

Alþingi  
Erindi nr. P 139/1176  
komudagur 28.1.2011

## Minnisblað

Sendandi: Efnahags- og viðskiptaráðuneyti  
Viðtakandi: Viðskiptanefnd  
Dags.: 26. janúar 2011.

### Niðurstaða

Í frumvarpi til breytinga á samkeppnislögum er m.a. iagt til að Samkeppniseftirlitinu verði heimilt að skipta upp markaðsráðandi fyrirtækjum ef það getur sýnt fram á það með fullnægjandi rökum að staða þeirra á markaðnum feli í sér alvarlega röskun á samkeppni. Á fundi viðskiptanefndar 20. janúar sl. komu fram sjónarmið um að heimildin gangi gegn ákvæðum stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignaréttarins og var óskað eftir sjónarmiðum ráðuneytisins þar að lútandi.

Eins og nánar er rökstutt í minnisblaði þessu er það mat ráðuneytisins að ákvæði stjórnarskrárinnar komi ekki í veg fyrir lögfestingu frumvarpsins í núverandi mynd. Vísað er til fræðigreinar Davíðs Þórs Björgvinssonar, dómara við Mannréttindadómstól Evrópu, sem birtist í Tímariti lögfræðinga í júlí 2002, sem ber heitið „Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði“. 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 tiltekinnna brota né sem almennu úrræði til að breyta markaðsaðstæðum án tillits til tiltekinnna brota. ...*

*Ákvæði stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignaréttarins 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.“*

### Friðhelgi eignaréttarins

Í 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar er mælt fyrir um að eignarrétturinn sé friðhelgur og að engan megi skylda til að láta af hendi eign sína nema almenningsþörf krefji en til þess þurfi lagafyrirmæli og að fullt verð komi fyrir. Almennu hafa fræðimenn talið að svara þurfi þremur spurningum við ákvörðun á inntaki ákvæðisins í einstökum tilvikum.<sup>1</sup>

1. Við hvað er átt með orðunum „eignarréttur“ og „eign“, þ.e. hvaða gæði eða réttindi njóta verndar ákvæðisins?
2. Við hvað er átt með orðunum „að láta af hendi“, þ.e. hvað er eignarnám og hvað skilur á milli þess og annarrar skerðingar á eignarrétti?
3. Hvaða skilyrði eru sett fyrir lögmæti eignarnáms?

<sup>1</sup> Sjá t.d. Ólafur Jóhannesson, Stjórnskipun Íslands, Reykjavík 1960, bls. 447 og Gunnar G. Schram, Stjórnskipunarréttur, Reykjavík 1999, bls. 545.

Eignarréttarhugtaki stjórnarskrárinnar og mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. 1. gr. 1. viðauka við sáttmálann, sbr. lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994, hefur verið gefið býsna rúm merking í réttarframkvæmd. Í samræmi við þetta hefur verið viðurkennt að til eignarréttar teljist viðurkennd borgaraleg eignarréttindi eða hagsmunir, þ.m.t. lausafé, hlutabréf, kröfuréttindi og hugverkaréttindi. Því er óumdeilt að fyrirtæki og eignarhlutir í þeim teljast til eignar í þessum skilningi. Sú eign er háð beinum eignarrétti eigandans og nýtur því verndar 72. gr. stjórnarskrárinnar. Þá skal áréttað að aflahæfi og atvinnuréttindi manna, sbr. 75. gr. stjórnarskrárinnar, njóti verndar sem eign samkvæmt 72. gr. stjórnarskrárinnar.

Álitamál er hversu langt löggjafinn getur gengið við setningu reglna sem setja eignarréttinum skorður. Þó er viðurkennt að setji löggjafinn þessum réttindum eingöngu almenn takmörk er ljóst að til bótaskyldu stofnast ekki.

#### **Almennar takmarkanir á eignarrétti**

Í frumvarpinu er sem fyrr sagði við það miðað að Samkeppniseftirlitinu verði gert kleift að skipta upp fyrirtækjum, ef svo ber undir.

Þegar meta á gildi lagaákvæða af þessu tagi verður að líta til þess að eignarréttur eigenda fyrirtækja er varin af stjórnarskrá. Engu að síður getur löggjafinn gert ýmsar breytingar á þessum réttindum, þ.m.t. skert þau upp að vissu marki, enda séu skerðingarnar innan þeirra marka sem 72. gr. stjórnarskrárinnar setur slíkum skerðingum. Er við það átt að setja megi þessum rétti ákveðin takmörk með lögum án þess að til bótaskyldu stofnist.

Þótt fyrirtæki og eignarhlutir í þeim njóti þannig verndar stjórnarskrárinnar haggar það því ekki að löggjafinn getur sett almennar reglur um starfsemi og starfsskilyrði fyrirtækja, enda sé það gert eftir almennum málefnalegum sjónarmiðum. Heimilt er að setja þessum réttindum almenn takmörk rétt eins og öðrum eignarréttindum. Sú heimild, sem ráðgert er að lögfesta í frumvarpinu um breytingu á samkeppnislögum, telst ekki til eignarnáms, heldur til almennra takmarkana á eignarréttindum, sbr. nánar hér á eftir.

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 sölnunni 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, kynnir 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.

Af framangreindu leiðir jafnframt að ekki þarf að skoða nánar hvaða skilyrði eru sett fyrir lögmæti eignarnáms.

#### 4.1 Nánar um skilyrðin til takmarkana á eignarréttindum

Í 72. gr. stjórnarskrárinnar felst að tvö meginskilyrði verður að uppfylla svo heimilt sé að takmarka þau réttindi sem stjórnarskráin tryggir. Annars vegar að mælt sé fyrir um heimildir þessar í almennum lögum og hins vegar að almannahagsmunir krefjist. Í þessu sambandi er litið til þess hvort viðkomandi ákvæði telst almennt og hvort það styðst við almennar málefnalegar ástæður. Í þeim efnum kann að skipta máli hverjar séu ástæður takmarkanna og hvaða markmiðum þeim er ætlað að ná. Hafa verður í huga að ekkert eitt atriði getur ráðið úrslitum í slíku mati heldur er til margs að líta, þ.e. meta verður í heild öll atriði þeirrar skerðingar sem í hlut á hverju sinni. Verður nú vikið að þessu:

Í fyrsta lagi er ljóst að í frumvarpinu er gert ráð fyrir að lögfest verði almenn heimild til uppskiptingar fyrirtækja sem stöðu sinnar vegna koma í veg fyrir eða raska samkeppni. Ljóst má vera að lagaákvæði af þessu tagi fæli í sér almennar takmarkanir á eignarrétti. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að þessar takmarkanir ná til eigna allra fyrirtækja sem kæmust í þessa stöðu. Verður því ekki annað séð en þessar takmarkanir séu almennar í skilningi 72. gr. stjórnarskrárinnar. Engu að síður má ráða af dómafrankvæmd að lögmætisreglan gerir vissar kröfur til löggjafarinnar, sbr. umfjöllun síðar. Í því tilviki, sem hér um ræðir, verður að telja að þessu skilyrði sé fullnægt. Hér skiptir máli að samkvæmt frumvarpinu verður heimild til að skipta upp fyrirtækjum ekki beitt nema að þessi skilyrði séu uppfyllt:

- Samkeppniseftirlitið sanni að skipulag eða uppbygging tiltekins fyrirtæki, komi í veg fyrir, takmarkar eða hefur skaðleg áhrif á samkeppni almenningi til tjóns.
- Samkeppniseftirlitið sanni að uppskipting fyrirtækis sé í réttu hlutfalli við þær samkeppnishömlur sem stafa af stöðu fyrirtækisins á markaðnum og að vægari aðgerðir en uppskipting geti ekki náð sama árangri (krafa um meðalhóf).

Að sjálfsgöðu munu ákvæði stjórnarsýslulaga um rannsóknarskyldu stjórnvalds, meðalhóf og upplýsinga- og andmælarétt málsaðila gilda í málum af þessum toga. Þá verður ekki framhjá því litið að málsskot til dómstóla frestar réttaráhrifum úrskurðar áfrýjunarnefndar um uppskiptingu fyrirtækja (hafi hún staðfest ákvörðun Samkeppniseftirlitsins þess efnis). Ekki fæst heldur séð að unnt sé að orða þessa heimild með nákvæmari hætti enda geta þau tilvik sem upp geta komið verið margvísleg.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Í breskum samkeppnisrétti er sambærileg heimild orðuð með almennum hætti. Sjá t.d. Competition Commission, Market Investigation References, Guidelines 2003: „On receipt of a market investigation reference, the Commission is required to decide: *whether any feature, or combination of features, of each relevant market prevents, restricts or distorts competition in connection with the supply or acquisition of goods or services in the United Kingdom or a part of the United Kingdom.* If any feature, or combination of features, of a relevant market prevents, restricts or distorts competition in connection with the supply or acquisition of any goods or services in the UK or a part of the UK, under the Act this constitutes an ‘adverse effect on competition’“. Sjá einnig ræðu Peter Freeman, formann stjórnar Competition Commission (CC), „*The UK experience of divestment remedies in market investigations*“.

7. október 2010 ([http://www.competition-commission.org.uk/our\\_role/speeches/index.htm](http://www.competition-commission.org.uk/our_role/speeches/index.htm)): „... 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 CC or the imposition of an order for divestment.“

Þessi ríka krafa um meðalhóf við beitingu umræddrar heimildar skiptir miklu. Eins og fram hefur komið er að finna áþekka heimild í breskum rétti. Hafá bresk samkeppnisyfirköld bent á að sé sýnt fram á að uppskipting fyrirtækis hafi verið nauðsynleg aðgerð til þess að vernda samkeppni sé um að ræða heimila takmörkun á eignaréttindum. Í máli þar sem þess var krafist að fyrirtækið BAA seldi frá sér m.a. Gatwick og Stansted flugvelli féllst breski áfrýjunardómstóllinn í samkeppnismálum ekki á að brotið hafi verið gegn meðalhófi.<sup>3</sup>

Í öðru lagi verður að meta þá *almannahagsmuni* sem búa að baki löggjöf sem takmarkar eignarréttinn og hvaða úrræði löggjafanum stóð til boða til að vernda þessa almannahagsmuni. Meðalhóf skiptir máli þegar meta á hvort að löggjafinn hafi gengið of langt í að skerða eignarrétt, með öðrum orðum verður að gæta meðalhófs gagnvart réttindum eigenda til að ná þeim markmiðum að vernda almannahagsmuni. Því brýnni sem almannahagsmunirnir eru og efir því sem færri valkostir eru í boði við að ná þeim markmiðum að gæta almannahagsmuna, því meiri líkur eru á að takmarkanir á eignarrétti standist ákvæði stjórnarskrárinnar án þess að til bótaréttar hafi stofnast. Eins og nánar er rakið hér að neðan er skilyrðinu um nauðsyn fullnægt.

Sjá til hliðsjónar *Hrd. 27. september 2007 í máli nr. 182/2007*. Björgun ehf. fékk starfsleyfi til 30 ára til vinnslu á hafsbotni á grundvelli laga nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotnsins með útgáfu leyfisbréfs ráðherra frá árinu 1990. Með lögum nr. 101/2000, um breytingar á lögum nr. 73/1990, var kveðið á um að öll starfsleyfi sem gefin hefðu verið út á grundvelli laganna féliu úr gildi fimm árum eftir gildistöku þeirra. Björgun ehf. taldi að lögin stæðust ekki 72. og 75. stjórnarskrárinnar um eignarrétt og atvinnufrelsi. Það var hins vegar mat Hæstaréttar að almenningsþörf hafi knúið á um setningu laganna og að meðalhófs hafi verið gætt við að ná þeim markmiðum löggjafans að vernda auðlindir hafsbotnsins. Kröfum Björgunar ehf., sem byggðust á þessum grundvelli, var því hafnað.

Hvað varðar almannahagsmuni er hið hefðbundna viðhorf að löggjafinn eigi þetta mat. Þó virðist sem dómur Hæstaréttar hin síðari ár gefi til kynna að dómstólar geti metið þetta að einhverju leyti, sbr. t.d. *Hrd. 6. apríl 2000 í máli nr. 12/2000*. Þar segir m.a. svo: „*Ríkir og augljósir almannahagsmunir eru bundnir við verndun og hagkvæma nýtingu fiskstofna á Íslandsmiðum.*“ Þá segir enn fremur: „*Krefftast almannahagsmunir þess að frelsi manna til að stunda fiskveiðar í atvinniskyni séu settar skorður af þessum sökum.*“

Framangreint sjónarmið hefur verið orðað svo að gera verði það sennilegt að úrræði þessi verði talin nauðsynleg, a.m.k. æskileg, vegna almannahagsmuna. Ljóst er að löggjafinn hefur lengi talið að mikilvægir almannahagsmunir séu tengdir því að virk samkeppni ríki í

<sup>3</sup> Sjá hér ræðu Peter Freeman, formanns stjórnar Competition Commission (CC) „The UK experience of divestment remedies in market investigations“, frá 7. október 2010, sbr. neðanmálgrein nr. 2: „I fully acknowledge that when the CC requires divestment of assets as in BAA, there is a direct interference with property rights. As described above, the Enterprise Act clearly empowers the CC to impose divestiture in order to remedy competition problems. But even where a public authority acts under clear statutory powers on matters of economic policy, the authority will have to demonstrate that the disposal was a legitimate and proportionate interference with property rights and proportionality is commonly relied on as a ground of challenge to our decisions. It is worth noting that, in the only appeal involving divestiture in a market investigation—BAA—the proportionality of the CC’s divestiture remedies was upheld.“ Sjá einnig dóm breska áfrýjunardómstólsins í samkeppnismálum: BAA Limited v Competition Commission [2009] CAT 35.

viðskiptum og nauðsyn sé á styrkum samkeppnisreglum hér á landi. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2002 er rakið að sérstaklega brýnt sé að veija eða efla samkeppni í efnahagskreppum þar sem slíkt stuðlar að hraðari endurreisn atvinnulífsins almenningi til hagsbóta. Þá segir að líta beri til þess að landfræðileg einangrun landsins, fámenni og tilhneiging til myndunar fákeppnismarkaða fela í sér sterk rök fyrir því að hér á landi gildi mjög öflug samkeppnislög. Sökum þessa sé talið brýnt að styrkja samkeppnislögin og gera Samkeppniseftirlitinu enn frekar kleift að bregðast við alvarlegum samkeppnishömlum sem stafað geta m.a. af óhæfilegri samþjöppun á markaði og skaðlegri fákeppni. Þá er rökstutt að markaðsstyrkur fyrirtækis og staða á markaði geti verið með þeim hætti að hún raski alvarlega samkeppni til tjóns fyrir neytendur og efnahagslífið í heild. Uppskipting slíks fyrirtækis getur verið eina leiðin til þess að stuðla að því að almenningur njóti kostna virkrar samkeppni á mikilvægum markaði. Ef brýnir efnahagslegir hagsmunir þjóðarinnar og almannahagsmunir eru þannig taldir krefjast þess að unnt sé að skipta upp markaðsráðandi fyrirtækjum virðist óhætt að ganga út frá því að dómstólar myndu almennt ekki hnekkja því mati.<sup>4</sup>

Hér skiptir einnig máli að heimild af þessum toga er í erlendum rétti talin vera árangursrík og málefnaleg aðferð til þess að efla samkeppni og leysa samkeppnisleg vandamál.<sup>5</sup>

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 þegunum reglur og auka þannig líkur á að þau markmið sem að er stefnt með samkeppnislögum náist og stuðla þannig að aukinni efnahagslegri velferð almennings.

#### **Almennt um skýrleika lagaákvæða**

Hvað varðar umfjöllun um skýrleika lagaákvæða þá er almennt á því byggt að þeim mun meira þyngjandi sem stjórnvaldsákvörðun er þeim mun strangari kröfur eru gerðar til skýrleika þeirrar lagaheimildar sem ákvörðunin byggist á. Eru því gerðar breytilegar kröfur til lagaheimilda eftir efni ákvörðunar. Við mat á því hvort að ákvörðun er talin þyngjandi er lítið til þess hvaða réttindi eru skert og hvers eðlis skerðingin er. Í því sambandi eru almennt gerðar strangari kröfur til skýrleika lagaheimilda þegar fjallað er um réttindi sem kveðið er á um í VII. kafla stjórnarskrárinnar svo sem friðhelgi einkalífs, atvinnufrelsi og eignarrétt.

Lagaheimildir til töku stjórnvaldsákvæðana geta verið af ýmsum toga en almennt er hægt að flokka þær eftir því hvort að innihald þeirra er matskennd eða fastmótað. Þegar um fastmótaðar reglur er að ræða er fyrirfram ljóst hvaða skilyrði þurfa að vera fyrir hendi til að ákvörðun verði tekin en matskenndar reglur eru oftast nokkuð ófyrirsjáanlegar í framkvæmd. Þó að kostir fastmótaðra regla séu augljósir er ómögulegt í nútímasamfélagi að sjá fyrir öll

<sup>4</sup> Davíð Þór Björgvinsson, Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði, Tímarit lögfræðinga, 2. hefti 2002, bls. 129-152.

<sup>5</sup> Sjá t.d. ræðu Peter Freeman, formann stjórnar Competition Commission (CC), „The UK experience of divestment remedies in market investigations“, frá 7. október 2010, sbr. neðanmálgrein 2: „UK divestiture powers and practice must be seen in the context of the market investigation regime which is specifically *not* designed to control abuse of dominance, or to prohibit illegal conduct. Instead the MIR enables a market to be examined to see if competition is weak or ineffective and the CC's remedy powers are intended to make competition more effective, eg by removing barriers to entry, lessening governmental regulation or, occasionally, creating new competitors by the break-up of businesses. In each case, the remedy must address the AEC identified. When applied subject to these controls, and in this specific context, divestiture is a powerful and useful measure to promote competition.“

þau margbreytilegu tilvik sem upp geta komið og bregðast við þeim með setningu fastmótaðra reglan. Væri það reynt gæti niðurstaðan í einstökum málum orðið bæði óskynsamleg og ósanngjörn þar sem ekki væri hægt að bregðast við atvikum sem ekki væri með góðu móti hægt að sjá fyrir við setningu laga. Á sumum sviðum er því ekki hjá því komist að hafa matskennd lagaákvæði. Kemur þetta m.a. fram í skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis 5. bindi, kafla 16.9.2, bls. 153.