

**Efnahags- og
viðskiptaráðuneyti**

Minnisblað

Viðtakandi: **Viðskiptanefnd Alþingis**
Sendandi: **Efnahags- og viðskiptaráðuneytið**
Dagsetning: **04.06.2010**
Málsnúmer: **EVR09120039**
Bréfalykill: **7.1**

Efni: **Viðbrögð efnahags- og viðskiptaráðuneytisins við umsögnum hagsmunaaðila vegna frumvarps til breytinga á samkeppnislögum, mál nr. 572.**

Viðbrögð efnahags- og viðskiptaráðuneytisins við umsögnum hagsmunaaðila vegna frumvarps til breytinga á samkeppnislögum, mál nr. 572.

Ráðuneytið vill þakka fyrir að fá tækifæri til að gera grein fyrir sjónarmiðum sínum vegna umsagna um frumvarp til breytinga á samkeppnislögum, mál nr. 572, og er reiðubúið að svara frekari spurningum nefndarinnar sé þess óskað.

Um 1. gr. frumvarpsins - Málskotsgjald

Samtök Atvinnulífsins (SA) og Samkaup hf. gera athugasemdir við ákvæði 1. gr., telja gjaldið of hátt og þar sem kostnaður við kæru til dómstóla er ærinn sé eðlilegt að aðilar geti fengið ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins (SE) endurskoðaðar án gjalds. Ráðuneytið vill hins vegar benda á að mál sem fara fyrir nefndina verða atvinnustarfsemi og sjaldnast eru einstaklingar aðilar máls. Hér eiga því ekki við hefðbundin neytendaverndarsjónarmið og verður að telja réttlætanlegt að málsaðilar taki þátt í að greiða kostnað af málskotinu. Þá er málskotsgjaldinu stillt í hóf og því ekki verulega íþyngjandi fyrir aðila máls, en undir þau sjónarmið tekur Viðskiptaráð Íslands (VÍ) í sínum athugasemdum. Þá er vert að benda á að hefði gjaldið verið í gildi á árunum 2007 og 2008 hefðu tekjur af því numið 1,8 millj. kr. á árinu 2007, samanborið við 6. millj. kr. launakostnað, og 2,4 millj. kr. á árinu 2008 samanborið við 12,4 millj. kr. í launakostnað. Gjaldið stendur því ekki undir nema hluta af rekstrarkostnaði ríkisins af nefndinni.

Um a. lið 2. gr. frumvarpsins - Breytingar á sáttum og ákvörðunum

Með a. lið 2. gr. frumvarpsins er lagt til að SE geti gripið til aðgerða gegn samningum, skilmálum og hverskonar athöfnum sem *brjóta í bága* við bannákvæði laganna eða sáttir og ákvarðanir sem teknar hafa verið samkvæmt þeim. Verið er að rýmka ákvæðið þar sem núgildandi lög kveða eingöngu á um að SE hafi þessar heimildir sé um að ræða brot á bannreglum laganna.

Samkaup hf. og SA gera athugasemd við þessar breytingar með þeim rökum að óeðlilegt sé að SE geti breytt ákvörðun sinni eftir á, það eigi líkt og önnur stjórnvöld að rannsaka mál með fullnægjandi hætti áður en ákvörðun er tekin, jafnframt að brot á sáttum eða ákvörðunum geti varðað stjórnisýslusektum sky. IX. kafla samkeppnislaga. Rétt er að benda á að heimild Samkeppniseftirlitsins til ihlutunar nær eftir sem áður eingöngu til þess þegar sátt eða ákvörðun er *brotin*. SE hefur því ekki heimild til þess að setja ný skilyrði eða breyta skilyrðum ef málsaðilar brjóta ekki sáttina eða ákvörðunina. Brotin geta hins vegar verið þess eðlis að nauðsynlegt sé að breyta viðkomandi fyrirmælum til að vinna enn frekar gegn brotum og samkeppnishömlum. Hér er því ekki um það að ræða að Samkeppniseftirlitinu sé heimilað að breyta ákvörðunum sínum eftir á

hafi það ekki sinnt rannsóknarskyldu sinni líkt og gefið er í skyn í umsöng Samkaupa hf., heldur er verið að heimila eftirlitinu að bregðast við breyttum aðstæðum í kjölfar brota. Er slík heimild mjög eðlileg þegar horft er til markmiðs samkeppnislaga og hlutverks SE, sem er að vernda þá lögvörðu almannahagsmunum sem felast í virkri samkeppni.

Í greinargerð með frumvarpinu segir að áfrýjunarnefnd samkeppnismála telji að SE geti breytt skilyrðum fyrir því að heimila samruna ef forsendur hafa breyst og skilyrðin tryggja ekki lengur virka samkeppni og er í því sambandi vísað t.d. til úrskurðar nr. 6/2007. SA og Samkaup hf. eru ósammála þessari túlkun og vilja beita þrengri túlkun á úrskurðinum sem leiði til þess að SE hafi eingöngu heimild til að breyta sáttum og ákvörðunum ef sérstaklega hefur verið kveðið á um slíka heimild í ákvörðuninni eða sáttinni. Hér er því um mismunandi túlkun á niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar að ræða sem ekki verður frekar farið út í en ráðuneytið vill hins vegar ítreka fyrrgreindan skilning sinn á niðurstöðu nefndarinnar. Máli sínu til stuðnings vísar SA til úrskurðar í máli áfrýjunarnefndarinnar nr. 2/2010 þar sem áfrýjunarnefndin hafi ógilt viðbótarskilyrði sem SE vildi setja Símanum vegna brota félagsins á ákvörðun SE. Tilvísun SA til þessa úrskurðar er illskiljanleg þar sem í umræddum úrskurði er eingöngu um það að ræða að áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákveður að fresta réttaráhrifum á ákvörðun SE á meðan hin kærða ákvörðun er til meðferðar hjá nefndinni. Hér er því ekki um það að ræða að nefndin hafi ógilt viðbótarskilyrði sem SE setti Símanum, líkt og haldið er fram í umsögn SA. Endanleg niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar í þessu máli liggur ekki fyrir.

Um b. - d. lið 2. gr. frumvarpsins - Heimild Samkeppniseftirlitsins til að bregðast við háttsemi eða aðstæðum sem koma í veg fyrir, takmarka eða raska samkeppni.

Með tillögum að breytingum á 16. gr. samkeppnislaga er verið að heimila SE að grípa til aðgerða gegn aðstæðum eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarkar eða raskar samkeppni. Samkaup hf., SA, Icelandair Group hf. og VÍ eru mótfallinn fyrirhugaðri breytingu eins og fram kemur í athugasemdum er sendar voru viðskiptanefnd Alþingis. Í ljósi athugasemdana óskar ráðuneytið eftir því að koma á framfæri sjónarmiðum sínum varðandi eftirtalin atriði:

Ákvæðið fellt úr lögum 2005 og aldrei verið notað

SA bendir á að sambærilegt ákvæði hafi verið fellt úr lögum 2005 þar sem það þótti fela í sér of víðtækar heimildir SE. Sambærilegt ákvæði hafði þá verið í lögum frá árinu 1993 en hafði aldrei verið beitt. Hins vegar hefur margt breyst á síðustu fimm árum og eru markaðsaðstæður í kjölfar efnahagshrunsins með allt öðru móti en þá var. Þá má einnig benda á að um það hefur skapast alþjóðleg samstaða að í efnahagskreppum sé afar brýnt að verja og efla samkeppni og stuðla þar með að hraðari endurreisn atvinnulífsins, almennings til hagsbóta. Ráðuneytið telur því að ekki séu hægt að vísa afdráttarlaust til þeirra sjónarmiði sem réðu þeirri ákvörðun árið 2005 að heimildin var felld úr samkeppnislögum. Með sömu rökum telur ráðuneytið að ekki sé hægt að vísa gagnrýnilaust til ummæla í skýrslu nefndar um íslensk viðskiptalíf frá árinu 2004.

Ekki gætt að meðalhófi

Viðskiptaráð Íslands bendir á að með þeim breytingum sem lagðar eru til á 2. másl. 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga falli að hluta niður meðalhófsregla ákvæðisins. Ráðuneytið er sammála þeim sjónarmiðum VÍ að betra sé að halda inni vísun til þess að úrræðum sé beitt í hlutfelli við brot, aðstæður eða hegðun og leggur til að 2. másl. 2. mgr. 16. orðis svo: *Samkeppniseftirlitið getur beitt nauðsynlegum úrræðum bæði til breytingar á atferli og skipulagi vegna þeirra atriða sem tilgreind eru í 1. mgr., í réttu hlutfelli við það brot sem framið hefur verið eða þær aðstæður eða háttsemi sem uppi eru.*

Rétt er að benda á að 3. másl. 2. mgr. 16. gr. stendur óhaggaður en þar segir að einungis sé heimilt að beita úrræðum til breytinga á skipulagi ef sýnt þykir að ekki sé fyrir hendi árangursríkt úrræði til breytingar á atferli eða að jafnarángursríkt úrræði til breytingar á atferli væri meira íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi aðila en úrræði til breytingar á skipulagi. Að teknu tilliti til ofangreinds telur ráðuneytið því að nægjanlega sé gætt að meðalhófsreglu í lögnum.

Erlendar fyrirmyndir

Í umsögnum SA og Icelandair Group hf. segir að í frumvarpinu sé ranglega vísað til þess að norsk samkeppnislög geymi umrædda heimild. Þessi fullyrðin er ekki rétt. Ráðuneytið vill taka fram að í greinargerð með frumvarpinu er verið að vísa til 14. gr. norskra samkeppnislaga en ekki 12. gr. eins og SA heldur fram. Í greinargerð með frumvarpinu segir að samkeppnishömlur geti í vissum tilfellum átt röt sína að rekja til annarra atriða en samruna eða brota fyrirtækja á bannreglum samkeppnislaga. Af þeim sökum hafi ýmis ríki í samkeppnislöggjöf sinni *úrræði* sem ætlað er að vinna gegn samkeppnishömlum af slíkum toga. Slik *úrræði gangi mislangt* en kjarni þeirra reglna felist í því að heimila eftirlitsaðillum að breyta tilteknu ástandi eða háttsemi á markaði til frambúðar, í því skyni að bæta virkni viðkomandi markaðar og efla samkeppni, almenningi og atvinnulífínu til hagsbóta. Í því sambandi er bent á 14. gr. norskra samkeppnislaga, en þar segir:

"Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål."

Í greinargerð með norsku lögunum segir um þessa heimild: (rétt er að benda á að 10. og 11. gr. norskra samkeppnislaga eru sambærilegar við 10. og 11. gr. íslenskra samkeppnislaga, þ.e. bann við ólögmetu samráði og misnotkun á markaðsráðandi stöðu)

"Departementet mener at forbudene i utkastet til §§ 10 og 11 vil omfatte de fleste tilfeller som det har vært aktuelt å gripe inn overfor etter konkurranseloven 1993 § 3-10, men at det likevel ikke kan utelukkes at det kan forekomme atferd som faller utenfor forslaget til §§ 10 og 11, men som det av hensyn til konkurransen i markedet likevel vil være ønskelig å forby. Det kan være tilfelle i markeder der det har utviklet seg en praksis som er konkurransebegrensende uten at forbudene i utkast til §§ 10 og 11 kommer til anvendelse, eller det er vanskelig å bevise at forbudene brytes. Det kan gjelde salgsvilkår som hindrer nye aktører å komme inn på markedet, eller lojalitetsordninger som hindrer kundene å bytte mellom ulike leverandører. Bestemmelsen kan også anvendes i markeder der et foretak, for eksempel et dominerende foretak, bryter utkastets § 11 og flere andre foretak nytter samme konkurransebegrensende forretningsmetoder uten å rammes av forbudene, fordi de ikke har en dominerende posisjon i markedet."

Í norsku lögunum er umrætt *úrræði* útfært með því að heimila kónginum að setja reglugerð og er heimildin mjög opin. Ekki er vítað til þess að heimildinni hafi verið beitt enda er um undantekningarúrræði að ræða líkt og íslenska *úrræðinu* er ætlað að vera.

Eins og fram kemur í greinargerð með frumvarpinu hafa bresk samkeppnisyfyrvöld víðtækar heimildir til að grípa til aðgerða gegn samkeppnishömlum sem ekki stafa af samruna eða broti fyrirtækja á bannreglum breskra samkeppnislaga. Breska samkeppniseftirlitið getur á grundvelli 131. gr. Enterprise-laganna vísað málum til samkeppnisnefndarinnar (Competition Commission), en ákvæði 1. mgr. 131. gr. Enterprise-laganna hljóðar svo:

The OFT [Office of Fair Trading - innsk. höf] may, subject to subsection (4), make a reference to the Commission if the OFT has reasonable grounds for suspecting that any feature, or combination of features, of a market in the United Kingdom for goods or services prevents, restricts or distorts competition in connection with the supply or acquisition of any goods or services in the United Kingdom or a part of the United Kingdom

Í 2. mgr. er útskýrt betur hvað átt er við með "feature" en þar segir:

For the purposes of this Part any reference to a feature of a market in the United Kingdom for goods or services shall be construed as a reference to:

- (a) the structure of the market concerned or any aspect of that structure;
- (b) any conduct (whether or not in the market concerned) of one or more than one person who supplies or acquires goods or services in the market concerned; or
- (c) any conduct relating to the market concerned of customers of any person who supplies or acquires goods or services.

Ví nefnir í umsögn sinni að það sé ekki að sjá að erlendar fyrirmyndir taki til athafnaleysis, líkt og lagt er til í frumvarpinu. Í 3. mgr. 131. gr. bresku Enterprise-laganna segir hins vegar:

In subsection (2) "conduct" includes any failure to act (whether or not intentional) and any other unintentional conduct.

Samkeppnisnefndin hefur víðtækar heimildir til að grípa til aðgerða, telji hún að aðstæður á markaði raski samkeppni, m.a. heimild til að mæla fyrir um uppskiptingu fyrirtækja.

Eins og sést á því sem rakið hefur verið hér að framan eru úrræði breskra laga í samræmi við þau úrræði sem frumvarpið kveður á um að SE hafi til að grípa til aðgerða gegn aðstæðum eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarka, eða raskar samkeppni.

Heimildin of opin

SA, Samkaup hf. og Ví gagnrýna öll í sínum umsögnum að heimildin sé of opin og leggja til að nái frumvarpið fram að ganga verði heimildin skýrð frekar og afmörkuð þau tilvik sem henni er ætlað að ná til. Í umsögnunum eða á fundum nefndarinnar hafa þó ekki komið fram neinar tillögur frá fyrirgreindum aðilum um það hvernig slík afmörkun ætti að líta út enda er erfitt að sjá hvernig hægt væri að koma slíku við. Í eðli sínu er heimildin opin enda er henni ætlað að ná til ófyrirséðra tilvika sem geta valdið því að samkeppni raskast á mörkuðum. Í því sambandi vill ráðuneytið vísa til þess sem er rakið hér að framan um heimildir í öðru löndum en þau úrræði sem þar eru til staðar eru mjög víðtæk. Ráðuneytið telur því að tilgangi ákvæðisins verði ekki náð ef setja á þröng skilyrði fyrir beitingu þess.

Hagsmunaaðilar virðast almennt hafa áhyggjur af því að heimildinni verði beitt eftir geðþótta samkeppnisyrivalda. Ráðuneytið telur hins vegar að ætla verði stjórnvöldum að geta staðið undir því trausti sem þeim er fengið með valdheimildum í lögum. Í því sambandi er vert að benda á að fámennit og störfum hlaðið. Samkeppniseftirlit mun ekki leggja út í þá langferð að nota heimild sem þessa nema um verulega rökun á samkeppni sé að ræða. Þá vill ráðuneytið einnig vísa til minnisblaðs SE til viðskiptanefndar þar sem fjallað er um meðferð við rannsókn mála, skv. 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga, en við lestur þess kemur í ljós að ákvarðanir SE í slíkum málum eru ekki úr lausu lofti grípnar heldur byggja þær á ítarlegum rannsóknum eftirlitsins sem ber sönnunarbírdi í málinu. Ákvarðanir eftirlitsins sæta einnig endurskoðunar áfryjunarnefndar samkeppnismála sem og dómstóla, en gerðar eru ríkar sönnunarkröfur til röksemda SE í slíkum málum.

Um 3. gr. frumvarpsins - Samrunagjald

Hvorki Samkaup hf. né Ví gera athugasemd við að innheimt sé samrunagjald eins og kveðið er á um í 3. gr. frumvarpsins. Ví leggur hins vegar til að gjöldin renni beint til SE. Ráðuneytið lagði upphaflega til að gjöldin rymu til SE en við gerð kostnaðarmats kom í ljós að fjármálaráðuneytið faldi það óeðlilegt þar sem um skatta væri að ræða en þeir skulu renna í ríkissjóð.

Icelandair Group hf. og SA leggjast hins vegar gegn töku samrunagjalds m.a. vegna þess að það leiði til verulegs aukins kostnaðar fyrir fjármálafyrirtæki sem við núverandi markaðaaðstæður neyðast til að taka yfir fjölda fyrirtækja. Ráðuneytið bendir hins vegar á að eingöngu ber að tilkynna samruna ef sameiginlega heildarvelta viðkomandi fyrirtækja er 2 milljarðar kr. eða meira á Íslandi og ef að minnsta kosti tvö af þeim fyrirtækjum sem aðild eiga að samrunanum hafa a.m.k. 200 millj. kr. ársveltu á Íslandi hvert um sig. Ráðuneytið telur því að í ljósi þeirra upphæða og þeirra hagsmuna

sem undir eru, sé 250 þúsund kr. samrunagjald ekki of þyngjandi fyrir aðila.

Um 4. gr. frumvarpsins - Málhöfðunarheimild Samkeppniseftirlitsins

Bæði SA og VÍ leggjast gegn því að SE verði heimilað að skjóta úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála til dómstóla og vísa þar m.a. til meginreglu stjórnsýsluréttar um að lægra stjórnvald beri að lúta ákvörðunum æðra stjórnvalds. Meginreglan er rakin í greinargerð og þar kemur jafnframt fram að hún er ekki undantekningarlaus í íslenskum rétti. Samkeppnisréttur er í eðli sínu neytendaréttur og hlutverk SE er m.a. að vernda þá lögvörðu almannahagsmuni sem felast í virkni samkeppni. Ráðuneytið telur því eðlilegt að SE hafi heimild til að gæta almannahagsmuna til sóknar fyrir dómstólum enda oft 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.

Eftirfarandi breytingar eru lagðar til í skjalinu:

1. Ákvæði 2. málsl. 2, mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 orðist svo: *Samkeppniseftirlitið getur beitt nauðsynlegum úrræðum bæði til breytingar á atferli og skipulagi vegna þeirra atriða sem tilgreind eru í 1. mgr., í réttu hlutfalli við það brot sem framið hefur verið eða þær aðstæður eða háttsemi sem uppi eru.*

