reist á röngum forsendum þar sem Landsréttur leggi ranglega til grundvallar lengd brotatímabils gagnaðilans Byko ehf., áhrif verðsamráðsins og fjárhæð sekta í öðrum samkeppnismálum sem komið hafa til kasta dómstóla. Að þessu leyti sé dómur Landsréttar jafnframt bersýnilega rangur að efni til.

Að virtum gögnum málsins verður að líta svo á að dómur í máli þessu myndi hafa fordæmisgildi um framangreind atriði. Er umsókn leyfisbeiðenda um áfrýjunarleyfi því tekin til greina.“



Fyrir Hæstarétti lagði ESA fram í þriðja sinn skriflegar athugasemdir, er varðar beitingu 10. gr. samkeppnislaga og 53. gr. EES-samningsins vegna brota gegn þeim auk álagningar sekta. Einnig bað ESA um leyfi réttarins til þess að koma að munnlegum athugasemdum í málflutningi fyrir Hæstarétti, og var fallist á það. Verður það í fyrsta skiptið sem ESA flytur munnlegar athugasemdir fyrir dómstólum hérlandis, en ESA hefur ekki óskað eftir því áður hvorki hérlandis eða í Noregi.

Niðurstaða Hæstaréttar liggur ekki fyrir.



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

FYLGISKJAL IV

8. nóvember 2019.

HEIMILD SAMKEPPNISEFTIRLITSINS TIL ÞESS AÐ BÆTA VIRKNI MARKAÐA (Heimild til íhlutunar án brots)

Efnisyfirlit

	bls.
SAMANTEKT.....	3
A. SJÓNARMÍÐ VEGNA FRUMVARPSDRAGA ATVINNUVEGA- OG NÝSKÖPUNARRÁÐUNEYTI	5
1. Heimildin lögfest 2011.....	5
2. Gagnrýni og frumvarpið frá 2016.....	6
3. Samkeppniseftirlitið skilar ráðherra minnisblaði um mikilvægi heimildarinnar	7
4. Frumvarpið frá október 2019.....	7
5. Heimildin stuðlar að virkari samkeppni og aukinni samkeppnishæfni	8
5.1 Viðhorf og tilmæli OECD	9
5.2. Ábati í Bretlandi.....	12
6. Heimildin á sér mikilvæg fordæmi í nágrannalöndum.....	14
6.1 Noregur	16
6.2 Bretland	19
6.3 Spánn	21
6.4 Bandaríkin	22
6.5 Ástralía.....	22
6.6 Mexíkó	22
6.6 Belgía, Holland og Lúxemborg	23
7. Um að heimildin fari gegn stjórnarskrá og geti leitt til óafturkræfs tjóns	24
8. Um að heimildinni hafi ekki verið beitt.....	25
B. MINNISBLAÐ FRÁ 12. NÓVEMBER 2018	29
1. Forsagan	29
2. Breytingin með lögum nr. 14/2011	30
3. Reglur nr. 490/2013 um markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins	34
4. Fyrsta markaðsrannsóknin	35
4.1 Frummatsskýrsla birt	37
4.2 Opinn fundur.....	38
4.3 Lok rannsóknar gagnvart opinberum aðilum.....	40
4.4 Lok rannsóknar gagnvart fyrirtækjum.....	41
5. Framkvæmd erlendis.....	42
6. Dæmi um aðstæður sem kallað gætu á markaðsrannsókn	47
6.1 Fákeppni/þegjandi samhæfing	47
6.2 Takmarkað aðgengi að mikilvægum innviðum	48
6.3 Skaðlegar breytingar verða á mörkuðum vegna samruna sem heimila verður á grundvelli sjónarmiða um fyrirtæki á fallanda fæti (failing firm).	48



6.4	Skaðleg stjórnunar og eignatengsl – eignarhald í fleiri en einum keppinaut.	48
7.	Niðurstaða.....	50



SAMANTEKT

Í fyrirbyggjandi drögum að frumvarpi til breytinga á samkeppnislögum, sem ferðamála-, iðnaðar- og nýsköpunarráðherra birti þann 21. október 2019, er lagt til að heimild Samkeppniseftirlitsins til þess að bæta virkni markaða (c. liður 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga) verði felld niður.

Umrædd heimild var lögfest með lögum nr. 14/2011 að undangenginni ítarlegri umfjöllun. Í lögskýringargögnum eru færð sterk rök fyrir mikilvægi úrræðisins. Þau efnisrök standa enn og hefur ekkert komið fram í umfjöllun um ákvæðið, hvorki frá gildistöku þess eða við umfjöllun nú, sem bendir til að upphafleg rök fyrir tilvist ákvæðisins eigi ekki enn við.

Allt frá þinglegri meðferð frumvarpsins sem varð að lögum nr. 14/2011 hefur úrræðið verið umdeilt, þar sem Samtökum atvinnulífsins og Viðskiptaráð hafa farið fyrir þeim sem hafa gagnrýnt ákvæðið, en á hinn bóginn töldu Neytendasamtökin og Félag atvinnurekenda að úrræðið væri til bóta.

Árið 2016 var kynnt á Alþingi frumvarp til laga um breytingar á samkeppnislögum, þar sem lagt var til að heimildin yrði felld úr gildi. Þá, eins og nú, var m.a. vísað til ábendinga frá atvinnulífinu. Í lok síðasta árs sendi Samkeppniseftirlitið atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytinu greinargerð um heimildina, sem birt er í kafla B með hér á eftir.

Meginrökin sem nefnd hafa verið, þ.á m. í greinargerð með frumvarpinu eru þau að;

- ákvæðið sé almennt, beiting þess ófyrirsjáanleg og skapi því réttaróvissu,
- samkeppnisyfirvöld á EES-svæðinu hafi almennt ekki jafn víðtækar heimildir,
- heimildin sé til þess fallin að draga úr samkeppnishæfni íslensks atvinnulífs.
- heimildin auki kostnað fyrirtækja,
- vafa sé undirorpið hvort beiting heimildarinnar stæðist kröfur stjórnskipunar- og stjórnsýsluréttar um meðalhóf, ekki síst skipulagsbreytingar,
- beiting heimildarinnar geti leitt til óafturkræfs tjóns og skaðabótaábyrgðar íslenska ríkisins ef hún uppfyllir ekki skilyrði laga, og loks
- að ákvæðinu hafi ekki verið beitt frá árinu 2011.

Hér á eftir verður fjallað nánar um framangreind málsrök. Meðal annars verður sýnt fram á eftirfarandi:

- Þar sem heimild af þessu tagi er til staðar hefur hún verið talin mikilvægt tæki til þess að stuðla að samkeppni á mörkuðum og samkeppnishæfni þjóða. Um $\frac{3}{4}$ beins ábata af starfi breskra samkeppnisyfirvalda er rakinn til sambærilegs úrræðis þar í landi (kafla A, 5.2).
- Staðfest er af hálfu formanns samkeppnisnefndar OECD að samkeppnislög og heimildir samkeppnisyfirvalda, sambærilegar þeim sem eru í íslenskum lögum, fela ekki í sér reglubyrði. Ekki sé tækt að rökstyðja veikingu samkeppnislaga með því að með því sé dregið úr reglubyrði. Jafnframt er staðfest að markaðsathuganir séu mikilvægur þáttur í starfi samkeppniseftirlita í heiminum. Mismunandi sé hvort og hvaða úrræði fylgi slíkum rannsóknum, en vaxandi fjöldi samkeppniseftirlita



búi yfir heimildum sem séu sambærilegar heimild Samkeppniseftirlitsins. (Kafli A, 5.1)

- Öll samkeppniseftirlit aðildarríkja ESB, sem sendu inn svör, svöruðu játandi spurningu Samkeppniseftirlitsins um það hvort þau byggju yfir heimildum til rannsaka einstaka markaði eða svið atvinnulífsins í einu lagi. A.m.k. Noregur, Bretland og Spánn búa yfir sambærilegri heimild til íhlutunar og er í íslenskum lögum, auk þess sem Belgía, Holland og Lúxemborg hafa óskað eftir úrræði til þess að bæta virkni markaða. Þá má nefna að samkeppnisyfirvöld í Bandaríkjunum, Ástralíu og Mexíkó hafa áþekka heimild. Það er því augljóslega rangt að halda því fram að önnur samkeppnisyfirvöld hafi ekki jafn víðtækar heimildir. (Kafli A, 6)
- Heimildin gengur ekki gegn stjórnarskrá og á ekki að leiða til óafturkræfs tjóns, en fjallað var ítarlega um þetta við undirbúning lagaheimildarinnar 2011. (kafli A, 7)
- Umrædd rannsóknarheimild hefur verið nýtt af Samkeppniseftirlitinu, þótt ekki hafi hingað til þurft að grípa til formlegrar íhlutunar á grundvelli c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Ljóst er að ákvæðið hefur skilað umtalsverðum árangri, eins og nánar er rakið í kafla A, 8 og kafla B, 4.
- Auk þess hefur heimildin haft vægi í umræðu um önnur brýn álitaefni. Þannig hefur starfshópur forsætisráðherra um hlutverk lífeyrissjóða í uppbyggingu atvinnulífs bent á að unnt sé að beita úrræðinu til að fást við samkeppnishamlandi afleiðingar af sameiginlegu eignarhaldi lífeyrissjóða á atvinnufyrirtækjum.
- Áfnám íhlutunar til að bæta virkni markaða hefði umtalsverð áhrif á heimildir til eftirlits með fjölmiðlum, sbr. kafla A 10.



A. SJÓNARMÍÐ VEGNA FRUMVARPSDRAGA ATVINNUVEGA- OG NÝSKÖPUNARRÁÐUNEYTIS

Í drögum að frumvarpi til breytinga á samkeppnislögum er lagt til að heimild Samkeppniseftirlitsins til þess að bæta virkni markaða (c. liður 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga) verði felld niður. Heimildin var lögfest árið 2011 og hlaut þá ítarlega umræðu. Rétt er að víkja hér í upphafi að þeirri umfjöllun og gagnrýni sem heimildin hefur mætt frá byrjun, áður en vikið er að frumvarpsdrögunum og sjónarmiðum um þau.

1. Heimildin lögfest 2011

Á árinu 2011 breytti Alþingi samkeppnislögum, sbr. lög nr. 14/2011. Tilgangur þessarar breytinga var að styrkja samkeppnislögin. Ein helsta breytingin var að Samkeppniseftirlitinu var veitt heimild til að bæta virkni markaða og þar með auka eða verja samkeppni almenningi til heilla. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 14/2011 var þessi breyting m.a. rökstudd svo:

„[...] er ljóst að samkeppnishömlur geta í vissum tilvikum átt rót sína að rekja til annarra atriða en samruna eða brota fyrirtækja á bannreglum samkeppnislaga. Hugsanlegt er t.d. að fyrirtæki sé í slíkri yfirburðastöðu á markaði að tilvist þess í óbreyttu formi geti útilokað eða takmarkað að verulegu leyti samkeppni. Í slíkum tilvikum felst hið samkeppnislega vandamál ekki í brotlegri hegðun viðkomandi fyrirtækis heldur í því að yfirburðastaða þess sem slík raskar samkeppni. Þá geta einkenni á markaði eða háttsemi tiltekinna fyrirtækja dregið úr virkri samkeppni þrátt fyrir að þessi atriði falli ekki nauðsynlega undir bannreglur samkeppnisréttarins. Dæmi um það er háttsemi fyrirtækja á fákeppnismarkaði sem gerir þeim auðveldara að stunda þegjandi samhæfingu án þess þó að í háttseminni felist samskipti milli viðkomandi fyrirtækja sem leiða til þess að hún félli undir bann við ólögsmætu samráði.

Sú röskun á samkeppni sem leitt getur af framangreindu getur verið jafnalvarleg fyrir neytendur og sú takmörkun á samkeppni sem leiðir af broti á bannreglum samkeppnislaga. Sökum þessa hafa ýmis ríki í samkeppnislögum sínum úrræði sem ætlað er vinna gegn samkeppnishömlum af þessum toga, sbr. nánar hér á eftir. Slík úrræði ganga mislangt en segja má að kjarni slíkra reglna felist í því að veitt er heimild til þess að breyta tilteknu ástandi eða háttsemi á markaðnum til frambúðar í því skyni að bæta virkni viðkomandi markaðar og efla samkeppni almenningi og atvinnulífinu til hagsbóta. Úrræði þessi eru þannig til viðbótar við bann- og samrunareglur samkeppnisréttarins og eru sett til þess að unnt sé að bregðast við hvers konar háttsemi eða aðstæðum sem takmarka samkeppni og skaða þar með kjör almennings.“

Í áliti meirihluta viðskiptanefndar Alþingis, við þinglega meðferð heimildarinnar, er sérstaklega vísað til þess að með henni muni möguleikar Samkeppniseftirlitsins til að vinna gegn hamlandi stjórnunar- og eignatengslum milli fyrirtækja hér á landi aukast. Vísaði löggjafinn m.a. til þess hlutverks Samkeppniseftirlitsins, skv. d-lið 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga, að fylgjast með þróun á samkeppni- og viðskiptaháttum og kanna



stjórnunar og eignatengsl. Án heimildarinnar hefði eftirlitið enga sjálfstæða heimild til aðgerða vegna slíkra takmarkana. Í framhaldsnefndaráli meirihluta viðskiptanefndar sagði:

„Löggjafinn hefur um langa hríð talið að í því felist mikilsverðir almannahagsmunir að hér á landi ríki virk samkeppni í viðskiptum og í því skyni þurfi að vera í gildi víðtækar samkeppnisreglur. Landfræðileg einangrun landsins, fámenni og tilhneiging til myndunar fákeppnismarkaða fela í sér sterk rök fyrir því að hér á landi gildi mjög öflug samkeppnislög.“

2. Gagnrýni og frumvarpið frá 2016

Mikil umræða skapaðist við þinglega meðferð um þessa tillögu frumvarpsins. Á meðal þeirra sem andmæltu heimildinni voru Samtök atvinnulífsins, Viðskiptaráð Íslands, Icelandair og Hagar, en á meðal þeirra sem töldu heimildina vera til bóta voru Félag atvinnurekenda og Neytendasamtökin, auk ýmissa aðila í stjórnsýslunni.

Allt frá aðdraganda lagasetningarinnar árið 2011 hafa þeir sem tala fyrir hagsmunum stærri fyrirtækja haldið því fram að heimild c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga sé of íþyngjandi fyrir fyrirtæki, rýri framtíðarverðmæti þeirra og dragi úr líkum á því að þau gangi kaupum og sölum. Þá hefur verið dregið í efa að heimildin standist 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttar.

Við undirbúning heimildarinnar var tekið til skoðunar hvort hún gengi gegn stjórnarskrárvarinni friðhelgi eignarréttar og atvinnufrelsi, rýrði verðmæti fyrirtækja eða skaðaði þau með öðrum hætti. Var niðurstaðan sú að í mögulegri íhlutun í skipulag fyrirtækja fælust ekki óeðlileg afskipti af eignarréttindum heldur væri um að ræða nauðsynlega aðgerð til þess að vernda mikilvæga almannahagsmuni. Ekkert fyrirtæki gæti átt réttmæta kröfu til þess að vera til frambúðar í yfirburðastöðu sem hindraði með alvarlegum hætti virka samkeppni. Hins vegar lagði löggjafinn áherslu á ríka sönnunarbyrði Samkeppniseftirlitsins og meðalhóf við beitingu ákvæðisins.

Haustið 2016 lagði þáverandi iðnaðar- og viðskiptaráðherra fram frumvarp til breytinga á samkeppnislögum. Í athugasemdum í frumvarpinu kemur fram að það sé lagt fram m.a. vegna „*ábendinga frá atvinnulífinu*“. Í frumvarpinu var lagt til að heimild Samkeppniseftirlitsins skv. c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga yrði felld niður. Frumvarpið kom ekki til meðferðar á Alþingi.

Í maí 2018 kölluðu Samtök atvinnulífsins eftir því að þessi heimild Samkeppniseftirlitsins yrði felld niður:

„Árið 2011 fékk Samkeppniseftirlitið einnig heimild til að grípa til aðgerða gegn hvers kyns aðstæðum eða háttsemi þrátt fyrir að ekkert brot hafi átt sér stað á ákvæðum samkeppnislaga. Eftirlitið getur gripið inn í lögmætan rekstur fyrirtækis og reynt að knýja á um breytingar á skipulagi eða rekstri. Lagaheimildin felur í sér mikla trú á getu Samkeppniseftirlitsins til að sjá fyrir hvernig einstakir markaðir



*muni þróast t.d. með tilliti til nýsköpunar, tæknibreytinga og efnahagsþróunar og að þar sé til staðar endanleg þekking á því hvernig rekstri fyrirtækja sé best fyrir komið. Þessi trú byggir á miklum misskilningi og í raun munu aðgerðir sem byggja á þessari lagaheimild leiða til mikils ófarnaðar. Best færi að þessi heimild yrði felld úr lögum sem fyrst."*¹

3. Samkeppniseftirlitið skilar ráðherra minnisblaði um mikilvægi heimildarinnar

Þann 12. nóvember 2018 sendi Samkeppniseftirlitið minnisblað til ferðamála-, iðnaðar- og nýsköpunarráðherra. Í því var með rökstuddum hætti varað við því að heimildin til að bæta virkni markaða yrði felld niður.

Í minnisblaðinu er sýnt fram á það að ekkert í framkvæmd heimildar til að bæta virkni markaða eða þróun atvinnulífs frá lögfestingu heimildarinnar rennir stoðum undir það að heimildin hafi skaðað hagsmuni fyrirtækja, líkt og gagnrýnendur heimildarinnar hafi haft áhyggjur af. Einnig liggi fyrir að aðilar sem talað hafa fyrir hagsmunum minni fyrirtækja hafa margir talið heimildina mikilvæga og hvatt til þess að henni væri beitt. Þá séu einnig dæmi um að fyrirtæki sem rannsókn beinist að vilji fremur að rannsókn sé byggð á c-lið 1. mgr. 16. gr., fremur en bannreglum samkeppnislaga, þ.e. að rannsókn sé ekki reist á gruni um möguleg brot.

Með hliðsjón af framangreindu beindi Samkeppniseftirlitið því til ráðherra að það teldi afar mikilvægt að framangreint úrræði yrði áfram í lögum svo unnt væri að bæta virkni mikilvægra markaða almenningi og atvinnulífinu til hagsbóta. Þá hefði ekkert komið fram við beitingu heimildarinnar sem gæfi tilefni til að ætla að hagsmunir fyrirtækja eða eigenda þeirra hefðu verið fyrir borð bornir með tilvist heimildarinnar.

Umrætt minnisblað frá nóvember 2018 til ráðherra er að finna í næsta kafla (B) og vísast til þess.

4. Frumvarpið frá október 2019

Í fyrirbyggjandi frumvarpsdrögum til breytinga á samkeppnislögum er sem fyrr segir lagt til að heimild Samkeppniseftirlitsins til þess að bæta virkni markaða verði felld niður.

Í skýringum við frumvarpsdrögunum kemur fram að í þessu efni sé enn „horft til ábendinga frá fulltrúum atvinnulífsins“. Rökin sem færð eru fram fyrir afnámi heimildarinnar virðast að öðru leyti einkum vera eftirfarandi:

- Ákvæðið sé almennt, beiting þess ófyrirsjáanleg og skapi því réttaróvissu.
- Samkeppnisyfirvöld á EES-svæðinu hafi almenn ekki jafn víðtækar heimildir.
- Heimildin sé til þess fallin að draga úr samkeppnishæfni íslensks atvinnulífs.
- Heimildin auki kostnað fyrirtækja.

¹ <https://sa.is/frettatengt/frettir/riki-i-rikinu>



- Vafa sé undirorpið hvort beiting heimildarinnar stæðist kröfur stjórnskipunar- og stjórnsýsluréttar um meðalhóf, ekki síst skipulagsbreytingar.
- Beiting heimildarinnar geti leitt til óafturkræfs tjóns og skaðabótaábyrgðar íslenska ríkisins ef hún uppfyllir ekki skilyrði laga.
- Ákvæðinu hafi ekki verið beitt frá árinu 2011.

Í opinberri umræðu eftir að frumvarpsdrögin komu fram hefur tillagan um niðurfellingu á heimildinni verið studd með vísan til þess „að ólíkt því sem tíðkast á Norðurlöndunum sé Samkeppniseftirlitinu (SKE) heimilt að grípa inn í rekstur fyrirtækja óháð því hvort lög hafi verið brotin.“²

Einnig hefur heimildin verið sögð „afar víðtæk og eftirlitið hefur hana þótt fyrirtæki hafi ekki unnið sér neitt til sakar annað en að standa sig vel,“ segir Hörður Felix Harðarson, lögmaður [...] „Heimildin er algjörlega óþörf og beiting hennar alfarið háð mati eftirlitsins. Að mínu mati eru aðrar reglur samkeppnislaganna nægilega strangar og SKE getur ávallt gripið inn í ef fyrirtæki misstíga sig. Það er feikinóg.“³

Þessi umræða hefur einnig verið tengd umfjöllun um reglubyrði og látið í veðri vaka að umræddar breytingartillögur frumvarpsdraganna séu þáttur í því að verða við tilmælum OECD um að draga úr reglubyrði.⁴ Í skýringum með frumvarpinu kemur t.d. fram að íþyngjandi samkeppnislöggjöf hér á landi dragi úr samkeppnishæfni íslensks atvinnulífs.⁵

Samkeppniseftirlitið telur að framangreind sjónarmið feli ekki í sér málefnaleg eða fullnægjandi rök til þess að fella umrædda heimild úr samkeppnislögum. Mun eftirlitið rökstyðja það mat sitt í þessu minnisblaði. Umfjöllun í minnisblaðinu frá nóvember 2018 er hluti af þeim rökstuðningi og verður vísað þar sem við á til umfjöllunar í því.

5. Heimildin stuðlar að virkari samkeppni og aukinni samkeppnishæfni

Í framangreindum sjónarmiðum felst að heimildin til að bæta virkni markaða sé í eðli sínu skaðleg. Heimildin sé til þess fallin að draga úr samkeppnishæfni íslensks atvinnulífs. Beiting hennar auki kostnað fyrirtækja og skapi réttaróvissu.

² Viðskiptaráð Íslands - Viðskiptablaðið - 25.10.19 - „Fjögur atriði meira íþyngjandi“ - www.vb.is/frettir/fjogur-atridi-meira-ithyngjandi/157928 og vi.is/malefnastarf/utgafa/stadreyndir/samkeppnislog-meira-ithyngjandi-a-Islandi/

³ Hörður Felix Harðarson - 31.10.19 - Viðskiptablaðið - Skilvirkni neytendum til vansa eða bóta?

⁴ Sjá frétt á heimasíðu Viðskiptaráðs 25. október 2019, „Staðreyndir - Samkeppnislög meira íþyngjandi á Íslandi“. Í neðanmálsgrein segir: „Íslendingar regluglaðastir allra OECD þjóða, visir.is og OECD Economic Surveys ICELAND SEPTEMBER 2019“. Fyrirsvarsmenn Samtaka atvinnulífsins hafa einnig lagt áherslu á þá íþyngjandi reglubyrði sem stafi frá samkeppnislögum: „Samkeppnislögin hér eru meira íþyngjandi en víðast hvar annars staðar í Evrópu og því eru þessar breytingar skref í rétta átt. Heilt yfir erum við jákvæð, en við hefðum viljað ganga lengra“ (Halldór B. Þorbergsson, 23.10.19 - www.frettabladid.is/markadurinn/vid-hefdum-viljad-ganga-lengra) „Íslensk stjórnvöld hafa tilhneigingu til að vilja hafa lög hér aðeins flóknari og aðeins meira íþyngjandi heldur en í öðrum Evrópulöndum. Ein af þeim lögum eru samkeppnislögin. Nú hefur verið lagt fram frumvarp þar sem lagt er til að lögin verði færð aðeins nær því sem gerist í Evrópu.“ (Davíð Þorláksson, 23.10.19 - www.visir.is/g/2019191029598/stunda-glasid)

⁵ Kafli 3.4 í skýringum með frumvarpsdrögum: „Löggjöf sem er meira íþyngjandi hér á landi en í samanburðarlöndum okkar er til þess fallin að draga úr samkeppnishæfni íslensks atvinnulífs og auka kostnað. Með vísan til framangreinds er lagt til að heimild Samkeppniseftirlitsins til íhlutunar án brots falli brott.“



Ekki virðist vera ágreiningur um það að virk samkeppni sé afar mikilvæg bæði til þess að bæta hag almennings og stuðla að þróttmiklu atvinnulífi. Í fylgiskjali II er gerð nánari grein fyrir þeim mikla ábata sem virk samkeppni skilar samfélögum.

Virk samkeppni er hins vegar síður en svo sjálfgæfin. Fyrirtæki geta raskað samkeppni með samráði, misnotkun á markaðsráðandi stöðu eða með samrunum. Bann- og samrunareglum samkeppnisréttarins er ætlað að sporna gegn þessu. Eins og bent er á í frumvarpi iðnaðar- og viðskiptaráðherra sem varð að lögum nr. 14/2011 er það þekkt að samkeppnishömlur geti stafað af öðrum atriðum en skaðlegum samrunum og broti fyrirtækja á bannreglum. Þá vaknar sú spurning hvort í lögum ríkis, sem telur virka samkeppni eftirsóknaverða, eigi að vera viðbótarúrræði (þ.e. önnur úrræði en samrunareglur og bannreglur) til að stuðla að því að sem flestir markaðir virki eins vel og unnt er samfélaginu til heilla.

Mörg ríki hafa komist að þeirri niðurstöðu að slík viðbótarúrræði séu nauðsynleg. Þetta eru úrræði sem eiga það sameiginlegt að þau veita samkeppniseftirlitum heimild til að rannsaka einstaka markaði eða svið atvinnulífsins í einu lagi. Slíkar rannsóknir miða ekki að því að finna og uppræta brot fyrirtækja.⁶ Tilgangur þeirra er þess í stað að leggja heildstætt mat á virkni samkeppni á viðkomandi markaði og skoða t.d. möguleika nýrra fyrirtækja að hefja samkeppni og gæði, verð og úrval þeirrar þjónustu eða vöru sem viðskiptavinum býðst. Slíkar rannsóknar eru á ensku eftir atvikum nefndar „*market studies*“, „*market investigations*“ eða „*sector inquiries*“.

Sem fyrr segir var það niðurstaða löggjafans að hér á landi þyrftu að vera fyrir hendi öflug viðbótarúrræði, sbr. lög nr. 14/2011. Var m.a. vísað til þess að landfræðileg einangrun landsins, fámenni og tilhneiging til myndunar fákeppnismarkaða feli í sér sterk rök fyrir því að hér á landi gildi mjög öflug samkeppnislög. Er heimildin í c-lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga til að bæta virkni markaða mikilvægt tæki til þess að stuðla að bættum almannahag hér á landi.

5.1 Viðhorf og tilmæli OECD

Sökum staðhæfinga um að heimildin til að bæta virkni markaða feli í sér óhóflega reglubyrði og dragi úr samkeppnishæfni íslensk atvinnulífs sendi Samkeppniseftirlitið þann 29. október 2019 bréf til formanns samkeppnisnefndar OECD (fylgiskjal I). Í bréfinu segir m.a.:

„[...] it is proposed in the draft bill that the ICA will no longer have the power to introduce behavioral and structural remedies in circumstances where impediments to competition have been detected, even though competition law infringements have not been substantiated. Similar powers can be found in the UK's Enterprise Act from 2002, as well as in other countries. This means that the current market investigation regime in Iceland will have to be abolished if the draft bill becomes law. [...]

⁶ Ef hins vegar við slíka rannsókn koma fram vísbendingar um alvarleg brot myndu viðkomandi samkeppniseftirlit að jafnaði hefja sérstaka brotarannsókn.



The last OECD Economic Survey for Iceland (2019) states that the regulatory burden in Iceland is high in comparison with other OECD countries. The OECD recommends that the Icelandic government „should set up a comprehensive action plan for regulatory reform, prioritising reforms that foster competition, level the playing field between domestic and foreign firms and attract international investment.” The amendments to the Competition Law are justified as forming part of a larger project aimed at lessening regulatory barriers. Supporters of the draft bill maintain that the powers of the ICA represent a regulatory burden and therefore the proposed changes are an important step to reduce the regulatory burden and increase the competitiveness of the Icelandic economy. The OECD Economic Survey 2019 is cited in support of this. They do not mention the importance of the enforcement of competition law in a small economy to support a competitive environment.”

Með vísan til framangreinds beindi Samkeppniseftirlitið eftirfarandi spurningum til formanns samkeppnisefndar OECD:

„Do general competition rules and powers of competition authorities, such as those explained above, represent regulatory burden as defined by the OECD and would the proposed changes in the draft bill be in conformity with best practices in regulatory reform.”

Í svarbréfi formanns samkeppnisnefndar OECD, dags. 31. október 2019 (fylgiskjal I), er bent á mikilvægi öflugra samkeppnislaga og eftirlits með þeim. Þá er það útskýrt að samkeppnislög og heimildir samkeppnisyfirvalda feli ekki í sér reglubyrði. Veiking á samkeppnislögum eða heimildum samkeppnisyfirvalda verði ekki með réttu rökstudd með þeim hætti að þær feli sér æskilega einföldun eða minnkun á reglubyrði. Það að veikja samkeppnislög geti falið í sér ábata fyrir ráðandi fyrirtæki eða fyrirtæki sem stundi samkeppnishamlandi hegðun, en tjón fyrir neytendur:

„An effective and comprehensive competition regime is a necessary complement to regulatory reform to enable authorities to eliminate private anticompetitive practices. Such a regime is essential for the good operation of markets and better conditions for consumers. Good competition laws on the books are meaningless without well-designed institutions to enforce them, even if such enforcement requires that companies suspected of having engaged in anticompetitive practices must be subjected to a fair and impartial investigation. The adoption of measures that reduce the effectiveness of a competition agency will not promote competition or the competitiveness of Iceland’s economy. Because they may benefit some incumbents with market power or some firms engaged in anticompetitive practices, such measures may impose a cost on Icelandic consumers.

*In the light of this, and to answer your first question, it is evident that **the general competition rules and powers of competition authorities do not amount to regulatory burdens, and should not be removed on that basis.** On the*



contrary, such rules and powers are fundamental to promote competition and ensure that it occurs in a level playing field."

Í þessu samhengi verður einnig að hafa í huga tilmæli OECD til íslenskra stjórnvalda árið 2015.⁷ Þar segir:

„Fostering competition can be a challenge given the small size of the Icelandic economy. In a number of important sectors, such as financial services, food and telecoms, only a few firms operate. This makes abuses of dominance and cartels more likely. Effective implementation of competition law by the competition authority with the support of the government is therefore especially important."

Þessi tilmæli frá árinu 2015 og svar formanns samkeppnisnefndar OECD frá október sl. sýna svo ekki verður um villst að veiking samkeppnislaga verður ekki réttlætt með vísan til óhóflegrar reglubyrði eða tilmæla OECD.

Samkeppniseftirlitið beindi einnig í bréfinu frá 29. október 2019 eftirfarandi spurningu til formanns samkeppnisnefndar OECD:

„Are market studies/market investigations/sector inquiries an important part of the work of competition authorities and are powers to introduce remedies upon such investigations deemed to be a useful part of competition enforcement?"

Í svari OECD segir þetta:

*„Addressing, finally, your question regarding the role of market studies as part of the work and powers of a competition authority, these are useful tools for competition authorities. Market studies usually involve an in-depth assessment of market structures or competitive conditions in a given sector; and aim to detect inefficiencies arising from weak competition, even if they do not identify behaviour violating competition laws. As a result, **an increasing number of competition agencies around the world are empowered to pursue market studies.***

However, there are significant differences across the OECD regarding the nature, methods and outcomes of market studies. In some countries, market studies are predominantly an advocacy tool to issue recommendations to change laws and regulations, or a pre-enforcement tool. However, in a number of jurisdictions – including Iceland – market studies can lead to the adoption of enforceable remedies in those instances where competition issues are identified. An advantage that such jurisdictions have is that competition agencies are able not only to identify but also to address competition failures beyond those created by narrowly defined anticompetitive conducts (such as consumer inertia which is a serious problem in particular in the financial sectors or in digital markets), unlike what occurs where a

⁷ OECD – Iceland Policy Brief, september 2015, <https://www.oecd.org/iceland/iceland-boosting-productivity-through-greater-competition.pdf>



competition authority does not have the power to adopt remedies following a market study."

Í þessu svari felst að heimild c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga til þess að bæta virkni markaða er bæði mikilvæg og æskileg. Hún gefur tækifæri til að beita skilvirkum úrræðum til þess að stuðla að því eftir föngum að samkeppni sé sem mest á flestum mörkuðum bæði almenningi og atvinnulífinu til hagsbóta. Þetta svar formanns samkeppnisnefndarinnar ber að virða í samhengi við framangreind tilmæli OECD frá 2015 um að aðstæður á Íslandi kalli á að stjórnvöld styðji við öflugt samkeppniseftirlit. Veiking samkeppnislaga er ekki liður í því.

5.2. Ábati í Bretlandi

Heimildin til að bæta virkni markaða sækir ekki síst fyrirmynd sína til bresks samkeppnisréttar, sbr. umfjöllun í frumvarpi sem varð að lögum nr. 14/2011. Núgildandi heimild í breskum rétti var lögfest á árinu 2001. Markmið þeirra laga var m.a. að búa til „world-class competition regime“ og að Bretland yrði fyrsta val fyrirtækja til þess að stunda viðskipti. Mikilvægi samkeppni í nýsköpunardrífni alþjóðahagkerfi væri skýrt. Kröftug samkeppni væri nauðsynleg öflugum og skilvirkum mörkuðum auk þess sem samkeppni hjálpaði neytendum að fá góðar vörur og drifi áfram nýsköpun. Því myndu breytingarnar vera lykilatriði í því að auka framleiðni í Bretlandi og samkeppnishæfni bresks efnahagslífs.⁸ Við þessa endurskoðun á breskum samkeppnislögum var talið afar mikilvægt að bresk samkeppnisyfirvöld hefðu heimild til þess að rannsaka markaði og bregðast við ef borin væru kennsl á aðstæður eða háttsemi sem röskuðu samkeppni án þess að um brot á samkeppnisreglum væri að ræða.⁹

Umrædd heimild í breskum rétti var því mikilvægur þáttur í því að auka samkeppni og stuðla þannig að aukinni samkeppnishæfni bresks atvinnulífs. Hér á landi er hins vegar staðhæft að sambærileg heimild í samkeppnislögum hafi öndverð áhrif.

Bretar hafa hvað mesta reynslu af beitingu heimilda til að bæta virkni markaða. Endurspeglast það í kostnaðar- og ábatamati sem bresk samkeppnisyfirvöld framkvæma á hverju ári en á sl. árum hefur um og yfir ¾ þess beina ábata sem leiðir af starfi breskra samkeppnisyfirvalda verið hægt að rekja til markaðsgreininga þar sem lagðar eru til úrbætur á mörkuðum og svo markaðsrannsóknar þar sem oft á tíðum er gripið til íhlutana.

⁸ „A World Class Competition Regime“, Department of Trade and Industry, júlí 2001: „The importance of competition in an increasingly innovative and globalised economy is clear. Vigorous competition between firms is the lifeblood of strong and effective markets. Competition helps consumers get a good deal. It encourages firms to innovate by reducing slack, putting downward pressure on costs and providing incentives for the efficient organisation of production. As such, competition is a central driver for productivity growth in the economy, and hence the UK's international competitiveness.“

⁹ Mgr. 6.1 og 6.2. „A World Class Competition Regime“, Department of Trade and Industry, júlí 2001: „The ability to investigate markets as a whole is an important feature of our competition regime. Where a market is not working well, the complex monopoly provisions of the Fair Trading Act 1973 provide a very effective means of taking action, complementing powers under the Competition Act 1998 and EC law. Economic evidence shows that in markets where competitors engage in parallel behaviour, competition is often reduced to the cost of consumers.“



Tafla 1 Ábati (meðaltal sl. þriggja ára) af samkeppniseftirliti breskra samkeppnisfirvalda og hlutfallsleg skipting eftir tegund rannsókna.

Tegund rannsókna	2014	2015	2016	2017	2018
Eftirlit með brotum	10%	12%	12%	10%	4%
Samrunaefirlit	4%	3%	12%	16%	18%
Markaðsatuganir og markaðsrannsóknir	87%	85%	76%	74%	78%
Samtals ábati (milljónir punda)	£665	£613	£1.169	£1.040	£1.045

Heimild: CMA Impact Assessment 2012-15, 2013-16, 2014-17, 2015-18 og 2016-19.

Eins og sjá má í töflu 1 þá hefur starf breskra samkeppnisfirvalda skilað árlega að meðaltali (þriggja ára hlaupandi meðaltal) um 665-1.045 milljón punda ábatna á árunum 2014-2018. Beiting heimilda til að bæta virkni markaða hafa þar skilað mestum ábata, eða á bilinu 74-87% af reiknuðum heildarábata. Samrunaefirlit og eftirlit með brotum hefur skilað minni ábata, eða á bilinu 4-12% vegna samrunaefirlits á fyrrgreindu tímabili og 4-12% vegna upprætingar á samkeppnislaga brotum.

Jafnframt hafa Bretar lagt aðra mælikvarða til hliðsjónar við mat á ábata af markaðsrannsóknum þar í landi. Þannig batnaði t.a.m. þjónusta við farþega og framleiðni jókst á Gatwick flugvelli eftir að eiganda flugvallarins var gert að selja hann til nýs keppinautar en fyrir átti keppinauturinn aðra flugvelli í London. Á markaði fyrir jarðolíugas jókst hlutfall viðskiptavina sem skipti um söluaðila úr 0,5% í 4,0% eftir íhlutun. Að mati breskra samkeppnisfirvalda hefur heimild til að bæta virkni markaða því skilað umtalsverðum ábata og er það metið sem svo að ábatinn haldi áfram að aukast á komandi árum.¹⁰

Í þessu samhengi ber að hafa í huga að ein af ástæðum þess að umrædd heimild skilar þessum mikla ábata er sú að rannsóknirnar taka oft á tíðum til mikilvægra markaða sem hafa mikið þjóðhagslegt vægi. Því geta litlar breytingar skilað umtalsverðum heildarábata fyrir breskt efnahagslíf. Jafnframt er í matinu aðeins litið til beins ábata af einstökum aðgerðum samkeppnisfirvaldsins en ekki óbeinna áhrifa, en ætla má að þau séu umtalsvert meiri í tilviki brota- og samrunarannsókna í samanburði við markaðsrannsóknir.¹¹ Þessu til viðbótar meta bresk samkeppnisfirvöld ekki áhrif ábata þess að leiðbeina fyrirtækjum, alþjóðlegu samstarfi o.s.frv.¹²

Bresk samkeppnisfirvöld leggja eins og önnur samkeppnisfirvöld mikla áherslu á að framfylgja banni þarlendra laga við samráði keppinauta og misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Markaðsrannsóknir koma til viðbótar við þá lagaframkvæmd. Aðstæður á mörkuðum í Bretlandi og Íslandi eru vitaskuld ekki hinar sömu. Reynslan í Bretlandi sýnir

¹⁰ ANDREA COSCELLI og ANTONIA HORROCKS (2014). Making Markets Work Well: The U.K. Market Investigations Regime. Competition Policy International.

¹¹ Sjá t.d.:

- CMA's 2017 literature review, The deterrence effect of competition authorities' work – literature review.
- The impact of competition interventions on compliance and deterrence, OFT1391.
- The deterrent effect of competition enforcement, OFT 962.
- DotEcon (2018), a review conducted on the Evaluation of direct impact and deterrent effect of CA98 cases.

¹² CMA (2019). Impact Assessment 2016-19.



hins vegar að sú staðhæfing að heimild til að bæta virkni markaða dragi úr samkeppnishæfni atvinnulífs eða skaði almenning stenst ekki skoðun.

6. Heimildin á sér mikilvæg fordæmi í nágrannalöndum

Til stuðnings því að fella niður heimildina til að bæta virkni markaða er í frumvarpsdrögunum vísað til þess að samkeppnisyfirvöld á EES-svæðinu hafi almennt ekki slíka heimild. Viðskiptaráð heldur því fram að heimild af þessum toga sé ekki til staðar á Norðurlöndum og Samtök atvinnulífsins leggja áherslu á að samkeppnislög hér á landi séu meira íþyngjandi heldur en í öðrum Evrópuríkjum.

Samkeppniseftirlitið áréttar að kjarnasurningin hér er hvort viðkomandi ríki telur að viðbótarúrræði (þ.e. önnur úrræði en samrunareglur og bannreglur) til að stuðla að því að sem flestir markaðir virki eins vel og unnt er samfélaginu til heilla séu nauðsynleg eða ekki.

Eins og fram kemur í svari formanns samkeppnisnefndar OECD er það sífellt algengara samkeppnisyfirvöld um heim allan hafi heimild til að rannsaka einstaka markaði eða svið atvinnulífsins í einu lagi. Slíkar rannsóknir miða ekki að því að finna og uppræta brot fyrirtækja heldur er tilgangur þeirra þess í stað að leggja heildstætt mat á virkni samkeppni á viðkomandi markaði með það að markmiði að bæta hana.

Auk þess að leita leiðbeininga hjá OECD sneri Samkeppniseftirlitið sér til samkeppniseftirlita í aðildarríkjum ESB og spurðist fyrir um heimildir þeirra til rannsaka einstaka markaði eða svið atvinnulífsins í einu lagi. Var eftirfarandi spurningu beint til allra samkeppnisyfirvalda í hinum 28 aðildarríkjum ESB:

„Does the competition law in your jurisdiction grant the authority an explicit power to conduct sector/market investigations?“

Öll aðildarríki ESB, sem sendu inn svör, svörðu þessari spurningu játandi:



Spurning (iv)

Does the competition law in your jurisdiction grant the authority an explicit power to conduct sector/market investigations?





Eins og formaður samkeppnisefndar OECD benti á í svari sínu er það hins vegar mismunandi hvaða valdheimildir einstök samkeppnisyfirvöld hafa þegar rannsókn af þessum toga lýkur. Einnig er það mismunandi hvaða rannsóknarræði samkeppnisyfirvöld hafa. Þegar Samkeppniseftirlitið beitir c. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga getur það t.d. ekki framkvæmt húsleit heldur aðeins beint bréflegum fyrirspurnum til viðkomandi fyrirtækja. Framkvæmdastjórn ESB getur hafið slíka rannsókn með húsleit eins og hún gerði þegar samkeppni á lyfjamarkaði var tekin til athugunar:

„The pharmaceutical sector inquiry started with unannounced inspections allowing the Commission gaining immediate access to relevant information, such as the use of intellectual property rights, litigation and settlement agreements covering the EU which, by its nature, companies tend to consider highly confidential. However, since inspections do not allow a systematic overview of the entire sector (since only a limited number of companies can be visited), the next step in the sector inquiry consisted in sending general questionnaires to some 150 companies/associations and national authorities in March and April 2008 (e.g. originators, generics doctors, pharmacists, hospitals, wholesalers, parallel traders, insurance companies, marketing authorisation authorities).“¹³

Framkvæmdastjórn ESB og ýmis aðildarríki hafa hins vegar ekki heimild til þess að grípa til bindandi íhlutunar ef slík rannsókn sýnir fram á samkeppnishömlur sem ekki stafa af broti á bannreglum samkeppnisréttarins. Slíka heimild er hins vegar að finna í c-lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga, í sumum ríkjum í Evrópu og í öðrum heimsálfum, sbr. svar formanns samkeppnisnefndar OECD. Í enn öðrum ríkjum hefur verið kallað eftir slíkum heimildum.

Verður nú vikið að tilteknum ríkjum sem búa yfir heimildum af þessum toga og umræðu um að efla samkeppnislög í öðrum ríkjum.

6.1 Noregur

Í frumvarpsdrögum er vísað til þess að samkeppnisyfirvöld á EES-svæðinu hafi almennt ekki heimild eins og Samkeppniseftirlitið hefur skv. c-lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Viðskiptaráð Íslands staðhæfir að Samkeppniseftirlitið megi „grípa inn í rekstur fyrirtækja óháð því hvort fyrirtækin hafi brotið samkeppnislög, ólíkt því sem tíðkast á Norðurlöndunum.“¹⁴ Hér ekki farið rétt með.

Í frumvarpi iðnaðar- og viðskiptaráðherra frumvarpi sem varð að lögum nr. 14/2011 segir:

¹³ Framlag framkvæmdastjórnar EBS í skýrslu OECD, Market Studies, DAF/COMP(2008)34, bls. 155

¹⁴ Viðskiptaráð Íslands - Viðskiptablaðið - 25.10.19 - „Fjögur atriði meira íþyngjandi“ - vi.is/malefnastarf/utgafa/stadreyndir/samkeppnislog-meira-ithyngjandi-a-Islandi/



„Í 14. gr. norsku samkeppnislaganna, nr. 12/2004, kemur þannig fram að unnt sé að grípa til aðgerða gegn viðskiptaháttum, samningum eða aðgerðum sem takmarka eða eru líklegar til að takmarka samkeppni. Ekki er skilyrði fyrir beitingu þessa ákvæðis gagnvart fyrirtækjum að þau hafi brotið gegn bannákvæðum norskra samkeppnislaga. Í skýringum í frumvarpi með norsku lögunum segir að ekki sé unnt að útiloka að upp komi tilvik sem raski samkeppni en feli ekki í sér brot á banni laganna við samráði og misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Einnig geti verið um að ræða tilvik þar sem erfitt sé að sanna brot á bannreglum. Er talið nauðsynlegt að norsku samkeppnislögin hafi að geyma heimild til að grípa inn í slíkar samkeppnishömlur.“

Í framlagi Noregs í skýrslu OECD „Market Studies“¹⁵ segir:

¹⁵ Framlag Noregs í skýrslu OECD, Market Studies, DAF/COMP(2008)34, bls. 155



NORWAY

1. Legal framework

The Norwegian Competition Authority (NCA) enforces the Norwegian Competition Act of 2004¹. The primary tools of the Act is section 10 and 11 (equivalent to Article 53 and 54 of the EEA Agreement and Article 81 and 82 of the EC Treaty) and merger control under section 16 (similar to Article 57 in the EEA Agreement). Additionally, the Authority occasionally uses its ability granted in section 9 to point out anti-competitive effects of public measures and proposals. The same section also grants the NCA the authority to effectuate measures to increase market transparency. If it is deemed necessary to promote competition in specific markets, the NCA can also use its ability granted in section 14 to intervene against terms, agreements or actions that constrain or may constrain competition contrary to the objectives of the Norwegian Competition Act.

2. Use and purpose of market studies

The NCA uses market studies in situations where concerns exist that a given market is not working well for consumers, but where competition enforcement action according to section 10 or 11 not appear to be an appropriate response at the moment.

A market study can lead to:

- enforcement action according to section 10 or 11 if appropriate,
- recommendations for changes to laws or regulations or effectuation of measures for enhanced market transparency according to section 9,
- an intervention according to section 14, or
- advocacy or awareness campaigns.

In addition, market studies are used to build competence; to give economists and lawyers, i.e. case handlers in the respective market sections of the Authority, an in depth knowledge of priority markets.

The recommendations contained in a market study, provided reasons for concern can be raised, will be based on the specificities of the market and its regulations, a thorough competition economics analysis and understanding of competitive potential and constraints of the market. In addition (if relevant), the recommendations will be based on best practice and experience from other countries comparable to Norway on key factors.

Er þetta í samræmi við það sem segir í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 14/2011 um 14. gr. norsku samkeppnislaganna. Er þannig unnt í norskum samkeppnisrétti að „grípa inn í rekstur fyrirtækja óháð því hvort fyrirtækin hafi brotið samkeppnislög“ ef markaðsrannsókn leiðir samkeppnishömlur í ljós sem unnt er að vinna gegn með bindandi íhlutun.

Umræddri 14. gr. norsku samkeppnislaganna hefur verið beitt í eftirfarandi málum:



- *Finn.no málið, auglýsingar á fasteignavef* - árið 2008 hófu norsk samkeppnisyfyrvöld markaðsrannsókn á fasteignavef sem hafði ráðandi stöðu og mikilvægt hlutverk milliliðar fyrir vefauglýsingar á fasteignum. Töldu norsk samkeppnisyfyrvöld að fyrirkomulag vefsins takmarkaði valkosti fyrir neytendur og skaðaði samkeppni á markaði fyrir þjónustu tengda fasteignaviðskiptum. Á grundvelli 14. gr. norsku samkeppnislaganna var því talið nauðsynlegt að mæla fyrir um aukið aðgengi fyrir auglýsingar á umræddum vef.¹⁶
- *Ábyrgðarskilmálar vegna bifreiða* – árið 2013 var framkvæmd markaðsrannsókn á ábyrgðarskilmálum stærstu bílaumboða og innflytjenda landsins. Skilmálarnir reyndust í mörgum tilvikum villandi og óskýrir, m.a. varðandi það hvort ábyrgð á bifreið héldi gildi sínu ef eigandi tæki sjálfur ákvörðun um hvaða bifreiðaverkstæði sinnti viðgerðum og viðhaldi. Í kjölfar markaðsrannsóknar norskra yfirvalda hafa flestir slíkir ábyrgðarskilmálar tekið breytingum til hins betra.¹⁷
- Í tíð eldri samkeppnislaga lagði norska samkeppniseftirlitið bann við útgáfu SAS flugfélagsins á tilteknum vildarpunktum.¹⁸

Einnig er fjallað um Noreg í fimmta kafla í minnisblaði Samkeppniseftirlitsins frá nóvember 2018 (kafla Bhér á eftir).

6.2 Bretland

Fjallað er um breskan samkeppnisrétt að þessu leyti í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 14/2011. Einnig er fjallað um breskan rétt í fimmta kafla í minnisblaðinu frá nóvember 2018 (kafla B hér á eftir). Vísast til þessarar umfjöllunar hér.

Hér ber að árétta að breska samkeppniseftirlitið (CMA) hefur heimild til að „grípa inn í rekstur fyrirtækja óháð því hvort fyrirtækin hafi brotið samkeppnislög“. Ef CMA kemst að þeirri niðurstöðu að aðstæður á markaði raski samkeppni er eftirlitinu skylt að grípa til aðgerða. Getur CMA t.d. mælt fyrir um uppskiptingu fyrirtækja ef það er talið nauðsynlegt til að tryggja virka samkeppni. Samkvæmt þessu er ljóst að bresk samkeppnisyfyrvöld geta breytt háttsemi fyrirtækja eða krafist skipulagsbreytinga hjá fyrirtækjum þrátt fyrir að þau hafi ekki brotið gegn þarlandum samkeppnislögum

¹⁶ Searching for competition: a comment on the Norwegian residential property market investigation, ANDREAS THEMELIS, <http://webjcli.org/article/view/248/334>

¹⁷ ANNUAL REPORT ON COMPETITION POLICY DEVELOPMENTS IN NORWAY – 2013, bls. 3, <https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2018/08/Annual-Report-Norway-2013-DAF-COMP-AR201427-ENG.pdf>

¹⁸ Sjá framlag Noregs í skýrslu OECD, Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates, DAF/COMP(2002)21, bls. 158: „On 18 March 2002, the Norwegian Competition Authority (NCA) decided to disallow the SAS air carrier group to award frequent flyer points on any domestic Norwegian routes. The prohibition was issued pursuant to Section 3-10 of the Norwegian Competition Act. ... The SAS group will still be allowed to award frequent flyer points on international trips and to offer their customers any kind of services, including bonus trips inside Norway, in redemption of frequent flyer points already earned. To our knowledge, the NCAs general prohibition on domestic bonus point collection will, if upheld by the Ministry, be the first of its kind within the aviation industry.“



Aðgerðum breskra samkeppnisyfirvalda í kjölfar markaðsrannsókna er hægt að skipta í nokkra flokka. Algengustu aðgerðirnar miða að því að styrkja neytendaviðbrögð (e. *strengthening consumer response*) s.s. með því að gera upplýsingar aðgengilegri fyrir neytendur og auðvelda þeim að skipta um þjónustuveitenda. Þær aðgerðir sem eru næst algengastar miða að því að opna markaði, s.s. með því að ryðja í burtu aðgangshindrunum og beina álitum til opinberra aðila um hvernig hægt sé að auka samkeppni.

Sem dæmi um slík inngríp þá hafa bresk samkeppnisyfirvöld skyldað fyrirtæki til að veita betri upplýsingar, fjarlægja aðgangshindranir, og/eða undirgangast verðstýringu, á mörkuðum fyrir neytendalán¹⁹, heildsölu, dreifingu og birgðahaldi á eldsneyti²⁰, neytenda- og fyrirtækjaauglýsingar²¹, fyrir bankþjónustu²², leigu á lestarvögnum²³, á dagvörumarkaði²⁴, greiðslutryggingar (e. *payment protection insurance*)²⁵, strætisvagna og áætlunarferðir²⁶, og fyrir einkareikna heilbrigðisþjónustu.²⁷

Jafnframt hafa bresk samkeppnisyfirvöld gripið til umfangsmikilla aðgerða á eftirfarandi mörkuðum:

- Bankamarkaði²⁸;
 - breskum bönkum gert skylt að veita þriðju aðilum sem hafa aflað þar til gerðs leyfis aðgang að ítarlegum gögnum um þjónustu bankans, verðlagningu, gæði þjónustu og notkun viðskiptavina,
 - bönkum muni bera skylda til að taka saman staðlaðar upplýsingar sem gefa vísbendingar um gæði þjónustu,
 - skylda banka til að senda viðskiptavinum sínum áminningar af og til til þess að minna viðskiptavini á að það sé mögulegt og skynsamlegt að bera saman kjör og taka upplýsta ákvörðun um bankaviðskipti sín, og
 - skylda banka til að taka upp staðlað ferli á milli allra banka við opnun bankareikninga fyrir smærri fyrirtæki til þess að minnka skiptikostnað
- Raforku- og gasmarkaði²⁹
 - bresk samkeppnisyfirvöld framkvæmdu ítarlega rannsókn á heild- og smásölumarkaði fyrir gas og raforku árin 2014-16. Niðurstöðurnar voru m.a. þær að bresk orkufyrirtæki hefðu í skjóli skertrar samkeppni á viðkomandi mörkuðum ofrukkað viðskiptavinum sína um 1,2 milljarð GBP.³⁰

¹⁹ Store Cards málið, Home Credit málið; Making Markets Work Well: The U.K. Market Investigations Regime, Andrea Coscelli og Antonia Horrocks, <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/JO3.pdf>

²⁰ Liquified Petroleum Gas málið; sama heimild.

²¹ Classified Directory Advertising Services – Yell málið; Making Markets Work Well: The U.K. Market Investigations Regime, Andrea Coscelli og Antonia Horrocks, <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/JO3.pdf>

²² Northern Irish Banks – Personal Current Accounts málið; sama heimild.

²³ Rolling Stock Leasing málið; sama heimild.

²⁴ Groceries málið; sama heimild.

²⁵ Payment protection insurance málið (PPI); sama heimild.

²⁶ Local buses málið; sama heimild.

²⁷ Private Healthcare málið; sama heimild.

²⁸ Retail banking market investigation - GOV.UK. Sjá: <https://www.gov.uk/cma-cases/review-of-banking-for-small-and-medium-sized-businesses-smes-in-the-uk>

²⁹ Energy market investigation – GOV.UK. Sjá <https://www.gov.uk/cma-cases/energy-market-investigation>

³⁰ <https://www.uswitch.com/gas-electricity/guides/ofgems-energy-market-investigation/>



- Í kjölfarið voru innleidd fjölmörg og umfangsmikil skilyrði í garð fyrirtækja, m.a. um tímabundið verðpak á gas og raforku til tiltekins hóps neytenda, betra aðgengi að miðlægum upplýsingum um neytendur á óhagstæðum viðskiptakjörum til að auðvelda keppinautum að herja á viðskiptivini hvors annars, og breytingar á verðskrá.

Það inngrip á markaði sem gengur lengst er uppskipting fyrirtækja. Skipulagsbreytingar og uppskipting fyrirtækja fyrir tilstilli breskra samkeppnisyfirvalda eru ekki jafn algengar, en þeirri heimild hefur þó verið ítrekað beitt í tíð eldri og nógildandi laga. Sem dæmi má nefna eftirfarandi mál:

- *UK Monopolies and Mergers Commission, Big breweries and pubs* – á árinu 1989 var breskum ölgerðum gert skylt að selja frá sér 22.000 krár;
- *BAA airports málið* - árið 2009 var BAA, eiganda flugvalla í London (Heathrow, Gatwick og Stansted), Glasgow og Edinborg, gert að selja Gatwick og Stansted flugvöllina og annað hvort flugvöllinn í Glasgow eða Edinborg, vegna skaðlegra samkeppnisaðstæðna á markaði;
- *Aggregates, Cement and Ready-mix concrete* - á árinu 2014 var fyrirtækjum á sementsmarkaði (Lafarge Tarmac og Hanson) gert að selja frá sér sementsverksmiðjur og aðrar tengdar framleiðslustöðvar til að minnka aðgangshindranir og auðvelda inngöngu nýrra keppinauta. Einnig settar takmarkanir á upplýsingaskipti á sementsmarkaði og birgjum meinað að senda almenn tilkynningarbréf um verð.³¹

Hjá CMA er núna m.a. til rannsóknar mikilvæg álitaefni sem tengjast stafrænum mörkuðum.³²

6.3 Spánn

Spænska samkeppniseftirlitið (CNMC - National Commission of Markets and Competition) hefur frá árinu 2013 haft sérstaka lagaheimild til þess að íhlutast á mörkuðum þar sem uppi eru aðstæður sem hindra virka samkeppni.

Umrædd lagaheimild heimilar spænskum samkeppnisyfirvöldum að gefa út álit og/eða tilmæli vegna hindrana á viðkomandi markaði, og fjarlægja opinberar samkeppnishömlur. Heimildin er talin víðtæk í samanburði við önnur ríki.³³ Til dæmis hóf spænska samkeppniseftirlitið á árinu 2017 markaðsrannsókn á markaði fyrir heildsölu og dreifingu á lyfjum.³⁴

³¹ Making Markets Work Well: The U.K. Market Investigations Regime, Andrea Coscelli og Antonia Horrocks, <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/JO3.pdf>

³² <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>

³³ Market Investigations as a New Tool for Competition Agencies: The Mexican Experience By Carlos Mena-Labarthe. www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Market-Investigations-as-a-New-Tool.pdf

³⁴ OECD - Annual Report on Competition Policy Developments in Spain - 2017, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR\(2018\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/AR(2018)15/en/pdf)



6.4 Bandaríkin

Á grundvelli 5. gr. FTC (Federal Trade Commission) laganna geta bandarísk samkeppnisyfirvöld gripið til aðgerða gegn aðstæðum eða háttsemi sem raskar samkeppni jafnvel þótt hún fari ekki gegn bannreglum bandarískra samkeppnislaga (Sherman-lögin). FTC lögin eru frá 1914 og voru sett til að styrkja bandarískan samkeppnisrétt. Þótti m.a. nauðsynlegt að stjórnvald með sérþekkingu hafði yfir að ráða heimild sem gerði því kleift að gera breytingar á markaði til vernda samkeppni þrátt fyrir bannreglur hefðu ekki verið brotnar.³⁵ Hefur þessari heimild verið beitt með margvíslegum hætti í bandarískum rétti.

Umrædd 5. gr. FTC laganna er orðuð með mjög almennum hætti.³⁶ Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur hins vegar talið að nauðsyn krefji að ákvæðið sé orðað með slíkum hætti vegna eðli þeirrar heimildar sem felst í því. Í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 14/2011 var m.a. vísað til víðtækra heimilda í bandarískum samkeppnislögum. Nánar er fjallað um bandanrískan rétt í fimmta kafla í minnisblaðinu frá nóvember 2018.

6.5 Ástralía

Samkeppnisyfirvöld í Ástralíu hafa lagaheimild til þess að grípa til íhlutunar á mörkuðum vegna samkeppnisskilyrða og aðstæðna á viðkomandi markaði, sér í lagi til þess að veita fyrirtækjum, svo sem nýjum eða smærri keppinautum, aðgang að mikilvægum innviðum og tengdri þjónustu, og stuðla þannig að virkari samkeppni á mörkuðum.

Árið 2010 var heimildum til íhlutunar í Ástralíu beitt á markaði fyrir lestir³⁷ og lestarþjónustu, og árið 2014 í tengslum við framleiðslu og útflutning á hveiti³⁸, svo dæmi séu tekin.

6.6 Mexíkó

Samkeppnisyfirvöldum í Mexíkó var veitt lagaheimild árið 2013 til að framkvæma markaðsrannsókn og grípa til bindandi íhlutunar í kjölfarið, í því skyni að fjarlægja

³⁵ Sögu og tilgangi þessa ákvæðis er lýst í grein William E. Kovacic (prófessor og þá einn af ráðsmönnum (commissioner) í FTC) og Marc Winerman, Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act, 20 Minn. J. Int'l L. 274 (2010). Þar segir m.a.: „Congress intended Section 5 to be a mechanism for upgrading the U.S. system of competition law by permitting the FTC to reach behavior not necessarily proscribed by the other U.S. competition statutes, including the 1890 Sherman Act and the Clayton Act.7 Section 5 would be applied by an expert administrative tribunal which had power to impose prospective equitable relief (not monetary remedies or criminal sanctions), whose decisions interpreting Section 5 would not have collateral effects in private litigation and whose work would be reviewed by appellate courts under a deferential standard. Five principal motivations inspired this legislative choice. One was the fear that the Sherman Act, at least as applied by the courts, would be too narrow to address the “trust” problem. The second was the desire to introduce an administrative mechanism that could adjust the boundaries of acceptable business conduct in light of evolving business practices and developments in economic and legal understanding. In effect, Section 5 would serve as an expansion joint in the U.S. competition policy system. The third was to locate that authority in a body that could conduct investigations and prepare studies as well as bring administrative cases, so that Section 5 litigation would be embedded in a broad understanding of business practices and their implications. The fourth was to create a policy instrument that would be relatively independent of control by the Executive Branch and would be more responsive to legislative preferences. The fifth was to embed the Commission’s broad authority in a regime with lighter-handed penalties than those available under the Sherman Act.”

³⁶ Ákvæðið tekur til „unfair methods of competition in or affecting commerce.”

³⁷ <https://www.accc.gov.au/regulated-infrastructure/rail/accc-role-in-rail>

³⁸ <https://www.accc.gov.au/regulated-infrastructure/wheat-export/accc-role-in-wheat-export>



samkeppnishindranir. Unnt er að grípa til íhlutunar þótt brot liggi ekki fyrir. Heimildin er m.a. til komin vegna vandkvæða sem rekja má til markaðsskipulags og aðstæðna á mörkuðum í kjölfar einkavæðingar ríkisfyrirtækja, þar sem samkeppnishagsmunir voru ekki í öllum tilvikum hafðir nægilega í huga.

Heimildinni hefur verið beitt í t.d. eftirfarandi málum:

- *Alþjóðaflugvöllurinn í Mexíkóborg* – árið 2015 hófu samkeppnisyfirvöld markaðsrannsókn vegna flugferða og tengdri þjónustu á flugvöllinum. Í kjölfar hennar var settur fjöldi skilyrða á viðkomandi lögaðila til að efla virka samkeppni á markaðnum, m.a. í tengslum við úthlutun á brottfarar og lendingartímum á flugvöllinum;³⁹
- *Landflutningamarkaður í Sinaloa* – árið 2015 hófu samkeppnisyfirvöld markaðsrannsókn vegna landflutninga í Sinaloa-ríki, og stendur rannsóknin enn yfir eftir því sem Samkeppniseftirlitið kemst næst;⁴⁰
- *Bygg og bjórframleiðsla* – árið 2016 hófst markaðsrannsókn vegna framleiðslu á byggi og bjórframleiðslu í Mexíkó. Markaðsrannsóknin stendur enn yfir, eftir því sem Samkeppniseftirlitið kemst næst.⁴¹

6.6 Belgía, Holland og Lúxemborg

Í október 2019 birtu samkeppnisyfirvöld í Belgíu, Hollandi og Lúxemborg sameiginlega yfirlýsingu þar sem þau óska eftir heimild til þess að bæta virkni markaða. Sé þetta mjög mikilvægt til þess að geta brugðist við vandamálum sem komið geta upp á stafrænum mörkuðum og öðrum mörkuðum sem einkennast af örum breytingum:

„One drawback of the current enforcement toolkit is that ex-post enforcement can be too slow in digital and other fast moving markets. When such markets are characterised by winner-takes-most dynamics, strong network effects, high barriers to entry due to data collection and consumer lock-in, there is a risk that ex-post enforcement comes too late to keep markets competitive and contestable. Therefore, the ACM and the BCA support the proposal of the Netherlands’ Secretary of State for Economic Affairs and Climate Policy to introduce an ex-ante intervention mechanism to prevent anti-competitive behaviour by dominant companies acting as gatekeeper to the relevant online ecosystem. [...]

We envisage a tool that allows the European Commission and Member State competition authorities to impose proportionate remedies on dominant companies in order to prevent competition problems, rather than relying on after-the-fact enforcement. The ability to impose these remedies resembles the powers that the CMA has to impose remedies following market studies and the powers of the Member

³⁹ Market Investigations as a New Tool for Competition Agencies: The Mexican Experience By Carlos Mena-Labarthe www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Market-Investigations-as-a-New-Tool.pdf

⁴⁰ Sama heimild.

⁴¹ Sama heimild.



*States' telecom authorities to impose remedies on companies with significant market power."*⁴² (Undirstrikun Samkeppniseftirlitsins)

Er þarna lagt til að samkeppnisyfirvöldum í Evrópu verði almennt veitt heimild til íhlutunar sem er m.a. áþekkt þeirri sem gildir í Bretlandi (og hér á landi og í Noregi), án þess að samkeppnislagaþrot tiltekinna fyrirtækja liggi fyrir til þess að mæta alvarlegum samkeppnishömlum sem upp geta komið á stafrænum mörkuðum.

7. Um að heimildin fari gegn stjórnarskrá og geti leitt til óafturkræfs tjóns

Í frumvarpsdrögunum segir að það sé „*vafa undirorpið að beiting íþyngjandi úrræða, ekki síst í formi skipulagsbreytinga, stæðist kröfur um meðalhóf ef ekkert lægi fyrir um brot gegn bannákvæðum laganna, og þá er einnig ljóst að til grundvallar svo viðurhlutamikilli ákvörðun að kveða á um uppskiptingu fyrirtækja þyrfti að liggja ítarleg rannsókn svo kröfum rannsóknarreglu stjórnsýslulaga væri uppfyllt. Þá þarf einnig að hafa í huga að beiting heimildarinnar getur leitt til óafturkræfs tjóns ef beiting uppfyllir ekki framangreind skilyrði sem getur leitt til skaðabótaábyrgðar íslenska ríkisins.*”

Í meðförum fyrrgreinds frumvarps á 139. löggjafarþingi var tekið til ítarlegrar skoðunar hvort umrædd heimild færi gegn 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttar. Í minnisblaði, dags. 26. janúar 2011, frá efnahags- og viðskiptaráðuneytinu⁴³ er komist að þeirri niðurstöðu að svo sé ekki.

Í minnisblaðinu er vísað til fræðigreinar Davíðs Þórs Björgvinssonar, þáverandi dómara við Mannréttindadómstól Evrópu, sem birtist í Tímariti Lögfræðinga í júlí 2002, sem ber heitið „*Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði*”. Í minnisblaðinu er vísað til þessara ummæla í niðurstöðukafla greinarinnar:

„Valdboðin skipting markaðsráðandi fyrirtækja til að ná samkeppnislegum markmiðum er þekkt úrræði í rétti ýmissa ríkja [...]

Íslensku samkeppnislögin hafa ekki að geyma skýrar reglur til að mæla fyrir um uppskiptingu fyrirtækja, hvorki vegna tiltekinna brota né sem almennt úrræði til að breyta markaðsaðstæðum án tillits til tiltekinna brota [...]

Ákvæði stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttarins og atvinnufrelsi standa því ekki í vegi að settar verði i lög heimildir til að mæla fyrir um uppskiptingu markaðsráðandi fyrirtækja, enda krefjast almannahagsmunir þess að mati löggjafans að slíkar heimildir séu í lögum.”

Í niðurstöðu minnisblaðs ráðuneytisins segir:

⁴² Sjá. <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-10/benelux-memorandum-over-toezicht-mededinging-in-digitale-economie.pdf>

⁴³ Nú atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneyti, að því er samkeppnismál varðar.



„Þegar framangreint er virt er það skoðun efnahags- og viðskiptaráðuneytisins að löggjafanum sé heimilt að setja þá heimild sem hér um ræðir. Með setningu slíks lagaákvæðis væri löggjafinn að gegna því hlutverki sínu að setja þegnumum reglur og auka þannig líkur á að þau markmið sem að er stefnt með samkeppnislögum náist og stuðla þannig að aukinni efnahagslegri velferð almennings.“

Við framkvæmd samkeppnislaga frá gildistöku laga nr. 14/2011 hefur ekkert komið fram sem gefur til kynna að framangreindar grundvallarforsendur fyrir tilvist heimildarinnar hafi breyst. Því er óútskýrt af hverju ráðuneytið telur nú, þvert á eigin niðurstöðu árið 2011, að fella eigi ákvæðið úr gildi og að vafi sé á að beiting heimildarinnar standist kröfur stjórnskipunar- og stjórnarsýsluréttar. Engan rökstuðning er þannig að finna í frumvarpsdrögum sem skýrir þessa breyttu túlkun á heimildinni til að bæta virkni markaða.

Í 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga eru gerðar mjög ríkar kröfur til meðalhófs við beitingu umræddrar heimildar. Samkvæmt 41. gr. samkeppnislaga frestar málshöfðun ekki gildistöku úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Hins vegar segir einnig þetta í ákvæðinu:

„Þó skal málshöfðun fyrir dómstólum fresta réttaráhrifum úrskurðar áfrýjunarnefndar um breytingar á skipulagi, sbr. 2. mgr. 16. gr.“

Í ljósi framangreinds er ekki hægt að fallast á þá staðhæfingu í frumvarpsdrögum að beiting heimildar til að bæta virkni markaða geti leitt til „óafturkræfs tjóns ef beiting uppfyllir ekki framangreind skilyrði sem getur leitt til skaðabótaábyrgðar íslenska ríkisins.“

8. Um að heimildinni hafi ekki verið beitt

Í frumvarpsdrögum kemur fram að heimildinni hafi ekki verið beitt „þó ein hafi verið framkvæmd og er enn ólokið“. Gera verður athugasemd við þessa framsetningu, enda hefur umrædd rannsóknarheimild verið nýtt með talsverðum árangri, þótt ekki hafi hingað til þurft að grípa til formlegrar íhlutunar. Er þetta rakið nánar hér á eftir.

Í minniblaði Samkeppniseftirlitsins til ráðuneytis í nóvember 2018 (birt í kafla B hér á eftir) er gerð ítarleg grein fyrir markaðsrannsókn Samkeppniseftirlitsins á eldsneytismarkaði, undirbúningi hennar og meðferð. Af þeirri umfjöllun er ljóst að Samkeppniseftirlitið beitti umræddu ákvæði með því að framkvæma markaðsrannsókn á eldsneytismarkaði. Án heimildarinnar hefði sú rannsókn aldrei farið fram. Henni lauk gagnvart þætti opinberra aðila með fjórum rökstuddum álitum í apríl 2017.

Á árinu 2018 voru gerðar verulegar breytingar á skipulagi eldsneytismarkaðarins, í tengslum við rannsóknir á tveimur samrunum á eldsneytis- og dagvörumörkuðum. Við þær aðgerðir var stuðst við markaðsrannsóknina, þ.e. frummatsskýrslu



Samkeppniseftirlitsins⁴⁴, sjónarmið um niðurstöður hennar sem bást í framhaldinu, umræður sem sköpuðust á opnum fundi sem Samkeppniseftirlitið hélt um samkeppnisaðstæður á eldsneytismarkaðnum í kjölfarið og fyrrgreind fjögur álit til opinberra aðila.⁴⁵

Í niðurstöðum frummatsskýrslu Samkeppniseftirlitsins er sett fram það mat að álagning á bifreiðaeldsneyti sé óeðlilega há, eða sem næmi allt að 18-20 krónum á hvern seldan lítra, og neytendur hefðu á árinu 2014 greitt 4-4,5 milljörðum of mikið fyrir bifreiðaeldsneyti í samanburði við verð sem mætti búast við ef þær samkeppnishömlur sem borin voru kennsl á hefðu ekki verið til staðar.⁴⁶

Með hliðsjón af framansögðu má ætla að umtalsverður ábati felist í því að bæta samkeppnisaðstæður á eldsneytismarkaði óháð því hvort samkeppnislagabrot hafi verið framin. Í því sambandi ber að hafa í huga efnahagslegt mikilvægi markaðarins. Raunar hafa aðstæður breyst umtalsvert frá útgáfu frummatsskýrslunnar, en markaðsrannsóknin, innkoma Costco og sáttir N1 og Olís við Samkeppniseftirlitið hafa leitt til lægra eldsneytisverðs⁴⁷ og auðveldara aðgengis að birgðatönkum og eldsneyti í heildsölu.⁴⁸

Næstminnsti aðilinn á eldsneytismarkaðnum, Atlantsólía, hefur raunar tekið undir að aðkoma Samkeppniseftirlitsins hafi haft jákvæðar breytingar á eldsneytismarkaðnum sbr. viðtal við Guðrúnu Rögnu Garðarsdóttur í Morgunblaðinu 23. október sl. en þar segir:

„Á þeim tíma var hvorki hægt að komast að í þeim olúgeymslum sem fyrir voru í landinu, né heldur að nýta dreifingarnetið, en það hefur breyst m.a. vegna aðgerða samkeppniseftirlitsins til að lækka aðgangshindranir inn á markaðinn. Við þurftum hins vegar að byggja okkar eigin birgðastöð, koma upp okkar eigin dreifikerfi, og gera það allt frá grunni. [...]

Á sumum stöðum eru sveitarstjórnirnar ólmar að fá meiri samkeppni á bensínmarkaðinn á sínu svæði á meðan annars staðar er illgerlegt að komast að. „Í

⁴⁴ Reykjavíkurborg, umhverfis- og auðlindaráðherra, samgöngu- og sveitarstjórnarráðherra hafa hins vegar ekki brugðist við tilmælum eftirlitsins sem snéru fyrst og fremst að því að auðvelda innkomu nýrra aðila inn á eldsneytismarkaðinn.

⁴⁵ Nánari upplýsingar um framgang markaðsrannsóknarinnar má finna hér: <https://www.samkeppni.is/maefni/markadsrannsoknir/markadsrannsokn-a-eldsneytismarkadi/>

⁴⁶ Samkeppniseftirlitið (2015). Markaðsrannsókn á eldsneytismarkaðnum – Frummatsskýrsla. Vefslóð: <https://www.samkeppni.is/media/skyrslur-2015/Frummatsskyrsla-leidrett-22.12.15.pdf>

⁴⁷ FÍB (2018). Aðeins Costco lækkar bensínverð. Sjá: <https://www.fib.is/is/um-fib/frettir/adeins-costco-laekkar-bensinverd>

⁴⁸ Viðtal við Guðrúnu Rögnu Garðarsdóttur.

Eins og gefur að skilja var smæðin til trafala í fyrstu og var eldsneytið flutt inn með gámaskipum, í sérstökum tönkum. „Á þeim tíma ar hvorki hægt að komast að í þeim olúgeymslum sem fyrir voru í landinu, né heldur að nýta dreifingarnetið, en það hefur breyst m.a. vegna aðgerða samkeppniseftirlitsins til að lækka aðgangshindranir inn á markaðinn. Við þurftum hins vegar að byggja okkar eigin birgðastöð, koma upp okkar eigin dreifikerfi, og gera það allt frá grunni.“

Á sumum stöðum eru sveitarstjórnirnar ólmar að fá meiri samkeppni á bensínmarkaðinn á sínu svæði á meðan annars staðar er illgerlegt að komast að. „Í langan tíma hefur verið mjög erfitt að fá lóð í Reykjavík. Þar hefur nú verið ákveðið að fækka ensínstöðvum, og var þó á brattann að sækja löngu áður en sú stefna var mörkuð. Samkeppniseftirlitið hefur beint tilmælum til sveitarfélaganna að horfa til samkeppnisþátta við lóðaúthlutun, en getur ekki gert meira en það.“ Morgunblaðið, 23.10.2019.



langan tíma hefur verið mjög erfitt að fá lóð í Reykjavík. Þar hefur nú verið ákveðið að fækka ensínstöðvum, og var þó á brattann að sækja löngu áður en sú stefna var mörkuð. Samkeppniseftirlitið hefur beint tilmælum til sveitarfélaganna að horfa til samkeppnisþátta við lóðaúthlutun, en getur ekki gert meira en það." Undurstrikun SE.

Af þessu leiðir jafnframt að veigamikill hluti þeirra tillagna sem settar voru fram í frummatsskýrslu markaðsrannsóknarinnar á eldsneytismarkaði hafa komið til framkvæmda án þess að þurft hafi að beita c-lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Því bendir allt til að markaðsrannsóknin hafi nú þegar skilað umtalsverðum ábata þrátt fyrir að fyrir Samkeppniseftirlitinu liggi að taka til endanlegrar skoðunar hvort tilefni sé til að aðhafast frekar.

Til að fylgja eftir áðurnefndum álitum frá 2017 var Samkeppniseftirlitið í samskiptum við Reykjavíkurborg í júlí og október 2019. Jafnframt aflaði eftirlitið nýrra upplýsinga frá olíufélögunum í tengslum við markaðsrannsókn á eldsneytismarkaði, og dreifingu og birgðahald sérstaklega, í september og október 2019. Samkeppniseftirlitið hyggst ljúka þeim afmörkuðu þáttum markaðsrannsóknarinnar sem enn er ólokið á fyrri hluta ársins 2020.

9. Sameiginlegt eignarhald lífeyrissjóða

Til viðbótar við markaðsrannsókn á eldsneytismarkaði hafa heimildir Samkeppniseftirlitsins jafnframt komið til skoðunar í öðrum málum þar sem eftirlitið hefur haft til rannsóknar hvort beita þurfi íhlutun til tryggja virka samkeppni og eyða samkeppnishamlandi aðstæðum. Eitt af þeim atriðum sem Samkeppniseftirlitið hefur haft til skoðunar á grundvelli c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga eru umfangsmikil eignatengsl á milli keppinauta á mikilvægum mörkuðum hér á landi, sbr. umfjöllun í kafla 6.4 í minnisblaðinu frá 12. nóvember 2018 og kafla 5.5 í frummatsskýrslunni vegna rannsóknar á eldsneytismarkaði.

Í skýrslu *starfshóps forsætisráðherra um hlutverk lífeyrissjóða í uppbyggingu atvinnulífs*, frá janúar 2018, *Starfshópur* var fjallað um hlutverk lífeyrissjóða í uppbyggingu atvinnulífs. Var komist að þeirri niðurstöðu að „*víðtækt eignarhald lífeyrissjóða kann að leiða til minni samkeppni hjá fyrirtækjum sem keppa á markaði*“ og jafnframt að sameiginlegt eignarhald þeirra í keppinautum geti dregið úr nýsköpun. Í skýrslunni er vísað til þess að miðað við gildandi lög henti heimild c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga til þess að taka slík eignatengsl til skoðunar og því sé ekki þörf á sérstakri lagasetningu.⁴⁹

Samkeppniseftirlitið tók sameiginlegt eignarhald lífeyrissjóða í keppinautum til ítarlegrar rannsóknar við athugun tveggja samruna stórra aðila á dagvöru- og eldsneytismarkaðnum á árunum 2017-2018. Í niðurstöðu ákvörðunar og skilyrðum vegna samruna Haga hf. og Olíuverzlunar Íslands, sbr. ákvörðun nr. 9/2019, er sérstaklega vísað til c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga og að beiting ákvæðisins kunni að koma

⁴⁹ <https://www.stjornarradid.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=cee149c2-0019-11e8-9423-005056bc4d74>.



til álita vegna samkeppnislegra vandamála sem leiða af sameiginlegu eignarhaldi á milli keppinauta.⁵⁰ Verði heimildin afnumin líkt og lagt er til í framvarpsdrögunum mun möguleiki samkeppnisyfirvalda til þess að bregðast við mögulegum skaðlegum áhrifum af sameiginlegu eignarhaldi í keppinautum skerðast verulega.

10. Fjölmiðlalög

Með lögum nr. 54/2013 um breytingu á fjölmiðlalögum nr. 38/2011 var bætt við lögin X. kafla A þar sem fjallað er um eignarhald fjölmiðla o.fl. Í 62. gr. a. laganna segir:

„Samkeppniseftirlitið getur gripið til aðgerða gegn aðstæðum sem koma í veg fyrir, takmarka eða hafa skaðleg áhrif á fjölhræði og/eða fjölbreytni í fjölmiðlun almenningi til tjóns. Með aðstæðum er m.a. átt við atriði sem tengjast eiginleikum viðkomandi markaðar, þ.m.t. uppbyggingu fyrirtækja sem á honum starfa. Aðgerðir Samkeppniseftirlitsins geta falist í úrræðum til breytinga á skipulagi ef sýnt þykir að ekki séu fyrir hendi önnur og jafnárangursrík úrræði sem eru minna íþyngjandi fyrir aðila. Samkeppniseftirlitið skal afla umsagnar fjölmiðlanefndar áður en það grípur til aðgerða á grundvelli þessa ákvæðis.

Fjölmiðlanefnd getur beint tilmælum til Samkeppniseftirlitsins um að grípa til aðgerða skv. 1. mgr. Berist Samkeppniseftirlitinu tilmæli frá fjölmiðlanefnd þar að lútandi ber því að taka málið til rannsóknar og efnislegrar umfjöllunar.“

Samkvæmt ákvæðinu er Samkeppniseftirlitinu heimilt að framkvæma markaðsrannsókn á fjölmiðlamarkaði með það að markmiði að kanna hvort aðstæður á viðkomandi markaði komi veg fyrir, takmarki eða hafi skaðleg áhrif á fjölhræði og/eða fjölbreytni í fjölmiðlun. Ákvæðið sækir fyrirmynd sína til c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Í 62. gr. c. laganna er síðan vísað til þess að um „form og efni tilkynninga um samruna, málsmeðferð, viðurlög, kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og annað skv. 62. gr. a og 62. gr. b gilda ákvæði samkeppnislaga og reglur settar með stoð í þeim ef ekki er kveðið á um annað í lögum þessum.“

Samkeppniseftirlitið vekur athygli ráðuneytisins á framangreindu og því að afnám c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga og þeim reglum sem settar hafa verið til stuðnings ákvæðinu, bæði í lögum og afleiddum reglum, mun óhjákvæmilega hafa áhrif á framkvæmd 62. gr. a. fjölmiðlalaga. Þá liggur fyrir að Samkeppniseftirlitið mun samhliða mögulegum aðgerðum vegna aðstæðna sem takmarka fjölhræði og fjölbreytni í fjölmiðlun ekki geta gripið til aðgerða vegna aðstæðna sem skaða samkeppni á fjölmiðlamarkaði, nái breytingarnar fram að ganga.

Athygli ráðuneytisins er vakin á því að Fjölmiðlanefnd gerir í umsögn sinni frá 4. nóvember 2019 réttilega alvarlegar athugasemdir við frumvarpsdrögin að þessu leyti.

⁵⁰ <https://www.samkeppni.is/urlausnir/akvardanir/nr/3454>. „Eigi síðar en í lok júní 2020 mun Samkeppniseftirlitið leggja mat á hvort rökstuddur grunur sé um að sameiginlegt eignarhald á mörkuðum málsins takmarki eða hafi skaðleg áhrif á samkeppni almenningi til tjóns og þá eftir atvikum leggja mat á hvort hefja skuli markaðsrannsókn til þess að rannsaka áhrif þess nánar, sbr. c. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga og reglur nr. 490/2013 um markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins.“



B. MINNISBLAÐ FRÁ 12. NÓVEMBER 2018

Minnisblað um c-lið 1. mgr. 16 gr. samkeppnislaga (markaðsrannsókn)

Með lögum nr. 14/2011 voru gerðar breytingar á samkeppnislögum í því skyni að styrkja lögin og efla samkeppni. Í þessu fólst m.a. að nýr staflaður bættist við 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga sem heimilar Samkeppniseftirlitinu að grípa til aðgerða gegn aðstæðum eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarkar eða raskar samkeppni. Með þessar lagabreytingu var Samkeppniseftirlitinu veitt heimild til að afstýra eða vinna gegn samkeppnishömlum sem ekki stafa af brotum fyrirtækja á samkeppnislögum heldur leiða af markaðsbrestum sem hindra að almenningur og atvinnulífið njóti ábata af virkri samkeppni á viðkomandi markaði. Er um ræða nýtt „verkfæri“ sem leyfir rannsóknir og aðgerðir þar sem áherslan er ekki á að uppræta brot í fortíðinni heldur stuðla betri virkni markaða til frambúðar.

Lögfesting þessarar heimildar var nokkuð gagnrýnd á sínum tíma og kallað hefur verið eftir afnámi hennar.

Í þessu minnisblaði verður fjallað um þessa heimild og reynsluna af beitingu hennar.

1. Forsagan

Í 17. gr. eldri samkeppnislaga, nr. 8/1993, var kveðið á um að samkeppnisráð gæti gripið til aðgerða gegn „aðstæðum“, samningum, skilmálum og athöfnum sem hefðu skaðleg áhrif á samkeppni og tekin dæmi um hvað gæti falist í hinum skaðlegu áhrifum. Var þannig að finna í eldri lögum heimild til að bregðast við samkeppnishömlum sem ekki stöfuðu af broti á bannreglu laganna.

Eldri samkeppnislög voru styrkt mjög með setningu laga nr. 107/2000, m.a. með því að leggja víðtækara bann við samkeppnishömlum. Við þá lagabreytingu var tryggt að heimildin til að bregðast við samkeppnishamlandi aðstæðum myndi halda sér. Var þetta útskýrt með þessum hætti í frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000:

„Í frumvarpinu er gert ráð fyrir því að í meginatriðum verði horfið frá blönduðu kerfi bann- og misbeitingarreglna og teknar upp bannreglur í samræmi við erlendar fyrirmyndir. Sökum þessa verður að gera viðeigandi breytingar á 17. gr. laganna. Í breytingunum felst í fyrsta lagi að almenn heimild skv. 17. gr. til íhlutunar vegna samninga og athafna fyrirtækja sem hafa skaðleg áhrif á samkeppni er felld brott. Þess í stað er samkeppnisráði í a-lið ákvæðisins veitt almenn heimild til þess að stöðva hegðun sem brýtur í bága við bannreglur laganna og grípa til viðeigandi aðgerða til að skapa á ný skilyrði fyrir virka samkeppni. Slík almenn heimild til



aðgerða er nauðsynleg til að tryggja að markmið laganna nái fram að ganga. ...

Í meðförum Alþingis á frumvarpi til gildandi samkeppnislaga var 17. gr. breytt. Innan efnahags- og viðskiptanefndar var samstaða um að bæta orðinu „aðstæður“ inn í ákvæðið. Rökin fyrir þessari breytingu koma m.a. fram í ræðu Steingríms J. Sigfússonar í 2. umræðu um frumvarp til samkeppnislaga á 68. fundi 2. desember 1992, sbr. og andsvar Vilhjálms Egilssonar. Nefndin taldi vanta „heimild til handa samkeppnisráði til að bregðast við, ekki vegna einhverra sérstakra tiltekinna ákvarðana í fyrirtæki, ekki vegna samninga sem fyrirtæki hafa gert, ekki vegna einhverra skilmála eða athafna sem lægju fyrir og hægt væri að vísa í, heldur einfaldlega vegna aðstæðna sem menn gætu staðið frammi fyrir og kölluðu á að gripið væri til aðgerða“. Sökum þessa er í c-lið miðað við að þrátt fyrir þær breytingar sem lagt er til að gerðar verði á 17. gr. hafi samkeppnisráð eftir sem áður möguleika til að grípa inn í aðstæður sem hafa skaðleg áhrif á samkeppni.⁵¹

Þegar núgildandi samkeppnislög voru lögfest var Samkeppniseftirlitinu veitt lagaheimild til þess að krefjast skipulagsbreytinga á fyrirtækjum í þeim tilvikum þar sem slík aðgerð er nauðsynleg til þess stöðva brot á samkeppnislögum. Hins vegar var felld úr gildi framangreind eldri heimild til þess að grípa inn í aðstæður sem raska samkeppni. Í athugasemdum í frumvarpinu var bent á að ef það ákvæði stæði óbreytt í lögum hefði Samkeppniseftirlitið víðtækari heimild til þess að krefjast skipulagsbreytinga en t.d. framkvæmdastjórn ESB og Eftirlitsstofnun EFTA „þar sem heimildin til að krefjast skipulagsbreytinga yrði ekki takmörkuð við að fyrirtæki hefði brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga.“⁵²

2. Breytingin með lögum nr. 14/2011

Sem fyrr segir var tilgangur laga nr. 14/2011 að styrkja samkeppnislögin og efla samkeppni. Sem lið í þessu ákvað löggjafinn að Samkeppniseftirlitinu yrði veitt „rýmri heimild sem gerir því kleift að grípa til nauðsynlegra aðgerða til að efla samkeppni, þ.m.t. uppskiptingu markaðsráðandi fyrirtækja, án þess að það þurfi að sýna fram á að viðkomandi fyrirtæki hafi gerst brotlegt við bannreglur samkeppnislaga“, sbr. athugasemdir við frumvarp sem varð að framangreindum lögum.⁵³ Fram kemur í athugasemdunum að ákvæði EES-samningsins komi ekki í veg fyrir að aðildarríki setji sér að þessu leyti strangari reglur en er að finna í samkeppnisreglum samningsins.⁵⁴

Í athugasemdum í frumvarpinu er því lýst að gagnvart fyrirtækjum byggji samkeppnislög almennt á tveimur meginstöðum. Annars vegar reglum sem leggja bann við samráði og misnotkun á markaðsráðandi stöðu og hins vegar reglum sem ætlað er að koma í veg

⁵¹ Frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum nr. 8/1993, 125. löggjbf., þskj. 770, 488. mál. Athugasemdir við 9. gr. frumvarpsins.

⁵² Frumvarp til samkeppnislaga, 131. löggjbf., þskj. 833, 590. mál. Athugasemdir við 16. gr. frumvarpsins.

⁵³ Frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005, 139. löggjbf., þskj. 144, 131. mál. Athugasemdir um 2. gr. frumvarpsins.

⁵⁴ Sjá hér einnig Whish & Bailey, Competition Law, níunda útgáfa 2018, bls. 78. Því lýst að ýmis (several) aðildarríki ESB hafi í landslögum ákvæði sem gera strangari kröfur til markaðsráðandi fyrirtækja en er að finna í 102. gr. TFEU.



fyrir að fyrirtæki breyti samkeppnislegri gerð markaðarins og dragi úr samkeppni með samruna eða yfirtöku. Síðan segir athugasemdunum:

„Eftir sem áður er ljóst að samkeppnishömlur geta í vissum tilvikum átt rót sína að rekja til annarra atriða en samruna eða brota fyrirtækja á bannreglum samkeppnislaga. Hugsanlegt er t.d. að fyrirtæki sé í slíkri yfirburðastöðu á markaði að tilvist þess í óbreyttu formi geti útilokað eða takmarkað að verulegu leyti samkeppni. Í slíkum tilvikum felst hið samkeppnislega vandamál ekki í brotlegri hegðun viðkomandi fyrirtækis heldur í því að yfirburðastaða þess sem slík raskar samkeppni. Þá geta einkenni á markaði eða háttsemi tiltekinna fyrirtækja dregið úr virkri samkeppni þrátt fyrir að þessi atriði falli ekki nauðsynlega undir bannreglur samkeppnisréttarins. Dæmi um það er háttsemi fyrirtækja á fákeppnismarkaði sem gerir þeim auðveldara að stunda þegjandi samhæfingu án þess þó að í háttseminni felist samskipti milli viðkomandi fyrirtækja sem leiða til þess að hún félli undir bann við ólögsmætu samráði.

Sú röskun á samkeppni sem leitt getur af framangreindu getur verið jafnalvarleg fyrir neytendur og sú takmörkun á samkeppni sem leiðir af broti á bannreglum samkeppnislaga. Sökum þessa hafa ýmis ríki í samkeppnislögum sínum úrræði sem ætlað er vinna gegn samkeppnishömlum af þessum toga ... Slík úrræði ganga mislangt en segja má að kjarni slíkra reglna felist í því að veitt er heimild til þess að breyta tilteknu ástandi eða háttsemi á markaðnum til frambúðar í því skyni að bæta virkni viðkomandi markaðar og efla samkeppni almenningi og atvinnulífinu til hagsbóta. Úrræði þessi eru þannig til viðbótar við bann- og samrunareglur samkeppnisréttarins og eru sett til þess að unnt sé að bregðast við hvers konar háttsemi eða aðstæðum sem takmarka samkeppni og skaða þar með kjör almennings."

Í athugasemdunum er einnig vísað til þess að skv. d-lið 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga sé það eitt af hlutverkum Samkeppniseftirlitsins að fylgjast með þróun á samkeppnis- og viðskiptaháttum á einstökum mörkuðum í íslensku viðskiptalífi og kanna stjórnunar- og eignatengsl á milli fyrirtækja. Skuli þetta gert m.a. í því skyni að meta hvort í íslensku viðskiptalífi sé að finna einkenni hringamyndunar, óæskilegra tengsla eða valdasambjöppunar sem takmarkað geta samkeppni. Segi einnig í ákvæðinu að stofnunin skuli vegna þessa grípa til aðgerða til að stuðla að virkri samkeppni. Ákvæðið sjálft veiti hins vegar enga sjálfstæða heimild til aðgerða. Getur Samkeppniseftirlitið því aðeins gripið til aðgerða vegna skaðlegra stjórnunar- og eignatengsla ef þau fela í sér brot á bannreglum samkeppnislaga eða verða til við samruna. Kemur og fram í athugasemdunum að með þeirri breytingu sem lögð sé til á 16. gr. samkeppnislaga muni möguleikar Samkeppniseftirlitsins að vinna gegn hamlandi stjórnunar- og eignatengslum milli fyrirtækja hér á landi aukast.

Í álitni meiri hluta viðskiptanefndar Alþingis segir að með umræddri breytingu muni möguleikar Samkeppniseftirlitsins til að vinna gegn hamlandi stjórnunar- og eignatengslum milli fyrirtækja hér á landi aukast. Einnig segir þetta í álitinu:



„Flest ákvæði frumvarpsins fengu ítarlega umfjöllun í nefndinni en segja má að mest hafi verið fjallað um b-lið 2. gr. þar sem lagt er til að Samkeppniseftirlitið geti gripið til aðgerða gegn aðstæðum eða háttsemi sem komi í veg fyrir, takmarki eða raski samkeppni. Við meðferð málsins í nefndinni komu fram athugasemdir við það að heimild Samkeppniseftirlitsins væri of víðtæk en einnig var bent á að erfitt væri að afmarka efni þess með nákvæmari hætti, m.a. vegna ólíkra aðstæðna á mörkuðum og óvissu um háttsemi markaðsaðila. Meiri hlutinn telur réttlætanlegt að í samkeppnislögum sé að finna ákvæði af þessu tagi en því ber aðeins að beita í undantekningartilfellum og undanfari þess verður að vera ítarleg rannsókn á gerð viðkomandi markaðar, eðli samkeppnislegra vandamála og greining á þeim úrræðum sem koma til greina.

Nefndin leggur til nokkrar breytingar á orðalagi 2. gr. Í fyrsta lagi að í stað orðanna „raskar samkeppni“ komi orðin „skaðleg áhrif á samkeppni“, þ.e. að ákvæðið eigi við um aðstæður eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarkar eða hefur skaðleg áhrif á samkeppni. Með þessu áréttar nefndin að Samkeppniseftirlitið verður að hafa metið aðstæðurnar eða háttsemina skaðlegar til að ákvæðinu verði beitt. Í öðru lagi að gerð verði viðbót við 1. málsl. um að aðstæður eða háttsemi teljist vera almenningi til tjóns til að unnt verði að beita heimildinni. Þessi tillaga er ekki efnisleg breyting enda eru samkeppnislög sett til verndar neytendum. Breytingartillögunni er ætlað að hnykkja á því að heimildinni verði ekki beitt nema aðstæður eða háttsemi fyrirtækis séu þess háttar að það liggi fyrir að neytendur hafi orðið fyrir tjóni af völdum hennar. Í þriðja lagi er lagt til að við c-lið 2. gr. bætist tilvísun til meðalhófsreglu sem er í gildandi lögum en hefði fallið brott yrði frumvarpið óbreytt að lögum. Er því lagt til að í c-lið verði kveðið á um að Samkeppniseftirlitið geti beitt nánar tilteknum úrræðum í réttu hlutfalli við það brot sem hefur verið framið eða þær aðstæður eða þá háttsemi sem er til staðar.”

Í álitinu minni hluta viðskiptanefndar sagði að frumvarpið væri mjög umdeilt og helsta ástæða „hinnar miklu andstöðu sem birtist viðskiptanefnd við meðferð málsins frá fulltrúum íslenskra fyrirtækja er sú meginbreyting sem frumvarpið felur í sér að heimila Samkeppniseftirlitinu að skipta upp fyrirtækjum eða fyrirskipa breytingar á skipulagi þeirra án þess að þau hafi gerst sek um brot á samkeppnislögum.“ Fram kemur að samkvæmt gildandi samkeppnislögum hafi brot gegn bannákvæðum laganna verið skilyrði alvarlegra afskipta af skipulagi fyrirtækja. Í frumvarpinu sé lagt til að Samkeppniseftirlitinu skuli veitt slík valdheimild til afskipta á grundvelli „aðstæðna“ en ekki einvörðungu á grundvelli „háttsemi“ eða lögbrota eins og verið hefur. Ljóst má vera að heimild til uppskiptingar sem Samkeppniseftirlitinu verður gert kleift að grípa til einungis með vísan til „aðstæðna“, eins og Samkeppniseftirlitið meti þær á tilteknum markaði, sé afar matskennd og veiti eftirlitinu umfangsmiklar heimildir sem kunna að reynast þeim fyrirtækjum sem þeim þurfa að sæta gríðarlega íþyngjandi. Segir síðan að sé það mat löggjafans að nauðsynlegt sé að veita Samkeppniseftirlitinu svo víðtækar og íþyngjandi valdheimildir verði að gera verði þá lágmarkskröfu að valdheimildin sé skilgreind með skýrum hætti í lögnum þannig að útfært sé nákvæmlega í lagatexta við hvers konar aðstæður heimildin verði virk, svo sem með vísan til markaðshlutdeildar yfir ákveðnum mörkum, tilgreindri samþjöppun á markaði eða öðrum þeim mælikvörðum



sem eru almennt lagðir til grundvallar í samkeppnisrétti. Er í álitin einnig bent að heimildir breskra samkeppnisyfirvalda til að skipta upp fyrirtækjum séu háðar ítarlegum málsmeðferðarreglum þar sem fyrst og fremst þarf að fara fram ítarleg rannsókn á gerð viðkomandi markaðar, eðli samkeppnislegra vandamála og greiningu á þeim úrræðum sem kemur til greina að beita. Loks segir í álini minni hlutans:

„Minni hlutinn telur fulla ástæðu til að benda á að verði frumvarpið óbreytt að lögum eru verulegar líkur á því að uppskiptingarheimildin rýri framtíðarverðmæti íslenskra fyrirtækja og dragi úr líkum á því að þau gangi kaupum og sölum milli aðila í íslensku viðskiptalífi. Ekki verður séð að í því felist sérstök hvatning fyrir hugsanlega kaupendur að fyrirtækjum, t.d. þeim fyrirtækjum sem um þessar mundir eru í eigu banka- og fjármálastofnana. Líklegt er að kaupendur og fjárfestar haldi að sér höndum ef þeir geta átt von á því að fyrirtæki sem fjárfest er í verði skipt upp eftir að kaupun eiga sér stað.“

Eftir 2. umræðu á þinginu gekk þetta þingmál aftur til viðskiptanefndar. Í nefndinni var m.a. fjallað um hvort umrædd heimild myndi brjóta í bága í bága við 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttarins. Efnahags- og viðskiptaráðuneytið sendi nefndinni minnisblað þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að heimildin myndi ekki fara gegn stjórnarskrá.⁵⁵ Þessu til stuðnings benti ráðuneytið m.a. á þetta:

„Þegar fyrirtæki, sem er í einokunar- eða yfirburðastöðu á viðkomandi markaði, er skyldað til að selja hluta af fyrirtækinu eða stofna ný fyrirtæki í samkeppni við það fær fyrirtækið, eða hluthafarnir, hagnaðinn af sölunni eða eignarhlut í hinum nýju fyrirtækjum. Fyrirtæki í einokunarstöðu fær þar af leiðandi endurgjald fyrir þær eignir sem afhentar eru hinum nýja samkeppnisaðila. Aftur á móti glatar fyrirtækið því verðmæti, sem felst í einokunarstöðu („monopoly value“) sem samanstendur af þeim hluta fyrirtækisins (eigninni) sem látinn er af hendi og þeim hluta fyrirtækisins (eigninni) sem eftir stendur. Að því leyti sem ákvörðun um uppskiptingu fyrirtækis skapar skilyrði fyrir virka samkeppni, kynni hagnaðurinn af einokunarstöðu fyrirtækisins í heild (samanlagðra eigna) að minnka úr því sem leiðir af einokunarstöðunni niður í þann hagnað sem leiðir af virkri samkeppni. Ekki verður talið ósanngjarnt að neita fyrirtæki um „réttinn“ til framtíðar einokunargróða.“

Í framhaldsnefndarálini meiri hlutans var komist að sömu niðurstöðu og í minnisblaði ráðuneytisins. Var í því sambandi m.a. vísað til þeirra krafna sem stjórnarsýslulög gera til Samkeppniseftirlitsins og sagði að meiri hlutinn leggi „ríka áherslu á að við beitingu heimildarinnar sé gætt að meðalhófi.“ Einnig var bent þá þetta:

⁵⁵ Minnisblaðið er aðgengilegt hér: <https://www.althingi.is/altext/erindi/139/139-1176.pdf>. Í minnisblaðinu var m.a. vísað til fræðigreinar Davíðs Þórs Björgvinssonar sem birtist í Tímariti lögfræðinga í júlí 2002. Greinin ber heitið „Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði“ og í niðurstöðukafla hennar segir: „Valdboðin skipting markaðsráðandi fyrirtækja til að ná samkeppnislegum markmiðum er þekkt úrræði í rétti ýmissa ríkja. ... Íslensku samkeppnislögin hafa ekki að geyma skýrar reglur til að mæla fyrir uppskiptingu fyrirtækja, hvorki vegna tiltekinna brota né sem almennt úrræði til að breyta markaðsaðstæðum án tillits til tiltekinna brota. ... Ákvæði stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttarins og atvinnufrelsi standa því ekki í vegi að settar verði í lög heimildir til að mæla fyrir um uppskiptingu markaðsráðandi fyrirtækja, enda krefjast almannahagsmunir þess að mati löggjafans að slíkar heimildir séu í lögum.“



„Löggjafinn hefur um langa hríð talið að í því felist mikilsverðir almannahagsmunir að hér á landi ríki virk samkeppni í viðskiptum og í því skyni þurfi að vera í gildi víðtækar samkeppnisreglur. Landfræðileg einangrun landsins, fámenni og tilhneiging til myndunar fákeppnismarkaða fela í sér sterk rök fyrir því að hér á landi gildi mjög öflug samkeppnislög.“

Lagði meiri hlutinn ekki til frekari breytingar á frumvarpinu.

Í framhaldsnefndarálinni minni hlutans var áréttuð andstaða við þessa breytingu og hún og frumvarpið í heild sinni sagt vera of íþyngjandi fyrir fyrirtæki landsins. Vísað var til umsagnar sem lögmennirnir Hörður Felix Harðarson og Heimir Örn Herbertsson sendu nefndinni. Segir í álitinu að í þeirri umsögn vegi „þyngst sá alvarlegi fyrirvari fræðimannanna við að uppskiptingarákvæði frumvarpsins standist ákvæði stjórnarskrár Íslands sem verndar eignarrétt, sbr. 72. gr. hennar.“

Frumvarpið var síðan samþykkt með þeim breytingum sem meiri hluti viðskiptanefndar hafði lagt til.

3. Reglur nr. 490/2013 um markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins

Í kjölfar gildistöku laga nr. 14/2011 hóf Samkeppniseftirlitið skoðun á því með hvaða hætti tryggja ætti góða stjórnsluhætti og –málsmeðferð með hinni nýju heimild í c. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Horft var til þeirra sjónarmið sem fram höfðu komið á Alþingi um nauðsyn þess að málsmeðferð og rannsóknir í málum af þessum toga væru vandaðar. Fyrirmynd af heimild af þessum toga var ekki síst sótt til Bretlands, sbr. umfjöllun í frumvarpi sem varð að lögum nr. 14/2011. Þar í landi hafa samkeppnisyfirvöld langa reynslu af beitingu samskonar heimildar. Við þennan undirbúning fór Samkeppniseftirlitið á fund breskra samkeppnisyfirvalda (þá Office of Fair Trading og Competition Commission) og fékk ítarlegar upplýsingar um aðferðafræði, verklag og fleiri mikilvæga þætti.

Sem lið í þessum undirbúningi birti Samkeppniseftirlitið í febrúar 2012 umræðuskjalið „*Markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins – Umræðuskjal um íhlutun í samkeppnishindranir þegar ekki er um brot á samkeppnislögum að ræða.*“⁵⁶ Í fréttatilkynningu Samkeppniseftirlitsins frá 3. febrúar 2012 var þessu lýst svo:

„Grunnur lagður að ítarlegri rannsókn á einstökum mörkuðum

Samkeppniseftirlitið hefur í dag gefið út umræðuskjal um íhlutun í samkeppnishindranir þegar ekki er um brot á samkeppnislögum að ræða.

Í fyrra var lögfest heimild Samkeppniseftirlitsins til þess að grípa til nauðsynlegra aðgerða til að efla samkeppni, þ.m.t. uppskiptingu markaðsráðandi fyrirtækja. Ekki

⁵⁶ http://www.samkeppni.is/media/skyrslur-2012/Ritrod_Samkeppniseftirlitsins_2_2012_Umraeduskjal.pdf



er skilyrði fyrir beitingu heimildarinnar að brot á bannreglu samkeppnislaga hafi átt sér stað eða að um samkeppnishamlandi samruna sé um að ræða. Þessi heimild kemur þannig til viðbótar við önnur úrræði samkeppnislaga og er viðleitni í þá átt að skapa heildstætt kerfi þar sem reynt er eftir föngum að vinna gegn því að almenningur og fyrirtæki bíði tjón vegna hvers konar háttsemi eða aðstæðna sem raska samkeppni.

Í umræðuskjalinu eru birt drög að leiðbeiningum um beitingu ákvæðisins, einkum um það hvernig Samkeppniseftirlitið hyggst beita markaðsrannsóknnum sem undanfara hugsanlegra aðgerða á grundvelli ákvæðisins. Markaðsrannsókn er hagfræðileg greining á samkeppni á tilteknum markaði. Hún lýtur að markaði í heild sinni fremur en afmörkuðum hlutum hans og er því gott tæki til að fá heildaryfirsýn yfir samkeppnislegar aðstæður á markaði.

Með umræðuskjalinu er óskað eftir sjónarmiðum og athugasemdum um þessi áform Samkeppniseftirlitsins. Sérstaklega er óskað eftir sjónarmiðum um framkvæmd markaðsrannsókna og um það hvaða markaður skuli fyrst sæta slíkri rannsókn. Óskað er eftir sjónarmiðum fyrir 15. mars nk."

Að fengnum umsögnum setti Samkeppniseftirlitið reglur nr. 490/2013 um markaðsrannsóknir. Í reglunum er markmið markaðsrannsókna skilgreint og tilgreind dæmi um aðstæður eða háttsemi á markaði sem geta gefið tilefni til slíkrar rannsóknar. Lýst er undirbúningi og upphafi markaðsrannsókna. Mælt er fyrir um gerð rannsóknaráætlunar, skipan ráðgjafahóps og aðkomu stjórnar Samkeppniseftirlitsins að upphafi rannsóknar. Einnig er að finna ákvæði sem eiga tryggja vandaða málsmeðferð, t.d. um birtingu frummatsskýrslu og opin fund í kjölfar þeirrar birtingar. Í reglunum er einnig mælt fyrir um hvernig rannsóknnum af þessum toga getur lokið.

4. Fyrsta markaðsrannsóknin

Eins og fyrr segir kallaði Samkeppniseftirlitið í febrúar 2012 eftir sjónarmiðum almennings og fyrirtækja um framkvæmd markaðsrannsókna og um það hvaða markaður skyldi fyrst sæta slíkri rannsókn.

Eftir að umsagnir bárust lagði Samkeppniseftirlitið mat á hvaða markaður skyldi verða til rannsóknar. Aflaði eftirlitið frekari gagna og átti m.a. fundi með fjölmörgum fyrirtækjum. Þann 5. júní 2013 tilkynnti Samkeppniseftirlitið að það hefði ákveðið að taka eldsneytismarkaðinn til rannsóknar. Í frétt vegna þessa sagði:

„Samkeppniseftirlitið hefur ákveðið að hefja markaðsrannsókn á íslenska eldsneytismarkaðnum. Markaðsrannsókn er nýtt form rannsóknar, sem felur í sér athugun á því hvort grípa þurfi til aðgerða gegn aðstæðum eða háttsemi sem koma í veg fyrir, takmarka eða hafa skaðleg áhrif á samkeppni almenningi til tjóns. Byggir rannsóknin á c-lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga, en ákvæðið heimilar Samkeppniseftirlitinu að grípa til ýmis konar aðgerða til að ryðja úr vegi samkeppnishindrunum, þótt þær stafi ekki af brotum á samkeppnislögum.



Rannsókn af þessu tagi er m.a. hagfræðileg greining á samkeppni á tilteknum markaði, eða hlutum hans, og er því gott tæki til að fá heildaryfirsýn yfir samkeppnislegar aðstæður á markaði. Um framkvæmd markaðsrannsókna Samkeppniseftirlitsins vísast til reglna um markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins nr. 490/2013 og umræðuskjals um markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2012.

Ákvörðun um markaðsrannsókn á eldsneytismarkaði er byggð á gögnum og upplýsingum sem aflað hefur verið í tengslum við fyrri athuganir, erindi og ábendingar. Þá átti Samkeppniseftirlitið fundi með aðilum á markaðnum síðasta haust í því skyni að afla nýjustu upplýsinga um samkeppnisaðstæður.

Eldsneytisverð er hátt á Íslandi

Samkeppniseftirlitið áætlað að íslensk heimili hafi keypt bensín og díselolíu fyrir um 42 milljarða króna á árinu 2011. Ef bensín- og díselverð, án skatta og annarra opinberra gjalda, á árunum 2005-2011 er miðað við vegið meðalverð í aðildarríkjum Evrópusambandsins kemur í ljós að verð á bensíni á Íslandi var um 20% hærra og verð díselolíu um 15% hærra. Verð bensíns og díselolíu er að jafnaði með því hæsta sem þekkist í samanburði við aðildarríki Evrópusambandsins. Smæð og landfræðileg einangrun kann að sjálfsögðu að hafa áhrif á eldsneytisverð hér á landi. Þeim mun mikilvægara er að samkeppni sé ekki raskað vegna samkeppnishamlandi aðstæðna á markaðnum eða háttsemi þeirra fyrirtækja sem starfa á honum, auk þess sem mikilvægt er að framleiðsluþættir viðkomandi markaðar séu nýttir á sem hagkvæmastan hátt.

Samkeppnishamlandi aðstæður eða háttsemi

Í tengslum við rannsóknina hefur Samkeppniseftirlitið gefið út rannsóknaráætlun sem felur í sér áform um tilhögun og afmörkun rannsóknarinnar. Kann hún að breytast eftir því sem rannsókninni vindur fram. Þær aðstæður eða háttsemi sem Samkeppniseftirlitið telur að geti komið veg fyrir, takmarkað eða haft skaðlegt áhrif á samkeppni á íslenska eldsneytismarkaðnum og rannsaka þurfi frekar eru m.a. eftirfarandi atriði:

- Sú aðgangs- og vaxtarhindrun sem getur falist í þeim mikla kostnaði sem fylgir því að reisa birgðastöð. Þessi staðreynd getur valdið því að innkoma nýrra aðila inn á afmarkaða landfræðilega markaði getur verið erfið.
- Sú aðgangs- og vaxtarhindrun sem getur falist í því að félögin sem eiga olíubirgðastöðvar á Íslandi, beint eða óbeint; Atlantsolía, N1, Olís og Skeljungur, eru lóðrétt samþætt fyrirtæki er reka einnig bensínstöðvar (á smásölustigi) og geta þ.a.l. haft lítinn hvata til þess að selja eldsneyti í heildsölu til nýrra aðila á markaðnum sem stefna að því að keppa við þau á smásölustiginu.
- Stefna Reykjavíkurborgar og e.t.v. annarra sveitarfélaga að ekki verði reistar nýjar bensínstöðvar nema samsvarandi fjöldi verði lagður niður í staðinn, án þess að tryggja sé að lóðir sem úthlutað hefur verið og byggingar geti skipt um hendur og þannig auðveldað nýjum aðilum að hefja starfsemi og smærri aðilum að stækka. Skipulagshindranir af þessu tagi geta valdið því að nýir aðilar komist hvorki inn á



markaðinn né að þeir aðilar sem þar eru fyrir geti aukið hlut sinn með því að fjölga sölustöðum.

- Samstarf, eignarhald og stjórnunartengsl þeirra fyrirtækja sem starfa á eldsneytismarkaðnum. Rannsaka þarf að hvaða leyti núverandi samstarf milli þeirra fyrirtækja sem starfa á markaðnum, s.s. í gegnum birgðahald og dreifingu, getur verið samkeppnishamlandi auk þess sem vega þarf og meta hvort hagkvæmnissjónarmið geti réttlætt samstarfið miðað við núverandi markaðsaðstæður.
- Hvort verðbreytingar á smásöluverði eldsneytis í kjölfar breytinga á innkaupsverði séu ósamhverfar, þ.e. að smásöluverð breytist ekki jafn mikið í kjölfar hækkunar og lækkunar á innkaupsverði.
- Hlutverk og starfshættir Flutningsjöfnunarsjóðs á markaðnum, sbr. lög nr. 103/1994 um jöfnun á flutningskostnaði olíuvara. Kanna þarf áhrif sjóðsins á samkeppni, þ.á m. miðlun hans á upplýsingum til keppinauta á markaði.
- Hvort smásölumarkaðurinn fyrir eldsneyti á Íslandi beri einkenni þess að þegjandi samhæfing (e. tacit coordination/collusion) þeirra fyrirtækja er starfa á markaðnum geti verið til staðar. Í þessu sambandi er litið til fákeppnisaðstæðna og einsleitni vöru, mikils verðgagnsæis sem auðveldi keppinautum mat á áhrifum samkeppni og fleiri atriða.

Ráðgjafahópur skipaður

Í samræmi við 5. gr. reglna um markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins hefur stjórn Samkeppniseftirlitsins skipað ráðgjafahóp en hlutverk hans er að veita faglega ráðgjöf og aðstoð vegna rannsóknarinnar. Ráðgjafahópin skipa:

- Daði Már Kristófersson, dósent við Hagfræðideild Háskóla Íslands.
- Þorkell Helgason, stærðfræðingur og fyrrverandi Orkumálastjóri."

Þessi markaðsrannsókn hefur verið mjög viðamikil og gagnsæ. Eins og sagði í fréttinni frá júní 2013 birti Samkeppniseftirlitið rannsóknaráætlun sína og hefur síðan reglulega birt fréttir þar sem greint hefur verið frá framgangi þessarar rannsóknar. Heldur Samkeppniseftirlitið út sérstakri upplýsingasíðu þar sem er að finna margvísleg gögn og upplýsingar sem varða þessa markaðsrannsókn.⁵⁷

Á tímabilinu frá júní 2013 og til nóvember 2015 aflaði Samkeppniseftirlitið ítarlegra upplýsinga um markaðsaðstæður á eldsneytismarkaðnum, s.s. með öflun sjónarmiða frá neytendum, fyrirtækjum og stjórnvöldum, framkvæmd tveggja kannana, ítarlegum greiningum á tölulegum upplýsingum frá starfandi fyrirtækjum auk þess sem eftirlitið heimsótti og átti fundi með fyrirtækjum á eldsneytismarkaðnum með það að markmiði að kynna sér starfsemi þeirra og afla sjónarmiða um aðstæður á markaðnum.

4.1 Frummatsskýrsla birt

Ítarleg frummatsskýrsla var birt í nóvember 2015. Í frétt Samkeppniseftirlitsins voru helstu niðurstöður reifaðar svo:

⁵⁷ <http://www.samkeppni.is/samkeppnisreglur/markadsrannsokn/>



„Samkeppniseftirlitið birtir í dag skýrslu um frumniðurstöður úr markaðsrannsókn á eldsneytismarkaðnum. Þar er fjallað með ítarlegum hætti um aðstæður og háttsemi á markaðnum sem taldar eru hindra samkeppni, almenningi og samfélaginu til tjóns. Jafnframt er fjallað um hvaða aðgerðir koma til greina til þess að ryðja þessum samkeppnishindrunum úr vegi.

Eldsneytismarkaðurinn er þjóðhagslega mjög mikilvægur og því áhyggjuefni að rannsókn Samkeppniseftirlitsins bendir til þess að samkeppni sé verulega skert á mikilvægum hluta hans. Verð á bifreiðaeldsneyti er hér hærra en í flestum öðrum vestrænum ríkjum og sá munur er það mikill að hann verður ekki útskýrður með smæð markaðarins eða auknum kostnaði vegna sölu eldsneytisins hér landi. Þá er álagning olíufélaganna á bifreiðaeldsneyti það mikil að hún gefur vísbendingu um takmarkaða samkeppni. Óhagkvæmur rekstur olíufélaganna á þessu sviði bendir til hins sama. Álagning á eldsneyti sem selt er til fyrirtækja (stórnotenda) gefur hins vegar til kynna að meiri samkeppni ríki í sölu þess.

Hagur almennings

Að mati Samkeppniseftirlitsins er þörf á aðgerðum til þess að bæta hag almennings. Samkvæmt niðurstöðum skýrslunnar greiddu neytendur of mikið fyrir bifreiðaeldsneyti í smásölu á árinu 2014, eða sem nemur 4.000 – 4.500 milljónum króna með virðisaukaskatti, þ.e. samanborið við verð sem búast mætti við ef framangreindar aðstæður og háttsemi væru ekki fyrir hendi.

Aukin samkeppni myndi leysa úr læðingi krafta sem koma myndu samfélaginu til góða, t.d. með hagkvæmari rekstri olíufélaganna sem stuðlar að lægra verði til neytenda. Til að svo geti orðið þarf m.a. að tryggja að nýir keppinautar geti haslað sér völl á markaðnum. Reynslan erlendis frá sýnir að sjálfstæðir smásalar á eldsneyti (t.d. stórmarkaðir) geta veitt hefðbundnum olíufélögum mikið samkeppnislegt aðhald. Miklar aðgangshindranir eru hins vegar að eldsneytismarkaðnum hér á landi og því þarf að breyta."

Hagsmunaaðilum var gefinn frestur til 19. febrúar 2016 til þess að koma að sjónarmiðum og athugasemdum vegna frummatskýrslunnar. Var hann að lokum framlengdur til 11. mars 2016 vegna óska hagsmunaaðila. Í framhaldinu fór Samkeppniseftirlitið yfir helstu athugasemdir og tók afstöðu til þess hvaða frekari vinnu þurfi að ráðast í við mótun á niðurstöðum eftirlitsins.

4.2 Opinn fundur

Eftir framangreinda yfirferð var haldinn opinn fundur í samræmi við reglur nr. 490/2013. Var hann kynntur fyrirfram í fjölmiðlum og öllum sem áhuga höfðu var boðið að taka þátt í undirbúningi fundarins með því að senda inn spurningar sem nýst gætu í umræðum á fundinum.⁵⁸

⁵⁸ Sjá t.d. þessa frétt frá Samkeppniseftirlitinu: <http://www.samkeppni.is/utgafa/frettir/nr/2840>



Fundurinn var haldinn 20. september 2016.⁵⁹ Daginn eftir birti Samkeppniseftirlitið frétt þar sem gerð var grein fyrir fundinum og næstu skrefum:

Vel sóttur fundur um samkeppnisaðstæður á eldsneytismarkaði – Næstu skref

21.9.2016



Samkeppniseftirlitið stóð fyrir opnum fundi um samkeppnisaðstæður á eldsneytismarkaði. Fundurinn er liður í fyrirstandandi markaðsrannsókn. Vel á annað hundrað manns sóttu fundinn.

Á fundinum spunnust gagnlegar umræður um mögulegar samkeppnishindranir og hugsanlegar úrbætur á markaðnum. Til grundvallar umræðunni lá frummatsskýrsla Samkeppniseftirlitsins sem birt var í lok síðasta árs. Daði Már Kristófersson, forseti félagsvísindadeildar Háskóla Íslands, stýrði umræðum í tveimur pallborðum, sjá nánar [dagskrá](#).

Fundarstjóri var Guðrún Ragnarsdóttir, formaður stjórnar Samkeppniseftirlitsins.

Á fundinum voru spiluð fjögur eftirtalin myndbönd:

- [Samantekt](#) viðtala sem Samkeppniseftirlitið tók við forstjóra þýska samkeppniseftirlitsins, forsvarsmenn breska og portúgalska eftirlitsins og Severin Borenstein, prófessor í hagfræði við Berkley háskóla. Viðtölin eru einnig aðgengileg í fullri lengd á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins.
- [Samantekt](#) á helstu niðurstöðum frummatsskýrslu Samkeppniseftirlitsins.
- [Samantekt](#) á sjónarmiðum hagsmunaaðila um aðgangshindranir og samhæfða hegðun.
- [Samantekt](#) á sjónarmiðum hagsmunaaðila um verðsamanburð, álagningu, arðsemi og mögulegum úrbótum.

Á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins er einnig að finna viðtöl við [Frosta Ólafsson](#) , framkvæmdastjóra Viðskiptaráðs, [Hermann Guðmundsson](#) , framkvæmdastjóri KEMI, [Jóhannes Gunnarsson](#) , formann Neytendasamtakanna og [Tryggva Axelsson](#) , forstjóra Neytendastofu.

Nánari upplýsingar um fundinn má nálgast á [heimasíðu](#) Samkeppniseftirlitsins.

Næstu skref:

Nú liggur fyrir Samkeppniseftirlitinu að taka nánari afstöðu til frummatsskýrslu sem fram kemur í fyrrgreindri skýrslu, með vísan til þeirra sjónarmiða og gagna sem aflað hefur verið undanfarið. Í grófum dráttum getur niðurstaða eftirlitsins verið á þrenna vegu:

- Í fyrsta lagi kann eftirlitið að telja ástæðu til þess að undirbúa íhlutun vegna nánar tiltekinna aðstæðna. Verði þetta niðurstaðan rannsakar eftirlitið þann þátt málsins nánar, birtir aðilum þeirrar rannsóknar andmælskjal og tekur að því búnu ákvörðun.
- Í öðru lagi kann eftirlitið að beina tilmaelum um breytingar til stjórnvalda eða fyrirtækja vegna tiltekinna aðstæðna á markaðnum.



⁵⁹ Dagskrá hans er að finna hér: <http://www.samkeppni.is/samkeppnisreglur/markadsrannsokn/>



- Í þriðja lagi kann niðurstaðan að vera sú að ekki sé þörf á frekari umfjöllun Samkeppniseftirlitsins. Ástæða þess kann t.d. að vera að eftirlitið hverfi frá frummati sínu vegna fram kominna sjónarmið, aðstæður hafi breyst eða úrræði séu ekki til staðar.



Á þessu stigi getur niðurstaða eftirlitsins verið eitthvað af þessu þrennu, eða blanda af öllum þremur leiðunum.

Samkeppniseftirlitið stefnir að því að niðurstaða um þessi næstu skref liggi fyrir og hún verði kynnt í kringum næstu áramót. Við mótun þeirrar niðurstöðu munu framkomin sjónarmið koma að góðum notum.

4.3 Lok rannsóknar gagnvart opinberum aðilum

Í samræmi við framangreint birti Samkeppniseftirlitið þann 4. apríl 2017 fjögur rökstutt álit þar sem mælt var til þess við Reykjavíkurborg, umhverfis- og auðlindaráðherra, samgöngu- og sveitarstjórnarráðherra og Flutningsjöfnunarsjóður olíuvara myndu beitu sér fyrir breytingum á umgjörð regluverks fyrir eldsneytismarkað til að stuðla að virkari samkeppni.

Tvö álitanna beindust að skipulagsmálum og úthlutun lóða, en ákvarðanir um þetta geta skipt sköpum í samkeppni á eldsneytismarkaði. Markaðsrannsókn Samkeppniseftirlitsins hafði leitt í ljós að mjög misjafnt er hvort og hvernig litið væri til samkeppnissjónarmiða við ákvarðanir sveitarfélaga varðandi þessi atriði. Þótt ráðuneytið hafi túlkað skipulagslögin þannig að sveitarfélögum bæri að taka tillit til samkeppnissjónarmiða við skipulagsgerð og úthlutun lóða, hafði a.m.k. Reykjavíkurborg ekki talið sér skylt að gera það. Að mati Samkeppniseftirlitsins væri stefna og framkvæmd Reykjavíkurborgar til þess fallin að hindra samkeppni. Í skipulagi borgarinnar væri kveðið á um að spornað verði við fjölgun bensínstöðva í borginni og miðað við að þeim fjölgi ekki. Þótt undirliggjandi markmið eigi fullan rétt á sér, eru sterkar vísbendingar um að þær leiðir sem borgin hefði valið að þessu markmiði hefðu lítil eða jafnvel þveröfug áhrif.

Af þessum sökum beindi Samkeppniseftirlitið þeim tilmælum til:

- **Reykjavíkurborgar** að hún beitti sér fyrir því að draga úr þeim samkeppnishömlum á íslenska eldsneytismarkaðnum sem felast í núgildandi stefnu og framkvæmd Reykjavíkurborgar varðandi eldsneytisstöðvar (sjá álit nr. 2/2017).
- **Umhverfis- og auðlindaráðherra** að hann beitti sér fyrir breytingum á ákvæðum skipulagslaga nr. 123/2010 þannig að kveðið yrði skýrt á um að hafa skyldi hliðsjón af samkeppnissjónarmiðum við framkvæmd laganna (sjá álit nr. 1/2017).

Tvö álitanna beindust að upplýsingamiðlun Flutningsjöfnunarsjóðs olíuvara og stjórnskipulagi. Upplýsingamiðlunin fólst m.a. í því að sjóðurinn safnaði og miðlaði til keppnauta á eldsneytismarkaðnum upplýsingum um heildarsölu allra olíufélaganna sem m.a. nýttust félögunum til þess að áætla hlutdeild sína. Voru þessar upplýsingar veittar mánaðarlega. Að mati Samkeppniseftirlitsins er upplýsingamiðlun af þessu tagi ótvírætt skaðleg samkeppni, sér í lagi þegar horft er til þess að eldsneytismarkaðurinn ber ýmis



fákeppniseinkenni. Tilmælin beindust einnig að því að samkvæmt lögum um sjóðinn var kveðið á um samstarf keppnauta um tilnefningu stjórnarmanns í sjóðinn, eða að einn fulltrúi sitji í stjórninni frá hverju félagi. Þegar rannsókn eftirlitsins hófst sátu fulltrúar keppnauta saman í stjórninni, en nú er einn stjórnarmaður tilnefndur sameiginlega.

Af þessum sökum beindi Samkeppniseftirlitið þeim tilmælum til:

- **Flutningsjöfnunarsjóðs** að hann miðlaði ekki upplýsingum til keppnauta á eldsneytismarkaði, sem til þess væru fallnar að skaða samkeppni. (sjá álit nr. 4/2017).
- **Samgöngu- og sveitarstjórnarráðherra** að hann beitti sér fyrir því að Flutningsjöfnunarsjóður miðlaði ekki upplýsingum sem skaðað gætu samkeppni og að hann beitti sér fyrir breytingum á ákvæðum laga nr. 103/1994, um jöfnun á flutningskostnaði olíuvara, þannig að skipan í stjórn sjóðsins yrði með öllu óháð fyrirtækjum sem starfa á eldsneytismarkaðnum (sjá álit nr. 3/2017).

Flutningsjöfnunarsjóður brást við tilmælum Samkeppniseftirlitsins og samþykkti á stjórnarfundum þann 24. maí 2017 að láta af „samkeppnishamlandi upplýsingagjöf til olíufélaga sem starfa á eldsneytismarkaðnum“.

4.4 Lok rannsóknar gagnvart fyrirtækjum

Í kjölfar hins opna fundar stofnaðist til samtals við tiltekna aðila á markaði um mögulegar lausnir á samkeppnishindrunum bent var á í skýrslunni, einkum hindranir sem leitt gætu af birgðahaldi og dreifingu eldsneytis. Endanlegar lyktir gagnvart fyrirtækjum á eldsneytismarkaði frestuðust hins vegar m.a. vegna skráningar Skeljungs á hlutabréfamarkað og rannsóknar á samrunum Haga og Olís og N1 og Festi.

Rannsókn Samkeppniseftirlitsins á samruna N1 og Festi lauk í ágúst 2018 og rannsókn á samruna Haga og Olís í október 2018. Þær sáttir sem Samkeppniseftirlitið og fyrirtækin gerðu í tengslum við samrunana er ætlað að hafa jákvæð áhrif á samkeppni á eldsneytismarkaði. Felst m.a. í sáttunum að nýr keppinatur mun hefja starfsemi á eldsneytismarkaðnum auk þess sem aðgangur að birgðarými og eldsneyti í heildsölu mun verða aukið. Felst í þessu m.a. aðgangur að mikilvægri þjónustu Olíudreifingar hf. (sem er í eigu N1 og Olís).

Með sáttunum í samrunamálunum hafa þannig verið gerðar verulegar breytingar á umgjörð eldsneytismarkaðarins. Dregið hefur verið úr aðgangshindrunum og stuðlað að innkomu nýrra keppnauta. Þetta ásamt, innkomu Costco, getur haft mjög jákvæð áhrif.

Framangreindar sáttir eru ekki að öllu leyti komnar til framkvæmda og enn háðar vissum skilyrðum. Þegar lyktir samrunamála liggja að þessu leyti fyrir mun Samkeppniseftirlitið meta hvort þörf sé á frekari aðgerðum í markaðsrannsókninni.



5. Framkvæmd erlendis

Eins og fram kom í frumvarpi sem varð að lögum nr. 14/2011 er að finna í samkeppnisrétti ýmissa ríkja heimildir til þess að grípa til aðgerða gagnvart samkeppnishömlum sem ekki stafa af broti á bannreglum eða leiða af samrunum. Þar er greint frá því að í 14. gr. norsku samkeppnislaganna nr. 12/2004 komi fram að unnt sé að grípa til aðgerða gegn viðskiptaháttum, samningum eða aðgerðum sem takmarka eða eru líklegar til að takmarka samkeppni. Ekki sé skilyrði fyrir beitingu þessa ákvæðis gagnvart fyrirtækjum að þau hafi brotið gegn bannákvæðum norskra samkeppnislaga. Einnig segir að í „skýringum í frumvarpi með norsku lögunum segir að ekki sé unnt að útiloka að upp komi tilvik sem raski samkeppni en feli ekki í sér brot á banni laganna við samráði og misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Einnig geti verið um að ræða tilvik þar sem erfitt sé að sanna brot á bannreglum. Er talið nauðsynlegt að norsku samkeppnislögin hafi að geyma heimild til að grípa inn í slíkar samkeppnishömlur.“⁶⁰

Einnig var í frumvarpinu vísað til bandarísks samkeppnisréttar og sagt að á grundvelli „5. gr. laga um Federal Trade Commission geta bandarísk samkeppnisyfirvöld bannað eða breytt háttsemi fyrirtækja jafnvel þótt hún fari ekki gegn bannreglum bandarískra samkeppnislaga (Sherman-lögin).“ Federal Trade Commission (FTC) lögin eru frá 1914 og voru sett til að styrkja bandarískan samkeppnisrétt. Þótti m.a. nauðsynlegt að stjórnvald með sérþekkingu hafði yfir að ráða heimild sem gerði því kleift að gera

⁶⁰ Beiting heimildarinnar í tilteknu máli var lýst svo í fréttatilkynningu norska samkeppniseftirlitsins frá 8. janúar 2009: „**Internet portals should be open to advertisements from private sellers of residential property** The Norwegian Competition Authority proposes that anyone should be able to post advertisements for houses on internet portals without having to go through an estate agent. The intention is to increase competition in services related to the purchase and sale of residential property.

In Norway, independent internet portals such as Finn.no have a practice whereby only estate agents are permitted to advertise. Sellers of residential properties who wish to advertise on an internet portal are forced to use an estate agent or lawyer. About 95 percent of all of residential property sales is done through estate agents or lawyers. The Competition Authority has reviewed the practice under Sections 10 and 11 of the Competition Act

(corresponding to Articles 81 and 82 of the European Treaty) without having found a basis for intervening.

The Norwegian Competition Act Section 14 allows intervention by regulation against market conduct which restricts competition contrary to the purpose of the Competition Act. Under the instructions of the Ministry of Government Administration and Reform, the Competition Authority has assessed whether there is a need to impose an end to the net portals' practice.

The Competition Authority believes that the current practice limits choice for users and reduces competition in the market for services related to the purchase and sale of residential property. The Authority proposes, therefore, that the Ministry of Government Administration and Reform establish a regulation that requires internet portals to provide anyone access to residential property advertisements on non-discriminatory conditions.”

Hefur því sjónarmiði verið lýst að þessi norska markaðsrannsókn hafi verið mikilvæg: „The Norwegian residential property market investigation is an example of a case that will increasingly appear in the context of competition law and policy in the future as the market (both the supply and demand) shifts towards the use of the internet technology. Indeed, the Google investigation and potential settlement with the Commission will also contribute further insights on this area and possibly may take the issue of access and effective access even further than what was determined and imposed by the Regulatory intervention in the Norwegian case. Nonetheless, the NCA's and the Norwegian Government's intervention and the various immediate positive results that manifested in the relevant market for consumers and other smaller and independent competitors, provided with an emphatic policy stance, i.e. that intervention in this dynamic industries is preferable to that of non-intervention.”

Sjá Andreas Themelis, Searching for competition: a comment on the Norwegian residential property market investigation, European Journal of Current Legal Issues, 2013 vol. 19 no. 2.



breytingar á markaði til vernda samkeppni þrátt fyrir bannreglur hefðu ekki verið brotnar.⁶¹ Hefur þessari heimild verið beitt með margvíslegum hætti í bandarískum rétti.⁶²

Umrædd 5. gr. FTC laganna er orðuð með mjög almennum hætti.⁶³ Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur hins vegar talið að nauðsyn krefji að ákvæðið sé orðað með slíkum hætti vegna eðli þeirrar heimildar sem felst í því.⁶⁴

Í ágúst 2015 gaf FTC út tilkynningu um hvernig stofnunin hyggst beita 5. gr. þegar aðgerðir eða aðrir þættir á markaði raska samkeppni en fara ekki gegn bannreglum eða samrunareglum.⁶⁵ Í ræðu Edith Raimirez⁶⁶ þann 13. ágúst 2015, sem flutt var af þessu tilefni, var lýst mikilvægi þess að FTC byggji yfir þessu „sveigjanlega“ úrræði til takast á við áskoranir á mörkuðum sem taka sífelldum breytingum.⁶⁷

⁶¹ Sögu og tilgangi þessa ákvæðis er lýst í grein William E. Kovacic (prófessor og þá einn af ráðsmönnum (commissioner) í FTC) og Marc Winerman, Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act, 20 Minn. J. Int'l L. 274 (2010). Þar segir m.a.: „Congress intended Section 5 to be a mechanism for upgrading the U.S. system of competition law by permitting the FTC to reach behavior not necessarily proscribed by the other U.S. competition statutes, including the 1890 Sherman Act and the Clayton Act. Section 5 would be applied by an expert administrative tribunal which had power to impose prospective equitable relief (not monetary remedies or criminal sanctions), whose decisions interpreting Section 5 would not have collateral effects in private litigation and whose work would be reviewed by appellate courts under a deferential standard. Five principal motivations inspired this legislative choice. One was the fear that the Sherman Act, at least as applied by the courts, would be too narrow to address the “trust” problem. The second was the desire to introduce an administrative mechanism that could adjust the boundaries of acceptable business conduct in light of evolving business practices and developments in economic and legal understanding. In effect, Section 5 would serve as an expansion joint in the U.S. competition policy system. The third was to locate that authority in a body that could conduct investigations and prepare studies as well as bring administrative cases, so that Section 5 litigation would be embedded in a broad understanding of business practices and their implications. The fourth was to create a policy instrument that would be relatively independent of control by the Executive Branch and would be more responsive to legislative preferences. The fifth was to embed the Commission’s broad authority in a regime with lighter-handed penalties than those available under the Sherman Act.”

⁶² Heimildinni hefur t.d. verið beitt gegn háttsemi/aðstæðum á fákeppnismörkuðum sem ekki fela í sér ólögmaett samráð en raska samt sem áður samkeppni með því t.d. að gera þegjandi samhæfingu fákeppnisfyrirtækja auðveldari. Þegjandi samhæfing keppinauta getur valdið neytendum jafn miklum skaða og beint ólögmaett samráð þeirra. Sjá Herbert Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, þriðja útgáfa 2005, bls. 597.

⁶³ Ákvæðið tekur til „unfair methods of competition in or affecting commerce.“

⁶⁴ Sjá dóm Hæstaréttar Bandaríkjanna frá 2. júní 1986, FTC gegn Indiana Federation of Dentist og dóm réttarins frá 1. mars 1972 í máli FTC gegn Sperry & Hutchinson CO. Reifað svo af Herbert Hovenkamp: „... in Sperry & Hutchinson, the Supreme Court held that the FTC has authority “to define and proscribe an unfair competitive practice, even though the practice does not infringe either the letter or the spirit of the antitrust laws.” As the Supreme Court later explained in Indiana Dentists, the “standard of ‘unfairness’ under the FTC Act is, by necessity, an elusive one, encompassing not only practices that violate the Sherman Act and the other antitrust laws but also practices that the Commission determines are against public policy for other reasons.” Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, þriðja útgáfa 2005, bls. 596.

⁶⁵ Sjá:

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf

⁶⁶ Þáverandi formaður FTC ráðsins (FTC Chairwoman).

⁶⁷ Í ræðunni segir m.a. þetta: „This afternoon I am pleased to announce an important milestone in the Commission’s application of its founding statute, enacted 101 years ago. As most of you know, the central provision of the original Federal Trade Commission Act is a prohibition on “unfair methods of competition.” As Congress understood when it gave the Commission the authority to apply this broadly worded phrase, the Commission would need to apply this provision flexibly, and on a case-by-case basis, to deal with constant flux in the American economy. That flexibility is just as important in today’s digital age as it was in the old-economy world of 1914. Our understanding of the antitrust laws in general, and Section 5 in particular, has evolved significantly since 1914 to reflect changing times, new business practices, and improved techniques for evaluating competitive harms and benefits. Since 1914, courts have continuously refined their application of the broadly written phrases of the Sherman and Clayton Acts, such as “restraint of trade,” “monopolization,” and “substantial lessening of competition.” It is no less essential that we preserve a flexible understanding of Section 5’s related prohibition on “unfair methods of competition.” ... As the Supreme Court recently observed in North Carolina Dental, “Federal antitrust law is a central safeguard for the Nation’s free market structures.



Frá því að lög nr. 14/2011 voru sett hefur bæst í hóp þeirra ríkja þar sem samkeppnisyfirvöldum eru veittar heimildir til þess að grípa til bindandi íhlutunar vegna samkeppnishamlna sem ekki stafa af broti á bannreglum eða samrunum, sbr. lagabreytingar sem gerðar voru á Spáni og í Mexíkó á árinu 2013.⁶⁸

Þegar Samkeppniseftirlitið framkvæmir rannsókn á grundvelli reglna nr. 490/2013 má segja að fram fari bæði það er nefnt markaðsathugun (e. market studies) og markaðsrannsókn (e. market investigation). Hið fyrrnefnda miðar að því að greina mögulegar samkeppnishindranir og hið síðara að eyða þeim ef unnt er með bindandi hætti. Er þetta nefnt í einu lagi markaðsrannsóknir umræddum reglum.⁶⁹

Fyrir liggur að markaðsathuganir eru taldar vera mikilvægur liður í að efla samkeppni. Um þetta var fjallað á vettvangi OECD í júní 2017. Í skýrslu um þetta efni segir:

„Market studies are a powerful tool for competition authorities to examine broader competitive conditions in one or more sectors. The International Competition Network (ICN) defines market studies as „research projects conducted to gain an in-depth understanding of how sectors, markets, or market practices are working“ (2016, p. 3). Fifty-eight of the 59 jurisdictions that participated in a 2015 OECD survey reported using market studies in some form in their work, suggesting they are a common instrument for competition authorities (OECD, 2016). What do market studies involve? The answer to this question is not straightforward. The survey mentioned above revealed wide variations in the reasons for undertaking market studies, the powers authorities have to conduct studies, and the outcomes market studies can have.“⁷⁰

Taka má undir að markaðsathuganir (market studies) séu mikilvægur liður í starfi samkeppniseftirlita. Þær einar og sér, án úrræða sambærilegum þeim sem ákvæði c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga heimila, eru hins vegar þeim annmarka háðar að niðurstöðum þeirra fylgir ekki nauðsynlegur þungi, sem til þess er fallinn að leiða til úrbóta. Augljóst er að minni hvatar eru fyrir fyrirtæki eða stjórnvöld að gera breytingar í samræmi við niðurstöður samkeppniseftirlita ef viðkomandi eftirlit hafa engin úrræði til að fylgja niðurstöðum sínum eftir af festu.

In this regard it is 'as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms.' Congress designed Section 5 of the FTC Act as a critical component of that federal antitrust regime. Today's policy statement confirms that, as needed to protect consumers, the Commission will continue to use that provision to supplement the letter of the Sherman and Clayton Acts while fulfilling their spirit."

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735411/150813section5speech.pdf

⁶⁸ Sjá nánar grein í CPI Antitrust Chronicle eftir Carlos Mena-Labarthe, Market Investigations as a New Tool, mars 2016.

⁶⁹ Til samanburðar má líta til þess að samkvæmt núgildandi breskum samkeppnislögum fer þetta fram í tvennu lagi hjá breska eftirlitinu (CMA). Fyrst fer fram það sem lögin nefna „market study“ og ef hún sýnir fram á samkeppnishömlur þá fer í kjölfarið fram það nefnd er í lögunum „market investigation“ sem getur endað með bindandi íhlutun. Sjá nánar um breskan rétt: Whish & Bailey, Competition Law, níunda útgáfa 2018, bls. 462 og áfram.

⁷⁰ OECD, Methodologies for market studies –Background paper by the Secretariat, 20. júní 2017, DAF/COMP/WP3(2017)1.



Þá er rétt að halda því til haga að við forgangsöröðun verkefna samkeppnisyfirvalda er eðlilegt að horft sé m.a. til áhrifa mögulegra rannsókna. Þannig er málefnalegt að rannsóknum sem ekki er hægt að fylgja eftir með mögulegri íhlutun sé forgangsraðað aftur fyrir rannsóknir sem líklegri eru til að styðja við almannahagsmuni. Þetta sjónarmið dregur úr vægi markaðsathugans, samanborið við markaðsrannsóknir.

Mismunandi er eftir ríkjum hvaða heimildir samkeppnisyfirvöld hafa til að grípa til úrræða ef markaðsathugun sýnir samkeppnishömlur (sem ekki stafa af broti). Í Bretlandi er að finna ríkar til bindandi íhlutunar þó brot hafi ekki verið framið og vísað var að þessu leyti til bresks samkeppnisréttar í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 14/2011.

Í framlagi Bretlands í þessari umfjöllun OECD á árinu 2017 er lýst mikilvægi bæði markaðsathugana og markaðsrannsókna:

„Market studies are flexible tools which enable the CMA to examine markets that appear not to be working well for consumers, even in situations in which it is not immediately obvious that either competition or consumer law has been broken. They may vary in a number of respects, including in terms of themes and issues covered; the type of information gathered and the analysis undertaken; outcomes; scale and resourcing.“

„Market investigations are more detailed examinations into whether any aspect of the market - be it structural, supplier or customer conduct, or regulation - is restricting competition. Where specific features or a combination of features exist in more than one market, a cross-market investigation may be carried out. If the CMA determines that there is an adverse effect on competition (AEC) in the market it must decide what remedial action, if any, is appropriate. If the CMA decides to take action itself to remedy an AEC it has the choice of accepting undertakings from the relevant parties and/or of making a legally enforceable Order. In practice, the CMA may decide to take several actions itself and/or make several recommendations to others in a package of measures.“⁷¹

Samkvæmt breskum samkeppnislögum getur þannig breska samkeppniseftirlitið (CMA (Competition and Markets Authority)) gripið til aðgerða þegar eftirlitið telur að til staðar séu aðstæður eða einkenni á tilteknum breskum markaði sem takmarki eða raski samkeppni, sbr. 131. gr. Enterprise-laganna. Aðstæður eða einkenni á viðkomandi markaði eru í þessum skilningi skilgreind sem hvers konar þættir í gerð eða uppbyggingu viðkomandi markaðar og hvers konar hegðun m.a. fyrirtækja sem kaupa og selja vöru á viðkomandi markaði. Mál af þessum toga (market investigations) snúist þannig ekki um rannsókn á því hvort fyrirtæki hafi brotið lög með því að hafa með sér ólögmaett samráð eða misnotað markaðsráðandi stöðu. Tilgangur þessara rannsókna sé að kanna hvort samkeppni sé virk á viðkomandi markaði í heild sinni. Þegar slík samkeppnisleg vandamál séu til staðar dugi ekki endilega bannreglur breskra samkeppnislaga eða bannreglur ESB-

⁷¹ OECD, Methodologies for Conducting Market Studies - Note by the United Kingdom, 20. júní 2017. DAF/COMP/WP3/WD(2017)18



réttar. Ef CMA kemst að þeirri niðurstöðu að aðstæður á markaði raski samkeppni er eftirlitinu skylt að grípa til aðgerða. Getur CMA t.d. mælt fyrir um uppskiptingu fyrirtækja ef það er talið nauðsynlegt til að tryggja virka samkeppni. Samkvæmt þessu er ljóst að bresk samkeppnisyfirvöld geta breytt háttsemi fyrirtækja eða krafist skipulagsbreytinga hjá fyrirtækjum þrátt fyrir að þau hafi ekki brotið gegn þarlendum samkeppnislögum.⁷²

Aðgerðum breskra samkeppnisyfirvalda í kjölfar markaðsrannsóknna er hægt að skipta í nokkra flokka. Algengustu aðgerðirnar miða að því að styrkja neytendaviðbrögð (e. strengthening consumer response) s.s. með því að gera upplýsingar aðgengilegri fyrir neytendur og auðvelda þeim að skipta um þjónustuveitenda. Þær aðgerðir sem eru næst algengastar miða að því að opna markaði, s.s. með því að ryðja í burtu aðgangshindrunum og beina álitum til opinberra aðila um hvernig hægt sé að auka samkeppni. Uppskipting fyrirtækja er hins vegar ekki eins algeng. Þeirri heimild hefur þó ítrekað verið beitt. Á árinu 1989 var breskum ölgerðum gert skylt að selja frá sér 22.000 krár. Árið 2009 var BAA, eiganda flugvalla í London (Heathrow, Gatwick og Stansted), Glasgow og Edinborga var gert að selja Gatwick og Stansted flugvöllina og annað hvort flugvöllin í Glasgow eða Edinborg. Á árinu 2014 var fyrirtækjum á sementsmarkaði (Lafarge Tarmac og Hanson) gert að selja frá sér verksmiðjur.⁷³

⁷² Sjá um þessi atriði t.d. ræðu Peter Freeman, þáverandi formann stjórnar Competition Commission (CC): „The UK experience of divestment remedies in market investigations“, 7. október 2010. CMA tók síðar við verkefnum CC. Í ræðunni segir: „... the CC can investigate a given market to see if there are features of the relevant market that prevent, restrict or distort competition and which thereby give rise to an adverse effect on competition (known as an AEC). If such are found, the CC is under a duty to take such action as it considers reasonable and practicable to remedy, mitigate or prevent the adverse effect on competition or any detrimental effects on customers. Thus the CC can, and indeed is expected to, intervene directly to address these concerns (subject to control by the courts ...). Among other things, such intervention can lead to the divestiture of assets or businesses through the acceptance of undertakings by the or the imposition of an order for divestment.“ Sjá einnig t.d. Whish & Bailey, Competition Law, níunda útgáfa 2018, bls. 469: „The market investigation regime is an important feature of the UK system of competition law, and recognizes that not every market failure can be cured through the application of Articles 101 and 102 TFEU and the Chapter I and Chapter II prohibitions in the Competition Act of 1998. The market investigation regime focuses on understanding how markets work and how consumers engage in markets, rather than simply on the behaviour of individual firms. A market investigation enables the CMA to investigate whether features of the market have an adverse effect on competition and provides a wide range of remedies to eliminate, as far as possible, such adverse effects and any detrimental effects on customers that the CMA identifies. However the market investigation system does not provide for any sanctions for past behaviour or for the award of compensation for loss caused by a market failure.“

⁷³ Lýst svo í frétt BBC frá 14. janúar 2014: **„The UK's cement market is set to see greater competition following changes ordered by the Competition Commission.“**

The Commission spent two years studying the market amid fears existing firms were concentrating on preserving their market share and failing to compete.

It said the lack of competition was costing cement users £30m a year.

The Commission has told one of the existing firms, Lafarge Tarmac, to sell one of its cement plants to enable a new firm to compete in the industry.

The dominant cement firms are Lafarge Tarmac, Cemex, and Hanson. These three were joined a year ago by new entrant, HCM. These, and another company, Aggregate Industries, which does not produce cement, make up the five main suppliers of heavy building materials in the UK, which include aggregates, cement and ready-mix concrete.

Lafarge Tarmac will be required to choose between selling either its Cauldon, Staffordshire or its Tunstead, Derbyshire cement plants.

Lafarge's chief executive, Cyrille Ragoucy, said he was "disappointed" by the decision, adding it was "not reasonable or proportionate".

"The Commission has based its remedies on a partial and historic picture of the market. Its analysis of industry profitability... is flawed, grossly overestimating the returns made," he said.

"It has also failed to take into account the new business environment that has been established by our divestments - only 12 months ago - to create a new competitor, and the entry of new importers into the market."



Í framangreindu framlagi Bretlands frá árinu 2017 til OECD er gerð frekari grein fyrir ýmsum málum þar sem aðgerðir í kjölfar markaðsathugana eða markaðsrannsóknna hafi bætt samkeppni og stöðu neytenda. Af nýlegum markaðsrannsóknum má nefna að á árinu 2017 luku bresk samkeppnisyfirvöld við markaðsrannsókn á orkumarkaði og á árinu 2018 við rannsókn á bankamarkaði. Er nú yfirstandandi rannsókn á stóru endurskoðunarskrifstofunum í Bretlandi („the big four“) og fjárfestingarráðgjöfum.

Í Bretlandi virðist heimildar sem felast í markaðsrannsóknum vera álitnar mjög mikilvægar.⁷⁴ Þarlend samkeppnisyfirvöld leggja mat á þann kostnað og ábata sem leiðir af starfsemi eftirlitsins. Á árunum 2015 til 2018 var kostnaður vegna starfseminnar samtals 65 milljónir punda en áætlaður ábati vegna markaðsrannsókna (bæði „market studies“ og „market investigations“) nam 772 milljónum punda. Ábati vegna rannsóknanna var því umtalsverður í þessu samhengi.⁷⁵

6. Dæmi um aðstæður sem kallað gætu á markaðsrannsókn

Margvíslegar samkeppnislegar hindranir geta verið til staðar í íslensku atvinnulífi þar sem markaðsrannsókn og heimildir sem henni fylgja geta verið eina leiðin til úrbóta. Þessar brýnu aðstæður sem voru ein af forsendum lögfestingar árið 2011 hafa í grundvallaratriðum ekki breyst. Rétt er að fjalla um nokkur dæmi þar sem úrræði c-liðar 1. mgr. 16. gr. getur komið að notum:

6.1 Fátæppni/þegjandi samhæfing

Fátæppni ríkir ennþá á ýmsum mikilvægum mörkuðum en á sumum sviðum hefur samþjöppun jafnvel aukist frá árinu 2011. Mikilvægir markaðir bera einkenni þegjandi samhæfingar. Eldsneytismarkaður er gott dæmi um þetta, en ein meginniðurstaða þeirrar rannsóknar var að sterkar vísbendingar væru um að olúfélögin byggju við aðstæður þegjandi samhæfingar. Við slíkar aðstæður væri eldsneytisverð t.d. hærra en ella.

Athyglisvert er að á eldsneytismarkaði upprættu samkeppnisyfirvöld mjög alvarlegt samráð olúfélaga, sbr. ákvörðun nr. 21/2004, sbr. dóma Hæstaréttar í málum nr.

'Essential product'

The Commission also ordered changes in the supply of another heavy building material, ground granulated blast furnace slag (GGBS), which is a partial substitute for and input into cement.

It has ordered Hanson to sell one of its GGBS production facilities.

It says the inefficient market for this material has led to losses for buyers of a further £15m-£20m a year.

Professor Martin Cave, the chairman of the inquiry, said: "Cement is an essential product for the construction and building sectors and the amount of such work that is funded by the public purse only underlines the importance of ensuring that customers get better value for money."

⁷⁴ Í skjali frá CMA, Updated guidance on the CMA's approach to market investigations, dags. 6. mars 2017, segir: „Market investigations are powerful tools that allow us to bring about real improvements for consumers. We have recently completed two of the largest and most complex market investigations ever undertaken, into energy and retail banking, both of which led to an ambitious package of remedies that will have a significant impact in making these markets work better. Previously many other markets have been investigated through this regime, including groceries, airports and aggregates, each of which led to substantial interventions to improve outcomes for consumers.“ Í ræðu þáverandi varaformanns Competition Commission (Laura Carstensen) frá 9. mars 2011 sagði að markaðsrannsóknir væru; „MIR, considered by many (if not those who have been on the wrong end of it) to be the jewel in the crown of the UK's competition regime ... powerful and highly pro-competitive tool which is coveted by authorities in other jurisdictions and which we should cherish if we believe in the power of competition to deliver economic growth for the UK“

⁷⁵ Sjá „CMA impact assessment 2017/2018“, 24. júlí 2018.



272/2015, 277/2015 og 278/2015. Sú rannsókn og íhlutun á grunni hennar leiddi til mikils ábata fyrir viðskiptavinum. Síðari markaðsrannsókn leiddi hins vegar í ljós að samkeppnishindranir væru til staðar um áratug eftir að ákvörðun samkeppnisyfirvalda lá fyrir, án þess að grunur léki á um að til samráðs hefði stofnast að nýju. Ákvæði c-liðs 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga er forsenda þess að unnt sé að tryggja hagsmuni viðskiptavina og almennings við þær aðstæður.

6.2 Takmarkað aðgengi að mikilvægum innviðum

Á ýmsum mörkuðum geta aðstæður verið þannig að takmarkað aðgengi sé að mikilvægum innviðum sem nauðsynlegt er fyrir keppinauta að hafa aðgang að. Algengt er að slíkir innviðir hafi verið byggðir upp og þróast með hliðsjón af starfsemi og hagsmunum rótgróinna fyrirtækja á markaðnum og séu að öllu eða einhverju leyti í eigu eða á forræði hinna rótgrónu fyrirtækja. Aðstæður af þessu tagi geta verið afleiðing af og/eða skapað aðstæður þegjandi samhæfingar.

Sem dæmi um þetta má aftur nefna eldsneytismarkaðinn, en af sjálfu leiðir að aðgangur að birgðastöðvum og dreifingu getur skipt sköpum í samkeppni í eldsneytissölu. Fyrrgreind markaðsrannsókn á eldsneytismarkaði leiddi í ljós aðgangshindranir sem ryðja þyrfti úr vegi. Var Samkeppniseftirlitið í viðræðum við eldsneytisfyrirtækin um úrbætur vegna þessa þegar tilkynnt var um samruna Haga hf. og Olíuverzlunar Íslands hf. annars vegar og N1 hf. og Festi hf. hins vegar. Með sáttum sem gerðar voru í þeim málum, hafa samrunaaðilar skuldbundið sig til að gera breytingar á starfsemi Olíudreifingar að þessu leyti. Niðurstöður markaðsrannsóknarinnar voru þannig nýttar í greiningu og niðurstöðum samrunamálanna. Í samrunamálum er hins vegar einungist hægt að beita íhlutun vegna samkeppnishindrana sem tengjast viðkomandi samruna. Þannig eru óleyst ýmis úrlausnarefni, s.s. að því er varðar birgðahald og dreifingu flugvélaeldsneytis o.fl., sem ekki gátu komið til skoðunar í umræddum samrunamálum.

6.3 Skaðlegar breytingar verða á mörkuðum vegna samruna sem heimila verður á grundvelli sjónarmiða um fyrirtæki á fallanda fæti (failing firm).

Þá geta áföll átt sér stað á mörkuðum sem m.a. geta falist í því að sökum rekstrarerfiðleika renni öflugir keppinautar saman og samrunaákvæði veiti ekki heimild til íhlutunar sökum „failing firm“ reglunnar. Atvik af þessum toga geta verið mjög skaðleg fyrir neytendur og viðskiptalífið. Þá getur verið mikilsvert að í lögum sé að finna heimild sem til þess er fallin að draga úr samkeppnislegu tjóni til lengri tíma og auka möguleika á innkomu nýrra keppinauta. Ákvæði c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga skapar möguleika á slíkum úrræðum. Hlýtur að vera skynsamlegt að í samkeppnislöggjöf lítils hagkerfis, sem sagan sýnir að er viðkvæmt, sé að finna „öryggisventil“ af þessum toga.

6.4 Skaðleg stjórnunar og eignatengsl – eignarhald í fleiri en einum keppinaut.

Eins og rakið hefur verið taldi löggjafinn að ákvæði c-liðar 1. mgr. 16. gr. væri mikilvægt til þess að gera Samkeppniseftirlitinu kleift að bregðast við skaðlegri hringamyndun eða skaðlegum stjórnunar- og eignatengslum. Í þessu sambandi er rétt að minna á að eftir hrun hefur færst mjög í vöxt að fjárfestar eigi samkeppnislega mikilvæga eignarhluti í fleiri en einum keppinaut á sama markaði (oft nefnt sameiginlegt eignarhald). Getur þetta



haft skaðleg áhrif á samkeppni.⁷⁶ Í markaðsrannsókn Samkeppniseftirlitsins á eldsneytismarkaði var fjallað sérstaklega um samkeppnishindranir tengdar sameiginlegu eignarhaldi.

Í fræðigrein frá júní 2017, þar sem fjallað var um áhrif sameiginlegs eignarhalds á samkeppni, kemur m.a. fram að ráða megi af fræðilegri umfjöllun innan atvinnuvegahagfræði „að hlutafjäreign sömu fjárfesta í keppinautum takmarki hvata fyrirtækjanna til þess að keppa. Meginástæða þess er að augin markaðshlutdeild eins fyrirtækis, í kjölfar verðlækkunar þess á afurðum sínum, leiðir til þess að þeir hluthafar sem eiga eignarhluti í keppinautum hagnast minna en ella, þar sem markaðshlutdeild og álagning þeirra fyrirtækja minnkar í kjölfarið.“ Í lok greinarinnar segir: „Þessar niðurstöður um áhrif sameiginlegs eignarhalds benda jafnframt til að þeir mælikvarðar sem samkeppnisyfirvöld hafa notað til að meta samþjöppun á markaði geti skilað verulegu vanmati.“⁷⁷

Í þessu samhengi ber að líta til skýrslu starfshóps sem skipaður var af forsætisráðherra til að fjalla um hlutverk lífeyrissjóða í uppbyggingu atvinnulífs. Í skýrslu hópsins frá janúar 2018 kemur fram að „viðtækt eignarhald lífeyrissjóða kann að leiða til minni samkeppni hjá fyrirtækjum sem keppa á markaði.“ Einnig geti sameiginlegt eignarhald lífeyrissjóðanna dregið úr nýsköpun.⁷⁸ Í skýrslunni er einnig bent á að Samkeppniseftirlitið geti „fjallað um eignarhald í tveimur eða fleiri keppinautum á sama eða tengdum markaði á grundvelli samrunareglna og c-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga.“⁷⁹

Taka verður undir þessar niðurstöður skýrslu starfshóps forsætisráðherra. Með brottfalli heimildarinnar væri verulega dregið úr möguleikum Samkeppniseftirlitsins til þess að skapa aðhald og e.a. grípa til íhlutunar vegna sameiginlegs eignarhalds.

Rétt er að nefna að álitaefni sem varða sameiginlegt eignarhald koma upp í öðrum rannsóknum, þ.e. einkum rannsóknum á samrunum fyrirtækja. Hefur Samkeppniseftirlitið ítrekað gert sameiginlegt eignarhald að umfjöllunarefni í samrunamálum, sbr. t.d. ákvörðun nr. 2/2014, 42/2017 o.fl. Í sumum tilvikum hefur eftirlitið haft forsendur til þess að setja skilyrði sem miða að sjálfstæðri stjórnun viðkomandi félaga. Íhlutun í samrunamálum takmarkast hins vegar við áhrif viðkomandi samruna. Reynsla undanfarinna ára hefur því sýnt að samrunarannsóknir og úrræði þeim tengdum duga ekki ein og sér til að fást við stjórnunar- og eignatengsl af þessu tagi.

⁷⁶ Sjá m.a. umfjöllun í minnisblaði Samkeppniseftirlitsins sem birt var í tengslum við umræðufund, „Eignarhald á atvinnufyrirtækjum, hlutverk lífeyrissjóða og áhrif á samkeppni“, sem haldinn var í maí 2015: <http://www.samkeppni.is/media/raedur-2015/Samtal-um-samkeppni---eignarhald-a-atvinnufyrirtækjum-230516.pdf>

⁷⁷ Ásta Dís Óladóttir, Friðrik Árni Friðriksson, Gylfi Magnússon og Valur Bráinsson, 2017. *Að þjóna sömu herrum en keppa þó: Sameiginlegt eignarhald á íslenskum hlutabréfamarkaði*, Stjórn mála & Stjórnsýsla, bls. 27-51.

⁷⁸ Í skýrslunni segir um þetta: „Þá hefur verið bent á að sameiginlegt eignarhald geti dregið úr áhuga á nýsköpun. Þegar eitt fyrirtæki fitjar upp á nýjungum í starfsemi dregst hagnaður keppinauta þess líklega saman. Ef eigandinn er sá sami er ávinningur hans af nýbreytninni minni en ella. Letjandi áhrif lífeyrissjóða á samkeppni yrðu væntanlega fremur ósjálfráð en skipulögð.“ Hins vegar er einnig bent á þetta: „Þá má ekki gleyma því að eign lífeyrissjóða á fyrirtækjum hefur ýmsa kosti í för með sér fyrir atvinnulífið. Sjóðirnir eru fagfjárfestar, þeir horfa til langs tíma og eiga að hafa heill samfélagsins að leiðarljósi.“

⁷⁹ <https://www.stjornarradid.is/lisalib/getfile.aspx?itemid=cee149c2-0019-11e8-9423-005056bc4d74>.



7. Niðurstaða

Markmið löggjafans með setningu laga nr. 14/2011 var að styrkja samkeppnislögin og efla samkeppni. Til stuðnings því að lögfesta þá heimild sem er að finna í c. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga vísaði löggjafinn m.a. til þess að sökum landfræðilegrar legu og fámennis gæti hér tilhneigingar til myndunar fákeppnismarkaða. Séu af þeim sökum sterk rök fyrir því að hér á landi gildi mjög öflug samkeppnislög.

Þegar horft er til þeirra aðstæðna sem upp geta komið í íslensku atvinnulífi, sbr. t.d. umfjöllun í kafla 6 hér að framan, blasir við að framangreindar röksemdir löggjafans fyrir nauðsyn á lögfestingu umræddrar heimildar eiga ennþá við. Að sömu ástæðum blasir við að ef heimild c. liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga væri felld niður yrði stórlega dregið úr möguleikum Samkeppniseftirlitsins að bregðast við samkeppnisvandamálum af ofangreindum toga.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er því mikilvægt að heimild eftirlitsins til þess að grípa til nauðsynlegra aðgerða til að efla samkeppni, þrátt fyrir að brot á bannreglum samkeppnislaga hafi ekki átt sér stað eða ekki sé um samkeppnishamlandi samruna að ræða, verði áfram í gildi. Sjónarmið á alþjóðavettvangi styðja þetta jafnframt.

Í umfjöllun Alþingis þegar lög nr. 14/2011 voru sett kom fram að nauðsynlegt væri að rannsóknir og málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins væri vönduð. Eftirlitið hefur leitast við að tryggja þetta, sbr. aðdragandi setningu reglna nr. 490/2013 og ákvæði umræddra reglna.

Samkeppniseftirlitið telur að fyrsta markaðsrannsókn þess hafi sannað gildi og mikilvægi framangreindra reglna. Hún hefur þegar stuðlað að jákvæðum breytingum, sbr. þau ítarlegu álit sem verið beint hefur verið til stjórnvalda. Hún hefur einnig haft mikilvæg áhrif í framangreindum samrunamálum sem geta leitt til verulegra samkeppnislegra umbóta á eldsneytismarkaðnum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er afar mikilvægt að framangreint úrræði sé áfram í lögum svo unnt sé að bæta virkni mikilvægra markaða almenningi og atvinnulífinu til hagsbóta.



SAMKEPPNISEFTIRLITID

FYLGISKJAL V

8. nóvember 2019

Yfirlit yfir inntak tilskipunar ESB nr. 2019/1, um eflingu samkeppniseftirlita (ECN+)

Tilskipun (ESB) nr. 2019/1 (hér eftir nefnt „ECN+“) var undirrituð 11. desember 2018.¹ ECN+ inniheldur ákvæði og skyldur sem miða að því að samræma og styrkja samkeppniseftirlit á Evrópska efnahagssvæðinu (e. *Empowerment of National Competition Authorities*). Felur ECN+ í sér lágmarksviðmið um hæft og viðeigandi samkeppniseftirlit (e. *fit and proper*).

Markmið ECN+ er m.a. að tryggja að samkeppniseftirlit aðildarríkja ESB og EFTA hafi viðeigandi tæki og tól við framkvæmd á evrópskum samkeppnisreglum. Með reglugerð (ESB) nr. 1/2003 var framkvæmd evrópskra samkeppnisreglna færð í auknu mæli heim til aðildarríkjanna, og þar með dregið úr miðstýrðu samkeppniseftirliti.² ECN+ er ætlað að tryggja einsleitni og um leið skapa meiri festu í framkvæmd á evrópskum samkeppnisreglum. Jafnframt er tilskipuninni ætlað að veita samkeppniseftirlitum á Evrópska efnahagssvæðinu sambærilegar valdheimildir til rannsókna og beitingar viðurlaga líkt og framkvæmdastjórn Evrópusambandsins og Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) hafa.

ECN+ er nú þegar hluti af ESB-rétti og hafa aðildarríki ESB tvö ár (til febrúar 2021) til þess að uppfæra ákvæði samkeppnislaga í sínu aðildarríki, þannig að þau uppfylli allar þær kröfur sem leiðir af tilskipuninni. Innleiðingarferli innan EFTA-stoðarinnar er þegar hafið með það að markmiði að tilskipunin verði hluti af EES-samningnum. Liechtenstein hefur nú þegar innleitt ECN+ í landsrétt.³

Mikilvægt er að horft sé til þeirra reglna sem tilskipunin hefur að geyma þegar samkeppnislögin eru endurskoðuð, þótt tilskipunin sé ekki enn orðin hluti af EES-samningnum á þessum tímapunkti. Í þessu sambandi má m.a. vísa til 1. gr. ECN+ tilskipunarinnar, en þar segir „*This Directive sets out certain rules to ensure that national competition authorities have the necessary guarantees of independence, resources, and enforcement and fining powers to be able to effectively apply Articles 101 and 102 TFEU so that competition in the internal market is not distorted and that consumers and undertakings are not put at a disadvantage by national laws and measures which prevent national competition authorities from being effective enforcers*“.

¹ Tilskipunin er aðgengileg hér: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.011.01.0003.01.ENG&toc=OJ:L:2019:011:TOC.

² Reglugerð (ESB) nr. 1/2003, var innleidd með lögbundnum hætti, sbr. reglugerð nr. 811/2006 sem birt var í stjórnartíðindum hinn 29. september 2006, og áður sem fylgiskjal með reglugerð nr. 625/2005.

³ Staða innleiðingar innan EFTA má sjá hér: <https://www.efta.int/eea-lex/32019L0001>.



Er mikilvægt að íslensk samkeppnislög og umgjörð samkeppniseftirlitsins uppfylli framangreint og teljís vera hæf og viðeigandi í alþjóðlegum samanburði. Verður nú vikið að helstu ákvæðum og innihaldi ECN+.

I.

Í fyrsta lagi er í ECN+ tilskipuninni að finna reglur og viðmið sem ekki endurspeglast í núgildandi lögum, og íslensk lög uppfylla því ekki þau lágmarksviðmið sem ríki Evrópu hafa komið sér saman um. Dæmi um þetta er 7. gr. ECN+ þar sem kveðið er á um að samkeppniseftirlit skuli hafa heimild til að leita og haldleggja gögn annars staðar en í húsnæði viðkomandi fyrirtækis, t.d. á heimilum stjórnenda fyrirtækja. Samkeppniseftirlitið er eitt fárra samkeppniseftirlita í Evrópu sem ekki er heimilt að afla gagna annar staðar en í húsnæði fyrirtækis, sbr. kafla 10 í umsögn eftirlitsins. Þegar aðildarríki ESB hafa innleitt skyldur ECN+ í viðkomandi landsrétt, verður Samkeppniseftirlitið það eina á Evrópska efnahagssvæðinu sem ekki hefur slíka heimild.

Í öðru lagi er í 30. gr. ECN+ að finna ákvæði sem leggur þá skyldu á aðildarríki að tryggja að samkeppniseftirlit í viðkomandi ríki skuli njóti sömu réttinda og úrræða og málsaðilar, hvað varðar málskotsheimild.⁴ Vísast einnig hér til bréfs ESA til norskra yfirvalda, dags. 28. október 2019, og fylgiskjals III (minnisblað um málskot vegna almannahagsmuna).⁵ Áformin í frumvarpsdrögunum um niðurfellingu málskotsheimild Samkeppniseftirlitsins eru því í andstöðu við fyrirmælin í 30. gr. ECN+.

Í þriðja lagi er að finna ákvæði í 4. gr. sem á að tryggja sjálfstæði samkeppniseftirlita og undirstrikar ákvæðið mikilvægi þess. Eiga aðildarríki að tryggja m.a. að viðkomandi samkeppniseftirlit hafi nauðsynlegar valdheimildir, fjárheimildir og starfskrafta til þess að tryggja framkvæmd evrópsk samkeppnisreglna. Vísast hér í þessu sambandi einnig til þeirra valdheimilda og viðurlaga, og fyrningarreglna sem fjallað er um í köflum IV, V og VIII í ECN+.

Í fjórða lagi er að finna reglur og viðmið sem eru í meginatriðum í samræmi við núgildandi regluverk og/eða er því til fyllingar. Skoðað þarf hvort nauðsynlegt sé að samræma íslenska löggjöf betur til þess að endurspeгла þau viðmið. Dæmi um þetta eru almenn ákvæði um sjálfstæði samkeppniseftirlita til að taka ákvarðanir og forgangsraða verkefnum.

Að lokum er að finna reglur og viðmið í kafla VI í tilskipuninni sem ætlað er að samræma og styrkja vægðarreglur (e. leniency) samkeppnisyfirvalda á Evrópska efnahagssvæðinu. Samkeppniseftirlitið hefur nú þegar hafið vinnu við að uppfæra núgildandi vægðarreglur og tekur vinnan m.a. mið af ákvæðum ECN+ tilskipunarinnar. Verður sú vinna kynnt betur þegar henni er lokið.

II.

Ákvæði ECN+ tilskipunarinnar eru eftirfarandi:

1. gr. Subject matter and scope

⁴ Sjá einnig mgr. 71. í aðfararorðum ECN+.

⁵ Bréf ESA til norskra yfirvalda, dags. 28.10.19 er aðgengilegt hér: <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=5055>.



- 2. gr. Definitions
- 3. gr. Safeguards
- 4. gr. Independence
- 5. gr. Resources
- 6. gr. Power to inspect business premises
- 7. gr. Power to inspect other premises
- 8. gr. Requests for information
- 9. gr. Interviews
- 10. gr. Finding and termination of infringement
- 11. gr. Interim measures
- 12. gr. Commitments
- 13. gr. Fines on undertakings and associations of undertakings
- 14. gr. Calculation of fines
- 15. gr. Maximum amount of the fine
- 16. gr. Periodic penalty payments
- 17. gr. Immunity from fines
- 18. gr. Reduction of fines
- 19. gr. General conditions for leniency
- 20. gr. Form of leniency statements
- 21. gr. Markers for applications for immunity from fines
- 22. gr. Summary applications
- 23. gr. Interplay between applications for immunity from fines and sanctions on natural persons
- 24. gr. Cooperation between national competition authorities
- 25. gr. Requests for the notification of preliminary objections and other documents
- 26. gr. Requests for the enforcement of decisions imposing fines or periodic penalty payments
- 27. gr. General principles of cooperation
- 28. gr. Disputes concerning requests for notification or enforcement of decisions imposing fines or periodic penalty payments
- 29. gr. Rules on limitation periods for the imposition of fines and periodic penalty payments
- 30. gr. Role of national administrative competition authorities before national courts
- 31. gr. Access to file by parties and limitations on the use of information
- 32. gr. Admissibility of evidence before national competition authorities
- 33. gr. The operation of European Competition Network
- 34. gr. Transposition
- 35. gr. Review
- 36. gr. Entry into force
- 37. gr. Addressees.

* * *



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

FYLGISKJAL VI

8. nóvember 2019

Minnisblað um tilskipun ESB nr. 2014/104 um skaðabætur

Í minnisblaði þessu er gerð grein fyrir þeirri réttarbót sem tilskipun ESB nr. 2014/104 (skaðabótatilskipunin)¹ felur í sér fyrir tjónþola í samkeppnisbrotum. Samkeppniseftirlitið hefur í tvígang hvatt atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið til þess að beita sér fyrir innleiðingu á skaðabótatilskipuninni, til að auðvelda tjónþolum samkeppnisbrota hérlendis að sækja bætur úr hendi brotlegra fyrirtækja. Það er jafnframt afstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki er eftir neinu að bíða að tryggja neytendum réttarbætur í samræmi við meginákvæði tilskipunarinnar, jafnvel þótt hún sé ekki orðin hluti af EES-samningnum. Bréf Samkeppniseftirlitsins til ráðuneytisins fylgja minnisblaði þessu.

I.

Raunhæfur möguleiki tjónþola til sækja sér skaðabætur vegna samkeppnislagabrota er mikilvægur þáttur í skilvirkni samkeppnisreglna. Þannig hefur það t.d. verið málátalíbúnaður íslenska ríkisins fyrir EFTA dómstólnum, að rétturinn til að krefjast skaðabóta vegna samkeppnisbrota „*auki virkni samkeppnisreglna og að skaðabótamál [brotaþola] fyrir innlendum dómstólum geti haft verulega þýðingu við að tryggja samkeppni.*“ EFTA dómstóllinn hefur tekið undir þennan rökstuðning íslenska ríkisins og bætt við að þrátt fyrir að stefnandi í slíkum skaðabótamálum „*leitist við að tryggja einkahagsmuni sína stuðlar hann um leið að vernd almannahagsmuna, sem felur í sér ávinning fyrir neytendur.*“²

Samkeppniseftirlitið tekur undir framangreind sjónarmið um mikilvægi einkaréttarlegra úrræða brotaþola til að tryggja virkni samkeppnisreglna (e. private enforcement). Hérlendis er ekki að finna neinar sérreglur um málsmeðferð og úrræði brotaþola vegna samkeppnislagabrota. Vilji tjónþolar sækja skaðabætur úr hendi brotlegra fyrirtækja gilda því almennar reglur skaðabótaréttar og sönnunarreglur einkamálaréttarfars. Hefur það ákveðin vandkvæði í för með sér fyrir tjónþola og veikir þannig einkaréttarlegt eftirlit með samkeppnisbrotum.³

Skaðabótatilskipun ESB leysir þetta vandamál og önnur, með samræmdum reglum um skaðabætur vegna samkeppnislagabrota í því skyni að auðvelda brotaþolum að sækja rétt

¹ Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union.

² Dómur EFTA dómstólsins í máli nr. E-6/17, Fjarskipta hf. og Símans hf., dags. 30. maí 2018, mgr. 20 og 30.

³ Vegna þess hve flókin samkeppnismál eru og þar sem sönnunaraðferðir brotaþola eru verulega takmarkaðar samanborið við ríkar rannsóknarheimildir samkeppnisyfirvalda, er það nánast ógerningur fyrir að brotaþola að sækja skaðabætur án úrskurðar eða ákvörðunar samkeppnisyfirvalda til staðfestingar á samkeppnisbroti. Brotaþolar bíða því ákvörðunar og niðurstöðu samkeppnisyfirvalda. En jafnvel þótt slík niðurstaða um samkeppnisbrot liggi fyrir er það hins vegar verulega óljóst hérlendis, og það háð sönnunarfærslu aðila og mati dómara hverju sinni, hvort og að hvaða marki slík niðurstaða um samkeppnisbrot hefur sönnunargildi í skaðabótamáli brotaþola; Sjá umfjöllun um þetta í dómi EFTA dómstólsins í máli nr. E-6/17, Fjarskipta hf. og Símans hf., dags. 30. maí 2018.



sinn.⁴ Tilskipunin er nauðsynlegur þáttur í að tryggja öfluga samkeppnisstefnu á innri markaðnum. Samkeppnisreglur eru ein af grunnstoðum EES-samningsins og Samkeppniseftirlitinu er falið að beita reglunum hérlandis. Þá skyldar 3. gr. EES-samningsins íslenska ríkið til þess að grípa til allra viðeigandi ráðstafana, ýmist almennra eða sértækra, til þess að tryggja efndir á skyldum sem leiddar eru af EES-samningnum, og tryggja lagaumhverfi hérlandis sem tekur tillit til meginreglna Evrópuréttar um jafngildi og skilvirkni.

Skaðabótatilskipunin hefur ekki enn verið tekin upp í EES-samninginn. Löggjöfin felur hins vegar í sér nýjar og samræmdar reglur innri markaðarins um málsmeðferð vegna samkeppnislagabrota sem nauðsynlega skortir hérlandis. Það er því ekkert því til fyrirstöðu að atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið beiti sér fyrir innleiðingu á inntaki þeirra reglna sem tilskipunin hefur að geyma.

Með vísan til framangreindra atriða vekur Samkeppniseftirlitið sérstaka athygli á því, að á meðan reglur skaðabótatilskipunarinnar eru ekki innleiddar hérlandis eru einkaréttarleg úrræði þolenda samkeppnisbrota (e. private enforcement) verulega veikari hérlandis en í nágrannalöndum okkar. Og á sama tíma verða það áhrif frumvarpsins að veikja opinbert eftirlit með samkeppnisreglum á Íslandi (e. public enforcement). Verði frumvarpið að lögum verður íslenskt samkeppniseftirlit þannig vængstýft á báða bóga svo að ógnar bæði hagsmunum neytenda og brotþola, sem og samkeppnishæfni íslensks efnahagslífs.

II.

Hér á eftir eru birtar tvær umsagnir frá Samkeppniseftirlitinu, um þá réttarbót sem felst í umræddri tilskipun um skaðabætur. Fyrri umsögnin er frá 9. september 2015, og hin síðari frá 16. febrúar 2016.

* * *

⁴ Tilskipunin felur m.a. í sér þær réttarbætur að löglíkur séu á tjóni vegna ólögmæts samráðs, auðveldari öflun sönnunargagna fyrir tjónþola, reglur um sönnunargildi úrlausna samkeppnisyfirvalda í bótamálum, skýrari fyrningarreglur, fullar bætur til tjónþola o.fl.



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið
bt. Valgerðar Rúnar Benediktsdóttur og
Ólafs Egils Jónssonar
Skúlagata 4
150 Reykjavík

Samkeppniseftirlitið			
Málsnr.	1507013	Ábm.	
Bréfal.	174	Áðrir	
Mótt.	10.9.2015	Fækj.	
Aths.		Tölur	

Reykjavík, 9. september 2015

Tilv.: 1507013

Efni: Umsögn Samkeppniseftirlitsins – Tilskipun 2014/104/ESB

Samkeppniseftirlitið vísar til bréfs yðar dags. 17. júlí sl. þar sem óskað var eftir umsögn eftirlitsins um það hvort og þá hvaða áhrif það hefði á samkeppni á Íslandi að innleiða reglur tilskipunar 2014/104/ESB um skaðabætur vegna samkeppnislagaþrota í íslenskan rétt. Fram kemur í bréfi yðar að tilskipuninni sé ætlað að auðvelda þolendum þrota á samkeppnisreglum að sækja skaðabætur. Þá sé tilskipuninni ætlað að kveða á um samspil skaðabóta og framkvæmd samkeppnisyfirvalda á samkeppnisreglum.

Samkeppniseftirlitið hefur kynnt sér efni tilskipunarinnar og leggur fram eftirfarandi umsögn.

I.

Almennt er lagt til grundvallar að samkeppni í viðskiptum sé afar æskileg þar sem hún auki velferð neytenda og stuðli að hagkvæmni í atvinnulífinu. Nánar tiltekið er virk samkeppni talin hafa þessa kosti:

- Samkeppni stuðlar að því að neytendur fái vörur og þjónustu á sem lægstu verði.
- Samkeppni stuðlar að auknu vöruframboði og betri þjónustu og vörum.
- Agi samkeppninnar knýr fyrirtæki til að hagræða í rekstri og vinnur gegn sóun.
- Samkeppni stuðlar að nýsköpun og framförum í atvinnurekstri.
- Samkeppni stuðlar að þjóðhagslegri hagkvæmni í efnahagslífinu (ábatni neytenda og framleiðenda).

Samkeppnislög sem ríki um víða veröld hafa sett sér hafa því almennt þann tilgang að vernda samkeppnina með því að leggja bann við samkeppnishamlandi aðgerðum sem skaða hagsmuni bæði neytenda og viðskiptalífsins. Jafnframt eiga samkeppnislög að tryggja að öll fyrirtæki hafi möguleika til að taka þátt í heilbrigðri samkeppni og þurfi ekki



að þola óeðlilega eða skaðlega viðskiptahætti af hálfu annarra fyrirtækja. Samkeppnislög eiga þannig að stuðla að því að nýir aðilar geti hafið atvinnurekstur og smærri fyrirtæki stækkað og eru því liður í að efla eða viðhalda öflugu atvinnulífi. Samkeppnislög og öflug framkvæmd þeirra er talin nauðsynleg til þess að stuðla að aukinni framleiðni, hagræðingu og efnahagslegum vexti, sbr. m.a. skýrslu OECD frá 1. september 2015 um efnahagshorfur á Íslandi.

Á sama hátt og ljóst er að samkeppni í viðskiptum hefur jákvæð áhrif liggur fyrir að samkeppnishömlur geta valdið almenningi og atvinnulífinu miklum skaða. Án skilvirkra samkeppnisreglna aukast líkur á óæskilegri hegðun fyrirtækja, störf tapast, framleiðni dregst saman og réttaröryggi neytenda minnkar.

Alvarleg röskun á samkeppni getur falist í því að markaðsráðandi fyrirtæki hreki minni keppinauta út af markaðnum eða hindri að nýir aðilar nái á honum fótfestu. Samkeppnishömlur sem keppinautar geta gripið til með samráði sín á milli eru sérstaklega til þess fallnar að valda almenningi og viðskiptalífinu miklu tjóni. Stofnanir og fræðimenn eru sammála um að samráð keppinauta um t.d. verð eða það að halda nýjum aðila frá markaðnum sé mjög skaðlegt á sama tíma og það geti skapað viðkomandi fyrirtækjum mikinn ávinning. Að sama skapi geta bæði önnur fyrirtæki og almenningur orðið fyrir miklu tjóni vegna brota á samkeppnislögum.

Til skamms tíma var talið varfærið að líta svo á að ávinningur af verðsamráði væri að meðaltali 10% af söluverði en tjón samfélagsins af samráðinu gæti numið 20% af umfangi þeirra viðskipta sem samráðið tæki til.¹ Nýrri rannsóknir gefa hins vegar til kynna að þetta feli í sér vanmat á tjóni neytenda og viðskiptalífsins af samráði.² Í skýrslu OECD frá 2005 er t.d. sagt að rannsóknir gefi til kynna að ólögsmætt samráð geti leitt til allt að 60-70% hærra verðs en ella.³ Í skýrslu framkvæmdastjórnar ESB frá júní 2013 er greint frá viðamikilli rannsókn sem unnin var fyrir hana. Í henni kom fram að í 93% tilvika leiðir samráð keppinauta til hærra verðs en ella. Í 70% tilvika hafi samráðið haft þau áhrif að verðið var 10-40% hærra en ella en að meðaltali var það 20% hærra.⁴ Í febrúar 2014 birtist grein frá einum helsta fræðimanni á þessu sviði, John M. Connor prófessor, þar sem hann gerði grein fyrir athugun sinni á 700 hagrannsóknnum á áhrifum samráðs og á rúmlega tvö þúsund dómum dómstóla sem fela í sér mat á áhrifum samráðs. Hans niðurstaða er m.a. sú að að meðaltali leiðir samráð til a.m.k. til 49% hærra verðs en ella.⁵

Rök standa til þess að tjón af völdum brota á samkeppnisreglum geti verið enn meira á Íslandi en í stærri ríkjum. Í matsgerð hagfræðinganna Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga,

¹ A report on implementing the hard core cartel recommendation and improving co-operation. OECD Journal of Competition Law and Policy, Volume 2/No. 2.

² Sjá t.d. Tackling Cartels, Simon Williams and Philipp Giradet, 22. febrúar 2007 (birt m.a. á <http://www.konkurransetilsynet.no>): „Academic studies have in the past suggested that cartel conduct imposes on average a surcharge around 10% on the price of goods or services supplied. Today the emerging consensus is that this figure is probably too conservative and that it is likely to be closer to 20-30% and can in certain cases be much higher still.“

³ Cartels: Sanctions against Individuals (2005). Skýrsla gefin út af OECD.

⁴ Commission Staff Working Document – Practical Guide on Quantifying Harm in Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union SWD(2013) 205, 11.6.2013.

⁵ Connor, John M., Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition (24. febrúar 2014)



sem lögð hefur verið fram í máli olíufélaganna gegn Samkeppniseftirlitinu, kemur fram að erlendar rannsóknir um skaðsemi samráðs hafi þýðingu hér á landi. Síðan segir:

„Við þetta má bæta að Ísland er fámennt land og þjóðfélagið einkennist af nálægð og persónulegum kunningsskap. Við slíkar aðstæður aukast líkur á að stjórnendum fyrirtækja takist að stilla saman strengi, bæði er varðar þegjandi samkomulag og samráð. Af þessum sökum má draga þá ályktun að samráð sem stofnað er til hér á landi verði árangursríkara en samráð í stærri samfélögum.“⁶

Telja þessir hagfræðingar að ávinningur olíufélaganna af samráði þeirra hafi verið um nítján milljarðar kr. en tjón almennings og atvinnulífsins af samráðinu hafi verið meira en nemur þessum ávinningi olíufélaganna.

Ísland og önnur ríki hafa brugðist við upplýsingum um mikla skaðsemi samkeppnislagabrota með því að herða samkeppnislög. Það var m.a. gert hér landi á grundvelli tillagna nefndar forsætisráðherra um viðurlög, sbr. lög nr. 52/2007 sem breyttu samkeppnislögum.⁷ Þær breytingar (eða aðrar) lutu hins vegar ekki að þáttum sem tengjast skaðabótum vegna samkeppnislagabrota.

II.

Fyrir liggur að raunhæfur möguleiki á því að sækja skaðabætur vegna brota á samkeppnisreglum er mikilvægur þáttur í öflugri og skilvirkri samkeppnisstefnu. Í Bandaríkjunum gildir sú regla að þolendur samkeppnisbrota eiga rétt á þreföldum bótum. Tilgangur þessarar reglu, og skaðabótamála almennt, í þarlandum samkeppnismálum (private antitrust enforcement) er eftirfarandi:

„Private antitrust enforcement plays a critically important role in implementing the U.S. antitrust laws. From the outset, Congress contemplated that private parties would play a central role in enforcement of the Sherman Act. Indeed, Senator Sherman believed that individuals should act as “private attorneys general,” and that the antitrust laws should encourage such enforcement.

The central feature of private antitrust remedies is its provision for treble damages, which allows plaintiffs in all cases to recover “threefold the damages by him sustained.” Successful antitrust plaintiffs may, in addition, recover attorneys’ fees and, in certain circumstances, prejudgment interest. The effect of these monetary remedies is reinforced by rules that make defendants jointly and severally liable for damages. That is, each defendant is liable for the full amount of damages even if several defendants jointly engage in the unlawful conduct. ...

Treble damages serve five related and important goals:

⁶ Undirmatsgerð í málinu E-4965/2005, dags. 3. október 2008.

⁷ Í frumvarpi sem varð að þeim lögum er m.a. vísað til þess að „rannsóknir á vegum Efnahags- og framfarastofnunar Evrópu (OECD) leitt í ljós að ólögmætur ávinningur fyrirtækja af samráði eða yfirverðlagning sé að jafnaði mun hærri en almennt hefur verið talið. Af framangreindu leiðir að ólögmætt samráð keppinauta um verð og önnur viðkvæm viðskiptaleg málefni er ótvírætt til þess fallið að hafa í för með sér verulegan efnahagslegan skaða, bæði fyrir neytendur og atvinnulífið.“



- (1) *Deterring anticompetitive conduct;*
- (2) *Punishing violators of the antitrust laws;*
- (3) *Forcing disgorgement of the benefits of anticompetitive conduct from those violators;*
- (4) *Providing full compensation to victims of anticompetitive conduct; and*
- (5) *Providing an incentive to victims to act as "private attorneys general."*⁸

Sökum efnahagslegs mikilvægis samkeppnisreglnanna hefur þannig lengi verið í Bandaríkjunum kerfi sem ætlað er skapa hvata til þess að þolendur samkeppnisbrota (fyrirtæki og/eða neytendur) gegni hlutverki „einkaeftirlitsaðila“ (private attorneys general) sem styðji við eftirlit þarlendra samkeppnisfirvalda.

Í EES/ESB-samkeppnisrétti hefur þróunin að þessu leyti verið hægari. Dómstóll ESB hefur hins vegar tekið það skýrt fram að skilvirk framkvæmd samkeppnisreglna krefjist þess að tjónþolendur geti sótt bætur, sbr. m.a. dóm dómstólsins frá 5. júní 2014 í mál nr. C-557/12, *Kone AG*.

Í tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB frá júní 2013 er bent á hið mikla tjón sem leiðir af samkeppnisbrotum og að annars vegar hagsmunir samfélagsins af virkri samkeppni og hins vegur réttur tjónþola til bóta fari saman. Með því að auðvelda tjónþolum að sækja bætur sé um leið stuðlað að auknum varnaðaráhrifum og þar með öflugari framkvæmd samkeppnisreglna:

*„... infringements of Article 101 or 102 TFEU cause great harm to consumers and undertakings. Anyone who has suffered harm through an infringement of EU competition rules has a right to compensation. This is guaranteed by EU law, as the Court of Justice has repeatedly emphasised. While the objective of the fines is deterrence, the point of damages claims is to repair the harm suffered because of an infringement. More effective remedies for consumers and undertakings to obtain damages would, inherently, also produce beneficial effects in terms of deterring future infringements and ensuring greater compliance with those rules.“*⁹

Að mati Samkeppniseftirlitsins eiga sömu sjónarmið við í íslenskum rétti.

III.

Í framangreindri tilkynningu framkvæmdastjórnarinnar frá júní 2013 var bent á að engar samræmdar reglur gildi í aðildarríkjum um skaðabætur vegna samkeppnisbrota og torvelt geti verið fyrir aðila að sækja rétt sinn.

Umræddri tilskipun 2014/104/ESB, sem birt var 5. desember 2014, er ætlað að ráða bót á framangreindu og efla þar með samkeppni. Tekur hún bæði til tjóns leiðir af broti á

⁸ Skýrsla til bandaríska þingsins um mögulegar breytingar á þarlendum samkeppnislögum. Ekki lagðar til neinar breytingar á þessum þætti laganna: Antitrust Modernization Commission, Report & Recommendations, apríl 2007 bls. 243 og 246.

⁹ Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Text with EEA relevance) (2013/C 167/07)



EES/ESB-samkeppnisreglum og til tjóns sem leiðir af broti á innlendum samkeppnisreglum. Helstu réttarbætur sem tilskipunni er ætlað að tryggja eru eftirfarandi:

- Reglur sem tryggja að löglíkur séu fyrir því að ólöglegt samráð hafi ollið tjóni en hið brotlega fyrirtæki getur sannað annað.¹⁰
- Reglur sem auðvelda tjónþolum að afla sönnunargagna.
- Reglur sem tryggja sönnunargildi endanlegra úrlausna samkeppnisyfirvalda í bótamálum.
- Skýrar og sanngjarnar fyrningarreglur.
- Reglur sem tryggja að tjónþolar fái fullar bætur (bæði vegna beins tjóns og vegna hagnaðartaps, auk vaxta).
- Reglur sem fela það í sér að hver og einn þátttakandi í broti ber ábyrgð á öllu tjóninu sem það hefur valdið.
- Reglur sem bæta stöðu óbeinna tjónþola (t.d. endanotenda sem kaupa hráefni á yfirverði af heildsala sem neyðst hefur til að hækka verð vegna verðsamráðs framleiðenda á hráefninu).

Í setningu tilskipunarinnar á vettvangi Evrópusambandsins felst sú sameiginlega afstaða Evrópuríkja að tilskipunin sé nauðsynlegur þáttur í því að tryggja öfluga samkeppnisstefnu í Evrópu.¹¹ Samkeppnisreglur eru ein af grunnstoðum EES-samningsins og Samkeppniseftirlitinu er falið að beita EES-samkeppnisreglum hér á landi, sbr. VII kafli samkeppnislaga. Að mati eftirlitsins er í þessu ljósi mjög mikilvægt fyrir framkvæmd EES-samningsins að Ísland innleiði tilskipunina. Af sömu ástæðum er innleiðing tilskipunarinnar liður í því að stuðla að samkeppnishæfni íslensks efnahagslífs.

IV.

Ljóst er samkvæmt framansögðu að einkaréttarleg úrræði vegna samkeppnislagabrota geta skapað bæði almenn og sérstök varnaðaráhrif. Möguleiki lögaðila og einstaklinga á að sækja sér skaðabætur vegna tjóns sem þeir verða fyrir hefur þannig varnaðaráhrif bæði gagnvart tjónvaldinum og fyrirtækjum almennt.¹² Með varnaðaráhrifum er átt við að fyrirtæki brjóta síður gegn samkeppnislögum ef ljóst er m.a. að einkaaðilar muni annars sækja skaðabætur. Við blasir að með því að tryggja betur einkaréttarleg úrræði er unnið enn frekar að því að markmiðum samkeppnislaga sé náð og þjóðfélagsleg velferð verði jafnframt hámarkuð. Saman geta þannig einkaréttarleg úrræði og eftirlit samkeppnisyfirvalda (og eftir atvikum lögreglu) eftir samkeppni.¹³

Í umræddri skýrslu OECD frá 1. september 2015 kemur fram að ein helsta áskorunin sem Ísland stendur frammi fyrir í efnahagslegu tilliti sé að auka framleiðni í atvinnulífinu. Að

¹⁰ Þetta byggir á skýrum niðurstöðum rannsókna um skaðsemi samráðs.

¹¹ Í fréttatilkynningu framkvæmdastjórnarinnar frá 10. nóvember 2014 segir m.a.: „EU Commissioner in charge of competition policy Margrethe Vestager said, *“We need a more robust competition culture in Europe. So I am very glad that the Council has now also formally approved the Directive on antitrust damages actions. I am very pleased that it will be easier for European citizens and companies to receive effective compensation for harm caused by antitrust violations.”*

¹² Sjá einnig Skaðabótaréttur, Viðar Már Matthíasson, Reykjavík 2005, bls. 63.

¹³ Sjá *Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe*. Ræða Neelie Kroes, þáverandi framkvæmdastjóra samkeppnismála hjá framkvæmdastjórn ESB, 8. mars 2007.



mati OECD er efling samkeppni lykilatriði til að auka framlegð og leggur stofnunin til í því sambandi m.a. að „herða samkeppnisstefnu“ til að koma í veg fyrir misnotkun á markaðsráðandi stöðu og ólögmætt samráð.¹⁴

Það er eindregið mat Samkeppniseftirlitsins að full innleiðing á tilskipun 2014/104/ESB sé nauðsynleg í því skyni að efla samkeppni og framleiðni hér á landi. Væri sú aðgerð mikilvægur þáttur í nauðsynlegri herðingu á samkeppnisstefnu og þar með auknum varnaðaráhrifum samkeppnisreglna hér á landi.

Er atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið því hvatt til að beita sér fyrir fullri innleiðingu á tilskipuninni svo fljótt sem unnt er.

Virðingarfyllst,
Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson

Sonja Bjarnadóttir

¹⁴ Sjá tilkynningu fjármála- og efnahagsráðuneytisins frá 1. september sl.



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið
bt. Valgerðar Rúnar Benediktsdóttur og
Ólafs Egils Jónssonar
Skúlagata 4
150 Reykjavík

Reykjavík, ^{10.}9. september 2015
Tilv.: 1507013

Kvittun fyrir móttöku

Ég undirrituð/undirritaður, f.h. atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytsins / Valgerðar Rúnar Benediktsdóttur / Ólafs Egils Jónssonar, hef móttekið boðsent bréf Samkeppniseftirlitsins, kl. _____


Vigdís Aræfsd. kl. 15:48
Nafn viðtakanda


F.h. Samkeppniseftirlitsins



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Nefndasvið Alþingis
bt. Efnahags- og viðskiptanefndar Alþingis
Kirkjustræti
150 Reykjavík

Reykjavík, 16. febrúar 2016
Tilv.: 1602002

Efni: Umsögn Samkeppniseftirlitsins - Tilskipun 2014/104/ESB

Samkeppniseftirlitið vísar til tölvupósts sem barst frá efnahags- og viðskiptanefnd Alþingis dags. 2. febrúar sl. þar sem eftirlitinu var send til umsagnar tilskipun 2014/104/ESB er varðar skaðabótareglur á sviði samkeppnismála. Var veittur frestur til 16. febrúar til þess að skila inn umsögn.

Með bréfi dags. 17. júlí sl. óskaði atvinnuvega – og nýsköpunarráðuneytið eftir umsögn Samkeppniseftirlitsins um það hvort og þá hvaða áhrif það hefði á samkeppni á Íslandi að innleiða reglur tilskipunar 2014/104/ESB um skaðabætur vegna samkeppnislaga brota í íslenskan rétt. Í umsögn Samkeppniseftirlitsins dags. þann 9. september sl. kom fram það eindregna mat eftirlitsins að full innleiðing á tilskipun 2014/104/ESB væri nauðsynleg í því skyni að efla samkeppni og framleiðni hér á landi. Væri sú aðgerð mikilvægur þáttur í samkeppnisstefnu og varnaðaráhrifum samkeppnisreglna hér á landi. Var atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið því hvatt til að beita sér fyrir fullri innleiðingu á tilskipuninni svo fljótt sem unnt væri.

Samkeppniseftirlitið hefur því kynnt sér efni tilskipunarinnar og leggur fram eftirfarandi umsögn sem ítrekar það sem kom fram í fyrrgreindri umsögn til ráðuneytisins.

I.

Almennt er lagt til grundvallar að samkeppni í viðskiptum sé afar æskileg þar sem hún auki velferð neytenda og stuðli að hagkvæmni í atvinnulífinu. Nánar tiltekið er virk samkeppni talin hafa þessa kosti:

- Samkeppni stuðlar að því að neytendur fái vörur og þjónustu á sem lægstu verði.
- Samkeppni stuðlar að auknu vöruframboði og betri þjónustu og vörum.
- Agi samkeppninnar knýr fyrirtæki til að hagræða í rekstri og vinnur gegn sóun.
- Samkeppni stuðlar að nýsköpun og framförum í atvinnurekstri.



- Samkeppni stuðlar að þjóðhagslegri hagkvæmni í efnahagslífinu (ábatí neytenda og framleiðenda).

Samkeppnislög sem ríki um víða veröld hafa sett sér hafa því almennt þann tilgang að vernda samkeppnina með því að leggja bann við samkeppnishamlandi aðgerðum sem skaða hagsmuni bæði neytenda og viðskiptalífsins. Jafnframt eiga samkeppnislög að tryggja að öll fyrirtæki hafi möguleika til að taka þátt í heilbrigðri samkeppni og þurfi ekki að þola óeðlilega eða skaðlega viðskiptahætti af hálfu annarra fyrirtækja. Samkeppnislög eiga þannig að stuðla að því að nýir aðilar geti hafið atvinnurekstur og smærri fyrirtæki stækkað og eru því liður í að efla eða viðhalda öflugum atvinnulífi. Samkeppnislög og öflug framkvæmd þeirra er talin nauðsynleg til þess að stuðla að aukinni framleiðni, hagræðingu og efnahagslegum vexti, sbr. m.a. skýrslu OECD frá 1. september 2015 um efnahagshorfur á Íslandi.

Á sama hátt og ljóst er að samkeppni í viðskiptum hefur jákvæð áhrif liggur fyrir að samkeppnishömlur geta valdið almenningi og atvinnulífinu miklum skaða. Án skilvirkra samkeppnisreglna aukast líkur á óæskilegri hegðun fyrirtækja, störf tapast, framleiðni dregst saman og réttaröryggi neytenda minnkar.

Alvarleg röskun á samkeppni getur falist í því að markaðsráðandi fyrirtæki hreki minni keppinauta út af markaðnum eða hindri að nýir aðilar nái á honum fótfestu. Samkeppnishömlur sem keppinautar geta gripið til með samráði sín á milli eru sérstaklega til þess fallnar að valda almenningi og viðskiptalífinu miklu tjóni. Stofnanir og fræðimenn eru sammála um að samráð keppinauta um t.d. verð eða það að halda nýjum aðila frá markaðnum sé mjög skaðlegt á sama tíma og það geti skapað viðkomandi fyrirtækjum mikinn ávinning. Að sama skapi geta bæði önnur fyrirtæki og almenningur orðið fyrir miklu tjóni vegna brota á samkeppnislögum.

Til skamms tíma var talið varfærið að líta svo á að ávinningur af verðsamráði væri að meðaltali 10% af söluverði en tjón samfélagsins af samráðinu gæti numið 20% af umfangi þeirra viðskipta sem samráðið tæki til.¹ Nýrri rannsóknir gefa hins vegar til kynna að þetta feli í sér vanmat á tjóni neytenda og viðskiptalífsins af samráði.² Í skýrslu OECD frá 2005 er t.d. sagt að rannsóknir gefi til kynna að ólögmaett samráð geti leitt til allt að 60-70% hærra verðs en ella.³ Í skýrslu framkvæmdastjórnar ESB frá júní 2013 er greint frá viðamikilli rannsókn sem unnin var fyrir hana. Í henni kom fram að í 93% tilvika leiði samráð keppinauta til hærra verðs en ella. Í 70% tilvika hafi samráðið haft þau áhrif að verðið hafi verið 10-40% hærra en ella en að meðaltali 20% hærra.⁴ Í febrúar 2014 birtist grein frá einum helsta fræðimanni á þessu sviði, John M. Connor prófessor, þar sem hann gerði grein fyrir athugun sinni á 700 hagrannsóknnum á áhrifum

¹ A report on implementing the hard core cartel recommendation and improving co-operation. OECD Journal of Competition Law and Policy, Volume 2/No. 2.

² Sjá t.d. Tackling Cartels, Simon Williams and Philipp Giradet, 22. febrúar 2007 (birt m.a. á <http://www.konkurransetilsynnet.no>): „Academic studies have in the past suggested that cartel conduct imposes on average a surcharge around 10% on the price of goods or services supplied. Today the emerging consensus is that this figure is probably too conservative and that it is likely to be closer to 20-30% and can in certain cases be much higher still.“

³ Cartels: Sanctions against Individuals (2005). Skýrsla gefin út af OECD.

⁴ Commission Staff Working Document – Practical Guide on Quantifying Harm in Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union SWD(2013) 205, 11.6.2013.



samráðs og á rúmlega tvö þúsund dómum dómstóla sem fela í sér mat á áhrifum samráðs. Hans niðurstaða er m.a. sú að meðaltali leiði samráð til a.m.k. til 49% hærra verðs en ella.⁵

Rök standa til þess að tjón af völdum brota á samkeppnisreglum geti verið enn meira á Íslandi en í stærri ríkjum. Í matsgerð hagfræðinganna Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga, sem lögð var fram í máli olíufélaganna gegn Samkeppniseftirlitinu, kemur fram að erlendar rannsóknir á skaðsemi samráðs hafi þýðingu hér á landi. Síðan segir:

„Við þetta má bæta að Ísland er fámennt land og þjóðfélagið einkennist af nálægð og persónulegum kunningsskap. Við slíkar aðstæður aukast líkur á að stjórnendum fyrirtækja takist að stilla saman strengi, bæði er varðar þegjandi samkomulag og samráð. Af þessum sökum má draga þá ályktun að samráð sem stofnað er til hér á landi verði árangursríkara en samráð í stærri samfélögum.“⁶

Telja þessir hagfræðingar að ávinningur olíufélaganna af samráði þeirra hafi verið um nítján milljarðar kr. en tjón almennings og atvinnulífsins af samráðinu hafi verið meira en nemur þessum ávinningi olíufélaganna.

Ísland og önnur ríki hafa brugðist við upplýsingum um mikla skaðsemi samkeppnislagabrota með því að herða samkeppnislög. Það var m.a. gert hér landi á grundvelli tillagna nefndar forsætisráðherra um viðurlög, sbr. lög nr. 52/2007 sem breyttu samkeppnislögum.⁷ Þær breytingar (eða aðrar) lutu hins vegar ekki að þáttum sem tengjast skaðabótum vegna samkeppnislagabrota.

II.

Fyrir liggur að raunhæfur möguleiki á því að sækja skaðabætur vegna brota á samkeppnisreglum er mikilvægur þáttur í öflugri og skilvirkri samkeppnisstefnu. Í Bandaríkjunum gildir sú regla að þolendur samkeppnisbrota eiga rétt á þreföldum bótum. Tilgangur þessarar reglu, og skaðabótamála almennt, í þarlendum samkeppnismálum (private antitrust enforcement) er eftirfarandi:

„Private antitrust enforcement plays a critically important role in implementing the U.S. antitrust laws. From the outset, Congress contemplated that private parties would play a central role in enforcement of the Sherman Act. Indeed, Senator Sherman believed that individuals should act as “private attorneys general,” and that the antitrust laws should encourage such enforcement.

The central feature of private antitrust remedies is its provision for treble damages, which allows plaintiffs in all cases to recover “threefold the damages by him sustained.” Successful antitrust plaintiffs may, in addition,

⁵ Connor, John M., Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition (24. febrúar 2014)

⁶ Undirmatsgerð í málinu E-4965/2005, dags. 3. október 2008.

⁷ Í frumvarpi sem varð að þeim lögum er m.a. vísað til þess að „rannsóknir á vegum Efnahags- og framfarastofnunar Evrópu (OECD) leitt í ljós að ólögmætur ávinningur fyrirtækja af samráði eða yfirverðlagning sé að jafnaði mun hærri en almennt hefur verið talið. Af framangreindu leiðir að ólögmætt samráð keppinauta um verð og önnur viðkvæm viðskiptaleg málefni er ótvírætt til þess fallið að hafa í för með sér verulegan efnahagslegan skaða, bæði fyrir neytendur og atvinnulífið.“



recover attorneys' fees and, in certain circumstances, prejudgment interest. The effect of these monetary remedies is reinforced by rules that make defendants jointly and severally liable for damages. That is, each defendant is liable for the full amount of damages even if several defendants jointly engage in the unlawful conduct. ...

Treble damages serve five related and important goals:

- (1) Detering anticompetitive conduct;*
- (2) Punishing violators of the antitrust laws;*
- (3) Forcing disgorgement of the benefits of anticompetitive conduct from those violators;*
- (4) Providing full compensation to victims of anticompetitive conduct; and*
- (5) Providing an incentive to victims to act as "private attorneys general."⁸*

Sökum efnahagslegs mikilvægis samkeppnisreglnanna hefur þannig lengi verið í Bandaríkjunum kerfi sem ætlað er skapa hvata til þess að þolendur samkeppnisbrota (fyrirtæki og/eða neytendur) gegni hlutverki „einkaeftirlitsaðila“ (private attorneys general) sem styðji við eftirlit þarlendra samkeppnisyfirvalda.

Í EES/ESB-samkeppnisrétti hefur þróunin að þessu leyti verið hægari. Dómstóll ESB hefur hins vegar tekið það skýrt fram að skilvirk framkvæmd samkeppnisreglna krefjist þess að tjónþolendur geti sótt bætur, sbr. m.a. dóm dómstólsins frá 5. júní 2014 í mál nr. C-557/12, *Kone AG*.

Í tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB frá júní 2013 er bent á hið mikla tjón sem leiði af samkeppnisbrotum og að annars vegar hagsmunir samfélagsins af virkri samkeppni og hins vegar réttur tjónþola til bóta fari saman. Með því að auðvelda tjónþolum að sækja bætur sé um leið stuðlað að auknum varnaðaráhrifum og þar með öflugari framkvæmd samkeppnisreglna:

„... infringements of Article 101 or 102 TFEU cause great harm to consumers and undertakings. Anyone who has suffered harm through an infringement of EU competition rules has a right to compensation. This is guaranteed by EU law, as the Court of Justice has repeatedly emphasised. While the objective of the fines is deterrence, the point of damages claims is to repair the harm suffered because of an infringement. More effective remedies for consumers and undertakings to obtain damages would, inherently, also produce beneficial effects in terms of deterring future infringements and ensuring greater compliance with those rules.“⁹

Að mati Samkeppniseftirlitsins eiga sömu sjónarmið við í íslenskum rétti.

⁸ Skýrsla til bandaríska þingsins um mögulegar breytingar á þarlendum samkeppnislögum. Ekki lagðar til neinar breytingar á þessum þætti laganna: Antitrust Modernization Commission, Report & Recommendations, apríl 2007 bls. 243 og 246.

⁹ Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Text with EEA relevance) (2013/C 167/07)



III.

Í framangreindri tilkynningu framkvæmdastjórnarinnar frá júní 2013 var bent á að engar samræmdar reglur gildi í aðildarríkjum um skaðabætur vegna samkeppnisbrota og torvelt geti verið fyrir aðila að sækja rétt sinn.

Umræddri tilskipun 2014/104/ESB, sem birt var 5. desember 2014, er ætlað að ráða bót á framangreindu og efla þar með samkeppni. Tekur hún bæði til tjóns sem leiðir af broti á EES/ESB-samkeppnisreglum og til tjóns sem leiðir af broti á innlendum samkeppnisreglum. Helstu réttarbætur sem tilskipunni er ætlað að tryggja eru eftirfarandi:

- Reglur sem tryggja að löglíkur séu fyrir því að ólögmætt samráð hafi ollið tjóni en hið brotlega fyrirtæki getur sannað annað.¹⁰
- Reglur sem auðvelda tjónþolum að afla sönnunargagna.
- Reglur sem tryggja sönnunargildi endanlegra úrlausna samkeppnisyfirvalda í bótamálum.
- Skýrar og sanngjarnar fyrningarreglur.
- Reglur sem tryggja að tjónþolar fái fullar bætur (bæði vegna beins tjóns og vegna hagnaðartaps, auk vaxta).
- Reglur sem fela það í sér að hver og einn þátttakandi í broti ber ábyrgð á öllu tjóninu sem það hefur valdið.
- Reglur sem bæta stöðu óbeinna tjónþola (t.d. endanotenda sem kaupa hráefni á yfirverði af heildsala sem neyðst hefur til að hækka verð vegna verðsamráðs framleiðenda á hráefninu).

Í setningu tilskipunarinnar á vettvangi Evrópusambandsins felst sú sameiginlega afstaða Evrópuríkja að tilskipunin sé nauðsynlegur þáttur í því að tryggja öfluga samkeppnisstefnu í Evrópu.¹¹ Samkeppnisreglur eru ein af grunnstoðum EES-samningsins og Samkeppniseftirlitinu er falið að beita EES-samkeppnisreglum hér á landi, sbr. VII kafli samkeppnislaga. Að mati eftirlitsins er í þessu ljósi mjög mikilvægt fyrir framkvæmd EES-samningsins að Ísland innleiði tilskipunina. Af sömu ástæðum er innleiðing tilskipunarinnar liður í því að stuðla að samkeppnishæfni íslensks efnahagslífs.

IV.

Ljóst er samkvæmt framansögðu að einkaréttarleg úrræði vegna samkeppnislaga brota geta skapað bæði almenn og sérstök varnaðaráhrif. Möguleiki lögaðila og einstaklinga á að sækja sér skaðabætur vegna tjóns sem þeir verða fyrir hefur þannig varnaðaráhrif bæði gagnvart tjónvaldinum og fyrirtækjum almennt.¹² Með varnaðaráhrifum er átt við að fyrirtæki brjóta síður gegn samkeppnislögum ef ljóst er m.a. að einkaaðilar muni annars sækja skaðabætur. Við blasir að með því að tryggja betur einkaréttarleg úrræði er unnið enn frekar að því að markmiðum samkeppnislaga sé náð og þjóðfélagsleg velferð

¹⁰ Þetta byggir á skýrum niðurstöðum rannsókna um skaðsemi samráðs.

¹¹ Í fréttatilkynningu framkvæmdastjórnarinnar frá 10. nóvember 2014 segir m.a.: „EU Commissioner in charge of competition policy Margrethe Vestager said, *“We need a more robust competition culture in Europe. So I am very glad that the Council has now also formally approved the Directive on antitrust damages actions. I am very pleased that it will be easier for European citizens and companies to receive effective compensation for harm caused by antitrust violations.”*

¹² Sjá einnig Skaðabótaréttur, Viðar Már Matthíasson, Reykjavík 2005, bls. 63.



verði jafnframt háværkuð. Saman geta þannig einkaréttarleg úrræði og eftirlit samkeppnisyfirvalda (og eftir atvikum lögreglu) eft samkeppni.¹³

Í umræddri skýrslu OECD frá 1. september 2015 kemur fram að ein helsta áskorunin sem Ísland stendur frammi fyrir í efnahagslegu tilliti sé að auka framleiðni í atvinnulífinu. Að mati OECD er efling samkeppni lykilatriði til að auka framlegð og leggur stofnunin til í því sambandi m.a. að „herða samkeppnisstefnu“ til að koma í veg fyrir misnotkun á markaðsráðandi stöðu og ólögmætt samráð.¹⁴

Það er eindregið mat Samkeppniseftirlitsins að full innleiðing á tilskipun 2014/104/ESB sé nauðsynleg í því skyni að efla samkeppni og framleiðni hér á landi. Væri sú aðgerð mikilvægur þáttur í nauðsynlegri herðingu á samkeppnisstefnu og varnaðaráhrifum samkeppnisreglna hér á landi.

Er efnahags- og viðskiptanefnd Alþingis því hvött til að beita sér fyrir fullri innleiðingu á tilskipuninni svo fljótt sem unnt er. Í yfirlitsblaði sem fylgdi umsagnarbeiðni þingnefndar til Samkeppniseftirlitsins kemur fram varðandi nauðsynlegar lagabreytingar að það sé útfærsluatriði hvernig sé best að innleiða þessar reglur. Kemur fram að líklegast þyrfti að bæta við kafla í samkeppnislög nr. 44/2005 eða búa til sérlög um skaðabætur vegna samkeppnisbrota. Með vísan til framangreindrar umfjöllunar tekur Samkeppniseftirlitið undir það sem þarna kemur fram um að nauðsynlegt sé að innleiða umrædda tilskipun með lagasetningu þar sem markmið hennar eru ekki nægilega tryggð með þeim lögum sem í gildi eru. Samkeppniseftirlitið tekur að svo stöddu ekki afstöðu til þess nákvæmlega með hvaða lögum slíkt skuli gert.

Virðingarfyllst,
Samkeppniseftirlitið


Guðmundur Sigurðsson


Sonja Bjarnadóttir

¹³ Sjá *Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe*. Ræða Neelie Kroes, þáverandi framkvæmdastjóra samkeppnismála hjá framkvæmdastjórn ESB, 8. mars 2007.

¹⁴ Sjá tilkynningu fjármála- og efnahagsráðuneytisins frá 1. september sl.