

Alþingi  
Erindi nr. P 139/1177  
komudagur 28.1.2011

Efnahags- og viðskiptanefnd Alþingis,  
b.t. Selmu Hafliðadóttur,  
Austurstræti 8-10,  
101 Reykjavík.

Reykjavík, 28. janúar 2011

**Efni: Umsögn um frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005.**

Undirritaðir höfundar þessarar umsagnar, Hörður Felix Harðarson hrl. og aðjúnkt í samkeppnisrétti við Háskóla Íslands og Heimir Örn Herbertsson hrl. og aðjúnkt við lagadeild Háskólans í Reykjavík, komu á fund efnahags- og viðskiptanefndar þann 20. janúar sl., að beiðni nefndarinnar, og svöruðu spurningum nefndarmanna varðandi frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum sem nú er til meðferðar á Alþingi. Þess var óskað af hálfu nefndarinnar að undirritaðir tækju stuttlega saman þau meginsjónarmið sem fram komu af þeirra hálfu á fundinum og sendu nefndinni. Er það gert nú. Taka ber fram að undirritaðir hafa ekki haft ráðrúm til að gera ítarlegar athuganir á ýmsum forsendum sem lagafrumvarpið virðist reist á og líta ber á umsögn þessa í því ljósi en að mati okkar er mjög ósennilegt að meginábendingar okkar yrðu aðrar þótt til slíkra rannsókna hefði gefist tími.

Með umræddu frumvarpi stendur til að gera nokkrar breytingar á ákvæðum samkeppnislaga. Meginbreytingin sem til umræðu var á áðurnefndum fundi efnahags- og viðskiptanefndar er fölginn í 2. gr. frumvarpsins, sem felur í sér að gerðar verði tiltekna breytingar á ákvæði 16. gr. samkeppnislaga. Aðalbreytingin felst í b-lið 2. gr. frumvarpsins þar sem gerð er sú tillaga að Samkeppniseftirlitningu verði veitt heimild til að grípa til aðgerða gegn „aðstæðum eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarkar eða hefur skaðleg áhrif á samkeppni, almennungi til tjóns.“

Í þessu felst að valdheimildir Samkeppniseftirlitsins (SKE) verði auknar umtalsvert. SKE hefur nú þegar heimildir til að grípa við víótækra úrræða gegn háttsemi fyrirtækja sem telst brot gegn bannreglum laganna eða ákvörðunum SKE sem á iögunum byggja (þar með talda ákvarðanir um skilyrði fyrir samþykki samruna o.fl.). Með frumvarpinu yrði SKE veitt heimild til að grípa til mjög íþyngjandi ráðstafana gegn fyrirtækjum þótt ekki liggi fyrir að nein brot hafi átt sér stað gegn ákvæðum samkeppnislaga heldur aðeins ef aðstæður, að mati SKE, eru með þeim hætti að ætla megi að samkeppni sé ekki fullkomlega virk.

Rétt er að taka fram að heimild af þessu tagi var tii staðar í samkeppnislögum þegar þau voru sett fyrst árið 1993. Heimildin var afar umdeild og var sérstaklega felld úr lögum árið 2005 á þeim grundvelli að um of víótæka heimild í hendi SKE væri að ræða.

Undirritaðir lýsa miklum efasemdum um að þessi breyting á samkeppnislögum muni verða til bóta. Fyrir því standa ýmsar ástæður en helst má nefna eftirfarandi:

Setja verður sterkan fyrirvara við að lagaákvæði þetta standist ákvæði stjórnarskrár Íslands sem verndar eignarrétt, sbr. 72. gr. hennar. Hafa verður í huga að fyrirtæki geta náð mikilli markaðshlutdeild eða sterkri markaðsstöðu í huga neytenda með aðgerðum og háttsemi sem er fyllilega lögmæt og eðlileg. Það liggur í eðli samkeppninnar að ekki gengur öllum jafnvel að mæta þörfum viðskiptavina og neytenda og hlutdeild fyrirtækja á markaði breytist eðlilega í samræmi við slíkt. Fyrirhuguð heimild til íhlutunar í aðstæður sem raskað getur samkeppni er ekki takmörkuð á neinn hátt né veitir frumvarpið neina leiðsögn um við hvaða aðstæður nákvæmlega kemur til greina að henni verði beitt, hvaða sjónarmiðum skuli beitt við slíkt mat eða annað. Galopin og matskennd heimild af þessu tagi þar sem ofurtrú er lögð á óskekulleika stjórnvalds og þar sem útilokað er að gera sér grein fyrir því, með lestri lagatextans, hvenær beitt verður er alls ekki í anda þess réttaröryggis og þeirrar festu sem ríkja þarf um eignarréttindi manna eins og þau eru vernduð í stjórnarskrá. Í öllu falli telja undirritaðir að gera þyrfti rækilega grein fyrir því í greinargerð með frumvarpi þessu hvernig ákvæðin teljast samþýðanleg stjórnarskrá. Þótt heimildir SKE samkvæmt margnefndu lagaákvæði nái ekki til þess að taka eignir eignarnámi án þess að endurgjald komi fyrir þá verður vart deilt um það að handstýrðar breytingar á atferli eða skipulagi fyrirtækis, svo sem með uppskiptingu þess, eru til þess fallnar að hafa veruleg áhrif á verðmæti þeirra. Í raun verður að telja líklegt að heimildin ein og sér muni hafa áhrif á verðmæti fyrirtækja sem hugsanlega gætu fallið undir hana. Með lögfestingu heimildarinnar verður til óvissupáttur sem fjárfestar hljóta að þurfa að horfa til.

Eins og áður segir er heimild sú sem fyrirhuguð er í frumvarpinu afar opin og felur í sér óljósa og matskennda reglu. Við bendum á að ákvæði samkeppnislaga eru nú þegar að mörgu leyti afar óljós og matskennd og erfitt fyrir stjórnendur fyrirtækja í mjög mörgum tilvikum að gera sér grein fyrir stöðu þeirra gagnvart ákvæðum laganna. Má þar m.a. nefna ákvæði 11. gr. samkeppnislaga sem bannar markaðsráðandi fyrirtækjum að misnota slíka stöðu. Ályktanir um hvort fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu eru byggðar á mjög matskenndum sjónarmiðum um skilgreiningu markaða og mati á efnahagslegum styrk fyrirtækja á þeim sem gífurlega erfitt getur verið fyrir stjórnendur fyrirtækja að glöggva sig á fyrirfram. Sú óvissa sem af þessu skapast um rekstur fyrirtækja er mjög óheppileg og felur að sjálfsögðu í sér ágalla á því regluverki sem í samkeppnislögunum felast þótt vera kunni að slíkt sé að einhverju marki óhjákvæmilegt þegar lög af þessu tagi eiga í hlut. Engin ástæða er hins vegar til að auka þessa óvissu verulega með lögfestingu þeirrar viðbótarheimildar til SKE sem hér er fjallað um. Hvað sem öðru líður væri mjög brýnt að útskýra og afmarka mun nánar, bæði í lagatextanum sjálfum og í greinargerð með frumvarpinu, hvaða aðstæður það teljast vera sem geta réttlætt beitingu heimildarinnar, hvers konar málsmeðferð þurfi að eiga sér stað áður en að slíku getur komið, hvaða markaðir það eru sem frumvarpshöfundar telja að kynnu að sæta slíkri athugun nú ef frumvarpið yrði samþykkt o.s.frv. Hafa verður í huga í þessu sambandi að það er síður en svo augljóst hvort samkeppni er virk eða skert á mörgum mörkuðum eða hvað veldur því að markaðir og/eða fyrirtæki hegða sér eða virka með þessum hætti eða hinum. Orsakir og afleiðingar leikast á með oft mjög flóknum hætti og oft er einfaldlega ekki hægt að greina með neinni fullnægjandi vissu hvers vegna markaðir virka eins og þeir virka. Að ætla Samkeppniseftirlitinu að meta þetta og greina og grípa til íþyngjandi íhlutunar gegn fyrirtækjum (og þá um leið eigendum þeirra) án þess að nein lög hafi verið brotin og án neinnar leiðsagnar felur í sér oftrú á getu stjórnvaldsins, hversu vel mannað og skipulagt sem það telst annars vera.

Starfsemi þeirra fyrirtækja sem teljast markaðsráðandi er á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga háð afar ströngum reglum. Samkeppnisstaða fyrirtækja sem falla undir umrætt ákvæði er í reynd skert enda eru margvíslegar aðgerðir þeirra á markaði óheimilar sem keppinautar þeirra geta gripið til óáreittir. Smærri fyrirtæki eru þannig að mörgu leyti í annarri og betri stöðu til að ná til sín viðskiptum, svo sem með undirboðum, einkakaupum, samtvinnun, sértækum verðlagningum og ýmsum öðrum markaðsaðgerðum sem markaðsráðandi fyrirtækjum er að jafnaði óheimilt að beita. Þótt deila megi á málshraða SKE þá er ljóst að samkeppnisyrirvöld hafa framfylgt reglum 11. gr. af festu. Heimildir samkeppnisyrivalda á grundvelli ákvæðisins eru sem fyrr segir afar víðtækar og að mati undirritaðra engin þörf á að bæta þar enn í.

Í greinargerð með frumvarpinu er ennfremur gefið til kynna að til álita gæti komið að grípa inn í starfsemi fyrirtækja á fákeppnismarkaði sem stunda svokallaða „þegjandi samhæfingu“. Til þess er sérstaklega vísað að slík háttsemi falli utan banns 10. gr. samkeppnislaga gegn ólögsmætu samráði en geti eftir sem áður verið skaðleg fyrir neytendur. Ákvæði 10. gr. samkeppnislaga er líkt og 11. gr. laganna um margt óljós. Það hefur reynst stjórnendum fyrirtækja afar erfitt að fóta sig á reglunni. Þeim er sannanlega vorkunn þar sem inntak reglunnar hefur mótast í áratugalangri framkvæmd framkvæmdastjórnar og dómstóla Evrópusambandsins. Óvissuþættir þess ákvæðis eru margir, jafnvel fyrir þá sem hafa lært þessi fræði og telja sig þekkja nokkuð vel til. Með frumvarpinu á hins vegar að bæta í og heimila inngrip í aðstæður þar sem stjórnendum hefur þó tekist að gæta þess að taka alfarið ákvarðanir á eigin forsendum, án samráðs við keppinauta. Það er eðli margra fákeppnismarkaða að fyrirtæki geta brugðist hratt við aðgerðum keppinauta, hvort sem það lítur að verðlagningu eða öðrum markaðsaðgerðum. Þetta er eðli samkeppninnar og afar varhugavert ef fela á samkeppnisyrirvöldum vald til að handstýra umræddum mörkuðum. Í því sambandi er vert að hafa í huga að vegna smæðar landsins er ljóst að hér á landi eru, og munu ávallt verða, margir fákeppnismarkaðir.

Loks er í greinargerð með frumvarpinu vísað til þess að „skaðleg stjórnunar- og eignatengsl“ geti gefið tilefni til inngrips SKE, jafnvel þótt umrædd tengsl sé ekki slík að samrunareglur samkeppnislaga eigi við. Enn verður að áréttu að SKE hefur nú þegar víðtækar heimildir til að ógilda samninga milli fyrirtækja eða setja þeim skilyrði, m.a. á grundvelli tengsla af þessum toga. Vegna smæðar markaða hér á landi eru hömlur á fyrirtækjum í reynd mun meiri hér á landi en annars staðar, þ.e. minna þarf til að samrunareglum verði beitt, bæði vegna stærðar og tengsla. Í frumvarpinu er talin aukin ástæða til öflugra samkeppnislaga við þessar kringumstæður. Undirritaðir telja slíka fullyrðingu að minnsta kosti umdeilanlega.

Í greinargerð með frumvarpinu segir að heimild af því tagi sem hér er rætt um sé fyrir hendi í breskum og norskum lögum. Reyndar er bent á í nefndaráli og kom fram á áður nefndum fundi með nefndinni að áhöld væru um hina norsku heimild. Hvað sem því líður væri fróðlegt að fjallað væri í greinargerð með frumvarpinu um við hvaða aðstæður þessum erlendu heimildum hefði verið beitt og hvernig þær heimildir standa í samkeppnislöggjöf viðkomandi ríkja, að teknu tilliti til annarra ákvæða þeirra laga. Samkeppnislög geta verið mismunandi frá einu landi til annars og eru það. Þá teljum við meiri leiðbeiningu varðandi gagnsemi ákvæða af þessu tagi að horfa til þess í hversu mörgum réttarkerfum svona heimild er ekki til staðar. Ef greinargerðin með frumvarpinu nefnir öll þau lönd sem hafa svona heimild í lögum þá eru þau aðeins eitt til tvö en samkeppnislög eru til staðar í yfir 100 réttarkerfum um veröld alla.

Að okkar mati má nefna tvennt sem öðru fremur gæti orðið til þess að efla samkeppni eða draga úr þeim aðstæðum sem standa samkeppni helst fyrir þrífum. Annars vegar ber að nefna að á mjög mörgum mörkuðum héraðs er ýmsar hindranir í vegi fyrir því að fyrirtæki geti keppt óhindrað sín á milli um viðskipti við neytendur. Hindranir af þessu tagi, sem í einu lagi má nefna aðgangshindranir inn á markað, eru í flestum eða mörgum tilfellum lykilskýring fyrir því hvernig einstök fyrirtæki geta náð svo sterkri stöðu á markaði að óheppilegt getur talist fyrir framgang samkeppni á honum. Aðgangshindranir af þessu tagi eiga sér mjög oft uppruna í ákvæðum laga eða ákvörðunum stjórnvalda sjálfra. Markvisst afnám aðgangshindrana af hendi löggjafans og stjórnvalda myndi að okkar mati efla samkeppni mun betur og hraðar en sú aðgerð að fela Samkeppniseftirlitinu þær óljósu heimildir sem í frumvarpinu felast.

Hins vegar verður að nefna að í núgildandi samkeppnislöggjöf eru nokkrar meginreglur hverra skörp og skýr beiting er úrslitaatriði um hvort samkeppnislögin hafa jákvæð áhrif á samkeppni og þróun markaða eða ekki. Þegar á það reynir hvort fyrirtæki hafa raskað samkeppni með ólögmætu samráði sín á milli eða með misnotkun á markaðsráðandi stöðu, svo dæmi sé tekið, er afar brýnt að niðurstöður fáið í slík álitæfni skjótt og vel. Fyrirtækjum er nauðsynlegt að vita án dráttar hvernig talið er rétt að túlka og beita þeim leikreglum sem samkeppnislögin byggja á gagnvart raunverulegum aðstæðum á markaði, samningum, tilboðum og hvers kyns markaðsfærslu. Staðreyndin er hins vegar sú að það getur tekið mörg ár að fá niðurstöðu í slík mál hjá Samkeppniseftirlitinu. Slík staða er með ólkindum. Ef samkeppnislögin eiga að gera gagn og ef ætlunin er að ná í alvöru þeim markmiðum sem lögin stefna að, að tryggja hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta með eflingu virkrar samkeppni, neytendum og landsmönnum öllum til hagsbóta, þá er það langbrýnasta verkefni Alþingis að búa svo um hnútana að Samkeppniseftirlitið geti lokið þeim rannsóknum og athugunum sem lögin útheimta og tekið ákvarðanir í málum sem varða bannreglur laganna innan fárra mánaða í mesta lagi í öllum tilvikum.

Hér að framan hefur einkum verið fjallað um þá fyrirætlun varðandi breytingar á samkeppnislögum sem felst í 2. gr. frumvarpsins, enda það ákvæði fyrst og fremst rætt á aðurnefndum fundi okkar með efnahags- og viðskiptanefnd. Að okkar mati má hins vegar jafnframt gagnrýna þær aðrar breytingar á lögnum sem gerð er tillaga um í frumvarpinu og teljum við þær breytingar ekki til bóta á þeirri samkeppnislöggjöf sem hér á landi gildir.

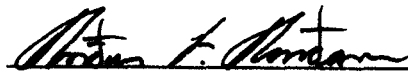
Í frumvarpinu er gert ráð fyrir því að tekið verði upp 200.000 króna kærugjald. Þótt það sé rétt sem tilgreint er í greinargerð með frumvarpinu að einstaklingar eigi sjaldnast aðild að málum fyrir samkeppnisyfirvöldum þá er það samt svo að einstaklingar geta talist fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga. Þess eru allnokkur dæmi úr framkvæmd að einstaklingar hafi átt aðild að samkeppnismálum. Þá eru mörg dæmi þess að ákvarðanir í samkeppnismálum hafi varðað fyrirtæki með afar litla ársveltu, jafnvel hundruð þúsunda eða örfáar milljónir. Kærugjald getur því hæglega leitt til þess að fyrirtæki muni í einhverjum tilvikum ekki nýta sér þann grundvallar-rétt að leita endurskoðunar á ákvörðun hjá æðra settu stjórnvaldi. Verður að telja þá hagsmunum vega mun þyngra en þá að afla tekna upp á 2-3 milljónir króna á ári.

Þá sjá undirritaðir enga ástæðu til þess að víkja frá þeirri meginreglu að lægra sett stjórnvald þurfi að hlíta niðurstöðu þess æðra. Þegar hefur verið vikið að þeirri óvissu sem er samfara löngum málsmeðferðartíma. Með því að veita SKE heimild til að skjóta úrskurðum áfrýjunar-nefndar til dómstóla eykst enn á óvissuna. Fyrirtæki þurfa þá að sæta því að vera áfram í

fullkominni óvissu um starfsemina til nokkurra ára, þrátt fyrir að máli þeirra kunni að hafa lokið með hagfelldum hætti með niðurstöðu æðra setts stjórnvalds. Fyrir heimild af þessum toga þyrftu að minnsta kosti að vera afar veigamikil rök. Ekki er að sjá að slíkar röksemdir sé að finna í greinargerð með frumvarpinu.

Við viljum að lokum taka fram að líta ber á þau sjónarmið sem að framan er lýst sem persónuleg viðhorf okkar þótt til okkar hafi verið leitað af hálfu efnahags- og viðskiptanefndar sem sérfræðinga á sviði samkeppnisréttar, m.a. á þeim grundvelli að við sinum kennslu á þessu réttarsviði í HÍ og HR. Við viljum jafnframt taka fram að viðhorf okkar byggja á reynslu okkar til margra ára sem lögfæðilegra ráðgjafa og málflytjenda á vettvangi samkeppnismála án tillits til ólíkra hagsmuna nokkurra þeirra aðila sem við höfum liðsinnt í þeim efnunum í gegnum tíðina.

Virðingarfyllt,



Hörður Felix Harðarson hrl.



Heimir Örn Herbertsson hrl.