



Atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytið

Skúlagötu 4

101 Reykjavík

Reykjavík, 4. nóvember 2019

## **Umsögn Haga um drög að frumvarpi til breytinga á samkeppnislögum**

Hagar hf. hafa tekið til umsagnar frumvarp til breytinga á samkeppnislögum sem birt var í samráðsgátt stjórnvalda 21. október 2019.

### **1. Inngangur**

Það er yfirlýst stefna Haga, og væntanlega flestra fyrirtækja í landinu, að fylgja samkeppnislögum og haga aðgerðum sínum með þeim hætti að forðast með öllu brot á samkeppnislögum. Afstaða fyrirtækisins er sú að virk samkeppni skili neytendum ávinningi og eflí þjóðhagslega hagkvæmni og samkeppnislög séu mikilvægt tæki til að efla samkeppni. Leggja má áherslu á að neytendaávinningur sé hið endanlega markmið samkeppnislaga og því þurfi löginn að taka tillit til þáttar stærðarhagkvæmni í öflugri samkeppni og nauðsyn hennar fyrir möguleika á lægra vöruberði. Nauðsynlegt er að fyrirtækjum verði gert kleift að hagræða í rekstri sínum og sameinast öðrum til þess að mæta breyttum markaðs- og efnahagsaðstæðum hverju sinni. Jafnframt er atvinnulífinu nauðsynlegt að leikreglur samkeppnislaga séu skýrar og málsmeðferð í samkeppnismálum skilvirk. Of íþyngjandi eða óskýrar samkeppnisreglur auka á kostnað fyrirtækja og draga úr möguleikum á hagkvæmum rekstri, neytendum til tjóns. Hagar styðja því einfaldara regluverk í samkeppnismálum.

Það frumvarp sem nú hefur komið fram í drögum í samráðsgátt er að mati Haga skref í rétta átt. Þó telja Hagar að ganga megi lengra í sumum tilvikum. T.a.m. þurfi að gæta betur að hagsmunum samrunaaðila við breytingar á tímafrestu samrunamála. Auk þess þurfi að skýra sum betur. Eftirfarandi er umsögn og athugasemdir Haga við fyrilliggjandi frumvarpsdrög.

### **2. Viðbót við tilgangsákvæði samkeppnisлага**

Í 1. gr. frumvarpsins er lagt til að bætt verði við staflið í tilgangsákvæði laganna, sem segir að markmiði laganna skuli ná með því að stuðla að heilbrigðu samkeppnismuhverfi til hagsbóta fyrir neytendur. Samkvæmt greinargerð með frumvarpinu er tilgangur breytingarinnar að hnykkja á leiðbeiningar- og upplýsingahlutverki Samkeppniseftirlitsins. Hagar taka undir að

þessu hlutverki Samkeppniseftirlitsins sé gert hærra undir höfði. Það er skýr stefna Haga að fylgja fyrirmælum samkeppnisлага en bannreglur laganna fela hins vegar í sér nokkuð opin og matskennd ákvæði og hefur á stundum þótt skorta á að fyrirtækjum sé unnt að sækja þær leiðbeiningar til Samkeppniseftirlitsins, sem auðveldað geta mat á lögmæti aðgerða gagnvart ákvæðum laganna. Því taka Hagar undir að hnykkt sé á leiðbeinandi hlutverki Samkeppniseftirlitsins, þótt vissulega mætti gera það með skýrari hætti í frumvarpinu.

### **3. Tímabundin skipun forstjóra**

Hagar taka undir ákvæði 2. gr. frumvarpsins um tímabundna skipun forstjóra Samkeppniseftirlitsins og telja eðlilegt að sama regla gildi um Samkeppniseftirlitið og almennt gildir um skipun forstöðumanna ríkisstofnana. Að mati Haga felst ákveðið aðhald í tímabundinni skipun forstöðumanna sem er nauðsynleg, ekki síst í stofnunum sem fara með ríkar rannsóknar- og íhlutunarheimildir.

### **4. Mat á skilyrðum undanþágu fært til fyrirtækja**

Í 3. gr. frumvarpsins er lagt til að fyrirtæki meti sjálf hvort skilyrði undanþágu frá bannreglu 10. gr. séu uppfyllt, í tilviki samstarfs fyrirtækja. Er því lögð til sú leið sem farin hefur verið í flestum ríkjum á EES-svæðinu á undanförnum árum. Af hálfu Samkeppniseftirlitsins hefur komið fram að drjúgur hluti af ráðstöfunartíma eftirlitsins hafi á síðustu árum verið varið í samrunamál, sökum hinna lögbundnu tímafresta sem um slík mál gilda. Þessi staða hafi haft áhrif á málshraða í öðrum málum, sem eru ekki sett tiltekin tímamörk í lögum.

Meðal annars hefur málshraði í afgreiðslu undanþágubeiðna í einhverjum tilvikum tafið fyrir samstarfi sem þó er líklegt til að vera samfélagslega hagkvæmt eða efla þróun markaða. Í greinargerð með frumvarpinu er á því byggt að umrædd breyting geti haft í för með sér hagræði fyrir rekstur fyrirtækja og framþróun markaða, auk hagræðis fyrir eftirlitsstofnanirnar. Þrátt fyrir að ákveðin réttarvissa geti verið fölgin í því að fá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um undanþágu frá bannákvæðum, vilja Hagar taka undir slíkar breytingar á samkeppnislögum sem eftt geta skilvirkni í atvinnulífinu og eru til samræmingar á EES-löggjöf.

Hagar vilja þó leggja áherslu á að þær leiðbeiningar um undanþágur sem Samkeppniseftirlitið skal gefa út samkvæmt 3. mgr. 3. gr. frumvarpsins verði skýrar og sniðnar að þeim álitaefnum sem líklegt er að á reyni við sjálfsmat fyrirtækja samkvæmt hinu nýja fyrirkomulagi. Þá taki leiðbeiningaskylda stjórnvaldsins samkvæmt stjórnsýslulögum, sbr. einnig þá viðbót við tilgangsákvæði laganna sem fjallað er um hér að framan, einnig til þessa þáttar.

## 5. Heimild til íhlutunar án brots

Í 4. gr. frumvarpsins er lagt til að sú heimild Samkeppniseftirlitsins sem lögfest var með lögum nr. 14/2011 til að hlutast til um starfsemi fyrirtækja án þess að þau hafi brotið ákvæði laganna, verði lögð niður. Hagar eru hlynntir þessari breytingu á samkeppnislögum.

Það hefur komið Högum spánskt fyrir sjónir að Samkeppniseftirlitið geti gripið til aðgerða gegn fyrirtækjum þegar þau hegða sér í fullu samræmi við ákvæði laganna og þannig geti eftirlitið gripið inn í lögmætan rekstur fyrirtækis með því að knýja fram breytingar í óþökk stjórnenda og eigenda. Slík heimild er ekki síst óheppileg þegar heimild eftirlitsstjórnvaldsins til slíkra aðgerða er jafn opin og lítt afmörkuð eins og ákvæði c-liðar 1. mgr. 16. gr. er í gildandi lögum. Litlar leiðbeiningar er að finna í nágildandi lögum um það við hvers konar aðstæður heimildin verður virk, þ.e. hvaða aðstæður geta réttlætt beitingu úrræða samkvæmt ákvæðinu, hvers konar málsmæferð þurfi að eiga sér stað áður en að slíku getur komið o.s.frv. Ákvæðið felur því í sér mjög matskennda reglu en á hinn bóginne víðtæka íhlutunarheimild.

Hagar taka undir þau sjónarmið sem komið hafa fram á undanförnum árum um að mögulegt sé að umrætt ákvæði í gildandi lögum fari gegn stjórnarskrá. Með ákvæðinu virðist hinn almenni löggjafi fela stjórnvaldinu nokkuð óhefta ákvörðun um íhlutun á grundvelli ákvæðisins, sem getur jafnvel falið í sér röskun á eignarráðum þess sem í hlut á. Ólíklegt er að lagaákvæðið standist eignarréttarákvæði 72. gr. stjórnarskrár, þar sem það stenst ekki kröfur um skýrleika og fyrirsjáanleika í framkvæmd.

Líkt og fram kemur í greinargerð með fyrirliggjandi frumvarpsdrögum var umrædd heimild felld úr lögum árið 2005 með þeim rökum að með henni hefði Samkeppniseftirlitið víðtækari heimildir til að krefjast hegðunar- og skipulagsbreytinga en framkvæmdastjórn ESB, Eftirlitsstofnun EFTA og norsk samkeppnisfyrvöld. Þegar ákvæðið fór aftur inn í lög árið 2011 hafði engin breyting orðið á þeirri skipan mála.

Ákvæðið var á þeim tíma, árið 2011, rökstutt m.a. með því að í norscum lögum og breskum væri að finna sambærilegar heimildir til íhlutunar án brots á samkeppnislögum. Hagar fá þó ekki betur séð en að heimildin í norsku samkeppnislögunum sé með nokkuð öðrum hætti. Þar er í raun um að ræða heimild fyrir ráðherra til að setja sérstök stjórnvaldsfyrirmæli, reglugerð, ef sérstakra aðgerða er þörf vegna röskunar á samkeppni án þess að um brot á samkeppnislögum sé að ræða. Ákvæðið virðist því ekki fela í sér beina heimild fyrir norska samkeppniseftirlitið til íhlutunar gagnvart fyrirtækjum sem haga sér í fullu samræmi við norsk samkeppnislög, heldur reglugerðarheimild fyrir viðkomandi ráðuneyti ef þær aðstæður eru uppi sem kalla á sérstök stjórnvaldsfyrirmæli. Hvað varðar heimildir í breskum lögum, sem einnig var vísað til á sínum tíma, þá mæla bresku samkeppnislögin ekki fyrir um slíka íhlutun án brota en heimilt er hins vegar að mæla fyrir um skipulagsbreytingar í tengslum við markaðsrannsóknir sem eiga sér stoð í breskri fyrirtækjalöggjöf. Þessi heimild er mjög umdeild auk þess sem breskt réttarkerfi er í grundvallaratriðum frábrugðið íslensku. Þó fylgja þessum heimildum breskra yfirvalda ítarlegar leiðbeiningar um mat á því hvað telst röskun á samkeppni í þessu samhengi og þeim úrræðum sem viðeigandi sé að beita við hvaða aðstæður. Því hefur ekki verið til að dreifa hér á landi.

Hér að framan var vikið að því að nauðsynlegt sé að leikreglur samkeppnislaganna séu skýrar og málsmeðferð í samkeppnismálum skilvirk. Ákvæði c-liðar 1. mgr. 16. gr. í gildandi lögum felur í sér mjög matskennda og opna reglu, sem er ótengd raunverulegum bannreglum samkeppnisлага, en ber með sér víðtæka íhlutumarheimild sem haft getur mikil áhrif á fyrirtæki og eigendur þeirra. Hagar taka undir það sem segir í greinargerð með frumvarpinu, að gildandi ákvæði skapi fyrirtækjum hér á landi réttaróvissu og styðja tillögur sem miða að skýra leikreglur samkeppnisлага og að íslensk fyrirtæki starfi við sams konar starfsskilyrði og samkeppnislöggjöf og gildir annars staðar á EES-svæðinu að þessu leyti.

## 6. Samrunar

Hagar hafa haft nokkra reynslu af meðferð samrunamála á undanförnum þremur árum og taka undir þau sjónarmið að bæta megi meðferð samrunamála og auka skilvirkni í því eins og frekast er unnt. Þá taka Hagar undir þau sjónarmið sem fram koma í frumvarpinu að vegna fyrirbyggjandi eðlis samrunaeftirlits þurfí að gæta meðalhófs við framkvæmd þess. Á það bæði við um umfang samrunaeftirlits, málsmeðferð samrunamála og niðurstöður mála, þ.á. m. setningu skilyrða.

Hagar taka undir þau sjónarmið frumvarpsins að tímabært sé að hækka veltumörk fyrir tilkynningaskylda samruna enda hafa þau ekki tekið breytingum síðan 2008. Hagar taka því undir þær breytingar á veltumörkum sem lagðar eru til í 5. gr. frumvarpsins.

Jafnframt taka Hagar undir þær breytingar sem lagðar eru til varðandi styttri tilkynningar en breytingunum er ætlað að einfalda tilkynningar og draga úr þeim kröfum sem uppfylla þarf svo heimilt sé að tilkynna samruna með styttri tilkynningu.

Í 8. gr. frumvarpsdraganna eru lagðar til breytingar á tímafrestum við meðferð samrunamála. Í almennum athugasemdum með frumvarpinu segir að tillögunum sé ætlað að bæta málsmeðferð samrunamála, líkt og reynsla síðustu ára hafi sýnt að nauðsynlegt sé að gera. Um leið og Hagar taka undir þörf á að bæta málsmeðferð samrunamála vill félagið þó koma tilteknum athugasemdum á framfæri varðandi þær tilteknu tillögur sem settar eru fram í ákvæðinu, þar sem gæta þarf betur að hagsmunum samrunaaðila við málsmeðferðina.

### Lengd samrunaferlis

Í fyrsta lagi vilja Hagar vekja athygli á því að þó svo tilgangurinn með umræddum breytingum sé að gera málsmeðferð samrunamála skilvirkari fæst ekki annað séð en að hefðbundið ferli samrunamáls lengist að einhverju leyti, verði frumvarpið að veruleika.

Í 8. gr. frumvarpsins er lagt til að Samkeppniseftirlitið skuli tilkynna innan 25 virkra daga hvort ástæður séu til að fara með samrunamál yfir í annan fasa. Það er óbreytt frá gildandi lögum. Í framhaldinu segir að að annar fasi sé 90 virkir dagar eftir slíka tilkynningu. Þessi frestur er samkvæmt nágildandi lögum 70 dagar. Því virðist sem hefðbundið tveggja fasa ferli samrunamáls lengist við þessar breytingar um 20 daga, verði 115 dagar (25+90) í stað 95 daga (25+70). Þetta virðist þó ekki alveg skýrt af frumvarpsdrögunum, þar sem segir í athugasemdum með frumvarpinu að „almennur frestur til rannsóknar samrunamála“ verði 90 dagar samkvæmt

frumvarpinu. Virðist það þó ekki vera í fullu samræmi við ákvæðið sjálft, sbr. umfjöllun hér á eftir.

Í núgildandi lögum er hægt að lengja ferli samrunamáls um 20 daga að frumkvæði Samkeppniseftirlitsins að tilteknim skilyrðum uppfylltum. Fer málið þá í þriðja fasa, til viðbótar þeim 95 dögum (25+70) sem fyrstu tveir fasarnir taka. Lengst getur því ferlið samkvæmt núgildandi lögum tekið 115 daga. Í 8. gr. frumvarpsins er hins vegar gert ráð fyrir annars vegar möguleika á 15 daga framlengingu ef skilyrði koma seint fram og hins vegar 20 daga framlengingu ef samrunaaðilar óska þess. Því getur ferlið tekið lengri tíma en samkvæmt núgildandi lögum. Þá telja Hagar að taka þurfí af öll tvímæli um það hvort 20 daga framlenging að ósk samrunaaðila komi, eftir atvikum, til viðbótar 15 daga framlengingu Samkeppniseftirlitsins. Sé svo getur ferlið allt í allt tekið 150 daga (25+90+15+20) en getur í dag lengst tekið 115 daga. Hagar vilja vekja athygli á þessu og benda á að æskilegt væri í það minnsta að skýra umrædd atriði.

#### *„Almennur tímafrestur til rannsóknar samrunamála“*

Í greinargerð með frumvarpsdrögunum kemur fram sem fyrr greinir að lögð sé til sí breyting að „almennur tímafrestur til rannsóknar samrunamála verði 90 dagar“ og að „sá frestur verði í tveimur fösum“. Þessi ályktun verður ekki auðveldlega dregin af lagatextanum sjálfum að mati Haga.

Fyrir liggur að rannsókn samrunamála hefst strax við móttöku fullnægjandi samrunatilkynningar, þ.e. á fyrsta degi í fyrsta fasa, sem skal í heildina taka 25 virka daga. Samkeppniseftirlitið hefur lýst því yfir að stofnunin keppi jafnan að því að ljúka rannsóknum á fyrsta fasa ef nokkur kostur sé. Verði máli ekki lokið í fyrsta fasa fer það yfir í annan fasa, eftir tilkynningu eftirlitsins þar að lútandi. Það er sá fasi, þ.e. annar fasi, sem tekur 90 daga. Því er ekki rétt, eða a.m.k. ekki nákvæmt, að segja að „almennur tímafrestur til rannsóknar samrunamála verði 90 dagar“ samkvæmt frumvarpinu. Ekki fæst betur séð en að almennur tímafrestur til rannsóknarinnar sé annaðhvort 25 dagar (ef mál er afgreitt í fyrsta fasa) eða 115 dagar (ef hann er í tveimur fösum, þ.e. 25+90). Almennur tímafrestur til rannsóknar samrunamála virðist því verða 115 dagar samkvæmt drögum að 8. gr. frumvarpsins en ekki 90 dagar eins og segir í greinargerðinni. Þetta þyrfti að skýra að mati Haga.

#### *Tímamörk fyrir tillögur samrunaaðila að skilyrðum*

Í frumvarpdrögunum er lagt til að samrunaaðilar setji fram tillögur að skilyrðum vegna samrunans fyrir 55. virka dag „rannsóknar“. Ella framlengist ferlið sjálfkrafa um 15 daga. Hagar telja ekki óeðlilegt að sett séu tímamörk til að setja fram skilyrði, svo tíminn nýtist sem best til þess að lenda sátt milli samrunaaðila og Samkeppniseftirlitsins um skilyrði sem séu ásættanleg fyrir báða aðila. Þrennt ber þó að athuga hér að mati Haga.

Í fyrsta lagi er ekki alveg nógu ljóst í ákvæðinu sjálfu við hvaða upphafsdag er miðað, þegar 55. dagur ferlisins er fundinn. Í greinargerðinni með frumvarpsdrögunum segir að átt sé við 55. virka dag annars fasa, enda væri illa framkvæmanlegt ef átt væri við 55. dag talið frá upphafi fyrsta fasa. Hins vegar segir í ákvæðinu sjálfu að átt sé við 55. virka dag „rannsóknar“. Eins og fyrr er nefnt hefst rannsókn samrunamáls strax við móttöku fullnægjandi samrunatilkynningar,

sem fyrr er nefnt, þ.e. á fyrsta degi fyrsta fasa. Því væri 55. virki dagur rannsóknar 30. dagur annars fasa. Þetta þarf að skýra í frumvarpinu.

Í öðru lagi vilja Hagar vekja athygli á því að sjaldnast er raunhæft fyrir samrunaaðila að koma fram með tillögur að skilyrðum fyrr en frummat Samkeppniseftirlitsins á mögulegum áhrifum umrædds samruna liggur fyrir. Hingað til hefur Samkeppniseftirlitið sett fram frummat sitt á áhrifum samrunans með svokölluðu andmælaskjali. Ætla má að Samkeppniseftirlitið hafi í ýmsum tilvikum birt andmælaskjal sitt eftir það tímamark sem frumvarpið leggur nú til að samrunaaðilar komi fram með tillögur að skilyrðum. Ekki er æskilegt að mati Haga að gera þær kröfur til samrunaaðila að þeir leggi til skilyrði, sem koma til móts við möguleg neikvæð áhrif samrunans, áður en stjórnavaldið hefur birt frummat sitt á þessum mögulegu áhrifum. Framboðnum skilyrðum er almennt ætlað að mæta og eyða þeim skaðlegu áhrifum sem Samkeppniseftirlitið telur að stafí af samrunanum. Því er almennt eðlilegt að samrunaaðilar tefli fram skilyrðum eftir að eftirlitið hefur greint samrunaaðilum frá frummati sínu á áhrifum samrunans.

Í þriðja lagi er nauðsynlegt að taka fram að þó það kunni að vera sanngjarnt að tillögur að skilyrðum komi ekki fram á síðustu dögum samrunamáls, þá gagnast það illa samrunaaðilum sem lagt er til í frumvarpinu, að setja eingöngu samrunaaðilum tiltekin tímamörk til þess að koma fram með skilyrðin, án þess að setja að sama skapi skyldu á eftirlitið til að koma með viðbrögð við framboðnum skilyrðum innan tiltekins tíma. Jafnt í evrópskum sem íslenskum samkeppnisrétti er litið svo á að setning skilyrða fyrir samrunum sé samningaferli. Ljóst má vera að staða aðila í því samningaferli, þ.e. samrunaaðila annars vegar og Samkeppniseftirlitsins hins vegar, er langt frá því að vera jöfn. Annars vegar eru samrunaaðilar, sem eiga mikla hagsmuni í því að umræddur samruni megi koma til framkvæmda, og hins vegar er eftirlitið sem heldur á ógildingarheimild sem beita þarf innan tiltekins tíma. Í greinargerð með frumvarpsdrögunum er tekið fram að með umræddum tímamörkum til framlagningar skilyrða verði komist hjá því að samrunar séu ógiltir eða að samrunatilkynning sé dregin til baka og tilkynnt um samrunann á nýjan leik vegna ónaegs tíma til rannsóknar. Því takmarki verður eingöngu náð að mati Haga ef tillögur samrunaaðila að skilyrðum fá skjóta meðferð hjá Samkeppniseftirlitinu, og afstaða eftirlitsins til tillagnanna liggur fyrir í tæka tið. Því leggja Hagar til að berist tillögur samrunaaðila innan umræddra tímamarka verði einnig lögð skylda á Samkeppniseftirlitið til þess að veita viðbrögð sín við tillögum innan tiltekins tímafrests. Eingöngu með þeim hætti er hægt að tryggja að samrunaaðilar nái að vinna að því með Samkeppniseftirlitinu að finna viðunandi skilyrði fyrir samruna innan lögbundins tímafrests.

Til viðbótar vilja Hagar nefna, að svigrúm verður að vera í málsmeðferðinni, til þess að breyta eða bæta við skilyrðum í sáttaviðræðum við Samkeppniseftirlitið, án þess að slíkar breytingar kalli á 15 daga framlengingu af hálfu Samkeppniseftirlitsins í hvert skipti. Slíkt er ekki til þess fallið að móta skilvirkari framkvæmd í samrunamálum.

## 7. Sáttir

Hagar taka undir að við ákveðnar kringumstæður geti verið réttlætanlegt að ljúka máli sem fyrst með sátt, án þess að tekin sé ákvörðun um brot gegn samkeppnislögum. Lögð er til lögfesting þeirrar framkvæmdar sem hefur verið viðhöfð og telja Hagar að það geti skýrt fyrirkomulagið og leitt til skilvirkari framkvæmdar samkeppnisлага.

## 8. Málskotsheimild Samkeppniseftirlitsins

Málskotsheimild Samkeppniseftirlitsins í 41. gr. nágildandi samkeppnisлага er undantekning frá þeirri meginreglu stjórnsýsluréttarins að úrlausn æðra setts stjórnvalds sé bindandi fyrir lægra sett stjórnvald. Auk þess er umrædd málskotsheimild mjög opin og alfarið lagt í frjálst mat Samkeppniseftirlitsins án nokkurra skilyrða, hvort skjóta eigi úrlausn áfrýjunarnefndarinnar til dómstóla, með tilheyrandi kostnaði og fyrirhöfn þeirra fyrirtækja sem um ræðir. Hagar styðja tillögu frumvarpsdraganna um að umrædd málskotsheimild verði felld úr gildi.

F.h. Haga hf.



Finnur Árnason, forstjóri