

Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið
Skúlagötu 4
101 Reykjavík

Reykjavík, 8. nóvember 2019

Efni: Umsögn um frumvarpsdrög til breytinga á samkeppnislögum nr. 44/2005

LOGOS lögmansþjónustu hefur verið falið af ótilgreindum umbjóðendum stofunnar að koma á framfæri umsögn við frumvarpsdrög ráðuneytisins til breytinga á samkeppnislögum nr. 44/2005 sem kynnt hafa verið í samráðsgátt stjórnvalda.

Umsögn okkar fer hér á eftir og lýtur hún að alls fimm tilgreindum atriðum í frumvarpinu sem umbjóðendur okkar vilja koma á framfæri.

Heilt yfir er það þannig mat umbjóðenda okkar að frumvarpið sé til bóta, en þó eru gerðar ýmsar athugasemdir við einstök atriði sem gerð er grein fyrir í umfjölluninni hér á eftir.

1. Heimild Samkeppniseftirlitsins til að bera úrlausnir áfrýjunarnefndar undir dómstóla

Almennt um ákvæðið

Í 12. gr. frumvarpsdraganna er lagt til að heimild Samkeppniseftirlitsins til að bera úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála undir dómstóla verði felld á brott. Er með því lagt til að réttarstaðan verði færð til fyrra horfs, en heimildin kom ný inn í samkeppnislög með breytingalögum nr. 14/2011.

Breytingin er til samræmis við þá meginreglu íslensks réttar að lægra sett stjórnvöld séu bundin af niðurstöðu þess æðra. Þá er breytingin til samræmis við réttarstöðuna í nágrannalöndunum. Í greinargerð með frumvarpinu er gerð ítarleg grein fyrir ákvæðinu, sem tekið er undir. Er sérstaklega vísað til umfjöllunar um þá meginreglu stjórnsýsluréttar að lægra sett stjórnvald sé bundið af ákvörðunum æðra setts stjórnvalds.

Undirliggjandi hagsmunir

Samkeppniseftirlitið hefur lýst yfir miklum vonbrigðum með þessa breytingatillögu og staðhæft að með henni verði stofnuninni gert ókleift að verja hagsmuni almennings og fyrirtækja sem mátt hafa þolað skaðlegar samkeppnishindranir. Telur eftirlitið að ef

frumvarpið verði óbreytt á lögum muni „*enginn gæslumaður almannahagsmuna geta borið úrskurði nefndarinnar undir dómstóla*“.¹

Af því tilefni skal bent á að ekkert er því til fyrirstöðu að aðilar sem telji á sér brotið leiti beint til dómstóla með skaðabótakröfur án nokkurrar aðkomu Samkeppniseftirlitsins. Geta bæði einstaklingar og fyrirtæki þannig byggt á því fullum fetum fyrir dómstólum að brotið hafi verið gegn samkeppnislögum. Var þetta meðal annars staðfest í nýlegum dómi EFTA dómstólsins í máli nr. 6/17, hvar sagði m.a.:

„Allir þátttakendur eru jafnframt sammála um að endanleg niðurstaða innlendra samkeppnisyfirvalda um að brotið hafi verið gegn samkeppnisreglum EES-samningsins sé ekki skilyrði þess að unnt sé að taka skaðabótakröfu til meðferðar hjá innlendum dómstól.

Almennt sé viðurkennt að einkaaðili geti krafist skaðabóta með sjálfstæðri málshöfðun, án undanfarandi ákvörðunar yfirvalda. Slíkar málshöfðanir séu nauðsynlegur liður í því að samkeppnislöggjöf EES verði fylgt eftir með einkaréttarlegum úrræðum, en dómstóllinn hafi áður lýst þeirri afstöðu að hvetja eigi til slíkra úrræða (vísað er til áður tilvitnaðs máls DB Schenker I, 132. mgr.).“

Þá er einnig til þess að líta að aðilar máls geta verið fleiri en þeir sem ákvörðun eða rannsókn beinist beint að og er það í samræmi við almenn sjónarmið stjórnáhrifur um það hver eða hverjir geta verið aðilar máls. Hæstiréttur hefur staðfest að þeir sem hafa „*mikilvægra og sérstakra hagsmuna að gæta af úrslitum málsins*“ teljist aðilar máls, þ.m.t. þeir sem kvarta yfir háttsemi samkeppnisaðila.² Hafa þeir þannig sem aðilar máls heimildir til að láta reyna á ákvarðanir samkeppnisyfirvalda fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstólum.

Annað skýrt dæmi um þetta úr dómaframskýringu Hæstaréttar má finna í dómi réttarins í máli nr. 92/2015. Ákvörðunin var kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem felldi hana úr gildi. Annað félag en ákvörðunin beindist að, sem hafði lögvarinna hagsmuna að gæta, bar þá úrskurð áfrýjunarnefndar undir dómstóla og krafðist þess að hann yrði felldur úr gildi. Verði ákvæði 12. gr. frumvarpsdraganna að lögum mun þessi réttur ekki takmarkast á neinn hátt.

Í umsögn Félags atvinnurekenda um frumvarpsdrögin, dags. 24. október 2019, virðist horft framhjá því að sá sem t.d. kvartar til Samkeppniseftirlitsins getur talist aðili máls og þar með borið ákvörðun undir bæði áfrýjunarnefnd og dómstóla, sbr. framangreint.

Núgildandi fyrirkomulag

Þá er gagnlegt að líta til þess hvernig réttarstaða fyrirtækja sem sæta afskiptum samkeppnisyfirvalda er við núverandi aðstæður.

¹ Tilkynning á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. október 2019, <https://www.samkeppni.is/utgafa/frettir/um-frumvarp-til-breytinga-a-samkeppnisloqum>.

² Dómur Hæstaréttar Íslands í máli nr. 83/2003, <https://www.haestirettur.is/default.aspx?pageid=347c3bb1-8926-11e5-80c6-005056bc6a40&id=6d1931e7-ecd1-40ee-9421-750c01a637f7>.

Fyrirtækjum er við þær aðstæður ókleift að leita beint til dómstóla heldur er þeim skylt að beina kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála líkt og kveðið er á um í 40. gr. núgildandi samkeppnislaga.

Sé litið til sl. fjögurra ára hefur áfrýjunarnefnd alls kveðið upp 26 úrskurði. Í 24 tilvikum hefur ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verið staðfest eða kæru vísað frá, í einu tilviki felld úr gildi að hluta. Nýtti Samkeppniseftirlitið þá heimild núgildandi laga til að bera úrskurðinn undir dómstóla. Loks í einu tilviki var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í heild felld úr gildi, en sú ákvörðun varðaði aðgang að gögnum máls.

Í 24 af 26 tilvikum hefði þannig ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í heild sinni getað verið til meðferðar fyrir dómstólum, hefði réttarstaðan verið sú sem frumvarpið kveður á um.

Samkvæmt framansögðu er það einungis í algjörum undantekningartilvikum sem áfrýjunarnefndin fellst að einhverju leyti á kröfur þeirra fyrirtækja sem ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hefur beinst að.

Réttaráhrif þess að frumvarpið yrði að lögum væru þá eingöngu þau að Samkeppniseftirlitið gæti ekki krafist þess fyrir dómstólum að ákvörðun þess stæði. Réttindi þeirra einstaklinga og fyrirtækja sem teldu sig hafa orðið fyrir skaða af mögulegum brotum og vildu gera skaðabótakröfu stæðu hins vegar óhöggud, sbr. skýran og afdráttarlausan dóm EFTA dómstólsins sem rakinn var hér að framan.

Lengd málsmeðferðatíma samkeppnismála

Líkt og dæmin sanna eiga fyrirtæki sem Samkeppniseftirlitið hefur beint sektarákvörðun að mjög á brattann að sækja fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Að óbreyttum lögum hallar þannig mjög á fyrirtækin. Heimild þeirra til að beina kæru til áfrýjunarnefndar er ekki líkleg til að skila öðru en lengri málsmeðferð, en meðferð fyrir nefndinni tekur að jafnaði nokkra mánuði. Er hún þannig almennt eingöngu til þess fallin að fresta möguleikum fyrirtækjanna til að leita réttar síns fyrir dómstólum. Þetta stafar af því að í þeim undantekningartilvikum sem fyrirtækin ná að einhverju leyti rétti sínum fram fyrir áfrýjunarnefnd, hefur Samkeppniseftirlitið heimild til að bera þann úrskurð undir dómstóla. Er ekki annars að vænta að stofnunin muni ávallt nýta þá heimild.

Svo einhliða réttarástand er ekki til þess fallið að treysta réttarstöðu þeirra fyrirtækja sem afskiptum Samkeppniseftirlitsins sæta. Hafa ber í huga í því samhengi að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins teljast refsing í skilningi 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. dóm dómstólsins í máli nr. 43509/08, *Menarini Diagnostics S.R.L. gegn Ítalíu*. Er því afar mikilvægt að tryggja réttarstöðu fyrirtækjanna.

Raunar er það svo að á meðan heimild Samkeppniseftirlitsins til að bera úrskurði áfrýjunarnefndar undir dómstóla er til staðar, verður ekki séð hver tilgangur 40. gr. samkeppnislaga er. Þannig kemur ákvæðið í veg fyrir að fyrirtæki beri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins þegar í stað undir dómstóla þar sem það gerir þá kröfu að fyrirtæki verði fyrst að leita til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Að núgildandi lögum mega fyrirtæki hins vegar alltaf vænta þess að jafnvel þó nefndin fallist á kröfur þeirra, muni Samkeppniseftirlitið bera þann úrskurð undir dómstóla. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í heild verði þannig alltaf til meðferðar fyrir dómstólum.

Við þær aðstæður verður ekki annað ráðið en að það sé illskárrí kostur að leggja einfaldlega áfrýjunarnefnd samkeppnismála niður. Þannig er það almennt tilgangur sjálfstæðra stjórnáslunefnda að tryggja réttaröryggi þeirra sem sæta afskiptum lægra settra stjórnvalda. Við þær aðstæður sem lægra setta stjórnvaldið hefur heimild líkt og þá sem Samkeppniseftirlitið hefur að nógildandi lögum næst þetta markmið hins vegar ekki.

Þá getur sú lengd málsmeðferðar sem leiðir af kröfu nógildandi laga um að fyrst skuli leita til áfrýjunarnefndar leitt til þess að fyrirtæki beinlínis glati réttindum. Má sérstaklega sjá það fyrir að þetta geti gerst á vettvangi samrunamála.

Þannig hefur löggjafinn ákveðið að í samrunamálum skuli gilda strangir tímafrestir. Er þetta eðlilegt, enda krefjast hagsmunir viðskiptalífsins þess að skjót úrlausn liggi fyrir um lögmæti samruna. Samrunar eru sjaldnast þess eðlis að niðurstaða sem einhver ár tekur að fá hafi einhverja raunhæfa þýðingu.

Engir sérstakir málsmeðferðarfrestir gilda hins vegar um meðferð áfrýjunarnefndar í slíkum málum, aðeins þeir almennu frestir sem gilda fyrir nefndina sem því miður hefur ekki náðst að fylgja í framkvæmd. Í tveimur síðustu málum nefndarinnar þar sem krafist var ógildingar á ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins í samrunamálum hefur meðferð nefndarinnar tekið nokkrar mánuði. Úrskurður nefndarinnar í máli nr. 6/2017 lá þannig fyrir rúmum þremur mánuðum eftir ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, og í máli nr. 7/2018 lá hann fyrir tæpum fimm mánuðum eftir ákvörðun stofnunarinnar.

Ekki verður séð hvernig þessi málsmeðferð bæti réttaröryggi þeirra fyrirtækja sem aðild eiga að málum, við þær aðstæður líkt og nú þar sem Samkeppniseftirlitið hefði allt að einu heimild til að bera úrskurðina undir dómstóla, féllist áfrýjunarnefnd að einhverju leyti á málalíbúnað fyrirtækjanna.

Til samanburðar mætti ætla að fyrirtæki gætu notið flýtimeðferðar í samrunamálum skv. 123. gr. laga um meðferð einkamála, enda hefur löggjafinn ákveðið sem fyrr segir að um þau skuli gilda strangir tímafrestir. Við þær aðstæður mætti vænta þess að dómur héraðsdóms hefði legið fyrir í ofangreindum tilvikum á fyrra tímamarki en úrskurður áfrýjunarnefndar, en fyrst þá áttu fyrirtækin þess kost að leita til dómstóla. Í hvorugu tilvikinu var það raunar gert, mögulega af þeim sökum að samrunamál krefjast skjótrar úrlausnar.

Líkt og ráða má af framangreindu er núverandi réttarástand vart viðunandi og samræmist í öllu falli ekki þeim tilgangi endurskoðunar æðri stjórnvalda að auka réttaröryggi þeirra sem afskiptum lægra settra stjórnvalda sæta. Er því frumvarpið til hagsbóta hvað þetta varðar. Þá takmarkar það í engu rétt þeirra sem telja á sér brotið með samkeppnislagaþrotum, sbr. hér að framan.

Sérstaða samrunamála

Í þessu samhengi er og rétt að vekja athygli á því að skv. frumvarpsdrögum stendur ekki til að gera breytingar á ákvæði 2. mgr. 17. gr. e. samkeppnislaga, en það ákvæði kom nýtt inn í samkeppnislögin með breytingalögum nr. 94/2008. Kveður ákvæðið á um að ógildi áfrýjunarnefnd eða dómstólar samrunaákvæðanir Samkeppniseftirlitsins „vegna

formgalla á málsmeðferð", sé Samkeppniseftirlitinu heimilt að taka samrunann til skoðunar að nýju.

Hér er þess að gæta að í stjórnáskilningum er kveðið á um tilteknar formreglur sem stjórnvöldum ber að gæta við meðferð mála. Er Samkeppniseftirlitið bundið af þeim lögum líkt og önnur stjórnvöld. Var tilgangur laganna á sínum tíma að kveða á um ákveðin grunnréttindi, til verndar borgurum og fyrirtækjum í landinu.

Meðal þessara reglna eru ákvæði um að stjórnvald skuli sjá til þess að mál séu ávallt nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin. Að aðilum máls sé gefinn kostur á að tjá sig um efni þess áður en ákvörðun er tekin, að stjórnvald skuli veita leiðbeiningar eftir föngum o.fl. Allar bera þær að sama brunni, að vernda grundvallarréttindi borgaranna.

Afleiðing þessa ákvæðis 2. mgr. 17. gr. e. samkeppnislaga er sú að ímynda mætti sér þær aðstæður að Samkeppniseftirlitið rannsaki samruna og taki ákvörðum um ógildingu hans eftir tæpa 6 mánuði. Við rannsóknina hafi verið brotið alvarlega gegn réttindum viðkomandi fyrirtækis, og fyrirtækið kærði hana innan 4 vikna til áfrýjunarnefndar. Áfrýjunarnefnd tæki undir það, teldi t.d. rannsókn málsins verulega ófullnægjandi og ógilti ákvörðunina eftir um 3 mánuði.

Þá stæði viðkomandi fyrirtæki uppi, 10 mánuðum frá samrunatilkynningu, í þeim sporum að Samkeppniseftirlitið gæti tekið nýja ákvörðun. Stofnunin bætti úr þeim annmörkum sem verið hefði á rannsókninni, og ógilti samrunann að nýju. Fyrirtækið væri því komið aftur á upphafsreit, 10 mánuðum síðar.

Afleiðing þessarar lagabreytingar var því sú að sú réttarvernd sem ákvæðum stjórnáskilninga er ætlað að tryggja hefur í raun takmarkaða eða enga þýðingu við meðferð samrunamála. Það getur vart verið viðunandi réttarástand. Verður því að ætla að það sé bæði málefnalegt og í samræmi við markmið frumvarpsdraganna að fella þetta ákvæði úr gildi. *Bréf Eftirlitsstofnunar EFTA til norskra yfirvalda.*

Í frétt á vef Samkeppniseftirlitsins er vitnað til bréfs Eftirlitsstofnunar EFTA til norskra yfirvalda þess efnis að skortur í norskum lögum á málskostsheimild samkeppnisyfirvalda vegna úrskurða hins norska „Konkurrenseklagenemnda“ kunni að vera í ósamræmi við nýja tilskipun Evrópusambandsins nr. 1/2019 sem ekki hefur verið tekinn upp í EES-samningnum.

Í bréfi ESA er þannig vitnað til þess að hið norska „Konkurrenseklagenemnda“ kunni að teljast dómstóll (e. national court) í skilningi tilskipunarinnar. Samkvæmt 3. mgr. 30. gr. tilskipunnar eigi samkeppnisyfirvöld að hafa rétt á að áfrýja dómum dómstóla til æðri dómstóls, og hið norska fyrirkomulag samræmist því ekki tilskipuninni að frummati Eftirlitsstofnunar EFTA. Er með erindinu kallað eftir sjónarmiðum norska ríkisins varðandi þetta atriði.

Hér er þess að gæta að tilskipunin gerir greinarmun á annars vegar dómstólum, þ.e. „national courts“, og hins vegar samkeppnisyfirvöldum, og tekur skylda 3. mgr. 30. gr. tilskipunarinnar eingöngu til niðurstaðna dómstóla, sbr. orðalag ákvæðisins:

„The national administrative competition authority shall be empowered with the same rights as set out in paragraph 2 to appeal against: (a) decisions of national courts

pronouncing on decisions taken by national competition authorities as referred to in Chapter IV and Articles 13 and 16 of this Directive, concerning the application of Article 101 or 102 TFEU, including the enforcement of fines and periodic penalty payments imposed in that respect..."

Ekki hefur verið staðfest af EFTA dómstólnum að áfrýjunarnefnd samkeppnismála teljist ekki aðeins æðra stjórnvald á sviði samkeppnismála heldur einnig dómstóll. Æðri stjórnvöld eru sérstaklega skilgreind í 3. tl. 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar sem:

„national judicial competition authority’ means a judicial authority designated by a Member State to carry out some of the functions of a national competition authority;"

Skylda 3. mgr. 30. gr. tilskipunarinnar einskorðast við dómstóla (e. national courts) en tekur ekki til æðra settra stjórnvalda á sviði samkeppnismála (e. national judicial competition authority). Um þau gildir sú eina skylda að samkeppnisyfirvöld hafi skýra heimild til að leggja mál til úrlausnar fyrir æðra setta stjórnvaldið, sbr. 1. mgr. áðurnefndrar 30. gr. tilskipunarinnar:

„Member States which designate both a national administrative competition authority and a national judicial competition authority as being responsible for the application of Articles 101 and 102 TFEU shall ensure that actions before the national judicial competition authority can be brought directly by the national administrative competition authority."

Að teknu tilliti til þess að ekki liggur fyrir niðurstaða um að áfrýjunarnefnd samkeppnismála teljist dómstóll í framangreindum skilningi, verður ekki ráðið að skýrt sé að frumvarpsdrögin séu hvað þetta varðar í andstöðu við ákvæði tilskipunarinnar.

Jafnvel þótt sú skýring yrði ofan á að áfrýjunarnefnd samkeppnismála teldist „national courts" í skilningi framangreindrar 3. mgr. 30. gr. tilskipunarinnar þá er á það að benda að ákvæðið tekur aðeins til 101. gr. og 102. gr. EB sáttmálans (samsvarar 53. og 54. gr. EES samningsins) en ekki samrunamála eða mála þar sem ákvæði 10. gr. eða 11. gr. samkeppnislaga er beitt. Eru því engin efni til málskotsheimildar Samkeppniseftirlitsins vegna úrskurða áfrýjunarnefndar í samrunamálum eða málum er varða aðeins íslensk samkeppnislög en ekki 53. gr. eða 54. gr. EES samningsins.

Þá er það áréttað að umrædd tilskipun hefur ekki verið tekin inn í EES samninginn og ekki liggur fyrir hvenær það verður.

2. Hækkun veltumörk og undantekningarheimild Samkeppniseftirlitsins

Í 5. gr. frumvarpsdraganna er lagt til að veltumörk tilkynningarskyldra samruna hækki úr tveggja milljarða heildarveltu í þriggja milljarða og úr 200 milljón króna heildarveltu hvors (hvers) fyrirtækis í 300 milljón króna heildarveltu.

Þessi hækkun er í samræmi við verðlagsbreytingar frá því veltumörk núgildandi laga voru ákveðin og felst því engin efnisbreyting í frumvarpdrögunum frá þeim veltumörkum sem ákveðin voru með síðustu breytingu á þeim með lögum nr. 94/2008.

Í þeim sömu breytingalögum nr. 94/2008 kom hins vegar inn í samkeppnislögin nýtt ákvæði þess efnis að telji Samkeppniseftirlitið verulegar líkur á að samruni, sem ekki

uppfyllir veltumörk tilkynningarskyldu, geti dregið umtalsvert úr virkri samkeppni, sé stofnuninni heimilt að kalla eftir samrunatilkynningu. Skilyrðið er þó að sameiginleg heildarvelta sé yfir einum milljarði króna.

Í 7. gr. frumvarpsdraganna er lagt til að þetta skilyrði fyrir beitingu á þessari undantekningarheimild sé hækkað í 1,5 milljarð króna.

Sérstök athygli er vakin á því að þó orðalag undantekningarheimildarinnar gefi til kynna að mikið þurfi að koma til svo til íhlutunar komi í slíka samruna, hefur Samkeppniseftirlitið í framkvæmd beitt sama mælikvarða við mat á lögmæti slíkra samruna og annarra samruna, sbr. þá afstöðu Samkeppniseftirlitsins sem birtist í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/2018:

„Við mat á því hvort skilyrði 17. gr. c. laganna til að ógilda slíkan samruna séu uppfyllt gildi síðan sömu sjónarmið og lögð séu til grundvallar við mat á samruna sem uppfyllir veltuskilyrði a- og b-liðar 1. mgr. 17. gr. a. laganna.“

Þá er vakin athygli á því að slík undantekningarheimild til að grípa til íhlutunar í samruna sem eru undir veltumörkum tilkynningarskylds samruna er ekki að finna í nágrennalöndunum. Ætla verður að þessi heimild sé til þess fallin að draga verulega úr skilvirkni íslensks viðskiptalífs.

Þannig er það almennt viðurkennt um heim allan að tilgangur þess að kveða á um tiltekin veltumörk fyrir tilkynningarskyldu samruna sé ekki síst sá að tryggja skilvirkni viðskiptalífsins í framkvæmd. Þannig sé því skýr fyrirsjáanleiki samfara að mæla fyrir um tiltekin veltumörk. Geti fyrirtæki þá hagað sér í samræmi við það og gengið óhikað til samruna sem eru undir veltumörkum, án þess að fyrir hendi sé óvissa um mögulega íhlutun samkeppnisyrvalda.

Á meðan undantekningarheimild þessi er til staðar er þessu ólíkt farið hér á landi. Þannig er aldrei nein vissa fyrir hendi um að til íhlutunar komi ekki, svo lengi sem heildarvelta er yfir einum milljarði króna, eða einum og hálfum verði frumvarpsdrögin að lögum.

Ætla verður að þetta sé verulega bagalegt fyrir viðskiptalífið, ekki síst þar sem mörkin miða einungis við heildarveltu en ekki veltu beggja aðila samrunans, líkt og veltumörk tilkynningarskyldra samruna. Á þannig undantekningarheimildin við um alla samruna fyrirtækja með yfir eins og hálfum milljarðs veltu, óháð stærð gagnaðilans. Eru þannig allir samrunar stærri fyrirtækja háðir óvissu, jafnvel þó um samruna við fyrirtæki með afar lága veltu sé að ræða, s.s. undir 100 milljónum króna.

Þar sem engin slík undantekningarheimild er til staðar í nágrennalöndunum verður óhjákvæmilega að setja spurningamerki við tilvist hennar. Ætla verður að með henni sé minni hagsmunum fórnað fyrir meiri. Þannig er öllum samrunum í raun haldið í óvissu um möguleg afskipti.

Að lágmarki verður að ætla að rökrétt sé að veltumörk undantekningarheimildarinnar séu tvöföld, líkt og á við tilkynningarskyldu. Þannig verði henni ekki beitt nema heildarvelta samrunaaðila sé yfir einum og hálfum milljarði króna og velta beggja samrunaaðila yfir 150 milljónum króna. Þannig mætti að lágmarki tryggja fyrirsjáanleika við samruna þar sem annar aðilinn hefur svo lága veltu, en hann er ekki fyrir hendi í dag.

3. Heimild Samkeppniseftirlitsins til íhlutunar án þess að brot eigi sér stað

Í 4. gr. frumvarpsdraganna er lagt til að heimild Samkeppniseftirlitsins til íhlutunar án þess að brot eigi sér stað gegn ákvæðum samkeppnislaga verði felld á brott. Eru íslensk lög með þessu færð til samræmis við það sem gildir í flestum nágrannaríkjunum.

Telja verður breytinguna eðlilega, en núgildandi heimild kom ný inn í samkeppnislög með breytingalögum nr. 14/2011. Við meðferð þess frumvarps settu fræðimenn fram verulegar efasemdir um hvort ákvæðið samræmdist stjórnarskrárvörðum eignarétti og atvinnufrelsi, enda með því kveðið á um heimild til íhlutunar gegn aðilum sem ekkert hafa til sakar unnið.

Er það þessu til enn frekari stuðnings að Samkeppniseftirlitið hefur í aðeins einu tilviki talið rétt að beita heimildinni en sú ákvörðun var felld úr gildi af áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

4. Hlutverk Samkeppniseftirlitsins við lögmætt samstarf afnumið

Með 3. gr. frumvarpsdraganna er lagt til að í stað þess að Samkeppniseftirlitið veiti undanþágu til lögmæts samstarfs fyrirtækja, verði ábyrgðin og áhættan á því færð til fyrirtækjanna sjálfra. Er þetta til samræmis við þá réttarbót sem varð á reglum Evrópuréttar í þessa veru á árinu 2003.

Með því að afnema hlutverk Samkeppniseftirlitsins við lögmætt samstarf fyrirtækja er að sönnu dregið nokkuð úr fyrirsjáanleika þar sem fyrirtækin verða þannig sjálf að taka áhættuna á því að um lögmætt samstarf sé að ræða. Misfarist fyrirtækjum í þeim efnum eiga þau þannig yfir höfuð sér háar sektir.

Hins vegar verður að ætla að þrátt fyrir það sé minni hagsmunum þar með fórnað fyrir meiri, líkt og gert var á vettvangi Evrópuréttar. Sér í lagi er þó mikilvægt og raunar nauðsynlegt að Samkeppniseftirlitið gefi út skýrar leiðbeiningar um þetta efni líkt og frumvarpsdrögin ráðgera.

Það er þannig viðurkennt í núgildandi samkeppnislögum, líkt og í lögum nágrannalandanna og í Evrópurétti, að tiltekið samstarf fyrirtækja sé til hagsbóta fyrir neytendur. Til þessa hafa fyrirtæki hins vegar ekki mátt hafa með sér slíkt samstarf, jafnvel þó óumdeilanlega sé til hagsbóta, fyrr en undanþága hefur fengist frá Samkeppniseftirlitinu. Sýna dæmin að nokkur ár getur tekið að fá slíka undanþágu, sbr. í dæmaskyni:

- Ákvörðun nr. 13/2019 – rúm 2 ár liðu frá undanþágubeiðni þar til hún var veitt;
- Ákvörðun nr. 26/2018 – rúmt eitt ár leið frá undanþágubeiðni þar til hún var veitt;
- Ákvörðun nr. 34/2016 – Tæpt eitt og hálf ár undanþágubeiðni þar til hún var veitt;

Augaleið gefur að forsendur slíks samstarfs geta breyst eða jafnvel brostið á svo löngum málsmeðferðartíma. Þar sem óumdeilanlega er um að ræða lögmætt samstarf sem er til hagsbóta fyrir neytendur getur sá ábati þar með glatast.

5. Heimild til samstarfs við húsleitir

Í 11. gr. frumvarpsdraganna er lagt til að við lögin bætist heimild til handa Samkeppniseftirlitinu til að ráðast í húsleitir að beiðni samkeppnisyfivalda í norrænum ríkjum.

Af því tilefni er rétt að benda á að réttarstaða fyrirtækja sem sæta húsleitum hér á landi er afar takmörkuð og mun takmarkaðri en víðast hvar erlendis. Þannig hefur framkvæmd húsleita Samkeppniseftirlitsins yfirleitt verið á þann veg að svo til öll rafræn gögn viðkomandi fyrirtækis eru haldlögð, þar á meðal er pósthjónn fyrirtækja í heild sinni gjarnan afritaður. Hafa fyrirtæki sem slíku úrræði sæta litla sem enga möguleika til að leita til dómstóla um rétt sinn, t.a.m. ef þau telja að hald hafi verið lagt á gögn úr hófi eða heimild hafi ekki staðið til húsleitar.

Þetta er þvert á þá framkvæmd sem tíðkast víðast hvar erlendis. Sem dæmi má nefna að Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, sem Samkeppniseftirlitið lítur alla jafna mjög til í framkvæmd sinni, hefur sett sér ítarlegur reglur um framkvæmd húsleita. Má ráða af þeim að einungis tiltekin gögn eru haldlögð og nýtur það fyrirtæki sem húsleit sætir skýrra réttinda við alla málsmeðferðina.

Afleiðing þessarar framkvæmdar Samkeppniseftirlitsins er óhjákvæmilega sú að stofnunin hefur í kjölfar húsleitar mikið magn gagna undir höndum sem ólöglegt er að leggja hald á, s.s. lögmannssamskipti.

Framkvæmdin var sú að í kjölfar húsleitar fór fram skoðun rafrænna gagna í húsakynnum Samkeppniseftirlitsins og var fulltrúa viðkomandi fyrirtækis þá gefinn kostur á að vera viðstaddur þá skoðun til að gæta réttinda fyrirtækisins. Er dæmi um að Samkeppniseftirlitið hafi sannanlega skoðað og prentað út lögmannssamskipti við slíka skoðun, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 633/2009.

Síðari tíma framkvæmd bendir hins vegar til þess að fulltrúa viðkomandi fyrirtækis sé ekki lengur gefinn kostur á að vera viðstaddur slíka skoðun rafrænna gagna. Er þannig enginn vegur fyrir þau fyrirtæki sem húsleit sæta að gæta réttinda sinna, þ.m.t. hvort skoðuð séu samskipti sem ólöglegt er að leggja hald á. Þaðan af síður hefur fyrirtækið þá einhver úrræði til að láta reyna á réttindi sín.

Vart verður annað ráðið en að núverandi framkvæmd sé þannig í ósamræmi við áður tilvitnaða ECN+ tilskipun Evrópusambandsins nr. 1/2019 þar sem sérstaklega er kveðið á um að við slíka skoðun haldlagðra gagna í höfuðstöðvum samkeppnisyfivalda skuli tryggja þeim sem rannsókn sæta raunhæf réttarúrræði til að gæta réttinda sinna. Þannig segir í 33. gr. aðfararorða tilskipunarinnar:

*„To minimise the unnecessary prolongation of inspections, national administrative competition authorities should have the power to continue making searches and to select copies or extracts of books and records related to the business of the undertaking or association of undertakings being inspected at the authority's premises or at other designated premises. **Such searches should ensure the continued due respect of undertakings' rights of defence.**”* (leturbr. hér).

Ekki verður ráðið að nein slík úrræði séu til staðar við slíka rannsókn haldlagðra gagna að núgildandi lögum.

Komi til þess að Samkeppniseftirlitinu verði veitt heimild til að framkvæma húsleitir skv. beiðnum erlendra samkeppnisyfirlitvalda má því ætla að enn ríkari ástæða sé en ella til að leiða í lög skýr ákvæði um framkvæmd slíkra húsleita og tryggja þar réttindi þeirra fyrirtækja sem húsleit sæta.

Virðingarfyllt,
LOGOS lögmannsþjónusta



Halldór Brynjar Halldórsson lögmaður (hrl.)



Helga M. Óttarsdóttir lögmaður (hrl.)