

Umsögn um frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum

Inngangur

Með frumvarpi þessu er lögð til veruleg veiking á samkeppnislögum og samkeppniseftirliti á Íslandi. Engin af tillögnum í frumvarpinu virðist líkleg til að örva samkeppni hérlandis eða bæta lífskjör landsmanna með öðrum hætti. Tillögurnar eru þvert á móti þess eðlis að vænta má að þær veiki samkeppni á innlendum markaði og rýri því lífskjör þegar fram líða stundir.¹

Öflugt og skilvirkt samkeppniseftirlit er gagnlegt í öllum nágrannalöndum okkar. Það er þó hvergi mikilvægara en hérlandis vegna smæðar markaðarins og einangrunar. Heita má reglan hérlandis að á flestum mörkuðum starfi örfá fyrirtæki, oft 2-4. Við þau skilyrði er það gríðarlegt hagsmunamál, m.a. fyrir neytendur og smærri fyrirtæki, að samkeppni fyrirtækjanna sé hörð og þau hafi ekki með sér samráð. Jafnframt er afar mikilvægt að aðgengi nýrra aðila að mörkuðum sé greitt og almennt að viðskiptavinir eigi alltaf val um að snúa viðskiptum sínum annað. Það er besta leiðin til að halda seljendum á tánum bæði hvað varðar verð og gæði. Það er jafnframt besta leiðin til að auka skilvirkni efnahagslífsins og stuðla að hagvexti og betri nýtingu auðlinda.

Tiltölulega hátt verð á flestri vöru og þjónustu á innanlandsmarkaði sýnir vel að engin ástæða er til að slaka á kröfum á þessu sviði, þvert á móti. Að mati Eurostat² var verð á neytendavörum á Íslandi það hæsta innan EES árið 2018 og 56% hærra en að jafnaði innan ESB. Þótt skýringar þess séu ekki eingöngu takmörkuð samkeppni hérlandis blasir við að verði frumvarp þetta að lögum væru tekin skref í ranga átt.

Breytingar á 6. gr.

¹ Hér verður ekki reynt að rekja áhrif samkeppnislöggjafar og -eftirlits á framleiðni og lífskjör en þó bent á ágæta samantekt sem unnin var á vegum OECD og birt 2014: *Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes*. Sjá <http://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-en.pdf>

² https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Comparative_price_levels_of_consumer_goods_and_services

Hér er lagt til að forstjóri Samkeppniseftirlitsins skuli ráðinn til 5 ára í senn og gegni embættinu ekki meira en 10 ár alls. Sú breyting er út af fyrir sig í samræmi við það sem tíðkast í stjórnarsýslu ýmissra opinberra stofnana hérlendis og vitaskuld erlendis líka. Fyrir slíkum takmörkunum hafa verið færð fram ýmis rök. Ekki er því ástæða til að mótmæla þessari breytingu sérstaklega.

Hins vegar er eðlilegt að skoða þá jafnframt skipan stjórnar og þær hæfniskröfur sem gerðar eru til forstjóra og stjórnarmanna. Hæfniskröfur eru nú tilgreindar í 7. gr. samkeppnislaga. Þær eru frekar almennt orðaðar og ekki þröngar. Í ljósi þess hvernig stjórn er skipuð, af ráðherra einum, og að stjórn velur forstjóra hlýtur að vera umhugsunarvert hvort ekki eigi að kveða nánar um það hver hæfnisskilyrði forstjóra eiga að vera og til hvaða þátta eigi að taka tillit við val á forstjóra. Jafnframt gæti komið til greina að gera kröfu um að hæfnisnefnd fari yfir umsóknir um starf forstjóra og gefi umsögn sem stjórnin verði að byggja á.

Jafnframt kann að vera æskilegt að styrkja sjálfstæði stjórnar gagnvart ráðherra. Skv. núgildandi lögum er ráðherra í sjálfsveld sett hvenær hann skipar stjórn og hverja hann skipar í stjórn. Engan rökstuðning þarf, eina takmörkunin er sú sem tilgreind er í 1. mgr. 7. gr. samkeppnislaga.

Þetta býður m.a. þeirri hættu heim að hver ráðherra skipti allri stjórn Samkeppniseftirlitsins út og skipi nýja sem fellur betur að hans pólitísku sýn eða af öðrum ástæðum, eins og raunar hefur ítrekað gerst á undanförunum árum. Þetta er afar óæskileg skipan mála og getur valdið lausung í starfi Samkeppniseftirlitsins og jafnvel búið til réttaróvissu.

Þetta verður þeim mun hættulegra ef ætlunin er að skipta tiltölulega oft um forstjóra eftirlitsins. Þannig gæti, náí þessi tillaga fram að ganga, verið skipt um stjórn á fjögurra ára fresti, þ.e. eftir myndun nýrrar ríkisstjórnar, og forstjóra á fimm ára fresti. Þar með væri forysta stofnunarinnar í verulegu uppnámi á allt niður í 2-3 ára fresti.

Því gæti verið skynsamlegt að setja skipan stjórnar Samkeppniseftirlitsins í fastari skorður. Þetta væri t.d. hægt með því að skipa stjórnarmenn til lengri tíma í senn, t.d. 6 ára, og skipta einungis út hluta stjórnar í einu, t.d. einum stjórnarmanni af þremur á tveggja ára fresti.

Einnig mætti minnka svigrúm ráðherra til að hlutast til um skipan stjórnarinnar með því að kveða á um tilnefningar, t.d. aðila eins og ASÍ, Neytendasamtakanna eða samstarfsnefndar háskólastigsins eða jafnvel að Hæstiréttur velji einn eða fleiri stjórnarmenn. Þá mætti líka hugsa sér að seta í stjórn yrði ávallt auglýst laus til umsóknar. Það hefði bæði þann kost að líklega yrði úr mörgum að velja og að val ráðherra yrði frekar bundið af reglum stjórnarsýslunnar.

Breytingar á 15. gr.

Hér er lagt til að keppinautum verði gert að leggja sjálfir mat á það hvort samráð þeirra sé heimilt því það uppfylli nánar tilgreindar kröfur og sé því ekki brot á 10. eða 12. gr. laganna. Í núgildandi lögum þarf hins vegar að sækja um undanþágu til slíks samráðs til Samkeppniseftirlitsins.

Þótt finna megi erlend fordæmi fyrir því fyrirkomulagi sem hér er lagt til er erfitt að sjá að breytingin sé til bóta. Raunar er fyrirsjáanlegt að þetta muni bæði leiða til þess að ekkert verði af samráði sem væri leyft m.v. núverandi skipan mála, þ.e. samráði sem telja má heppilegt, m.a. fyrir neytendur, og jafnframt auka líkur á samráði sem væri ólöglegt bæði miðað núverandi fyrirkomulag og hið nýja og óheppilegt fyrir neytendur.

Skýring þessa er að með því að gera fyrirtækjum ókleift að tryggja sér undanþágu fyrirfram má telja næsta víst að í einhverjum tilfellum þori fyrirtæki sem þó hafa nokkuð góð rök fyrir því að samráð þeirri uppfylli kröfur 15. greinar ekki að taka þá áhættu að þau hafi metið aðstæður með öðrum hætti en Samkeppniseftirlitið. Í því samhengi skiptir m.a. máli hve alvarlegur orðsporshnekkir fylgir því þegar fyrirtæki eru staðin að ólöglegu samráði auk þeirra refsinga sem fyrirtækin og jafnvel forsvarsmenn þeirra kunnu að verða beitt. Hér er því í raun verið að búa til verulega áhættu fyrir fyrirtæki og stjórnendur þeirra sem ekki er til staðar miðað við 15. gr. óbreytta.

Rétt er að hafa í huga að fjölmörg dæmi eru um að Samkeppniseftirlitið hafi heimilað samstarf fyrirtækja á grundvelli 15. gr. Virðist því núverandi fyrirkomulag mála vera vel starfhæft og hafa gefið ágæta raun. Þetta á m.a. við um ýmiss konar samstarf

fjármálafyrirtækja og fjarskiptafyrirtækja sem hefur dregið úr rekstrarkostnaði þeirra eða stofnkostnaði við dýr kerfi.

Forsvarsmenn ýmissra fyrirtækja og samtaka þeirra hafa í gegnum tíðina iðulega óskað eftir betri leiðbeiningu frá Samkeppniseftirlitinu um það hvað þeim er heimilt og hvað ekki. Með fyrirhugaðri breytingu á 15. gr. er augljóslega verið að taka skref í þveröfuga átt hvað slíka leiðbeiningu varðar.

Skýring þess að fyrirhugaðar breytingar á 15. gr. kunna jafnframt að leiða til skaðlegs samráðs liggur í því að almennt er óæskilegt að forsvarsmenn, eða jafnvel almennir starfsmenn, fyrirtækja sem eiga að vera keppinautar ræði mikið saman. Það eru ekki ný og ekki séríslensk sannindi eins og m.a. Adam Smith benti á í *Auðlegð þjóðanna* 1776 (4. bók, kafli VIII):

„People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.... But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies, much less to render them necessary.“

Fyrirhugaðar breytingar á 15. gr. ganga þvert gegn tillögu Smith í síðari hluta tilvitnunarinnar. Má raunar velja því fyrir sér hvort ekki væri skynsamlegt, fyrst til skoðunar er að breyta samkeppnislögum, að sporna frekar við fundahöldum keppinauta, formlegum sem óformlegum, frekar en að beinlínis hvetja til þeirra. Raunar ætti að vera með öllu óeðlilegt að stjórnendur fyrirtækja sem eiga í samkeppni eigi í öðrum samskiptum hver við annan en þeim sem algjörlega óhjákvæmileg teljast. Á það jafnt við um samskipti innan sem utan vinnu. Því miður er þetta ekki raunin hérlandis og slík samskipti tíðkast, jafnvel með skipulegum hætti.

Breytingar á 16. gr.

Hér er lögð til mjög róttæk breyting sem fjarlægir algjörlega heimild Samkeppniseftirlitsins til að bregðast við aðstæðum sem takmarka eða hafa skaðleg áhrif á samkeppni ef ekki er

um brot á bannákvæðum samkeppnislaga að ræða. Þótt ákvæðið hafi ekki verið nýtt á Íslandi frá því það var lögfest að nýju árið 2011 er það afar mikilvægt neyðarúrræði fyrir samkeppnisyfirvöld og getur haft talsverðan fælingarmátt.

Þegar nútíma samkeppnislöggjöf tók að þróast í Bandaríkjunum fyrir rúmri öld skipti heimild sem þessi lykilmáli. Þörfin fyrir hana þá var helsta ástæða þess að Bandaríkjastjórn hóf skipulegt eftirlit með samstarfi. Frægasta dæmið snerist um Standard Oil, sem hafði náð yfirburðastöðu á bandaríska olíumarkaðinum. Þeirri samsteypu var skipt upp í fjölda sjálfstæðra fyrirtækja árið 1911 eftir harkalega deilu. Eftir það var hörð samkeppni á þeim markaði, til mikilla hagsbóta fyrir neytendur. Annað frægt dæmi síðar á sömu öld er uppskipting símarisans AT&T árið 1982. Sú breyting skapaði forsendur fyrir samkeppni á símamarkaði í Bandaríkjunum, sérstaklega í langlínusamtölum. Þetta gaf raunar tóninn fyrir breytingar sem urðu í fjölda annarra landa, m.a. á Íslandi, í kjölfarið þar sem einkaréttur símfyrirtækja var afnuminn og samkeppni blómstraði.

Evrópsk samkeppnislöggjöf þróaðist síðar en í Bandaríkjunum og hefur að verulegu leyti mótast af fordæmum að vestan. Á Íslandi kom nútíma samkeppnislöggjöf mjög seint eða ekki fyrr en í tengslum við EES samninginn 1993. Okkar samkeppnislöggjöf er að allri uppistöðu til byggð á evrópskum fyrirmyndum, sem sjálfar eiga rætur vestanhafs. Það er því beinlínis rangt, sem þó er ítrekað fullyrt, að samkeppnislöggjöf og -eftirlit hérlendis sé almennt meira „íþyngjandi“ fyrir fyrirtæki en í nágrannalöndunum.

Þótt samkeppnislöggjöf einstakra landa á EES svæðinu sé þannig að mestu mjög sambærileg hafa ekki öll lönd ákvæði í sinni löggjöf sem samsvarar því sem nú er lagt til að afnema á Íslandi. Mörg þeirra hafa hana þó og víða hefur hún skipt verulegu máli. Má þar sérstaklega horfa til Bretlands en þar var henni m.a. beitt fyrir nokkrum árum til að losa um eignarhald brugghúsa á krám. Sú breyting var mjög til bóta. Annað dæmi frá Bretlandi sem miklu skipti er uppstokkun á eignarhaldi flugvalla, sem höfðu að verulegu leyti verið á einni hendi áður. Sú breyting var einnig mjög til bóta.

Erfitt er að sjá nokkur gild rök fyrir því að fella þessa heimild úr íslensku samkeppnislögunum. Rökstuðningur í greinargerð með drögum að frumvarpi er mjög

knappur og veikburða. Fyrst og fremst er fullyrt án nokkurra haldbærra skýringa að *löggjöf sem er meira íþyngjandi hér á landi en í nágrannalöndum okkar er til þess fallin að draga úr samkeppnishæfni íslensks atvinnulífs og auka kostnað*. Þetta eru ekki boðleg rök enda dregur það ekki úr samkeppnishæfni íslensks atvinnulífs að ýta undir samkeppni hérlendis.

Við mat á ágæti þess ákvæðis sem hér er tekist á um má jafnframt hafa í huga að því hefur sem fyrr segir ekki enn verið beitt frá því að það var lögfest að nýju árið 2011. Það sýnir að Samkeppniseftirlitið hefur stigið mjög varlega til jarðar. Engin ástæða er til að ætla að heimildin verði nýtt í framtíðinni nema að vandlega athuguðu máli og af ríkri ástæðu. Jafnframt skiptir máli að ávallt gætu þeir sem nýting heimildarinnar beinist að borið ágreining undir dómstóla sem myndu gera ríkar kröfur til rökstuðnings Samkeppniseftirlitsins fyrir þeim aðgerðum sem það leggur til.

Breytingar á 17. gr.

Breytingar á 17. gr. snúa fyrst og fremst að því að fækka samrunatilkynningum og einfalda þær sem berast. Í því skyni eru ýmis fjárhæðarmörk hækkuð. Almennt er eðlilegt að slík fjárhæðarmörk taki breytingum nokkurn veginn í takti við þróun verðlags en rýrni ekki sjálfkrafa að raunvirði með verðbólgu. Ekki er því ástæða til að gera athugasemd við breytingar sem einungis hækka upphæðir í samræmi við rýrnun krónunnar. Þó verður að teljast óeðlilegt og óæskilegt að slíkar viðmiðunarupphæðir í íslensku samkeppnislögum verði mun hærra hlutfall af landsframléiðslu en tíðkast í nágrannalöndunum.

Jafnframt er einnig ástæða til að skoða þessar tillögur í samhengi við þær breytingar sem lagðar eru til á 16. gr. Við blasir að gangi þær breytingar eftir, þ.e. brottfall c liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga, þá væri eðlilegt að renna á móti styrkari stoðum undir vinnu Samkeppniseftirlitsins við að hafa eftirlit með og jafnvel stöðva samruna sem geta dregið úr samkeppni. Afar óheppilegt væri því að gera hvorutveggja, eins og lagt er til í frumvarpsdrögum, að banna Samkeppniseftirlitinu að hlutast til um skipulag fyrirtækja eða markaða hafi ekki verið brotið gegn bannreglum samkeppnislaga og draga um leið úr möguleikum eftirlitsins á að hindra skaðlega samruna.

Breytingar á 41. gr.

Hér er lagt til að heimild Samkeppniseftirlitsins til að skjóta úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála til dómstóla verði felld brott. Þetta er illskiljanleg tillaga og á engan hátt til bóta. Helstu rökin sem færð eru fyrir þessu virðast byggja á lögfræðilegri fagurfræði, þ.e. að það hljómi ankannalega að „lægra sett stjórnvald“ (þ.e. Samkeppniseftirlitið) geti skotið úrskurðum „æðra setts stjórnvalds“ (þ.e. nefndarinnar) til dómstóla.

Það eru efnislega algjörlega haldlaus rök enda eru mörg fordæmi fyrir slíku fyrirkomulagi í íslenskri löggjöf. Þess utan er áfrýjunarnefndin ekki stjórnvald nema í þröngum lagalegum skilningi. Í reynd virkar hún eins og fyrsta dómstig en ekki stjórnvæðing og kröfur til málsmeðferðar og þeirra sem sitja í nefndinni endurspeglar það. Raunar mætti e.t.v. frekar skoða að gera þá breytingu að gefa nefndinni stöðu sem væri hliðstæð héraðsdómi þannig að mál gengju beint þaðan til landsréttar, frekar en héraðsdóms.

Sú breyting sem hér er lögð til veikir mjög stöðu Samkeppniseftirlitsins. Hún býr m.a. til hættu á því að áfrýjunarnefndin geri mistök sem lifi sem slæm fordæmi því að ekki verður með góðu móti hægt að vinda ofan af þeim með málarekstri fyrir dómstólum. Verður að telja afar ólíklegt að það geti samrýmst EES samningnum að veikja svo stöðu Samkeppniseftirlitsins þegar kemur að því að fylgja samkeppnismálum eftir fyrir dómstólum. Með þessari breytingu væri í mörgum tilfellum enginn í þeirri stöðu að geta varið hagsmuni neytenda og smærri fyrirtækja fyrir dómstólum í mikilvægum deilumálum.

Rökin í greinargerð fyrir þessari tillögu eru nánast engin, fyrir utan fyrrnefnda fagurfræði, einungis vísað til óljósra *skilvirknisjónarmiða* og að mál *dragist ekki úr hófi fram*. Í því samhengi skiptir vitaskuld máli að Samkeppniseftirlitið hefur nýtt málskotsheimildina afar sparlega. Hún hefur einungis verið nýtt í mjög litlum hluta þeirra tilfella þar sem áfrýjunarnefndin hefur verulega breytt niðurstöðum Samkeppniseftirlitsins og það í málum sem væntanlega hefðu hvort eð er endað fyrir dómstólum. Í ljósi þess blasir við að heimildin hefur ekki haft nema óveruleg ef nokkur áhrif á það hve skjótt endanleg niðurstaða hefur fengist í þeim deilumálum.

Lokaorð

Þetta frumvarp veldur miklum vonbrigðum. Því virðist beinlínis ætlað að ganga eins langt og hægt er til veikingar á samkeppnislögum og -eftirliti. Helst virðast skuldbindingar Íslands vegna samningsins um evrópska efnahagssvæðið hafa komið í veg fyrir að lengra væri gengið. Þó gengur ein tillagan að því er virðist lengra en sá samningur leyfir.

Í reynd þarf frumvarpið þó ekki að koma mjög á óvart. Það endurspeglar skýrt vel þekktar pólitískar áherslur um að draga skuli eftir föngum úr eftirliti með fyrirtækjum og leyfa „atvinnulífinu“ að hafa eftirlit með sér sjálf. Þessi sjónarmið fengu mikinn hljómgrunn á árunum fyrir hrun og voru m.a. notuð til að rökstyðja veikara fjármálaeftirlit í ýmsum löndum, þ.á m. Íslandi. Sömu rökum er enn beitt víða, t.d. í baráttu gegn hertum kröfum í umhverfismálum og jafnvel öryggiskröfum til flugvéla, með hörmulegum afleiðingum eins og kunnugt er.

Við hrunið beið sú stefna vitaskuld nokkuð skipbrot héraendis en nú, rúmum áratug síðar, virðist ætlunin að gera nýja tilraun. Rökin sem sett eru fram nú eru nákvæmlega þau sömu og fyrir hrun og margar af tillögnum gamalkunnar. M.a.s. eru helstu frasararnir endurnýttir sem verður að teljast skemmtilega óskammfeilið. Þeir sem læra ekkert af sögunni munu eins og endranær endurtaka í sífelli sömu mistökin.

Það er heldur ekki skrytið að sterkur þrýstingur sé frá áhrifamiklum aðilum um að veikja samkeppnislögin. Þau eru alltaf umdeild, héraendis sem erlendis. Þeir sem hafa mest á móti lögnum og eftirliti eru alla jafna þeir sem hafa mesta hagsmuni af því að veikja samkeppniseftirlit.

Löng reynsla mín af starfi sem tengist samkeppniseftirliti hefur m.a. kennt mér það að enginn talar jafnilla um lögin og eftirlitið og þeir sem hafa verið staðnir að brotum á lögnum, jafnvel ítrekað. Þeir gera jafnframt allt sem þeir geta til að grafa undan eftirlitinu, bæði almennt og vegna málalátubúnaðar í einstökum málum. Þeir hafa oft mikinn fjárhagslegan og pólitískan styrk og beita honum af hörku, bæði opinberlega og bak við tjöldin. Þetta skekkir alla umræðu um samkeppniseftirlit og skynjun á kostum og göllum

þess, sérstaklega í þeim tiltölulega þrönga heimi sem æðstu stjórnendur stórra fyrirtækja lifa og hrærast í.

Þessi tillaga sem nú hefur verið lögð fram um veikingu samkeppnislaga endurspeglar þetta. Raunar er hún gott dæmi um forspárgildi kenninga Mancur Olson í bók hans frá árinu 1965 (*The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*). Olson benti á að í átökum um hagsmuni er líklegt að hinum dreifðu hagsmunum almennings verði fórnað fyrir minni hagsmuni einbeittra hagsmunahópa. Hinir síðarnefndu berjast með kjafti og klóm fyrir sínum sérhagsmunum og hafa oftast en ekki sigur á kostnað almennings.

Hér er einmitt tekist á um annars vegar hagsmuni stórra fyrirtækja og eigenda þeirra sem njóta fákeppnirentu í lítilli samkeppni og hins vegar miklu meiri hagsmuni íslensks almennings. Skv. Olson ættu hinir fyrrnefndu að hafa sigur og frumvarpið því að verða að lögum. Það er ekki hægt annað en að vona að svo fari ekki og frumvarpið verði annað hvort dregið til baka eða því hafnað með öllu af Alþingi Íslendinga.

Reykjavík, 8. nóvember 2019.



Gylfi Magnússon,
dósent í viðskiptafræðideild Háskóla Íslands