



# **Fjárhagslegur aðskilnaður á grundvelli 14. gr. samkeppnislaga**

- Meistararitgerð til Mag. jur. prófs í lögfræði -

Georg Andri Guðlaugsson

**Lagadeild**

**Félagsvísindasvið**

**Umsjónarkennari: Hörður Felix Harðarson hrl., aðjúnt**

**Maí 2012**



**HÁSKÓLI ÍSLANDS**

## Efnisyfirlit

Efnisyfirlit .....	2
1 Inngangur .....	4
2 Samkeppnisréttur og opinberar samkeppnishömlur.....	6
2.1 Forsaga 14. gr. skl. ....	9
3 Erlend löggjöf .....	12
3.1. Danmörk.....	12
3.2 Evrópuréttur, EES-réttur .....	15
3.3. Bandaríkin og Bretland .....	16
4 Ákvæði 14. gr. skl.....	20
4.1 Tilgangur með setningu 14. gr. skl.....	20
4.2 Gildissvið samkeppnislaga með hliðsjón af 14. gr. skl.....	22
4.2.1 Gildissvið 14. gr. skl.....	25
4.2.2 Sérlæg kveða á um fjárhagslegan aðskilnað .....	28
4.3 Heimildarákvæði .....	31
4.3.1 Minniháttarreglan .....	32
4.3.2 Meðalhófsreglan .....	36
4.4. Skilyrði fyrir beitingu 14. gr. skl.....	37
4.4.1 Opinbert fyrirtæki .....	38
4.4.1.1. Ríkisstyrkir.....	41
4.4.2 Fyrirtæki sem starfa í skjóli opinbers einkaleyfis.....	44
4.4.3 Fyrirtæki sem njóta opinberrar verndar .....	48
4.4.4. Frjáls markaður.....	52
4.4.5 Niðurgreiðsla þarf ekki að vera hafin .....	56
5 Framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar.....	58
5.1 Minniháttar starfsemi .....	59
5.2 Bókhaldslegur aðskilnaður.....	60

5.3 Stjórnunarlegur aðskilnaður .....	63
6 Samanburður á 14. gr. og b-lið 1. mgr. 16. gr. skl.....	69
6.1 Ákvæði 16. gr. skl.....	69
6.1.1 Fyrri skilyrði 16. gr., aðgerð raskar samkeppni .....	71
6.1.2 Síðara skilyrði 16. gr. skl., lagastoð .....	73
6.1.3 Ákvæði c- liðar 1. mgr. 16. gr. skl.....	74
6.2 Samanburður á 14. og 16. gr. skl.....	75
6.2.1. Hvaða sjálfstæða gildi hefur 14. gr. skl. í samanburði við b-lið 1. mgr. 16. gr. skl.? .....	78
HEIMILDASKRÁ .....	85
DÓMASKRÁ.....	86

## 1 Inngangur

Tilgangur þessarar ritgerðar er að varpa ljósi á framkvæmd samkeppnisyfirvalda á fjárhagslegum aðskilnaði á grundvelli 14. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 (hér eftir skl.). Með greininni er Samkeppniseftirlitinu veitt heimild til þess að skilja að rekstur opinbers fyrirtækis, fyrirtækis sem nýtur opinbers einkaleyfis eða verndar og þess hluta fyrirtækisins sem starfar á frjálsum markaði. Megintilgangur ákvæðisins er að koma í veg fyrir niðurgreiðslu ríkisins á atvinnustarfsemi sem starfrækt er á frjálsum markaði.

Hugmyndin að þessari ritgerð vaknaði eftir að höfundur hafði setið áfangann Samkeppnisréttur II við Lagadeild Háskóla Íslands en þar var meðal annars farið yfir breytingar á 16. gr. skl. sem gerðar voru með lögum nr. 14/2011 og tóku gildi 3. mars 2011. Þessar breytingar fólu í sér rýmkun á valdheimildum Samkeppniseftirlitsins, meðal annars til þess að breyta skipulagi og uppbyggingu fyrirtækja án þess að brot á samkeppnislögum hafi átt sér stað af hálfu fyrirtækjanna. Sú spurning vaknaði hvort valdheimildir Samkeppniseftirlitsins samkvæmt 16. gr. skl., þá sérstaklega b-lið greinarinnar, væru orðnar svo víðtækar að þeim yrði beitt í því skyni að skilja fjárhagslega á milli rekstrareininga fyrirtækis, eins og gert er á grundvelli 14. gr. skl. Í framhaldinu vaknaði sú spurning hvort 14. gr. skl. væri óþörf þar sem hægt væri að beita 16. gr. skl. í sömu tilvikum og 14. gr. skl. hefur verið beitt.

Eftir þessar vangaveltur og í samráði við leiðbeinanda var ákveðið að gera ítarlega grein fyrir 14. gr. skl. en fræðimenn hafa lítið skrifað um hana síðan hún kom inn í samkeppnislög, þrátt fyrir að henni hafi verið beitt töluvert oft í framkvæmd samkeppnisyfirvalda. Í þeirri viðleitni að skýra 14. gr. skl. er fyrst rétt að kanna erlenda réttarframkvæmd á þessu sviði. Þar sem norræn löggjöf er að mörgu leyti lík innbyrðis þótti rétt að kanna hvort í gildi væru sambærilegar heimildir og 14. gr. skl. á öðrum Norðurlöndum. Höfundur taldi víst að sambærilegar heimildir væri að finna í löggjöf norrænna ríkja. Annað kom þó á daginn en í þriðja kafla ritgerðarinnar er farið yfir hvernig fjárhagslegum aðskilnaði er háttað í Danmörku. Einnig er farið yfir heimildir annarra ríkja til uppskiptingar á fyrirtækjum en í fjárhagslegum aðskilnaði má segja að felist uppskipting á fyrirtæki.

Allra fyrst er þó í öðrum kafla ritgerðarinnar farið stuttlega yfir samkeppnisrétt á Íslandi og uppbyggingu stjórnisýslu á þeim vettvangi. Sá kafli er almennur kafli um samkeppnisrétt auk þess sem farið er yfir sögu 14. gr. skl. og þær breytingar sem orðið hafa á ákvæðinu í gegnum tíðina.

Í fjórða kafla ritgerðarinnar, sem er jafnframt meginefni hennar, er umfjöllun um 14. gr. skl. Í þeim kafla er farið yfir tilgang greinarinnar og gildissvið hennar auk þeirra skilyrða sem uppfylla þarf svo henni verði beitt. Umfjöllunin um 14. gr. skl. byggir að mestu á framkvæmd samkeppnisyfirvalda þar sem ekki hefur verið skrifað mikið um ákvæðið.

Í fimmta kafla er farið yfir framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar. Þegar samkeppnisyfirvöld hafa tekið þá ákvörðun að ákveðinn aðili skuli skilja fjárhagslega á milli hluta starfsemi sinnar vaknar sú spurning hvað felist í fjárhagslegum aðskilnaði. Fyrst eftir gildistöku 14. gr. skl. var ekki til að dreifa neinum reglum um framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar og óvissa var um hvað fælist í hugtakinu. Í kaflanum er dregin upp mynd af þeirri framkvæmd sem hefur mótast á því sviði, farið er yfir framkvæmd samkeppnisyfirvalda og ályktanir um framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar dregnar af þeirri yfirferð.

Í sjötta kafla ritgerðarinnar er gerð grein fyrir 16. gr. skl. og þeim breytingum sem á henni hafa orðið á síðustu árum. Auk þess eru rakin álit þar sem 16. gr. skl. er beitt einni og samhliða 14. gr. skl. Að lokum eru greinarnar tvær bornar saman, meðal annars gildissvið þeirra, og þeirri spurningu svarað hvort 16. gr. skl. verði hugsanlega beitt í stað 14. gr. skl. til þess að skilja fjárhagslega á milli hluta fyrirtækis, sem að öllu jöfnu fellur undir 14. gr. skl.

## 2 Samkeppnisréttur og opinberar samkeppnishömlur

Viðskipti manna á milli hafa tíðkast í þúsundir ára. Í hinum vestræna heimi hefur samkeppni milli aðila verið talin besta leiðin til þess að halda verði lágu og þjónustu góðri til hagsbóta fyrir neytendur. Þessi leið er þó ekki gallalaus og sem dæmi má nefna tilhneigingu seljenda til að samræma verð eða nýta sér markaðsráðandi stöðu sína. Einnig getur ríkið haft áhrif á samkeppni á frjálsum markaði, bæði á markaðinn í heild og einstaka aðila markaðarins. Á þessum vandamálum er æskilegt að taka með lagasetningu.

Upphaf samkeppnislöggjafar má rekja til Bandaríkjanna þar sem sett voru lög sem tóku á vandamálum sem fylgja hinum frjálssa markaði. Þetta voru svokölluð Sherman-lög sem sett voru árið 1890 og Clayton-lög sem sett voru árið 1914.<sup>1</sup> Þessi lög voru þau fyrstu sem tóku á samkeppnishamlandi atferli fyrirtækja en Bandaríkin hafa síðan þá þróað og viðhaldið þessum samkeppnisreglum. Evrópskar samkeppnisreglur má rekja aftur til miðrar síðustu aldar eða um 1950.<sup>2</sup> Í seinni tíð hafa samkeppnisreglur í Evrópu meira og minna byggt á samkeppnisreglum Evrópusambandsins og eftir því sem liðið hefur á tuttugustu og fyrstu öldina hefur sambandið stefnt að enn frekari einsleitni hvað varðar samkeppnisreglur innan þess.

Samkeppnislöggjöf Íslendinga er ung. Áður en fyrstu eiginlegu samkeppnislög Íslendinga voru lögfest var starfandi Verðlagsstofnun, sem segja má að hafi verið forveri þeirra samkeppnisyfirvalda sem nú starfa. Á þeim tíma var eftirlit með verðlagi, samkeppnishömlum og óréttmætum viðskiptaháttum í höndum Verðlagsstofnunar og verðlagsráðs.<sup>3</sup> Með samkeppnislögum nr. 8/1993 var í fyrsta sinn lögtekin sérstök íslensk samkeppnislöggjöf.<sup>4</sup> Á sama tíma var komið á fót nýrri stofnun, Samkeppnisstofnun, sem tók við af Verðlagsstofnun. Fyrir þann tíma hafði megináherslan verið á verðlagseftirlit en með hinni nýju löggjöf breyttust áherslur eftirlitsaðila og meiri vinna var lögð í að hafa eftirlit með samkeppnisbrotum á markaði. Með lögnum var einnig komið á fót áfrýjunarnefnd samkeppnismála.<sup>5</sup>

Á þessum tíma gegndi samkeppnisráð lykilhlutverki í stjórnslu samkeppnismála en það var helsti ákvörðunaraðili á neðra stjórnslustigi. Starfssvið Samkeppnisstofnunar var að undirbúa mál samkeppnisráðs og annast dagleg störf ráðsins. Þrátt fyrir að samkeppnisráð

---

<sup>1</sup> Alþt. 1992–93, A-deild, bls. 360. Sjá einnig: Davíð Þór Björgvinsson: „Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði“, bls. 132.

<sup>2</sup> Alþt. 1992–93, A-deild, bls. 360.

<sup>3</sup> Alþt. 2004–05, A-deild, bls. 4243.

<sup>4</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samkeppnisreglur*, bls. 150.

<sup>5</sup> Alþt. 2004–05, A-deild, bls. 4243–4246.

hafi verið aðalákvörðunaraðili í samkeppnismálaum á neðra stjórnslustigi sá Samkeppnisstofnun að mestu um allan málarekstur fram að ákvörðun í hverju máli. Í því samhengi aflaði Samkeppnisstofnun gagna, gaf málsaðilum tækifæri til að tjá sig og svo framvegis. Auk þess hafði Samkeppnisstofnun heimildir til að taka bráðabirgðaákvörðanir í ákveðnum tilfellum. Ákvörðanir samkeppnisráðs og Samkeppnisstofnunar sættu kærur til áfrýjunarnefndar samkeppnismála líkt og nú. Þetta kerfi þótti óþarflega flókið og af þeim sökum voru gerðar breytingar á stjórnslu samkeppnismála árið 2005.<sup>6</sup>

Samkeppniseftirlitið tók til starfa 1. júlí 2005 en þá tóku gildi núgildandi samkeppnislög nr. 44/2005. Með sömu lögum voru samkeppnisráð og Samkeppnisstofnun lögð niður. Samkeppniseftirlitið sinnir nú þeim skyldum sem Samkeppnisstofnun og samkeppnisráð gerðu áður en Neytendastofa sinnir þó málum sem snúa að verðlagseftirliti.<sup>7</sup> Áfrýjunarnefnd samkeppnismála var ekki lögð niður og starfar enn sem æðri úrskurðaraðili á stjórnslustigi. Um markmið samkeppnislaga segir í 1. gr. þeirra:

Lög þessi hafa það markmið að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Markmiði þessu skal náð með því að:

- a. vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri,
- b. vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum,
- c. auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaðnum.

Í 8. gr. skl. er fjallað um hlutverk Samkeppniseftirlitsins sem samkvæmt ákvæðinu er í fyrsta lagi að framfylgja samkeppnislögum og veita undanþágur frá þeim. Í öðru lagi er hlutverk eftirlitsins að fylgjast með og ákveða aðgerðir gegn samkeppnishamlandi hegðun fyrirtækja. Í þriðja lagi á eftirlitið að gæta þess að opinberir aðilar takmarki ekki samkeppni auk þess að benda stjórnvöldum á leiðir til þess að gera samkeppni virkari og auðvelda aðgengi nýrra samkeppnisaðila að markaði. Loks er það hlutverk eftirlitsins að fylgjast með þróun samkeppnis- og viðskiptahátta á einstökum mörkuðum auk þess að kanna stjórnunar- og eignatengsl á milli fyrirtækja.<sup>8</sup>

Íslendingar sækja að mörgu leyti samkeppnisreglur sínar til Evrópuréttar en miklar breytingar hafa orðið á samkeppnisreglum Evrópusambandsins síðustu ár. Meginmarkmið þeirra breytinga sem orðið hafa á reglunum miða að því að færa samkeppniseftirlit til aðildarríkjanna sjálfra. Í kjölfar þeirra breytinga var unnið að breytingum á íslenskrum samkeppnislöggjöf. Í Noregi var til að mynda farið í heildarendurskoðun á norskum samkeppnislögum en á Íslandi var sú stefna ekki tekin heldur voru lagðar til ákveðnar

<sup>6</sup> *Virk samkeppni*, bls. 6.

<sup>7</sup> *Virk samkeppni*, bls. 6.

<sup>8</sup> Alþt. 2004–05, A-deild, bls. 4251–4252.

lágmarksbreytingar á íslenskum samkeppnislögum í samræmi við fyrrnefndar breytingar á reglum Evrópusambandsins.<sup>9</sup>

Í grunninn má segja að samkeppnisreglur séu byggðar upp á tvo mismunandi vegu; annars vegar er um að ræða bannreglur en hins vegar misbeitingarreglur. Bannreglurnar fela í sér að nær allar samkeppnishömlur eru bannaðar og þær reglur hafa verið lagðar til grundvallar í samkeppnisrétti Bandaríkjanna og Evrópusambandsins. Misbeitingarreglur byggjast á því að samkeppnishömlur séu í grunninn ekki bannaðar heldur sé hægt að grípa inn í ef þær eru misnotaðar. Misbeitingarreglur eru algengari í smærri ríkjum Vestur-Evrópu, svo sem á Norðurlöndunum. Þó má ekki gera of mikið úr þeim mun sem er á reglunum því að í framkvæmd er raunin sú að oft eru veittar undanþágur frá bannreglum en í tilviki samkeppnislaga, sem byggja á misbeitingarreglum, eru bannreglur einnig notaðar.<sup>10</sup>

Í samkeppnisrétti er oft talað um að fjórar tegundir samkeppnishamla séu algengastar. Í fyrsta lagi er um að ræða svokallaða lárétta samninga en með því er átt við samninga milli aðila á sama stigi í framleiðslu eða dreifingu, til dæmis innbyrðis á milli framleiðenda eða heildsala. Í öðru lagi er um svokallaða lóðrétta samninga að ræða. Með því er átt við samninga milli aðila sem eru ekki á sama stigi framleiðslu eða dreifingar, til dæmis samninga á milli framleiðenda og heildsala. Í þriðja lagi er talað um misnotkun á markaðsyferráðum eða misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í því felst að fyrirtæki sem hefur sterka stöðu á ákveðnum markaði nýtir sér stærð sína í ólöglegum tilgangi. Í fjórða lagi er fylgst með samrunum fyrirtækja. Samkeppniseftirlitið hefur slíkt eftirlit með höndum en samruni í skilningi samkeppnisréttar er skilgreindur í 17. gr. skl.<sup>11</sup>

Opinberar samkeppnishömlur má nefna það þegar hið opinbera, ríki eða sveitarfélög, raska samkeppni á frjálsum markaði. Óhjákvæmilega gilda ýmsar reglur um atvinnustarfsemi á mörkuðum. Þessar reglur hafa margbreytilegan tilgang en geta í sumum tilvikum falið í sér opinberar samkeppnishömlur. Það sama getur átt við þegar opinberir aðilar leggja fjármagn í ýmis verkefni til að styrkja ákveðnar atvinnugreinar eða byggðarlög. Við slíka fjárveitingu getur samkeppni raskast ef ekki er gætt jafnræðis við veitingu fjármunanna.

Þær reglur samkeppnislaga sem beinast einna helst að opinberum aðilum er aðallega að finna í fjórum ákvæðum laganna. Fyrst ber að nefna c-lið 8. gr. skl. sem leggur þá skyldu á Samkeppniseftirlitið að gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni, auk þess að benda stjórnvöldum á leiðir til þess að gera samkeppni virkari og auðvelda aðgang

<sup>9</sup> Alþt. 2004–05, A-deild, bls. 4241.

<sup>10</sup> Alþt. 1992–93, A-deild, bls. 360–361.

<sup>11</sup> Alþt. 1992–93, A-deild, bls. 361.



nýrra samkeppnisaðila að markaði. Samkeppnisyfirvöld hafa í framkvæmd túlkað samsvarandi ákvæði í eldri samkeppnislögum á þann hátt að með aðgerðum opinberra aðila sé átt við athafnir eða ákvarðanir ríkis eða sveitarfélaga sem beint er gegn tilteknum aðila, meðal annars þegar stjórnvöld taka stjórnvaldsákvörðun.<sup>12</sup>

Ákvæði 14. gr. skl. beinist að opinberum fyrirtækjum og fyrirtækjum sem njóta opinbers einkaleyfis eða verndar. Megintilgangur ákvæðisins er að koma í veg fyrir niðurgreiðslu opinberra aðila á rekstri fyrirtækja sem starfa á frjálsum markaði. Ákvæði 14. gr. skl. er meginviðfangsefni þessarar ritgerðar og ítarlega verður farið yfir það í fjórða og fimmta kafla ritgerðarinnar.

Ákvæði b-liðar 1. mgr. 16. gr. veitir Samkeppniseftirlitinu heimild til þess að grípa til aðgerða gegn athöfnum opinberra aðila að því marki sem þær kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Það er þó skilyrði fyrir beitingu greinarinnar að sérlög hafi ekki að geyma sérstakar reglur um heimild eða skyldu til slíkra athafna. Ákvæði 16. gr. skl. hafa tekið þónokkrum breytingum síðustu ár. Í 6. kafla ritgerðarinnar verður 16. gr. skl. tekin til umfjöllunar, þó aðallega b-liður 1. mgr. 16. gr. skl. og tengsl hans við 14. gr. skl.

Að lokum skal Samkeppniseftirlitið á grundvelli 18. gr. skl., ef það telur að ákvæði laga eða stjórnvaldsfyrirmæla stríði gegn markmiðum samkeppnislaga og torveldi frjálsa samkeppni í viðskiptum, vekja athygli ráðherra á því með útgáfu álits.

## **2.1 Forsaga 14. gr. skl.**

Ákvæði 14. gr. samkeppnislaga á sér ekki langa sögu. Við setningu eldri samkeppnislaga nr. 8/1993 voru í raun lögtekin fyrstu íslensku samkeppnislögin. Íslendingar höfðu á þessum tíma hug á því að ganga inn í Evrópska efnahagssvæðið (EES) með tilheyrandi afsali á lagasetningarvaldi og þurftu því að innleiða ýmis lagaákvæði í íslenskan rétt, þar á meðal samkeppnisreglur.<sup>13</sup> Í upphaflegu frumvarpi til laga nr. 8/1993 var ekki gert ráð fyrir að núgildandi ákvæði 14. gr. kæmi inn í lögin. Það var hins vegar við aðra umræðu Alþingis að tillaga kom frá efnahags- og viðskiptanefnd um að tekið yrði upp ákvæði í 2. mgr. 14. gr. sem er sambærilegt því ákvæði sem nú er í 14. gr. núgildandi samkeppnislaga.

Í þingskjali nr. 348. frá 116. löggjafarþingi segir: „Lagt er til að 14. gr. verði breytt þannig að nýju ákvæði verði bætt við í þeim tilgangi að styrkja samkeppni, einkum þar sem yfirburðaaðstaða er í skjóli ríkisvalds. Þá verði gerð orðalagsbreyting á þeirri málsgrein sem

<sup>12</sup> Álit Samkeppniseftirlitsins 8. apríl 2008 (2/2008), bls. 6.

<sup>13</sup> Alþt. 1992–93, A-deild, bls. 361.

fyrir er.<sup>14</sup> Fyrir utan þessi orð er ekki mikið sagt um ástæðu þess að greinin var tekin upp. Hvorki nú né á þeim tíma voru sambærilegar greinar í samkeppnislögum Norðurlandanna og því voru ástæður lagasetningarinnar ekki þær að heimildir í líkingu við 14. gr. skl. væru í löggjöf annarra ríkja. Hins vegar má leiða að því líkur að greinin hafi átt að tryggja að íslensk löggjöf bryti ekki í bága við ákvæði EES-samningsins. Í þeim efnum má helst vísa til ákvæða 53. og 54. gr., sbr. 59. gr. auk ákvæða 61.–64. gr. samningsins. Ákvæði 61.–64. gr. samningsins kveða meðal annars á um bann við ríkisaðstoð en tilgangur 14. gr. skl. er einmitt að koma í veg fyrir niðurgreiðslur frá opinberum aðilum til fyrirtækja sem starfa á samkeppnismarkaði. Með inngöngu í Evrópska efnahagssvæðið bar Íslandi meðal annars að undirgangast samkeppnisreglur svæðisins, sbr. lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993.

Eins og fyrr var getið kom fram breytingartillaga við frumvarp til samkeppnislaga nr. 8/1993 frá efnahags- og viðskiptanefnd þess efnis að nýtt ákvæði yrði tekið inn í frumvarpið. Ákvæði þetta varð að 2. mgr. 14. laga nr. 8/1993, sem var svohljóðandi:

Þegar um er að ræða opinbert fyrirtæki eða fyrirtæki sem starfar að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar er samkeppnisráði heimilt að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað, annars vegar á milli þess hluta rekstrar fyrirtækisins sem nýtur einkaleyfis eða verndar og hins vegar þess hluta rekstrar sem er í frjálsri samkeppni við aðra aðila. Skal þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfis- eða verndaðri starfsemi.

Eins og sjá má á ákvæðinu er það keimlíkt því ákveði sem nú er í gildi en þó hefur orðalagi aðeins verið breytt. Þannig kemur orðið „Samkeppniseftirlitið“ í stað „samkeppnisráðs“ og í stað orðanna: „einkaleyfis- eða verndaðri star[f]semi“, koma orðin: „starfsemi sem nýtur einkaleyfis eða verndar“.<sup>15</sup> Þrátt fyrir þessar smávægilegu orðalagsbreytingar hefur ákvæðið sömu efnislegu þýðingu og það hafði þegar það kom fyrst inn í eldri samkeppnislög nr. 8/1993, enda bendir ekkert til þess að tilgangurinn með breytingunum á ákvæðinu hafi verið að breyta beitingu ákvæðisins. Augljós skýring á þessum breytingunum eru þær breytingar sem urðu á stjórnslu samkeppnismála á árinu 2005 þegar Samkeppniseftirlitið tók til starfa.

Mikil þörf virtist á þessu nýja ákvæði í íslenskan rétt en samkeppnisyfirvöld hafa beitt ákvæðinu í þónokkrum mæli eftir gildistöku þess. Ekki reyndist hægt að komast yfir tölfræðilegar upplýsingar um beitingu 14. gr. skl. frá gildistöku þess en þó er ljóst að því hefur verið beitt í töluvert mörgum tilvikum og gróflega má áætla að því hafi verið beitt í á milli hundrað og tvö hundruð ákvörðunum. Ástæður þess eru væntanlega margar en ein af

<sup>14</sup> Alþt. 1992–93, A-deild, bls. 2368.

<sup>15</sup> Alþt. 2004–05, A-deild, bls. 5567.

Þeim er að á árunum eftir gildistöku ákvæðisins hóf ríkið í auknum mæli að selja fyrirtæki sem áður höfðu verið í ríkiseigu til einkaaðila auk þess sem margvísleg starfsemi hafði árum saman notið styrkja frá opinberum aðilum.

### 3 Erlend löggjöf

Við umfjöllun um fjárhagslegan aðskilnað á grundvelli 14. gr. skl. koma til skoðunar heimildir annarra ríkja til að beita sams konar úrræðum í sambærilegum tilfellum. Ekki er sjálfgefið að önnur ríki fari sömu leið til að ná þeim markmiðum sem felast í fjárhagslegum aðskilnaði á grundvelli 14. gr. skl. Allt virðist benda til þess að sambærilegt ákvæði og ákvæði 14. gr. skl. um fjárhagslegan aðskilnað sé ekki til staðar í löggjöf annarra vestrænna ríkja.<sup>16</sup> Það þýðir þó ekki að aðrar þjóðir geti ekki spornað við þeirri aðstöðu þegar opinbert fyrirtæki eða fyrirtæki sem nýtur opinbers einkaleyfis eða verndar raskar samkeppni á frjálsum markaði. Hér á eftir verður til samanburðar gerð grein fyrir þeim reglum sem gilda um uppskiptingu fyrirtækja í nokkrum vestrænum réttarkerfum. Hafa skal í huga að þær heimildir sem nú verður fjallað um eru ekki sambærilegar 14. gr. skl. heldur má frekar segja að þær stefni að sama markmiði eða séu það víðtækar að þær heimili tilteknum aðilum að breyta skipulagi eða uppbyggingu fyrirtækja.

#### 3.1. Danmörk

Íslensk löggjöf hefur oft en ekki verið sett með hliðsjón af löggjöf Norðurlandanna og þá einna helst löggjöf Danmerkur. Í dönskum samkeppnislögum er hins vegar ekki að finna sambærilegt ákvæði um fjárhagslegan aðskilnað og í 14. gr. skl. Dönsk samkeppnisyfirköld hafa því ekki sambærilegar heimildir og íslensk til þess að kveða á um fjárhagslegan aðskilnað. Í Danmörku líkt og á Íslandi starfa opinber fyrirtæki og Danir líkt og Íslendingar standa því frammi fyrir því að þurfa á einhvern hátt að skilja á milli þeirra hluta starfsemi opinberra fyrirtækja sem starfa á frjálsum markaði og þeirra hluta sem njóta opinbers einkaleyfis eða verndar í þeim tilgangi að koma í veg fyrir niðurgreiðslu. Í dönskum rétti er meginreglan sú að fyrir mæli um fjárhagslegan aðskilnað sé að finna í sérlögum eða reglugerðum. Í því samhengi má nefna að danska ríkissjónvarpinu er skylt samkvæmt reglugerð að halda ákveðnum rekstrareiningum fjárhagslega aðskildum frá öðrum í rekstri sjónvarpsins. Með hugtakinu *sérlögum* er í þessu samhengi átt við lög sem taka til þeirrar starfsemi þar sem hinn fjárhagslegi aðskilnaður á að fara fram. Þetta er einnig þekkt í íslenskum rétti (sbr. kafla 4.2.2).

Í stuttu máli má því segja að það sé hlutverk danska löggjafans að taka ákvörðun um, í hverju tilfelli fyrir sig, hvaða starfsemi teljist njóta styrkja, einkaleyfis eða verndar og þurfi af þeim sökum að vera fjárhagslega aðskilin frá starfsemi sem fer fram á frjálsum markaði.

---

<sup>16</sup> *Fjárhagslegur aðskilnaður í rekstri ríkisstofnana*, bls.13–14.

Ákvörðun löggjafans í þessum efnunum þarf að koma fram í sérlögum. Dönsk samkeppnisyfirvöld geta farið fram á fjárhagslegan aðskilnað á grundvelli heimildar í sérlögum ef sýnt þykir að fyrirtæki fari ekki eftir lögunum, en í dönskum samkeppnislögum er ekki að finna almenna heimild í líkingu við 14. gr. skl. sem tekur sérstaklega til fjárhagslegs aðskilnaðar.

Dönsk samkeppnisyfirvöld gáfu út leiðbeinandi reglur um fjárhagslegan aðskilnað árið 1995. Í þeim var að finna leiðbeiningar til handa þeim fyrirtækjum sem í sérlögum voru skylduð til að greina á milli rekstrar á frjálsum markaði og rekstrar opinberra fyrirtækja eða fyrirtækja sem njóta opinbers einkaleyfis eða verndar. Í þeim reglum kom fram að til að forðast niðurgreiðslu opinberra aðila á starfsemi á frjálsum markaði mæli samkeppnisyfirvöld fyrir um að: (1) starfsemi opinberra fyrirtækja eða fyrirtækja sem njóta opinbers einkaleyfis eða verndar og starfa á frjálsum markaði verði aðskilin frá þeirri starfsemi sem starfar á frjálsum markaði, bæði stjórnunarlega og bókhaldslega, (2) auk þess verði stofnað sérstakt félag eða sjálfstæð deild utan um þann rekstur sem starfar á frjálsum markaði.<sup>17</sup> Þessar leiðbeiningareglur eru hugsaðar fyrir stjórnendur opinberra fyrirtækja eða fyrirtækja sem njóta einkaleyfis eða verndar og skylduð hafa verið af löggjafanum til þess að skilja fjárhagslega á milli starfsemi sem nýtur verndar og starfsemi sem starfar á frjálsum markaði.

Ef fyrirtæki sem skyldað er til þess að skilja fjárhagslega á milli verndaðrar starfsemi og starfsemi á frjálsum markaði fer ekki eftir slíkum fyrirmælum í löggjöf geta dönsk samkeppnisyfirvöld krafist þess að skilið verði fjárhagslega þar á milli samkvæmt viðkomandi sérlögum. Dæmi um ákvörðun þar sem skilið var á milli starfsemi á grundvelli sérlaga er *ákvörðun danska samkeppnisráðsins 16. desember 1998 (2:809-7)*. Í þeirri ákvörðun var öllum flugvöllum í Danmörku, þar sem tiltekinn fjöldi farþega fór um völinn á ákveðnu tímabili eða ákveðið magn af vörum á sama tímabili, gert skylt á grundvelli sérlaga að skilja á milli rekstrar flugvallarins og rekstrar sem skilgreindur var sem *ground handling*. Ground handling er samkvæmt skilgreiningu samheiti yfir þá þjónustu sem veitt er á flugvelli og notuð er af flugfélögum. Í þeim efnunum má nefna farangursflutninga, olíuafgreiðslu og fleira. Þar sem dönskum samkeppnisyfirvöldum þótti ekki nægjanlega sýnt fram á að slíkur aðskilnaður væri viðhafður tóku þau formlega ákvörðun á grundvelli sérlaganna. Í ákvörðuninni eru einnig lagðar á flugvöllinn aðrar skyldur sem ekki eru til umfjöllunar hér.

Hvað varðar þá framkvæmd sem hér er lýst hefur hún þann augljósa galla að þjóðþing Dana þarf að sjá fyrir öll þau tilvik þar sem æskilegt er að fjárhagslegur aðskilnaður fari fram.

---

<sup>17</sup> *Fjárhagslegur aðskilnaður í rekstri ríkisstofnana*, bls. 16–17.

Telja verður að mun einfaldara og skilvirkara sé að hafa almenna reglu líkt og 14. gr. skl. sem gefur samkeppnisyfirvöldum heimild til að taka til skoðunar og kveða á um fjárhagslegan aðskilnað hjá þeim aðilum sem falla undir samkeppnislög.

Þegar ekki er fyrir hendi heimild í sérlögum til að skilja á milli starfsemi opinbers fyrirtækis eða fyrirtækis sem nýtur einkaleyfis eða verndar geta dönsk samkeppnisyfirvöld í sumum tilvikum beitt fjárhagslegum aðskilnaði á grundvelli 4. mgr. 16. gr. dönsku samkeppnislaganna nr. 972/2010 frá 13. ágúst 2010. Sú heimild er þó töluvert þrengri en til dæmis 14. gr. skl. þar sem hún gildir aðeins um inngríp samkeppnisyfirvalda þegar aðgengi að svokölluðum tæknilegum innviðum<sup>18</sup> er takmarkað. Heimildin á aðeins við þegar aðgangur að slíkum innviðum er ómögulegur fyrir aðra aðila á markaði. Í þessu samhengi má hugsa sér þá aðstöðu sem var uppi á íslenskum fjarskiptamarkaði þegar símkerfið<sup>19</sup> var í eigu íslenska ríkisins og einnig sú starfsemi sem þjónustaði neytendur. Við slíkar aðstæður er ómögulegt fyrir einkaaðila að ætla að byggja upp sambærilegt símkerfi í samkeppni við hið opinbera. Við aðstæður sem þessar væri hægt að beita heimild 4. mgr. 16. gr. dönsku samkeppnislaganna og þannig skilja rekstur símkerfisins frá annarri starfsemi.

Að lokum kemur til skoðunar hvort dönsk samkeppnisyfirvöld geti beitt 5. mgr. 2. gr. dönsku samkeppnislaganna en hún er sú grein laganna sem sennilega kemst næst því að hafa heimildir í líkingu við 16. gr. skl. Ekki er hægt að finna ákvarðanir danskra samkeppnisyfirvalda þar sem þessari heimild hefur verið beitt í því skyni að greina fjárhagslega á milli hluta fyrirtækja, enda má segja að aðskilnaður á grundvelli sérlaga sé meginregla í Danmörku og ólíklegt sé að ákvæðinu væri beitt í slíkum tilvikum. Til samanburðar hefur 16. gr. skl. ekki verið beitt til að skilja fjárhagslega á milli hluta fyrirtækja sem falla undir gildissvið 14. gr. skl. í framkvæmd íslenskra samkeppnisyfirvalda.

Í kafla 3a í dönsku samkeppnislögnum eru reglur um aðstoð sem raskar samkeppni. Í 11. gr. a sömu laga segir meðal annars að samkeppnisráð geti gefið út fyrirmæli um að styrkir sem veittir eru úr opinberum sjóðum til ákveðinna fyrirtækja skuli hætta eða endurgreiðast. Hér verður ekki farið ítarlegar í reglur danskra samkeppnislaga um ríkisstyrki en þær kveða á um að hægt sé að beita þeim heimildum sem er að finna í kafla 3a þegar ákveðin skilyrði eru fyrir hendi. Þó má segja að reglurnar um ríkisstyrki hafi það að markmiði að koma í veg fyrir að fjármagn frá opinberum aðilum renni til einkaaðila og raski samkeppni en þetta er sama markmið og 14. gr. skl. er ætlað að ná. Á Íslandi, í Noregi og Svíþjóð er ekki að finna reglur

<sup>18</sup> Tæknilegir innviðir: Hafnir, raforkunet, flugvelli, o.s.frv.

<sup>19</sup> Símkerfið í þessu tilfalli: Hið efnislega símkerfi svo sem símalínur, símstöðvar, o.s.frv.

um ríkisstyrki í samkeppnislögum en Danir hafa hins vegar farið þá leið í þeirri viðleitni að sporna við ríkisaðstoð sem raskar samkeppni.

Í samkeppnislögum Noregs og Svíþjóðar eru ekki sambærileg ákvæði og 14. gr. skl. Ekki var skoðuð framkvæmd á fjárhagslegum aðskilnaði í öðrum Norðurlöndum.

### 3.2 Evrópuréttur, EES-réttur

Í rétti Evrópusambandsins og EES-rétti er í meginatriðum leitast við að tryggja eðlilega samkeppni með tvenns konar bannreglum; annars vegar reglum um ólögmeitt samráð sem er að finna í 53. gr. EES-samningsins og hins vegar reglum um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu sem er að finna í 54. gr. EES-samningsins. Sambærilegar reglur er að finna í rétti Evrópusambandsins, sjá 101. og 102. gr. Sáttmála um starfsemi Evrópusambandsins (hér eftir sse.). Hvað varðar umfjöllun um opinberar samkeppnishömlur og uppskiptingu fyrirtækja er það helst 54. gr. EES-samningsins sem er áhugaverð í þessu samhengi.

Til að framfylgja bannreglum EES-samningsins geta evrópsk samkeppnisyfirvöld aðallega gert tvennt; annars vegar bannað hegðun sem þau telja að feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu og hins vegar beitt sektum. Í tengslum við það fyrirnefnda hefur að jafnaði verið talið að heimildir samkeppnisyfirvalda takmarkist ekki aðeins við að banna ákveðna hegðun heldur felist einnig í þeim heimildir til að gefa fyrirmæli um ákveðna hegðun eða aðstæður. Ekki er að fullu ljóst hversu langt samkeppnisyfirvöld geta gengið á grundvelli þessara heimilda. Almennt er gengið út frá því að fyrirmælin séu liður í að uppræta hina ólögmeitu hegðun fyrirtækis og samkeppnishamlandi áhrif hennar.<sup>20</sup>

Í þessu samhengi hefur farið fram umræða um hvort samkeppnisyfirvöldum sé heimilt að mæla fyrir um uppskiptingu fyrirtækja á þessum grundvelli. Almennt hefur þó verið litið svo á að fyrirmæli um að markaðsráðandi fyrirtæki sé skipt upp með valdi rúmist ekki innan þeirra heimilda sem evrópsk samkeppnisyfirvöld hafa til þess að bregðast við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Hugmyndir þess efnis hafa þó komið fram. Þrátt fyrir það virðast reglur Evrópuréttar ekki heimila uppskiptingu fyrirtækja nema þegar um er að ræða ólöglegan samruna.<sup>21</sup> Þannig geta framkvæmdastjórn Evrópusambandsins og Eftirlitsstofnun EFTA

<sup>20</sup> Davíð Þór Björgvinsson: „Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði“, bls. 138–139.

<sup>21</sup> Davíð Þór Björgvinsson: „Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði“, bls. 139–140.

ekki skipt upp fyrirtækjum sem ekki hafa brotið gegn samkeppnisreglum. Það virðist hins vegar ekkert koma í veg fyrir að reglur landsréttar kveði á um slíka heimild.<sup>22</sup>

Í 59. gr. EES-samningsins er fjallað um opinber fyrirtæki og fyrirtæki sem njóta einkaleyfa eða sérleyfa. Meginreglan í EES- og Evrópurétti er sú að reglur um samkeppni taki einnig til opinberra fyrirtækja og fyrirtækja sem njóta einkaréttar í heimalandi sínu.<sup>23</sup> Í 1. mgr. 59. gr. EES-samningsins segir:

Eigi í hlut opinber fyrirtæki, og fyrirtæki sem aðildarríki EB eða EFTA-ríki veita sérstök réttindi eða einkarétt, skulu samningsaðilar tryggja að hvorki séu gerðar né viðhaldið nokkrum þeim ráðstöfunum sem fara í bága við reglur samnings þessa, einkum reglur sem kveðið er á um í 4. gr. og 53.–63. gr.

Með þessari reglu er því slegið föstu að samkeppnisreglur EES- og Evrópuréttar gildi einnig um opinber fyrirtæki. Í 2. mgr. greinarinnar er þó ákveðin undantekning en þar er tekið fram að: „Reglur samnings þessa, einkum reglurnar um samkeppni, gilda um fyrirtæki sem falið er að veita þjónustu er hefur almenna efnahagslega þýðingu eða eru í eðli sínu fjáröflunareinkasölur, að því marki sem beiting þeirra kemur ekki í veg fyrir að þau geti að lögum eða í raun leyst af hendi þau sérstöku verkefni sem þeim eru falin.“ Það sem skiptir hvað mestu máli í þessu sambandi er að reglur EES- og Evrópuréttar gilda einnig um opinber fyrirtæki.

### 3.3. Bandaríkin og Bretland

Bandarískt samfélag er að mörgu leyti frábrugðið ríkjum Evrópu hvað varðar samfélagslega uppbyggingu. Í ríkjum Bandaríkjanna hefur ávallt verið lögð áhersla á einkarekna þjónustu á flestum sviðum en ríkisstyrkir til fyrirtækja og opinber fyrirtæki skipa ekki eins stóran sess í bandarísku samfélagi eins og í löndum Evrópu. Með fjárhagslegum aðskilnaði í skilningi 14. gr. skl. er aðallega stefnt að því að takmarka niðurgreiðslu opinberra aðila á frjálsum mörkuðum. Í Evrópu hafa opinber fyrirtæki verið umsvifamikil á öllum helstu mörkuðum en í því samhengi má nefna bankastarfsemi, símafyrirtæki og orkufyrirtæki. Af þessum samfélagslega mun má að einhverju leyti draga þá ályktun að bandarískt samfélag hafi ekki staðið frammi fyrir sambærilegu vandamáli og því sem 14. gr. skl. er ætlað að leysa. Það breytir því þó ekki að Bandaríkjamenn voru þeir fyrstu til að setja sér samkeppnislög.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Þskj. 144, 139. lögþ. 2010–11, bls. 4–5 (enn óbirt í A-deild alþt.).

<sup>23</sup> Sigurrós Þorgrímsdóttir: *EES handbókin*, bls. 217.

<sup>24</sup> Alþt. 1992–93, A-deild, bls. 360.



Í bandarískri samkeppnislöggjöf eru heimildir til þess að skipta upp fyrirtækjum. Í þeim efnum eru hvað þekktastar 4. gr. Sherman-laganna sem eru frá 1890 og 15. gr. Clayton-laganna frá 1914. Þessir lagabálkar eru báðir enn í fullu gildi. Í ákvæðum Clayton-laganna er alríkisdómstólnum fengin lögsaga til þess að takmarka og koma í veg fyrir brot á lögnum. Í lögnum er einnig lagt fyrir alríkisstjórnina að hlutast til um málarekstur í þeim tilgangi að koma í veg fyrir og stöðva samkeppnisbrot. Úrræðin sem alríkisdómstólnum standa til boða samkvæmt Clayton-lögnum eru ekki nákvæmlega afmörkuð en í þeim segir almennt að dómstóllinn skuli gefa fyrirmæli og taka ákvarðanir sem nauðsynlegar séu og viðeigandi til að hrinda ákvæðum laganna í framkvæmd.<sup>25</sup>

Meðal þeirra úrræða sem talin hafa verið heimil samkvæmt ákvæðum Clayton-laganna eru: (1) fyrirmæli um að selja dótturfélög, (2) fyrirmæli til að stofna annað félag með viðeigandi styrk í þeim tilgangi að veita varnaraðila<sup>26</sup> samkeppni, (3) fyrirmæli um að heimila samkeppnisaðila að nýta sér einkaleyfi, vörumerki eða láta honum í té framleiðsluleyndarmál eða sérþekkingu sem fyrirtæki býr yfir, stundum gegn hæfilegu gjaldi en stundum án endurgjalds, (4) fyrirmæli um að endurskoða sölu- eða kaupskilmála fyrirtækis, (5) fyrirmæli um að felldir skuli úr gildi samningar fyrirtækis við samkeppnisaðila, birgja eða viðskiptavini, eða eftir atvikum einstökum skilmálum þeirra breytt, (6) þá eru í lögnum taldar vera heimildir til þess að mæla fyrir um að fyrirtæki skuli skipt upp.<sup>27</sup>

Eins og sést eru þær ráðstafanir sem hægt er að grípa til töluvert víðtækar. Ekki er annað að sjá en að þessar heimildir geti falið í sér fjárhagslegan aðskilnað þrátt fyrir að lögin séu ekki sérsniðin að því réttarúrræði. Heimildir til þess að skipta upp fyrirtækjum, sem eru þær heimildir sem lengst ganga í þessu efnum, hafa því verið í lögum í Bandaríkjunum frá byrjun síðustu aldar. Eins og áður sagði er samfélagsskipulag í Bandaríkjunum að sumu leyti ólíkt og í ríkjum Evrópu og því hefur aðallega reynt á heimildir til uppskiptingar þegar í hlut eiga einkafyrirtæki sem hafa sölsað undir sig stóran hluta ákveðins markaðar.

Fyrsta skiptið þar sem heimild til að gefa fyrirmæli til uppskiptingar á einkafyrirtæki var notuð í Bandaríkjunum var uppskipting olúveldis Rockefeller, Standard Oil. Fyrirtækið eignaðist á árunum 1882–1890 um 90% allra olúhrensistöðva í Bandaríkjunum en sú staða ýtti mjög undir setningu Sherman-laganna. Með dómi Hæstaréttar Bandaríkjanna 15. maí

<sup>25</sup> Davíð Þór Björgvinsson: „Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði“, bls. 132.

<sup>26</sup> Varnaraðili: Í þessu tilfalli það félag sem samkeppnisyrifvöld í Bandaríkjunum vilja skipta upp.

<sup>27</sup> Davíð Þór Björgvinsson: „Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði“, bls. 132.

1911 var mælt fyrir um að fyrirtækinu skyldi skipt upp vegna hegðunar þess gagnvart keppinautum sínum og neytendum.<sup>28</sup>

Einu best þekktu dómsmáli þar sem fyrirtæki var skipt upp í Bandaríkjunum lauk árið 1982 þegar bundinn var endir á umfangsmikil málaferli gegn bandaríska símafélaginu AT&T. Félagið samþykkti tillögu bandarískra samkeppnisyrivalda um að því yrði skipt upp í ekki færri en átta félög, sem myndu hvert um sig starfa á ákveðnu sviði fjárskipta, svo sem eingöngu við langlínusímtöl milli fylkja eða eingöngu við staðbundin símtöl innan fylkja. Fyrirtækið hafði gríðarsterka stöðu á fjárskiptamarkaði og er þessi aðgerð af mörgum talin ein sú best heppnaða í starfi samkeppnisyrivalda í Bandaríkjunum.<sup>29</sup>

Af þessum reglum að dæma og þeirri framkvæmd sem hér hefur verið rakin er enginn vafi á því að heimildir dómstóla í Bandaríkjunum til uppskiptingar á fyrirtækjum eru fyrir hendi. Eins og þau mál sem hér voru rakin sýna er hægt að skipta upp einkafyrirtækjum í marga hluta. Hér verður því dregin sú ályktun að ekkert sé því til fyrirstöðu í bandarískum rétti að kveðið verði á um fjárhagslegan aðskilnað á milli opinbers fyrirtækis eða fyrirtækis sem nýtur einkaleyfis eða verndar, þar sem hluti starfseminnar er starfrækt á frjálsum markaði. Þann fyrirvara verður þó að gera að slík ákvæði geta sett önnur skilyrði, svo sem um röskun á samkeppni eða annað slíkt. Í lokin skal það tekið fram að framkvæmd samkeppnismála í Bandaríkjunum er að því leyti frábrugðin framkvæmd samkeppnismála á Íslandi að í Bandaríkjunum eru öll samkeppnismál rekin fyrir dómstólum en samkeppnisyrivöld taka ekki bindandi ákvarðanir þar eins og á Íslandi.

Í breskum rétti er að finna víðtækar heimildir til þess að grípa til aðgerða gegn samkeppnishömlum. Samkvæmt breskum samkeppnislögum er breska samkeppniseftirlitinu heimilt að vísa málum til samkeppnisnefndar þegar eftirlitið telur líkur á því að til staðar séu aðstæður eða einkenni á tilteknum markaði sem takmarki eða raski samkeppni. Breska samkeppniseftirlitið hefur bent á að nauðsynlegt sé að hafa heimildir til að bregðast við aðstæðum þrátt fyrir að ekki sé um lögbrot að ræða. Tilgangur slíkra heimilda sé að kanna hvort samkeppni sé virk á tilteknum markaði í heild. Enn fremur tekur eftirlitið fram að þegar vandamál sem varða markaðinn í heild koma upp dugi bannreglur ekki einar og sér. Ef samkeppnisnefndin kemst að þeirri niðurstöðu að aðstæður á markaði raski samkeppni hefur hún víðtækar heimildir til að grípa til aðgerða. Í heimildum samkeppnisnefndarinnar felst

---

<sup>28</sup> Davíð Þór Björgvinsson: „Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði“, bls. 132–133.

<sup>29</sup> Davíð Þór Björgvinsson: „Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði“, bls. 133.

heimild fyrir nefndina til þess að mæla fyrir um skipulagsbreytingar hjá fyrirtækjum, þar á meðal uppskiptingu þeirra, án þess að þau hafi brotið bresk samkeppnislög.<sup>30</sup>

Af þessu er ljóst að í breskum samkeppnisrétti hafa ákveðin stjórnvöld víðtækar heimildir til uppskiptingar á fyrirtækjum. Þó er ekki að finna í breskum rétti sambærilegt ákvæði og 14. gr. skl. en af þeim heimildum sem raktar voru hér að framan verður að álykta svo að valdheimildir breskra samkeppnislaga séu rúmar og hægt væri að greina á milli starfsemi sem nyti opinberra styrkja eða verndar og starfsemi sem starfrækt væri á frjálsum markaði á þeim grundvelli að slík starfsemi raskaði samkeppni á tilteknum markaði.

---

<sup>30</sup> Þskj. 144, 139. lögþ. 2010–11, bls. 5–6 (enn óbirt í A-deild alþt.).

## 4 Ákvæði 14. gr. skl.

Í þessum kafla ritgerðarinnar verður leitast við að gera ítarlega grein fyrir beitingu 14. gr. skl. Mestmegnis verður stuðst við ákvarðanir samkeppnisyfirvalda en aðeins þar er að finna efnislega umfjöllun um beitingu greinarinnar. Hér á eftir verður því einblínt á framkvæmd samkeppnisyfirvalda og dómstóla þar sem hún á við í þeim tilgangi að varpa ljósi á hvernig 14. gr. skl. hefur verið beitt á þeim tíma sem hún hefur verið í íslenskri löggjöf. Þar sem tilgangur 14. gr. skl. er að koma í veg fyrir niðurgreiðslu opinberra aðila til fyrirtækja sem starfa á frjálsum markaði verður einnig farið lítillega yfir hugtakið *ríkisstyrkur*. Ekki eru í íslenskum samkeppnislögum reglur um ríkisaðstoð en litið verður til Evrópuréttar í því samhengi.

### 4.1 Tilgangur með setningu 14. gr. skl.

Í 8. gr. skl. er fjallað um hlutverk Samkeppniseftirlitsins í fjórum staflaðum. Í c-lið 1. mgr. 8 gr. skl. er fjallað um aðkomu Samkeppniseftirlitsins að rekstri opinberra aðila. Í c-lið greinarinnar segir að hlutverk Samkeppniseftirlitsins sé: „að gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni og benda stjórnvöldum á leiðir til þess að gera samkeppni virkari og auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaði.“ Með því að innleiða 2. mgr. 14. gr. skl. sem nú er 14. gr. skl. er löggjafinn að láta Samkeppniseftirlitinu í té verkfæri, ef svo má segja, í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að aðgerðir opinberra aðila takmarki á einhvern hátt samkeppni.

Segja má til einföldunar að tilgangur 14. gr. skl. sé að koma í veg fyrir niðurgreiðslu ríkis og sveitarfélaga á rekstri fyrirtækja sem starfrækt eru á frjálsum markaði í samkeppni við aðra. Hagkerfi vestrænna ríkja eru byggð á hugmyndafræði um hinn frjálsa markað. Slík hagkerfi grundvallast á því að atvinnurekstur er að stórum hluta á hendi einkaaðila og þannig byggir kerfið á frumkvæði og sköpun einstaklinga. Ríkið kemur hins vegar óhjákvæmilega að þessum markaði í flestum vestrænum ríkjum, þar á meðal á Íslandi, en slík aðkoma getur skekkt samkeppnisstöðu hins frjálsa markaðar.

Einnig skal þess getið að við innleiðingu 14. gr. skl. eru líkur á því að horft hafi verið til þeirrar staðreyndar að Ísland var í þann mund að ganga inn í Evrópska efnahagssvæðið. Með þeirri inngöngu þurfti Ísland að undirgangast samkeppnisreglur Evrópusambandsins en í því samhengi skiptir mestu máli IV. hluti EES-samningsins sem fjallar um samkeppnisreglur.

Eins og fjallað var um í kafla 3.2 hér að framan tekur 1. mgr. 59. gr. EES-samningsins til opinberra fyrirtækja og fyrirtækja sem aðildarríki Evrópusambandsins eða EES-ríki hafa veitt

sérstök réttindi eða einkarétt. Ákvæði 14. gr. skl. er þó ekki samhljóða 59. gr. EES-samningsins en setning 14. gr. skl. hefur líklega verið framkvæmd til þess að bregðast við þeim skyldum sem lagðar eru á aðildarríki EES-samningsins í 1. og 2. kafla IV. hluta samningsins. Þeir kaflar fjalla um fyrirtæki og ríkisaðstoð og má í því samhengi einkum líta til 54. og 59. gr. hans. Hér skal þó tekið fram að aðeins er um getgátur að ræða þar sem hvergi er að finna heimildir fyrir þeim ástæðum sem lágu að baki setningu 14. gr. skl. Í nefndarálit efnahags- og viðskiptanefndar við setningu samkeppnislaga nr. 8/1993 kemur þó stuttlega fram hver tilgangur 14. gr. skl. skuli vera en þar segir: „Lagt er til að 14. gr. verði breytt þannig að nýju ákvæði verði bætt við í þeim tilgangi að styrkja samkeppni, einkum þar sem yfirburðaaðstaða er í skjóli ríkisvalds. Þá verði gerð orðalagsbreyting á þeirri málsgrein sem fyrir er.“<sup>31</sup>

Tilgangur löggjafans með setningu 14. gr. skl. var því að styrkja samkeppni, einkum þar sem yfirburðaaðstaða er í skjóli ríkisvalds. Af þessu sést að ekki eru miklar leiðbeiningar í lögskýringargögnum um tilgang eða beitingu ákvæðisins. Það hefur því fallið í verkahring samkeppnisyfirvalda að skilgreina nánar tilganginn með setningu 14. gr. skl. Samkeppnisyfirvöld hafa að einhverju leyti tjáð sig um tilgang greinarinnar í úrlausnum sínum. Þannig segir í *ákvörðun samkeppnisráðs 22. maí 1996 (23/1996)*<sup>32</sup>:

Ákvæði 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga kom inn í löginn á síðari stigum meðferðar Alþingis að tillögu efnahags- og viðskiptanefndar. Tilgangur ákvæðisins er að koma í veg fyrir að samkeppnisrekstur sé niðurgreiddur af einkaleyfis- eða verndaðri starfsemi og af nefndarálit efnahags- og viðskiptanefndar (348. nefndarálit, 116. löggjafarþing, 9. mál) er ljóst að einkum voru hafðar í huga aðstæður þar sem um yfirburðastöðu í skjóli ríkisvalds er að ræða.<sup>33</sup>

Seinna í sömu ákvörðun segir síðan:

Hugtakið fjárhagslegur aðskilnaður hefur hins vegar ekki verið skilgreint nánar í lögum eða lögskýringargögnum. Ljóst er að vilji löggjafans með samkeppnislögum sé að tryggja að samkeppni í atvinnulífi hér á landi sé virk með því m.a. að vinna gegn samkeppnishömlum og auðvelda aðgang nýrra aðila að markaðnum. Skiptir þá ekki máli hvort sú atvinnugrein sem verið er að efla samkeppni í er rekin af opinberum aðilum eða ekki. Hlutverk Samkeppnisráðs er síðan að framfylgja vilja löggjafans með ýmsum hætti, þar á meðal með fjárhagslegum aðskilnaði milli starfspátta ef stofnun eða fyrirtæki starfar í skjóli einkaleyfis eða annarrar verndar, jafnframt því sem það er með starfsemi sem er í samkeppni við aðra aðila.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Alþt. 1992–93, A-deild, bls. 2368.

<sup>32</sup> Hér eftir verður skammstöfunin ÁSR. notuð um ákvarðanir samkeppnisráðs.

<sup>33</sup> ÁSR. 22. maí 1996 (23/1996), bls. 11.

<sup>34</sup> ÁSR. 22. maí 1996 (23/1996), bls. 11.

Í skýrslu sem unnin var á vegum fjármálaráðuneytisins frá árinu 1997 er farið yfir tilgang fjárhagslegrar aðgreiningar<sup>35</sup> í ríkisrekstri. Fjárhagsleg aðgreining í rekstri ríkisstofnana á að koma fram bæði út á við gagnvart frjálsum markaði og í innra starfi stofnunarinnar. Í skýrslunni segir að fjárhagslegri aðgreiningu sé einkum ætlað að efla kostnaðarvitund í ríkisrekstri, auðvelda stofnunum ákvarðanir um verðlagningu á vöru og þjónustu auk þess að stuðla að jafnræði í samkeppni einkafyrirtækja og ríkisstofnana.<sup>36</sup> Skýrslan er aðeins til leiðbeiningar fyrir ríkisstofnanir og tekið skal fram að hún er ekki bindandi fyrir Samkeppniseftirlitið. Í fimmta kafla ritgerðarinnar verður fjallað með ítarlegri hætti um þessa skýrslu.

#### 4.2 Gildissvið samkeppnislaga með hliðsjón af 14. gr. skl.

Eitt af þeim atriðum sam þarfnast skoðunar þegar fjallað er um 14. gr. skl. er hvert gildissvið greinarinnar er. Eins og nánar verður farið yfir í kafla 4.4 hér á eftir setur greinin sjálf ákveðin skilyrði fyrir því að henni verði beitt. Til þess að átta sig betur á gildissviði greinarinnar þarf að skoða gildissvið samkeppnislaga sem er að finna í 2. og 3. gr. skl.

Í 2. gr. skl. er tekið fram að löginn taki til hvers konar atvinnustarfsemi en greinin hljóðar svo:

Lögin taka til hvers konar atvinnustarfsemi, svo sem framleiðslu, verslunar og þjónustu, án tillits til þess hvort hún er rekin af einstaklingum, félögum, opinberum aðilum eða öðrum. Lögin taka ekki til launa eða annarra starfskjara launþega samkvæmt kjarasamningum.

Af lestri ákvæðisins má ætla að það sé tiltölulega rúmt og að flestöll starfsemi fyrirtækja falli undir þá skilgreiningu sem þar kemur fram. Sú skoðun var hins vegar ekki almenn. Til dæmis hefur Stefán Már Stefánson lýst því yfir í skrifum sínum að löginn tækju tæpast til starfsemi opinberra aðila svo sem heilbrigðisstofnana.<sup>37</sup> Í skýringum við 2. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 er tekið fram að „þjónusta, sem opinberir aðilar veita, svo sem fræðslustarfsemi, heilbrigðisþjónusta og rekstur sjúkrahúsa, félagsmálastarfsemi og þess háttar, telst ekki atvinnustarfsemi og fellur því ekki undir ákvæði frumvarpsins.“<sup>38</sup> Þetta viðhorf endurspegladist í *ÁSR.2. júlí 1994 (11/1994)* en þar voru heilbrigðisráðuneytið og samkeppnisráð ekki á sama máli um gildissvið samkeppnislaga.

<sup>35</sup> Hugtakið er notað í skýrslunni yfir þau tilvik þegar aðeins er um bókhaldslegan aðskilnað að ræða en ekki stjórnunarlegan.

<sup>36</sup> *Fjárhagslegur aðskilnaður í rekstri ríkisstofnana*, bls. 12–13

<sup>37</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samkeppnisreglur*, bls. 151.

<sup>38</sup> Alþt. 1992–93, A-deild, bls. 369.

ÁSR. 2. júlí 1994 (11/1994)

Samkeppnisstofnun barst erindi frá þremur aðilum þar sem þeir töldu að reglugerð um greiðsluhlutdeild sjúklinga frá heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytinu (H) bryti í bága við samkeppnislög. H taldi hins vegar að löggin tækju ekki til slíkrar starfsemi og benti á að þrátt fyrir rúmt orðalag 1. mgr. 2. gr. skl. hefði átt að líta til lögskýringargagna við túlkun ákvæðisins, en í frumvarpi með lögunum kemur fram að heilbrigðisþjónusta teljist ekki atvinnustarfsemi í skilningi laganna og félli því ekki undir ákvæði þeirra. Í úrlausn sinni tók samkeppnisráð (S) þetta álitafni til skoðunar. S taldi að úrlausn málsins byggði á sjónarmiðum á samspili lagatexta og greinargerðar. Í þeim tilvikum þyrfti að líta til þess að 1. mgr. 2. gr. skl. væri skýrt orðuð og löggin tækju þannig til hvers konar atvinnustarfsemi án tillits til hver rekstraraðilinn er. S taldi að í þeim tilvikum þegar misræmi er milli skýrs og ótvíráðs lagatexta annars vegar og lögskýringargagna hins vegar væru dómafordæmi fyrir því að lagatextinn sé látinn gilda og lögskýringargögnum sé vikið til hliðar. S taldi þannig að gildissvið laganna næði til opinberra stofnana, svo sem sjúkrahúsa, enda væri starfsemi þeirra ekki undanskilin í lögunum.

Af þessari ákvörðun samkeppnisráðs má sjá að samkeppnisyfirvöld töldu á þeim tíma að gildissvið laganna væri rúmt. Því til stuðnings má vísa í 1. tl. 1. mgr. 4. gr. skl. en þar er hugtakið *atvinnurekstur* skilgreint á eftirfarandi hátt: „Atvinnurekstur er hvers konar atvinnustarfsemi, óháð formi eignarhalds og án tillits til þeirrar vöru, þjónustu eða réttinda sem verslað eða sýslað er með gegn endurgjaldi.“

Árið 1998 reyndi svo á það álitafni hvort samkeppnislög nr. 8/1998 tækju til heilbrigðisþjónustu fyrir Hæstarétti.

*Hrd. 1998, bls. 3398.*

Um var að ræða skaðabótamál sérfræðilæknisins Á sem hóf sjálfstæðan rekstur árið 1991 þar sem hann bauð sjúklingum að koma á einkastofu sína vegna sjúkdóma sinna. Þegar reksturinn hófst skipti ekki máli fyrir sjúklinga hvort þeir fóru á stofu Á eða á ríkisspítala þar sem þeir greiddu sama verð fyrir þá þjónustu sem þeir fengu. Eftir að Á hafði rekið stofu sína í nokkurn tíma breyttust reglur um greiðslur Tryggingastofnunar sem leiddi til þess að mun ódýrara var fyrir sjúklinga að leita til ríkisspítala vegna aðgerða en að leita til Á, þar sem Tryggingastofnum tók minni þátt í kostnaði við aðgerðir sem voru ekki framkvæmdar á ríkisspítölum sbr. reglugerð frá heilbrigðis- og tryggingaráðuneytinu. Í málflutningi sínum vísaði Á til ÁSR. 2. júlí 1994 (11/1994). Í dómi Hæstaréttar fjallar rétturinn meðal annars um gildissvið samkeppnislaga og segir orðrétt: „Mál þetta varðar í senn skipulag sjúkratrygginga hér á landi og lækniþjónustu innan og utan sjúkrahúsa á því sviði, er störf gagnáfrýjanda sem sérfræðilæknis tóku til. Hvort tveggja þetta verður talið til atvinnustarfsemi í viðtækri merkingu, þótt heilbrigðisþjónusta sé að miklu leyti í höndum opinberra stofnana og jafnframt kostuð af fé úr sameiginlegum sjóðum landsmanna í meira mæli en af beinum framlögum þeirra, sem hennar njóta. Samkvæmt stefnumörkun 2. gr. laga nr. 8/1993 og áður sömu greinar laga nr. 56/1978 er rétt að líta svo á, að lagareglur um samkeppni í viðskiptum taki til umræddrar starfsemi eins og við getur átt, enda sé hún ekki bundin af reglum annarra laga, er þeim standi framar. Nokkur ákvæði laga nr. 8/1993 beinast og gagnert að opinberum aðilum, sbr. meðal annars 19. gr. þeirra, sem hér reyndi á.“

Með þessum dómi Hæstaréttar var því slegið föstu að samkeppnislög tækju til opinberra aðila sem hafa með höndum atvinnurekstur að einhverju leyti. Þannig má ætla að ef löggjafinn hefði ætlað að undanskilja einhvern rekstur frá samkeppnislögum hefði hann þurft að gera það með undantekningarákvæði í lögnum sjálfum. Auk þess benti Hæstiréttur réttilega á að ákveðin ákvæði samkeppnislaga beindust gagnert að opinberum aðilum en í því samhengi nefndi dómurinn 19. gr. þágildandi samkeppnislaga. Sama gildir um 14. gr. skl. sem hér er til umfjöllunar.

Í frumvarpi til samkeppnislaga nr. 8/1993 er einnig tekið fram að lögin taki ekki til góðgerðarstofnana, þar með talið happdrættis, nema að atvinnustarfsemi þeirra sé rekin á viðskiptagrundvelli.<sup>39</sup> Þessi undantekning hefur ekki komið til skoðunar á sama hátt og sú undantekning sem fjallað var um hér að framan og laut að heilbrigðisstarfsemi. Þó má ætla að með sama hætti hefði löggjafinn þurft að undanskilja atvinnustarfsemi góðgerðarstofnana í lögnum sjálfum.

Þetta virðist vera skilningur samkeppnisyfirvalda ef litið er til dæmis til *ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins 15. október 2007 (55/2007)*<sup>40</sup> er varðaði starfsemi Landsbjargar. Landsbjörg hafði meðal annars opinbert einkaleyfi til að reka spilakassa í þeirri viðleitni að afla fjár til góðgerðarstarfsemi, svo sem björgunarstarfa. Líta má á starfsemi Landsbjargar í heild sem góðgerðarstarfsemi en augljóst er að stofnunin stundar atvinnustarfsemi að einhverju leyti í þeim tilgangi að fjármagna starfsemi sína. Ekki var fjallað sérstaklega um eðli starfsemi Landsbjargar af hálfu Samkeppniseftirlitsins en ekki er annað að sjá en að eftirlitið telji starfsemi Landsbjargar falla undir samkeppnislög.

Dæmi um starfsemi sem ekki fellur undir samkeppnislög kom fram í *ÁSR. 4. október 1995 (30/1995)* en þar kvartaði hannyrðaverslunin Storkurinn yfir því að stéttarfélagið VR styrkti ekki félagsmenn sína ef þeir vildu fara á hanayrðanámskeið á vegum Storksins. Samkeppnisráð tók málið til athugunar og komst að því að VR félli ekki undir gildissvið þágildandi samkeppnislaga. Komst Samkeppnisráð að þeirri niðurstöðu að VR stundaði ekki atvinnurekstur í skilningi 4. gr. skl. Auk þess sagði í ákvörðuninni:

Þar sem V.R. stundar ekki atvinnustarfsemi telst félagið ekki fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga, sbr. 4. gr. laganna. Þegar þetta er virt verður ekki séð að starfsemi V.R. falli undir ákvæði samkeppnislaga þar sem lögnum er einungis ætlað að taka til þeirra aðila í einkarekstri sem stunda atvinnustarfsemi á viðskiptagrundvelli en félög og samtök sem ekki stunda atvinnustarfsemi, t.d. líknarfélög og stéttarfélög, eru undanþegin ákvæðum laganna.

<sup>39</sup> Alþt. 1992–93, A-deild, bls. 370.

<sup>40</sup> Hér eftir verður skammstöfunin ÁSE. notuð um ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins.



Auk þess sem að ofan greinir má ljóst vera að V.R. telst ekki vera opinber aðili í skilningi samkeppnislaga og gilda því úrræði laganna sem lúta að hinu opinbera ekki um starfsemi félagsins. Með vísan til þess og með hliðsjón af því sem að ofan segir fellur sá hluti starfsemi V.R. sem mál þetta tekur til ekki undir gildissvið samkeppnislaga.<sup>41</sup>

#### 4.2.1 Gildissvið 14. gr. skl.

Þrátt fyrir að gildissvið samkeppnislaga sé rúmt og taki meðal annars til opinberra aðila verður 14. gr. laganna ekki beitt í öllum þeim tilvikum sem ætla mætti. Í nokkrum málum hefur komið til umfjöllunar að hvaða leyti samkeppnisyfirvöld geti beitt ákvæðum samkeppnislaga gegn sveitarfélögum en þau starfa eftir sveitarstjórnarlögum nr. 45/1998. Í 1. mgr. 78. gr. Stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands kemur fram að sveitarfélög skuli sjálf ráða málefnum sínum eftir því sem lög leyfa. Samkvæmt c-lið 8. gr. skl. ber Samkeppniseftirlitinu skylda til að gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni en þeirri íhlutun eru þó sett ákveðin mörk. Í þessum kafla verður leitast við að skýra hvar þessi mörk liggja.

Eitt af þeim álitafnum sem vörðuðu þessa spurningu eftir setningu samkeppnislaga nr. 8/1993 var hvort rekstur sveitarfélaga á tjaldsvæði myndi falla innan gildissviðs laganna. Um þetta álitafni voru Samkeppnisráð og áfrýjunarnefnd samkeppnismála ekki sammála.

#### ÁSR. 21. mars 1996 (11/1996)

Samkeppnisstofnun barst erindi frá eiganda tjaldsvæðis í Reykjanesbæ (E), en hann kvartaði yfir því að Grindavíkurbær (G) byði ferðamönnum endurgjaldslausu gistingu á tjaldsvæði bæjarins. E taldi að þessir tveir aðilar þjónuðu sama markaði og því væri ekki tækt að G niðurgreiddi rekstur tjaldsvæðis sem væri í samkeppni við einkaaðila. Hann krafðist þess því að Samkeppnisráð beitti 2. mgr. 14. gr. skl. í þeim tilgangi að skilja að rekstur tjaldsvæðisins frá G. Samkeppnisráð fór yfir málið og taldi augljóst að G niðurgreiddi rekstur tjaldsvæðisins og raskaði þannig samkeppni á þeim markaði. Með vísan til 2. mgr. 14. gr. skl. var G því gert að greina á milli rekstrar tjaldsvæðisins og bæjarsjóðs.

Af þessari ákvörðun að dæma er samkeppnisyfirvöldum heimilt að beita 14. gr. skl. í slíkum tilvikum. Ákvörðuninni var hins vegar skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þar sem fékkst önnur niðurstaða.

#### Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 7. júní 1996 (6/1996)<sup>42</sup>

Í úrskurði þessum var tekin fyrir ÁSR. 21. mars 1996 (11/1996). sem reifuð var hér að ofan. Í úrskurðinum var fjallað um að samkvæmt þágildandi sveitarstjórnarlögum nr. 8/1986 var það eitt af verkefnum sveitarfélaga að sjá um „íþróttir og útivist“ en í þeim hugtökum telur áfrýjunarnefndin að felist meðal annars rekstur tjaldsvæðis. Auk þess

<sup>41</sup> ÁSR. október 1995 (30/1995), bls. 6.

<sup>42</sup> Hér eftir verður skammstöfunin ÚÁS. notuð um úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

segir í úrskurðinum: „Við úrlausn máls þessa þykir einnig mega hafa í huga að mörg sveitarfélög hafa litið á það sem hlutverk sitt að koma upp og reka tjaldstæði til afnota fyrir innlenda og erlenda ferðamenn. Áfrýjunarnefndin lítur svo á að lágmarksstarfsemi, svo sem hér um ræðir, geti fallið undir þau verkefni sem sveitarfélögum sé skylt að annast og kosta má með almennum sjóðum þess. Miðað við gögn máls þessa þykir mega leggja til grundvallar að tjaldstæði sem Grindavíkurbær rekur í Grindavík og málið snýst um fari ekki yfir þau mörk sem eðlileg umsvif sveitarfélagsins útheimta.“<sup>43</sup> Með þeim rökum felldi nefndin *ÁSR. 21. mars 1996 (11/1996)* um fjárhagslegan aðskilnað á grundvelli 14. gr. skl. úr gildi.

Segja má að í þessum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi ekki verið mikil efnisleg umfjöllun um mörkin á milli þeirra verkefna sem sveitarfélögum er skylt að sinna lögum samkvæmt og þess rekstrar eða þjónustu sem er í samkeppni við einkaaðila. Þrátt fyrir það markaði úrskurðurinn ákveðna stefnu hvað varðar þau mörk sem hér eru til umfjöllunar. Gengið hefur verið út frá því að sveitarfélögum sé heimilt að halda uppi lágmarksþjónustu við þá sem sækja þau heim. Í nýlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá árinu 2009 er ítarlega fjallað um þessi skil.

*ÁSE. 30. júní 2009 (25/2009)*

Samkeppniseftirlitinu barst krafa frá S um að athugað yrði hvort B bryti gegn ákvæðum samkeppnislaga með rekstri tjaldsvæðis í samkeppni við S. Samkeppniseftirlitið tók málið til ýtarlegrar skoðunar og komist var að þeirri niðurstöðu í samræmi við *ÚÁS.7. júní 1996 (6/1996)* að rekstur tjaldsvæða rúmaðist innan þeirra lögbundnu verkefna sem á sveitarfélögum hvíldu lögum samkvæmt. Komst eftirlitið að þeirri niðurstöðu að um matskennd atvik væri að ræða og því yrði að meta hversu umfangsmikil starfsemi tjaldsvæðis B væri, enda bæri B aðeins að tryggja lágmarksþjónustu við gesti. Næsta skref var því að skilgreina lágmarksþjónustu en eftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að hún hefði breyst frá árinu 1996 og gerðu ferðamenn að jafnaði meiri kröfur nú en þá. Í ákvörðuninni var gert grein fyrir hinum ýmsu tegundum tjaldsvæða og þeim gefnar stjórnur eftir umfangi þjónustu á hverjum stað. Niðurstaða eftirlitsins var sú að B byði ekki upp á umfangsmeiri þjónustu en sveitarfélögum væri almennt heimilt. Í ákvörðuninni kom fram að: „Í samræmi við ákvæði 14. gr. samkeppnislaga liggur því fyrir að ekki eru lagalegar forsendur til að líta svo á að rekstur Borgarbyggðar á tjaldsvæðinu í Borgarnesi sé í samkeppni við einkaaðila. Samkeppniseftirlitið hefur því ekki heimildir til að gera kröfu um fjárhagslegan aðskilnað á rekstri tjaldsvæðisins frá öðrum rekstri sveitarfélagsins á grundvelli 14. gr. samkeppnislaga.“<sup>44</sup>

Af þessari framkvæmd samkeppnisyfirvalda má draga þá ályktun að þrátt fyrir að sveitarfélög kunni að hafa heimildir til þess að sinna ákveðnum verkefnum, svo sem rekstri tjaldsvæða, sé það ávallt matskennt hversu umfangsmikil starfsemin þarf að vera til þess að hún raski samkeppni á þann hátt að forsvaranlegt sé að beita heimildum samkeppnislaga, svo sem 14. gr. þeirra. Þannig þurfi opinberir aðilar ávallt að gæta þess að þeir raski ekki

<sup>43</sup> ÚÁS. 7. júní 1996 (6/1996), bls. 2.

<sup>44</sup> ÁSE. 30. júní 2009 (25/2009), bls. 15.

samkeppni á almennum markaði þrátt fyrir að þeir séu að sinna verkefnum í formi atvinnurekstrar sem þeim er skylt eða heimilt að sinna á grundvelli laga.

Starfsemi sveitarfélaga er tiltölulega víðtæk og þannig getur reynt á þau mörk sem hér eru til umfjöllunar á mörgum sviðum.

*ÁSE. 21. desember 2007 (69/2007)*

Í málinu kvartaði Gámaþjónustan (G) til Samkeppniseftirlitsins yfir starfsemi Reykjavíkurborgar (R) á endurvinnslumarkaði. Taldi G að Reykjavíkurborg raskaði samkeppni á þessum markaði með því að bjóða borgarbúum að skila blaðaúrgangi og öðrum endurvinnanlegum úrgangi í sérstakar bláar tunnur. Í málinu hélt G því fram að starfsemi R væri atvinnustarfsemi en ekki sorphirða þar sem markmið R væri að safna saman endurvinnanlegum úrgangi og selja hann svo í samkeppni við aðra, meðal annars G. Auk þess nyti R ýmiss konar verndar í skilning 14. gr. skl., svo sem undanþágu frá opinberum gjöldum. R hélt því hins vegar fram að um sorphirðu væri að ræða en það væri eitt af lögbundnum skylduverkefnum sveitarfélaga og flokkaðist sem grunnþjónusta. Tilgangur þess að safna endurvinnanlegu sorpi væri meðal annars að minnka það magn sem færi til orðunar og þannig stuðla að umhverfisverndarsjónarmiðum. Samkeppniseftirlitið virtist komast að þeirri niðurstöðu að starfsemi R raskaði samkeppni en vegna þeirra heimilda sem sveitarfélög njóta til að sinna ýmsum verkefnum voru hendur Samkeppniseftirlitsins bundnar. Þetta má sjá af seinustu málsgreinum ákvörðunarinnar: „Eins og að framan greinir er fjallað með margvíslegum hætti í lögum um hlutverk sveitarstjórna er tengjast sorphirðu og endurvinnslu. Ljóst er af þeirri umfjöllun að sorphirða og endurvinnsla eins og sú sem felst í hinum Bláu tunnnum verður að teljast meðal lögbundinna skylduverkefna sveitarfélaga, sbr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 og lögum um meðhöndlun úrgangs nr. 55/2003. Fær Samkeppniseftirlitið ekki séð að sú þjónusta sem felst í Bláu tunnnum sé á einhvern hátt yfirgripsmeiri en lög gera ráð fyrir. Eins og áður segir leiðir af almennum lögskýringarsjónarmiðum að samkeppniseftirlitið hefur takmarkaðar heimildir til afskipta af framkvæmd sveitarfélaga vegna lögbundinna verkefna þeirra, sbr. áður nefndar ákvarðanir og úrskurði samkeppnisyfirlitvalda. með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að lagagrundvöll skorti til þess að verða við kröfum kvartanda um íhlutun af hálfur eftirlitsins í máli þessu.“<sup>45</sup>

Samkeppniseftirlitið lét hins vegar ekki staðar numið og hélt áfram: „Að mati Samkeppniseftirlitsins hafa komið fram vísbendingar í málinu um að rekstur Reykjavíkurborgar á Bláu tunnnum raski samkeppni á markaði fyrir sorphirðu. Hendur eftirlitsins eru hins vegar bundnar vegna þeirra hlutverka tengdum sorphirðu sem sveitarstjórnnum er falið með lögum og fordæma áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Samkeppniseftirlitið áskilur sér þó rétt til þess að taka síðar til athugunar hvort ástæða sé til þess að beina áliti til Reykjavíkurborgar á grundvelli c.liðar 1. mgr. 8. gr.“<sup>46</sup>

Af lokamálsgrein ákvörðunarinnar sést að Samkeppniseftirlitið taldi að Reykjavíkurborg raskaði samkeppni á markaði. Samspil samkeppnislaga og annarra laga leiddi hins vegar til þess að fjárhagslegum aðskilnaði varð ekki beitt á grundvelli 14. gr. skl. eða annarra greina laganna. Hér má því segja að um ákveðið takmarkatilvik hafi verið að ræða þar sem samkeppnisreglur náðu ekki að koma í veg fyrir að opinber aðili raskaði samkeppni á

<sup>45</sup> ÁSE. 21. desember 2007 (69/2007), bls. 21.

<sup>46</sup> ÁSE. 21. desember 2007 (69/2007), bls. 21.

markaði. Samkeppniseftirlitið áskildi sér þó rétt til þess að beina álitni til Reykjavíkurborgar á grundvelli c-liðar 1. mgr. 8. gr. skl. en í þeirri heimild felst ekki réttur til bindandi fyrirmæla heldur getur Samkeppniseftirlitið bent stjórnvöldum á leiðir til þess að gera samkeppni virkari og auðvelda nýjum aðilum að komast inn á samkeppnismarkað.

Þó að ýmis starfsemi sveitarfélaga uppfylli skilyrði þess að 14. gr. skl. verði beitt, en sveitarstjórnarlög komi í veg fyrir þá beitingu, getur þetta einnig átt við um starfsemi annarra fyrirtækja þar sem starfsemi þeirra er byggð á lögum sem kveða á um skyldur ákveðinna aðila. Má í því samhengi nefna skóla og fyrirtæki sem sinna heilbrigðisþjónustu.

*ÁSE. 16. september 2008 (49/2008)*

Félag íslenskra stórkaupmanna (F) krafðist þess að Bóksölu stúdenta (B) yrði gert skylt á grundvelli 14. gr. skl. að greina á milli þess rekstrar sem sérstaklega væri ætlaður til að þjónusta námsmenn og kennara og þeirrar þjónustu sem beint væri að almenningi. Að beiðni F tók Samkeppniseftirlitið málið til skoðunar og komst að þeirri niðurstöðu að vegna skattaávilnana sem B naut teldist B falla undir ákvæði 14. gr. skl. Einnig keppti B að einhverju leyti á frjálsum markaði. Hins vegar taldi Samkeppniseftirlitið ekki unnt að greina á milli þess rekstrar sem þjónaði námsmenn sérstaklega á grundvelli lagaskyldu og þjónustu við almenning og taldi því ekki unnt að beita úræðum 14. gr. skl. um fjárhagslegan aðskilnað.

Í þessari ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að Bóksölu stúdenta hefði verið falið ákveðið verkefni eða skylda lögum samkvæmt. Á meðan bóksalan sinni þessari skyldu sinni og fór ekki út fyrir hana svo nokkru varðaði yrði 14. gr. skl. ekki beitt um rekstur hennar. Af þessari ákvörðun má þannig draga þá ályktun að ef löggjafinn hefur falið einhverjum ákveðnum aðila, hvort sem er í eigu opinberra aðila eða ekki, ákveðið verkefni lögum samkvæmt verður 14. gr. skl. ekki beitt um þá starfsemi, þrátt fyrir að hún raski samkeppni að einhverju leyti á frjálsum markaði. Þannig þarf við beitingu 14. gr. skl. ekki aðeins að líta til gildissviðs samkeppnislaga heldur einnig til annarra laga sem gilda um starfsemi þess fyrirtækis sem til greina kemur að beita fjárhagslegum aðskilnaði.

#### *4.2.2 Sérlæg kveða á um fjárhagslegan aðskilnað*

Ákvæði 14. gr. skl. er víðtækt og getur tekið til fjölbreyttrar starfsemi. Þannig er reglan hugsuð til þess að bregðast við þeirri aðstöðu þegar opinbert fyrirtæki eða fyrirtæki sem nýtur einkaleyfis eða verndar frá hinu opinbera er í þeirri stöðu að raska samkeppni á markaði. Hins vegar er ekki eðlilegt að samkeppnisyfirvöld eigi að þurfa að skikka alla sem í þessari aðstöðu eru til að skilja á milli rekstrar sem er niðurgreiddur af ríki eða nýtur verndar og þeirrar starfsemi sem er á frjálsum markaði. Eðlilegt verður að teljast að löggjafinn setji

reglur í sérlögum sem skylda fyrirtæki til þess að skilja fjárhagslega á milli verndaðrar starfsemi og starfsemi sem er í frjálsum rekstri á markaði. Með sérlögum er í þessu tilfalli átt við lög sem kveða á um fjárhagslegan aðskilnað hjá því tiltekna fyrirtæki eða fyrirtækjum sem lögin gilda um.

Í 37. gr. lyfjalaga nr. 93/1997 segir: „Á sjúkrahúsum er heimilt að starfrækja sérstök sjúkrahússapótek sem hafa umsjón með og bera ábyrgð á öflun og varðveislu lyfja og eftirliti með notkun þeirra á einstökum deildum. Rekstur sjúkrahússapóteks skal vera fjárhagslega aðskilinn frá öðrum rekstri sjúkrahússins.“

Í 2. mgr. 18. gr. laga nr. 19/2002 um pósthjónustu segir: „Ráðherra skal setja reglugerð um bókhald póstrekenda, sundurgreiningu kostnaðar og fjárhagslegan aðskilnað milli pósthjónustu og annars reksturs og milli einkaréttarþjónustu, alþjónustu og annarrar þjónustu.“

Í 3. mgr. 12. gr. laga nr. 73/2005 um skipan ferðamála segir: „Upplýsingamiðstöðvar sem njóta opinbers fjárstuðnings skulu halda þeim þætti starfseminnar fjárhagslega aðskildum frá öðrum þáttum starfseminnar, svo sem bókunarþjónustu. Ráðherra er heimilt að setja nánari reglur um bókhald og fjárhagslegan aðskilnað þjónustu sem nýtur opinbers fjárstuðnings og annars reksturs.“

Hér að ofan eru dæmi úr þrennum lögum þar sem kveðið er sérstaklega á um, eða ráðherra skyldaður til að kveða á um, fjárhagslegan aðskilnað hjá ákveðnum fyrirtækjum. Erfitt er að sjá að á þessum aðilum hvíli að einhverju leyti strangari skyldur til aðgreiningar en á þeim aðilum sem falla einnig undir gildissvið 14. gr. skl. Frekar má líta á þessar greinar sem vakningu löggjafans fyrir mikilvægi fjárhagslegs aðskilnaðar í samkeppnislegum skilningi.

Þegar sérlög kveða á um fjárhagslegan aðskilnað er það undir því fyrirtæki komið sem heyrir undir lögin að framkvæma hann. Sú framkvæmd getur hins vegar verið misjöfn milli stofnana og var það einmitt eitt af markmiðum skýrslu fjármálaráðuneytisins um fjárhagslegan aðskilnað í ríkisrekstri að samræma stefnu um slíka framkvæmd.<sup>47</sup> Samkeppnisyfirvöld hafa þó í gegnum tíðina þurft að kveða á um frekari fjárhagslegan aðskilnað þótt slík skylda hvíli á fyrirtækjum í sérlögum.

*ÁSR. 16. febrúar 1996 (1/1996)*

Apótekarafélag Íslands (A) kvartaði til Samkeppnisstofnunar vegna meintra brota sjúkrahússapóteka á lyfjalögum en í þeim lögum var heimild til að starfrækja sérstök

---

<sup>47</sup> *Fjárhagslegur aðskilnaður í rekstri ríkisstofnana*, bls. 11.

sjúkrahúsapótek á sjúkrahúsum ríkisins. Í lögum kom jafnframt fram að sjúkrahúsapótekin skyldu vera fjárhagslega aðskilin frá sjúkrahúsunum (Landspítalanum). A taldi að ekki væri framkvæmdur fullnægjandi fjárhaglegur aðskilnaður við rekstur sjúkrahúsapótekanna. Samkeppnisráð tók málið til umfjöllunar en í því kom meðal annars fram að sjúkrahúsapótekin greiddu ekki tekju- og eignaskatt. Af gögnum málsins þótti ljóst að sá fjárhagslegi aðskilnaður sem farið hafði fram milli rekstrar sjúkrahúsapóteka og rekstrar Landspítalans fullnægði hvorki þeim kröfum sem gerðar voru til 2. mgr. 14. gr. skl. um fjárhagslegan aðskilnað né 1. mgr. 34. gr. lyfjalaga. Af þeim ástæðum mælti samkeppnisráð fyrir um fjárhagslegan aðskilnað á grundvelli 2. mgr. 14. gr. skl. þar sem ekki hafði verið farið með fullnægjandi hætti eftir skyldu til fjárhagslegs aðskilnaðar í sérlögum.

#### ÁSR. 6. júlí 1999 (20/1999)

Útfararstofan Þ kvartaði til Samkeppnisstofnunar yfir rekstri sóknarnefndar Borgarnessóknar á Útfararþjónustu Borgarfjarðar (B). Aðallega var deilt um í málinu hvort nægjanlega væri skilið á milli rekstrar B og annars lögbundins rekstrar sóknarnefndarinnar. Í umfjöllun samkeppnisráðs kom meðal annars fram að: „Í 2. mgr. 21. gr. laga nr. 36/1993, um kirkjugarða, greftrun og líkbrennslu, segir að þar sem kirkjugarðsstjórnir reki útfararþjónustu skuli sú starfsemi vera algerlega aðskilin frá lögbodnum verkefnum kirkjugarðsstjórnar. Í athugasemdum með frumvarpi til ofangreindra laga segir að ákvæði 2. mgr. 21. gr. miði að því að útfararþjónusta á vegum kirkjugarðsstjórnar sitji við sama borð í viðskiptalegu tilliti og útfararþjónusta á vegum annarra aðila.“<sup>48</sup> Í ákvörðuninni komst samkeppnisráð að þeirri niðurstöðu að sóknarnefndin hefði ekki viðhaft algjöran fjárhagslegan aðskilnað eins og 2. mgr. 21. gr. laga nr. 36/1993 gerði ráð fyrir. Með vísan til þess og 2. mgr. 14. gr. skl. mælti samkeppnisráð fyrir um fjárhagslegan aðskilnað.

Af þessum ákvörðunum samkeppnisráðs má sjá nauðsyn 14. gr. skl. þar sem ekki er hægt að treysta því að þær stofnanir sem starfa að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar skilji fjárhagslega á milli rekstrareininga sinna á fullnægjandi hátt.

Annað getur komið fram í sérlögum en þar geta ákveðnir markaðir verið undanskildir samkeppnislögum. Þetta má til að mynda leiða af lögum nr. 99/1993 um framleiðslu, verðlagningu og sölu á búvörum. Í frumvarpi með breytingartillögum á fyrrgreindum lögum á 130. löggjafarþingi kemur fram að starfsemi afurðastöðva í mjólkuriðnaði skuli vera undanskilin gildissviði samkeppnislaga.<sup>49</sup> Þegar slík fyrirmæli koma fram í lögum hefur Samkeppniseftirlitið ekki afskipti af þeim mörkuðum eða fyrirtækjum sem undanskilin eru í sérlögum.

Að lokum skal það tekið fram að sérlög geta kveðið á um ákveðinn tilgang með rekstri tiltekinna fyrirtækja sem njóta einkaleyfis eða verndar og kemur sá tilgangur þá einnig inn í mat Samkeppniseftirlitsins um hvort beita eigi heimildum 14. gr. skl. um fjárhagslegan aðskilnað. Þetta má meðal annars sjá af *ÁSE. 16. september 2008 (49/2008)*, sem varðaði

<sup>48</sup> ÁSR. 6. júlí 1999 (20/1999), bls. 12.

<sup>49</sup> Alþt. 2003–04, A-deild, bls. 6720.

kröfu íslenskra stórkaupmanna um að fjárhagslegur aðskilnaður færi fram hjá Bóksölu stúdenta.

#### 4.3 Heimildarákvæði

Ákvæði 14. gr. skl. er heimildarákvæði en í texta ákvæðisins kemur fram að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað. Þannig er það mat eftirlitsins hverju sinni hvort beita skuli ákvæðinu í einstökum tilfellum. Þannig væri það óhentugt ef Samkeppniseftirlitinu væri skylt að beita ákvæðinu að þeim tveimur skilyrðum uppfylltum sem ákvæðið krefst. Í slíkri aðstöðu er rökrétt að eftirlitið geti beitt vægari úrræðum ef hagsmunir eru litlir. Þetta má glöggst sjá af ákvörðunum samkeppnisyfirvalda í ýmsum málum.

*ÁSR. 11. mars 2002 (6/2002)*

Sjálfstætt starfandi sjúkrahjálfarar kvörtuðu yfir starfsemi félaga sem nutu styrkja af opinberu fé til þess að veita sjúklingum sjúkrahjálfun. Kvörtunin var tvíþætt, annars vegar var kvartað yfir starfsemi stofnananna sjálfra en hins vegar yfir starfsemi einstakra sjúkrahjálfara eftir opnunartíma stofnananna, þar sem þeir nýttu sér aðstöðu á vinnustað sínum ýmist að kostnaðarlausu eða fyrir lítið gjald. Hér verður aðeins reifaður sá hluti þessa máls sem snýr að sjúkrahjálfurum MS-félagsins, en þeir nýttu aðstöðu félagsins sér að kostnaðarlaus við meðhöndlun eigin sjúklinga. Í ákvörðun samkeppnisráðs var þetta álitafni tekið til skoðunar. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að starfsemi sem þessi félli undir 14. gr. skl. þar sem sjúkrahjálfarar sem störfuðu hjá MS-félaginu þurftu ekki að borga aðstöðugjöld. Hins vegar benti samkeppnisráð á að þó að sjúkrahjálfarar MS-félagsins fengju að öllum líkindum meira fyrir vinnu sína röskuðu þeir ekki samkeppni til neytenda. Þannig borguðu sjúklingar sama verð fyrir sjúkrahjálfun óháð því hvert þeir fóru. Samkeppnisráð endaði á því að segja: „Eins og áður segir er 14. gr. samkeppnislaga heimildarákvæði og er samkeppnisráði því ekki skylt að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað þótt fyrrgreindar forsendur séu fyrir hendi. Í ljósi þess að hér er um smávægilega hagsmuni að ræða auk þess sem sjúklingar greiða sama gjald hjá sjúkrahjálfurum MS-félagsins og hjá sjálfstætt starfandi sjúkrahjálfurum, telur samkeppnisráð að ekki sé ástæða til að kveða á um svo íþyngjandi aðgerð sem ákvörðun um fjárhagslegan aðskilnað hefur í för með sér.“<sup>50</sup>

Þessi ákvörðun samkeppnisráðs var síðar staðfest með *ÚÁS. 3. júní 2002 (8/2002)*. Af ákvörðuninni má sjá að samkeppnisyfirvöld meta heildstætt þá hagsmuni sem eru fyrir hendi í hverju máli fyrir sig. Til þess verður að líta að fjárhagslegur aðskilnaður á grundvelli 14. gr. skl. er afar íþyngjandi ráðstöfun. Í máli sjúkrahjálfara MS-félagsins taldi samkeppnisráð bæði skilyrði 14. gr. skl. uppfyllt en staðan raskaði þrátt fyrir það ekki samkeppni á þessum tiltekna markaði. Þannig greiddu sjúklingar sama verð fyrir sjúkrahjálfun óháð því hvert þeir sóttu

<sup>50</sup> ÁSR. 11. mars 2002 (6/2002), bls. 17.

þjónustuna og taldi Samkeppniseftirlitið ekki sýnt fram á að þetta fyrirkomulag hefði leitt til aðstöðumunar hvað varðaði tækjakost við meðferðina.<sup>51</sup> Þá var talið að umfang starfseminnar væri það lítið að ekki væri tilefni til þess að beita 14. gr. skl.

Í ljósi ofangreinds má því segja að mikilvægt sé að ákvæði eins og 14. gr. skl., sem kveður á um fjárhagslegan aðskilnað, sé heimildarákvæði enda getur Samkeppniseftirlitið einnig beitt vægari úræðum þegar það glímur við samkeppnishömlur á markaði. Samkvæmt 16. gr. skl. hefur Samkeppniseftirlitið víðtækar heimildir til þess að grípa til ýmissa aðgerða í þeim tilgangi að vinna gegn samkeppnishömlum á markaði. Þannig getur verið eðlilegra að beita vægari úræðum samkeppnislaga en 14. gr. þeirra ef þær ráðstafanir geta skilað sama árangri.

#### ÁSR. 31. desember 2002 (3/2002)

H, sem rak sólbaðsstofu, kvartaði til Samkeppnisstofnunar yfir rekstri sólbekkjar sem sveitarfélagið Ölfuss rak í íþróttamiðstöð Þorlákshafnar. H hélt því fram að sveitarfélagið greiddi niður rekstur bekkjarins og raskaði þannig samkeppni með því að bjóða þeim sem keyptu aðgang að bekknum frítt í sundlaug bæjarins. Samkeppnisráð tók málið til skoðunar og taldi að slík háttsemi fæli í sér niðurgreiðslu í skilningi 14 gr. skl. Hins vegar var talið að hagsmunir í málinu væru það litlir að nærtækara væri að beita þágildandi 17. gr. skl. (nú 16. gr. skl) og banna sveitarfélaginu að niðurgreiða sundferðir fyrir þá sem keyptu sér aðgang að ljósabekk sundlaugarinnar.

Af þessari ákvörðun má sjá hvernig það getur verið hentugra fyrir Samkeppniseftirlitið að geta gripið til vægari úrræða en fjárhagslegs aðskilnaðar þegar um er að ræða umfangslitla starfsemi sem veltir ekki miklum fjármunum og með einföldum breytingum er hægt að leiðrétta þær samkeppnishömlur sem fyrir eru. Þessi beiting 14. gr. skl. er ekki sjálfgefin en hún á sér sennilega rætur í svokallaðri minniháttarreglu, sem fjallað verður um í næsta kafla.

#### 4.3.1 Minniháttarreglan

Árið 1969 féll dómur í svokölluðu *Völk-máli*, þar sem sakarefnið var meint brot gegn 1. mgr. 85. gr. Rómarsamningsins (nú 1. mgr. 101 sse.) en þar hafði þýskur dómstóll málið til umfjöllunar og óskaði eftir forúrskurði frá EB-dómstólnum.<sup>52</sup> Í málinu, sem fjallaði um kaup á tilteknu magni á þvottavélum, var tekist á um hvort samningur þess efnis bryti í bága við þágildandi 1. mgr. 85. gr. Rómarsamningsins. Dómstóll Evrópusambandsins komst að þeirri niðurstöðu að þegar hagsmunir væru það litlir að þeir teldust ekki hafa áhrif á hinn

<sup>51</sup> ÚÁS. 3. júní 2002 (8/2002), bls. 4.

<sup>52</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samkeppnisreglur*, bls. 82.



sameiginlega markað bæri ekki að beita þágildandi 1. mgr. 85. gr. Rómarsamningsins (nú 1. mgr. 101 gr. sse.).<sup>53</sup> Þessi dómur hefur af fræðimönnum verið talinn marka upphaf hinnar svokölluðu minniháttarreglu (e. *de minimis principle*).<sup>54</sup> Á þeim áratugum sem liðið hafa frá *Völk*-málinu hefur beiting reglunnar skýrst og er nú miðað við ákveðna prósentulega markaðshlutdeild við beitingu hennar.<sup>55</sup> Ákvæði 101. og 102. gr. sse. mynda kjarna samkeppnisreglna hans, annars vegar er það 101. gr. sem fjallar um ólöglegt samráð fyrirtækja og hins vegar 102. gr. sem fjallar um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Minniháttarreglan hefur aðeins verið talin gilda um 101. gr. samningsins.<sup>56</sup>

Sambærilegar reglur í íslenskum rétti eru 10. gr. skl. þar sem lagt er bann við ólögætum samningum milli fyrirtækja og 11. gr. skl. þar sem lagt er bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í 10. gr. skl. þar sem lagt er bann við ólögætum samráði hefur minniháttarreglan verið lögfest í 13. gr. skl. en 1.-3. mgr. hennar hljóðar svo:

Samningar milli fyrirtækja falla ekki undir bann skv. 10. gr. ef samanlögð markaðshlutdeild allra samstarfsfyrirtækja fer ekki á neinum markaði sem skiptir máli yfir:

a. 5% viðmiðunarmörk, ef samningurinn er milli fyrirtækja sem starfa á sama framleiðslu- eða sölustigi (láréttur samningur),

b. 10% viðmiðunarmörk, ef samningurinn er á milli fyrirtækja sem starfa á mismunandi framleiðslu- eða sölustigi (lóðréttur samningur).

Ef um sambland af láréttum og lóðréttum samningum er að ræða eða ef erfitt er að flokka samning annaðhvort sem láréttan eða lóðréttan gilda 5% viðmiðunarmörkin.

Samningar skv. 1. mgr. falla ekki undir bann skv. 10. gr. þrátt fyrir að markaðshlutdeild fari upp fyrir viðmiðunarmörk skv. 1. mgr. ef hlutdeildin fer ekki upp fyrir 5,5% í láréttum samningum eða 11% í lóðréttum samningum tvö fjárhagsár í röð.

Ákvæði 14. gr. skl. á þó frekar rætur sínar að rekja til 1. mgr. 102. gr. og 1. mgr. 106. gr. sse., sbr. 1. mgr. 54. gr. sem fjallar um misnotkun á markaðsráðandi stöðu, og 1. mgr. 59. gr. EES-samningsins en 101. gr. sse., sbr. þá 10. gr. skl. Minniháttarreglunni hefur ekki verið beitt um þær greinar sem fjalla um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þrátt fyrir það virðist hafa mótast nokkurs konar minniháttarregla í framkvæmd samkeppnisyfirvalda við beitingu á 14. gr. skl. Þar sem 14. gr. skl. er heimildarákvæði virðast samkeppnisyfirvöld ekki beita reglunni ef þau telja hagsmuni litla.

<sup>53</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samkeppnisreglur*, bls. 82–83.

<sup>54</sup> Bellamy & Child: *European community law of competition*, bls. 184–185.

<sup>55</sup> Sigurrós Þorgrímsdóttir: *EES handbókin*, bls. 204. Sjá einnig: Nicholas Moussis, Access to European Union law, economics, policies, bls. 288–289.

<sup>56</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samkeppnisreglur*, bls. 82.

Í ÁSE. 15. október 2007 (56/2007) segir:

14. gr. samkeppnislaga er heimildarákvæði þ.e. beiting þess er háð mati Samkeppniseftirlitsins. Við mat á beitingu ákvæðisins er m.a. horft til veltu samkeppnisrekstrar hins opinbera eða verndaða fyrirtækis. Ef um litla veltu er að ræða og lágt hlutfall veltu af þeim samkeppnismarkaði sem máli skiptir er ólíklegra að ákvæðinu sé beitt fullum fetum þar sem takmörkun á samkeppni er trúlega óveruleg. Það öndverða á við ef samkeppnisrekstur fyrirtækis eða stofnunar vegur þungt á umræddum samkeppnismarkaði. Af gögnum þessa máls kemur fram að velta Orðs í eyra, þ.e. samkeppnisrekstrar Blindrabókasafnsins, var rúmlega 1.300 þús. kr. árið 2005. Þrátt fyrir að veltan sé ekki hærri en raun ber vitni er hún töluvert hærri en þeirra tveggja annarra sem gefa út og selja.<sup>57</sup>

Í ákvörðuninni var skilið fjárhagslega á milli Blindrabókasafnsins og Orðs í eyra á grundvelli 14. gr. skl. þar sem velta Orðs í eyra var töluvert mikil í samanburði við samkeppnisaðilana. Af ákvörðuninni má glögg sjá að Samkeppniseftirlitið tekur fram að horft sé til veltu fyrirtækja við beitingu 14. gr. skl. Slíkt viðmið er ekki að finna í reglunni sjálfri en einnig kemur fram í ákvörðuninni að almennt sé litið til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem til skoðunar er að aðskilja fjárhagslega.<sup>58</sup> Slíkt viðmið er þekkt við beitingu minniháttarreglunnar í tengslum við það hvort ólöglegt samráð hafi verið á milli fyrirtækja.

Hvað sem líður erlendri löggjöf og framkvæmd má slá því föstu að við beitingu 14. gr. skl. í framkvæmd hefur mótast ákveðin minniháttarregla. Þótt henni svipi til þeirrar minniháttarreglu sem beitt er við beitingu reglna er varða ólöglegt samráð fyrirtækja er ekki um sams konar skilyrði að ræða. Þannig er ekki hægt að styðjast við þau prósentulegu viðmið sem mótast hafa í framkvæmd við þá minniháttarreglu sem notast er við þegar um ólöglegt samráð er að ræða samkvæmt 1. mgr. 101. gr. sse., sbr. 1. mgr. 53. gr. ESS-samningsins, sbr. 10. gr. skl. Þeirri minniháttarreglu sem myndast hefur við framkvæmd 14. gr. skl. er að nokkru marki lýst í skýrslu fjármálaráðuneytisins um fjárhagslegan aðskilnað í rekstri ríkisstofnana.<sup>59</sup> Þrátt fyrir það hafa hvorki samkeppnisyfirvöld né dómstólar dregið skýra línu í þessum efnunum og erfitt er að segja til um hvort aðeins prósentuleg markaðshlutdeild skeri úr um beitingu 14. gr. skl. Það er þó ekki að sjá af framkvæmd Samkeppnisyfirvalda.

Í ÁSE. 1. apríl 2009 (11/2009) var fjallað um Landbúnaðarháskóla Íslands og kröfu þess efnis að skilið yrði fjárhagslega á milli starfsemi skólans sem laut að þjónustu við bændur annars vegar og kennslu hins vegar. Samkeppniseftirlitið tók málið til skoðunar og komst að þeirri niðurstöðu að skilyrði fyrir fjárhagslegum aðskilnaði á grundvelli 14. gr. skl. væri fyrir hendi. Þrátt fyrir það ákvað Samkeppniseftirlitið að ekki væri tilefni til þess að beita 14. gr.

<sup>57</sup> ÁSE. 15. október 2007 (56/2007), bls. 4.

<sup>58</sup> ÁSE. 15. október 2007 (56/2007), bls. 4.

<sup>59</sup> *Fjárhagslegur aðskilnaður í rekstri ríkisstofnana*, bls 31–33.

skl. en beindi hins vegar þeim tilmælum til Landbúnaðarháskólans að leggja allan þann kostnað sem til félli vegna aðstoðar við bændur til grundvallar við ákvörðun á verðlagningu til bænda.<sup>60</sup> Í málinu var ekki um stórar fjárhæðir að ræða en þar segir:

Hvað varðar snjómokstur og aðstoð við bændur, sem kvartað er yfir, hefur komið fram að umfang þeirra er fremur lítið bæði í sjálfu sér og í samanburði við heildartekjur LbhÍ. Fram kemur í málinu að tekjur skólans vegna snjómoksturs hafi numið kr. 962.600 veturinn 2007-2008 og vegna aðstoðar við bændur kr. 439.800 frá ágúst 2007- ágúst 2008. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að tekjur LbhÍ vegna snjómoksturs og annarrar aðstoðar við bændur séu það litlar að hinir almennu hagsmunir sem um ræðir í málinu geti ekki verið miklir.<sup>61</sup>

Hér er ekki að öllu ljóst af hvaða ástæðum Samkeppniseftirlitið beitti ekki 14. gr. skl. og það verður að öllum líkindum aðeins skýrt með þeirri minniháttarreglu sem mótast hefur í framkvæmd.

Í ÁSR. 31. desember 2002 (3/2002) var ágreiningsefnið hvort sveitarfélaginu Ölfusi væri heimilt að bjóða þeim sem keyptu sér tíma í ljósabekk sem sveitarfélagið rak frítt í sundlaug sveitarfélagsins. Samkeppnisráð komst að þeirri niðurstöðu að með því að bjóða viðskiptavinum sem keyptu sér tíma í ljós frían aðgang að sundlaug væri í raun verið að niðurgreiða ljósatímamann og því félli rekstur ljósabekkjans undir 14. gr. skl. Samkeppnisráð taldi hins vegar ekki ástæðu til íhlutunar en í ákvörðuninni sagði:

Af gögnum málsins er ljóst [að] þeir almennu hagsmunir sem um ræðir í þessu máli eru ekki miklir. Tekjur sveitarfélagsins Ölfuss af sólbekknunum í Íþróttamiðstöð Þorlákshafnar voru 1400 þús. kr. árið 1999 og rúmlega 900 þús. kr. árið 2000. Með vísan til meðalhöfsreglu stjórnslulaga þykir samkeppnisráði því ekki nauðsynlegt að kveða sérstaklega á um fjárhagslegan aðskilnað milli rekstrar sólbekks og annars rekstrar hjá sveitarfélaginu Ölfusi. (...) Með vísan til 17. gr. sömu laga bannar samkeppnisráð hér með sveitarfélaginu Ölfusi þessa niðurgreiðslu. Jafnframt skal sveitarfélagið háttá verðlagningu í sólbekk sinn þannig að verðið standi undir þeim kostnaði sem af þjónustunni hlýst, þ.m.t. húsnæðis-, orku- og vinnukostnaði.<sup>62</sup>

Af þessum ákvörðunum að dæma töldu samkeppnisyfirvöld ekki ástæðu til að beita heimildarákvæði 14. gr. skl. um þá starfsemi sem var til athugunar. Í tveimur af ákvörðununum beindu þau tilmælum til aðila um að haga rekstrinum á tiltekinn hátt en í seinustu ákvörðuninni sem varðaði sólbekkin var að auki lagt bann við niðurgreiðslunni á grundvelli þágildandi 17. gr. skl. Þar sem um tiltölulega nýjar ákvarðanir er að ræða má telja líklegt að Samkeppniseftirlitið telji eðlilegt að fyrirtæki sem falla undir gildissvið 14. gr. skl.,

<sup>60</sup> ÁSE. 1. apríl 2009 (11/2009), bls. 10–11.

<sup>61</sup> ÁSE. 1. apríl 2009 (11/2009), bls. 10.

<sup>62</sup> ÁSR. 31. desember 2002 (3/2002), bls. 5.

en ráða hvorki yfir 5% markaðshlutdeild á tilteknum markaði né eru með veltu yfir 5 miljónum króna á sama markaði, þurfi ekki að skilja á milli rekstrar sem nýtur verndar og rekstrar á frjálsum markaði. Hins vegar er gerð sú krafa til slíkra fyrirtækja að þau geti fært kostnaðarleg rök fyrir verðlagningu sinni á vöru eða þjónustu, jafnframt því að þau líti til alls kostnaðar sem til fellur við starfsemina þegar þau verðleggja vörur sínar og þjónustu.

Af öllu þessu leiðir að minniháttarregla sú sem Samkeppniseftirlitið beitir við framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar hefur mótast í íslenskri réttarframkvæmd og á aðeins við um beitingu 14. gr. skl.

#### 4.3.2 Meðalhófsreglan

Við beitingu 14. gr. skl. þarf að taka tillit til meðalhófsreglu stjórnisýslulaga nr. 37/1993, sem er að finna í 12. gr. þeirra er hljóðar svo: „Stjórnvald skal því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til.“ Fjárhagslegur aðskilnaður er í eðli sínu íþyngjandi ráðstöfun og slík ákvörðun getur hæglega beinst að einkafyrirtækjum. Þegar Samkeppniseftirlitið tekur ákvörðun um fjárhagslegan aðskilnað er um stjórnisýsluákvörðun að ræða samkvæmt 2. mgr. 1. gr. stjórnisýslulaga og við slíka ákvörðun þarf því að gæta að málsmeðferðarreglum stjórnisýslulaga.

Í meðalhófsreglu 12. gr. stjórnisýslulaga felast þrír meginþættir. Í fyrsta lagi er gerð sú krafa að efni ákvörðunarinnar sé til þess fallið að ná því markmiði sem að er stefnt.<sup>63</sup> Hvað varðar fjárhagslegan aðskilnað verður að meta í hverju tilviki fyrir sig hvort beiting 14. gr. skl. eigi við í slíku tilviki.

Í öðru lagi ber stjórnvaldi að velja það úrræði sem vægast er ef sú staða er uppi að stjórnvald geti valið milli fleiri leiða til að ná því markmiði sem að er stefnt.<sup>64</sup> Spyrja má hvort áhrifa meðalhófsreglunnar hafi gætt í *ÁSR. 31. desember 2002 (3/2002)* þar sem samkeppnisráð ákvað að banna sveitarfélagi að bjóða þeim sem keyptu sér aðgang að ljósabekk gjaldfrjálsan aðgang að sundlaug á grundvelli þágildandi 17. gr. skl. en ekki var beitt fjárhagslegum aðskilnaði eins og krafist var. Í *ÁSR. 1. apríl 2009 (11/2009)* þar sem krafist var fjárhagslegs aðskilnaðar hjá Landbúnaðarháskóla Íslands var 14. gr. skl. ekki beitt en þess í stað beindi Samkeppniseftirlitið tilmælum til skólans.

<sup>63</sup> Páll Hreinsson: *Stjórnisýslulögin*, bls. 147.

<sup>64</sup> Páll Hreinsson: *Stjórnisýslulögin*, bls. 150.

Í þriðja lagi er gerð krafa um að gætt sé hófs við beitingu þess úræðis sem fyrir valinu verður.<sup>65</sup> Í tilviki fjárhagslegs aðskilnaðar verður Samkeppniseftirlitið þá að meta hverju sinni hversu langt á að ganga í hinum fjárhagslega aðskilnaði. Ef til vill er nægjanlegt að beita bókhaldslegum aðskilnaði í þeim tilvikum þar sem slík aðgerð myndi ná því markmiði sem að er stefnt, eins og sjá má af *ÁSE. 17. desember 2008 (63/2008)* þar sem Vísindagarðar Háskóla Íslands voru bókhaldslega aðskildir frá Háskóla Íslands. Í öðrum málum getur svo háttað til að nauðsynlegt sé að beita bókhaldslegum og stjórnunarlegum aðskilnaði til að ná þeim markmiðum sem að er stefnt. Nánar er fjallað um hugtökin *bókhaldslegur* og *stjórnunarlegur aðskilnaður* í fimmta kafla ritgerðarinnar.

Eins og fyrr sagði er ákvörðun um fjárhagslegan aðskilnað íþyngjandi fyrir það fyrirtæki sem í hlut á. Í framkvæmd samkeppnisyfivalda má finna dæmi þar sem tekið er tillit til þess sjónarmiðs.

*ÁSR. 20. desember 1996 (43/1996)*

Þyrluþjónustan (Þ) kvartaði yfir starfsemi Landhelgisgæslu Íslands (L) þar sem Þ taldi að L sinnti verkefnum á almennum markaði. Þ taldi að L væri opinbert fyrirtæki og nyti fjárframlaga frá ríkinu. Hins vegar hafi L aðeins sinnt fáum og mjög sérhæfðum verkefnum á almennum markaði og hafi þá reglu að vísa frá sér öllum þeim verkefnum sem almennar þyrluþjónustur gætu leyst af hendi. Í ákvörðun samkeppnisráðs sagði svo: „Að teknu tilliti til m.a. ofangreindrar verklagsreglu Landhelgisgæslunnar er það mat samkeppnisyfivalda að ekki sé tilefni að svo stöddu til að beita íþyngjandi ákvæði 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga og kveða á um fjárhagslegan aðskilnað milli þessa hluta reksturs Landhelgisgæslunnar sem varðar gæslu- og björgunarstörf og hins sem varðar almenna þyrluþjónustu. Verður í þessu sambandi einnig að horfa til meðalhöfsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga.“<sup>66</sup>

Í ákvörðun þessari er varðaði samkeppnishamlandi starfsemi Landhelgisgæslu Íslands voru bæði skilyrði 14. gr. skl. uppfyllt. Samkeppnisráð vísaði hins vegar í 12. gr. stjórnsýslulaga og taldi greinilega að meðalhöfsregla greinarinnar hamlaði beitingu 14. gr. skl. í þessu tilviki.

#### **4.4. Skilyrði fyrir beitingu 14. gr. skl.**

Þegar beita á 14. gr. skl. þarf fyrst af öllu að ganga úr skugga um að starfsemin sem til skoðunar er falli innan gildissviðs samkeppnislaga, sbr. 1. mgr. 2. gr. skl., og má telja það almennt skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins. Þar að auki þarf starfsemin að vera þess eðlis að hún sé ekki undanþegin beitingu samkeppnislaga vegna eðlis síns (eins og fjallað var um í

<sup>65</sup> Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin*, bls. 154.

<sup>66</sup> *ÁSR. 20. desember 1996 (43/1996)*, bls. 12.

kafla 4.2.1) eða undanskilin beitingu laganna vegna ákvæða í öðrum lögum. Þegar að þessum skilyrðum hefur verið gætt er rétt að lýsa efnisskilyrðum 14. gr. skl. Í greininni sjálfri er lýst þeirri aðstöðu sem þarf að vera til staðar til þess að henni verði beitt. Í fjölmörgum ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins er þessum skilyrðum lýst svo:

Í 14. gr. samkeppnislaga kemur fram að þegar um er að ræða opinbert fyrirtæki eða fyrirtæki sem starfar að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar er Samkeppniseftirlitinu heimilt að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað, annars vegar milli þess hluta rekstrar fyrirtækisins sem nýtur einkaleyfis eða verndar og hins vegar þess hluta rekstrar sem er í frjálstri samkeppni við aðra aðila. Skal þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfis- eða verndaðri starfsemi.

Forsendur þess að Samkeppniseftirlitið geti mælt fyrir um fjárhagslegan aðskilnað skv. 14. gr. eru tvenns konar. Annars vegar er það skilyrði fyrir beitingu umræddrar heimildar að um sé að ræða opinbert fyrirtæki eða fyrirtæki sem starfar að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar og hins vegar þarf hluti rekstrarins að vera í frjálstri samkeppni við aðra aðila.<sup>67</sup>

Í grunninn má segja að uppfylla þurfi tvö megin skilyrði fyrir beitingu greinarinnar. Í þessari umfjöllun verður hins vegar leitast við að skýra þessi skilyrði ítarlega. Þannig má segja að fyrra skilyrði 14. gr. skl. skiptist í þrennt. Í fyrsta lagi kemur til greina að um opinbert fyrirtæki sé að ræða, í öðru lagi fyrirtæki sem nýtur opinbers einkaleyfis og í þriðja lagi fyrirtæki sem nýtur opinberrar verndar. Hér á eftir verður leitast við að skilgreina hvað felst í hverju hugtaki fyrir sig en fyrra skilyrði 14. gr. skl. telst uppfyllt ef eitthvert af þessum þremur hugtökum á við um það fyrirtæki sem til skoðunar er.

Annað skilyrði 14. gr. skl. felur í sér að fyrirtæki eða stofnun sem uppfyllt hefur fyrra skilyrði greinarinnar þarf að starfa á frjálsum markaði í samkeppni við aðra aðila. Ef ekki er um að ræða svokallaðan samkeppnisrekstur hjá fyrirtæki sem nýtur verndar er ekki heimild til að beita 14. gr. skl. enda má segja að í þeim tilvikum sé samkeppni ekki raskað.

Að lokum skal þess getið að það er ekki skilyrði fyrir beitingu 14. gr. skl. að um niðurgreiðslu hafi verið að ræða. Þannig þarf niðurgreiðsla milli þess hluta sem nýtur verndar í skilningi 14. gr. skl. og þess hluta sem starfar á frjálsum markaði ekki að vera hafin eða til staðar. Nægjanlegt er að sú staða sé uppi að hætta sé á niðurgreiðslu og Samkeppniseftirlitið metur það hverju sinni hvort slík hætta sé fyrir hendi.

#### 4.4.1 Opinbert fyrirtæki

Löng hefð er fyrir því að ríkið og sveitarfélög setji á stofn og eigi fyrirtæki. Hvort atvinnustarfsemi telst vera opinbert fyrirtæki í skilningi 14. gr. skl. veltur þó ekki að öllu leyti

<sup>67</sup> ÁSE. 15. október 2007 (55/2007), bls. 3.

á því hversu mikinn hlut opinberir aðilar eiga í starfseminni. Almennt verður að líta svo á að opinbert fyrirtæki sé fyrirtæki sem er í meirihlutaeigu ríkis eða sveitarfélags.<sup>68</sup> Þessi skýring þarf þó ekki að eiga við í samkeppnisrétti þar sem matið á því hvort fyrirtæki telst opinbert getur verið öllu flóknara.

Við mat á því hvort fyrirtæki telst opinbert í skilningi 14. gr. skl. er aðallega litið til þriggja þátta. Í fyrsta lagi hvort fyrirtæki sé í eigu ríkis eða sveitarfélaga, í öðru lagi hvort rekstur fyrirtækisins sé greiddur úr sameiginlegum sjóðum ríkis eða sveitarfélaga og í þriðja lagi hvort fyrirtækið starfi samkvæmt lögum. Þetta virðast vera þau meginviðmið sem Samkeppniseftirlitið lítur til í ákvörðunum sínum, þótt ekki sé hægt að útiloka að aðrir þættir hafi þar áhrif.

Í ÁSE. 1. apríl 2009 (11/2009) var þess krafist að starfsemi Landbúnaðarháskóla Íslands yrði fjárhagslega aðskilin á grundvelli 14. gr. skl. Samkeppniseftirlitið fór yfir þau skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt svo að 14. gr. skl. verði beitt. Í ákvörðuninni segir: „Ljóst er að LbhÍ uppfyllir fyrra skilyrði fyrir beitingu 14. gr. samkeppnislaga, þ.e. að um opinber fyrirtæki sé er að ræða, þar sem LbhÍ starfar samkvæmt lögum nr. 57/1999 um búnaðarfræðslu og kostnað[ur] við rekstur skólans er greiddur af fjárlögum (...). Að þessu leyti er því heimilt að beita 14. gr. samkeppnislaga að öðrum skilyrðum ákvæðisins uppfylltum.“<sup>69</sup> Tekið skal fram að ekki var fallist á fjárhagslegan aðskilnað þar sem starfsemin þótti ekki nægjanlega umfangsmikil en tilmælum var beint til Landbúnaðarháskólans þar sem skólanum var gert að verðleggja útselda þjónustu sína á samkeppnishæfu verði til kaupanda.

Eignaraðildin ein og sér virðist hér ekki skipta höfuðmáli. Þannig getur fyrirtæki sem er í fullri eigu opinberra aðila fallið utan 14. gr. skl., sbr. *ÚÁS. 16. september 1998 (13/1998)* sem er ítarlega reifaður í kafla 4.4.2. Þar taldi áfrýjunarnefnd samkeppnismála Landssímamann hf. ekki vera opinbert fyrirtæki í skilningi 2. mgr. 14. gr. skl. Þrátt fyrir að hann væri að fullu í eigu íslenska ríkisins á þeim tíma. Þess má geta að Landssíminn var ekki seldur frá ríkinu fyrr en á árinu 2005. Í úrskurðinum segir:

Fyrirtækið hafði einkaleyfi til síðustu áramóta til að reka almenna talsímaþjónustu hér á landi og til þess að eiga og reka almennt fjarskiptanet, sbr. ákvæði til bráðabirgða fjarskiptalaganna. Nú er þetta einkaleyfi hins vegar fallið niður og starfsemi Landsímamann hf. er ekki vernduð fram yfir önnur fyrirtæki á þann hátt sem hér skiptir máli.

<sup>68</sup> Páll Sigurðsson: *Lögfræðiorðabók*, bls. 309.

<sup>69</sup> ÁSE. 1. apríl 2009 (11/2009), bls. 6.

Úr því sem komið er verður að líta svo á að Landsíminn hf. sé hvorki opinbert fyrirtæki né fyrirtæki sem starfar að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar í skilningi 2. mgr. 14. gr. samkeppnislagna.<sup>70</sup>

Í *ÁSR. 20. júní 2000 (24/2000)*, sem einnig er ítarlega reifuð í kafla 4.4.2, var vísað í mál Landssímans en þar segir:

Nefndin komst að þeirri niðurstöðu að þar sem einkaleyfi Landssímans til almennrar fjarskiptabjónustu væri fallið niður og fyrirtækið gert að hlutafélagi teldist Landssíminn hvorki opinbert fyrirtæki né fyrirtæki sem starfaði að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar í skilningi ákvæðisins, þrátt fyrir að fyrirtækið væri að öllu leyti í eigu íslenska ríkisins og eignir fyrirtækisins byggðar upp í skjóli opinbers einkaleyfis um áratugaskeið.<sup>71</sup>

Það sem skiptir meginmáli hér er ekki hvernig eignarhaldi á fyrirtækinu er háttáð heldur hvort það njóti opinberra styrkja. Samkeppnisyfirvöld virðast því skilgreina hugtakið *opinbert fyrirtæki* í skilningi 14. gr. skl. sem atvinnustarfsemi sem nýtur viðvarandi styrkja frá ríki eða sveitarfélögum. Í því samhengi er einna helst horft til þess hvort fyrirtæki séu á fjárlögum. Af þessu má því álykta að til dæmis menntastofnanir líkt og Landbúnaðarháskóli Íslands, sem reknar eru fyrir opinbert fé og starfa samkvæmt tilteknum lögum, teljist opinber fyrirtæki í skilningi 14. gr. skl.<sup>72</sup>

Þrátt fyrir þá stefnu sem samkeppnisyfirvöld hafa tekið hvað varðar hugtakið opinbert fyrirtæki í skilningi 14. gr. skl. er eðlilegt að velja því upp hvort eignaraðild ríkis skekki ekki samkeppnisstöðu á markaði. Svo virðist ekki vera, því aðeins er litið til þess hvort reksturinn sjálfur njóti opinberra styrkja en ekki skiptir öllu máli hver eigandinn er í þessum efnunum.

*ÁSE. 19. október 2006 (40/2006)*

Námshagstofnun (N) hefur um árabíl séð grunnskólum landsins fyrir kennsluefni samkvæmt lögbundnu hlutverki sínu. Auk þess hefur N selt efni á frjálsum markaði í samkeppni við aðra aðila. Á og Æ gerðu athugasemd við þessa starfsemi og töldu hana raska samkeppni. Samkeppniseftirlitið tók málið til skoðunar og fjallaði meðal annars um skilyrði þess að 14. gr. skl. yrði beitt. Í ákvörðuninni kom eftirfarandi meðal annars fram: „Að mati Samkeppniseftirlitsins uppfyllir sala Námsgagnastofnunar á námsefni þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo unnt sé að beita ákvæði 14. gr. samkeppnislaga. Stofnunin sinnir annars vegar lögbundnu hlutverki sínu að framleiða og sjá grunnskólum landsins fyrir náms- og kennslugögnum og selur hins vegar framleiðslu sína á almennan markað. Námsgagnastofnun er stofnun á A-hluta fjárlaga, þ.e. opinber stofnun í vernduðum rekstri í skilningi samkeppnislaga jafnframt því að vera í samkeppnisrekstri, sölu á almennan markað á náms- og kennslugögnum.“<sup>73</sup>

<sup>70</sup> ÚÁS. 16. september 1998 (13/1998), bls. 10.

<sup>71</sup> ÁSR. 20. júní 2000 (24/2000), bls. 15.

<sup>72</sup> ÁSE. 1. apríl 2009 (11/2009), bls. 6.

<sup>73</sup> ÁSE. 19. október 2006 (40/2006), bls. 13.



Að þessu sögðu má draga þá ályktun að aðallega sé horft til tveggja þátta við mat á því hvort um opinbert fyrirtæki sé að ræða; annars vegar hvort fyrirtæki sé á fjárlögum og fái beinar greiðslur frá ríki eða sveitarfélögum og hins vegar hvort fyrirtækið starfi samkvæmt lögum.

Til samanburðar má líta til skilgreiningar á hugtakinu opinbert fyrirtæki (e. *public undertaking*) í samkeppnisrétti Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins. Þar hefur hugtakið verið skilgreint þannig að ef opinberir aðilar geta haft ráðandi áhrif á starfsemi fyrirtækis, til dæmis með því að eiga meirihluta hlutafjár og fara þannig með stjórn félagsins, telst fyrirtækið opinbert.<sup>74</sup> Þetta virðist hins vegar ekki skipta öllu máli hvað varðar 14. gr. skl. og skilgreiningu á hugtakinu við beitingu hennar eins og áður hefur verið rakið. Auk þess er ekki útilokað að eignaraðild ríkisins skipti máli við beitingu annarra ákvæða samkeppnislaga sbr. skilgreiningu á hugtakinu opinbert fyrirtæki (e. *public undertaking*) í erlendum rétti, en ekki verður tekin afstaða til þess hér.

#### 4.4.1.1. Ríkisstyrkir

Markmið ríkisstyrkja<sup>75</sup> eru einkum að halda uppi atvinnu í tilteknum starfsgreinum eða stuðla að æskilegri byggðapróun. Til grundvallar ríkisstyrkjum liggja oft einnig umhverfissjónarmið og skoðanir manna á því að hvaða atvinnugreinum eigi að hlúa að.<sup>76</sup> Í löggjöf EES- og Evrópuréttar er fjallað um ríkisstyrki. Rétt þykir að fjalla um þær reglur hér þar sem það er markmið 14. gr. skl. að starfsemi sem starfrækt er á frjálsum markaði í samkeppni við aðra sé ekki niðurgreidd með fjármagni frá ríki eða öðrum opinberum aðilum. Í íslenskum samkeppnislögum er ekki að finna reglur um ríkisstyrki. Ákvæði 14. gr. skl. er þó ætlað að koma í veg fyrir niðurgreiðslu opinberra aðila á samkeppnisrekstri þó að greinin banni ekki ríkisstyrki sem slíka.

Ljóst er af umfjölluninni um hugtakið opinber fyrirtæki hér að framan að lykilatriðið við matið á því hvort fyrirtæki teljist opinbert er hvort það njóti styrkja frá opinberum aðilum en ekki er einblínt á eignarhluta opinberra aðila í fyrirtækinu. Í því ljósi er rétt að fjalla lítillega um hugtakið *ríkisstyrkur*.

---

<sup>74</sup> Bellamy & Child: *European community law of competition*, bls. 1038–1039. Sjá einnig: ÁSR. 29. janúar 2003 (2/2003), bls. 16.

<sup>75</sup> Samkvæmt *Lögfræðiorðabók* er hugtakið *ríkisstyrkur* skilgreint sem: „Hvers kyns aðstoð sem ríki veitir eða er veitt af ríkisfjármunum og er til þess fallin að raska samkeppni með því að ívilna ákveðnum fyrirtækjum eða eða framleiðslu tiltekina vara.“ Ýmist er notað hugtakið ríkisstyrkur eða ríkisaðstoð en í þessari ritgerð verður notast við hugtakið ríkisstyrkur.

<sup>76</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samkeppnisreglur*, bls. 116.

Í löggjöf Evrópusambandsins, nánar tiltekið 107. til 109. gr. sse., eru reglur um ríkisstyrki. Sambærilegar reglur eru í 61.–63. gr. EES-samningsins. Í 61. gr. EES-samningsins kemur fram almennt bann við ríkisstyrkjum en þar segir: „Ef ekki er kveðið á um annað í samningi þessum er hvers kyns aðstoð, sem aðildarríki EB eða EFTA-ríki veitir eða veitt er af ríkisfjármunum og raskar eða er til þess fallin að raska samkeppni með því að ívilna ákveðnum fyrirtækjum eða framleiðslu ákveðinna vara, ósamrýmanleg framkvæmd samnings þessa að því leyti sem hún hefur áhrif á viðskipti milli samningsaðila.“

Ákvæði 61. gr. EES-samningsins á fyrst og fremst við um styrki sem geta raskað samkeppni og hafa áhrif á milliríkjaviðskipti.<sup>77</sup> Í EES-samningnum kemur fram að þeim ríkjum sem eru aðilar að samningnum er óheimilt að veita fyrirtækjum hvers kyns aðstoð sem getur haft áhrif á viðskipti milli aðildarríkja.<sup>78</sup> Vakin skal sérstök athygli á því að reglur EES-samningsins gilda aðeins um þau atvik sem raska samkeppni á milli landa. Aðildarríkjunum er því heimilt að veita styrki sem ekki hafa áhrif út fyrir umráðasvæði þeirra en um þá styrki gilda landslög hvers ríkis.<sup>79</sup>

Það sem er þó hagnýtast að skoða í þessari umfjöllun er skilgreiningin á hugtakinu *ríkisstyrkur*. Eins og áður var komið inn á virðist sem að við skýringar á hugtakinu opinbert fyrirtæki í skilningi 14. gr. skl. leggi Samkeppniseftirlitið megináherslu á að ríkisstyrkur í einhverri mynd hafi verið veittur.

Hugtakið *ríkisstuðningur* hefur verið túlkað nokkuð vítt í EES- og Evrópurétti. Innan skilgreiningar Evrópusambandsins á hugtakinu ríkisstyrkur falla bein fjárframlög, lán á vildarkjörum og ábyrgðir frá opinberum aðilum. Einnig falla undir skilgreininguna skattaívilnanir, undanþágur frá launatengdum gjöldum, hagstæð kjör við innkaup hjá opinberum aðilum og úthlutun byggingaréttar svo sem lóða undir markaðsverði. Auk þess falla einnig lánatryggingar og tekjutryggingar frá opinberum aðilum undir skilgreininguna. Að lokum hefur verið viðurkennt að hlutabréfakaup opinberra aðila í ákveðnum fyrirtækjum geti í vissum tilvikum talist ríkisstyrkur.<sup>80</sup>

Bannið við ríkisstyrkjum gildir þegar eftirfarandi fjögur skilyrði eru fyrir hendi: (1) Um raunverulegan styrk er að ræða; styrkurinn þarf að koma frá ríki, sambandsríki, eða sveitarfélagi. (2) Styrkurinn verður að hafa áhrif á verslun milli aðildarríkja. (3) Ekki er skilyrði að styrkurinn sé í ákveðnu formi; þannig getur ríkisstyrkur verið í formi beinna

<sup>77</sup> Sigurrós Þorgrímsdóttir: *EES handbókin*, bls. 236.

<sup>78</sup> Sigurrós Þorgrímsdóttir: *EES handbókin*, bls. 236.

<sup>79</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samkeppnisreglur*, bls. 118.

<sup>80</sup> Sigurrós Þorgrímsdóttir: *EES handbókin*, bls. 237.

styrkja, skattaávilnana, hagstæðra lána, yfirtöku taps, og svo framvegis. (4) Styrkurinn verður að vera til þess fallinn brengla samkeppni.<sup>81</sup>

Reglur EES- og Evrópuréttar eiga jafnan við um opinber fyrirtæki sem og einkafyrirtæki. Allar aðgerðir opinberra aðila til að styrkja fyrirtæki sem hafa í för með sér útgjöld eða tekjutap fyrir opinbera aðila geta flokkast sem ríkisstyrkur, þrátt fyrir að viðkomandi fyrirtæki greiði fyrir styrkinn að hluta.<sup>82</sup>

Í 2. og 3. mgr. 61. gr. EES-samningsins er þó gert ráð fyrir að ákveðnir ríkisstyrkir brjóti ekki í bága við EES-samninginn. Í þessum efnum er um tvenns konar undanþágur að ræða; annars vegar styrki sem fyrir fram eru lýstir samrýmanlegir reglum um ríkisstyrki, svo sem styrkir sem rekja má til þjóðfélags- og mannúðarsjónarmiða, og hins vegar styrki sem eru háðir mati framkvæmdastjórnarinnar, svo sem styrkir við vanþróuð landsvæði og fleira.<sup>83</sup>

Í 2. mgr. eru tilgreindir þrenns konar styrkir sem samrýmast samningnum: (1) aðstoð af félagslegum toga sem veitt er einstökum neytendum enda sé hún veitt án mismununar með tilliti til uppruna viðkomandi framleiðsluvara; (2) aðstoð sem veitt er til að bæta tjón af völdum náttúruhamfara eða óvenjulegra atburða; og (3) aðstoð sem veitt er til atvinnuvega á ákveðnum svæðum í Sambandslýðveldinu Þýskalandi, þar sem skipting Þýskalands hefur áhrif, að því marki sem þörf er á slíkri aðstoð til að bæta upp efnahagslegt óhagræði vegna skiptingarinnar.

Í 3. mgr. eru tilteknaðar fjórar tegundir aðstoðar sem samrýmast samningnum: (1) aðstoð til að efla hagþróun á svæðum þar sem lífskjör eru óvenju bágborin eða atvinnuleysi mikið; (2) aðstoð til að hrinda í framkvæmd mikilvægum sameiginlegum evrópskum hagsmunamálum eða ráða bót á alvarlegri röskun á efnahagslífi aðildarríkis EB eða EFTA-ríkis; (3) aðstoð til að greiða fyrir þróun ákveðinna greina efnahagslífsins eða ákveðinna efnahagssvæða, enda hafi hún ekki svo óhagstæð áhrif á viðskiptaskilyrði að stríði gegn sameiginlegum hagsmunum; og (4) aðstoð af öðru tagi sem sameiginlega EES-nefndin kann að tiltaka í samræmi við VII. hluta.

Eins og áður segir hafa reglur EES- og Evrópuréttar aðeins áhrif á ríkisstyrki sem hafa áhrif á samkeppni milli landa. Ríkisstjórnir einstakra ríkja telja sig oft og tíðum skuldbundnar til þess að styrkja ákveðnar atvinnugreinar eða landsvæði í sessi af pólitískum ástæðum.<sup>84</sup> Af þeim sökum eru reglur um ríkisstyrki oft litaðar af pólitískum átökum. Þegar styrkir raska ekki samkeppni milli ríkja gilda reglur landslaga um þá styrki. Í Danmörku hafa verið settar

<sup>81</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samkeppnisreglur*, bls. 118.

<sup>82</sup> Sigurrós Þorgrímsdóttir: *EES handbókin*, bls. 237.

<sup>83</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samkeppnisreglur*, bls. 119.

<sup>84</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópuréttur*, bls. 182.

reglur um ríkisstyrki en þær er að finna í kafla 3a í dönsku samkeppnislögunum nr. 972/2010 frá 13. ágúst 2010. Þar hafa Danir sett sér reglur um endurgreiðslu ríkisstyrkja og heimildir samkeppnisyrvalda til þess að fella niður endurgreiðslur í ákveðnum tilvikum.

#### 4.4.2 Fyrirtæki sem starfa í skjóli opinbers einkaleyfis

Hugtakið *opinbert einkaleyfi* hefur almennt verið skýrt sem einkaleyfi eða einkaréttur sem opinber aðili veitir.<sup>85</sup> Hugtakið opinbert einkaleyfi í skilningi 14. gr. skl. á því við fyrirtæki sem hefur fengið ákveðin réttindi til þess að stunda atvinnustarfsemi. Einkaleyfið þarf að stafa frá opinberum aðilum en ekki er átt við einkaleyfi sem lögverndaðan einkarétt til að hagnýta sér uppfinningu í atvinnuskyni.<sup>86</sup> Tilgangur opinberra einkaleyfa er oftast sá að tryggja ákveðna þjónustu eða starfsemi í þágu samfélagsins. Í því samhengi má nefna pósthjónustu þar sem fyrirtæki í þeirri starfsgrein víðs vegar um Evrópu njóta einkaréttar á póstdreifingu.<sup>87</sup> Þeir sem hafa slíkan einkarétt bera oftast en ekki einnig skyldu samhliða einkaréttinum en í því samhengi má til dæmis nefna skyldu Íslandspósts til þess að dreifa pósti um allt land.

Árið 1776 gaf Kristján konungur VII. út tilskipun þess efnis að póstsamgöngum yrði komið á til Íslands.<sup>88</sup> Allt frá þeim tíma og til dagsins í dag hefur pósthjónusta verið á hendi opinberra aðila eða starfrækt undir opinberu einkaleyfi. Á síðustu tveimur til þremur áratugum hefur þó verið tilhneiging hjá opinberum aðilum að takmarka einkaleyfisstarfsemi á ákveðnum mörkuðum. Í því samhengi féll niður 1. janúar 1998 heimild til þess að veita opinbert einkaleyfi fyrir fjarskiptahjónustu á öllu EES-svæðinu.<sup>89</sup>

Mikil umfjöllun og framkvæmd hefur verið á sviði póst- og fjarskiptamála er varðar afnám einkaleyfa á þeim markaði og áhugavert er að fjalla nánar um framkvæmd á því sviði í því skyni að varpa ljósi á einkaleyfi í skilningi 14. gr. skl.

#### ÁSR. 20. september 1994 (30/1994)

Póst- og símamálastofnun (PS) hafði einkaleyfi á ýmsum sviðum er sneri að símaviðskiptum. Þannig hafði PS einkaleyfi á rekstri símkerfa auk þess sem stofnunin hafði einkaleyfi á sölu notendabúnaðar en það leyfi var afnumið árið 1984. R sem seldi einnig notendabúnað taldi að skilja ætti á milli þeirrar starfsemi PS sem seldi notendabúnað og þeirrar starfsemi sem sá um rekstur símkerfa og enn var leyfisskyldur.

<sup>85</sup> Páll Sigurðsson: *Lögfræðiorðabók*, bls. 309.

<sup>86</sup> Páll Sigurðsson: *Lögfræðiorðabók*, bls. 99.

<sup>87</sup> Álit samkeppnisráðs 16. febrúar 1995 (1/1995), bls. 3.

<sup>88</sup> Vefsíða Íslandspósts, <http://www.postur.is>.

<sup>89</sup> ÁSR. 8. júlí 1998 (21/1998), bls. 49.

Samkeppnisráð tali að nauðsynlegt væri að skilja á milli rekstrar þessara tveggja eininga og kvað á um fjárhagslegan aðskilnað á grundvelli 14. gr. skl.

*ÁSR. 16. febrúar 1995 (8/1995)*

Póstdreifing (P) kvartaði til Samkeppnisstofnunar vegna rekstrar póst- og símamálastofnunar (PS) á póstmarkaði. PS hafði einkarétt á ýmsum sviðum póstmarkaðarins en P taldi póstmarkaðinn á Íslandi vera tvo aðskilda markaði; annars vegar þann markað sem PS hefði einkarétt á og væri skylt að sinna en hins vegar þann markað sem væri í frjálstri samkeppni og einkarétturinn næði ekki til. PS starfaði á báðum þessum mörkuðum. P gerði þá kröfu að skilið yrði á milli þess rekstrar sem PS sinnti á grundvelli einkaréttar samkvæmt póstlögum og þess rekstrar sem var í frjálstri samkeppni. Samkeppnisráð tók málið til skoðunar og komst að þeirri niðurstöðu að ekki væri hægt að tryggja að leyfisskyld starfsemi PS myndi ekki greiða niður samkeppnisstarfsemina. Á þeirri forsendu beitti samkeppnisráð heimildarákvæði 2. mgr. 14. gr. skl. og kvað á um fjárhagslegan aðskilnað á milli þess rekstrar PS sem háð var einkarétti og þeirrar starfsemi sem var á samkeppnismarkaði.

Í þessum tveimur ákvörðunum samkeppnisráðs kemur fram dæmigerð beiting 14. gr. þegar fyrirtæki sem starfar samkvæmt einkaleyfi frá ríkinu er jafnframt í samkeppni á frjálsum markaði og er þannig í þeirri stöðu að geta fært fjármuni á milli þess rekstrar sem er í samkeppni og þess rekstrar sem nýtur einkaréttar.

Þegar einkaleyfi hafa varað í langan tíma en eru svo afnumin geta skapast ákveðnar aðstæður sem erfitt er að bregðast við. Þannig getur sú staða verið uppi að fyrirtæki sem hefur byggt upp starfsemi sína í skjóli einkaleyfis frá ríkinu sé í yfirburðastöðu á markaði þrátt fyrir að einkaleyfið hafi verið afnumið í heild eða að hluta. Í þeirri ákvörðun samkeppnisráðs sem nú verður reifuð virðist koma fram sú afstaða að þegar fyrirtæki hefur byggt upp öflugan starfsemi í skjóli opinbers einkaleyfis geti það haft áhrif á beitingu 14. gr. skl. þrátt fyrir að einkaleyfið falli niður.

*ÁSR. 7. maí 1997 (11/1997)*

Póstur og sími hf. (PS) rak á þessum tíma grunnfjarskiptakerfi fyrir síma og internet á grundvelli einkaleyfis frá ríkinu. PS ákvað að bjóða upp á internettengingar til notenda í samkeppni við aðra aðila á frjálsum markaði. Þetta voru aðilar á hinum frjálsa markaði ósáttir við og kröfðust þess að Samkeppnisstofnun tæki málið til skoðunar. Í ákvörðun samkeppnisráðs var komist að þeirri niðurstöðu að PS bæri að skilja fjárhagslega á milli þess rekstrar sem rekinn var á grundvelli einkaleyfis og þess rekstrar sem var í samkeppni við aðra, sbr. 2. mgr. 14. gr. skl. Auk þess segir í ákvörðuninni um brottfall einkaleyfisins: „Samkvæmt ákvæði til bráðabirgða í nýju fjarskiptalögum fellur einkaleyfi til almenns fjarskiptareksturs niður eigi síðar en 1. janúar 1998. Að mati samkeppnisráðs mun þessi breyting ein og sér ekki takmarka beitingu 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga gagnvart Pósti og síma. Hafa verður í huga í þessu sambandi að fyrirtækið hefur komið sér upp fullkomnu fjarskiptaneti í skjóli einkaréttar sem skapar því ótvírætt forskot í breyttu umhverfi.“<sup>90</sup>

<sup>90</sup> ÁSR. 7. maí 1997 (11/1997), bls. 6.

Af tveimur síðustu málsliðum reifunarinnar má draga þá ályktun að samkeppnisráð hafi ætlað að skýra reglu þágildandi 2. mgr. 14. skl. þannig að hægt væri að skilja á milli starfsemi sem hafi verið komið upp með atbeina einkaleyfis og rekstrar á frjálsum markaði þrátt fyrir að einkaleyfið hafi verið fellt brott. Telja verður þetta rúma túlkun á heimild samkeppnislaga um fjárhagslegan aðskilnað en þessi leið hefði getað komið í veg fyrir það vandamál þegar einkaleyfi eru afnumin og stór fyrirtæki, sem áður voru í eigu ríkisins og/eða nutu einkaréttar á ákveðnu sviði, eru í algjörri yfirburðastöðu á hinum nýja frjálsa markaði.

Í *ÁSR. 8. júlí 1998 (21/1998)* var rekstur breiðbands Landssíma Íslands tekinn til skoðunar. Um er að ræða gríðarlega umfangsmikla ákvörðun sem spannar stórt og flókið svið. Í þeirri ákvörðun var Landssíma Íslands gert skylt að skilja á milli rekstrar breiðbandsins og rekstrar einkaleyfisstarfsemi. Þessari ákvörðun var síðar skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem tók málið til skoðunar. Nefndin svaraði þar að nokkru leyti álitaefnum sem fjallað var um hér áður í sambandi við *ÁSR. 7. maí 1997 (11/1997)* þar sem ráðið virtist leggja til að beita mætti 14. gr. skl. um fyrirtæki sem notið hefðu einkaleyfis frá ríkinu en einkaleyfið hafi verið afnumið.

*ÚÁS. 16. september 1998 (13/1998)*

Ákvörðun samkeppnisráðs um rekstur breiðbands Landssímans nr. 21/1998 var kærð til úrskurðarnefndar samkeppnismála. Þar var meðal annars kærð sú ákvörðun að breiðbandið yrði rekið í sjálfstæðri einingu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar er fjallað um það álitaefni sem hér hefur verið til umfjöllunar en þar segir: „Íslenska ríkið hefur um áratuga skeið haft einkarétt á að veita talsímaþjónustu og eiga og reka almennt fjarskiptanet. Póst- og símamálastofnunin fór með framkvæmd þessa einkaréttar samkvæmt fjarskiptalögum. Með lögum nr. 103/1996 var ríkisstjórninni veitt heimild til að stofna hlutafélagið Póst og síma hf., um rekstur Póst- og símamálastofnunarinnar. Félagið tók við öllum réttindum og skyldum stofnunarinnar og hóf starfsemi 1. janúar 1997. Samgönguráðherra fór með eignaraðild ríkissjóðs að Pósti og síma hf. en því félagi var síðar skipt upp og Landsíminn hf. stofnaður. Fyrirtækið hafði einkaleyfi til síðustu áramóta til að reka almenna talsímaþjónustu hér á landi og til þess að eiga og reka almennt fjarskiptanet, sbr. ákvæði til bráðabirgða fjarskiptalaganna. Nú er þetta einkaleyfi hins vegar fallið niður og starfsemi Landsímans hf. er ekki vernduð fram yfir önnur fyrirtæki á þann hátt sem hér skiptir máli.

Úr því sem komið er verður að líta svo á að Landsíminn hf. sé hvorki opinbert fyrirtæki né fyrirtæki sem starfar að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar í skilningi 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaganna.<sup>91</sup>

Hér virðist áfrýjunarnefnd samkeppnismála slá þá fyrri túlkun samkeppnisráðs út af borðinu að hægt sé að beita heimild um fjárhagslegan aðskilnað eftir að einkaleyfi hefur verið

<sup>91</sup> ÚÁS. 16. september 1998 (13/1998), bls. 10.

afturkallað. Þannig má segja að fyrri skilyrði 14. gr. skl. sé túlkað eftir orðanna hljóðan. Þessi túlkun á 14. gr. skl. hefur síðar komið fram í ákvörðunum samkeppnisráðs. Þar sem fyrirtæki njóta svo sterkrar stöðu eftir langvarandi rekstur í skjóli einkaleyfis koma líklega önnur ákvæði samkeppnislaga til skoðunar ef fyrirtækið raskar samkeppni eftir afnám einkaleyfisins. Í því samhengi ætti að jafnaði helst við 11. gr. skl. sem kveður á um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu og þá væri jafnframt hægt að beita úrræðum 16. gr. skl. í þeim efnum.

*ÁSR. 20. júní 2000 (24/2000)*

Í málinu fór Landssími Íslands fram á fjárhagslegan aðskilnað á rekstri INTÍS sem lýtur að rekstri lénsins .is og annars rekstrar fyrirtækisins. INTÍS hafði einkaleyfi frá bandarísku fyrirtæki á léninu .is en Landssíminn taldi að þar sem lénnum væri úthlutað til ákveðinna landsvæða ætti að líta á einkaleyfi INTÍS sem opinbert einkaleyfi í skilningi 14. gr. skl. Um þessa stöðu sagði samkeppnisráð: „Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur gert ríkar kröfur til þess að skilyrði 2. mgr. 14. gr. um opinbert einkaleyfi eða vernd sé uppfyllt. Má í því sambandi vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar nr. 13/1998, Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði. Í því máli taldi nefndin að Landssími Íslands uppfyllti ekki skilyrði 2. mgr. 14. gr. Nefndin komst að þeirri niðurstöðu að þar sem einkaleyfi Landssímans til almennrar fjarskiptáþjónustu væri fallið niður og fyrirtækið gert að hlutfélagi teldist Landssíminn hvorki opinbert fyrirtæki né fyrirtæki sem starfaði að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar í skilningi ákvæðisins, þrátt fyrir að fyrirtækið væri að öllu leyti í eigu íslenska ríkisins og eignir fyrirtækisins byggðar upp í skjóli opinbers einkaleyfis um áratugaskeið.

Eins og fram hefur komið hefur INTÍS umboð til skráningar á netlénnum frá bandarískri stofnun, ICANN. Umboð ICANN byggir aftur á samningi við bandaríska viðskiptaráðuneytið, þar sem ICANN er falið að halda utan um skráningu netléna. ICANN er ekki opinber stofnun og bandaríska ríkið hefur ekki daglega umsýslu á hendi né eftirlit með netlénakerfinu eða öðrum þáttum Internetsins, heldur er það á höndum hinna ýmsu stofnana Netsins sem starfa að miklu leyti án opinberra afskipta. Umboð INTÍS til skráningar á .is lénnum byggir ekki að neinu leyti á íslenskum lögum né fyrirmælum opinberra aðila og hefur íslenska ríkið á engan hátt komið að því umboði. Ljóst er að INTÍS telst ekki opinbert fyrirtæki. Þá telur samkeppnisráð jafnframt ljóst að umboð fyrirtækisins til skráningar .is netléna getur ekki talist til opinbers einkaleyfis eða verndar í skilningi 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga. Með vísan til alls þessa telur samkeppnisráð að fyrirmælum um fjárhagslegan aðskilnað verði því ekki beint til fyrirtækisins á grundvelli 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga.“<sup>92</sup>

Af þessu má glöggst sjá að einkaleyfi í skilningi 14. gr. skl. verður að stafa frá opinberum aðila en ekki er hægt að beita heimild 14. gr. skl. þegar í hlut á fyrirtæki sem hefur annars konar einkaleyfi en stafar frá opinberum aðilum. Einnig er alveg ljóst að einkaleyfið þarf að vera til staðar á þeim tíma sem krafist er fjárhagslegs aðskilnaðar. Ekki er nægjanlegt að

<sup>92</sup> ÁSR. 20. júní 2000 (24/2000), bls. 14–15.

einkaleyfi hafi verið til staðar um ákveðinn tíma og vegna áhrifa þess sé staða ákveðins fyrirtækis sterkari en ella.

Hér hefur að miklu leyti verið fjallað um einkaleyfi á póst-, fjarskipta- og upplýsingamarkaði. Þar sem framkvæmd hefur verið umfangsmikil á þessum sviðum þykir eðlilegt að umfjöllunin taki mið af þeirri þróun. Opinber einkaleyfi fyrirfinnast hins vegar ekki eingöngu á stórum mörkuðum.

#### *ÁSE. 15. janúar 2007 (55/2007)*

Í málinu kvartaði aðilinn X, sem óskaði nafnleyndar, til Samkeppniseftirlitsins yfir sölu SL á sjúkra- og öryggisvörum. Eftirlitið tók málið til skoðunar. Upplýst var í málinu að SL stundaði sölu á sjúkrabúnaði í samkeppni við aðra aðila á frjálsum markaði. Starfsemi SL má að nokkru leyti fella undir góðgerðarstarfsemi en félagið er nokkurs konar móðurfélag björgunarsveita á Íslandi og hlutverk þess er að reka björgunar- og slysavarnarstarf. Félagið er að hluta til rekið af styrkjum frá hinu opinbera en einnig hefur félagið einkaleyfi á rekstri spilakassa. Af því leiðir að SL uppfyllir bæði skilyrði 14. gr. skl. og fellur þannig undir 14. gr. skl. Samkeppniseftirlitið taldi nauðsynlegt með tilliti til samkeppnissjónarmiða að skilja á milli þeirrar starfsemi SL sem nyti verndar eða einkaleyfis og þeirrar starfsemi sem var í samkeppni við aðra á frjálsum markaði á grundvelli 14. gr. skl.

Fyrirtæki sem njóta opinbers einkaleyfis geta því verið bæði opinber fyrirtæki og fyrirtæki í eigu annarra. Það sem skiptir mestu við það mat hvort um einkaleyfi sé að ræða er hvort öðrum aðilum sé haldið frá þeim markaði sem einkaleyfið tekur til en af því leiðir að það fyrirtæki sem nýtur einkaleyfisins getur starfað án samkeppni á þeim markaði.

#### *4.4.3 Fyrirtæki sem njóta opinberrar verndar*

Ef fyrirtæki telst hvorki opinbert né rekið í skjóli opinbers einkaleyfis getur þó verið að fyrirtæki í samkeppnisrekstri njóti opinberrar verndar. Hugtakið *opinbera vernd* verður að skýra með tilliti til markmiða 14. gr. skl. Ekki er fjallað um hvað fellur undir opinbera vernd í frumvarpi með samkeppnislögum nr. 8/1993. Samkeppnisyfirvöldum var því látið eftir að skýra hugtakið og má segja að það hafi mótast í framkvæmd þeirra. Hugtakið opinber vernd þarf að skýra í samræmi við markmið 14. gr. skl. og ætla má að undir hugtakið falli starfsemi sem ekki fellur undir að vera opinbert fyrirtæki eða handhafi einkaréttar frá hinu opinbera en nýtur hins vegar ákveðinna ívilnana sem skekkt getur samkeppnisstöðu á markaði. Áhugavert er að kanna nánar hvers konar ráðstafanir geta talist til verndar í skilningi 14. gr. skl.

Í fyrsta lagi geta styrkir frá ríki eða sveitarfélögum talist opinber vernd í skilningi 14. gr. skl. Með styrkjum er ekki endilega átt við að stofnunin njóti greiðslna af A-hluta fjárlaga,



heldur getur hér verið um að ræða ýmsa einstaka eða viðvarandi styrki frá opinberum aðilum.<sup>93</sup>

Í öðru lagi getur verið að fyrirtæki sé undanþegið ákveðnum skattstofnum eða opinberum gjöldum. Slíkt á oft við um opinber fyrirtæki en þó getur verið uppi sú staða að fyrirtæki teljist ekki opinbert en njóti slíkra fríðinda engu að síður.<sup>94</sup>

Í þriðja lagi getur það talist opinber vernd ef ríki eða sveitarfélög gangast í ábyrgð fyrir fyrirtæki. Það getur valdið því að fyrirtæki nýtur meira trausts út á við og auðveldað því að fjármagna starfsemi sína, hugsanlega á betri kjörum en ef það nyti ekki ábyrgðar opinberra aðila.<sup>95</sup>

Í fjórða lagi verður að ætla að lán frá opinberum aðilum geti fallið undir opinbera vernd. Í þeim tilvikum er horft til þess að erfitt getur verið að fá fjármagn að láni og líta verður til þeirra vaxtakjara sem bjóðast á markaði hverju sinni. Þetta getur þó verið matskennt og ætla má að lánið þyrfti að vera að einhverju leyti hagfellt lántakanda ef það ætti að falla undir hugtakið opinbera vernd í skilning 14. gr. skl.

Hafa skal í huga að þetta eru aðeins dæmi um verndaða starfsemi í skilningi 14. gr. skl. Aðrar ívilnanir frá ríki eða sveitarfélögum geta allt eins talist til opinberrar verndar en jafnframt er mikilvægt að skoða hvert einstakt tilvik fyrir sig þar sem ekki er endilega hægt að slá því föstu að þótt fyrirtæki hafi til dæmis fengið lán frá opinberri stofnun teljist það vernd í skilningi 14. gr. skl.

Í þessu samhengi getur verið fróðlegt að líta til umfjöllunar um ríkisaðstoð sem rætt var um í kafla 4.4.1.1 en hugtakið ríkisstyrkur hefur verið túlkað nokkuð vítt í EES- og Evrópurétti. Til þess að bregða enn skýrara ljósi á þessa umfjöllun er rétt að líta til frekari framkvæmdar samkeppnisyfirvalda.

#### *ÁSR. 31. maí 1996 (26/1996)*

S kvartaði yfir starfsemi mjólkurbúa og mjólkursamsölu Reykjavíkur (MM). Í málinu kom fram að MM framleiddi mjólk og mjólkurtengdar vörur en einnig aðrar vörur. Þrátt fyrir að MM nyti ekki einkaleyfis við framleiðslu sína er það mat samkeppnisráðs að MM nyti margháttáðrar verndar. Í því samhengi hefur starfsemi MM notið ríkisaðstoðar við uppbyggingu afurðarstöðva sinna. Svo segir í ákvörðuninni: „Samkvæmt framansögðu, sbr. og ákvörðun ráðsins nr. 21/1996, er það mat Samkeppnisráðs að afurðastöðvar í mjólkuriðnaði séu fyrirtæki sem starfi í skjóli opinberrar verndar. Starfsemi þeirra falli undir 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga þegar þær framleiða, dreifa

<sup>93</sup> ÁSE. 1. febrúar 2008 (6/2008), bls. 7.

<sup>94</sup> ÁSE. 16. september 2008 (49/2008), bls. 10.

<sup>95</sup> ÁSR. 30. maí 1995 (21/1995), bls. 13.

eða selja, samhliða mjólkurvörum, vörur sem eru í frjálstri samkeppni við vörur sem eru framleiddar af öðrum aðilum.<sup>96</sup>

Í þessu máli virðist samkeppnisráð tína til ýmsa hluti. Þannig taldi ráðið að beingreiðslur ríkisins til bænda skiluðu sér í lægra verði til mjólkurbúa auk þess sem ráðið benti á að afurðastöðvar fyrirtækisins hefðu verið reistar með ríkisaðstoð. Þó að ekki virðist vera dregið nákvæmlega fram hvað falli undir opinbera vernd í þessari ákvörðun virðist ráðið leggja heildarmat á aðstæður mjólkurbúa og mjólkursamlags Reykjavíkur þar sem saga og lagaumhverfi fyrirtækisins leiðir til þess að það teljist njóta opinberrar verndar í skilningi 14. gr. skl.

#### *ÁSE. 1. febrúar 2008 (6/2008)*

S þýðingarstofa og fleiri kvörtuðu yfir starfsemi Alþjóðahúss vegna þýðinga- og túlkaþjónustu. Fram kom í málinu að það væri aðalmarkmið Alþjóðahúss að aðstoða útlendinga við að aðlagast íslensku samfélagi. Hluti af því verkefni er að bjóða upp á þýðinga- og túlkaþjónustu og hafði Alþjóðahús í þeim efnum gert samning við sveitarfélög á höfuðborgarsvæðinu. Alþjóðahús taldi hins vegar að samningar við sveitarfélögin væru ekki styrkir heldur samningar um þjónustu auk þess sem skilið sé á milli rekstrar Alþjóðahúss og þýðinga- og túlkaþjónustu með bókhaldslykli. Um þessa aðstöðu sagði Samkeppniseftirlitið: „Í gögnum málsins kemur fram að Alþjóðahús er rekið m.a. á grundvelli styrkja frá opinberum sjóðum, samstarfssamningum við fjögur sveitafélög, auk þess sem Alþjóðahús hlaut framlög samkvæmt fjárlögum fyrir árið 2007. Samkvæmt þessu er ljóst að Alþjóðahús er að einhverju leyti rekið af opinberu fé. Þar af leiðandi er ljóst að Alþjóðahús starfar að einhverju leyti í skjóli verndar í skilningi 14. gr. samkeppnislaga og uppfyllir að því leyti skilyrði fyrir beitingu lagagreinarinnar.“<sup>97</sup>

Í ákvörðuninni var talið nauðsynlegt að skilja á milli túlkaþjónustu og þeirrar þjónustu Alþjóðahúss sem að einhverju leyti var starfrækt í skjóli opinberrar verndar. Eins og í máli mjólkurbús og mjólkursamlags Reykjavíkur voru það styrkir frá ríkinu sem höfðu mest um það að segja að starfsemin taldist vernduð í skilningi 14. gr. skl. Opinber vernd í skilningi ákvæðisins getur hins vegar einnig falist í ívilnunum af öðrum toga, til dæmis vegna greiðslu skatta eða opinberra gjalda.

#### *ÁSE. 16. september 2008 (49/2008)*

FÍŠ kvartaði til Samkeppniseftirlitsins vegna háttsemi Bóksölu stúdenta (BS) á markaði. Aðallega var kvartað yfir því að BS væri undanþegin greiðslu tekjuskatts og útsvars. FÍŠ taldi að í þessu fælist styrkveiting frá ríkinu. Fram kom í málinu að BS væri skylt samkvæmt lögum að bjóða upp á allar þær bækur sem kenndar eru við Háskóla Íslands. Samkeppniseftirlitið tók málið til skoðunar og komst að þeirri niðurstöðu að fyrria skilyrði 14. gr. skl. væri uppfyllt en í ákvörðuninni sagði: „Félagsstofnun stúdenta og þar

<sup>96</sup> ÁSR. 31. maí 1996 (26/1996), bls. 12.

<sup>97</sup> ÁSE. 1. febrúar 2008 (6/2008), bls. 7.

með BS eru á grundvelli laga undanþegin greiðslu tekjuskatts og útsvars. Þar sem keppinautar BS njóta ekki þessarar sömu skattaávilnunar starfar BS í skjóli opinberrar verndar í skilningi 14. gr. samkeppnislaga.<sup>98</sup>

Samkeppniseftirlitið komst hins vegar að þeirri niðurstöðu að ekki væru uppfyllt lagaskilyrði vegna annarra ástæðna og því væri ekki grundvöllur til að beita 14. gr. skl. í þessu máli. Á hinn bóginn var fyrra skilyrði 14. gr. skl. uppfyllt en þar sem bóksalan er undanþegin ákveðnum opinberum gjöldum telst hún njóta opinberrar verndar í skilningi 14. gr. skl.

Þau tilvik geta komið upp að deilt sé um skattskyldu ákveðinna fyrirtækja og þá jafnframt hvort þau njóti opinberrar verndar í skilningi 14. gr. skl. Velta má því upp hvort það sé á valdsviði samkeppnisyfirvalda að skera úr um slíkan ágreining.

#### *ÁSR. 8. nóvember 1999 (28/1999)*

Samtök atvinnulífsins (SA) kvörtuðu til Samkeppnisstofnunar yfir starfsemi Reiknistofu bankanna (R). Töldu SA R ekki greiða virðisaukaskatt af þeirri þjónustu sem R veitti bönkum vegna viðhalds á tölvukerfum og fleiru. Deilan snerist um hvort starfsemi R félli undir undanþáguákvæði skattalaga um þjónustu í eigin þágu en um það voru aðilar ekki sammála. Þar sem skattayfirvöld höfðu ekki úrskurðað í málinu taldi samkeppnisráð að ekki væri unnt að slá því föstu að um einhvers konar vernd í skilning 14. gr. skl. væri að ræða. „Ljóst er af gögnum málsins að lög um virðisaukaskatt og reglur byggðar á þeim mismuna ekki, eins og hér stendur á, almennum hugbúnaðarfyrirtækjum samkeppnislega í samanburði við Reiknistofu bankanna. Hins vegar virðist af gögnum málsins mega ráða að Reiknistofan hafi ekki greitt virðisaukaskatt af þeirri þjónustu sem hún hefur innt af hendi fyrir eigendur sína, banka og sparisjóði. Þó að það leiði til mismunandi samkeppnisstöðu ef sumir aðilar á sama samkeppnismarkaði greiða skatta en aðrir ekki, þrátt fyrir sömu skyldur, þá er það ekki á valdsviði samkeppnisyfirvalda að leiðrétta þá mismunun heldur skattyfirvalda.“<sup>99</sup>

Af þessari ákvörðun má sjá að það er ekki á valdsviði samkeppnisyfirvalda að dæma um skattaleg álitaeftni. Ef það hefði hins vegar verið staðfest í málinu að Reiknistofa bankanna nyti löglegrar undanþágu frá skatti er líklegt að samkeppnisyfirvöld hefðu talið það til opinberrar verndar eins og fordæmi eru fyrir í öðrum málum.

Til skoðunar getur einnig komið hvort fyrirtæki, sem hefur fengið lánað fé frá opinberum aðilum, njóti opinberrar verndar í skilningi 14. gr. skl. eftir lánveitinguna. Í því samhengi er aðallega litið til ívilnandi lána til fyrirtækja, þar sem lánaskilmálar eru hagfelldir lántaka, sem sagt lán með hagstæðum vöxtum, lán án eðlilegra trygginga og svo framvegis. Það eitt að ríkið eða sveitarfélag láni fyrirtæki getur komið til skoðunar sem opinber vernd, sérstaklega á

<sup>98</sup> ÁSE. 16. september 2008 (49/2008), bls. 10.

<sup>99</sup> ÁSR. 8. nóvember 1999 (28/1999), bls. 15.

tímum þar sem erfitt er að fá fjármagn og í lánveitingunni getur falist forskot. Forskotið fælist þá í aðgangi fyrirtækis að fjármagni á meðan öðrum fyrirtækjum á sama markaði er ómögulegt að fá sambærilegt lán. Ekki er að finna í framkvæmd samkeppnisyfirvalda mál þar sem reynt hefur á slík atriði en telja verður líklegt að horft yrði til slíkra sjónarmiða við mat á því hvort fyrirtæki nyti opinberrar verndar í skilningi 14. gr. skl.

Að lokum getur komið til skoðunar hvort fyrirtæki njóti ábyrgðar ríkis eða sveitarfélaga á fjárhagslegum skuldbindingum sínum þegar metið er hvort fyrirtækið njóti verndar. Í *ÁSR. 30. maí 1995 (21/1995)* segir meðal annars: „Ríkisútvarpið er sjálfstæð stofnun í eigu íslenska ríkisins. Stofnunin nýtur af þeim sökum ótakmarkaðrar fjárhagslegrar ábyrgðar ríkissjóðs á skuldbindingum sínum. Vegna eignarforms nýtur RÚV einnig skattleysis sem einkafyrirtæki gera ekki. (...) Með hliðsjón af framansögðu ber að líta svo á að RÚV njóti verndar í skilningi samkeppnislaga.“<sup>100</sup> Í ákvörðuninni eru taldir upp þeir þættir sem valda því að Ríkisútvarpið telst njóta opinberrar verndar í skilningi 14. gr. skl. og eitt af þeim atriðum er ótakmörkuð fjárhagsleg ábyrgð ríkissjóðs.

#### 4.4.4. Frjáls markaður

Annað skilyrði 14. gr. skl. byggist á því að fyrirtæki sem uppfyllir fyrra skilyrði greinarinnar sé í samkeppnisrekstri á frjálsum markaði. Annað skilyrði greinarinnar er því mikilvægt þar sem það sker í raun og veru úr um hvort einhver skaði hljótist af starfsemi fyrirtækis sem er opinbert, nýtur opinbers einkaleyfis eða verndar. Ef hluti slíks fyrirtækis starfar ekki á frjálsum markaði er ekki talið að um neinn samkeppnislegan skaða sé að ræða. Þegar samkeppnisyfirvöld meta hvort hluti fyrirtækis sem nýtur verndar í skilningi 14. gr. skl. starfi á frjálsum markaði er aðallega litið til tveggja þátta. Annars vegar er litið til þess hvort fyrirtæki starfi á almennum markaði í samkeppni við aðra. Matið felst þá í því hvort fyrirtæki sé í þeirri stöðu að geta nýtt sér þá opinberu vernd sem það hefur í þeim tilgangi að geta náð forskoti í samkeppnislegu tilliti gagnvart keppinautum sínum. Ef svo er þá starfar fyrirtækið á frjálsum markaði. Hins vegar er litið til þess hvort fyrirtæki sem nýtur verndar og telst starfa á frjálsum markaði sé undanskilið beitingu 14. gr. skl. vegna sérлага.

Fyrri þáttinn er að jafnaði auðvelt að greina. Hins vegar getur verið flóknara úrlausnarefni að skera úr um hvort sérlæg sem gilda um starfsemi fyrirtækis leiði til þess að fyrirtæki teljist ekki starfa á frjálsum markaði í skilningi 14. gr. skl. Ef svo er þarf að taka tillit til þess hvert hlutverk fyrirtækisins er og hvaða skyldum það gegnir lögum samkvæmt. Þannig getur verið

---

<sup>100</sup> *ÁSR. 30. maí 1995 (21/1995)*, bls. 13.

að fyrirtækið sé í samkeppni við aðra aðila en á sviði þar sem hið opinbera telur að þjónusta þurfi ávallt að vera til staðar, eins og fjallað er um í *ÁSE. 12. desember 2006 (48/2006)* sem verður reifuð hér á eftir. Reynt hefur á skilgreiningu á hugtakinu *frjáls markaður* eða *frjáls samkeppni* í all nokkrum úrlausnum samkeppnisyfirvalda.

*ÁSR. 30. maí 1995 (21/1995)*

F gerði þá kröfu að þær deildir sem framleiddu sjónvarpsefni fyrir Ríkissjónvarpið (R) yrðu fjárhagslega aðskildar frá rekstri þess. Telur F að R sé í frjálsi samkeppni við aðra framleiðendur dagskrárefnis, auk þess njóti R ýmiss konar verndar frá ríkinu. Samkeppnisráð tók málið til skoðunar en í ákvörðuninni segir: „Ljóst er að engin samkeppni verður um útsendingu og öflun dagskrárefnis Ríkisútvarpsins þar sem slíkt er eingöngu á forræði hljóðvarps- og útvarpsdeilda. Hins vegar gera lögin ráð fyrir að samkeppni verði við komið í framleiðslu á dagskrárefni. Enda þótt um sé að ræða heimild en ekki skyldu til að leita út fyrir stofnunina með gerð dagskrárefnis telur Samkeppnisráð ljóst að um samkeppnisrekstur sé að ræða. Ráðið telur að skýra beri rúmt hugtakið samkeppnisrekstur í 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga þannig að það nægi að samkeppni verði mögulega við komið á milli framleiðsludeilda Ríkisútvarpsins og sjálfstætt starfandi kvikmyndaframleiðenda.“<sup>101</sup>

Í ákvörðuninni kemst samkeppnisráð að þeirri niðurstöðu að þegar Ríkissjónvarpið framleiði dagskrárefni fari sú framleiðsla fram á frjálsum markaði í samkeppni við aðra dagskrárgerð. Á þessum tíma hafði ákvæði 2. mgr. 14. gr. skl. nýlega verið lögfest og því óljóst hvað teldist frjáls markaður í skilningi 14. gr. skl., enda var hugtakið ekki nánar skýrt í lögskýringargögnum. Ákvörðun þessari var skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, þar sem nefndin komst að öndverðri niðurstöðu.

*ÚÁS. 26. maí 1995 (18/1995)*

Í úrskurðinum var skilningur samkeppnisráðs á frjálsum markaði endurskoðaður og segir þar orðrétt: „Þó svo að fallast megi á að fjárhagslegur aðskilnaður auðveldi samanburð á kostnaði við framleiðslu dagskrárefnis og sé til þess fallinn að bæta almenn samkeppnisskilyrði, verður að hafa í huga að með hugtakinu samkeppni í merkingu samkeppnislaga er átt við þá stöðu að fyrirtæki markaðssetji vöru eða þjónustu við þær aðstæður að salan geti haft áhrif á sölumöguleika annars fyrirtækis. Ber að telja að bannákvæði samkeppnislaganna og jafnframt þau ákvæði laganna sem veita samkeppnisyfirvöldum heimild til að ákveða bann eða aðra íhlutun séu byggð á þessari hugtakanotkun. Af þessu leiðir að sá rekstrarþáttur Ríkisútvarpsins sem lýtur að framleiðslu dagskrárefnis getur ekki talist í „frjálsri samkeppni“ við aðra aðila í merkingu 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga. Lagaheimild brestur því fyrir því að ákveða fjárhagslegan aðskilnað þessa þáttar frá öðrum þáttum í starfsemi Ríkisútvarpsins.“<sup>102</sup>

<sup>101</sup> ÁSR. 30. maí 1995 (21/1995), bls. 14.

<sup>102</sup> ÚÁS. 26. maí 1995 (18/1995), bls. 10.

Í þessum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar kemur fram að þrátt fyrir að Ríkissjónvarpið framleiði dagskrárefni til eigin nota fari sú framleiðsla ekki fram á frjálsum markaði og skaði þannig ekki samkeppni á markaði með dagskrárefni fyrir sjónvarp. Í þessu tilviki verður að viðurkenna að um ákveðið markatilvik er að ræða og erfitt er að skera úr um hvorum megin línunnar starfsemin fellur. Úrskurðinum var ekki skotið til dómstóla og er því gildandi réttur enn í dag.

Eins og fram kom hér að framan geta sérlög sem sett eru um tiltekna starfsemi ákveðinna fyrirtækja leitt til þess að fyrirtæki teljist ekki starfa á frjálsum markaði í samkeppni við aðra.

*ÁSE. 12. desember 2006 (48/2006)*

HH kvartaði til Samkeppniseftirlitsins yfir starfsemi Samskiptamiðstöðvar heyrnarlausra og heyrnarskertra (SHH). HH er fyrirtæki sem sérhæfir sig í að túlka fyrir heyrnarlausra og taldi sig vera í samkeppni við SHH. SHH er hins vegar ríkisstofnun sem hafði ákveðnum skyldum að gegna lögum samkvæmt. Þær lutu að því að tryggja heyrnarlausum þá þjónustu sem þeir þyrftu til að geta lifað sem eðlilegustu lífi í nútíma samfélagi. Um það hvort SHH starfaði á frjálsum markaði sagði í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins: „Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir þeim lagaramma sem gildir um Samskiptamiðstöð heyrnarlausra og heyrnarskertra, en kveðið er á um hlutverk og starfssvið samskiptamiðstöðvarinnar með skýrum hætti í lögum nr. 129/1990 og reglugerð nr. 1058/2003 ásamt síðari breytingum. Eins og þar kemur fram skal stofnunin m.a. annast rannsóknir á íslensku táknmáli, kennslu táknmáls og táknaþáttum. Leiðir af þessu að táknaþáttum samskiptamiðstöðvarinnar er hluti af lögbundnum verkefnum hennar. Af þessum sökum er ekki um að ræða rekstur í frjálstri samkeppni, sbr. orðalag 14. gr. samkeppnislaga. Fær Samkeppniseftirlitið ekki séð að sú starfsemi sem SHH sinnir í þessum málaflökki sé á einhvern hátt yfirgripsmeiri en lög gera ráð fyrir.“<sup>103</sup>

Af þessari ákvörðun má sjá að tilgangur laga sem gilda um fyrirtæki sem nýtur verndar getur skipt umtalsverðu máli, bæði með tilliti til þess hvert hlutverk fyrirtækisins er sem og hvort það fari á einhvern hátt út fyrir hlutverk sitt samkvæmt lögnum. Þó að fljótt á litið megi segja að þessi tvö fyrirtæki séu í samkeppnisrekstri, þar sem þau þjóna sömu viðskiptavinunum, er eðli starfseminnar þannig að löggjafinn hefur lagt ákveðnar skyldur á annan aðilann til að tryggja að sú þjónusta sem heyrnarskertir og heyrnarlausir þurfa sé ávallt til staðar. Þetta er þó ekki algilt og þótt opinberu fyrirtæki séu settar skyldur á herðar af löggjafanum þýðir það ekki að Samkeppniseftirlitið geti ekki beitt heimild 14. gr. skl. um fjárhagslegan aðskilnað.

Eins og áður var komið inn á getur verið töluvert flókið að skera úr um hvort fyrirtæki starfi á frjálsum markaði með tilliti til þeirrar löggjafar sem um það gildir. Í því samhengi er

<sup>103</sup> ÁSE. 12. desember 2006 (48/2006), bls. 7–8.

áhugavert að bera saman tvær ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sem teknar voru með árs millibili. Í báðum ákvörðunum var spurning um hvort fyrirtæki sem báru ákveðnar skyldur gagnvart skólakerfinu störfuðu á frjálsum markaði.

*ÁSE. 16. september 2008 (49/2008)*

Bóksala stúdenta (BS) selur bækur og önnur námsgögn til nemenda Háskóla Íslands og annarra. Kvartað var yfir starfsemi BS þar sem BS var meðal annars undanþegin opinberum gjöldum í starfsemi sinni en BS starfar jafnframt samkvæmt lögum og er skylt að hafa allar kennslubækur sem kenndar eru í Háskóla Íslands til sölu. BS selur þessar bækur einnig til almennings en spurning var hvort BS uppfyllti seinna skilyrði 14. gr. skl. Um það sagði í ákvörðun samkeppnisráðs: „Síðara skilyrðið þarf að meta með hliðsjón af þeim sérstöku lagaákvæðum sem gilda um Félagsstofnun stúdenta og þeim skyldum sem hvíla á stofnuninni og fyrirtækjum hennar. Lög um Félagsstofnun stúdenta nr. 33/1968 og reglugerð nr. 171/1968 fyrir Félagsstofnun stúdenta við Háskóla Íslands leggja skyldur á Félagsstofnun sem ekki eiga við um keppinauta hennar, sbr. 2. gr. þar sem kveðið er á um þá skyldu Félagsstofnunar að annast rekstur og bera ábyrgð á fyrirtækjum í þágu stúdenta og beita sér fyrir eflingu þeirra samkvæmt því sem nánar er kveðið á um í reglugerð. Eitt af þessum fyrirtækjum er BS. Litið er svo á að skylda BS gagnvart stúdentum sé að eiga allt kennsluefni sem nota á við kennslu í háskólum landsins. Sú skylda er óháð fjölda kennslubóka í hverju fagi eða kostnaði við að afla þeirra. Slík skylda hvílir ekki á keppinautum BS og er ekki hægt að gera þær kröfur til þeirra enda önnur sjónarmið en félagsleg höfð að leiðarljósi við rekstur þeirra. Af framangreindu má sjá að sérgreindum skyldum Félagsstofnunar er lýst mjög almennt og rúmt í lögum og reglugerð um stofnunina. Enginn greinarmunur er gerður í lögnum á þjónustu við háskólastúdenta og kennara og þjónustu við aðra borgara. Á grundvelli gildandi lagaákvæða um Félagsstofnun stúdenta og þar með BS, telur Samkeppniseftirlitið því ekki unnt að greina á milli annars vegar þjónustu við háskólana, þ.e. nemendur og kennara, og hins vegar þjónustu við almenna borgara. Sama á við um aðskilnað milli einstakra vörutegunda sem boðnar eru til sölu. Í þessu ljósi eru ekki talin vera lagaskilyrði til að beita fjárhagslegum aðskilnaði, sbr. 14. gr. samkeppnislaga.“<sup>104</sup>

*ÁSE. 15. október 2007 (56/2007)*

Blindrabókasafnið (B) starfar samkvæmt lögum og hefur ákveðnum skyldum að gegna gagnvart blindum og sjónskertum. Safnið framleiðir, selur og lánar hljóðbækur til ákveðinna aðila sem þess þurfa. Innan B er starfsemi sem hefur hlotið nafnið Orð í eyra sem vinnur að því að gefa út hljóðdiska á almennum markaði. Í ákvörðun samkeppniseftirlitsins um þessa aðstöðu sagði: „Lög um Blindrabókasafn Íslands nr. 35/1982 kveða á um hlutverk safnsins, sem er að sjá blindum, sjónskertum, og öðrum þeim, sem ekki geti fært sér venjulegt prentað letur í nyt, fyrir alhliða bókasafnsþjónustu, sbr. 1. gr. laganna. Í 8. gr. laganna kemur fram að kostnaður við starfsemi safnsins greiðist úr ríkissjóði eftir því sem fé sé veitt til þess á fjárlögum. Sé um aðrar tekjur safnsins að ræða skuli þeim varið í þágu þeirra verkefna sem lögin mæli fyrir um. Í 11. gr. reglugerðar nr. 799/2002 um Blindrabókasafn Íslands kemur fram að aðrar tekjur séu m.a. greiðslur fyrir umbeðin verkefni, gjafir og hagnaður af sölu hljóðbóka.

Samkvæmt þessu starfar Blindrabókasafn Íslands á grundvelli laga um safnið og er rekið af opinberu fé. Þar af leiðandi starfar safnið að því leyti í skjóli verndar í skilningi 14. gr. samkeppnislaga.

<sup>104</sup> ÁSE. 16. september 2008 (49/2008), bls. 10–11.

Í gögnum málsins og á heimasíðu safnsins kemur fram að Orð í eyra sé starfsemi innan safnsins sem gefi út hljóddiska til sölu á almennum markaði. Á þeim markaði starfa jafnframt einkafyrirtæki. Hluti rekstrar safnsins er því í frjálsri samkeppni í skilningi samkeppnislaga. Skilyrði samkeppnislaga fyrir því að beita 14. gr. laganna gagnvart Blindrabókasafni Íslands eru því uppfyllt samkvæmt framansögðu.<sup>105</sup>

Erfitt er að átta sig á því hvað skilur á milli þessara tveggja stofnana. Þær starfa báðar samkvæmt lögum og löggjafinn hefur lagt á þær ákveðnar skyldur gagnvart ákveðnum aðilum. Þær uppfylla báðar fyrra skilyrði 14. gr. skl. og selja báðar vörur sínar til almennings á frjálsum markaði. Færa má sterk rök fyrir nauðsyn fjárhagslegs aðskilnaðar Bóksölu stúdenta og erfitt er að átta sig á því hvers vegna ekki er kveðið á um fjárhagslegan aðskilnað í því máli. Sú ástæða sem Samkeppniseftirlitið gefur upp að ekki sé hægt að greina á milli þjónustu við háskólanema og kennara annars vegar og almenning hins vegar virðist ekki haldbær enda dæmi um að fjárhagslegum aðskilnaði á grundvelli 14. gr. skl. hafi verið beitt við sambærilegar aðstæður. Hér kemur helst til skoðunar að einhvers konar minniháttarregla<sup>106</sup> hafi haft áhrif á niðurstöðu málsins. Tekið skal fram að við þetta mat horfir Samkeppniseftirlitið líklega til fleiri þátta en þeirra tveggja sem hafa verið til umfjöllunar í þessum kafla þótt eftirlitið láti þess ekki getið í ákvörðunum sínum.

#### 4.4.5 Niðurgreiðsla þarf ekki að vera hafin

Eitt af meginmarkmiðum 14. gr. skl. er að koma í veg fyrir niðurgreiðslu opinberra aðila á starfsemi sem er í samkeppnisrekstri og koma þannig í veg fyrir að samkeppni sé raskað. Af þeirri ástæðu hefur ekki verið talið til skilyrða 14. gr. skl. að niðurgreiðsla sé hafin. Þess vegna getur Samkeppniseftirlitið beitt fjárhagslegum aðskilnaði þegar fyrirtæki er í þeirri stöðu að hætta er á niðurgreiðslu. Ekki er að finna skýrt dæmi í framkvæmd samkeppnisyfirvalda þar sem 14. gr. skl. er beitt áður en niðurgreiðsla er hafin. Þó má sjá dæmi þess að reglunni hafi verið beitt þótt ekki sé að fullu sannað að samkeppnisrekstur sé niðurgreiddur en aðstæður eru slíkar að það sé vel hugsanlegt.

#### ÁSR. 6. júlí 1999 (20/1999)

Útfararstofan Þ kvartaði til Samkeppnisstofnunar yfir rekstri sóknarnefndar Borgarnessóknar á Útfararþjónustu Borgarfjarðar (B). Aðallega var deilt um í málinu hvort nægjanlega væri skilið á milli rekstrar B og annars lögbundins rekstrar sóknarnefndarinnar. Í ákvörðuninni segir: „Unnt er að greiða niður rekstur

<sup>105</sup> ÁSE. 15. október 2007 (56/2007), bls. 3.

<sup>106</sup> Sjá umfjöllun um minniháttarregluna í kafla 4.3.1.



Útfararþjónustunnar með tekjum kirkjugarðsins ef fjárreiður og reikningsskil starfsþáttanna eru ekki skýrt aðgreind. Samkeppnisráð telur að í reikningi Útfararþjónustu Borgarfjarðar komi fram atriði sem bendi til þess að ekki sé um skýrt aðgreindan fjárhag að ræða milli Útfararþjónustunnar og annarrar starfsemi sóknarinnar.<sup>107</sup>

Af tilvitnuðu orðunum í texta ákvörðunarinnar má sjá að samkeppnisráð telur að mögulegt sé fyrir sóknarnefnd Borgarnessóknar að greiða niður starfsemi Útfararþjónustu Borgarfjarðar. Í málinu kom fram af hálfu sóknarnefndarinnar að Útfararþjónusta Borgarbyggðar væri fjárhagslega aðskilin frá starfsemi hennar. Þrátt fyrir það taldi samkeppnisráð æskilegt að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað á grundvelli 14. gr. skl. Þar sem ráðið taldi möguleika á niðurgreiðslu vera fyrir hendi var það næg ástæða fyrir beitingu 14. gr. skl. án tillits til þess hvort niðurgreiðsla væri raunverulega fyrir hendi. Af þessu máli má því draga þá ályktun að niðurgreiðsla þurfi ekki að vera hafin eða í gangi til þess að 14. gr. skl. verði beitt. Þær aðstæður þurfa aðeins að vera uppi að fyrirtæki sem nýtur verndar í skilningi 14. gr. skl. geti niðurgreitt starfsemi sem er í samkeppnisrekstri á frjálsum markaði.

---

<sup>107</sup> ÁSR. 6. júlí 1999 (20/1999), bls. 12.

## 5 Framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar

Hér að framan hefur þeirri aðstöðu sem þarf að vera fyrir hendi svo 14. gr. skl. verði beitt verið lýst. Farið hefur verið yfir gildissvið 14. gr. skl., með hliðsjón af gildissviði samkeppnislaga, og þau skilyrði sem greinin setur fyrir beitingu fjárhagslegs aðskilnaðar. Í þessum kafla verður leitast við að skýra hvað felst í hinum fjárhagslega aðskilnaði og hvaða sjónarmið liggja til grundvallar aðskilnaði á starfsemi sem er vernduð í skilningi 14. gr. skl. og starfsemi sem starfrækt er á frjálsum markaði.

Þegar 2. mgr. 14. gr. var lögfest var hvergi að finna neinar leiðbeiningar um hvað fælist í hugtakinu fjárhagslegur aðskilnaður. Þannig hefur það fallið í hlut samkeppnisyfirvalda að skilgreina það nánar. Við beitingu 14. gr. skl. var frá upphafi álitamál hversu langt ætti að ganga í framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar. Árið 1997 gaf fjármálaráðuneytið út skýrslu um fjárhagslegan aðskilnað í rekstri ríkisstofnana. Tilgangur hennar var meðal annars að móta samræmda stefnu við fjárhagslegan aðskilnað í ríkisrekstri.<sup>108</sup> Hér á eftir verður farið yfir þá þróun sem orðið hefur í framkvæmd 14. gr. skl. á þeim tuttugu árum sem ákvæðið hefur verið við lýði, með hliðsjón af þeim leiðbeiningum sem settar voru fram í skýrslunni um fjárhagslegan aðskilnað.

Í megindráttum er fjárhagslegum aðskilnaði skipt í tvennt. Annars vegar er um að ræða bókhaldslegan aðskilnað þar sem sú starfsemi sem starfrækt er á frjálsum markaði er bókhaldslega aðskilin frá þeirri starfsemi sem nýtur einkaleyfis eða verndar í skilningi 14. gr. skl. Hins vegar er um að ræða stjórnunarlegan aðskilnað en tilgangur hans er að koma í veg fyrir að sú starfsemi fyrirtækis sem fer fram á frjálsum markaði geti ekki nýtt sér yfirstjórn þeirrar starfsemi sem nýtur verndar án þess að greiða fullt gjald fyrir. Auk þess má sjá af framkvæmd samkeppnisyfirvalda að sé starfsemi minniháttar er nægjanlegt að fyrirtæki sem annars myndi falla undir 14. gr. skl. verðleggi þá vöru eða þjónustu, sem það býður til sölu, á markaðsverði. Þetta má sjá af tilmælum Samkeppniseftirlitsins sem það hefur beint til fyrirtækja þar sem komið hefur til skoðunar að beita 14. gr. skl.

Af þeim ákvörðunum sem féllu fyrstu árin eftir setningu 14. gr. skl. má sjá að þau fyrirtæki sem voru skylduð til að framkvæma fjárhagslegan aðskilnað í starfsemi sinni fengu litlar sem engar vísbendingar um framkvæmd aðskilnaðarins í ákvörðunarorðum ákvarðananna. Þetta má meðal annars sjá í *ÁSR. 16. febrúar 1995 (8/1995)* en þar segir í ákvörðunarorðum:

---

<sup>108</sup> *Fjárhagslegur aðskilnaður í rekstri ríkisstofnana*, bls. 6.

Með vísan til 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 mælir Samkeppnisráð fyrir um fjárhagslegan aðskilnað Póst- og símamálastofnunar annars vegar á þeirri pósthjónustu sem háð er einkarétti samkvæmt póstlögum nr. 33/1986 og hins vegar á annarri pósthjónustu sem stofnunin innir af hendi. Skal þess gætt að pósthjónusta sem er háð einkarétti greiði ekki niður kostnað við aðra pósthjónustu. Fjárhagslegur aðskilnaður skal fara fram eigi síðar en 1. janúar 1996.<sup>109</sup>

Hér eru engar sérstakar leiðbeiningar til Póst- og símamálastofnunar um hvernig framkvæma eigi aðskilnaðinn. Eftir því sem árin liðu urðu úrskurðarorð ákvarðana er kváðu á um fjárhagslegan aðskilnað ítarlegri. Nú er jafnan talið upp í nokkrum tölulíðum hvernig hinum fjárhagslega aðskilnaði skuli hagað, eins og sjá má til dæmis í ákvörðunarorðum *ÁSE*. 19. október 2006 (40/2006).

### 5.1 Minniháttar starfsemi

Þegar starfsemi fyrirtækis sem starfar á frjálsum markaði er minniháttar í samanburði við heildarstarfsemi fyrirtækisins og í samanburði við aðra samkeppnisaðila er tilhneiging til þess að kveða ekki á um fjárhagslegan aðskilnað á grundvelli 14. gr. skl. Það er hins vegar ekki til neinn einhlítur mælikvarði sem segir til um hvenær samkeppni á markaði telst vera minniháttar eða hvenær markaðshlutdeild telst lítil. Í samkeppnisreglum Evrópu- og EES-réttar hefur verið við lýði svokölluð minniháttarregla sem fjallað var um í kafla 4.3.1.

Í skýrslu fjármálaráðuneytisins frá nóvember 1997 um fjárhagslegan aðskilnað í rekstri ríkisstofnana var gerð úttekt á beitingu 14. gr. skl. Eins og áður sagði er skýrslan ekki bindandi fyrir samkeppnisyfirvöld en í fyrri hluta hennar kemur fram greining á beitingu ákvæðisins. Í síðari hluta skýrslunnar eru settar fram leiðbeiningarreglur sem voru að miklu leyti hugsaðar fyrir stjórnendur ríkisfyrirtækja til leiðbeiningar um beitingu 14. gr. skl. Þannig gætu fyrirtæki sem falla undir greinina sjálfa greint fjárhagslega á milli þess hluta sem teldist opinber og þess hluta sem starfaði á frjálsum markaði. Í skýrslunni er lagt til að ef fyrirtæki sem alla jafna fellur undir 14. gr. skl. en starfar á markaði þar sem það er með undir 5% markaðshlutdeild eða minna en fimm milljón króna veltu þurfi aðeins að sýna fram á kostnaðarleg rök fyrir verðlagningu sinni en jafnframt að gæta þess að verðleggja þjónustu sína á markaðsverði.<sup>110</sup>

Ekki er að öllu leyti ljóst hvort farið hafi verið nákvæmlega eftir þessum leiðbeiningarreglum en á framkvæmd samkeppnisyfirvalda má þó sjá að litið er til þeirra að

<sup>109</sup> ÁSR. 16. febrúar 1995 (8/1995), bls. 17.

<sup>110</sup> *Fjárhagslegur aðskilnaður í rekstri ríkisstofnana*, bls. 32.

einhverju leyti við þetta mat, samanber *ÁSR. 2. desember 1999 (33/1999)* þar sem fjallað var um kröfu um fjárhagslegan aðskilnað Skógræktar ríkisins.<sup>111</sup>

Þrátt fyrir að ekki sé hægt að gera nákvæma grein fyrir því hvenær beri að beita 14. gr. skl. og hvenær beri ekki að beita henni, sökum þess að starfsemin sem um ræðir sé svo lítil í sniðum að ekki þyki forsvaranlegt að beita fjárhagslegum aðskilnaði, er hægt að slá því föstu að starfsemi sem mætti nefna minniháttar starfsemi verði ekki gert að sæta fjárhagslegum aðskilnaði á grundvelli 14. gr. skl.

## 5.2 Bókhaldslegur aðskilnaður

Eins og áður sagði má að meginstefnu skipta fjárhagslegum aðskilnaði í tvennt. Í þessum kafla verður fjallað um svokallaðan bókhaldslegan aðskilnað en Samkeppniseftirlitið hefur beitt slíkum aðskilnaði í málum þar sem ekki hefur verið talin þörf á algjörum aðskilnaði. Með bókhaldslegum aðskilnaði er átt við að allur rekstrarkostnaður þeirrar einingar sem starfar á frjálsum markaði sé skilinn frá annarri starfsemi fyrirtækisins. Almennt hefur verið talið að fyrirtæki sé ekki í markaðsráðandi stöðu nema það ráði yfir að minnsta kosti 40% af tilteknum markaði, þrátt fyrir í sumum tilfellum geti verið um lægri prósentu að ræða.<sup>112</sup> Það skal þó tekið fram að engin ein prósentutala er einhlít í þessum efnunum heldur fer ávallt fram heildarmat á aðstæðum hverju sinni. Í þessum efnunum má þó segja að því hærra sem prósentutalan er því meiri líkur eru á því að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu og enn fremur hefur verið talið að markaðshlutdeild yfir 50% gefi sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu.<sup>113</sup>

Hins vegar á annað við um opinberar samkeppnishömlur og í því tilfelli er ekki hægt að líta til þeirra skilgreininga sem eiga við um markaðsráðandi stöðu. Í skýrslu fjármálaráðuneytisins um fjárhagslegan aðskilnað í rekstri ríkisstofnana hefur verið gert ráð fyrir því, hvað opinberar samkeppnishömlur varðar, að í fyrirtæki þar sem starfsemi sem nær yfir 5% markaðshlutdeild en þó ekki yfir 15% markaðshlutdeild á tilteknum markaði, eða

<sup>111</sup> *ÁSR. 2. desember 1999 (33/1999)*, bls. 16.: „Samkeppnisráð vekur einnig athygli á því að ríkisstjórnin hefur gefið út sérstaka stefnu um fjárhagslegan aðskilnað í rekstri ríkisstofnana, sbr. skýrslu fjármálaráðuneytisins um það efni frá nóvember 1997. Þar kemur fram að sé stundaður umtalsverður samkeppnisrekstur hjá stofnun, skuli hún aðgreina hann fjárhagslega frá öðrum rekstri. Við mat á því hversu langt skuli ganga í fjárhagslegum aðskilnaði skuli m.a. leggja til grundvallar: „Ef tekjur stofnunar af samkeppnisrekstri eru hærri en 50 m. kr. eða markaðshlutdeild hans er meiri en 15% af skilgreindum markaði, skal eiga sér stað fjárhagslegur og stjórnunarlegur aðskilnaður milli samkeppnisrekstrarins og annarrar starfsemi stofnunarinnar.“ Í umsögn SR í málinu kemur fram að fjöldi skógarplantna sem sáð verði til í gróðrarstöðvum SR árið 1999 sé um 24 % af heildarframleiðslunni í landinu. Að mati samkeppnisráðs er því ljóst að samkeppnisrekstur SR fellur undir viðmið um fjárhagslegan og stjórnunarlegan aðskilnað samkvæmt fyrrgreindri stefnu ríkisstjórnarinnar í því efni.“

<sup>112</sup> Bellamy & Child, *European community law of competition*, bls. 927.

<sup>113</sup> Bellamy & Child, *European community law of competition*, bls. 929.

ársvelta er innan við 50 milljónir króna, sé eðlilegt að bókhaldslegur aðskilnaður eigi sér stað. Í skýrslunni segir jafnframt að í slíkum tilvikum sé almennt ekki þörf á því að stjórnunarlegur aðskilnaður fari fram.<sup>114</sup> Til að forðast misskilning skal þess getið að munurinn á bókhaldslegum og stjórnunarlegum aðskilnaði er aðeins stigsmunur en hvort tveggja er fjárhagslegur aðskilnaður. Þegar samkeppnisyfirvöld kveða á um stjórnunarlegan aðskilnað, sem er umfjöllunarefni næsta kafla (kafla 5.3), er einnig gerð krafa um bókhaldslegan aðskilnað.

Til að átta sig betur á því hvaða kröfur eru gerðar til fyrirtækja sem skylduð hafa verið til að skilja bókhaldslega á milli rekstrareininga á grundvelli 14. gr. skl. er nytsamlegt að líta til framkvæmdar samkeppnisyfirvalda. Í *ÁSE. 15. október 2007 (56/2007)*, sem áður hefur verið reifuð, kom fram krafa um fjárhagslegan aðskilnað Blindrabókasafns Íslands. Í henni kom fram nokkuð ítarleg umfjöllun um hvað fælist í bókhaldslegum aðskilnaði:

Með fjárhagslegum aðskilnaði á grundvelli 14. gr. samkeppnislaga er að lágmarki átt við algeran bókhaldslegan aðskilnað milli annars vegar þess hluta rekstrar fyrirtækis eða stofnunar, sem lagagreinin tekur til, sem nýtur einkaleyfis eða hvers konar opinberra fjárframlaga og hins vegar þess hluta rekstrar sem er í samkeppni við aðra aðila. Með slíkum aðskilnaði er átt við að rekstrartekjur og – gjöld þess hluta rekstrar opinbers aðila eða annars aðila sem uppfyllir skilyrði til íhlutunar á grundvelli 14. gr. og er í samkeppni við einkaaðila sé bókfærður sjálfstætt og haldið aðgreindum frá bókfærðum rekstri verndaðs rekstrar sama aðila. Þannig skulu allar tekjur og öll gjöld, bæði bein og óbein, föst og breytileg sem tilheyra samkeppnisrekstrinum bókfærð á þann hluta rekstrarins svo og hlutdeild í sameiginlegum kostnaði, s.s. húsnæðiskostnaði, skrifstofuhaldi, launum starfsfólks o.þ.h. Þá er einnig gert ráð fyrir að efnahag, þ.e. eignum og skuldum, sé haldið sérstaklega til haga í bókhaldi sem með beinum hætti tengjast samkeppnisrekstrinum. Með fjárhagslegum aðskilnaði eins og honum er hér lýst er reynt að tryggja að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur með fé frá verndaðri starfsemi sem m.a. nýtur opinberra fjárframlaga.<sup>115</sup>

Þessi skilgreining á bókhaldslegum aðskilnaði kemur einnig fram í *ÁSE. 15. október 2007 (55/2007)* í máli Slysavarnafélagsins Landsbjargar. Eins og fram kemur í tilvitnuninni er með fjárhagslegum aðskilnaði að lágmarki átt við bókhaldslegan aðskilnað. Sjá má af framkvæmd samkeppnisyfirvalda að mun algengara er að kveðið sé á um fullan fjárhagslegan aðskilnað, það er að segja bókhaldslegan og stjórnunarlegan aðskilnað.

Í *ÁSE. 17. desember 2008 (63/2008)* var til umfjöllunar bókhaldslegur aðskilnaður Vísindagarða og Háskóla Íslands. Í málinu kom fram að Vísindagarðar féllu undir 14. gr. skl. þar sem þeir nutu að einhverju leyti opinberrar verndar og störfuðu á frjálsum markaði í samkeppni við aðra. Samkeppniseftirlitið tók fram að með fjárhagslegum aðskilnaði væri að

<sup>114</sup> *Fjárhagslegur aðskilnaður í rekstri ríkisstofnana*, bls. 32.

<sup>115</sup> *ÁSE. 15. október 2007 (56/2007)*, bls. 5.

lágmarki átt við bókhaldslegan aðskilnað og við beitingu 14. gr. skl. þarf að taka til greina að: „14. gr. samkeppnislaga er heimildarákvæði, þ.e. beiting þess er háð mati Samkeppniseftirlitsins. Við mat á beitingu ákvæðisins er m.a. horft til veltu samkeppnisrekstrar hins opinbera eða verndaða fyrirtækis. Ef um litla veltu er að ræða og lágt hlutfall veltu af þeim samkeppnismarkaði sem máli skiptir er ólíklegra að ákvæðinu sé beitt fullum fetum þar sem takmörkun á samkeppni er trúlega óveruleg.“<sup>116</sup> Í málinu var 14. gr. skl. ekki beitt fullum fetum en sérstaklega var tekið fram í ákvörðunarorðum ákvörðunarinnar að starfsemi Vísindagarða skyldi vera bókhaldslega aðskilin frá Háskóla Íslands.

Í þeirri viðleitni að skýra hvað felst í bókhaldslegum aðskilnaði verða nú dregnar saman þær helstu skyldur sem komið hafa fram í ákvörðunum samkeppnisyfirvalda og hvíla á fyrirtækjum sem skulu greina bókhaldslega á milli rekstrarþátta sinna. Til að byrja með þarf sá hluti fyrirtækisins sem er í samkeppnisrekstri að stofna sérstaka bókhaldslega einingu um rekstur þann sem starfræktur er á frjálsum markaði.<sup>117</sup> Í því felst að stofnað er annað félag, til dæmis hlutafélag eða einkahlutafélag en þó er ekkert því til fyrirstöðu að önnur félagaform verði fyrir valinu. Til að ná markmiðum 14. gr. skl. er samkeppnisreksturinn því aðgreindur á þennan hátt frá þeirri starfsemi sem nýtur verndar. Með þessari aðgerð fæst einnig sjálfstæður skattaðili en það er nauðsynlegt í þeim tilvikum þegar hin verndaða starfsemi nýtur skattaávilnana.

Í öðru lagi skal gerður sérstakur stofnefnahagsreikningur en þangað skulu færðar allar eignir sem samkeppnisreksturinn færir frá því félagi sem nýtur verndar og yfir í hið nýja félag.<sup>118</sup> Ef ekki væri kveðið á um þessa aðgerð væri í raun verið að leggja til stofnfé í hið nýja félag frá þeim rekstri sem nýtur verndar.

Í þriðja lagi skulu öll viðskipti þess hluta fyrirtækis sem nýtur verndar og þess hluta fyrirtækis sem starfar í samkeppnisrekstri vera eins og viðskipti milli óskyldra aðila. Stundum er þetta orðað á þann veg að öll viðskipti skulu vera á markaðsverði og ef markaðsverð liggur ekki fyrir skal miða við kostnaðarverð að viðbætti hæfilegri álagningu.<sup>119</sup> Í viðskiptum milli þessara aðila geta falist kaup á vörum eða þjónustu, leiga á húsnæði eða vélum og svo framvegis. Ef sá hluti fyrirtækis sem starfar á frjálsum markaði samnýtir húsnæði, vélar eða eitthvað annað með þeim hluta fyrirtækis sem nýtur verndar skal aðgreindi hlutinn greiða hlutfallslegan kostnað til móts við þá starfsemi sem vernduð er.

---

<sup>116</sup> ÁSE. 17. desember 2008 (63/2008), bls. 3.

<sup>117</sup> ÁSE. 19. október 2006 (40/2006) bls, 14.

<sup>118</sup> ÁSE. 19. október 2006 (40/2006) bls, 14.

<sup>119</sup> ÁSE. 19. október 2006 (40/2006) bls, 15.

Hafa verður í huga að í sumum ákvörðunum samkeppnisyfirvalda eru leiðbeiningar nákvæmari eða sérstaklega beint að tilteknum fyrirtækjum. Ofantalin þrjú meginatriði virðast hins vegar vera gegnumgangandi í ákvörðunum samkeppnisyfirvalda þegar þau kveða á um fjárhagslegan aðskilnað á grundvelli 14. gr. skl.

### 5.3 Stjórnunarlegur aðskilnaður

Með stjórnunarlegum aðskilnaði er átt við að öll stjórnunarleg tengsl eru rofin á milli rekstrareininga. Þannig má til að mynda ekki sami maður gegna stöðu forstjóra hjá báðum rekstrareiningunum. Þetta er gert með því að stofna sérstaka einingu um samkeppnisreksturinn, auk þess sem lagt er bann við því að stjórnendur<sup>120</sup> þess hluta fyrirtækis sem verndaður er gegni stjórnunarstöðum hjá þeim hluta sem hefur verið aðskilinn.

Að því er varðar opinberar samkeppnishömlur er í skýrslu fjármálaráðuneytisins um fjárhagslegan aðskilnað í rekstri ríkisstofnana talið eðlilegt að ef markaðshlutdeild samkeppnisrekstrarins er orðin meiri en 15% af tilteknum markaði eða velta rekstrarins er hærri en 50 milljónir króna skuli aðskilja reksturinn að fullu á grundvelli 14. gr. skl.<sup>121</sup> Þar sem aðeins er talað um fjárhagslegan aðskilnað í 14. gr. skl. var ekki að öllu ljóst hvort samkeppnisyfirvöld hefðu heimild til að kveða á um stjórnunarlegan aðskilnað. Tekist var á um þetta álitaefni bæði á stjórnarsýslustigi og fyrir dómstólum

*ÁSR. 19. september 1996 (32/1996)*

Kirkjugarðar Reykjavíkurprófastsdæmis (KR) starfræktu útfararþjónustu í samkeppni við aðra en KR fékk greiðslur frá ríkinu til að starfrækja kirkjugarða. Starfsemin var talin falla undir 2. mgr. 14. gr. skl. en aðaldeilumálið var hvort samkeppnisráði væri heimilt að kveða á um stjórnunarlegan aðskilnað á grundvelli 2. mgr. 14. gr. skl. Um þetta sagði í ákvörðuninni: „Þrátt fyrir fyrirmæli í lögum um fjárhagslegan aðskilnað milli lögboðinna verkefna stjórnar kirkjugarðanna og útfararþjónustunnar, hefur í raun orðið lítil breyting á. Kirkjugarðsstjórn hefur skipað sömu menn í framkvæmdastjórn Útfararstofunnar og Kirkjugarðanna og sami framkvæmdastjóri stjórnar hinni vernduðu starfsemi og þeirri starfsemi sem er í samkeppni við kærendur í þessu máli.

Eins og áður segir er það mat samkeppnisyfirvalda að með fjárhagslegum aðskilnaði sé að öllu jöfnu átt við bæði stjórnunarlegan og reikningsskilalegan aðskilnað. Í því máli sem hér er til umfjöllunar tekur einkafyrirtæki Kirkjugarðanna, Útfararstofan, við starfsemi útfararþjónustu Kirkjugarða Reykjavíkurprófastsdæma sem hafði markaðsráðandi stöðu m.a. í skjóli niðurgreiðslna. Það er því rík ástæða til þess að aðskilja rekstur Útfararstofu, bæði reikningsskilalega og stjórnunarlega, eins og kostur er. Til þess að um fjárhagslegan aðskilnað í skilningi 2. mgr. 14 gr. samkeppnislaga sé að ræða þarf stjórn Kirkjugarðanna að skipa sérstaka framkvæmdastjórn Útfararstofunnar,

<sup>120</sup> Stjórnendur: Stjórn og framkvæmdastjóri.

<sup>121</sup> *Fjárhagslegur aðskilnaður í rekstri ríkisstofnana*, bls. 32–33.

sem ræður framkvæmdastjóra til þess að annast rekstur hennar, og skal hún vera óháð framkvæmdastjórn og framkvæmdastjóra Kirkjugarða Reykjavíkurprófastsdæma.<sup>122</sup>

Tekið skal fram að enginn efnislegur munur er á hugtökunum *reikningskilalegur aðskilnaður* og *bókhaldslegur aðskilnaður*. Eins og segir í ákvörðuninni hafði kirkjugarðsstjórn skipað sömu menn í stjórn kirkjugarðanna og útfararþjónustunnar og af þeim sökum hafði ekki orðið raunverulegur stjórnunarlegur aðskilnaður. Kirkjugarðar Reykjavíkurprófastsdæmis voru ekki sammála þeirri túlkun samkeppnisráðs að í 2. mgr. 14. gr. skl. fælist heimild samkeppnisyfirvalda til að kveða á um stjórnunarlegan aðskilnað og skutu því málinu til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

ÚÁS. 27. nóvember (14/1996)

Í þessum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála þar sem ÁSR. 19. september 1996 (32/1996) var tekin fyrir mótmæltu Kirkjugarðar Reykjavíkurprófastsdæmis (KR) þeim skilningi samkeppnisráðs (S) að með hugtakinu fjárhagslegur aðskilnaður væri einnig átt við stjórnunarlegan aðskilnað. KR telur þessa túlkun S ekki eiga sér stoð í hefðbundnum lögskýringargögnum, svo sem greinargerð, og auk þess hafi ekki verið rætt um stjórnunarlegan aðskilnað við setningu ákvæðisins á Alþingi. Þar að auki bendir KR á að ákvæði í lögum sem skerða atvinnufrelsi, eins og 2. mgr. 14. gr., beri að túlka þröngt. KR bendir á að reksturinn hafi verið algjörlega aðskilinn í á þriðja ár og útfararþjónustan njóti ekki styrkja frá verndaðri starfsemi kirkjugarðanna. Um þetta álitamál sagði í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála: „Í 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga er kveðið á um heimild samkeppnisyfirvalda til þess að mæla fyrir um "fjárhagslegan" aðskilnað þegar nánari skilyrðum ákvæðisins er fullnægt. Í máli þessu reynir m.a. á það, hvort rétt sé að leggja þann skilning í þetta orðalag ákvæðisins að auk "reikningslegs" aðskilnaðar geti það einnig tekið til "stjórnunarlegs" aðskilnaðar. Verður að telja að svo sé sökum þess að orðalagið "fjárhagslegur" aðskilnaður sé í nefndu ákvæði notað um viðtækara hugtak en "reikningslegan" aðskilnað einan. Má ljóst vera að ýmsir stjórnunarþættir hljóta að vera samofnir fjárhagslegum rekstri eða starfsemi fyrirtækis, enda er fjárhagur fyrirtækja augljóslega mjög kominn undir ákvörðunum stjórnenda þeirra. Þessi túlkun ákvæðisins verður því lögð til grundvallar í máli því sem hér er til úrskurðar. Hér verður þó jafnframt að hafa í huga hina almennu og viðurkenndu höfuðreglu íslensks réttar um atvinnufrelsi, sem birtist í 75. gr. stjórnarskrár nr. 33/1944, eins og sú grein hljóðar nú skv. 13. gr. laga nr. 97/1995. Af henni leiðir að almenn lagaákvæði sem leggja höft á atvinnufrelsi manna skuli túlka af varfærni. Verður því að gæta þess að leggja ekki víðtækari skilning í fyrirnefnt ákvæði 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga um "fjárhagslegan" aðskilnað en nauðsyn ber til svo að í úrlausnarefnum þar sem á þetta reynir verði fullnægt því meginmarkmiði 1. gr. samkeppnislaga að "efla virka samkeppni í viðskiptum" með þeim aðferðum sem þar eru nánar greindar. Telja verður þó, að eins og háttar til um það mál sem hér er til úrlausnar, sé óhjákvæmilegt að mæla fyrir um aðgerðir sem til þess eru fallnar að koma á fyllri "fjárhagslegum" aðskilnaði milli hlutaðeigandi aðila en nú er samkvæmt gögnum málsins. Verður þá jafnframt að hafa í huga í því sambandi, að sérstaklega er tekið fram í 2. mgr. 21. gr. laga nr. 36/1993 að þar sem kirkjugarðsstjórnir reki útfararþjónustu skuli sú starfsemi og fjárhagur henni tengdur vera "algerlega" aðskilin frá lögboðnum verkefnum kirkjugarðsstjórnar.

<sup>122</sup> ÁSR. 19. september 1996 (32/1996), bls. 18.



Á grundvelli þess sem fyrr er rakið, sbr. og nánar rökstuðning samkeppnisráðs fyrir ákvörðun þeirri er birtist í 2. tölulið ákvörðunar nr. 32/1996, er talið óhjákvæmilegt að mæla fyrir um stjórnunarlegan aðskilnað milli hlutaðeigandi.<sup>123</sup>

Eins og sjá má af þessum orðum tók áfrýjunarnefnd samkeppnismála þetta atriði til ítarlegrar skoðunar og komst að þeirri niðurstöðu að í hugtakinu fjárhagslegur aðskilnaður fælist einnig stjórnunarlegur aðskilnaður. Á þeim grundvelli væri samkeppnisyfirvöldum heimilt að kveða á um stjórnunarlegan aðskilnað á grundvelli 14. gr. skl.

Hæstiréttur Íslands komst svo að endanlegri niðurstöðu um hvort að í fjárhagslegum aðskilnaði í skilningi 14. gr. skl. fælist jafnframt heimild samkeppnisyfirvalda til þess að kveða á um stjórnunarlegan aðskilnað.

*Hrd. 1997, bls. 2625.*

Í ÚÁS. 27. nóvember (14/1996) var tekist á um ákvörðun Samkeppnisráðs um fjárhagslegan aðskilnað milli Kirkjugarða Reykjavíkurprófastsdæma (KR) og Útfararstofu kirkjugarðanna (ÚK). Aðallega var þrætt um aðskilnað á yfirstjórn félaganna þar sem ÚK var gert að starfrækja sjálfstæða stjórn, auk þess sem hún myndi ráða forstjóra sem ekki væri jafnframt forstjóri KR. Í dómi Hæstaréttar sagði: „Eins og hér hagar til, er því rétt að skilja ákvæði 2. mgr. 14. gr. um fjárhagslegan aðskilnað með sama hætti og 2. mgr. 21. gr. laga nr. 36/1993, en ekki verður það ákvæði öðruvísi skýrt en átt sé við algjöran aðskilnað og þá einnig, hvað varðar daglega stjórn fyrirtækisins.“

Málsmeðferð þessa máls og dómur Hæstaréttar koma að vissu leyti á óvart. Telja verður að Kirkjugarðar Reykjavíkurprófastsdæma hafi í málinu haft sterk rök hvað varðar lögskýringarsjónarmið. Almennt hefur verið talið að ef lagaákvæði er sett á löggjafarsviði þar sem áhrif lögætisreglunnar eru sterk, til dæmis á sviði stjórnsýsluréttar, séu meiri líkur á því að þeirri lögskýringarleið að túlka lagaákvæði rúmt verði hafnað.<sup>124</sup> Með rýmkandi lögskýringu er átt við þá aðstöðu þegar tilvik er látið falla undir lagaákvæði þegar vafi leikur á merkingu þess að loknu heildarmati á innra og ytra samhengi ákvæðisins, eða sérstök og knýjandi rök leiða til þess að ákvæðið sé túlkað rúmt, þó að með því sé vikið frá merkingu ákvæðisins, sem leiðir af textaskýringu.<sup>125</sup>

Í þessu máli valdi Hæstiréttur að láta hugtakið fjárhagslegur aðskilnaður ná yfir stjórnunarlegan aðskilnað. Af lögætisreglunni að dæma og almennum lögskýringarsjónarmiðum er sú krafa gerð til lagaákvæða sem leggja íþyngjandi skyldur á borgarana að þau þurfi að vera skýr. Þrátt fyrir þessi lögskýringarsjónarmið hafa samkeppnisyfirvöld og Hæstiréttur talið að í ákvæðinu fælist algjör aðskilnaður.

<sup>123</sup> ÚÁS. samkeppnismála 27. nóvember (14/1996), bls. 7.

<sup>124</sup> Róbert Ragnar Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 299.

<sup>125</sup> Róbert Ragnar Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 296.

Ekki er auðséð hvaða sérstöku aðstæður voru fyrir hendi í málinu þar sem dómurinn notaðist við orðin „eins og hér hagar til“ en hugsanlegt er að dómurinn sé að vísa til þess að um starfsemina giltu sérlög sem kváðu á um algjöran fjárhagslegan aðskilnað. Hvað varðar málefni 14. gr. skl. hefur samkeppnisyfirvöldum og dómstólum verið gefið svigrúm til þess að móta hugtakið *fjárhagslegur aðskilnaður*. Samkeppnisyfirvöld hafa farið þá leið að telja að í fjárhagslegum aðskilnaði í skilningi 14. gr. skl. felist einnig heimild til þess að skilja stjórnunarlega á milli rekstrareininga verndaðrar starfsemi og hluta fyrirtækis sem starfar á samkeppnismarkaði. Í *Hrd. 1997, bls. 2625* voru hugtakinu gerð skil en taka verður með fyrirvara fordæmisgildi dómsins þar sem önnur lög spiluðu einnig stórt hlutverk í því máli. Ekki verður séð að Hæstiréttur hafi fjallað í síðari málum um hugtakið *fjárhagslegur aðskilnaður*, þar sem aðeins 14. gr. skl. kemur til skoðunar.

Þrátt fyrir þessar vangaveltur hefur því verið slegið föstu í framkvæmd samkeppnisyfirvalda í kjölfarið að í heimild 14. gr. skl. til að kveða á um fjárhagslegan aðskilnað felist jafnframt heimild til stjórnunarlegs aðskilnaðar. Með stjórnunarlegum aðskilnaði á að tryggja að sú eining sem skilin hefur verið frá verndaðri starfsemi nýti sér ekki yfirstjórn þeirrar starfsemi sem nýtur verndar í skilningi 14. gr. skl., enda getur falist í því umtalsverður sparnaður að þurfa ekki að ráða til starfa stjórn og framkvæmdastjóra sem sjá um bókhald og daglegan rekstur fyrirtækis. Nokkuð misjafnt er hvernig kveðið er á um stjórnunarlegan aðskilnað í úrlausnum samkeppnisyfirvalda milli einstakara mála, það er hversu nákvæm fyrirsmáli samkeppnisyfirvalda eru. Í *ÁSR. 19. september 1996 (32/1996)* tók samkeppnisráð svo til orða:

Kirkjugarðsstjórn skal skipa sérstaka framkvæmdastjórn fyrir Útfararstofuna. Framkvæmdastjórnin ræður framkvæmdastjóra fyrir Útfararstofuna. Framkvæmdastjórn Útfararstofunnar skal ekki skipuð sömu mönnum og framkvæmdastjórn Kirkjugarðanna og sami maður skal ekki gegna starfi framkvæmdastjóra Útfararstofunnar og Kirkjugarðanna. Laun framkvæmdastjórnar og framkvæmdastjóra Útfararstofunnar skulu greidd af Útfararstofu Kirkjugarðanna.<sup>126</sup>

Í málinu er sérstaklega tekið fram hvernig ráðningu framkvæmdastjóra og stjórnar Útfararstofu kirkjunnar skuli vera háttáð en gert er ráð fyrir því að sömu aðilar gegni ekki störfum hjá báðum aðilum á sama tíma. Í þessari ákvörðun er tiltölulega nákvæmlega kveðið á um hvernig yfirstjórn Útfararstofu kirkjunnar skuli háttáð.

Í *ÁSR. 31. maí 1996 (26/1996)* var rekstur Mjólkursamsölu Reykjavíkur tekinn til skoðunar. Mjólkursamsalan hafði byggt upp rekstur sinn í skjóli verndar í skilningi 14. gr.

<sup>126</sup> *ÁSR. 19. september 1996 (32/1996)*, bls. 20.

skl. að mati samkeppnisráðs. Af þeirri ástæðu lá fyrir að skilja þurfti fjárhagslega á milli rekstrar Mjólkursamsölnunnar og mjólkursamlagsins þar sem mjólkursamlagið starfaði á samkeppnismarkaði. Í ákvörðunarorðum ákvörðunarinnar var tekið fram að stjórnendum mjólkursamlagsins væri ekki heimilt að bera ábyrgð á rekstri annarra deilda. Ákvörðuninni var skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og í *ÚÁS. 9. september 1996 (13/1996)* var ákvörðunarorðum samkeppnisráðs breytt þannig að „dagleg stjórn mjólkursamlagsins skuli ekki vera á hendi sama manns og dagleg stjórn annarra deilda kaupfélagsins.“<sup>127</sup> Af þessum orðum að dæma getur mjólkursamlagið ekki nýtt sér yfirstjórn Mjólkursamsölu Reykjavíkur.

Í öðrum ákvörðunum hefur orðalag verið opnara og samkeppnisyfirvöld gefið aðilum meira svigrúm til þess að ráða stjórnir fyrirtækja. Í *ÁSE. 15. október 2007 (55/2007)* sagði: „Samkeppniseiningin greiði fyrir þá aðstöðu sem hún nýtir sameiginlega með annarri starfsemi Landsbjargar, þ.m.t. yfirstjórn, húsnæði og vinnu, eins og um viðskipti milli óskyldra aðila væri að ræða.“<sup>128</sup> Hér sést að samkeppniseiningunni sem skilin var frá Landsbjörgu er í raun boðið að nýta sér yfirstjórn Landsbjargar með því eina skilyrði að greitt sé fyrir eins og í viðskiptum milli óskyldra aðila. Segja má að þetta sjónarmið hafi orðið ofan á í framkvæmd en slík fyrirmæli má sjá í fleiri ákvörðunum, svo sem *ÁSR. 22. maí 1996 (23/1996)*.<sup>129</sup> Sambærileg ákvörðunarorð um stjórnunarlegan aðskilnað voru í *ÁSR. 2. desember 1999 (33/1999)* en þar sagði: „Ef samkeppniseiningin nýtir sér yfirstjórn, stoðdeildir, fasteignir, tölvuvinnslu eða annað sameiginlega með Skógrækt ríkisins skal greiða fyrir það eins og um viðskipti milli óskyldra aðila væri að ræða. Ef markaðsverð liggur ekki fyrir skal miða við kostnaðarverð að viðbættri hæfilegri álagningu.“<sup>130</sup>

Af þessum ákvörðunum að dæma mælir Samkeppniseftirlitið annars vegar fyrir um bindandi skipun yfirstjórnar fyrirtækja, eins og sjá má af *ÁSR. 19. september 1996 (32/1996)*. Hins vegar er einnig gert ráð fyrir því að fyrirtæki í samkeppnisrekstri geti nýtt sér yfirstjórn þess hluta rekstrarins sem nýtur verndar í skilningi 14. gr. skl. að því skilyrði uppfylltu að greitt sé markaðsverð fyrir. Af ákvörðunum samkeppnisyfirvalda virðist seinni útfærslan vera algengari í seinni tíð en einnig er hugsanlegt að seinni útfærslan, sem er að mörgu leyti vægari, sé frekar notuð í tilvikum smærri fyrirtækja.

Velta má því sjónarmiði upp að þegar aðskilinn hluti fyrirtækis greiðir fyrir þá yfirstjórn sem hann nýtur frá því fyrirtæki sem hlutinn var aðskilinn frá sé ekki um stjórnunarlegan aðskilnað að ræða heldur aðeins fullkominn bókhaldslegan aðskilnað. Þó má segja að

<sup>127</sup> ÚÁS. 9. september (13/1996), bls. 5.

<sup>128</sup> ÁSE. 15. október 2007 (55/2007), bls. 5.

<sup>129</sup> ÁSR. 22. maí 1996 (23/1996), bls. 15.

<sup>130</sup> ÁSR. 2. desember 1999 (33/1999), bls. 18.

markmiðum 14. gr. skl. sé náð með þeirri tilhögun þar sem hinn aðskildi rekstur þarf að greiða fyrir yfirstjórnina en markmið 14. gr. skl. er að koma í veg fyrir niðurgreiðslu. Hvað varðar hinn eiginlega stjórnunarlega aðskilnað geta komið upp þau tilvik að ekki sé æskilegt að sömu menn fari með stjórn beggja fyrirtækjanna. Þetta eru þá helst tilvik þar sem upplýsingar úr rekstri þess fyrirtækis geta verið til hagsbóta fyrir þann hluta fyrirtækisins sem hefur verið skilinn frá en er nú í sjálfstæðum rekstri.

## **6 Samanburður á 14. gr. og b-lið 1. mgr. 16. gr. skl.**

Í þessum kafla verða 16. gr. skl. gerð skil í þeim tilgangi að bera saman heimildir Samkeppniseftirlitsins annars vegar á grundvelli 14. gr. skl. og hins vegar á grundvelli b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. Ákvæði 16. gr. skl. hefur tekið talsverðum efnislegum breytingum frá því að samkeppnislög nr. 8/1993 voru sett en í þeim lögum var að finna grunn þeirra reglna sem nú eru í 16. gr. skl. Með breytingalögum nr. 14/2011 var 16. gr. skl. breytt á þann veg að heimildir Samkeppniseftirlitsins voru auknar umtalsvert og hefur það nú mjög víðtækar heimildir til inngríps að því er varðar samkeppnislega stöðu fyrirtækja og opinberra aðila. Skiptir þar mestu sý heimild Samkeppniseftirlitsins að geta skipt upp fyrirtækjum, án tillits til þess hvort þau hafi brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga, í þeim tilgangi að vernda samkeppni. Í þeirri umfjöllun sem fer hér á eftir verður megináherslan lögð á á b-lið 1. mgr. 16. gr. skl. en hann snýr að opinberum aðilum. Þó verður lítillega vikið að nýlegum breytingum á greininni en með nýlegum lagabreytingum kom aftur inn í greinina c-liður hennar.

### **6.1 Ákvæði 16. gr. skl.**

Forveri 16. gr. skl., ef svo má segja, var 17. gr. eldri samkeppnislaga nr. 8/1993. Í henni var ekki að finna sambærileg ákvæði og nú er að finna í b-lið 1. mgr. 16. gr. skl. Heimildir samkeppnisyfivalda til íhlutunar á hverjum tíma hefur hins vegar verið að finna í 2. mgr. beggja þessara lagaákvæða. Þar er kveðið á um hvaða úrræði samkeppnisyfivöld hafa haft til að vinna gegn samkeppnishömlum á markaði. Á árunum 1993 til 2000 gátu aðgerðir samkeppnisyfivalda samkvæmt 2. mgr. 17. gr. eldri samkeppnislaga falið í sér bann, fyrirmæli eða heimild með ákveðnum skilyrðum.

Með breytingalögum nr. 107/2000 var gerð breyting á 17. gr. laga nr. 8/1993 en með þeim breytingum kom í fyrsta skipti inn b-liður 1. mgr. ákvæðisins sem mælir fyrir um heimildir samkeppnisyfivalda til íhlutunar gegn opinberum aðilum. Þar segir: „samkeppnisráð getur gripið til aðgerða gegn: (...) b. athöfnum opinberra aðila að því marki sem þær kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni að því tilskildu að sérlög hafi ekki að geyma sérstakar reglur um heimild eða skyldu til slíkra athafna.“ Með sömu lagabreytingum var fallið frá blönduðu kerfi bann- og misbeitingareglna og í þeirra stað teknar upp bannreglur að erlendri fyrirmynd.<sup>131</sup>

---

<sup>131</sup> Þskj. 144, 139. lögb. 2010–11, bls. 4 (enn óbirt í A-deild alþt.).

Með nágildandi samkeppnislögum nr. 44/2005 var 17. gr. breytt í 16. gr. Við þá breytingu breyttist 2. mgr. greinarinnar þar sem kveðið er á um heimildir samkeppnisyfirvalda til íhlutunar. Þar segir nú:

Aðgerðir Samkeppniseftirlitsins geta falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að stöðva brot gegn ákvæðum laganna eða bregðast við athöfnum opinberra aðila sem kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur beitt úrræðum bæði til breytingar á atferli og skipulagi, í hlutfalli við það brot sem framið hefur verið og nauðsynlegt telst til að stöðva það í reynd. Þó er einungis heimilt að beita úrræðum til breytingar á skipulagi ef sýnt þykir að ekki sé fyrir hendi árangursríkt úrræði til breytingar á atferli eða þar sem jafnárangursríkt úrræði til breytingar á atferli væri meira íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi aðila en úrræði til breytingar á skipulagi.

Með þessari lagabreytingu breyttust heimildir samkeppnisyfirvalda töluvert. Af þeim leiddi að samkeppnisyfirvöldum varð heimilt að beita hverjum þeim ráðstöfunum sem nauðsynlegar voru til að stöðva brot gagnvart lögunum. Í þessu fólst tvennt; annars vegar að samkeppnisyfirvöldum var heimilt að beita hverjum þeim ráðstöfunum sem þurfa þótti og hins vegar var ekki um að ræða brot gegn ákveðnum greinum heldur brot gegn bannákvæðum laganna.

Nýjustu breytingarnar á ákvæðinu voru gerðar með breytingalögum nr. 14/2011. Þar var 2. mgr. 16. gr. breytt á þann veg að hún felur nú í sér enn frekari rýmkun á heimildum samkeppnisyfirvalda, auk þess sem nýjum staflið var bætt við ákvæðið, það er c-lið. Eftir breytingarnar hljóða 1. og 2. mgr. 16. gr. skl. svo:

Samkeppniseftirlitið getur gripið til aðgerða gegn:

a. samningum, skilmálum og hvers konar athöfnum sem brjóta í bága við bannákvæði laga þessara, sáttir eða ákvarðanir sem teknar hafa verið samkvæmt þessum lögum,  
b. athöfnum opinberra aðila að því marki sem þær kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni að því tilskildu að sérlæg hafi ekki að geyma sérstakar reglur um heimild eða skyldu til slíkra athafna,

c. aðstæðum eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarkar eða hefur skaðleg áhrif á samkeppni almennings til tjóns.<sup>132</sup> Með aðstæðum er m.a. átt við atríði 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 hefur skaðleg áhrif á samkeppni á markaði þrátt fyrir að ekki sé brotið gegn bannákvæðum laganna.

□ Aðgerðir Samkeppniseftirlitsins geta falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að efla samkeppni, stöðva brot eða bregðast við athöfnum opinberra aðila sem kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur beitt nauðsynlegum úrræðum bæði til breytingar á atferli og skipulagi vegna þeirra atríða sem tilgreind eru í 1. mgr. í réttu hlutfalli við það brot sem framið hefur verið eða þær aðstæður eða háttsemi sem um ræðir. Þó er einungis heimilt að beita úrræðum til breytingar á skipulagi ef sýnt þykir að ekki sé fyrir hendi árangursríkt úrræði til

---

<sup>132</sup> Undirstrikun höfundar.

breytingar á atferli eða þar sem jafnárangursríkt úrræði til breytingar á atferli væri meira íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi aðila en úrræði til breytingar á skipulagi.

Af undirstrikuðu orðunum má sjá að ekki þarf að vera um brot að ræða en samkvæmt c-lið ákvæðisins er nægjanlegt að um sé að ræða aðstæður eða háttsemi. Síðar í c-lið segir enn fremur að með aðstæðum sé átt við meðal annars eiginleika sem tengjast viðkomandi markaði. Af þessari breytingu leiðir að það er ekki nauðsynlegt að fyrirtæki hafi brotið gegn lögnum svo samkeppnisyfirvöld geti beitt 16. gr. skl. í þeim tilgangi að skipta upp starfsemi þess. Þetta gildir einnig um 14. gr. skl. þar sem það er ekki skilyrði 14. gr. skl. að niðurgreiðsla þurfi að vera hafin svo Samkeppniseftirlitið geti kveðið á um fjárhagslegan aðskilnað (sbr. kafla 4.4.5).

Tekið skal fram að 16. gr. skl. er ekki bannákvæði heldur heimildarákvæði til handa Samkeppniseftirlitinu. Þrátt fyrir að eftir nýjustu breytingar á 16. gr. skl. þurfi ekki að vera til staðar brot á samkeppnislögum verður samt að ætla að í langflestum tilvikum þar sem greininni er beitt hafi aðili brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga og að henni verði aðeins beitt í undantekningartilvikum þegar ekki hefur verið brotið gegn lögnum. Sem dæmi um brot sem geta leitt til þess að 16. gr. skl. verði beitt er þegar fyrirtæki brýtur gegn banni við því að nýta sér markaðsráðandi stöðu, samanber 11. gr. skl.

Í b-lið 1. mgr. 16. gr. skl., sem hér er aðallega til umfjöllunar, kemur fram að Samkeppniseftirlitið getur gripið til aðgerða gegn athöfnum opinberra aðila. Í *ÁSE. 7. febrúar 2011 (4/2011)* segir að tvö skilyrði séu fyrir því að Samkeppniseftirlitið beiti sér gagnvart opinberum aðilum. Annars vegar þarf Samkeppniseftirlitið að sýna fram á að tiltekin aðgerð raski samkeppni og hins vegar að hún styðjist ekki við fullnægjandi lagaheimild.<sup>133</sup> Í næstu tveimur köflum verða þessum skilyrðum gerð skil.

#### *6.1.1 Fyrri skilyrði 16. gr., aðgerð raskar samkeppni*

Í fyrri skilyrðinu fyrir beitingu b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. felst að opinber aðili þarf að raska samkeppni á tilteknum markaði. Í þeirri viðleitni að skýra út hvað geti falist í röskun eða skaðlegum áhrifum á samkeppni í skilningi b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. liggur beinast við að horfa til framkvæmdar samkeppnisyfirvalda.

---

<sup>133</sup> *ÁSE. 7. febrúar 2011 (4/2011)*, bls. 15.

ÁSE. 11. október. 2005 (8/2005)

Sálfræðingafélag Íslands kvartaði yfir þeirri mismunun sem fólst í því að ekki hafði verið gerður sambærilegur samningur er varðaði greiðsluþátttöku hins opinbera við þá eins og við geðlækna. Sálfræðingafélagið taldi að klínískir sálfræðingar og geðlæknar störfuðu á sama markaði þegar þeir meðhöndluðu sjúklinga sína án lyfjagjafar en aðeins geðlæknar hafa heimild til lyfjagjafar. Sálfræðingafélagið taldi að með þessari mismunun væri fyrra skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. uppfyllt. Um það atriði sagði í ákvörðuninni: „Heilbrigðisyfirvöld hafa enn ekki samið við klíníska sálfræðinga um greiðsluþátttöku hins opinbera vegna kostnaðar sjúkratryggða við heimsókn til þeirra. Af þessu leiðir að mati Samkeppniseftirlitsins augljósa röskun á þeirri samkeppni sem ríkt getur milli klínískra sálfræðinga og geðlækna, sbr. einnig framangreint álit samkeppnisráðs. Samkvæmt þessu er uppfyllt það skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga að athafnir opinberra aðila hafi skaðleg áhrif á samkeppni.“<sup>134</sup>

Með því að semja ekki við klíníska sálfræðinga um greiðsluhlutdeild ríkisins í sálfræðimeðferðum sjúklinga taldi Samkeppniseftirlitið að fyrra skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. hefði verið uppfyllt. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var greininni beitt en í *Hrd. 30. apríl 1998 (411/2007)*, sem varðaði þetta mál, var greininni ekki beitt þar sem síðara skilyrði hennar þótti ekki uppfyllt.

ÁSE. 7. febrúar 2011 (4/2011)

Í málinu kvörtuðu Iceland Express (IE) og Astraeus (A) til samkeppnisyfirvalda yfir ákvörðun Flugmálastjórnar Íslands. Í þeirri ákvörðun hafði Flugmálastjórn sett tiltekin skilyrði fyrir því að flugfélögin fengju leyfi til að hefja áætlunarflug. Um það hvort fyrra skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. væri uppfyllt sagði í ákvörðuninni: „Þegar allt framangreint er virt telur Samkeppniseftirlitið að sú ákvörðun FMS að gera það að skilyrði fyrir leyfi til Astraeus og Iceland Express til að hefja áætlunarflug með farþega á milli Íslands og Winnipeg í Kanada að þessi félög afli sambærilegra réttinda fyrir íslenska flugrekendur í Kanada hjá þarlandum flugmálayfirvöldum hafi skaðleg áhrif á samkeppni á mörkuðum fyrir áætlunarflug til og frá Íslandi. Sama á við um vinnuferli FMS í aðdraganda ákvörðunarinnar. Þær kröfur sem FMS setti fyrir leyfisveitingu til Astraeus um að það félag aflaði flugréttinda fyrir íslensk flugfélög í Kanada eru óraunhæfar og fela í sér mismunun á milli keppinauta í áætlunarflugi til og frá Íslandi. Þá er það samkeppnishamlandi að FMS skuli hafa upplýst íslenska flugrekendur um samkeppnisáform Astraeus og Iceland Express árið 2009.“<sup>135</sup>

Af þessari umfjöllun Samkeppniseftirlitsins má draga þá ályktun að fyrra skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. hafi verið uppfyllt.

Í þessum tveimur ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins var fyrra skilyrði greinarinnar talið uppfyllt og af því má ráða að einhvers konar mismunun af hálfu opinbers aðila þurfi að vera fyrir hendi svo fyrra skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. sé uppfyllt.

<sup>134</sup> ÁSE. 11. október 2005 (8/2005), bls. 7.

<sup>135</sup> ÁSE. 7. febrúar 2011 (4/2011), bls. 23.



### 6.1.2 Síðara skilyrði 16. gr. skl., lagastoð

Síðara skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. gerir þá kröfu að ef opinber aðili raskar samkeppni á markaði þurfi hann til þess lagastoð. Þannig lýtur síðara skilyrði greinarinnar að því að fyrirmæli í sérlögum þurfa að kveða á um heimild eða skyldu opinbers aðila sem raskar samkeppni með athöfnum sínum. Ef slík heimild er fyrir hendi verður 16. gr. skl. ekki beitt í því tilviki í þeim tilgangi að stöðva röskun á markaði. Af þessu leiðir að við beitingu greinarinnar þarf Samkeppniseftirlitið ávallt að skoða þær lagareglur sem um hinn opinbera aðila gilda og þær skyldur og heimildir sem hann starfar eftir.

Í ÁSE. 7. febrúar 2011 (4/2011), sem varðaði kvörtun flugfélaganna Iceland Express og Astraeus gagnvart Flugmálastjórn Íslands og var reifuð hér að framan, var starfsemi Flugmálastjórnar tekin til skoðunar. Í ákvörðuninni kom fram að sýnt væri fram á að ákvörðun Flugmálastjórnar hafi ekki byggt á heimild í sérlögum en um það var fjallað í ákvörðuninni:

Samkvæmt framansögðu byggir ákvörðun FMS um að gera það að skilyrði, fyrir veitingu umræddra flugréttinda til Astraeus hér á landi, að það félag afli sambærilegra réttinda fyrir íslenska flugrekendur hjá kanadískum flugmálayfirvöldum á umræddum vinnureglum sem sagðar eru sækja stoð sína í hefð. Sú ákvörðun FMS að gæta hagsmuna íslenskra flugrekenda og m.a. senda umsóknir erlendra flugrekenda í samráðsferli byggir einnig á umræddum vinnureglum eða hefð sem lengi hefur ríkt við afgreiðslu slíkra umsókna. Af þessu er ljóst að umrædd ákvörðun FMS á sér ekki beina lagastoð heldur byggir hún frekar á vinnureglum og áralangri hefð við afgreiðslu á umsóknum erlendra flugrekenda um flugréttindi hér á landi. Af þessu leiðir að ákvörðun FMS styðst ekki við sérlög sem hafa að geyma sérstakar reglur eða heimild í skilningi b-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga.<sup>136</sup>

Þar sem niðurstaðan var sú að ekki væri um sérlög að ræða var Samkeppniseftirlitinu heimilt að beita 16. gr. skl. og taldi það óhjákvæmilegt að beina bindandi fyrirmælum til Flugmálastjórnar á grundvelli b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. í því skyni að vernda samkeppni í flugi til og frá Íslandi.<sup>137</sup>

Það mál sem vakið hefur hvað mesta umfjöllun um síðara skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. skl. er mál sem varðar Sálfræðingafélag Íslands. Málið var tekið fyrir á öllum úrlausnarstigum stjórnarsýslu og dómstóla en aðeins verður fjallað um dóm Hæstaréttar í þessu máli þar sem hann er endanlegur og skýr.

<sup>136</sup> ÁSE. 7. febrúar 2011 (4/2011), bls. 24.

<sup>137</sup> ÁSE. 7. febrúar 2011 (4/2011), bls. 25.

Í málinu kvartaði Sálfræðingafélag Íslands til samkeppnisyfirvalda þar sem ekki hafði verið gerður sambærilegur samningu við Klíniska sálfræðinga og geðlækna vegna meðhöndlunar á sjúklingum. Sálfræðingafélagið taldi að klínískir sálfræðingar störfuðu að hluta til á sama markaði og geðlæknar, þ.e.a.s. við meðferð á sjúklingum sem ekki þurftu lyfjameðferð. Sýnt þótti að hið opinbera raskaði samkeppni á þessum markaði með því að semja aðeins um endurgreiðslur til geðlækna. Það sem aðilar deildu um var hvort ráðherra hefði heimild samkvæmt lögum til að leggja frekar áherslu á niðurgreiðslu hjá geðlæknum en að niðurgreiða þjónustu beggja og þar með raska samkeppni á þeim markaði. Um þetta sagði í Hæstarétti: „Samkeppnislög verða sem almenn lög að víkja fyrir ósamrýmanlegum ákvæðum sérlaga, en að því verður að gæta að í þessu sambandi standa samkeppnislög ekki þannig meðal réttarheimilda að ríkari kröfur verði gerðar en endranær til skýrleika ákvæða í sérlögum svo að þau gangi þeim fyrrnefndu fram. Í 3. mgr. 42. gr. laga nr. 97/1990 var mælt fyrir um að ráðherra markaði stefnu um forgangsröðun verkefna á sviði heilbrigðisþjónustu, svo og að honum væri heimilt að grípa til nauðsynlegra ráðstafana til að framfylgja þeirri stefnu, stuðla að aukinni hagkvæmni og tryggja gæði þeirrar þjónustu. Með því að fjallað var í þessu ákvæði um forgangsröðun var sýnilega gengið út frá því að á sviði opinberrar heilbrigðisþjónustu yrði af fjárhagslegum ástæðum að leggja rækt við viss verkefni á kostnað annarra, sem ýmist yrði ekkert sinnt eða ekki í sama mæli. Vald til að ákveða þessa forgangsröðun var lagt í hendur ráðherra og honum veitt heimild til að grípa til nauðsynlegra ráðstafana til að fylgja eftir ákvörðun sinni. Í þeirri heimild fólst óhjákvæmilega að taka meðal annars afstöðu til þess hvers konar þjónusta yrði veitt sjúkratryggðum með greiðslum úr almannatryggingum, í hvaða mæli það skyldi gert og frá hverjum hennar yrði aflað. Af þessum sökum var í skilningi b. liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga að finna heimild í sérlögum til athafna, sem leiddi til þess að aðaláfrýjandanum Samkeppniseftirlitinu var óheimilt að grípa til aðgerða til að sporna við þeim á þann hátt, sem ákvörðunin 11. október 2005 tók til.“

Af þessum orðum Hæstaréttar sést að ráðherra hafði heimild í sérlögum til þess að mismuna aðilum sem störfuðu á sama markaði. Ef slík heimild er fyrir hendi eru hendur Samkeppniseftirlitsins bundnar og það getur ekki aðhafst neitt í þá átt að rétta af samkeppnisstöðu á viðkomandi markaði.

#### 6.1.3 Ákvæði c- liðar 1. mgr. 16. gr. skl.

Ákvæði c-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. kom nýtt inn í samkeppnislög með breytingalögum nr. 14/2011. Þar sem ákvæðið kemur við sögu í næsta kafla þykir rétt að hafa stutta umfjöllun um það hér. Ákvæði c-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. veitir Samkeppniseftirlitinu víðtækar heimildir til breytinga á skipulagi og uppbyggingu fyrirtækja. Ákvæðið veitir Samkeppniseftirlitinu nánar tiltekið heimildir til þess að grípa til aðgerða gegn:

aðstæðum eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarkar eða hefur skaðleg áhrif á samkeppni almenningi til tjóns. 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 hefur skaðleg áhrif á samkeppni á markaði þrátt fyrir að ekki sé brotið gegn bannákvæðum laganna.

Ekki hefur enn reynt á þennan nýja staflið 1. mgr. 16. gr. skl. í framkvæmd Samkeppniseftirlitsins og því er ekki ljóst hvaða skilyrði eru sett fyrir beitingu hans eða hvernig Samkeppniseftirlitið túlkar þau skilyrði sem er að finna í ákvæðinu sjálfu. Með heimild í c-lið ákvæðisins getur Samkeppniseftirlitið gripið til aðgerða gegn aðstæðum eða háttsemi, sem (1) koma í veg fyrir, (2) takmarka eða (3) hafa skaðlega áhrif á samkeppni. Í ákvæðinu segir svo að almenningur verði að hljóta tjón af. Erfitt er að spá fyrir um hvernig Samkeppniseftirlitið muni beita þessu nýja ákvæði en þetta virðast vera þau skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt svo hægt sé að beita því.

## **6.2 Samanburður á 14. og 16. gr. skl.**

Erfitt getur verið að átta sig á því hvenær eðlilegt sé að beita 14. gr. skl. og hvenær eigi að beita 16. gr. skl. Ákvæði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. er beitt í þeim tilvikum þar sem opinberir aðilar beita sér þannig á markaði að þeir raska að einhverju leyti samkeppni. Í 2. mgr. 16. gr. skl. er taldar upp þær heimildir sem Samkeppniseftirlitið hefur þegar skilyrði 1. mgr. eru uppfyllt. Í núgildandi lögum getur Samkeppniseftirlitið beitt hverjum þeim ráðstöfunum sem nauðsynlegar eru til þess að efla samkeppni. Eitt af þeim úrræðum er uppskipting fyrirtækja en slíka heimild er einnig að finna í 14. gr. skl. Eftir þá breytingu sem varð á samkeppnislögum með breytingalögum nr. 14/2011 hefur sú spurning vaknað hvort beita megi 16. gr. skl. í öllum þeim tilvikum þar sem 14. gr. skl. er beitt. Þessari spurningu er ekki auðsvarað en hér verður reynt að bregða ljósi á þá framkvæmd þar sem greinunum hefur verið beitt að einhverju leyti saman. Hafa ber þó í huga að ekki hefur reynt á nýjustu breytingar á 16. gr. skl. og því er óljóst hvernig Samkeppniseftirlitið mun beita þeirri heimild.

### *ÁSR. 8. júlí 1998 (21/1998)*

Landssími Íslands rak breiðbandskerfi auk annarrar starfsemi. Samkeppnisráð óskaði eftir upplýsingum frá Landssímanum um starfsemi breiðbandsins. Við yfirferð þeirra upplýsinga og frekari skoðun taldi samkeppnisráð að rekstur Landssímans á breiðbandinu væri samkeppnishamlandi. Til skoðunar kom til hvaða úrræða samkeppnisráð gæti gripið á grundvelli þeirra lagaheimilda sem þá voru í gildi og voru þá aðallega til skoðunar 2. mgr. 14. gr. og 17. gr. eldri samkeppnislaga. Samkeppnisráð velti fyrir sér ýmsum skilyrðum, meðal annars að skylda Landssímann til þess að greina á milli rekstrar síns og breiðbandsins á grundvelli 2. mgr. 14. gr. Þar að auki velti samkeppnisráð fyrir sér leiðum sem ganga lengra, þar á meðal að skylda Landssímann til að stofna sérstakt fyrirtæki utan um breiðbandið auk þess að skylda Landssímann til að selja hluta af því fyrirtæki. Ekki verður annað séð en að samkeppnisráð hafi talið sér það

heimilt á grundvelli þeirra reglna sem þá voru í samkeppnislögum, enda segir í ákvörðuninni: „Við mat á þeim úrræðum sem til greina kemur að beita verður samkeppnisráð að hafa til hliðsjónar og vega saman, hagsmuni Landssímans af því að fyrirtækið ráði starfrækslu fjarskiptakerfa sinna og hagsmuni keppinauta Landssímans, viðskiptavina og neytenda af virkri samkeppni á markaðnum. Í því sambandi verður sérstaklega að huga að þeim þjóðhagslega mikilvægu hagsmunum sem löggjafinn hefur ákveðið að vernda beri með ákvæðum samkeppnislaga. Ef niðurstaða þessa mats sýnir að markmiði samkeppnislaga verði ekki náð með öðru og vægara móti en því að t.d. Landssíma Íslands verði skipt upp eða fyrirtækið skyldað til að stofna sérstakt fyrirtæki utan um breiðband sitt er ótvírætt að heimilt er að grípa til slíkra aðgerða.“<sup>138</sup>

Ekki var gengið jafn langt í þessari ákvörðun og samkeppnisráð taldi sig hafa heimildir til. Starfsemi breiðbandsins var þó fjárhagslega aðskilin frá Landssíma Íslands og var í þeim efnum vísað í 2. mgr. 14. gr. sbr. 17. gr. eldri samkeppnislaga nr. 8/1993. Hér verður þó að setja spurningamerki við þær heimildir sem samkeppnisráð taldi sig hafa á grundvelli þeirra lagaheimilda sem voru til staðar á þessum tíma. Í þágildandi 17. gr. samkeppnislaga var ekki heimild til breytinga á skipulagi en slík heimild kom inn með lögum nr. 44/2005. Þessi ákvörðun er þó athyglisverð þar sem Samkeppniseftirlitinu er heimilt á grundvelli 16. gr. skl. að skipta upp fyrirtækjum og áhugavert er að skoða hvernig þeirri heimild verður beitt í samanburði við 14. gr. skl.

*ÁSR. 30. apríl 2002 (13/2002)*

Veðurþjónustan Halo kvartaði yfir starfsemi Veðurstofu Íslands en Halo taldi að Veðurstofan starfaði að einhverju leyti á samkeppnismarkaði fyrir veðurupplýsingar. Í málinu þótti sýnt fram á að Veðurstofan starfaði samkvæmt lögum og var á A-hluta fjárlaga sem ríkisstofnun. Hins vegar taldi samkeppnisráð að starfssvið Veðurstofnunar væri umfangsmeira en það sem lög kváðu á um og því teldist hluti stofnunarinnar vera í samkeppnisrekstri. Samkeppnisráð taldi nauðsynlegt að sá rekstur yrði aðskilinn þeim lögbundna rekstri sem Veðurstofunni var skylt að sinna lögum samkvæmt. Af þeim sökum mælti samkeppnisráð fyrir um fjárhagslegan aðskilnað hins lögbundna rekstrar og þess sem starfaði á samkeppnismarkaði. Auk þess var þágildandi 17. gr. skl. beitt og beindi samkeppnisráð þeim fyrirmælum til þess hluta rekstrarins sem starfaði á samkeppnismarkaði að mismuna ekki þeim aðilum sem þeir gerðu samninga við með mismunandi samningsskilmálum.

Í þessari ákvörðun frá 2002 beitti samkeppnisráð 14. gr. skl. á hefðbundinn hátt. Auk þess var fyrirmælum beint til Veðurstofnunar á grundvelli 17. gr. skl. en á þeim tíma voru heimildir í 2. mgr. 17. gr. skl. bundnar við bann, fyrirmæli eða heimild með ákveðnu skilyrði. Ekki var fyrir hendi heimild til uppskiptingar á fyrirtækjum eins og nú er að finna í 2. mgr. 16. gr. skl. Á þessum tímapunkti taldi því samkeppnisráð eðlilegt að beita þessum tveimur greinum saman til að ná þeim árangri sem stefnt var að.

<sup>138</sup> ÁSR. 8. júlí 1998 (21/1998), bls. 55.

Í nýrra máli sem einnig varðaði upplýsingagjöf opinbers aðila og starfsemi hans á samkeppnismarkaði beitti Samkeppniseftirlitið 16. gr. og 14. gr. skl. saman. Sú breyting hafði þó orðið að heimildir Samkeppniseftirlitsins höfðu verið rýmkaðar með nýjum samkeppnislögum nr. 44/2005.

*ÁSE. 27. október 2005 (10/2005)*

Skýrr kvartaði til Samkeppniseftirlitsins yfir háttsemi Umferðarstofu. Umferðarstofa rak gagnagrunn þar sem öll ökutæki á Íslandi voru skráð. Umferðarstofa seldi upplýsingar úr þessum grunni til Skýrr sem seldi svo upplýsingarnar áfram til einstaklinga. Skýrr kvartaði yfir því að geta ekki selt viðskiptavinum sínum upplýsingar á sama hátt og Umferðarstofa gerði en hún bauð sínum viðskiptavinum að leita að ökutækjum eftir kennitölu. Í ákvörðuninni komst Samkeppniseftirlitið að því að Umferðarstofa hefði brotið gegn 11. gr. skl. um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Af því tilefni beitti Samkeppniseftirlitið heimildum 16. gr. skl. og beindi þeim fyrirætlum til Umferðarstofu að hún skyldi veita þeim fyrirtækjum sem þess óska aðgang að ökutækjaskrá, þannig að þeim fyrirtækjum væri kleift að veita sínum viðskiptavinum sömu þjónustu og Umferðarstofa veitir. Auk þess beitti Samkeppniseftirlitið 14. gr. skl. í þeim tilgangi að skilja á milli þess rekstrar Umferðarstofu sem var starfræktur samkvæmt lögum og þess sem var starfræktur á samkeppnismarkaði.

Þegar þessi ákvörðun var tekin hafði Samkeppniseftirlitið heimildir á grundvelli 2. mgr. 16. gr. skl. til þess að breyta atferli og skipulagi fyrirtækja. Þessi heimild var þó bundin við að fyrirtæki hefði brotið gegn lögnum eins og Umferðarstofa hafði gert í þessu máli. Í þessu tilviki taldi Samkeppniseftirlitið þó eðlilegast að beita 14. gr. skl. til þess að aðgreina þann rekstur sem var í frjálstri samkeppni frá þeim rekstri sem sinnti lögbundnum skyldum.

Eftir að breytingalög nr. 14/2011 tóku gildi þann 25. febrúar 2011 getur Samkeppniseftirlitið breytt skipulagi fyrirtækja án þess að brot hafi verið framið. Í 2. mgr. 16. gr. skl. segir að aðgerðir Samkeppniseftirlitsins geti falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að efla samkeppni. Af þessum orðum að dæma verða heimildir Samkeppniseftirlitsins vart víðtækari. Seinna í 2. mgr. greinarinnar segir: „Þó er einungis heimilt að beita úrræðum til breytingar á skipulagi ef sýnt þykir að ekki sé fyrir hendi árangursríkt úrræði til breytingar á atferli eða þar sem jafnárangursríkt úrræði til breytingar á atferli væri meira íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi aðila en úrræði til breytingar á skipulagi.“

Í 2. mgr. 16. gr. skl. er lögfest ákveðin meðalhófsregla en Samkeppniseftirlitinu er skylt að fara að reglum stjórnarsýslulaga í starfsemi sinni, þar á meðal 12. gr. stjórnarsýslulaga. Í 12. gr. stjórnarsýslulaga felst meðal annars að þegar stjórnvald tekur íþyngjandi ákvörðun ber því að fara þá leið sem vægust er fyrir þann sem ákvörðunin bitnar á.<sup>139</sup> Þar að auki er það

<sup>139</sup> Páll Hreinsson: „Meðalhófsregla stjórnarsýslulaga“, bls. 509–510.

skýringarsjónarmið viðurkennt að því meira íþyngjandi sem ákvörðun stjórnvalds er, þeim mun strangari kröfur eru gerðar til reglunnar.<sup>140</sup> Af því má draga þá ályktun að þegar meðalhófsregla kemur fram í efnisákvæði, eins og raunin er varðandi 16. gr. skl., sé það vilji löggjafans að sérstaklega skuli gætt að meðalhófi við beitingu reglunnar. Varpa má þeirri spurningu fram hvort meðalhófsregla sú sem er að finna í 16. gr. skl. sé að einhverju leyti strangari en meðalhófsregla stjórnsýslulaga en í 2. mgr. 2. gr. stjórnsýslulaga er gert ráð fyrir því að löggjafinn geti lögfest strangari reglur á ákveðnum sviðum og að líta skuli á reglur stjórnsýslulaga sem lágmarksrétt.

Þar sem Samkeppniseftirlitinu eru heimilar hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til þess að efla samkeppni má færa rök fyrir því að mikilvægt sé að lögð sé áhersla á að við beitingu ákvæðisins sé tekið tillit til meðalhófsreglu. Heimildir 2. mgr. 16. gr. skl. fela það í sér að Samkeppniseftirlitið getur breytt skipulagi fyrirtækja, auk þess að beina fyrirmælum til fyrirtækja að selja frá sér ákveðnar eignir eða rekstrarhluta. Af þessu má sjá að á grundvelli 16. gr. skl. væri einnig hægt að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað eins og gert er á grundvelli 14. gr. skl. Af því tilefni má velta því upp hvort 14. gr. skl. hafi eitthvert sjálfstætt gildi eftir þær breytingar sem urðu á 16. gr. skl. 25. febrúar 2011 með breytingalögum nr. 14/2011.

#### *6.2.1. Hvaða sjálfstæða gildi hefur 14. gr. skl. í samanburði við b-lið 1. mgr. 16. gr. skl.?*

Eins og farið var yfir hér að framan eru skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. tvö; annars vegar að opinber aðili þurfi að raska samkeppni á markaði og hins vegar að sérlög hafi ekki að geyma sérstakar skyldur eða heimildir opinberra aðila sem valdið hafa röskuninni. Hvað varðar 14. gr. skl. þurfa í grunninn tvö skilyrði að vera uppfyllt svo greininni verði beitt. Annars vegar þarf að vera um opinbert fyrirtæki að ræða, fyrirtæki sem nýtur opinbers einkaleyfis eða fyrirtæki sem nýtur einhvers konar verndar frá hinu opinbera. Hins vegar þarf sá hluti fyrirtækisins að starfa á frjálsum markaði. Auk þessara tveggja skilyrða hefur einnig verið tekið tillit til sérlaga við beitingu 14. gr. skl.<sup>141</sup>

Gildissvið b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. markast af því að um opinberan aðila sé að ræða. Hugtakið *opinber aðili* hefur almennt verið skilgreint sem einstaklingur eða lögpersóna sem hefur með höndum stjórnsýslu á vegum hins opinbera, hvort heldur ríkis eða sveitarfélaga.<sup>142</sup> Í 3. gr. laga nr. 84/2007 um opinber innkaup er opinber aðili skilgreindur sem aðili sem getur

<sup>140</sup> Páll Hreinsson: „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“, bls. 532.

<sup>141</sup> Sjá kafla 4.2.2.

<sup>142</sup> Páll Sigurðsson: *Lögfræðiorðabók*, bls. 307.

borið réttindi og skyldur að lögum og sérstaklega hefur verið stofnað til hans í því skyni að þjóna almannahagsmunum, enda reki hann ekki starfsemi sem jafnað verður til starfsemi einkaaðila, svo sem á sviði viðskipta eða iðnaðar. Auk þess segir að eitt af eftirfarandi atriðum þurfi að eiga við um hann: (1) Starfsemi hans er að mestu leyti rekin á kostnað ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinberra aðila. Miðað skal við að aðili sé að mestu leyti rekinn á kostnað ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinberra aðila ef opinber fjármögnun nemur meira en 50% af árlegum rekstrarkostnaði. (2) Hann lýtur yfirstjórn ríkis eða sveitarfélaga, stofnana þeirra eða annarra opinberra aðila. (3) Hann lýtur sérstakri stjórn sem ríki eða sveitarfélög, stofnanir þeirra eða aðrir opinberir aðilar skipa að meirihluta.

Af þessari skilgreiningu má sjá að b-liður 1. mgr. 16. gr. skl. hefur nokkuð annað gildissvið en 14. gr. skl. Þannig takmarkast gildissvið b-liðar ákvæðisins við opinbera aðila en til samanburðar tekur gildissvið 14. gr. skl. til opinberra fyrirtækja og fyrirtækja sem njóta opinbers einkaleyfis eða opinberrar verndar. Farið var ítarlega yfir gildissvið 14. gr. skl. og hvað felst í þeim hugtökum sem hér voru talin upp í 4. kafla ritgerðarinnar og vísast þangað til frekari skýringar á þeim.<sup>143</sup> Af þessu má þó sjá að b-liður 1. mgr. 16. gr. skl. nær ekki til allra þeirra aðila sem 14. gr. skl. nær til. Af því leiðir að b-lið 1. mgr. 16. gr. skl. verður ekki beitt í öllum þeim tilvikum sem 14. gr. skl. væri beitt í þeim tilgangi að skilja fjárhagslega á milli þeirrar einingar opinbers fyrirtækis eða fyrirtækis sem nýtur opinbers einkaleyfis eða verndar og þess hluta starfseminnar sem fer fram á frjálsum markaði.

Seinna skilyrði 14. gr. skl. lýtur að því að hluti fyrirtækis sem nýtur verndar þarf að starfa á samkeppnismarkaði. Þetta skilyrði er að einhverju leyti sambærilegt skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. um nauðsyn þess að aðgerðir opinberra aðila kunni að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Ef starfsemi sem nýtur einkaleyfis eða verndar er ekki starfrækt á samkeppnismarkaði hefur hún ekki verið talin hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Hins vegar hefur slíkt fyrirtæki verið talið skaða samkeppni á markaði ef það starfar á samkeppnismarkaði. Að þessu leyti eru því þessi tvö skilyrði 14. gr. skl. og b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. sambærileg.

Seinna skilyrði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. lýtur að því að greininni verður ekki beitt ef sérlög kveða á um eða heimila þær athafnir opinbers aðila sem valda röskun á samkeppni. Hvað þetta varðar má segja að hér sé um að ræða lögfestingu á lögskýringarreglunni *lex*

---

<sup>143</sup> Kaflar 4.4.1, 4.4.2 og 4.4.3.

*specialis* en í þeirri reglu felst að sérlög gangi framur almennum lögum.<sup>144</sup> Í þessu samhengi eru samkeppnislög flokkuð sem almenn lög en þau lög sem kveða sérstaklega á um ákveðna starfsemi sérlög. Þó að þessi regla komi ekki fram í 14. gr. skl. hafa samkeppnisyfirvöld tekið tillit til sérlaga þegar 14. gr. skl. er beitt. Í *ÁSE. 12. desember 2006 (48/2006)*, þar sem starfsemi Samskiptamiðstöðvar heyrnarlausra og heyrnraskertra var til skoðunar, var tekið tillit til þeirra laga sem um stofnunina giltu. Eftir skoðun á þeim lögum komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til að aðhafast nokkuð þar sem sérlög væru í gildi um samskiptamiðstöðina.<sup>145</sup>

Af framkvæmd samkeppnisyfirvalda að dæma gera báðar greinarnar það að skilyrði að tekið sé tillit til sérlaga við beitingu þeirra. Þessi framkvæmd hefur skapast þrátt fyrir að ekki sé sérstaklega kveðið á um sérlög í 14. gr. skl. öfugt við 16. gr. skl.

Það er þó hugsanlegt að c-liður 1. mgr. 16. gr. skl. nái yfir þá aðila sem b-liður greinarinnar nær ekki til. Með heimild í c-lið 1. mgr. 16. gr. getur Samkeppniseftirlitið gripið til aðgerða gegn:

aðstæðum eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarkar eða hefur skaðleg áhrif á samkeppni almennings til tjóns. 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 hefur skaðleg áhrif á samkeppni á markaði þrátt fyrir að ekki sé brotið gegn bannákvæðum laganna.

Hugsanlega væri hægt að færa starfsemi fyrirtækja, sem falla undir gildissvið 14. gr. skl., undir aðstæður eða háttsemi í skilningi c-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. en með aðstæðum á markaði er meðal annars átt við skipulag og uppbyggingu fyrirtækja. Í 2. mgr. 16. gr. er tekið fram að aðgerðir Samkeppniseftirlitsins geti falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að efla samkeppni, stöðva brot eða bregðast við athöfnum opinberra aðila sem kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Af þessu verður ekki betur séð en að á grundvelli c-liðar 1. mgr. 16. gr. sbr. 2. mgr. 16. gr. skl. hafi Samkeppniseftirlitið heimildir til uppskiptingar á fyrirtækjum sem jafnast á við heimildir 14. gr. skl. Eins og fjallað var um í kafla 6.1.3 hér að framan hefur enn ekki reynt á beitingu c-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. og hvaða skilyrði sett eru fyrir beitingu ákvæðisins. Að því sögðu er aðeins um vangaveltur að ræða um mögulega beitingu á þessum nýja staflað 1. mgr. 16. gr. skl.

Af þessari yfirferð má draga þá ályktun að heimildir 16. gr. skl. í heild sinni séu það rúmar að hægt væri að nota þær til að skylda fyrirtæki til þess að skilja fjárhagslega á milli

<sup>144</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 128–129.

<sup>145</sup> Sjá einnig kafla 4.2.2.



starfsemi sem fellur undir gildissvið 14. gr. skl. Ekki verður þó notast við b-lið 1. mgr. 16. gr. skl. þar sem gildissvið þess staflíðar er annað en gildissvið 14. gr. skl. Hugtakið opinber aðili sem notast er við í b-lið 1. mgr. 16. gr. skl. nær ekki yfir þau fyrirtæki sem 14. gr. skl. er ætlað að ná yfir, samanber fyrri umfjöllun.

Ekki er hægt að segja með fullri vissu hvort æskilegt væri að beita c-lið 1. mgr. 16. gr. skl. í þeim tilfellum þar sem um er að ræða opinber eða einkafyrirtæki sem njóta einkaleyfis eða verndar. Telja verður að það hafi ekki verið ætlun löggjafans að láta nýjustu breytingar á 16. gr. skl. leysa 14. gr. skl. af hólmi. Þrátt fyrir það er gildissvið c-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. rúmt og nær meðal annars til breytingar á skipulagi og uppbyggingu fyrirtækja. Fjárhagslegur aðskilnaður er breyting á skipulagi og uppbyggingu fyrirtækis og verður því að telja að með heimild í c-lið 1. mgr. 16. gr. skl. væri hægt að framkvæma fjárhaglegan aðskilnað með sama hætti og gert er á grundvelli 14. gr. skl.

Þó má telja ólíklegt að 16. gr. skl. verði beitt um atvik sem falla undir 14. gr. skl. Sú spurning gæti vaknað hvort eðlilegt væri að nema 14. gr. skl. úr samkeppnislögum í þeim tilgangi að einfalda lögin. Rök fyrir slíkri ákvörðun væru væntanlega á þá leið að óþarfi væri að hafa tvö ákvæði sem tækju á sömu aðstöðu. Sú aðgerð verður að teljast ólíkleg þar sem ákvæði 14. gr. skl. er sniðið að framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar. Þar að auki myndi brottfall 14. gr. úr samkeppnislögum ekki endilega einfalda framkvæmd laganna eða starfsemi samkeppnisyfirvalda. Líta verður til þess að á þeim tæpu tveimur áratugum sem ákvæðið hefur verið við lýði hefur skapast mikil framkvæmd um beitingu 14. gr. skl. Af því leiðir að fyrirsjáanleiki við beitingu ákvæðisins er mikill. Af þeim ástæðum sem hér eru taldar upp verður ekki talið að heppilegt sé að nema 14. gr. skl. úr samkeppnislögum þrátt fyrir að valdheimildir Samkeppniseftirlitsins hafi að vissu leyti verið rýmkaðar með breytingum á 16. gr. skl. og þá staðreynd að aðrar þjóðir beiti álíka heimildum og finnast í 16. gr. skl. til skipulagsbreytinga á opinberum fyrirtækjum jafnt sem einkafyrirtækjum.

## 7 Niðurstöður og lokaorð

Hér að framan hefur verið leitast við að skýra 14. gr. skl. en við þá vinnu hefur aðallega verið stuðst við úrskurði samkeppnisyfirvalda frá þeim tíma er greinin var lögtekin með eldri samkeppnislögum nr. 8/1993. Í upphafi var gerð grein fyrir samkeppnisrétti almennt og farið yfir starfsemi samkeppnisyfirvalda, meðal annars breytingar á starfsemi þeirra. Auk þess var farið yfir upphaf samkeppnisréttar í vestrænum ríkjum. Að þessu loknu var gerð grein fyrir sögu 14. gr. skl. og þeim lítils háttar breytingaum sem orðið hafa á ákvæðinu.

Því næst var í þriðja kafla ritgerðarinnar leitast við að bregða ljósi á sambærilegar heimildir til fjárhagslegs aðskilnaðar í öðrum ríkjum og er að finna í 14. gr. skl.. Skemmst er frá því að segja að niðurstöður þeirrar skoðunar sem fram fór á erlendum rétti leiddi í ljós að ekki væri að finna sambærilegar heimildir og 14. gr. skl. í rétti annarra ríkja. Þó er það ekki svo að önnur ríki hafi ekki heimildir til að leysa þau vandamál sem 14. gr. skl. er ætlað að leysa. Í dönskum rétti eru heimildir til þess að skilja fjárhagslega á milli annars vegar hluta opinbers fyrirtækis, fyrirtækis sem nýtur opinbers einkaleyfis eða verndar og þess hluta sem starfar á frjálsum markaði. Þessar heimildir er hins vegar ekki að finna í dönskum samkeppnislögum heldur í sérlögum. Meginreglan í dönskum rétti virðist vera sú að löggjafarþing Dana taki afstöðu til þess hvenær sé æskilegt að slík fyrirtæki skilji fjárhagslega á milli hluta starfsemi sinnar. Hins vegar verður að telja heppilegra að skipa málum eins og gert er hér á landi þar sem samkeppnisyfirvöld hafa almennar heimildir í samkeppnislögum til að kveða á um fjárhagslegan aðskilnað. Hvað varðar heimildir annarra ríkja eru það helst heimildir í bandarískum rétti sem heimila uppskiptingu fyrirtækja. Þær eru þó uppbyggðar á allt annan hátt en 14. gr. skl. og eru að mörgu leyti mun víðtækari. Þannig má í raun segja að heimild til fjárhagslegs aðskilnaðar rúmist innan þeirra víðtæku heimilda til uppskiptingar á fyrirtækjum sem er að finna í bandarískum rétti.

Í fjórða kafla ritgerðarinnar er að finna meginumfjöllunarefni hennar en þar var leitast við að skýra í hvaða tilfellum væri unnt að beita 14. gr. skl. Í þeirri viðleitni var til að byrja með farið yfir tilgang 14. gr. skl. og gildissvið samkeppnislaga en megintilgangur 14. gr. skl. er að koma í veg fyrir niðurgreiðslu opinberra aðila á samkeppnisrekstri. Að því loknu var fjallað um að ákvæði 14. gr. skl. væri heimildarákvæði og því er Samkeppniseftirlitinu ekki skylt að beita ákvæðinu þrátt fyrir að skilyrði þess séu uppfyllt.

Því næst var farið yfir þau skilyrði sem greinin sjálf setur fyrir fjárhagslegum aðskilnaði. Fyrri skilyrði 14. gr. skl. má í raun greina í þrennt en eitt af eftirfarandi þarf að eiga við um það fyrirtæki sem beita á 14. gr. skl. um. Í fyrsta lagi getur verið um opinbert fyrirtæki að

ræða. Af framkvæmd samkeppnisyfirvalda að dæma skiptir mestu máli við það mat hvort fyrirtækið þiggi styrki frá opinberum aðilum en ekki er eingöngu farið eftir eignarhaldi á fyrirtækinu. Þannig getur fyrirtæki sem er 100% í eigu opinberra aðila fallið utan hugtaksins opinbert fyrirtæki í skilningi 14. gr. skl. ef það nýtur ekki styrkja frá opinberum aðilum. Þessi niðurstaða var ekki sjálfgefin og því þótti við hæfi að fjalla um hugtakið ríkisstyrki þar strax á eftir.

Í öðru lagi getur verið að fyrirtæki njóti opinbers einkaleyfis en í því felst að fyrirtæki er veitt einkaleyfi á ákveðnum markaði. Í því samhengi má nefna einkarétt Íslandspósts til að dreifa pósti í ákveðnum þyngdarflokkum. Það sem skiptir þó mestu máli hér er að einkaleyfið stafi frá opinberum aðilum. Ekki er átt við einkaleyfi sem lögverndaðan einkarétt til að hagnýta sér uppfinningu í atvinnuskyni

Í þriðja lagi getur svo verið háttáð um fyrirtæki að það njóti opinberrar verndar að einhverju marki. Slík vernd getur verið í formi beinna styrkja, undanþágu frá opinberum gjöldum, svo sem sköttum, ábyrgða frá opinberum aðilum og loks geta í sumum tilvikum lán frá opinberum aðilum talist til verndar í skilningi 14. gr. skl.

Síðara skilyrði 14. gr. skl. lýtur að því að það fyrirtæki sem um ræðir og uppfyllt hefur fyrra skilyrði greinarinnar þarf að starfa á frjálsum markaði. Ef fyrirtæki sem uppfyllir fyrra skilyrði greinarinnar starfar ekki á frjálsum markaði er ekki talið að um röskun á samkeppni sé að ræða. Þar sem tilgangur 14. gr. skl. er að koma í veg fyrir niðurgreiðslu opinberra aðila hefur það ekki verið talið skilyrði fyrir beitingu 14. gr. skl. að niðurgreiðsla sé hafin.

Í fimmta kafla ritgerðarinnar er fjallað um framkvæmd fjárhagslegs aðskilnaðar. Sú leið var farin að skipta þeim fyrirtækjum sem í hlut eiga í þrjú flokka. Í fyrsta lagi eru það fyrirtæki sem teljast vera með minniháttar starfsemi en þar sem 14. gr. skl. er heimildarákvæði og við beitingu þess hefur skapast ákveðin minniháttarregla hefur verið talið að 14. gr. skl. eigi ekki við um slík fyrirtæki.

Í öðru lagi eiga í hlut fyrirtæki sem falla undir 14. gr. skl. og samkeppnisyfirvöld telja rétt að þar fari fram bókhaldslegur aðskilnaður en ekki sé nauðsyn á stjórnunarlegum aðskilnaði. Í bókhaldslegum aðskilnaði felst aðallega þrennt. Til að byrja með er þess krafist að stofnaður sé sjálfstæður lögaðili utan um þann hluta fyrirtækisins sem aðskilja á. Því næst er krafan sú að stofnaður sé svokallaður stofnefnahagsreikningur þangað sem allar eignir þess félags sem nýtur verndar eru færðar til hins nýja félags. Ef því væri ekki haldið til haga væri verndaða starfsemin í raun að leggja til stofnfé í hið nýja fyrirtæki. Að lokum hefur verið talið að öll viðskipti milli þessara tveggja fyrirtækja skuli fara fram eins og á milli óskyldra aðila. Þetta eru þau þrjú atriði sem samkeppnisyfirvöld hafa áskilið í ákvörðunum sínum. Þó ber að hafa

það í huga að oft eru leiðbeiningar um fjárhagslegan aðskilnað ítarlegri og sérsniðnar að þeim aðilum sem eiga hlut að máli hverju sinni.

Í þriðja lagi felst í fjárhagslegum aðskilnaði stjórnunarlegur aðskilnaður en fyrst eftir setningu ákvæðisins var ekki skýrt hvort svo væri. Eftir að málum Kirkjugarða Reykjavíkurprófastsdæma og Útfararstofu kirkjugarðanna lauk með dómi Hæstaréttar árið 1997 hefur framkvæmdin verið sú að í fjárhagslegum aðskilnaði felist einnig stjórnunarlegur aðskilnaður. Með stjórnunarlegum aðskilnaði er hér átt við að öll stjórnunarleg tengsl eru rofin milli opinbers fyrirtækis eða fyrirtækis sem nýtur opinbers einkaleyfis eða verndar og þess hluta fyrirtækisins sem aðskilinn var. Þessi aðgerð getur verið nauðsynleg, sérstaklega í tilfellum þar sem ekki er æskilegt að stjórnendur aðskilda hlutans geti nýtt sér upplýsingar sem liggja fyrir í þeim hluta sem nýtur opinberrar verndar.

Í sjötta kafla ritgerðarinnar er ákvæðum 16. gr. skl. gerð skil. Til að byrja með var farið yfir sögu ákvæðisins og helstu breytingar sem gerðar hafa verið á því. Aðallega var fjallað um b- og c-lið ákvæðisins. Því næst voru þeim tveimur skilyrðum sem þurfa að vera uppfyllt fyrir beitingu ákvæðisins gerð skil; annars vegar því skilyrði að aðgerðir opinberra aðila raski samkeppni og hins vegar að sérlög eigi ekki við þá starfsemi sem beita á ákvæðinu um. Aðaltilgangur þess að lýsa 16. gr. skl. var að geta borið saman ákvæði b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. og 14. gr. skl. en sú spurning hafði vaknað hvort þær breytingar sem urðu á ákvæði 16. gr. skl. með lögum nr. 14/2011 gætu leitt til þess að hægt væri að framkvæma fjárhagslegan aðskilnað á grundvelli b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl.

Í síðari hluta sjötta kafla er þessari spurningu að einhverju leyti svarað en með því að bera saman gildissvið b-liðar 1. mgr. 16. gr. skl. og gildissvið 14. gr. skl. kom í ljós að gildissvið fyrrnefndu greinarinnar er talsvert annað en þeirrar síðarnefndu. Af þeim sökum væri ekki hægt að notast við b-lið greinarinnar í sama tilgangi og 14. gr. skl. Hins vegar var því einnig velt upp hvort hægt væri að nota c-lið 1. mgr. 16. gr. skl. í sama tilgangi og 14. gr. skl. Af þeirri athugun verður ekki annað séð en að heimildir þess staflíðar séu það rúmar að hægt væri að kveða á um fjárhagslegan aðskilnað á þeim grundvelli. Hins vegar hefur þeim lið ekki enn verið beitt og því er ekki ljóst í hvaða tilvikum Samkeppniseftirlitið hefur hugsað sér að beita því ákvæði.

Að lokum var því velt upp hvort æskilegt væri að fella 14. gr. skl. brott úr samkeppnislögum þar sem heimildir Samkeppniseftirlitsins eru orðnar svo víðtækar á grundvelli 16. gr. skl. Þó að það geti fræðilega verið er það niðurstaða þessarar ritgerðar að ekki sé æskilegt að fella 14. gr. skl. brott úr samkeppnislögum þrátt fyrir þessa stöðu.

## HEIMILDASKRÁ

*Alþingistíðindi.*

Bellamy & Child: *European community law of competition.* 6. útgáfa. Oxford 2008.

Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar.* Reykjavík 1996.

Davíð Þór Björgvinsson: „Skipting fyrirtækja með opinberu valdboði“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti. 2002, bls. 129–152

*Fjárhagslegur aðskilnaður í rekstri ríkisstofnana. Stefna, greinargerð og leiðbeiningar.* Fjármálaráðuneytið, Reykjavík 1997.

*Lögfræðiorðabók. Með skýringum.* Ritsstj. Páll Sigurðsson. Lagastofnun Háskóla Íslands, Reykjavík 2008.

Nicholas Moussis: *Access to European Union law, economics, policies.* 17. útgáfa. Rixensart 2008.

Páll Hreinsson: „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“. *Lögberg, rit Lagastofnunar Háskóla Íslands.* Reykjavík 2003, bls. 503–533.

Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulögin. Skýringarrit.* Reykjavík 1994.

Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða.* Reykjavík 2007.

Sigurrós Þorgeirsdóttir: *EES handbókin.* Reykjavík 1999.

Stefán Már Stefánsson: *Evrópuréttur. Réttarreglur og stofnanir efnahagsbandalagsins.* Reykjavík 1991.

Stefán Már Stefánsson: *Samkeppnisreglur.* Reykjavík 1993.

*Virk samkeppni. –hagur almennings.* Samkeppniseftirlitið, Reykjavík 2006.

Vefsíður:

Vefsíða Íslandspósts, <http://www.postur.is>.

## DÓMASKRÁ

Dómar Hæstaréttar:

*Hrd. 1997, bls. 2625*

*Hrd. 1998, bls. 3398*

*Hrd. 30. apríl 2008 (411/2007)*

Ákvarðanir samkeppnisráðs:

*ÁSR. 2. júlí 1994 (11/1994)*

*ÁSR. 20. september 1994 (30/1994)*

*ÁSR. 16. febrúar 1995 (8/1995)*

*ÁSR. 30. maí 1995 (21/1995)*

*ÁSR. 4. október 1995 (30/1995)*

*ÁSR. 16. febrúar 1996 (1/1996)*

*ÁSR. 21. mars 1996 (11/1996)*

*ÁSR. 22. maí 1996 (23/1996)*

*ÁSR. 31. maí 1996 (26/1996)*

*ÁSR. 19. september 1996 (32/1996)*

*ÁSR. 20. desember 1996 (43/1996)*

*ÁSR. 7. maí 1997 (11/1997)*

*ÁSR. 8. júlí 1998 (21/1998)*

*ÁSR. 6. júlí 1999 (20/1999)*

*ÁSR. 8. nóvember 1999 (28/1999)*

*ÁSR. 2. desember 1999 (33/1999)*

*ÁSR. 20. júní 2000 (24/2000)*

*ÁSR. 11. mars 2002 (6/2002)*

*ÁSR. 30. apríl 2002 (13/2002)*

*ÁSR. 31. desember 2002 (3/2002)*

*ÁSR. 29. janúar 2003 (2/2003)*

Ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins:

*ÁSE. 11. október. 2005 (8/2005)*

*ÁSE. 27. október 2005 (10/2005)*

*ÁSE. 19. október 2006 (40/2006)*

*ÁSE. 12. desember 2006 (48/2006)*

*ÁSE. 19. janúar 2007 (55/2007)*

*ÁSE. 15. október 2007 (55/2007)*

*ÁSE. 15. október 2007 (56/2007)*

*ÁSE. 21. desember 2007 (69/2007)*

*ÁSE. 1. febrúar 2008 (6/2008)*

*ÁSE. 16. september 2008 (49/2008)*

*ÁSE. 17. desember 2008 (63/2008)*

*ÁSE. 1. apríl 2009 (11/2009)*

*ÁSE. 30. júní 2009 (25/2009)*

*ÁSE. 7. febrúar 2011 (4/2011)*

Úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála:

*ÚÁS. 26. maí 1995 (18/1995)*

*ÚÁS. 7. júní 1996 (6/1996)*

*ÚÁS. 9. september 1996 (13/1996)*

*ÚÁS. 27. nóvember 1996 (14/1996)*

*ÚÁS. 16. september 1998 (13/1998)*

*ÚÁS. 3. júní 2002 (8/2002)*

Álit samkeppnisráðs:

*Álit samkeppnisráðs 16. febrúar 1995 (1/1995)*

Álit Samkeppniseftirlitsins:

*Álit Samkeppniseftirlitsins 8. apríl 2008 (2/2008)*

Ákvarðanir danska samkeppnisráðsins:

*Ákvörðun danska samkeppnisráðsins 16. desember 1998 (2:809-7)*