



**Nefndasvið Alþingis
Viðskiptanefnd
b/t Selma Hafliðadóttir
nefndarritara
Austurstræti 8-10
150 Reykjavík**

Reykjavík, 7. mars 2008.

Efni: Frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005, með síðari breytingum (384. mál).

Viðskiptaráð þakkar nefndinni fyrir það tækifæri að fá að veita umsögn um ofangreint frumvarp þar sem lagðar eru til breytingar á samrunaákvæðum samkeppnislaga.

Viðskiptaráð fékk tækifæri til að veita umsögn um drög þess frumvarps sem nú liggur fyrir og var þeim skilað inn til ráðuneytisins þann 02.12.2007, sjá meðfylgjandi skjal. Því ber að fagna að einstök atriði frumvarpsins hafi tekið breytingum í samræmi við athugasemdir Viðskiptaráðs frá því að drögin voru lögð fram til umsagnar. Þar má nefna:

- nýja 3. mgr. 17. gr. d., þar sem tekin er af allur vafi um að Samkeppniseftirlitið geti ekki ógilt eða skilyrt samruna eftir að frestir skv. ákvæðinu eru liðnir.
- styttri frest í lok 1. mgr. 17. gr. d. ef Samkeppniseftirlitið telur nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga að loknum 70 daga frestinum.
- hækkun viðmiðunarfjárhæða í a. og b. lið 1. mgr. 17. gr. a.
- nýjan tímafrest í lok 2. mgr. 17. gr. e fyrir Samkeppniseftirlitið að taka ákvörðun taki eftirlitið samruna til skoðunar að nýju eftir ógildingu dómstóla vegna formgalla.

Þrátt fyrir framangreint eru enn talsverðir vankantar á frumvarpi þessu og verða þeir útlistaðir hér í samræmi við ákvæði frumvarpsins.

Viðmiðunarfjárhæð tilkynningaskyldra samruna

Eins og nefnt var hér að ofan þá voru viðmiðunarfjárhæðir 17. gr. a. hækkaðar frá því sem lagt var til í drögum frumvarpsins og er það til bóta. Þrátt fyrir það er rétt að benda á umfjöllun greinargerðar frumvarpsins, þar sem kemur bersýnilega fram að viðmiðunarfjárhæðir eru umtalsvert lægri hér á landi en í samanburðarlöndum. Eins og bent er á í frumvarpi til laga um breytingu á samkeppnislögum, þingmál. nr. 26, þá hafa umsvif fyrirtækja á Íslandi aukist mikið undanfarin ár með tilheyrandi veltuaukningu og þurfa þessi viðmiðunarmörk að uppfærast samhliða.

Viðskiptaráð tekur enn fremur undir greinargerð framangreinds frumvarps þar sem fram kemur að ríkar kröfur um tilkynningarskyldu valdi ástæðulausu álagi á Samkeppniseftirlitið (hér eftir SE) og með hækkun þessarar viðmiðunarmarkna væri tryggt að eingöngu mál þar sem raunverulegir hagsmunir eru í húfi og ástæða til að ætla að samruni geti skipt máli fyrir samkeppni í landinu komi til kasta SE. Með því móti væri skilvirkni í starfsemi SE aukin og þ.a.l. málshraði, sem leiða myndi til samdráttar í rekstrarkostnaði SE.

Rökstuðningur greinargerðarinnar fyrir þessum lágu viðmiðunarfjárhæðum er einnig afar óskýr, þar sem eingöngu er vísað til sérstakar markaðsaðstæðna, þar sem markaðir eru smáir og þau fyrirtæki sem á þeim starfa einnig. Ekki er að finna frekari samanburð á innlendum mörkuðum og mörkuðum í viðmiðunarríkjum okkar, en ef viðmiðunarfjárhæðir eru bornar saman þá er það greinilega mat ráðuneytisins að íslenski markaðurinn sé 24 sinnum minni en í Danmörku og 20 sinnum minni en í Svíþjóð. Viðskiptaráð dregur það stórlega í efa.

Viðskiptaráð leggur til að viðmiðunarfjárhæð a. liðar 1. mgr. 17. gr. a. kveði á um 4 milljarða og kveðið sé á um 300 milljónir í b. lið 1. mgr. 17. gr. a.

Samruni kemur ekki til framkvæmda á meðan SE fjallar um hann

Í 3. mgr. 17. gr. a. er kveðið á um að samruni komi ekki til framkvæmda á meðan SE fjallar um hann. Þetta er rökstutt með því að núverandi fyrirkomulag, sem heimilar fyrirtækjum að framkvæma samruna þó SE hafi ekki fjallað um hann, skapi nokkurt óhagræði fyrir SE og fyrirtæki.

Núverandi fyrirkomulag byggir á breytingartillögu þáverandi efnahags- og viðskiptanefndar þar sem talið var að það fyrirkomulag sem nú er lagt til gæti haft í för með sér hemil á endurskipulagningu í viðskiptalífínu. Viðskiptaráð tekur undir það sjónarmið og ekki verður séð að markaðsaðstæður hafi breyst í þá veru að tillaga nefndarinnar eigi ekki við í dag. Ef eitthvað er þá hafa samrunar og yfirtökur aukist og því enn frekar mikilvægt að hemill sé ekki settur á endurskipulagningu viðskiptalífsins.

Regla þessi felur í sér alvarlegt inngrip í athafna- og samningafrelsi fyrirtækja, en slíkt inngrip verður seint talið þjóna hagsmunum fyrirtækja eins og haldið er fram í greinargerð frumvarpsins. Það á að vera í höndum fyrirtækjanna sjálfra að ákveða hvort haldið sé af stað með samruna áður en SE hefur fjallað um hann. Rétt er að minna á að meirihluta samrunamála lyktar með athugasemdalausu samþykki SE og því skýtur það afskaplega skökku við að stöðva þurfi framgang allra samruna með þessu móti. Ekki verður heldur séð að núverandi fyrirkomulag skapi einhver vandamál í framkvæmd því, eins og segir í greingargerðinni, þá eru bíða flest fyrirtæki með að láta samninga taka gildi þar sem SE hefur samþykkt samrunann. Hér er því einvörðungu verið að hægja á hjólum viðskiptalífsins að öpörfu.

Hvað Evrópuréttinn varðar þá felur greinargerðin í sér ansi mikla einföldun á þeim reglugerðum ESB sem koma hér til álita. Reglugerðirnar gera ráð fyrir því að unnt sé að sækja um undanþágu frá því að samruni komi ekki til framkvæmda á meðan framkvæmdastjórn EB fjallar um hann. Frumvarpið gengur því skrefinu lengra en reglugerðirnar án alls rökstuðnings.

Það er mikilvægt að skoða þessa reglu í samhengi við afar lág veltumörk og boðaða lengingu á frestum SE til að taka ákvörðun. Allt er þetta til þess fallið að gera binda samrunaferlið slíkum takmörkunum að beinlínis verði komið í veg fyrir þróun einstakra markaða héraendis – til tjóns fyrir samkeppnishæfni íslenskra fyrirtækja.

Viðskiptaráð leggur til að boðuð breyting verði felld brott úr frumvarpinu.

Frjálst mat SE á áhrifum samruna

Í 17. gr. c. er að finna grundvallarbreytingu á samrunareglum héraðs. Hingað til hafa heimildir SE til að ógilda eða setja samruna skilyrði verið takmarkaðar við að markaðsráðandi staða verði til eða hún styrkist fyrir tilstuðlan samrunans. Með því að bæta við orðinu „einkum“ er SE veittar frjálssar hendur til að meta áhrif samruna á samkeppni og þá ógilda eða skilyrða samruna, en hvorki í ákvæðinu né greinargerðinni er að finna afmarkanir á þessu valdi SE.

Rökstuðningur greinargerðar frumvarpsins er síður en svo sannfærandi. Þar er því haldið fram að regla þessi sé til þess fallin að vernda almenning og samfélagið í ljósi fákeppniseinkenna íslensks hagkerfis. Nefnt er dæmi um samruna keppnauta á fákeppnismörkuðum sem leiðir ekki til markaðsráðandi stöðu. Það liggur í augum uppi að á fákeppnismörkuðum eru fá fyrirtæki í samkeppni. Dæmi greinargerðarinnar virðist ganga út frá því að tveir litlir samkeppnisaðilar á markaði sameinist, enda ef um væri að ræða samruna tveggja stórra fyrirtækja þá myndi hann án efa falla undir gildissvið nógildandi ákvæðis. Að mati Viðskiptaráðs þá væri sameining tveggja minni fyrirtækja eingöngu til þess fallin að efla samkeppnisstöðu þeirra gagnvart stærri fyrirtækjum, almenningi til hagsbóta. Sameinaðir kraftar minni fyrirtækja eru mun líklegri en ella til að veita stærri fyrirtækjum alvöru samkeppni og neytendum þar með lægra verð. Það er enn fremur fullyrt að við núverandi aðstæður geti samkeppnishamlandi samrunar náð fram að ganga, en hvergi eru tekin raunveruleg dæmi um slíka samruna hvorki héraðs né erlendis.

Í greinargerð frumvarpsins er vitnað í inngang reglugerðar nr. 4064/89 þessari reglu til rökstuðnings. Það sem hins vegar vekur athygli er að sá inngangur leggur talsverðar línur fyrir framkvæmdastjórn ESB, línur sem sjást hvergi í frumvarpi þessu. Þar er t.a.m. talað um samfylkingu fyrirtækja sem myndi hindra **verulega** virka samkeppni á sameiginlegum markaði eða **verulegum** hluta hans. Hendur framkvæmdstjórnarinnar eru skv. framansögðu umtalsvert meira bundnar en hendur SE.

Að endingu er rétt að benda á óskýrt orðalag ákvæðisins, en skv. því er SE heimilt að ógilda eða skilyrða samruna **sem þegar hefur átt sér stað**. Ef frumvarpið verður að lögum munu engir samrunar eiga sér stað nema með samþykki SE. Enn fremur er SE óheimilt að ógilda eða skilyrða samruna taki það ekki ákvörðun innan tilskilins frests. Er verið að veita hér undanþágu frá því eða er verið að heimila SE að ógilda eða skilyrða samruna sem áttu sér stað fyrir gildistöku frumvarpsins – en rétt er að minna á þá meginreglu íslensks réttar að lög gildi ekki afturvirk.

Viðskiptaráð leggur til að haldið verði í núverandi fyrirkomulag og orðið „einkum“ fellt brott úr frumvarpinu.

Frestir til meðferðar samrunamála lengdir

Í 17. gr. d. eru lögð til talsverð breyting á núverandi frestum SE til ákvarðanatöku. Frestirnir eru samkvæmt ákvæðinu lengra en nú er og þar að auki er þeim fjölgað um einn til viðbótar. Viðskiptaráð sér ekki ástæðu til að gera athugasemdir við boðaðar breytingar á núverandi frestum enda fela þær aðeins í sér nokkra auka daga.

Viðskiptaráð telur hins vegar nýju viðbótina, þriðja frestinn uppá 20 daga vera algerlega of aukið og bendir jafnframt á að greinargerð frumvarpsins hefur ekki verið uppfærð hvað hann varðar, en þar er enn talað um 25 daga. SE á að geta metið fljótlega við upphaf málsmeðferðar hvort frekarari gagna sé þörf eða ekki.

Rökstuðningi frumvarpsins fyrir þessum viðbótarfresti er einnig ábótavant, en þar er ekki getið gagna um meðalmálshraða hjá SE og dregnar ályktanir út frá þeim hvort SE þurfi á þessum fresti að halda yfir höfuð. Að mati ráðsins er auka frestur af þessu tagi einungis til þess fallinn að draga úr þeim hvatningaráhrifum sem þeir eiga að þjóna. Það er því líklegra en ella að allir frestir verði fullnýttir í flest öllum samrunamálum – til verulegs óhagræðis fyrir viðskiptalífið.

Eins og framkvæmdin er í dag þá eru báðir frestir í all mörgum tilfellum fullnýttir og gott betur. Í lok síðari frests fá samrunafyrirtæki oftast en ekki skjal er ber heitið „andmælaskjal“, þar sem SE tilkynnir um fyrirhuguð skilyrði fyrir samrunanum og veitir fyrirtækjunum færi á að andmæla því innan nokkra vikna. Þegar fyrirtækin skila inn andmælum sínum þá er SE ekki bundið af ákvæðum laganna til að úrskurða innan tilskilins frests. Núgildandi frestsákvæði gefa því ekki raunhæfa mynd af því hversu langan tíma samrunamál getur verið til meðferðar hjá SE. Hér þarf að bæta úr og innleiða í lögin ákvæði er kvæði á um að eftir afhendingu andmælaskjals og móttöku andmæla hafi SE aðeins nokkra virka daga til að taka ákvörðun.

Viðskiptaráð leggur til að viðbótarfrestur uppá 20 daga verði felldur brott úr frumvarpinu og að skotið verði loku fyrir að SE geti komist hjá núverandi frestsákvæðum.

Endurupptaka vegna formgalla.

Í 2. mgr. 17. gr. e. er að finna heimild til handa SE að taka mál upp að nýju ef áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstóll ógildir ákvörðun um höfnun samruna eða setningu skilyrða vegna formgalla á málsmeðferð hjá SE.

Það hefur verið meginregla í íslenskum rétti að almenningur og fyrirtæki séu ekki látin bera hallan af því ef málsmeðferð stjórnvalda er talin ábótavant. Að mati Viðskiptaráðs er það ekki í samræmi við þær grundvallarreglur sem hugmyndir um réttarríkið eru reistar á að stjórnvöldum sé gefinn ótakmarkaður réttur til að taka sama mál til meðferðar með endurteknum hætti. Ákvæðið, skv. orðana hljóðann, takmarkar á engan hátt SE til að taka mál aftur til meðferðar og því ljóst að sama málið getur verið inná borði SE í mörg ár – með tilheyrandi kostnaði og óhagræði fyrir viðkomandi fyrirtæki. Miklar líkur eru á því að þegar að loksins kæmist niðurstaða í mál af þessu tagi að forsendur samrunans væru brostnar og viðkomandi fyrirtæki þyrftu að hefja á ný samningaferli sitt.

Greinargerð frumvarpsins veitir engan rökstuðning fyrir ákvæði þessu annan en að fyrirmynd ákvæðisins sé að finna í samrunareglugerð ESB. Að mati Viðskiptaráðs letur þetta SE til beitingu vandaðra vinnubragða því eftirlitinu er ávallt mögulegt að leiðrétta galla á málsmeðferð síðar meir, og jafnvel oftast en einu sinni.

Viðskiptaráð leggur til að 2. mgr. 17. gr. e. verði felld brott úr frumvarpinu.

Afturköllun ákvörðunar

Í 3. mgr. 17. gr. e. er SE veitt heimild til að afturkalla ákvörðun um að samruni raski ekki samkeppni og ákvörðun um að heimila samruna með setningu skilyrða. Heimildin ein og sér gæti átt rétt á sér, þó setja megi spurningamerki um lögleiðingu þessarar heimildar yfir höfuð ef SE nýtur sambærilegrar heimildar á grundvelli stjórnsýslulaga.

En það sem Viðskiptaráð telur alls ekki réttlætanlegt er það að afturkalli SE ákvörðun sína gilda engir tímafrestir varðandi nýtt mat á samruna. Miðað við að samruni hafi þegar átt sér stað og umfangsmikilla gagna verið aflað og veitt SE telur Viðskiptaráð að setja ætti mjög stuttan tímafrest.

Viðskiptaráð leggur til að SE hafi 10 virka daga til að leggja aftur mat á samruna komi til afturköllunar.

Það er mat Viðskiptaráðs að frumvarp þetta þjóni eingöngu hagsmunum Samkeppniseftirlitsins og gengið sé með ósanngjörnum og órökstuddum hætti á athafnafrelsi fyrirtækja. Verði frumvarpið að lögum er víst að samrunaferlið verður bundið slíkum takmörkunum að samkeppnishæfni sem og hagsmunir neytenda muni bera skarðan hlut frá borði.

Að öðru leyti ítrekar Viðskiptaráð áður framlagðar athugasemdir við drögum að frumvarpi þessu, að því leyti sem ekki enn hefur verið tekið tillit til þeirra.

Viðskiptaráð leggur til að frumvarpið nái ekki fram að ganga.

Virðingarfyllt,

Haraldur I. Birgisson

Haraldur I. Birgisson
Lögfræðingur Viðskiptaráðs