

Alþingi
Erindi nr. D 139/362
komudagur 24.11.2010

Nefndasvið Alþingis
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík

Reykjavík, 23. nóvember 2010.

Umsögn laganefndar LMFÍ um frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005, með síðari breytingum. 139. löggjafarþing, þskj. 144 – 131. Mál.

Laganefnd LMFÍ hefur fengið haft framangreint frumvarp til umsagnar. Í frumvarpinu er annars vegar mælt fyrir um gjaldtökuheimildir vegna tilkynninga um samruna og málsskots til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og hins vegar auknar heimildir samkeppnisyfirvalda til íhlutunar.

Að mati laganefndar eru atriði, sem ástæða er til að staldra við. Verða þau hér reifuð.

I.

Í frumvarpinu er lögð til sú breyting á gildandi lögum að málskot til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé háð sérstöku málskotsgjaldi að fjárhæð kr. 200.000. Í greinargerð með frumvarpinu segir að þar sem mál sem fari fyrir nefndina varði ávallt atvinnustarfsemi séu einstaklingar sjaldnast aðliar málsins. Eigi því ekki við sömu neytendaverndarsjónarmið varðandi málskot til æðra stjórnvalds og því réttlætanlegt að málsaðilar taki þátt í að greiða kostnað af umfjölluninni. Jafnframt sé eðlilegt að málum sé ekki skotið til áfrýjunarnefndar nema viðkomandi hafi raunverulega hagsmuni af málskotinu og stuðli málskotsgjald af því.

Laganefnd telur einsýnt að málskot til áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi að öllu jöfnu töluverðan kostnað í för með sér fyrir málsaðila enda eru þar jafnan til umfjöllunar lögfræðileg og hagfræðileg álitaefni líkt og segir í greinargerð með frumvarpinu. Laganefnd telur því verulegan vafa leika á því að málskotsgjaldið eitt og sé stuðli frekar að því að aðilar er nýta sér þennan rétt hafi raunverulega hagsmuni af málskotinu. Þá vísar laganefnd og til þess að samkvæmt 40. gr. samkeppnislaga verður ágreiningur ekki borinn undir dómstóla nema að fengnum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Málskotsgjald sem þetta er því til þess fallið að hafa áhrif á stjórnarskrárvarinn rétt aðila til að bera mál undir dómstóla, sbr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Til samanburðar má benda á að í lögum um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 er kveðið á um gjaldtökuheimild vegna málskots til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Lögin mæla þó fyrir um að aðila sé frjálst að bera ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar undir dómstóla sé þess kosið án þess að mál sé fyrst borið undir úrskurðarnefnd. Þá er rétt að geta þess í þessu sambandi að aðilar að málum fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála kunna að vera bæði einstaklingar og smærri fyrirtæki og getur gjaldtaka sem þessi reynst slíkum aðilum verulega þungbær.

Í frumvarpinu er einnig lagt til lagt verði sérstakt gjald á tilkynningar um samruna að fjárhæð kr. 250.000 fyrir hvert fyrirtæki sem á aðild að samruna. Eðli málsins samkvæmt er þannig gert ráð fyrir að gjaldtaka vegna samrunatilkynningar verði að lágmarki 500.000 kr. í hvert sinn. Í greinargerð með frumvarpinu er vísað til þess að ákvörðun um að sameina fyrirtæki yfir tilgreindum stærðarmörkum sé um leið ákvörðun um ráðstöfun á rekstrarsvigrúmi Samkeppniseftirlitsins sem ákveðið er í fjárlögum hvers árs. Hafa ber þó í huga að tilkynningarskylda vegna samruna fyrirtækja yfir umræddum stærðarmörkum er fortakslaus og óháð því hvort líkur séu á að samruni sé til þess fallin að fela í sér einhver samkeppnisleg vandkvæði. Reglur um tilkynningarskyldu samruna fela þannig þegar í sér inngríp í samningsfrelsi og eignarrétt aðila. Ekki er að finna neinn frekari rökstuðning fyrir fjárhæð tilkynningargjaldsins í greinargerð með frumvarpinu.

II.

Í frumvarpinu er lögð til breyting á 16. gr. samkeppnislaga þar sem kveðið er á um heimildir Samkeppniseftirlitsins til að grípa til aðgerða. Að mati laganeftirlitsins er það einkum b og c-lið 2. gr. frumvarpsins sem þarfnast frekari skoðunar.

Í frumvarpinu er lagt til að við 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga bætist nýr stafliður svohljóðandi:

Aðstæðum eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarkar eða raskar samkeppni. Með aðstæðum er m.a. átt við atriði sem tengjast eiginleikum viðkomandi markaðar, þ.m.t. skipulag eða uppbyggingu fyrirtækja sem á honum starfa. Með háttsemi er átt við hvers konar atferli, þ.m.t. athafnaleysi, sem á einhvern hátt raskar samkeppni þrátt fyrir að ekki sé brotið gegn bannákvæðum laganna.

Líkt og getið er um í greinargerð með frumvarpinu var heimild samkeppnisyfirvalda til að grípa inn í aðstæður sem teldust hafa skaðleg áhrif á samkeppni felld brott með lögum nr. 44/2005. Í greinargerð með frumvarpi til þeirra laga segir að ákvæði 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 hafi ekki verið í samræmi við samkeppnisreglur Evrópusambandsins og myndi að óbreyttu leiða til þess að Samkeppniseftirlitið hefði víðtækari heimildir til að krefast skipulagsbreytinga en t.d. framkvæmdastjórn ESB, Eftirlitsstofnun EFTA og norsk samkeppnisyfirvöld. Nú ber svo við að með frumvarpi því sem hér er til umfjöllunar er lagt til að lögfest verði íhlutunarheimild samkeppnisyfirvalda sem er mun víðtækari en sú sem var að finna í eldri samkeppnislögum.

Í fyrsta lagi ber að líta til þess að íhlutunarheimild sem þessi brýtur gegn meginstöðum samkeppnisréttar, þ.e. að íhlutun samkeppnisyfirvalda lúti að því að grípa til ráðstafana ef fyrirtæki raska samkeppni með athöfnum sínum, svo sem ólögmætu samráði eða misnotkun á markaðsráðandi stöðu, eða ef fyrirtæki breyta samkeppnislegri gerð markaðarins, svo sem þegar samruni eða yfirtaka leiðir til markaðsráðandi stöðu eða styrkingu slíkrar stöðu á markaði. Hafa ber í huga að meginmarkmið samkeppnisreglna er að efla virka samkeppni á markaði og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluáttá þjóðfélagsins. Til þess að markmiði þessu verði náð er það hlutverk samkeppnisyfirvalda að grípa inn í atferli fyrirtækja þegar háttsemi hefur leitt til röskunar á samkeppni (eftirlit ex post) eða koma í veg fyrir að samkeppnislegri gerð markaðarins verði breytt (eftirlit ex ante).

Í greinargerð með frumvarpinu er fullyrt að ljóst sé samkeppnishömlur geti þó eftir sem áður átt rót sína að rekja til annarra atriða og nefnt sem dæmi að fyrirtæki geti verið í slíkri yfirburðastöðu á markaði að tilvist þess geti útilokað eða takmarkað samkeppni. Annað dæmi sem nefnt er að háttsemi fyrirtækja á fákeppnismarkaði kunni að gera þeim auðveldara að stunda þegjandi samhæfingu án þess að hegðunin falli undir bann við ólögmætu samráði. Að mati laganeftar er hér hins vegar litið fram hjá þeirri staðreynd að bannreglur samkeppnislaga eiga að tryggja að yfirburðastaða fyrirtækis á markaði leiði ekki til röskunar á samkeppni. Þannig leiðir reglan um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu til þess að samkeppnisyfirvöld geta sett slíku fyrirtæki ýmis konar hegðunareglur, t.d. til að koma í veg fyrir yfir- eða undirverðlagningu eða veita keppinautum aðgang að ómissandi aðstöðu. Sé bannreglum samkeppnislaga fylgt eftir með fullnægjandi hætti á þannig ekki að vera um það að ræða að fyrir liggi röskun á samkeppni. Að sama skapi fela bannreglur samkeppnislaga í sér ýmis verkfæri til að bregðast við þegjandi samhæfingu fyrirtækja á fákeppnismarkaði bæði á grundvelli banns við ólögmætu samráði eða banns við misnotkun á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Sérstaklega má vísa til þess að þróun evrópsks samkeppnisréttar hin síðari ár hefur aukið við og styrkt möguleika samkeppnisyfirvalda til þess að grípa inn í fákeppnismarkaði, sbr. t.d. samrunareglugerð EB nr. 139/2004.¹ Í frumvarpi til laga nr. 98/2008 sem fóll í sér breytingar á samrunareglum samkeppnislaga var t.d. sérstaklega vísað til heimilda Framkvæmdastjórnar EB til að grípa inn í samruna keppinauta á fákeppnismörkuðum þar sem samruni kann að hafa veruleg áhrif á samkeppni þrátt fyrir að skilyrðið um markaðsráðandi stöðu sé ekki uppfyllt.² Að auki hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála komist að þeirri niðurstöðu að samrunareglur samkeppnislaga feli í sér heimild til að grípa inn í samruna og setja honum skilyrði þrátt fyrir að ekki sé um það að ræða að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist vegna samrunans.

Laganeftar er því fyllilega sammála að brýnt sé að verja og efla samkeppni hér á landi með öflugri samkeppnislöggjöf í ljósi landfræðilegrar legu landsins, fámenni og tilhneigingar til fákeppnismarkaða. Nefndin telur hins vegar að bannreglur samkeppnislaga geri samkeppnisyfirvöldum fært að bregðast við alvarlegum samkeppnishömlum s.s. óhæfilegri samþjöppun og skaðlegri fákeppni. Að sama skapi verður ekki annað séð en að núgildandi samrunareglur samkeppnislaga færi samkeppnisyfirvöldum öll nauðsynleg tæki til þess að grípa inn í það ástand sem ríkir á mörkuðum í dag þar sem mörg fyrirtæki hafa verið yfirtekin af fjármálafyrirtækjum enda hefur Samkeppniseftirlitið nú þegar gripið inn í fjölmarga slíka samruna og sett þeim ítarleg skilyrði.

Íhlutunarheimildir samkeppnisréttarins byggja almennt á því að samkeppnisyfirvöld hafi með ítarlegri lögfræðilegri og hagfræðilegri greiningu staðreynt að tiltekin háttsemi hafi raskað samkeppni eða eftir atvikum leitt að því líkur að samruni sé til þess fallinn að draga úr samkeppni. Með tilliti til þess að samkeppnisreglur fela almennt í sér takmörkun á eignarrétti og sammingsfrelsi aðila hefur til þessa þótt tilhlýðlegt að gera ríkar kröfur í þessum efnum til íhlutunar yfirvalda. Hafa ber í huga að íhlutun samkeppnisyfirvalda á markaði sem ekki byggir á fullnægjandi hagfræðilegum rökum kann að draga úr samkeppni á markaði frekar en að efla.

¹ Reglugerðin er hluti EES sammingsins sbr. ákvörðun sameiginlegu EES nefndarinnar nr. 79/2004 um breytingu á XIV. Viðauka, bókun 21 og bókun 24 við EES samninginn.

² Sjá 25.gr. aðfararorða samrunareglugerðarinnar: The notion of "significant impediment to effective competition" in Article 2(2) and (3) should be interpreted as extending, beyond the concept of dominance, only to the anti-competitive effects of a concentration resulting from the non-coordinated behaviour of undertakings which would not have a dominant position on the market concerned.

Með viðtæku orðalagi b-liðar 2. gr. er hins vegar að mati laganefndar verulega dregið úr sönnunarkröfum.

Í fyrsta lagi ber að líta til þess að orðalagið „raskar samkeppni“ felur í sér mun vægari sönnunarkröfur en orðalagið „skaðlegt samkeppni“ sem þó felur í sér að fyrir verður að liggja mat á skaðsemi tiltekinna aðstæðna eða háttsemi. Eins og áður segir felst það einnig í orðalagi ákvæðisins að verið er að leggja til mun viðtækari heimildir til uppskiptingar fyrirtækja en t.d. framkvæmdastjórn ESB og Eftirlitsstofnun EFTA geta gripið til. Til samanburðar má nefna að ákvæði 14. gr. norsku samkeppnislaganna³ mælir einvörðungu fyrir um heimild til þess að grípa inn í tilteknar aðstæður með setningu stjórnvaldsfyrirmæla:

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

Heimild norskra samkeppnisyfirvalda til að grípa inn í aðstæður á markaði þrátt fyrir að ekki sé staðreynt brot gegn bannreglum samkeppnislaga takmarkast þannig við að gefa út almenn stjórnvaldsfyrirmæli til að ráða bót á skilmálum, samningnum eða háttsemi sem takmarkar eða er til þess fallin að takmarka samkeppni.⁴

Þá telur laganefnd einnig rétt að benda á að heimild breskra samkeppnisyfirvalda til þess að skipta upp fyrirtækjum eru háðar ítarlegum málsmeðferðarreglum þar sem fyrst þarf að fara fram ítarleg rannsókn gerð viðkomandi markaðar, eðli samkeppnislegra vandamála og greiningu á þeim úrræðum sem koma til greina.⁵

III.

Laganefnd telur frumvarpið fela í sér verulega íþyngjandi ákvæði bæði að því er varðar gjaldtökuheimildir vegna lögboðinna hlutverka samkeppnisyfirvalda og íhlutunarheimildir samkeppnisyfirvalda sem sumpart ganga á skjön við almennar meginreglur samkeppnislaga um íhlutun. Sérstaklega ber þar að líta til þess hversu takmarkaðar sönnunarkröfur eru gerðar til samkeppnisyfirvalda vegna íhlutunar í starfsemi fyrirtækja án þess að staðreynd verði brot gegn bannreglum samkeppnislaga. Með vísan til ofanritaðs telur laganefnd að frumvarpið þurfi ítarlegri skoðun og leggst af þeim sökum gegn því að frumvarpið verði samþykkt eins og það er lagt fyrir.

Virðingarfyllst,

F. h. Laganefndar Lögmannafélags Íslands

Eva B. Helgadóttir, hrl.

³ Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaks sammenslutninger (2004-03-05-12).

⁴ Sbr. ummæli í skýringum með frumvarpi til laganna, Ot.prp. nr. 6 (2003-2004): „Departementet mener på denne bakgrunn at det kan være behov for en forskriftsthjemmel som åpner for regulering av de generelle rammebetingelsene for aktørene i et marked med mangelfull konkurranse...“ sjá nánar

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/regpubl/otprp/20032004/otprp-nr-6-2003-2004-.html?id=127943>.

⁵ Sjá nánar á www.ofi.gov.uk.