

**Erna Kristín Blöndal**

# **Víxlniðurgreiðslur og íslenski orkumarkaðurinn**

**-Meistararitgerð til Mag. jur. prófs í lögfræði -**



**Umsjónarkennari: Stefán Már Stefánsson, prófessor**

**Lagadeild Háskóla Íslands**

**Júní 2009**

## Formáli

Ritgerð þessi er lokaritgerð til meistarprófs við Lagadeild Háskóla Íslands. Hún er styrkt af Orkurannsóknasjóði Landsvirkjunar. Ég færi leiðbeinanda mínum, Stefáni Má Stefánssyni, prófessor bestu þakkir fyrir góða samvinnu á undanförunum mánuðum og þakka Landsvirkjun velvild í minn garð. Einnig vil ég þakka föður mínum Lárusi L. Blöndal og eiginmanni mínum Jensi Þórðarsyni yfirlestur, ómælda þolinmæði og aðstoð.

Reykjavík, 5. maí 2009.

---

## EFNISYFIRLIT

1	Inngangur .....	3
2	Fyrirtæki sem starfa á fleiri en einum markaði .....	4
3	Víxlنيðurgreiðslur .....	6
3.1	Almennt um víxlنيðurgreiðslur .....	6
3.2	Hugtakið víxlنيðurgreiðslur .....	8
3.2.1	Skilgreining .....	8
3.2.2	Tegundir víxlنيðurgreiðslna .....	8
3.3	Greining víxlنيðurgreiðslna .....	9
3.3.1	Sameiginlegur kostnaður og mælikvarðar .....	9
3.3.2	Viðbótarkostnaður, sjálfstæður kostnaður og Baumol-Willig reglan .....	10
3.3.3	Staðfærður kostnaður og almennt um kostnaðarmiðaðar nálganir .....	12
3.3.4	Skilvirk verðlagning og nálganir sem byggja á henni .....	14
4	Lagaumhverfi víxlنيðurgreiðslna .....	16
4.1	Evrópuréttur .....	16
4.1.1	Yfirverðlagning .....	17
4.1.2	Skaðleg undirverðlagning .....	17
4.1.3	Mismunun og víxlنيðurgreiðslur .....	29
4.2	Samantekt og niðurstöður .....	31
5	Ráðstafanir ríkja sem fara í bága við RS .....	32
5.1	1. mgr. 86. gr. RS .....	33
5.1.1	Almennt .....	33
5.1.2	Ráðstafanir í skilningi 1. mgr. 86. gr. ....	34
5.1.3	Opinbert fyrirtæki í skilningi 1. mgr. 86. gr. ....	35
5.1.4	Fyrirtæki sem njóta einka- eða sérréttinda í skilningi 1. mgr. 86. gr. ....	36
5.2	1. mgr. 86. gr. beitt ásamt 82. gr. RS. ....	40
5.3	Samantekt og niðurstöður .....	43
6	Víxlنيðurgreiðslur og ríkisaðstoð .....	44
7	Hvenær eru víxlنيðurgreiðslur löglegar? .....	45
7.1	Undantekningin í 2. mgr. 86. gr. RS .....	46
7.1.1	Skilgreining hugtaka .....	47
7.1.2	Dómaframkvæmd .....	48
7.1.3	Tengsl 2. mgr. 86. gr. og ákvæða um ríkisaðstoð. ....	51
7.1.4	Samantekt og niðurstöður .....	54
8	Lagaumhverfi víxlنيðurgreiðslna á Íslandi .....	55
8.1	Samkeppnislög .....	55
8.2	Sérlög .....	59
9	Víxlنيðurgreiðslur á íslenskum raforkumarkaði .....	62
9.1	Þróun orkumála innan Evrópusambandsins .....	62
9.2	Raforkumarkaður á Íslandi .....	66
9.2.1	Raforkulög nr. 65/2003 .....	67
9.2.2	Breytingar á lögum á auðlinda- og orkusviði .....	68
9.3	Blandaðar jarðvarmavirkjanir .....	70
9.3.1	Samkeppnishindranir er stafa af blönduðum jarðvarmavirkjunum .....	70
9.3.2	Reglur Orkustofnunar .....	72
9.3.3	Sjónarmið um skiptingu kostnaðar og skipulag íslensks raforkumarkaðar .....	74
9.3.4	Niðurstöður .....	77
9.3.5	Breytingar á lögum á auðlinda- og orkusviði .....	79

10 Lokaorð .....	80
Heimildasrká .....	83
Dómaskrá .....	87
Lagaskrá .....	90

# 1 Inngangur

Frá upphafi vega hafa hagfræðingar viðurkennt mátt samkeppni og góð áhrif hennar á markaði og samfélagið í heild. Samkeppnislöggjöf er nú að finna í öllum heimsálfum og í öllum tegundum hagkerfa og samkeppnisréttur hefur fengið aukið vægi á síðustu árum og áratugum.<sup>1</sup> Ávinningur af samkeppni í sínu einfaldasta formi er lægri verð, betri vörur, fleiri valmöguleikar og meiri skilvirkni en nást myndi með einokun. Fyrirtæki reyna stöðugt að koma með nýjungar og þróa nýjar vörur og framleiðsluaðferðir í baráttu sinni fyrir viðskiptavinum. Þannig hefur samkeppni örvandi áhrif á mikilvægar rannsóknir og framþróun.<sup>2</sup> Á undanförunum árum hefur tækni fleygt fram og margir hlutir framkvæmdir sem talið hefði verið ómögulegt nokkrum árum fyrr. Þannig hafa markaðir tekið miklum breytingum, fjöldi fyrirtækja er farinn að starfa á fleiri en einum markaði auk þess sem töluvert hefur verið um afnám samkeppnishafa m.a. á hinum íslenska raforkumarkaði sem er til umfjöllunar í þessari ritgerð, en hann hefur nú verið markaðsvæddur í samræmi við þróun innan Evrópu. Þessum breytingum geta þó fylgt ýmis vandamál og þá kannski sérstaklega þegar fyrirtæki sem starfar á fleiri en einum markaði starfar bæði á samkeppnis- og einkaleyfamörkuðum. Þá þarf að gæta þess að einkaleyfastarfsemin hafi ekki áhrif á samkeppnisreksturinn t.d. með víxlنيðurgreiðslum.

Um slíkar niðurgreiðslur verður fjallað í þessari ritgerð þar sem hugtakið verður skilgreint, tegundir víxlنيðurgreiðslna kynntar og farið verður yfir þær hagfræðilegu aðferðir sem notaðar eru til þess að greina hvenær um þær er að ræða. Einnig verður lagaumhverfi víxlنيðurgreiðslna athugað með sérstöku tilliti til Evrópuréttar, kannað hvort ríki geti borið ábyrgð á samkeppnis-hamlandi hegðun fyrirtækja og hvort víxlنيðurgreiðslur geti í einhverjum tilvikum verið löglegar með tilliti til undanþáguákvæðis í 2. mgr. 86. gr. Rómarsáttmálans (framvegis skrifað RS) sem í vissum tilvikum getur undanskilið fyrirtæki samkeppnisreglum ef slíkt er nauðsynlegt til að fyrirtækið geti sinnt þeim sérstöku verkefnum sem því hefur verið treyst fyrir.

Í seinni hluta ritgerðarinnar verður litið á lagaumhverfi víxlنيðurgreiðslna á Íslandi sérstaklega með hliðsjón af hinum íslenska raforkumarkaði. Þróun lagaumhverfis á íslenskum raforkumarkaði verður rekin og núverandi staða kynnt auk þess sem leitað að mögulegum

---

<sup>1</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 1.

<sup>2</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 6.

víxlniðurgreiðslum með sérstöku tilliti til blandaðra jarðvarmavirkjana. Farið verður í það hvernig skiptistuðull Orkustofnunar til skiptingar sameiginlegs kostnaðar kemur út miðað við evrópska lagaframkvæmd og að lokum kannað hvort aðstæður séu til samkeppni á íslenskum orkumarkaði með hliðsjón af framangreindri umfjöllun.

## 2 Fyrirtæki sem starfa á fleiri en einum markaði

Eitt af meginviðfangsefnum samkeppnisréttar er að koma í veg fyrir að fyrirtæki með mikinn markaðsstyrk hafi, eftir margvíslegum leiðum, hamlandi áhrif á samkeppni og skaði þannig hagsmuni neytenda t.d. með því að hækka verð eða takmarka vöruúrval. Reglur sem taka eiga á slíkum viðfangsefnum er ekki hægt að setja fram til nákvæmrar beitingar líkt og mögulegt er á sumum réttarsviðum.<sup>3</sup>

Samkeppnisréttur hefur orðið æ umfangsmeiri á síðustu árum og áratugum. Bæði hafa fleiri lönd tekið upp slík réttarsvið og svo hefur einnig færst í aukana að um starfsemi sem eitt sinn var talin vera náttúruleg einokun<sup>4</sup> gildi nú reglur samkeppnisréttar og má nefna sem dæmi fjarskipta-markaðinn, orkumarkaðinn og fleiri markaði sem hafa verið endurskoðaðir og starfa nú undir reglum samkeppnisréttar.<sup>5</sup> Vegna þessa og einnig mikilla tæknilegra framfara á síðustu árum hefur orðið mikil fjölgun fyrirtækja sem sinna fleiri en einum markaði.<sup>6</sup> Mörg raforkufyrirtæki hafa þannig til að mynda hafið starfsemi á fjarskiptasviðinu en sum fyrirtæki eru virk á enn fleiri sviðum. Franska fyrirtækið Vivendi starfar t.d. á sviði orku, vatns, fjarskipta, margmiðlunar og byggingariðnaðar.<sup>7</sup> RWE í Þýskalandi og Enel á Ítalíu starfa bæði á einkaleyfamörkuðum og samkeppnismörkuðum tengdum raforku og svo einnig fjarskiptamarkaði.<sup>8</sup> Til viðbótar við þessi risafyrirtæki sem starfa um allan heim þá er einnig að finna fjölda minni fyrirtækja sem starfa innan ákveðins lands eða jafnvel bæjarfélags og bjóða þjónustu bæði á einkaleyfa- og samkeppnismörkuðum.

---

<sup>3</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 1.

<sup>4</sup> Þegar eitt fyrirtæki getur mettað markað með lægri kostnaði en tvö eða fleiri fyrirtæki.

<sup>5</sup> David Edward og Mark Hoskins: „Article 90: Deregulation and EC Law“, bls. 157.

<sup>6</sup> Giovanni Fraquelli, o.fl.: „Scope and Scale Economies in Multi-Utilities: Evidence From Gas, Water and Electricity Combinations“, bls. 1313-1314.

<sup>7</sup> Sjá má yfirlit yfir starfsemi Vivendi á heimasíðu fyrirtækisins á slóð: <http://www.vivendi.com>, sótt 6. febrúar 2009.

<sup>8</sup> Sjá má yfirlit yfir starfsemi RWE á heimasíðu fyrirtækisins á slóð <http://www.rwe.com>, sótt 6. febrúar 2009.

Fyrirtæki hafa haldið því fram að starfsemi á fleiri en einum vöru- eða þjónustumarkaði auki skilvirkni þeirra og minnki kostnað.<sup>9</sup> Það eru þó ekki aðeins fyrirtækin sjálf sem hagsmunir hafa af slíkum fjölbreytileika heldur má vera að viðskiptavinum þyki kostur að njóta margvíslegrar þjónustu frá sama fyrirtækinu og þá sérstaklega ef litið er til hagkvæmni. Að sameina margvíslegan kostnað í einn reikning,<sup>10</sup> að geta beint vandamálum sem upp koma til eins aðila og þurfa aðeins að kljást við einn aðila við flutning þjónustu eru dæmi um þá hagræðingu sem neytendum gæti þótt mikilsverð. Þannig er bæði um að ræða tæknilegar og viðskiptalegar ástæður fyrir jákvæðum áhrifum fjöldavörufyrirtækja og frá almennum sjónarhóli ætti að líta slík fyrirtæki jákvæðum augum. Í nokkrum ákvörðunum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins (framvegis skrifað ESB) hefur slíkt sjónarmið komið fram og virðist hún viðurkenna að innkoma raforkufyrirtækja á fjarskiptamarkaðinn hefði jákvæð áhrif á samkeppni.<sup>11</sup> Til dæmis má nefna ákvörðun um samruna fyrirtækjanna BT, Electricity Supply Board of Ireland og American International Group er sameinuðust í fyrirtækið Newco en framkvæmdastjórnin taldi að stofnun Newco myndi hafa góð áhrif á samkeppni.<sup>12</sup>

Stofnun fyrirtækja er starfa á mörgum mismunandi mörkuðum hefur þannig almennt góð samkeppnisleg áhrif t.d. með lægri kostnaði og aukinni hagkvæmni.<sup>13</sup> Hinsvegar getur það vakið upp ýmis vandamál í löggjöf. Þar til nú hefur t.d. löggjöf á hinum ýmsu sviðum verið mismunandi en þegar sama fyrirtækið starfar á mörgum sviðum er það ekki lengur mögulegt. Ósamrýmanlegar ákvarðanir varðandi fjárhagslegan aðskilnað og skiptingu sameiginlegs kostnaðar gæti skapað óskilvirkni í löggjöf og komið í veg fyrir að slík fyrirtæki fylgi lagalegum skyldum sínum.<sup>14</sup> Einnig eru svokallaðar víxlniðurgreiðslur alltaf áhyggjuefni þegar fyrirtæki eru virk á fleiri en einum markaði.<sup>15</sup> Víxlniðurgreiðslur geta átt sér stað þegar fyrirtæki skiptir kostnaði á milli mismunandi starfsemi<sup>16</sup> og/eða þegar tekjur af einum

---

<sup>9</sup> Giovanni Fraquelli, o.fl.: „Scope and Scale Economies in Multi-Utilities: Evidence From Gas, Water and Electricity Combinations”, bls. 1315.

<sup>10</sup> Regina Johnson: „Simplify and Conquer (energy and telecommunications bundling)”, bls. 46.

<sup>11</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, COMP/M.1650, O.J. 2000 C 82 bls. 6.

<sup>12</sup> Sjá *A pro-competitive development in the Irish telecommunications market which will bring further competition to the incumbent operator.*

<sup>13</sup> Giovanni Fraquelli, o.fl.: „Scope and Scale Economies in Multi-Utilities: Evidence From Gas, Water and Electricity Combinations”, bls. 1315.

<sup>14</sup> Damien Geradin: „Regulatory Issues Raised by Network Convergence: The Case of Multi-Utilities“, bls. 123.

<sup>15</sup> Damien Geradin: „Regulatory Issues Raised by Network Convergence: The Case of Multi-Utilities“, bls. 121.

<sup>16</sup> *Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*, kafli 3.1.

markaði eru notaðar til þess að greiða niður starfsemi sama fyrirtækis á öðrum markaði.<sup>17</sup> Í báðum tilfellum verða efnahagslegu áhrifin þau sömu, meðan sumar vörur og þjónusta verða á yfirverði eru aðrar seldar undir kostnaðarverði.<sup>18</sup> Ennfremur gæti fyrirtæki haft forskot á keppinauta sína ef það nýtti aðstöðu eða eignir úr einkaleyfastarfsemi til samkeppni á samkeppnismarkaði eða nýtti sér stöðu sína á einkaleyfa-markaði til þess að fá auðveldari aðgang að neytendum á samkeppnismarkaði en þetta getur verið skaðlegt samkeppni. Verður nú nánar litið á víxlنيðurgreiðslur.

### 3 Víxlنيðurgreiðslur.

#### 3.1 Almennt um víxlنيðurgreiðslur

Í einföldu máli má skilgreina víxlنيðurgreiðslur<sup>19</sup> sem færslu fjármuna frá einni starfsemi til annarrar. Þrátt fyrir að vandamál sem koma upp í tengslum við slíkar niðurgreiðslur séu flókin varða þau almenn samkeppnisleg vandamál og geta leitt til misnotkunar fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu sinni t.d. með mismunun, sértækri verðlækkun eða skaðlegri undirverðlagningu.<sup>20</sup> Slík hegðun brýtur í bága við samkeppnislög.<sup>21</sup>

Samkvæmt dómum EB dómstólsins er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og þar sem það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.<sup>22</sup> Þetta kemur einnig fram í 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Að auki hefur verið staðfest í fjölmörgum dómum EB dómstólsins að fyrirtæki sem njóta einkaleyfa eru yfirleitt talin vera í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði í skilningi 82. gr. RS um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Dómstóll EB hefur einnig kveðið á um að beita megi 82. gr. í tilfellum þar sem misnotkunin fer fram á öðrum en tengdum markaði við þann þar sem fyrirtæki hefur markaðsráðandi stöðu.<sup>23</sup>

Víxlنيðurgreiðslur koma oft fyrir í tengslum við veitufyrirtæki sem veita almenna þjónustu á borð við rafmagn, fjarskipta- eða pósthjónustu og raunar á öðrum sviðum í þeim

<sup>17</sup> *Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services*, bls.77.

<sup>18</sup> Marco Bronckers, „Cross-subsidisation in EEC Competition Law” bls. 103.

<sup>19</sup> e. „cross-subsidization“.

<sup>20</sup> e. „predatory pricing“.

<sup>21</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 901.

<sup>22</sup> *EBD, mál 27/76, ECR 1978, bls. 207, 58. og 59. mgr.*

<sup>23</sup> *EBD, mál C-333/94 P, ECR 1996, bls. I-5951, 24.-31. mgr.*



tilvikum sem fyrirtæki hafa markaðsráðandi stöðu eða starfa að einhverju leyti í skjóli einkaleyfis. Sú staða getur skapast vegna hagkvæmni, t.d. stærðarhagkvæmni og skilvirkni í framleiðslu eða vegna löggjafar, þ.e. vegna úthlutunar einkaleyfa, t.d. fyrir almenna pósthjónustu eða flug með farþega eða frakt á ákveðinni flugleið.<sup>24</sup>

Vandamál í tengslum við víxlنيðurgreiðslur hafa á undanförunum árum orðið sýnilegri þar sem höftum hefur verið létt af mörkuðum og einkaleyfastarfsemi vikið fyrir samkeppni. Lagasetning ESB, ríkja innan þess sem og annarra ríkja þ. á m. Íslands hefur miðað að þessu og þá sérstaklega á fjarskipta-, pósth- og orkumörkuðum.

Á þessum mörkuðum, og þá kannski sérstaklega á orkumörkuðum, hafa ákveðnir hlutar verið opnaðir fyrir innkomu nýrra aðila sem keppa við aðila sem enn njóta einkaleyfa á öðrum hlutum orkumarkaðarins. Þar starfa því einkaleyfamarkaðir samhliða nýtilkomnum samkeppnis-mörkuðum.<sup>25</sup> Þegar fyrirtæki nýtur einkaleyfis á einum markaði og er einnig í samkeppni á öðrum er hætt við því að það freistist til að niðurgreiða samkeppnisstarfsemina með hagnaði af einkaleyfastarfsemi.<sup>26</sup> Til þess að koma í veg fyrir að fyrirtæki misnoti forréttindi sín á þennan hátt þarf að vera til staðar ákveðið eftirlit. Tryggja þarf sanngjarna samkeppni og að nýir aðilar geti komið sér fyrir á markaðnum. Í RS eru í þessu sambandi mikilvægastar 81. til 89. gr. sem varða samkeppni og ríkisaðstoð og má finna svipaðar reglur í Samningnum um evrópska efnahagssvæðið (framvegis skrifað EES-samningurinn).

Hvað víxlنيðurgreiðslur varðar verður þó að gæta þess að ekki séu settar of strangar reglur því það getur í vissum tilvikum komið í veg fyrir stærðarhagkvæmni og að hún skili sér út í þjóðfélagið.<sup>27</sup> Aðgreining misnotkunar frá samkeppni á eðlilegum forsendum er þannig ekki alltaf einföld.<sup>28</sup> Kanna þarf hvort mögulegt sé að greina skaðlegar víxlنيðurgreiðslur og hvort aðferð til þess sé hægt að lýsa í lögum á nægilega einfaldan hátt til þess að merking laganna sé skýr og hægt sé að framfylgja þeim.

---

<sup>24</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 415.

<sup>25</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 902.

<sup>26</sup> Margarita Išoraitė, „Cross-subsidisation in transport and EC legislation“, bls. 196.

<sup>27</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 414.

<sup>28</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls 903.

## 3.2 Hugtakið víxlنيðurgreiðslur

### 3.2.1 Skilgreining

Skilgreining víxlنيðurgreiðslna er í sterku samhengi við spurninguna um það hvort allar víxlنيðurgreiðslur séu ólöglegar eða hvort sumar tegundir geti talist löglegar.<sup>29</sup> Þau hugtök og aðferðir sem mest eru notuð við skilgreiningu á víxlنيðurgreiðslum eru fengin úr hagfræði og byggja á kostnaðarskiptingu. Samkvæmt þeim aðferðum telst t.d. vera um víxlنيðurgreiðslur milli einkaleyfarekstrar og samkeppnisrekstrar að ræða þar sem verð í samkeppnisrekstri eru það lág að starfsemin stendur ekki undir sér en hún er svo niðurgreidd af starfsemi á einkaleyfamarkaði þar sem verð eru hærri en þau þyrftu að vera.<sup>30</sup> Fyrirtæki fellir þannig kostnað við einn markað á annan markað. Þetta kom fram hjá framkvæmdastjórn ESB sem skilgreindi víxlنيðurgreiðslur á einfaldan hátt í leiðbeiningum um beitingu samkeppnisreglna í fjarskiptaiðnaði<sup>31</sup> frá árinu 1991:

Cross subsidisation means that an undertaking allocates all or part of the costs of its activity in one product or geographic market to another product or geographic market.<sup>32</sup>

Víxlنيðurgreiðslur koma oftast upp þegar sameiginlegur kostnaður er til staðar fyrir fleiri en eina vöru<sup>33</sup> og þegar fyrirtæki hefur markaðsráðandi stöðu, hvort sem sú staða er tilkomin vegna lagasetningar, til dæmis veitingar einkaleyfis eða af öðrum ástæðum. Þetta eru algeng einkenni markaða á Íslandi og í ESB ríkjum.<sup>34</sup>

### 3.2.2 Tegundir víxlنيðurgreiðslna

Nokkrar aðstæður skapa umhverfi fyrir víxlنيðurgreiðslur. Í fyrsta lagi tilfærsla fjármuna eða skipting sameiginlegs kostnaðar innan einkaleyfamarkaðar, í öðru lagi tilfærsla frá samkeppnis-markaði til niðurgreiðslna á einkaleyfamarkaði, og í þriðja lagi tilfærsla frá einkaleyfamarkaði til niðurgreiðslna á samkeppnismarkaði.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Margarita Işoraité, „Cross-subsidisation in transport and EC legislation“, bls. 196.

<sup>30</sup> Margarita Işoraité, „Cross-subsidisation in transport and EC legislation“, bls. 196.

<sup>31</sup> *Guidelines on the application of the EEC competition rules in the telecommunication sector*, bls. 2.

<sup>32</sup> *Guidelines on the application of the EEC competition rules in the telecommunication sector*, bls. 2.

<sup>33</sup> „Sameiginlegur kostnaður“ er kostnaður við aðföng sem notuð eru saman til að framleiða mismunandi vörur eða þjónustu. T.d. eru laun póstmanns sem bæði dreifir venjulegum pósti (einokun) og hraðpósti (samkeppni) sameiginlegur kostnaður, einnig kostnaður við rekstur höfuðstöðva fyrirtækisins og þess háttar.

<sup>34</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 904.

<sup>35</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 905.

Í leiðbeiningum um beitingu samkeppnisreglna í fjarskiptaiðnaði<sup>36</sup> frá 1991 kom fram að framkvæmdastjórn ESB teldi víxlنيðurgreiðslur ekki takmarka samkeppni þegar einkaleyfastarfsemi væri niðurgreidd af annarri einkaleyfastarfsemi þar sem í þeim tilfellum væri engin samkeppni möguleg. Framkvæmdastjórnin taldi jafnvel að í sumum tilvikum gætu slíkar niðurgreiðslur verið nauðsynlegar til þess að fyrirtæki gæti sinnt þeim opinberu skyldum sem það hefði. Það sama var talið gilda um niðurgreiðslu einkaleyfastarfsemi með tekjum frá samkeppnismarkaði.<sup>37</sup>

Þriðja tegundin af víxlنيðurgreiðslum varðandi niðurgreiðslur frá einkaleyfamarkaði yfir á samkeppnismarkað er erfiðari viðfangs og tengist oft skiptingu sameiginlegs kostnaðar á milli þessara þátta starfsemi. Þá þarf að leita til aðferða hagfræðinnar til þess að greina hvort um víxlنيðurgreiðslur er að ræða.

### 3.3 Greining víxlنيðurgreiðslna

#### 3.3.1 Sameiginlegur kostnaður og mælikvarðar

Í hagfræðilegum skilningi er gerður greinarmunur á víxlنيðurgreiðslum og skiptingu sameiginlegs kostnaðar.<sup>38</sup> Sameiginlegur kostnaður er kostnaður sem fyrirtækin deila t.d. almennur rekstrarkostnaður og sameiginlegur stofnkostnaður.og getur ýmislegt fallið hér undir, allt frá launum forstjóra yfir í sameiginlegt húsnæði eða kostnað við að grafa borholu. Ef fyrirtæki nýtur einkaleyfis og ákveður að hefja starfsemi á samkeppnismarkaði þarf fyrirtækið ekki að leggja út jafnmikinn kostnað þegar það framleiðir samkeppnisvöruna ef það getur að einhverju leyti nýtt sér þá aðstöðu sem fyrir er.<sup>39</sup> Samkvæmt hagfræðinni er um víxlنيðurgreiðslur að ræða þegar óeðlilega miklum kostnaði er beint inn á einn markað (t.d. einkaleyfamarkað) til að geta knúið fram lægri verð á öðrum markaði (t.d. samkeppnismarkaði). Hvað telst óeðlilegt er umdeilanlegt og verða helstu aðferðir við að greina slíkt nú ræddar.

<sup>36</sup> *Guidelines on the application of the EEC competition rules in the telecommunication sector*, bls. 2.

<sup>37</sup> „cross-subsidisation does not lead to predatory pricing and does not restrict competition when it is the cost of reserved activities which are subsidized by the revenue generated by other reserved activities since there is no competition possible as to these activities. This form of subsidisation is even necessary as it enables the holder of exclusive rights to perform their obligations to provide a public service universally and on the same conditions to everybody. The same could be said of subsidizing the provision of reserved services through revenues generated by activities under competition..”

<sup>38</sup> Hagfræðingar skilja á milli „joint costs” þar sem tvær vörur eru af nauðsyn framleiddar saman og „common cost” þar sem sama inntakið er notað í framleiðslu margra vara. Þrátt fyrir hárfinan mun þessara hugtaka mun „sameiginlegur kostnaður” vera notað yfir hvort tveggja í þessari ritgerð.

<sup>39</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?”, bls. 416.

Flestir hagfræðingar eru sammála um að nánast sé ómögulegt að finna óumdeilanleg viðmið til þess að greina hvort um sé að ræða víxlنيðurgreiðslur eða eðlilega skiptingu kostnaðar í hverju tilviki fyrir sig.<sup>40</sup> Þrjú hugtök koma oftast upp þegar kannaðar eru leiðir til kostnaðarskiptingar m.t.t. víxlنيðurgreiðslna:<sup>41</sup> Viðbótarkostnaður<sup>42</sup>, sjálfstæður kostnaður<sup>43</sup> og staðfærður kostnaður.<sup>44</sup>

Viðbótarkostnaður er kostnaðurinn sem fylgir því að auka framleiðslu eða því að bæta „aukaafurð“ við þá „aðalafurð“ sem þegar er til staðar. Sjálfstæður kostnaður er kostnaður við að framleiða afurðina óháð öðrum afurðum, þ.e. ef fyrirtækið væri sett upp einungis til að sinna einum markaði.<sup>45</sup> Staðfærður kostnaður er þegar heildarkostnaði fyrirtækis er dreift kerfisbundið niður á afurðir. Út frá þessum þremur hugtökum má skilgreina þrjár aðferðir til að greina víxlنيðurgreiðslur en engin þeirra er óumdeilanlega betri en hinar, þær hafa sína kosti og galla og eiga hver um sig við í ákveðnum tilfellum eða er blandað saman með einhverjum hætti. Um fyrstu tvær nálganirnar verður fjallað næst og þær skilgreindar nánar, ásamt reglu sem af þeim leiðir, en síðan verður sú þriðja skoðuð.

### 3.3.2 *Viðbótarkostnaður, sjálfstæður kostnaður og Baumol-Willig reglan*

Tvær aðferðir eða skilgreiningar leiða af umræðu um viðbótarkostnað og sjálfstæðan kostnað. Hvor þeirra um sig er einföld en dugar engan veginn ein og sér ef upp koma raunveruleg vandamál. Saman mynda þær ákveðna reglu sem reynst getur notadrjúg og er kölluð Baumol-Willig reglan.

Fyrri aðferðin byggir á því að skilgreina hvaða afurðir teljast aðalafurðir og aukaafurðir . Þá má segja að verðlagning aukaafurðarinnar sé víxlنيðurgreidd ef hún er undir viðbótarkostnaði.<sup>46</sup> Þetta má almennt færa í það form í flóknari fyrirtækjum að víxlنيðurgreiðslur séu til staðar ef verð er lægra en viðbótarkostnaður, því þá bera verðin ekki

<sup>40</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 906 .

<sup>41</sup> David Heald: „Contrasting approaches to the ‘problem’ of cross subsidy“, bls. 56.

<sup>42</sup> e. „Incremental cost“. Í íslensku er orðið „jaðarkostnaður“ notað um „Marginal cost“ eða viðbótarkostnað við að framleiða eina einingu til viðbótar við það sem þegar er til staðar. Hugtakið „Incremental cost“ er af orlitið ólíkum meði þar sem það felur líka í sér kostnað við það að bæta við nýrri tegund vöru. Það þýðist hér sem „Viðbótarkostnaður“ og verður það orð notað í þessari ritgerð. Skiptingin þarna á milli hefur lítil efnisleg áhrif hér en fyrir lesanda sem þekkir þessi hugtök er mikilvægt að skilja hvað átt er við hér.

<sup>43</sup> e. „Stand-Alone cost“.

<sup>44</sup> e. „Fully distributed cost“ eða „Fully allocated cost“ Hugtakið staðfærður kostnaður er fengið úr *Ákvörðun samkeppnisráðs, 4. júlí 2003, (22/2003)* en notkun þess var síðar staðfest í *úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 29. september 2003, (17-18/2003)*.

<sup>45</sup> David Heald: „Contrasting approaches to the ‘problem’ of cross subsidy“, bls. 57.

<sup>46</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 416.

einu sinni þann kostnað sem beint má rekja til vörunnar, og ef fyrirtækið er rekið með hagnaði yrði hann því að koma annars staðar frá.<sup>47</sup> Þetta er þó ófullkomin nálgun enda erfitt, t.d. með lögum, að meta eða ákvarða hvað á að teljast aðalafurð og hvað á að teljast aukaafurð.<sup>48</sup> Þegar sú afurð sem skilgreind er sem aðalafurð er háð einkaleyfi gæti fyrirtæki sem starfar á mörgum sviðum náð góðri stöðu á skyldum markaði, jafnvel markaði þar sem mikil samkeppni ríkir væri þessi aðferð notuð við að skilgreina víxlنيðurgreiðslur.<sup>49</sup> Starfsemi sem skilgreind væri sem aukaafurð þyrfti aðeins þurfa að standa undir viðbótarkostnaði og myndi það líklega veita henni töluvert forskot ef sú starfsemi væri á samkeppnismarkaði. Seinni aðferðin (sjálfstæður kostnaður) segir að verð sem er hærra en sjálfstæður kostnaður hljóti alltaf að fjármagna víxlنيðurgreiðslur annars staðar í fyrirtækinu<sup>50</sup> (eða búa til „óeðlilegan“ hagnað). Þessi aðferð er einnig ófullkomin enda er alltaf matsatriði hver kostnaður myndi verða ef annarri framleiðslu væri hætt og fyrirtæki hefur yfirleitt sjálft betri upplýsingar um það en löggjafinn eða eftirlitsaðilar.<sup>51</sup>

Þessar tvær aðferðir duga skammt hvor um sig en þær gefa saman ákveðna innsýn í það bil verðlagningar sem skoða þarf þegar kannað er hvort um víxlنيðurgreiðslur er að ræða. Þannig má segja að verð sé víxlنيðurgreitt ef það er undir viðbótarkostnaði og að verð víxlنيðurgreiði önnur verð sé það yfir sjálfstæðum kostnaði.<sup>52</sup> Bilið þarna á milli sem kallast „kjarni“<sup>53</sup> er verð þar sem ekki er hægt að segja með óyggjandi hætti hvort um víxlنيðurgreiðslur er að ræða og þarf að skoða á öðrum forsendum. Verð utan kjarnans eru hins vegar ávallt víxlنيðurgreidd. Reglan um þetta bil kallast eins og áður segir, Baumol-Willig reglan<sup>54</sup> eftir höfundum hennar og gefur vísbendingu en ekki alltaf endanlegt svar við því hvort um víxlنيðurgreiðslur er að ræða.

Baumol-Willig reglunni er einfaldast að beita á fyrirtæki sem njóta einkaleyfis á öllum sviðum eða fyrirtæki sem ætla sér takmarkaðan hagnað. Ef um er að ræða fyrirtæki sem starfar á samkeppnismarkaði á einhverjum eða öllum sviðum flækist málið enda verðleggja fyrirtæki sig á mörgum forsendum öðrum en kostnaðarforsendum á slíkum mörkuðum. Áhrif þess að beita Baumol-Willig reglunni á samkeppnismarkað án þess að hafa varann á má sjá

<sup>47</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 907.

<sup>48</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 907.

<sup>49</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 907.

<sup>50</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 416

<sup>51</sup> David Heald: „Contrasting approaches to the ‘problem’ of cross subsidy“, bls. 55 – 61.

<sup>52</sup> Gerald Faulhaber: „Cross-subsidization: Pricing in Public Enterprises“, bls. 966.

<sup>53</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 907.

<sup>54</sup> William J. Baumol, John C. Panzar og Robert D. Willig: *Contestable markets and the Theory of Industry Structure*, bls. 17.

með því að það getur vel útilokað komu nýs aðila á samkeppnismarkaðinn ef fyrirtæki sem hefur einkaleyfi á einu sviði tekur einungis viðbótarkostnað fyrir samkeppnisvöruna. Þá gæti fyrirtækið verið að verðleggja sig óeðlilega lágt og einkaleyfastarfsemin og neytendur hennar borið allan sameiginlegan kostnað. Þessi áhrif geta verið áberandi í orkuviðnaði þar sem sameiginlegur kostnaður er yfirleitt gríðarlega hár (t.d. heitavatnsborhola) á meðan viðbótarkostnaður við að bæta nýtingu (t.d. raforkuframleiðslu við heitavatnsborholu) er mjög lágur í samanburðinum.<sup>55</sup>

Augljóslega þarf að skoða fleiri leiðir til að greina víxlنيðurgreiðslur og meta hvernig skipta skuli sameiginlegum kostnaði enda er kjarni samkvæmt Baumol-Willig reglunni í mörgum tegundum iðnaðar, sér í lagi orku- og fjarskiptaiðnaði svo stór að gagnslaust verður að nota regluna til að greina hvort um víxlنيðurgreiðslur er að ræða. Í stað þess að nota fastar stærðir, viðbótarkostnað og sjálfstæðan kostnað og bilið milli þeirra er hægt að skoða staðfærðan kostnað.

### *3.3.3 Staðfærður kostnaður og almennt um kostnaðarmiðaðar nálganir*

Nálganir sem byggja á staðfærðum kostnaði snúast um að skapa kerfisbundna aðferð þar sem öllum kostnaði, þar á meðal sameiginlegum kostnaði, er skipt niður á ákveðna framleiðslu með fastri, þekktri reglu, hvert sem hlutfallið svo verður og hverjir sem kostnaðarhvatarnir eru.<sup>56</sup> Þegar stærstur hluti kostnaðarins er fastur er oft erfitt að finna eðlilega lausn á því hvernig eigi að skipta sameiginlegum kostnaði.<sup>57</sup> Tækniþróunir hafa einnig haft áhrif á kostnaðarskiptingu á tvennan ólíkan hátt, þ.e. aukið það sem telst sameiginlegur kostnaður en um leið opnað nýjar leiðir til að deila kostnaði beint niður á aðgerðir, kostnaði sem áður hefði talist sameiginlegur.<sup>58</sup>

Ef kostnaður er staðfærður er auðvelt að sjá hvort um víxlنيðurgreiðslur er að ræða enda á allur kostnaður þá skírskotun til ákveðinnar framleiðslu. Munurinn á Baumol-Willig reglunni og staðfærslu kostnaðar er að með Baumol-Willig reglunni eru víxlنيðurgreiðslur aðgreindar frá skiptingu sameiginlegs kostnaðar og ekki er krafist þess að „sanngjarn“ hluti þess kostnaðar falli á aukaafurðina.<sup>59</sup> Staðfærsla kostnaðar getur skilað annarri niðurstöðu því hún hugar að misskiptingu sameiginlegs kostnaðar sem uppsprettu víxlنيðurgreiðslna, en í

<sup>55</sup> Valgarður Stefánsson: „Stofnkostnaður jarðgufuvirkjana“, bls. 68.

<sup>56</sup> David Heald: „Contrasting approaches to the ‘problem’ of cross subsidy“, bls. 56

<sup>57</sup> David Heald: „Contrasting approaches to the ‘problem’ of cross subsidy“, bls. 56

<sup>58</sup> David Heald: „Contrasting approaches to the ‘problem’ of cross subsidy“, bls. 57.

<sup>59</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 417.

fyrirtækjum sem starfa bæði á einkaleyfamarkaði og samkeppnismarkaði er það einmitt oft raunin.<sup>60</sup>

Til þess að skýra muninn á Baumol-Willig reglunni og staðfærslu kostnaðar frekar er unnt að skoða dæmi. Lestarfyrirtæki sem tengir saman tvær stórborgir ákveður að bæta við lestarstöð í litlum bæ sem liggur á milli borganna. Ef verðin sem innheimt eru fyrir ferðir til og frá smábænum duga fyrir aukakostnaðinum við að þjóna honum (t.d. miðakostnaði og kostnaði við að reka lestarstöð í bænum) myndi slíkt uppfylla Baumol-Willig regluna, jafnvel þó tekjurnar nái ekki hlutfallslega réttum hluta sameiginlegs kostnaðar (t.d. við teinana og lestarvagnana). Hins vegar myndi þetta ekki standast reglu sem byggði á staðfærðum kostnaði þar sem verðlagningin vegna nýju lestarstöðvarinnar ber ekki neinn hluta sameiginlegs kostnaðar.<sup>61</sup> Ljóst er að þrátt fyrir ofangreindar aðferðir er erfitt að átta sig á því hver staðan er ef einhver af leiðum lestanna er einkaleyfastarfsemi meðan aðrar leiðir væru samkeppnisstarfsemi. Staðfærsla kostnaðar virðist taka á þessu að hluta en stóra spurningin, sem gerir aðferðina afar erfiða í framkvæmd, er hvaða forsendur eigi að nota til skiptingar

Bæði Baumol-Willig reglan og staðfærsla kostnaðar teljast kostnaðarmiðaðar nálganir til að greina víxlنيðurgreiðslur og eru báðar, þó sér í lagi staðfærsla, hugsaðar til að auka jafnræði þ.e. verðuppbyggingu sem hvorki hyglir ákveðnum viðskiptavinum á kostnað annarra né hefur óeðlileg áhrif á samkeppnisaðila.<sup>62</sup> Kostnaðarmiðaðar nálganir hafa eins og komið hefur fram hér að ofan þann kost að vera tiltölulega skýrar og skiljanlegar en á mótí kemur að ýmis vandamál geta komið upp við beitingu þeirra, t.d. hvernig eigi að meta kostnað, á að skoða kostnað síðustu ára, núverandi kostnað eða meðalkostnað yfir lengri tíma?<sup>63</sup> Staðfærsla kostnaðar skilar afdráttarlausari niðurstöðum en hinar aðferðirnar en hefur aftur á mótí þann galla að ákvörðun um á hvaða forsendum skipta eigi sameiginlegum kostnaði ræður mestu um niðurstöðu. Sú ákvörðun gæti í einhverjum tilvikum byggst á persónulegu mati þess sem hana tekur. Staðfærslu kostnaðar má þannig byggja á ýmsum skiptingarreglum sem sem allar geta skilað mismunandi niðurstöðum.

---

<sup>60</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 417.

<sup>61</sup> Sjá svipað dæmi í Faulhaber: „Cross-subsidization: Pricing in Public Enterprises“, bls. 966.

<sup>62</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 417.

<sup>63</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 418.

### 3.3.4 Skilvirk verðlagning<sup>64</sup> og nálganir sem byggja á henni

Skilgreiningarnar hér að ofan byggja á kostnaði. Eins og þar kom fram skila þær ekki mjög afdráttarlausum niðurstöðum enda um mörg álitamál að ræða. Það sem kallað er skilvirk verðlagning snýst fyrst og fremst um hugmyndir um að hámarka ávinning á markaði<sup>65</sup> eða sameiginlegan ávinning framleiðanda og neytanda.<sup>66</sup> Aðferðir sem miða að skilvirkri verðlagningu og athugun á víxlنيðurgreiðslum byggja bæði á kostnaði og eftirspurn og leiða því oft til býsna flókinnar greiningar á víxlverkun þar á milli.<sup>67</sup>

Í stuttu máli má segja að þegar víxlنيðurgreiðslur eru skoðaðar út frá sjónarhóli skilvirkrar verðlagningar eru þær skilgreindar sem frávik frá bestu mögulegu verðum, kjörverðum<sup>68</sup> og skipting kostnaðar kemur lítið við sögu.<sup>69</sup>

Ef skoðað er einkaleyfifyrirtæki sem hefur aukaframleiðslugetu sem það getur nýtt á öðrum markaði sem er samkeppnismarkaður er samkvæmt skilvirkri verðlagningu ekki um víxlنيðurgreiðslur að ræða þegar fyrirtækið getur aukið ávinning á markaðnum.<sup>70</sup> T.d. ef hitaveita kemur inn á raforkumarkað og innheimtir einungis viðbótarkostnað fyrir raforkuna getur verið að hann sé mjög lágur miðað við kostnað sem aðrir aðilar með öðruvísi framleiðslu, t.d. vatnsaflsvirkjanir, þurfa að bera.

Þrátt fyrir það getur verið fullkomlega eðlilegt að fyrirtæki komi inn á markaðinn með þeim hætti og er þá líklegt að aðili sem áður er til staðar og með hæsta verðið falli út af markaðnum í staðinn. Sameiginlegur kostnaður alls markaðarins lækkar þá því eitt fyrirtæki hverfur af markaðnum og einkaleyfifyrirtækið þjónar í staðinn þess hluta markaðarins á lægri kostnaði. Þetta dæmi skýrir hugmyndina um kjörverð, en það eru einfaldlega þau verð sem bera með sér mestan ávinning.

Athyglisvert er samt sem áður að skoða hvaða áhrif það hefur ef einkaleyfifyrirtækið í dæminu hér að ofan nær fullkomnum tókum á samkeppnismarkaðnum. Þá getur það í sjálfu sér hækkað verð eins og því sýnist. Ef það gerir það opnast hins vegar leið fyrir nýja aðila til að koma inn á markaðinn og knýja fram lægra verð. Ef það hins vegar hækkar ekki verð sín minnkar ávinningur við það að nýr aðili kemur inn á markaðinn enda hækkar þá

<sup>64</sup> e. „efficient pricing“.

<sup>65</sup> Richard A. Posner: *The Economics of Justice*, bls. 60-65 og 91-92.

<sup>66</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 418.

<sup>67</sup> Stephen J. Brown og David Summer Sibley: *The theory of public utility pricing*, bls. 26

<sup>68</sup> e. „optimal prices“

<sup>69</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 418

<sup>70</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 418



sameiginlegur kostnaður alls markaðarins.<sup>71</sup> Vandamálið sem kemur t.d. upp á raforkumarkaði eru þær miklu aðgangshindranir sem til staðar eru og gera nýjum aðilum erfitt með að komast inn á markaðinn en það flækir töluvert hvað talist getur skilvirk verðlagning. Í ofangreindu dæmi getur ávinningur markaðarins aukist við innkomu einkaleyfifyrirtækis en horfið ef aðrir hafa ekki góð tækifæri til að koma inn á markaðinn.

Þannig getur háværkun ávinnings ein og sér skapað stöðu sem þrátt fyrir að vera fræðilega skynsamleg er ekki eðlileg eða auðveld í framkvæmd og því nauðsynlegt að hafa áhrif á hana með löggjöf. Upplýsingar sem þarf til að beita aðferðinni um skilvirka verðlagningu koma heldur ekki í ljós fyrir en eftir á en oft getur verið gríðarlega erfitt að spá fyrir um hegðun markaðar og því hefur þessi aðferð takmarkað gildi við að bregðast hratt við mögulegum brotum gegn samkeppnisreglum.

Samkvæmt kenningunni um skilvirka verðlagningu og háværkun ávinnings eru víxlneiðurgreiðslur til staðar ef verðlagningin hvetur ekki til aðstæðna sem teljast nauðsynlegar til þess að ná hámarksávinningsi á markaði, þ.e. sameiginlegum ávinningsi framleiðanda og neytanda.<sup>72</sup> Víxlneiðurgreiðslur hamla því að skilvirk verðlagning og eðlilegar afleiðingar hennar komi fram og mynda ójafnvægi á markaði. Þetta á til dæmis við ef hitaveita kemur inn á raforkumarkað á verði sem ekki er hægt að viðhalda.

Hvatinn í skilvirkri verðlagningu er vissulega annars vegar kostnaður en hins vegar er annar hvati mikilvægur sem kallast teygni eftirspurnar.<sup>73</sup> Ef eftirspurn hefur mikla teygni þarf að bjóða lægra verð en ef hún er stöðug er hægt að krefjast herra verðs. Því fellur sameiginlegur kostnaður í raun fyrst og fremst á þann aðila sem er tilbúinn að bera hann, þ.e. tilbúinn til þess að greiða herra verð. Það að nýta sér þetta er kallað Ramsey-verðlagning.<sup>74</sup>

Ofangreind umfjöllun sýnir að til eru vel skilgreindar hagfræðilegar nálganir til þess að greina víxlneiðurgreiðslur og geta þær oft leitt til niðurstæðna sem líklega væru andstæð markmiðum laga, t.d. samkeppnislaga sem m.a. eiga að hafa hag neytandans að leiðarljósi. Þar að auki gefur hagfræðin sér ýmsar forsendur sem koma ekki endilega heim og saman við raunveruleikann þegar verið er að kljást við viðfangsefnið um víxlneiðurgreiðslur á mörkuðum

---

<sup>71</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 419 – 420.

<sup>72</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 420.

<sup>73</sup> e. „elasticity of demand“ er mælikvarði á það hversu viðskiptavinir eru fljótir til að breyta neyslu sinni ef markaðsaðstæður breytast og hversu líklegt er að þeir geri það á annað borð.

<sup>74</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 418

þar sem einkaleyfi hafa að hluta til verið fjarlægð.<sup>75</sup> Vandamál sem koma upp þegar málið er nálgast út frá skilvirkri verðlagningu eru líka flókin. Þetta þarf allt að hafa í huga þegar lagaumhverfi vixlniðurgreiðslna er kannað.

## 4 Lagaumhverfi vixlniðurgreiðslna

Hægt er að taka á vandamálum tengdum vixlniðurgreiðslum með lagasetningu. Í Evrópu er það gert bæði undir hatti ESB með RS og tilskipunum og svo með lagasetningu í hverju landi fyrir sig.<sup>76</sup> Í sumum tilfellum er gengið lengra í landsrétti en í alþjóðlegum samningum t.d. RS. Dæmi um það er að finna í Bretlandi þar sem fjarskiptayfirvöld, OFTEL, mega taka á vixlniðurgreiðslum og geta sett strangari skilyrði en almennt er gert í alþjóðlegum rétti.<sup>77</sup>

### 4.1 Evrópuréttur

Í flestum tilfellum er 82. gr. RS helsta tækið til þess að taka á vixlniðurgreiðslum.<sup>78</sup> Í henni segir:

Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á yfirburðastöðu á svæðinu sem samningur þessi tekur til, eða verulegum hluta þess, er ósamrýmanleg framkvæmd samnings þessa og því bönnuð að því leyti sem hún kann að hafa áhrif á viðskipti milli samningsaðila.<sup>79</sup>

Næst gefur 82. gr. fjögur dæmi um misnotkun. Slík misnotkun getur einkum falist í því að beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskipta-skilmálar settir, takmarkanir séu settar á framleiðslu eða tækniþróun, neytendum til tjóns, viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnis-staða þeirra þannig veikt eða sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 908.

<sup>76</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 901.

<sup>77</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 94/579/EC, O.J. L 223, 27/08/1994 bls. 36, 57. mgr.

<sup>78</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 911.

<sup>79</sup> „Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between the Member States.”

<sup>80</sup> „Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;

Verður nú farið nánar í það hvernig víxlniðurgreiðslur geta talist þáttur í misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

#### 4.1.1 Yfirverðlagning

Víxlniðurgreiðslur geta í sumum tilvikum nýst til þess að færa hagnað af einum markaði, hugsanlega tilkomnum vegna yfirverðlagningar, til þess að niðurgreiða framleiðslu á öðrum markaði. Í *United Brands-málinu*<sup>81</sup> tók framkvæmdastjórn ESB sína fyrstu ákvörðun um að um yfirverðlagningu hefði verið að ræða hjá markaðsráðandi fyrirtæki. Sú ákvörðun var síðar ógilt af dómstóli EB vegna þess að ekki taldist vera nægilega sannað að svo hefði verið.<sup>82</sup> Hinsvegar tók dómstóllinn þá fram:

In this case charging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied would be such an abuse.<sup>83</sup>

Það er því ljóst að yfirverðlagning getur talist til misnotkunar í skilningi 82. gr. RS. Í raun er þó erfitt að skilgreina með fullnægjandi hætti hvað telst yfirverð skv. 82. gr.<sup>84</sup> Í mörgum tilvikum er verði hjá fyrirtækjum í einkaleyfastarfsemi jafnvel stjórnað með löggjöf svo einkaleyfishafinn hefur ekkert um það að segja. Oft hefur þó löggjöf um verð einungis takmörkuð áhrif á hagnað einkaleyfafyrirtækis en jafnvel þó gert sé ráð fyrir að reglur um verð í einkaleyfastarfsemi virki sem skyldi gefur tilvist sameiginlegs kostnaðar hjá einokunarrekstrinum og samkeppnisrekstri tækifæri til víxlniðurgreiðslna.<sup>85</sup> Þannig má segja að beiting 82. gr. hafi takmörkuð áhrif til að vinna á víxlniðurgreiðslum í þessu tilfelli enda sýnt að erfitt er að sýna fram á að um yfirverð sé að ræða.

#### 4.1.2 Skaðleg undirverðlagning

Almennt er lágt verð talið neytendum í hag en það er þó viðurkennt að í sumum tilvikum geti það unnið gegn samkeppni.<sup>86</sup> Í skaðlegri undirverðlagningu felst að markaðsráðandi fyrirtæki

---

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

<sup>81</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 75/75/EEC, O.J. L 29, 03/02/1975 bls. 14

<sup>82</sup> EBD, mál 27/76, ECR 1978, bls. 207

<sup>83</sup> EBD, mál 27/76, ECR 1978, bls. 207, 250. mgr.

<sup>84</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 709.

<sup>85</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 912.

<sup>86</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 913.

undirbýður verð samkeppnisaðila með því að bjóða verð sem ekki duga fyrir kostnaði og skilar sér í því að líklegur samkeppnisaðili er hrakinn á brott.<sup>87</sup> Slík verðlagning er kostnaðarsöm og segja má að hún sé einungis skynsamleg ef möguleiki er fyrir hendi til þess að ná „fjárfestingu“ þeirri sem felst í undirverðlagningu með einhverjum hætti til baka.<sup>88</sup> Þetta getur gerst t.d. ef um er að ræða markað með aðgangshindrunum og litlum líkum á að samkeppnisaðilar geti komið inn á markaðinn.

Skaðleg undirverðlagning fellur undir a-lið 82. gr. RS sem bannar að beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir.<sup>89</sup> Í sextánda skýrslu framkvæmdastjórnar ESB um stefnu í samkeppnismálum<sup>90</sup> segir frá niðurstöðum rannsóknar sem framkvæmd var á vegum framkvæmdastjórnarinnar um skaðlega undirverðlagningu. Ein niðurstaðan var m.a. sú að telja mætti skaðlega undirverðlagningu rökrétta hegðun í tilvikum þar sem víxlنيðurgreiðslur væru til staðar, þ.e. þegar hið brotlega fyrirtæki framleiddi margar vörutegundir og gæti unnið upp tap vegna skaðlegrar undirverðlagningar á einum markaði með ávinningi af öðrum markaði.<sup>91</sup> Þannig aukast líkur á því að verið sé að nota víxlنيðurgreiðslur til þess að fjármagna misnotkun á markaðsráðandi stöðu mjög þegar fyrirtækið er öruggt um stöðu sína á einum markaði þar sem það getur fengið allar þær tekjur sem þarf til þess að geta beitt skaðlegri undirverðlagningu.<sup>92</sup> Þetta getur gerst þar sem markaðsráðandi fyrirtæki nýtur lögbundins einkaleyfis á einum markaði, t.d. til flutnings rafmagns, og tekjur þaðan eru notaðar til þess að greiða niður verð á tengdum mörkuðum sem eru í samkeppni, til að mynda framleiðslu og sölu rafmagns.

Erfitt getur reynst að greina eðlilega og löglega verðlagningu frá skaðlegri undirverðlagningu. Til samanburðar við viðmið Evrópuréttar má kynna fjögur kerfi er mest áhrif hafa haft á greiningu undirverðlagningar í Bandaríkjunum;<sup>93</sup> kostnaðarkenningin,<sup>94</sup> kenningin um rétta upp-byggingu,<sup>95</sup> frjálssa kenningin<sup>96</sup> og leikjafræðikenningin.<sup>97</sup>

---

<sup>87</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 913.

<sup>88</sup> Marc van der Woude o.fl.: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 278

<sup>89</sup> „directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions“.

<sup>90</sup> *Sixteenth Report on Competition Policy*, 334. – 336. mgr.

<sup>91</sup> „the aggressor was a multiproduct firm able to make up for the losses incurred in the market in which the aggression took place in one or more other markets“.

<sup>92</sup> Marc van der Woude o.fl.: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 280.

<sup>93</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 424.

<sup>94</sup> e. „the cost-based rule“; Phillip Areeda og Donald F. Turner: „Predatory Pricing and Practices Under Section 2 of the Sherman Act“, bls. 697.

<sup>95</sup> e. „Structural filter rule“; Ken G. Elzinga & David. Mills: „Testing for Predation: Is Recoupment feasible“, bls. 869.

Samkvæmt kostnaðarkenningunni er því haldið fram að skaðleg undirverðlagning teljist til viðskiptahátta sem greina þarf á grundvelli tengsla verðs og kostnaðar t.d. með hliðsjón af þeim aðferðum sem kynntar voru í kafla 3.3 hér að framan um greiningu víxlniðurgreiðslna.<sup>98</sup> Þessi kenning, sem margir aðhyllast og stuðst hefur verið við í dómaframkvæmd EB dómstólsins<sup>99</sup> sem og í úrskurðum samkeppnisyfirvalda á Íslandi,<sup>100</sup> gerir ráð fyrir að fyrirtæki verðleggi sig ekki undir skammtímaviðbótarkostnaði<sup>101</sup> nema það búist við því að ná til baka því tapi með því að nýta sér markaðsráðandi stöðu.<sup>102</sup> Þannig teldist verðlagning fyrirtækis undir því sem má eðlilega áætla sem skammtímaviðbótarkostnað ólögleg meðan hærri verð væru lögleg.<sup>103</sup> Þar sem oft er erfitt að reikna viðbótarkostnað<sup>104</sup> er oft notast við meðaltal breytilegs kostnaðar í staðinn.<sup>105</sup> Fræðimenn sem aðhyllast kostnaðarkenninguna telja undirverðlagningu vera aðferð andstæða samkeppni og að hún komi nógu oft fyrir til að réttlæta bann.<sup>106</sup>

Þessari nálgun hafa margir fræðimenn mótmælt sem telja skaðlega undirverðlagningu heldur óvenjulegt fyrirbrigði og sumir ganga enn lengra og segja hana vera sjaldgæft og órókrétt athæfi. Fræðimenn sem aðhyllast „frjálsum kenninguna“ ganga jafnvel svo langt að segja að skaðleg undirverðlagning sé ekki til og halda því fram að slíkar aðferðir séu ólíklegar til árangurs fyrir markaðsráðandi fyrirtæki. Jafnvel þó þær væru árangursríkar væri hægt að

---

<sup>96</sup> e. „no-rule“; Frank H. Easterbrook: „Predatory Strategies and Counterstrategies“, bls. 263.

<sup>97</sup> e. „game theoretic rule“; Ernest Gellhorn, William E. Kovacic: *Antitrust Law and Economics*, bls. 137-144.

<sup>98</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 424.

<sup>99</sup> T.d. *EBD, mál C-62/86, ECR 1991, bls. I-3359*.

<sup>100</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 29. september 2003, (17-18/2003)* en þar kom fram á bls. 23 að verðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem er undir breytilegum kostnaði geti að öðru jöfnu falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu þar sem sú verðlagning af þessu tagi verður vart skýrð út frá eðlilegum rekstrarsjónarmiðum viðkomandi fyrirtækis; sjá einnig ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, 30. mars 2007 (11/2007). Þar kom fram á bls. 57: „*Að mati Samkeppniseftirlitsins fæst ekki annað séð af framangreindum tilvitnunum en að áfrýjunarnefndin hafi talið staðfærðan kostnað raunhæft viðmið til að skera úr um lögmæti þeirra fargjalda sem til skoðunar voru í málinu. Því er óhjákvæmilegt að líta svo á að nefndin hafi staðfest viðmiðið sem lögmætan mælikvarða til að meta hvort verðlagning markaðsráðandi flugfélaga hér á landi fæli í sér skaðlega undirverðlagningu og þar með brot á 11. gr. samkeppnislaga.*“

<sup>101</sup> Skammtímaviðbótarkostnaður er sá kostnaður sem hlýst af nýrri vöru til skemmri tíma, þ.e. kostnaður við að koma upp nýrri framleiðslugetu en ekki að viðhalda henni.

<sup>102</sup> Phillip Areeda og Donald F. Turner: *Antitrust law*, bls. 710-722.

<sup>103</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 424.

<sup>104</sup> Viðbótarkostnaður er ekki bókfærður sérstaklega og er mjög erfður að mæla. Flestir eru sammála um að nálgá megi hann með meðaltali breytilegs kostnaðar við að framleiða vöruna, þ.e. meðaltal þess kostnaðar sem tengja má beint við vöruna, s.s. efni og vinnu.

<sup>105</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 913.

<sup>106</sup> Phillip Areeda og Donald F. Turner: „Predatory Pricing and Practices Under Section 2 of the Sherman Act“, bls. 697.

finna betri aðferðir sem myndu ná sama markmiði (t.d. yfirtaka á samkeppnisaðila).<sup>107</sup> Þeir telja að engar reglur þurfi um skaðlega undirverðlagningu þar sem þær reglur séu líklegri til að hindra verðsamkeppni en að tryggja hana.<sup>108</sup> Lagareglur gegn slíku myndu því gera meiri skaða en gagn og lög um samkeppni ættu að sniðganga þær.<sup>109</sup>

Sumir hagfræðingar hafa sagt að skaðleg undirverðlagning geti einungis skilað árangri á mörkuðum sem hafa ákveðin einkenni. Kenningin um „réttu uppbyggingu markaðar“<sup>110</sup> segir að án þessara einkenna eigi sá sem stundar undirverðlagningu erfitt með að ná til baka tapinu og undirverðlagning því ólíkleg til að eiga sér stað.<sup>111</sup> Fræðimenn sem aðhyllast þessa kenningu halda því fram að árangursrík undirverðlagning sé ólíkleg á mörkuðum með litlar aðgangshindranir, þar sem nægilega auðvelt er fyrir nýja aðila að komast inn á markaðinn og því ólíklegt að sá sem undirverðleggur nái til baka því tapi sem hann hefur orðið fyrir.<sup>112</sup> Hinir nýju aðilar myndu koma í veg fyrir einokunarstöðu hans og lækka verðið á markaðnum. Í samræmi við það skuli löggjafinn einungis banna verð undir meðaltali breytilegs kostnaðar á mörkuðum sem ekki hafa þessi einkenni, þ.e. mörkuðum sem erfitt er að koma inn á.<sup>113</sup>

Þessi þrjú sjónarmið hafa haft áhrif á dómafrankvæmd, sér í lagi í Bandaríkjunum þar sem greining á undirverðlagningu byggðist lengst af á kostnaðarkenningunni. Þá voru verð undir meðaltali breytilegs kostnaðar dæmd ólögleg meðan verð þar fyrir ofan töldust lögleg nema sannaður væri ásetningur gegn samkeppni.<sup>114</sup> Í seinni tíð hefur frankvæmdin þar í landi snúist að skilyrðum sem þurfa að vera til staðar í uppbyggingu markaðar til að

---

<sup>107</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 424.

<sup>108</sup> Frank H. Easterbrook: „Predatory Strategies and Counterstrategies“, bls. 263.

<sup>109</sup> John McGee: „Predatory Pricing Cutting: the Standard Oil Case“, bls. 137; Frank Easterbrook: „Predatory Strategies and Counterstrategies“, bls. 263.

<sup>110</sup> Ken. G. Elzinga & David Mills: „Testing for Predation: Is Recoupment feasible“, bls. 869.

<sup>111</sup> *Dómur Hæstaréttar Bandaríkjanna, 475 U.S. 574 (1986)*: Sjá sérstaklega 584. mgr. Í málinu kom í fyrsta skipti fram mikilvægi þess að geta unnið upp tap vegna skaðlegrar undirverðlagningar. Málið varðaði ágreining milli bandarískra og japanskra sjónvarpsframleiðenda sem áttu í samkeppni. Bandaríska fyrirtækið Zenith, hélt því fram að japanskir keppinautar þess væru í samráði um það að selja vörur undir kostnaðarverði í Bandaríkjunum í þeim tilgangi að auka markaðshlutdeild sína. Á sama tíma seldu þeir svipaðar vörur í Japan yfir kostnaðarverði til þess að víxlniðurgreiða það tap sem yrði vegna undirverðlagningar á bandarískum markaði. Bandaríski dómstóllinn taldi staðhæfingu Zenith ekki standast og vísaði í möguleika á því að vinna upp tap. Meginástæðan fyrir þessari ályktun var sú að Zenith hélt því fram að undirverðlagningin hefði átt sér stað í 20 ár og dómstóllinn taldi að stefndi gæti aldrei unnið upp það tap sem hefði orðið á því tímabili jafnvel þótt það kæmist í einokunarstöðu. Hafnaði Hæstiréttur Bandaríkjanna því að um skaðlega undirverðlagningu væri að ræða og að hún væri fjármögnuð með landfræðilegum víxlniðurgreiðslum.

<sup>112</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 424.

<sup>113</sup> Ken Elzinga og David Mills: „Testing for Predation: Is Recoupment Feasible?“, bls. 869.

<sup>114</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 914.

undirverðlagning sé árangursrík.<sup>115</sup> Til þess að koma auga á það hvort undirverðlagning andstæð samkeppni hafi átt sér stað er nauðsynlegt að sýna ekki eingöngu að verð séu undir kostnaðarverði, heldur einnig að uppbygging markaðarins sé með þeim hætti að hægt sé að ná til baka tapinu sem orðið hefur til með undirverðlagningu.<sup>116</sup>

Þetta kemur fram í *Brooke-málinu*<sup>117</sup> þar sem Hæstiréttur Bandaríkjanna staðhæfði að til þess að sanna mætti tilvist skaðlegrar undirverðlagningar, þyrfti að sýna fram á að hin meintu undirverð væru undir eðlilegri mælingu á kostnaði og einnig að umrætt fyrirtæki hafi haft töluverðar líkur á því að ná til baka tapi vegna undirverðlagningar.<sup>118</sup> Krafa um að fyrirtækið þurfi að hafa átt möguleika á að ná til baka tapinu gefur til kynna að sanna þurfi að eftir að önnur fyrirtæki hafa fallið út af markaðnum geti skaðvaldurinn staðið að yfirverðlagningu nægilega lengi til að ná til baka tapinu af undirverðlagningunni.<sup>119</sup> Þetta viðhorf Hæstaréttar Bandaríkjanna hefur leitt til þess að sönnunarbyrði um möguleika á að ná til baka tapinu er sérlega ströng.<sup>120</sup> Þessi nálgun hefur ekki skotið rótum í evrópskum rétti en farið verður nánar í það síðar.

Nú þegar bandarískir dómstólar hafa tekið upp ofangreinda nálgun að skaðlegri undirverðlagningu hefur ný kenning byggð á leikjafræði<sup>121</sup> ögrað þeirri ályktun að undirverðlagning sé venjulega órökrétt. „Leikjafræðikenningin“ segir að undir ákveðnum kringumstæðum geti undirverðlagning verið rökrétt en sjaldgæf aðferðafræði.<sup>122</sup> Leikjafræði í samkeppni fjallar um samskipti fyrirtækja og hvernig athafnir eins fyrirtækis hefur áhrif á önnur. Þegar fá fyrirtæki keppa á markaði segir kenningin að þau þurfi að horfa til þess að ákvarðanir þeirra hafa áhrif á ákvarðanir keppinautanna. Í sumum tilfellum getur markaðsráðandi fyrirtæki reynt að hafa áhrif á þetta samspil og gefið misvísandi skilaboð inn á markaðinn, t.d. gefið mögulegum samkeppnisaðila merki um að hann eigi að yfirgefa markaðinn eða minnka framleiðslu.<sup>123</sup> Fylgjendur þessarar kenningar viðurkenna að undirverðlagning sé sjaldgæf og oft þurfi mjög öflugar sannanir til að sýna fram á að skaðleg

<sup>115</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 914.

<sup>116</sup> Ken Elszinga og David Mills: „Testing for Predation: Is Recoupment Feasible?“, bls. 869.

<sup>117</sup> *Dómur Hæstaréttar Bandaríkjanna 509 U.S. 209 (1993)*, bls. 2588.

<sup>118</sup> „a reasonable prospect ... or dangerous probability, of recouping its investment in below cost pricing“.

<sup>119</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 425.

<sup>120</sup> *Dómur Hæstaréttar Bandaríkjanna 509 U.S. 209 (1993)*, bls. 2588; Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 915.

<sup>121</sup> e. „Game theory“.

<sup>122</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 424.

<sup>123</sup> Louis Philips, *Competition policy: A Game Theoretic Perspective*, bls. 185-255.

undirverðlagning hafi átt sér stað.<sup>124</sup> Þessi aðferðafræði hefur ekki haft áhrif á dómaframkvæmd Hæstaréttar Bandaríkjanna né fundið sér stað í samkeppnisrétti ESB.

#### 4.1.2.1 Dómaframkvæmd ESB

Margar tilraunir hafa, eins og áður hefur verið rakið, verið gerðar til að búa til aðferð til þess að finna hvenær verð telst undirverð. Evrópskur samkeppnisréttur notar fyrst og fremst kostnaðar-nálgun á undirverðlagningu, þ.e. fyrstu tegund nálgunar í kaflanum hér að ofan, og leggur til grundvallar meginregluna um að misnotkun sé „hlutlægt hugtak“.<sup>125</sup>

Kenningar um undirverðlagningu í Evrópurétti komu fyrst fram hjá dómstól EB í *AKZO-málinu*<sup>126</sup> og voru síðan staðfestar í *Tetra Pak II-málinu*.<sup>127</sup> Nálgunin í AKZO og síðar í Tetra Pak II er augljóslega byggð á kostnaðarkenninguni og er í samræmi við nálgun Hæstaréttar Bandaríkjanna áður en þar komu upp kenningar um rétta uppbyggingu markaðar sem rætt var um hér að framan.<sup>128</sup> Í *Tetra Pak II-málinu* höfnuðu bæði undirréttur og dómstóll EB beitingu þess háttar mats um uppbyggingu markaðar innan ramma 86.gr. (núverandi 82. gr.) í RS.<sup>129</sup>

Menn eru síður en svo á einu máli um það hvort leggja eigi þessa merkingu í 82. gr. RS.<sup>130,131</sup>

##### 4.1.2.1.1 AKZO<sup>132</sup>

ECS var lítið breskt fyrirtæki sem framleiddi benzoyl peroxíð. Þar til árið 1979 hafði það selt vörur sínar til viðskiptavina sem notuðu bleikiefni við meðferð hveitis í Bretlandi og Írlandi. Fyrirtækið ákvað síðan að selja vöruna einnig til aðila á öðrum markaði. AKZO, hollenskt fyrirtæki sem þar var markaðsráðandi, lét ECS vita að ef þeir drægju sig ekki í hlé af þeim markaði þá myndi það lækka verð sín, sérstaklega á markaðnum fyrir aukaefni í hveiti, til þess að skaða ECS. Í framhaldi af því lét AKZO verða af þessum verðlækkunum. Framkvæmdastjórn ESB taldi að AKZO hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína og hafnaði

<sup>124</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 424.

<sup>125</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 425.

<sup>126</sup> *EBD, mál C-62/86, ECR 1991, bls. I-3359.*

<sup>127</sup> *EBD, mál T-83/91, ECR 1996, bls. II-755, 147. – 151. mgr; EBD, mál C-333/94 P, ECR 1996, bls. I-5951, 39. – 44. mgr.*

<sup>128</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 916.

<sup>129</sup> *EBD, mál C-333/94 P, ECR 1996, bls. I-5951, 44. mgr.*

<sup>130</sup> Michal S. Gal: „Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition? The France Télécom Case“, bls. 383.

<sup>131</sup> Cyril Ritter: „Does the Law of Predatory Pricing and Cross-subsidisation Need a Radical Rethink?“, bls. 613.

<sup>132</sup> *EBD, mál C-62/86, ECR 1991, bls. I-3359.*



því að styðjast við hið svokallaða Areeda og Turner próf sem miðar við að verð yfir meðaltali breytilegs kostnaðar séu ávallt lögleg.<sup>133</sup>

Enda þótt athugun á sambandi kostnaðar og verðs væri þáttur í því að greina hvort um skaðlega undirverðlagningu væri að ræða, taldi framkvæmdastjórnin að það skipti einnig máli hvort markaðsráðandi fyrirtækið hefði sýnt af sér samkeppnishamlandi hegðun, hverjar líklegar afleiðingar hegðunar þess yrðu og hver væru líkleg viðbrögð keppinauta. Framkvæmdastjórnin lét síðan þá skoðun sína í ljós að jafnvel verð yfir meðaltali heildarkostnaðar gætu fallið undir skaðlega undirverðlagningu þegar það væri metið í samhengi við aðstæður á markaði.<sup>134</sup> Málinu var áfrýjað til dómstóls EB<sup>135</sup> sem féllst á álit framkvæmdastjórnarinnar á því að um skaðlega undirverðlagningu væri að ræða. Dómstóllinn viðurkenndi þýðingu þess að til staðar á markaði væri möguleiki á því að geta unnið upp tap og að markaðsráðandi fyrirtæki hefði enga hagsmuni af því að verðleggja sig undir meðaltali breytilegs kostnaðar nema þá einungis til þess að útrýma samkeppnisaðilum og gera því kleift að hækka verð sín.<sup>136</sup> Hinsvegar gerði dómstóllinn það ekki að skilyrði fyrir því að um skaðlega undirverðlagningu gæti verið að ræða.

Að lokum sagði dómstóllinn að þar sem verð væru yfir meðaltali breytilegs kostnaðar en undir meðaltali heildarkostnaðar yrðu þau aðeins talin til misnotkunar á markaðsráðandi stöðu ef þau væru hluti af áætlun sem ætlað væri að útrýma keppinauti.<sup>137</sup> Dómstóllinn studdi því höfnun framkvæmdastjórnarinnar á Areeda og Turner prófinu.

Samandregið felst í „AKZO kenningunni“<sup>138</sup> að ef til staðar eru verð undir meðaltali breytilegs kostnaðar sem notuð eru til að koma samkeppnisaðila út af markaðnum telst vera um skaðlega undirverðlagningu að ræða.<sup>139</sup> Ástæðan er að hver sala á slíku verði veldur tapi, og því er eini rökstuðningurinn fyrir slíkri verðlagningu að ná keppinaut út af markaðnum til þess að leyfa ráðandi aðilanum að festa sig í sessi og hækka verð. Verð undir meðaltali heildarkostnaðar (en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar) eru hins vegar einungis gagnstæð 82.

---

<sup>133</sup> Philip Areeda og Donald Turner: “Predatory Pricing and Related Practises under Section 2 of the Sherman Act”, bls. 697.

<sup>134</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 85/609/EEC, O.J. L 374, 31/12/1985 bls. 1 - 27, 79. mgr.

<sup>135</sup> EBD, mál C-62/86, ECR 1991, bls. I-3359.

<sup>136</sup> EBD, mál C-62/86, ECR 1991, bls. I-3359, 71. mgr.

<sup>137</sup> EBD, mál C-62/86, ECR 1991, bls. I-3359, 72. mgr.

<sup>138</sup> EBD, mál C-62/86, ECR 1991, bls. I-3359, 70 – 72. mgr. Þess má þó geta að þessi dómur hefur verið gagnrýndur m.a. fyrir það að taka ekki til greina þann möguleika að um tímabundna verðlagningu undir kostnaði geti verið að ræða sem ekki er skaðleg, t.d. kynningartilboð eða annað sjá Sarah Turnbull: „Barriers to Entry, Article 86 EC and the Abuse of Dominant Position: An Economic Critique of European Community. Competition Law“, bls. 99.

<sup>139</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 426.

gr. ef samkeppnishamlandi ásetningur telst sannaður.<sup>140</sup> Verð yfir meðaltali heildarkostnaðar teljast lögleg.<sup>141</sup> Þessi dómur fylgir því nánast alfarið kostnaðarmiðuðu nálguninni.<sup>142</sup>

#### 4.1.2.1.2 Tetra Pak II<sup>143</sup>

Tetra Pak II dómurinn dregur fram mikilvæga þætti er varða tengsl víxlنيðurgreiðslna og skaðlegrar undirverðlagningar. Tetra Pak samstæðan vann bæði á sviði dauðhreinsaðra pakkninga fyrir geymsluþolnar vörur (þ.m.t. markaðinn fyrir tæki til að dauðhreinsa pakkningarnar og tæki fyrir pakkninguna sjálfa, ásamt umbúðum) og á sviði ódauðhreinsaðra pakkninga fyrir ferskvöru (þ.m.t. tæki til pakkningar og umbúðir), sem var skyldur markaður. Þegar framkvæmdastjórnin tók ákvörðun sína var samstæðan ráðandi á dauðhreinsaða sviðinu með um 90-95% markaðshlutdeild. Á ódauðhreinsaða markaðnum var fákeppni og Tetra Pak var leiðandi aðili með 50-55% markaðshlutdeild.

Árið 1991 komst framkvæmdastjórnin að þeirri niðurstöðu að Tetra Pak hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína, m.a. með undirverðlagningu.<sup>144</sup> Framkvæmdastjórnin benti á að þrátt fyrir að misnotkunin hefði átt sér stað á ódauðhreinsaða markaðnum þar sem Tetra Pak væri ekki markaðsráðandi hefði það ekki útilokað beitingu 86. gr. (nú 82. gr.) RS. Markaðsráðandi staða Tetra Pak á dauðhreinsaða markaðnum og nánin tengsl þessara markaða gerðu ónaúðsynlegt að sýna fram á tilvist markaðsráðandi stöðu á dauðhreinsaða markaðnum sérstaklega. Tapið sem átti sér stað á ódauðhreinsaða markaðnum var niðurgreitt með hagnaði frá dauðhreinsaða markaðnum.<sup>145</sup> Grundvöllur niðurstöðunnar var því sá að um víxlنيðurgreiðslur hefði verið að ræða. Bæði undirréttur og dómstóll EB staðfestu ákvörðunina. Markmið Tetra Pak um að ná samkeppni af markaðnum var leitt fyrst og fremst af því að selt var undir breytilegum kostnaði<sup>146</sup> og leiða má af umfjöllun undirréttar dómstóls EB að möguleikar fyrirtækisins til víxlنيðurgreiðslna hafi ekki haft mikið að segja um það

<sup>140</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 915 – 916.

<sup>141</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 916.

<sup>142</sup> Íslensk samkeppnisýfirvöld hafa lagt þessa reglu til grundvallar við mat á því hvort um skaðlega undirverðlagningu er að ræða og hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála skýrt 11. gr. samkeppnislaga með hliðstæðum hætti, sbr. *úrskurði áfrýjunarnefndar, 29. september 2003 (17-18/2003), 22. júní 2007 (4/2007) og 4. mars 2009 (2/2009)* en þar kom eftirfarandi fram: „Teljist það að öllu jöfnu brot gegn 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki selji vöru á verði sem ekki standi undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Undir þessum kringumstæðum þurfi ekki að sýna fram á ásetning til þess að raska samkeppni.“

<sup>143</sup> EBD, mál T-83/91, ECR 1996, bls. II-00755.

<sup>144</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, OJ L 72/1, 18/03/1992, bls. 0001 – 0068, 147. – 153. mgr.

<sup>145</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, OJ L 72/1, 18/03/1992, bls. 0001 – 0068, 147. mgr.

<sup>146</sup> EBD, mál T-83/91, ECR 1996, bls. II-00755, 186. mgr. Breytilegi kostnaðurinn er sá viðbótarkostnaður breytist eftir magni vöru. Heildarkostnaður er breytilegi kostnaðurinn að viðbættri hlutdeild í fasta kostnaðinum.

hvort hin lágu verð voru talin undirverð eða ekki samkvæmt 86. gr. (núverandi 82. gr.).<sup>147</sup> Það sem skipti máli var markaðsráðandi staða fyrirtækisins á skyldum markaði og tengsl kostnaðar og verðs, án tillits til fjármögnunar verðanna. Það þótti þannig ekki ólöglegt í sjálfu sér að tap á markaði væri bætt með hagnaði af öðrum markaði svo lengi sem verð væru yfir kostnaðarverði samkvæmt AKZO reglunni.<sup>148</sup>

#### 4.1.2.1.3 Wanadoo<sup>149</sup>

Skaðleg undirverðlagning er enn talin sjaldgæf. Eftir að dómurinn um AKZO féll hefur slík undirverðlagning sjaldan verið talin vera til staðar. Eins og sjá mátti í umfjölluninni um Tetra Pak II hér að ofan voru umrædd verð talin vera skaðleg undirverð í eðli sínu en ekki aðeins vegna kostnaðartengdra ástæðna heldur einnig af því að þeim hafði verið beitt skipulega.<sup>150</sup>

Þann 16. júlí 2003 notaði framkvæmdastjórn ESB hinsvegar hreint kostnaðartengt próf í *Wanadoo-málinu*.<sup>151</sup> Málið snéri að verðlagningu dótturfyrirtækis France Télécom, Wanadoo fyrir háhraðainternetþjónustu. Verðstefna fyrirtækisins sem þá var markaðsráðandi þjónustuaðili á frönskum háhraðainternetmarkaði gerði því mögulegt að stækka markaðshlutdeild sína frá 46% í 72% á tæpum tveimur árum. Wanadoo bauð ADSL þjónustu undir meðaltali breytilegs kostnaðar í ákveðinn tíma og undir meðaltali heildarkostnaðar á öðru tímabili. Í seinna tilvikinu staðfesti framkvæmdastjórnin að þessi verðstefna væri hluti af áætlun til þess að taka yfir nýjan samkeppnismarkað.<sup>152</sup>

Ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar var staðfest af undirrétti.<sup>153</sup> Þar sem málið varðaði nýja vöru á markaði sem væri í útþenslu, hafði framkvæmdastjórnin dreift kostnaðinum yfir 48 mánaða tímabil þegar hún tók ákvörðun um það hvort France Télécom væri að selja á undirverði og taldi undirrétturinn þetta ekki vera rangt mat.<sup>154</sup> Undirrétturinn hafnaði einnig þeim rökum France Télécom að finna hefði mátt aðferðafræðileg vandamál við útreikninga framkvæmda-stjórnarinnar<sup>155</sup> og að framkvæmdastjórnin hefði beitt röngum aðferðum við að

---

<sup>147</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 427.

<sup>148</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 427.

<sup>149</sup> *Ákv. framkvæmdastjórnar EB, COMP/38.233, 16.07.2003. Ekki gefin út í O.J.*

<sup>150</sup> *EBD, mál T-83/91, ECR 1996, bls. II-00755, 149. mgr.*

<sup>151</sup> *Ákv. framkvæmdastjórnar EB, COMP/38.233, 16.07.2003. Ekki gefin út í O.J.*

<sup>152</sup> *Ákv. framkvæmdastjórnar EB, COMP/38.233, 16.07.2003. Ekki gefin út í O.J.*

<sup>153</sup> *EBD, mál T-340/03, ECR 2007, bls. II-107.*

<sup>154</sup> *EBD, mál T-340/03, ECR 2007, bls. II-107, 155. mgr.*

<sup>155</sup> *EBD, mál T-340/03, ECR 2007, bls. II-107, 162. – 169. mgr.*

greina skaðlega undirverðlagningu.<sup>156</sup> Málinu var áfrýjað til dómstóls EB sem staðfesti dóm undirréttar.<sup>157</sup> Í þeim dómi tók dómstóllinn einnig sérstaklega á því hvort sanna þyrfti möguleika á því að vinna upp tap til þess að um skaðlega undirverðlagningu gæti verið að ræða. Dómstóllinn vísaði í dómana í Tetra Pak og AKZO<sup>158</sup> og sagði slík skilyrði ekki vera í samræmi við dómaframkvæmd og í reynd hefði dómstóll EB varpað slíkum hugmyndum fyrir róða í kringumstæðum þar sem ásetning fyrirtækis mátti sjá í verðlagningu undir meðaltali breytilegs kostnaðar.<sup>159</sup> Að lokum tók dómstóllinn fram að skortur á möguleika til þess að vinna upp tap komi ekki í veg fyrir að fyrirtæki geti styrkt markaðsráðandi stöðu sína, sérstaklega ef einhverjir keppinautar yfirgefa markaðinn þannig að samkeppnisstaða sem þegar er skert vegna mikillar markaðshlutdeildar fyrirtækisins, verður enn verri auk þess sem neytendur skaðast vegna takmarkaðra valkosta í vörum eða þjónustu.<sup>160</sup> Dómstóll EB hefur því staðfest að tilvist skaðlegra undirverðlagningar er í Evrópurétti ekki háð því hvort mögulegt sé að vinna upp tap tilkomið vegna undirverða.

#### 4.1.2.2 Eru staðlar um breytilegan kostnað og heildarkostnað ávallt nothæfir?

Í sumum starfsgreinum er fastur kostnaður mjög hár en breytilegur kostnaður lágur. Í slíkum greinum er meðaltal breytilegs kostnaðar svo lágt að undirverðlagning ætti aldrei við væri viðmið um breytilegan kostnað notað og verð undir meðaltali heildarkostnaðar myndi þarfnast sönnunar um ásetning þess sem undirverðleggur samkvæmt *AKZO-málinu*.<sup>161</sup> Ef aðferðirnar sem notaðar eru í *AKZO-málinu* eru ekki nothæfar þarf að leita annarra reglna.

Vandamálið er sérlega áberandi í veitustarfsemi. Framkvæmdastjórnin gerði grein fyrir mögulegum göllum í AKZO dómnum í drögum sínum að tilkynningu 1996 um beitingu samkeppnisreglna í fjarskiptaiðnaði.<sup>162</sup> Í málsgrein um verðlagningu<sup>163</sup> kom framkvæmdastjórnin fram með reglu sem ekki var skýr. Grundvöllur reglunnar var að viðbótarkostnaður við að bæta nýrri þjónustu á núverandi kerfi væri svo lágur að finna þyrfti aðrar leiðir til að meta skaðlega undirverðlagningu. Skoða ætti sérstaklega hvort verðið væri

<sup>156</sup> EBD, mál T-340/03, ECR 2007, bls. II-107, 170. – 230. mgr.

<sup>157</sup> EBD, mál C-202/07 P, ECR 2009 (Ekki komið út enn), 113. mgr.

<sup>158</sup> EBD, mál C-62/86, ECR 1991, bls. I-3359; EBD, mál T-83/91, ECR 1996, bls. II-755; EBD, mál C-333/94 P, ECR 1996, bls. I-5951.

<sup>159</sup> EBD, mál C-333/94 P, ECR 1996, bls. I-5951, 44. mgr.

<sup>160</sup> EBD, mál C-202/07 P, ECR 2009 (Ekki komið út í ECR enn), 112. mgr.

<sup>161</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 736.

<sup>162</sup> *Draft Notice from the Commission on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*, 28.mgr.

<sup>163</sup> *Draft Notice from the Commission on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*, 28.mgr.

það lágt að ef fyrirtækið dreifði sameiginlegum kostnaði sínum á aðra starfsemi í sömu hlutföllum væri útilokað að hagnast.<sup>164</sup> Ef túlka hefði átt þessa reglu þannig að verð undir meðaltali heildarkostnaðar í fjarskiptaiðnaði væru skaðleg hefði það ekki leyft neinn sveigjanleika í verðlagningu af hálfu markaðsráðandi fyrirtækja. Einnig hefði krafa um að markaðsráðandi fyrirtæki verðlegðu sig á meðaltali heildarkostnaðar komið í veg fyrir að þau gæfu afslætti utan álagstíma, sem gæti hjálpað til við að ná til baka fjármögnunarkostnaði (ef verð eru yfir meðaltali breytilegs kostnaðar), og stuðlað þannig að tapi til lengri tíma litið.<sup>165</sup> Fallið var frá reglunni sem lögð hafði verið til í drögunum frá 1996 í lokaútgáfu tilkynningarinnar frá 1. apríl 1998.<sup>166</sup> Þar lagði framkvæmdastjórnin til að AKZO staðlarnir um meðaltal breytilegs kostnaðar og meðaltal heildarkostnaðar ættu ekki við um veitustarfsemi, s.s. fjarskipti og rafveitur og það að staðall sem byggist á langtíma-viðbótarkostnaði (framvegis skrifað LTVK)<sup>167</sup> gæti verið betri. Jafnvel verð yfir LTVK geta þó talist undirverð ef þau duga ekki fyrir hluta af þeim sameiginlega kostnaði sem fyrirtæki verður fyrir þegar það býður upp á margar mismunandi vörur.<sup>168</sup>

Eins og dómstóll EB gefur til kynna í *AKZO-málinu* verður framkvæmdastjórnin að tilgreina þau verð þar sem ljóst megi teljast að fyrirtæki geti einungis verið að hagnast á þann hátt að samkeppnisaðilar þeirra séu að veikjast.<sup>169</sup> Kostnaður í veitustarfsemi er yfirleitt mjög ólíkur því sem gerist í annarri starfsemi þar sem í honum er yfirleitt um að ræða mun hærra hlutfall sameiginlegs kostnaðar en á öðrum mörkuðum.<sup>170</sup> Ef nota á AKZO regluna á verð sem beita á yfir lengri tíma af þjónustuaðila og munu leggja grunn að fjárfestingarákvörðunum aðilans ætti að taka tillit til alls viðbótarkostnaðar sem fellur til

---

<sup>164</sup> e. „*the average variable cost rule cannot be applied in many situations in the telecommunication sector, since the variable cost of providing access to an already existing network are almost zero. Accordingly, the test which the Commission considers should be applied is whether a company charges a price for goods and services – other than in the context of a new product or service – which, although above the average variable cost of providing the specific goods or services for which the price in question is paid is so low that the overall revenues for all goods or services in question would be less than its average total costs of providing them if it sold the same proportion of its output at the same price on a continuing basis, even where no intent to exclude a competitor is proved*“.

<sup>165</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „*Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?*“, bls. 428.

<sup>166</sup> *Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*, bls. 2.

<sup>167</sup> Langtímaviðbótarkostnaður er summa fasts og breytilegs kostnaðar sem fyrirtæki stofnar til þegar það ákveður að framleiða ákveðna vöru sem telst „aukagrein.“ Langtímaviðbótarkostnaður felur ekki í sér breytilega eða fasta kostnaðarliði sem ekki tengjast vörinni.

<sup>168</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 736.

<sup>169</sup> *Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*, bls. 2.

<sup>170</sup> *Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*, bls. 2.

þegar þjónustan er veitt.<sup>171</sup> Við athugun þarf svo að meta hvaða tímaramma skuli nota til að greina kostnaðinn. Í þessum tilvikum þarf framkvæmdastjórnin að athuga meðaltal viðbótarkostnaðar við að veita þjónustu í lengri tíma eins og kemur fram í lokaútgáfu fyrrgreindrar tilkynningar.<sup>172</sup>

Þessi málsgrein tilkynningarinnar sýnir að framkvæmdastjórnin telur að verðlagning undir LTVK í fjarskiptaiðnaði sé merki um ásetning um skaðlega undirverðlagningu. Merkilegt er að hér er um sömu aðferð að ræða og notuð er til að kanna hvort verð séu án víxlنيðurgreiðslna (á milli viðbótarkostnaðar og sjálfstæðs kostnaðar, sjá kafla 3.3.2 að framan).<sup>173</sup> LTVK felur í sér fastan kostnað sem tilheyrir viðkomandi framleiðslu. Því er fyrirtækið ekki að stunda undir-verðlagningu ef tekjur af nýrri framleiðslu ná yfir allan breytilegan og fastan kostnað sem rekja má beint til þeirrar framleiðslu (þ.e. kostnað sem sleppa hefði mátt við ef sú framleiðsla hefði ekki verið til staðar).<sup>174</sup> Fasti hluti viðbótarkostnaðarins inniheldur samt ekki fastan kostnað fyrirtækisins, t.d. laun forstjóra, sem fellur til án tillits til hvort nýja framleiðslan er til staðar eða ekki.<sup>175</sup>

Framkvæmdastjórn ESB tók í fyrsta skipti ákvörðun á grundvelli LTVK í *Deutsche Post-málinu*<sup>176</sup> en það er gott dæmi um samspil víxlنيðurgreiðsla og skaðlegrar undirverðlagningar. Þar kom fram að flutningafyrirtækið UPS hafði kvartað undan því að Deutsche Post væri að nýta tekjur frá einkaleyfastarfsemi sinni á sviði bréfaþósts til að fjármagna undirverð í pakkasendingum á samkeppnismarkaði. Þar sem bæði bréfa og pakkabjónustan voru veitt af sama fyrirtækinu og þar sem breytilegur kostnaður og heildarkostnaður vörðuðu báða markaði, varð framkvæmdastjórnin að ákvarða hvaða kostnaður skipti máli til að að meta skaðlegt eðli verðlagningar á markaði pakkabjónustu. Til þess að komast að því hvort verðin væru undir kostnaði þá einblíndi framkvæmdastjórnin á viðbótarkostnað, þ.e. viðbótarkostnað sem kom til vegna pakkabjónustunnar.<sup>177</sup> Framkvæmdastjórnin taldi að Deutsche Post hefði á árunum 1990 til 1995 aflað tekna af samkeppnisstarfsemi í pakkasendingum sem ekki nægðu fyrir

---

<sup>171</sup> *Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*, bls. 2.

<sup>172</sup> *Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*, bls. 2, 112. – 115. mgr.; „the Commission will often need to examine the average incremental costs of providing a service, and may need to examine average incremental costs over a longer period than one year”.

<sup>173</sup> Gerald R. Faulhaber: „Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises“, bls. 966.

<sup>174</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 429.

<sup>175</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 429.

<sup>176</sup> *Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 2001/354/EC, O.J. L 125, 5/05/2001, bls. 27- 44.*

<sup>177</sup> *Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 2001/354/EC, O.J. L 125, 5/05/2001, bls. 27- 44, 36. mgr.*

LTVK af því að veita þjónustuna. Framkvæmdastjórnin ákvarðaði því að Deutsche Post hefði beitt skaðlegri undirverðlagningu. Hins vegar fylgdi sekt ekki þessari ákvörðun þar sem þetta var í fyrsta skipti sem þessari aðferð var beitt.<sup>178</sup>

Þetta mál er ekki eingöngu áhugavert vegna notkunar á viðbótarkostnaði til þess að greina víxlنيðurgreiðslur heldur einnig vegna þeirra úrræða sem framkvæmdastjórnin beitti til þess að koma í veg fyrir tengingu á milli samkeppnisstarfsemi og einkaleyfastarfsemi. Framkvæmdastjórnin skipaði Deutsche Post að koma á fullu gagnsæi í bókhaldi svo mögulegt væri að fylgjast með fjárhagslegum tengslum sviðanna. Til að bæta starfsemi sína samþykkti Deutsche Post að stofna nýtt fyrirtæki („Newco“) til þess að sjá um pakkþjónustuna. Framkvæmdastjórnin krafðist þess að í lok hvers reikningsárs myndi Deutsche Post skila til hennar yfirliti yfir tekjur og kostnað Newco ásamt sundurliðuðu yfirliti yfir þjónustu og milliverðlagningu Deutsche Post til Newco.

#### 4.1.3 Mismunun og víxlنيðurgreiðslur

82. gr. RS krefst þess ekki eingöngu að markaðsráðandi fyrirtæki forðist undirverð heldur einnig mismunun milli viðskiptavina, a.m.k. þegar þessir viðskiptavinir eiga í innbyrðis samkeppni.<sup>179</sup> Fyrirtæki gæti beitt víxlنيðurgreiðslum til að viðhalda verðum sem mismuna viðskiptavinum þess, t.d. í mismunandi ríkjum. Sem dæmi um þetta má nefna ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í *Tetra Pak II-málinu*, þar sem hún taldi Tetra Pak hafa krafist mismunandi verða fyrir vélar og karton á milli ríkja og að hafa verið með mismunandi verð á vélum í Ítalíu.<sup>180</sup>

Það sem litið er til þegar mismunun er greind er markaðsráðandi staða, svipað og í tilviki skaðlegrar undirverðlagningar, ásamt óréttlættum mismun í verðum sem skekkir samkeppni og hefur áhrif á viðskipti.<sup>181</sup> Ef koma á í veg fyrir mismunun þarf verð sem einn viðskiptavinur greiðir að vera jafnt verðum til annarra viðskiptavina ef þeir eiga í innbyrðis samkeppni að því gefnu að það séu engir hlutlægir kostnaðarþættir sem réttlæta mismunandi verð.<sup>182</sup> Jafnvel þó kostnaður skipti máli við ákvörðun bæði undirverðlagningar og mismununar þá er það með ólíkum hætti.<sup>183</sup> Próf til að greina undirverðlagningu krefst

<sup>178</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 2001/354/EC, O.J. L 125, 5/05/2001, bls. 27- 44, 47. mgr.

<sup>179</sup> Michel Waelbroeck: „Price discrimination and rebate policies under EU Competition Law“, bls. 147 – 160.

<sup>180</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 92/163/EEC, O.J. L 72, 18/03/1992 bls. 1 - 68.

<sup>181</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 429 – 430.

<sup>182</sup> EBD, mál T-83/91, ECR 1996, bls. II-755, 165. mgr.

<sup>183</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 923.

samanburðar á kostnaði við þjónustu og verði sem síðan er tekið er fyrir hana. Próf til að greina mismunun þarf að sýna hvort um sé að ræða sambærileg verð til viðskiptavina fyrir vörur og þjónustu sem kostar það sama fyrir fyrirtækið að framleiða eða veita. Fyrirtæki getur mismunað án þess að undirverðleggja og öfugt.<sup>184</sup>

Með víxlniðurgreiðslum getur einkaleyfishafi í starfsemi með miklum fastakostnaði beitt Ramsey verðlagningu sem áður hefur verið fjallað um. Í slíku fyrirkomulagi mismunar fyrirtækið viðskiptavinum sínum á grundvelli teygni eftirspurnar þeirra.<sup>185</sup> Ramsey verðlagning er yfirleitt framkvæmd með tilliti til mismunandi hópa (t.d. fyrirtækja annars vegar og einstaklinga hins vegar) á mismunandi mörkuðum. Ef Ramsey verðlagning kemur í veg fyrir samkeppni og hefur áhrif á viðskipti er ekki hægt að útiloka að um sé að ræða misnotkun skv. c-lið 82. gr. en samkvæmt þeim lið getur það verið misnotkun á markaðsráðandi stöðu að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig skekkt.

Að mestu leyti kveða bæði evrópsk og amerísk samkeppnislög á um að leyfilegt sé að „mæta samkeppni“<sup>186</sup> í sumum tilvikum og að það geti réttlætt mismunandi verð.<sup>187</sup> Þetta á hins vegar aðeins við um aðgerðir sem teljast hreinar varnaraðgerðir en ekki aðgerðir til þess að „yfirvinna samkeppni“<sup>188</sup> með því að undirbjóða samkeppnisaðila.<sup>189</sup> Í Tetra Pak II virðist dómstóll EB gefa til kynna að vörnin um að „mæta samkeppni“ dragi aðeins úr kröfunni um jafnræði og heimili því mismunun í vissum tilvikum en ekki úr kröfunni um bann við undirverðlagningu.<sup>190</sup>

Í tilkynningu framkvæmdastjórnarinnar varðandi fjarskiptaiðnað<sup>191</sup> segir að ráðandi aðgangs-veita megi ekki mismuna aðilum í þeim tilvikum þar sem mismunun myndi skaða samkeppni. Slík mismunun felur í sér samkvæmt tilkynningunni m.a. það að ekki megi taka mismunandi verð fyrir aðgangssamninga, nema í þeim tilfellum þar sem slík mismunun væri réttlætanleg, t.d. á tæknilegum grundvelli.

---

<sup>184</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 923.

<sup>185</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 429.

<sup>186</sup> e. „to meet competition“.

<sup>187</sup> Michel Waelbroeck: „Price discrimination and rebate policies under EU Competition Law“, bls. 159.

<sup>188</sup> e. „to beat competition“.

<sup>189</sup> EBD, mál T-30/89, ECR 1991, bls. II - 1439, 100. mgr.

<sup>190</sup> EBD, mál T-83/91, ECR 1996, bls. II - 755, 202. mgr.

<sup>191</sup> Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector, bls. 2, 120. – 127. mgr.



## 4.2 Samantekt og niðurstöður

Í þessum kafla hefur verið farið yfir að hvaða marki víxlنيðurgreiðslur geta talist misnotkun gagnvart 82. gr. RS. Sumar tegundir víxlنيðurgreiðslna teljast vera eðlilegur hluti af starfsemi fyrirtækis en ljóst er af dómaframkvæmd dómstóls EB að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu leyfist ekki hvað sem er til þess að halda þeirri stöðu.<sup>192</sup> 82. gr. RS bannar hins vegar ekki að fyrirtæki taki þátt í eðlilegri samkeppni og flutningur fjármuna fer í sjálfu sér ekki í bága við 82. gr. Það er því ólíklegt að víxlنيðurgreiðslur sem slíkar teljist misnotkun einar og sér.<sup>193</sup>

Víxlنيðurgreiðslur geta hins vegar gert misnotkun mögulega t.d. með því að færa til fjármagn frá einum starfshætti yfir í annan. Þannig geta víxlنيðurgreiðslur nýst til þess að færa hagnað af einum markaði, hugsanlega tilkomnum vegna yfirverðlagningar, til þess að niðurgreiða framleiðslu á öðrum markaði. Í *United Brands-málinu*<sup>194</sup> kvað framkvæmdastjórn ESB á um að yfirverðlagning gæti talist til misnotkunar í skilningi 82. gr. RS þó svo að í flestum tilvikum sé erfitt að greina hvenær hún sé til staðar. Skaðleg undirverðlagning telst einnig misnotkun þegar hún er stunduð af markaðsráðandi fyrirtæki og fellur undir a-lið 82. gr. RS sem bannar að beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söliverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir.<sup>195</sup> Erfitt getur reynst að greina löglega verðlagningu frá skaðlegri undirverðlagningu og styðst evrópskur samkeppnisréttur í þeim efnum við kenningu sem byggist á tengslum kostnaðar og verðs. Sú kenning kom fyrst fram hjá EB dómstólum í *Akzo-málinu*<sup>196</sup> og í henni felst að ef verð eru undir meðaltali breytilegs kostnaðar er um skaðlega undirverðlagningu að ræða.<sup>197</sup> Verð undir meðaltali heildarkostnaðar en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar eru hins vegar einungis gagnstæð 82. gr. ef samkeppnishamlandi ásetningur telst sannaður.<sup>198</sup> Fram hefur komið hjá framkvæmdastjórn ESB að staðlarnir um meðaltal breytilegs kostnaðar og meðaltal heildarkostnaðar eigi ekki við um veitustarfsemi, t.d. fjarskipti og rafveitur þar sem fastur kostnaður er mjög hár en breytilegur kostnaður lágur, og það að staðall sem byggist á langtímaviðbótarkostnaði (LTVK) gæti verið betri. Framkvæmdastjórn ESB tók í fyrsta skipti ákvörðun á grundvelli LTVK í *Deutsche Post-málinu* þar sem Deutsche Post var talinn hafa

<sup>192</sup> EBD, mál 27/76, ECR 1978, bls. 207, 189. mgr.

<sup>193</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 912.

<sup>194</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 75/75/EEC, O.J. L 29, 03/02/1975 bls. 14 - 19.

<sup>195</sup> „directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions“.

<sup>196</sup> EBD, mál C-62/86, ECR 1991, bls. I-3359.

<sup>197</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 426.

<sup>198</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 915 – 916.

beitt skaðlegri undirverðlagningu yfir nokkurra ára tímabil.<sup>199</sup> Að lokum var fjallað um á hvaða hátt víxlنيðurgreiðslum gæti verið beitt til að viðhalda verðum sem mismuna viðskiptavinum, t.d. í mismunandi ríkjum og var m.a. minnst á Ramsey verðlagningu sem getur mismunað viðskiptavinum á grundvelli teygni eftirspurnar þeirra. Ef slíkt fyrirkomulag kemur í veg fyrir samkeppni og hefur áhrif á viðskipti er ekki hægt að útiloka að um sé að ræða misnotkun skv. c-lið 82. gr. en samkvæmt þeim lið getur misnotkun markaðsráðandi stöðu verið þannig að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnis-staða þeirra þannig skekkt. Af þessari umfjöllun má sjá að þó svo að víxlنيðurgreiðslur geti ekki talist misnotkun í sjálfu sér þá geta þær nýst til að fjármagna ólögmeta viðskiptahætti og geta gefið vísbendingu um hegðun skaðlega samkeppni.

## 5 Ráðstafanir ríkja sem fara í bága við RS

Hegðun fyrirtækis getur einungis brotið í bága við 82. gr. RS þegar sú hegðun er að öllu leyti ákveðin af fyrirtækinu sjálfu<sup>200</sup> en víxlنيðurgreiðslur sem eru lögbundnar eða vegna afskipta ríkis geta ekki í sjálfu sér brotið 82. gr. RS jafnvel þó öll önnur skilyrði fyrir beitingu hennar séu til staðar.<sup>201</sup> Það þýðir þó ekki að slíkar víxlنيðurgreiðslur séu undanþegnar samkeppnisreglum Evrópuréttar því slíkt getur talist ríkisaðstoð samkvæmt 87. gr. RS, eins og nánar er rætt hér á eftir. Einnig getur komið til ábyrgðar ríkis samkvæmt 1. mgr. 86. gr. RS ásamt 82. gr. RS þegar ríkið stuðlar á einhvern hátt að háttsemi fyrirtækis, t.d með veitingu einkaleyfa.

1. mgr. 86. gr. í sameiningu með 82. gr. á við ef orsakatengsl eru á milli ráðstafana ríkis og samkeppnishamlandi aðgerða opinbers fyrirtækis eða fyrirtækis sem nýtur sérréttinda eða einkaleyfis.<sup>202</sup> Í því tilviki getur fyrirtækið einnig borið ábyrgð samkvæmt 82. gr. samhliða ábyrgð ríkisins samkvæmt 1. mgr. 86. gr. og 82. gr.<sup>203</sup> Í tilvikum þar sem 1. mgr. 86. gr. og 82. gr. er beitt saman skal athugun á því hvort verðlagning sé lögleg eða ekki fara fram með sama hætti og kynnt hefur verið hér að framan og á við 82. gr.<sup>204</sup>

Nú skal litið nánar á 1. mgr. 86. gr. RS. og hvaða skilyrði þurfa að vera uppfyllt til þess að ráðstafanir ríkja séu taldar fara í bága við RS.

<sup>199</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 2001/354/EC, O.J. L 125, 5/05/2001, bls. 27- 44.

<sup>200</sup> EBD, mál C-359/95 P, ECR 1997, bls. I-6265, 33. mgr.

<sup>201</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 927.

<sup>202</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 227

<sup>203</sup> EBD, mál C-48/90 og C-66/90, ECR 1992, bls. I-565, 38. og 39. mgr.

<sup>204</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 927.

## 5.1 1. mgr. 86. gr. RS

### 5.1.1 Almenn

Í 1. mgr. 86. gr. segir:

Eigi í hlut opinber fyrirtæki, og fyrirtæki sem aðildarríki 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 12. gr. og 81. - 89. gr.<sup>205</sup>

Stjórnvöld geta haft ýmis áhrif á samkeppni og tilgangur 1. mgr. 86. gr. er að koma í veg fyrir ríki sniðgangi samkeppnisreglur og að almenningsfyrirtækjum eða fyrirtækjum með einka- eða sérreittindi sé hyglað umfram önnur fyrirtæki.<sup>206</sup> Það myndi hafa verulega slæm áhrif á samkeppnismarkaði og hugsanlega einnig á viðskipti milli ríkja sem er einmitt ástæðan fyrir því að 1. mgr. 86. gr. varð hluti af RS.<sup>207</sup> Þegar stofnuð eru einkaleyfifyrirtæki þarf að tryggja að ekki skapist aðstæður þar sem slík starfsemi leiðir beinlínis af sér brot á RS.<sup>208</sup> Þetta hefur komið fram í dómum dómstóls EB.<sup>209</sup> 1. mgr. 86. gr. er þannig beint að ríkjunum sjálfum og kemur í veg fyrir að þau geti komið á eða viðhaldið aðgerðum sem fara gegn þeim reglum sem RS felur í sér, og þá sérstaklega þeim reglum sem kveðið er á um í 12. gr. og 81. - 89. gr.<sup>210</sup>

Hlutverk 1. mgr. 86. gr. er að skýra beitingu samkeppnisregla með tilliti til ríkja frekar en að takmarka beitingu þeirra<sup>211</sup> og hana má skilja sem nánari skýringu á 10. gr. RS sem kveður á um að ríki skuli forðast aðgerðir sem koma í veg fyrir að markmið samningsins náist.<sup>212</sup> Til þess að skilja nálgun dómstóls EB á 1. mgr. 86. gr. er nauðsynlegt að athuga að ákvæðið er svokallað vísunarákvæði<sup>213</sup> þ.e. það hefur ekki sjálfstæða notkun heldur er ávallt beitt með annari grein eða greinum RS sem taldar eru hafa verið brotnar.<sup>214</sup> Ákvæðið hefur þó jafnframt

<sup>205</sup> „In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measures contrary to the rules contained in this Treaty, in particular to those rules provided for in Article [12] and Articles [81 to 90].“

<sup>206</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 658.

<sup>207</sup> Alan C. Page: „Member States, Public Undertakings and Article 90“, bls. 20.

<sup>208</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 594

<sup>209</sup> *EBD, mál C-41/90, ECR 1991, bls. I-1979; EBD, mál C-179/90, ECR 1991, bls. I-5889.*

<sup>210</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 220 – 221.

<sup>211</sup> Daniel G. Goyder: *EC Competition Law*, bls. 483

<sup>212</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 594; Sjá skoðun aðallögsögumanns í EBD, máli C-67/96, Albany, ECR 1999, bls. I-5751, 371. mgr.

<sup>213</sup> f. „renvoi“; e. „reference rule“

<sup>214</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 221.

sjálfstæða þýðingu auk þess sem það gegnir sérstöku hlutverki við túlkun undanþágunnar í 2. mgr. 86. gr. sem síðar verður rædd.<sup>215</sup>

Þannig á 1. mgr. 86. gr. ekki eingöngu við um samkeppni þó hún sé staðsett þannig í RS. Í 86. gr. RS er þó sérstaklega lögð áhersla á greinar er varða samkeppni (81.-89. gr.) og greinar um bann við mismunun á grundvelli þjóðernis (12. gr.).<sup>216</sup> Hún á við um ýmsar fleiri greinar, t.d. um aðlögun ríkiseinokunar (31. gr.), frjálsan flutning vinnuafis (39. gr.),<sup>217</sup> réttinn til stofnsetningar fyrirtækja (43. gr.)<sup>218</sup> og frelsi til þjónustu (49. gr.).<sup>219</sup> 1. mgr. 86. gr. hefur hins vegar sérstaka skírskotun til samkeppnislaga og sér í lagi 82. gr. því almenningsfyrirtæki og fyrirtæki sem njóta einka- eða sérréttinda eru oft í markaðsráðandi stöðu.<sup>220</sup>

Það að þessi grein skuli staðsett í samkeppniskafla RS sýnir að það er almennt talið að ríki geti skekkt samkeppni með athöfnum sínum. Mikilvægi 1. mgr. 86. gr. í tengslum við samkeppnislög felst í því að í ákveðnum tilvikum er hægt að draga ríki til ábyrgðar vegna aðgerða sem hafa verið eða hefðu án íhlutunar verið framkvæmdar af fyrirtækjum.<sup>221</sup> 1. mgr. 86. gr. RS hefur reynst mikilvæg á mörgum sviðum og þá má nefna sem dæmi reglur um frjálsa vöruflutninga og samkeppni í orkustarfsemi.<sup>222</sup> Beiting 86. gr. er þar enn mjög mikilvæg þrátt fyrir upptöku ýmissa tilskipana um gasmarkaði og raforkumarkaði.

### 5.1.2 Ráðstafanir í skilningi 1. mgr. 86. gr.

Í 1. mgr. 86. gr. kemur fram að samningsaðilar skuli tryggja að hvorki séu gerðar né viðhaldið nokkrum þeim ráðstöfunum sem fara í bága við reglur samningsins. Ákvæðið á við um öll yfirvöld hvort sem um er að ræða ríkið, sveitarfélög eða önnur yfirvöld.<sup>223</sup> „Ráðstöfun“ telst samkvæmt ákvæðinu vera eitthvað sem yfirvaldið notar til þess að skylda eða leyfa almennings-fyrirtæki eða fyrirtæki sem nýtur einka- eða sérréttinda að starfa með ákveðnum hætti.<sup>224</sup> Undir hugtakið falla flestar tegundir aðgerða og ákvarðana sem takmarka samkeppni

<sup>215</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 658 - 659.

<sup>216</sup> Alison Jones, Brenda Sufrin, og Brenda Smith: *EC competition law*, bls. 624

<sup>217</sup> *EBD, mál C-179/90, ECR 1991, bls. I-5889*

<sup>218</sup> *Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 85/276/EEC, O.J. L 152, 11/06/1985 bls. 25 - 26.*

<sup>219</sup> *EBD, mál C-260/89, ECR 1991, bls. I-2925; Daniel G. Goyder: EC Competition Law*, bls. 483.

<sup>220</sup> Alison Jones, Brenda Sufrin, og Brenda Smith: *EC competition law*, bls. 624

<sup>221</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 221

<sup>222</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 593.

<sup>223</sup> 2. gr. gagnsæistilskipunar, 2000/52/EB, O.J. L 195/35, nýlegast breytt með tilskipun 2006/111/EB O.J. L 318/17,.

<sup>224</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 594.

og einnig það þegar ríki koma ekki í veg fyrir áframhaldandi bresti í samkeppni vegna reglna sem til staðar eru.<sup>225</sup>

Tveir almennir flokkar ráðstafana geta brotið í bága við 1. mgr. 86. gr., þ.e. ráðstafanir sem hlutast til um samband ríkis og opinbers fyrirtækis eða fyrirtækis með einka- eða sérréttindi við þriðja aðila og ráðstafanir sem veita einka- eða sérréttindi.<sup>226</sup> Rétt er að áréttu að þrátt fyrir að 1. mgr. 86. gr. eigi við lúta fyrirtæki sem njóta einka- eða sérréttinda samt sem áður öðrum reglum t.d. 82. gr. RS.<sup>227</sup> Frávikið felst í því að hegðun fyrirtækis er ekki á nokkurn hátt rekjanleg til fyrirtækisins sjálfs heldur er hin brotlega starfsemi eingöngu til staðar vegna ákvæða í lögum eða annarra ráðstafana ríkisins.<sup>228</sup>

### 5.1.3 Opinbert fyrirtæki í skilningi 1. mgr. 86. gr.<sup>229</sup>

Með hugtakinu „fyrirtæki” er átt við hvers kyns einkaréttarlegan rekstur í hvaða félagaformi sem er og ekki er skilyrði að fyrirtækið sé skrásett eða rekið með hagnað í huga eða gerð krafa um að það sé rekið af aðilum í einkarekstri. Þess er einungis krafist að samkeppnisreglur RS eigi við starfsemina og að fyrirtækið geti talist aðili að lögum, þ.e. átt réttindi og borið skyldur. Það getur því verið rekið af opinberum aðilum.<sup>230</sup>

1. mgr. 86. gr. á bæði við um opinber fyrirtæki og fyrirtæki sem njóta einka- eða sérréttinda, óháð því hvort þessi fyrirtæki eru í opinberri- eða einkaeigu. Í síðarnefnda tilvikinu er þessi flokkur fyrirtækja oft nefndur „forréttindafyrirtæki”.<sup>231</sup> Hugtakið „opinbert fyrirtæki”<sup>232</sup> hefur sjálfstæða merkingu innan samkeppnisréttar ESB enda myndi ákvæðið missa áhrif sín ef ríki gætu sjálf valið hvaða fyrirtæki féllu í þennan hóp.<sup>233</sup> Vandamálið er að hugtakið „opinbert fyrirtæki” finnst hvergi nema í 1. mgr. 86. gr. og er þar ekki skilgreint nánar. Í b-lið 2. mgr. 2. gr. gagnsæistilskipunar ESB nr. 2004/109/EB kemur fram að til opinberra fyrirtækja teljist öll fyrirtæki sem yfirvöld hafa beint eða óbeint yfirráð yfir vegna

<sup>225</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 224

<sup>226</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 595.

<sup>227</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 595.

<sup>228</sup> *EBD, mál C-198/01, ECR 2003, bls. I-8055.*

<sup>229</sup> e. „public undertakings”

<sup>230</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 671.

<sup>231</sup> e. privileged undertakings; Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 595.

<sup>232</sup> e. „undertaking”

<sup>233</sup> Alison Jones, Brenda Sufrin, og Brenda Smith: *EC Competition Law*, bls. 542.

eignarhalds, fjárhagslegra ástæðna eða laga og reglna.<sup>234</sup> Dómstóll EB virðist hafa samþykkt þessa skilgreiningu án athugasemda.<sup>235</sup> Fram hefur komið í dómum hans að lagaleg staða fyrirtækja og fjármögnun skipti ekki máli þegar skilgreint er hvort um sé að ræða opinbert fyrirtæki. Lykilatriðið í skilgreiningunni sé hvort starfsemi sé „efnahagsleg“.<sup>236</sup> Ekki hefur dómstóllinn þó komið með skilgreiningu á því hvers konar starfsemi teljist efnahagsleg og hefur hann metið það í hverju máli fyrir sig. Í dómi dómstóls EB er varðaði höfnina í Genoa (sem fjallað verður nánar um síðar) hafði umhverfisvernd hafnarinnar verið sett í hendur fyrirtækis í eigu ríkisins. Talið var að ekki væri um að ræða efnahagslega starfsemi og því ættu 82. gr. og 86. gr. ekki við.<sup>237</sup>

#### 5.1.4 Fyrirtæki sem njóta einka- eða sérréttinda í skilningi 1. mgr. 86. gr.

Eins og segir í kaflanum hér á undan á 1. mgr. 86. gr. RS við um ráðstafanir bæði hvað varðar opinber fyrirtæki og fyrirtæki sem njóta einka- eða sérréttinda.<sup>238</sup> Orðalagið „fyrirtæki sem njóta einka- eða sérréttinda“ á við um fyrirtæki sem ekki eru opinber en hafa samt verið fengin réttindi til þess að sinna hlutverki sem ríkið telur mikilvægt. Þessi fyrirtæki eru undir áhrifum frá ríkinu en það tekur þó ekki þátt í stjórnun þeirra.<sup>239</sup>

Hugtakið einkaréttindi má yfirleitt skilgreina sem rétt sem veitir fyrirtæki, hvort sem það er opinbert eða ekki, einkaleyfi til þess að sjá um sérstaka framkvæmd<sup>240</sup> eða sérstök lögboðin verkefni.<sup>241</sup> Einkaleyfið getur tengst sérstakri framkvæmd, t.d. því að dreifa rafmagni eða vatni og getur fleiri en einu fyrirtæki verið veitt einkaleyfi fyrir sömu starfsemi eins og kom fram í *Københavns Kommune-málinu*<sup>242</sup> þar sem þremur fyrirtækjum hafði verið veitt leyfi til þess að taka á móti byggingarúrgangi í Kaupmannahöfn.

Einkaleyfi er hægt að veita með ýmsum aðgerðum eins og t.d. með lögum eða reglugerðum.<sup>243</sup> Ennfremur geta einkaleyfi átt rætur að rekja til margra mismunandi gerða

---

<sup>234</sup> Gagnsæistilskipun, 2000/52/EB, nýlegast breytt með tilskipun 2006/111/EB; „any undertaking over which the public authorities may exercise, directly or indirectly, a dominant influence by virtue of their ownership of it, their financial participation therein, or the rules which govern it“.

<sup>235</sup> EBD, mál 188-190/80, ECR 1982, bls. 2545.

<sup>236</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 596.

<sup>237</sup> EBD, mál C-343/95, ECR 1997, bls. I-1547.

<sup>238</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 222.

<sup>239</sup> Daniel G. Goyder: *EC Competition Law*, bls. 483-484.

<sup>240</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 596.

<sup>241</sup> EBD, mál 90/76, ECR 1977, bls. 1091.

<sup>242</sup> EBD, mál C-209/98, bls. I-3743.

<sup>243</sup> EBD, mál C-347/88, ECR 1990, bls. 4747. Þar taldist kvóti á framleiðslu vera tegund einkaréttinda.

lagasetninga og stjórnvaldsfyrirmæla.<sup>244</sup> Svo virðist sem dómstóll EB líti til uppruna einkaleyfa í stað þeirra áhrifa sem þau hafa.<sup>245</sup> Í *Spánar-málinu*<sup>246</sup> setti framkvæmdastjórn ESB fram það sjónarmið að þrátt fyrir að spænska fyrirtækið RED Electrica hefði ekki einkaleyfi fyrir inn- og útflutningi raforku væri í raun ómögulegt fyrir annan aðila að sjá um slíka framkvæmd og því staðan svipuð og ef einkaleyfi hefði verið veitt. Dómstóll EB taldi hins vegar að einkaleyfi hefði ekki verið formlega veitt og vísaði máli framkvæmdastjórnarinnar frá dómi.<sup>247</sup> Í grundvallaratriðum virðist þó eðlilegra að beita hagnýtri nálgun en ekki formlegri við skilgreiningu einkaleyfa því réttindi geta verið einkaleyfi í eðli sínu jafnvel þó þau séu ekki skilgreind svo í lögum eða reglugerðum.<sup>248</sup> Í dómi dómstóls EB í *La Crespelle-málinu*<sup>249</sup> leit dómstóllinn á áhrif lagaumhverfisins í heild og ákvarðaði að með því að gera starfsemi frjónvunarmiðstöðva háða leyfisveitingu, og þar sem hver miðstöð yrði að hafa leyfi fyrir því að þjónusta sérstakt svæði, væri í raun verið að veita þessum miðstöðvum einkaleyfi.<sup>250</sup>

Dómstóll EB hefur talið að sú staðreynd að fyrirtæki noti heimildir sem veittar hafa verið af ríkinu og það að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu á markaði sé ekki nægilegt í sjálfu sér til þess að staðfesta að fyrirtækið njóti einkaleyfis.<sup>251</sup> Ekki teljast heldur öll einkaleyfi til einkaréttar í skilningi 1. mgr. 86. gr. RS. Því þó rétt sé að segja að öll einkaleyfi veiti einkarétt, þá getur einkaleyfi í vissum tilvikum verið í boði fyrir hvern sem sækir um það og fullnægir ákveðnum skilyrðum. Til þess að ríki geti talist brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr. RS verður ákvörðun um veitingu einkaleyfis að sýna að þar hafi verið um að ræða geðþóttaákvörðun a.m.k að hluta.<sup>252</sup>

Hugtakið „sérrettindi“ var fyrst talið vera það sama og „einkaréttindi“<sup>253</sup> en hjá dómstól EB í *Frakklands-málinu*<sup>254</sup> var kveðið á um að þar væri munur á og að dómstóllinn teldi framkvæmda-stjórnina ekki hafa skilgreint nægilega hvað félli undir „sérrettindi“ í tilskipun

<sup>244</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 97/606/EC, O.J. L 244, 06/09/1997 bls. 18 - 25, 1. og 2. mgr.; Áfrýjun í því máli EBD, mál T-266/97, ECR 1999, bls. II-2329.

<sup>245</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 597.

<sup>246</sup> EBD, mál C-160/94, ECR 1997, bls. I-5851.

<sup>247</sup> EBD, mál C-160/94, ECR 1997, bls. I-5851, 15. – 22. mgr.

<sup>248</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 222.

<sup>249</sup> EBD, mál C-323/93, ECR 1994, bls. I-5077.

<sup>250</sup> EBD, mál C-323/93, ECR 1994, bls. I-5077, 17. mgr.

<sup>251</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 222 – 223; EBD, mál C-387/93, ECR 1995, bls. I-4663.

<sup>252</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 223.

<sup>253</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 597

<sup>254</sup> EBD, mál C-202/88, ECR 1991, bls. I-1223, 31. – 47. mgr.

hennar á fjarskiptasviði<sup>255</sup> Í tilskipun um afléttingu hafta á fjarskiptasviði<sup>256</sup> kom fram að á fjarskipta-markaði teldust sérrettindi sérleyfi sem veitt væru takmörkuðum hópi fyrirtækja sérstaklega völdum af ríkinu sama með hvaða laga-, reglugerðar- eða stjórnsýsluáðgerðum það væri gert.<sup>257</sup>

Þótt þessi skilgreining varði fjarskiptamarkaðinn sérstaklega er engin ástæða til þess að ætla að hún eigi ekki við um önnur svið.<sup>258</sup> Í ítalska *GSM-málinu*<sup>259</sup>, ákvað framkvæmdastjórnin að það að veita Telecom Italia rétt til þess að starfrækja GSM fjarskipti teldist til sérrettinda, þar sem fyrirtækið hafði verið sérstaklega valið til þess af ríkinu.

#### 5.1.4.1 Dómaframkvæmd

Til er fjöldi mála sem varðar veitingu einkaleyfa og falla undir 1. mgr. 86. gr. Margir fræðimenn vísa til *Sacchi-málsins*<sup>260</sup> í því sambandi en í því máli kom fram að 1. mgr. 86. gr. RS (þá 1. mgr. 90. gr.) heimilaði aðildarríkjum að veita fyrirtækjum einka- eða sérrettindi. Eins og áður hefur komið fram krefst 1. mgr. 86. gr. þess að aðildarríki lögleiði ekki né viðhaldi ráðstöfunum sem andstæðar eru RS og þá sérstaklega þeim sem brjóta gegn 12., 81. og 82. gr. Ákvæðum 81. og 82. gr. er beint að fyrirtækjum en 1. mgr. 86. gr. að ríkjunum sjálfum. Vandamálið er að ákvarða hvernig og undir hvaða kringumstæðum ráðstafanir ríkja fari í bága við RS.<sup>261</sup> Lengi var lítið tekið á þessum málum en það breyttist árið 1991 þegar dómstóll EB dæmdi í 4 málum sem öll vörðuðu samband 1. mgr. 86. gr og annarra ákvæða RS, m.a. 82 gr. Enn einn mikilvægur dómur í þessum málum, *Corbeau-málið*,<sup>262</sup> féll síðan í framhaldinu árið 1993. Verður nú stuttlega vikið að þessum málum.

Í *Höfner-málinu*<sup>263</sup> var deilt um hvort einkaleyfi til atvinnumiðlunar sem veitt var opinberri vinnumálastofnun í Þýskalandi teldist stuðla að misnotkun á markaðsráðandi stöðu

<sup>255</sup> Tilskipun 88/301/EB um samkeppni á sviði fjarskiptabúnaðar, O.J. L 131/73 27.5.1988, bls. 73–77.

<sup>256</sup> Tilskipun (EC) 94/46/EB sem er viðbót við tilskipanir 88/301/EB og 90/388/EB. O.J. L 268/15.

<sup>257</sup> „Rights that are granted by a Member State to a limited number of undertakings through any legislative, regulatory or administrative instruments which, within a given geographical area, limits to two or more, otherwise than according to objective, proportional and non-discriminatory criteria, the number of undertakings which are authorised to provide any such service, or designates, otherwise than according to such service, or confers on any undertaking or undertakings otherwise than according to such criteria, legal or regulatory advantages which substantially affect the ability of any other undertaking to provide that same telecommunications service in the same geographical area under substantially equivalent conditions.”

<sup>258</sup> Alison Jones, Brenda Sufrin og Brenda Smith: *EC Competition Law*, bls. 545; Richard Whish: *Competition Law*, bls. 223.

<sup>259</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 95/489/EC, O.J. L 280, 23/11/1995 bls. 49 – 57, 6. mgr.; Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 97/181/EC, O.J. L 76, 18/03/1997 bls. 19 – 29, 10. mgr.

<sup>260</sup> EBD, mál 155/73, ECR 1974, bls. 409.

<sup>261</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 225.

<sup>262</sup> EBD, mál C-320/91, ECR 1993, bls. I-2533.

<sup>263</sup> EBD, mál C-41/90, ECR 1991, bls. I-1979.



þannig að það félli undir 86. gr. (nú 82. gr.) að teknu tilliti til 2. mgr. 90. gr. (nú 2. mgr. 86. gr.) Niðurstaða dómstólsins var sú að það að Þýskaland hafði veitt þýsku vinnumálastofnuninni einkaleyfið væri í sjálfu sér ekki brot á 82. og 1. mgr. 86. gr.<sup>264</sup> Dómstóllinn taldi hins vegar að vinnumálastofnunin félli undir ákvæði 1. mgr. 86. gr. ásamt 82. gr. nema henni væri ómögulegt að rækja þær skyldur sem fyrirtækinu væri trúað fyrir án þess að hafa einkaleyfi. Dómstóll EB taldi Þýskaland vera brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr. þar sem það hefði skapað þá stöðu að fyrirtækið gæti ekki komist hjá því að brjóta gegn 82. gr.<sup>265</sup> Dómstóllinn tók fram að þetta ætti sérstaklega við í vissum tilvikum eins og t.d. ef fyrirtæki sem veitt er einkaleyfi er augljóslega ófært að anna eftirspurn og einkaleyfi komi í veg fyrir að önnur fyrirtæki komi inn á markaðinn.<sup>266</sup>

*ERT-málið*<sup>267</sup> varðaði einkaleyfi grískrar útvarps- og sjónvarpsstöðvar. Dómstóllinn sagði eins og hann hafði gert áður að veiting einkaleyfis væri ekki ólögumæt út af fyrir sig en hvernig stöðu slíkt einkaleyfi skapaði gæti leitt til þess að ríkið teldist brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr.<sup>268</sup> Í þessu máli hafði fyrirtækið einkaleyfi til þess að ákvarða að eigin vild sérstök skilyrði fyrir innkomu á markað þar sem það starfaði í samkeppni við önnur fyrirtæki. Dómstóll EB taldi þetta brjóta ákvæði 1. mgr. 86. gr. og sagði ríkið hafa skapað aðstöðu sem leiddi til þess að fyrirtækið bryti gegn 82. gr. RS

Í *Porto di Genoa-málinu*<sup>269</sup> höfðu ítölsk félagasamtök samkvæmt lögum einkaleyfi fyrir uppskipun í höfnum. Dómstóll EB sagði að aðildarríkið væri brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr. ef það beint eða óbeint stuðlaði að því að einkaleyfishafar misnotuðu aðstöðu sína eða ef einkaleyfi veitti viðkomandi fyrirtæki færi á að misnota skapað réttarástand.<sup>270</sup> Í málinu kom fram að borið hafði á því m.a. að viðskiptaaðilar yrðu að greiða fyrir þjónustu sem þeir óskuðu ekki eftir og að verðlag væri að öðru leyti óeðlilega hátt. Taldi því dómstóll EB að aðildarríkið hefði brotið gegn 1. mgr. 86. gr.

<sup>264</sup> EBD, mál C-41/90, ECR 1991, bls. I-1979, 29. mgr.

<sup>265</sup> EBD, mál C-41/90, ECR 1991, bls. I-1979, 34. mgr.

<sup>266</sup> EBD, mál C-41/90, ECR 1991, bls. I-1979, 30.-31. mgr.

<sup>267</sup> EBD, mál C-260/89, ECR 1991, bls. I-2925.

<sup>268</sup> EBD, mál C-260/89, ECR 1991, bls. I-2925, 12. og 32. mgr.

<sup>269</sup> EBD, mál C-179/90, ECR 1991, bls. I-5889.

<sup>270</sup> EBD, mál C-179/90, ECR 1991, bls. I-5889, 17. mgr., 18. - 20. mgr. „... it appears from the circumstances described by the national court and discussed before the Court of Justice that the undertakings enjoying exclusive rights in accordance with the procedures laid down by the national rules in question are, as a result, induced either to demand payment for services which have not been requested, to charge disproportionate prices, to refuse to have recourse to modern technology, which involves an increase in the cost of the operations and a prolongation of the time required for their performance, or to grant price reductions to certain consumers and at the same time to offset such reductions by an increase in the charges to other consumers. In these circumstances it must be held that a Member State creates a situation contrary to Article 86 of the Treaty.“

Þremur dögum eftir að dómstóll EB dæmdi í *Porto di Genoa-málinu*, kvað hann upp dóm í *RTT-málinu*.<sup>271</sup> RTT hafði verið veitt einkaleyfi í Belgíu til þess að stofnsetja og nota opinbert fjarskiptanet auk þess að afhenda búnað sem tengdist netinu eða veita samþykki fyrir notkun hans. Þar að auki var fyrirtækið með sölu á eigin búnaði. Dómstóllinn taldi að með því að áskilja fyrirtækinu einnig markað með búnað sem tengdist netinu væri í raun verið að veita því færi á að ákveða hvaða tæki yrðu notuð. Þetta forskot RTT á samkeppnismarkaði vegna einkaleyfis á öðrum markaði taldist þannig ráðstöfun ríkisins sem væri andstæð 1. mgr. 86. gr.<sup>272</sup>

Að lokum ber að nefna dóminn í *Corbeau-málinu*<sup>273</sup> sem féll árið 1993. Málavextir voru þeir að mál var höfðað á hendur Corbeau, viðskiptamanni frá Liege, fyrir brot á belgískum lögum sem veittu belgísku pósthjónustunni einkaleyfi til að sjá um pósthjónustu þar í landi en Corbeau hafði sett upp sína eigin pósthjónustu fyrir borgina Liege. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að líta yrði svo á að fyrirtækið hefði einkarétt í skilningi 1. mgr. 86. gr. Spurningin var hvort þetta einkaleyfi bryti í bága við 86. gr. (þá 90. gr. ). Mikilvægi þessa dóms hvað 1. mgr. 86. gr. varðar er að dómstóllinn sagði að ákvæðið bæri að skýra með hliðsjón af 2. mgr. 86. gr. þannig að einkaleyfishafar væru aðeins undanþegnir samkeppnisreglum ef þeir gætu ekki framkvæmt þær skyldur sem þeim bæri að öðrum kosti.<sup>274</sup>

### **5.2 1. mgr. 86. gr. beitt ásamt 82. gr. RS.**

Erfitt er að sjá af ofangreindum málum og öðrum dómum dómstóls EB hvenær ríki getur verið ábyrgt samkvæmt 1. mgr. 86. gr. fyrir brot á 82. gr.<sup>275</sup> Komið hefur fram margoft í dómum dómstóls EB að veiting einkaleyfa eða sérrettinda telst út af fyrir sig ekki brot á 1. mgr. 86. gr.<sup>276</sup> Ennfremur kom fram hjá aðallögsögumanni dómstóls EB í *Albany-málinu* að ekki nægi að ólögmæt samkeppnishamlandi hegðun eigi sér stað í lögsögu ríkis til þess að það geti talist ábyrgt en að 1. mgr. 86. gr. teljist aðeins eiga við þegar orsakasamband er á milli

<sup>271</sup> EBD, mál C-18/88, ECR 1991, bls. I-5941.

<sup>272</sup> EBD, mál C-18/88, ECR 1991, bls. I-5941, 23. mgr.

<sup>273</sup> EBD, mál C-320/91, ECR 1993, bls. I-2533.

<sup>274</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 667; Richard Whish: *Competition Law*, bls. 227.

<sup>275</sup> Fjölmarginir dómur hafa gengið um samband 82. og 1. mgr. 86. gr.; EBD, mál C-393/92, ECR 1994, bls. I-1477; EBD, mál C-18/93, ECR 1994, bls. I-1783.

<sup>276</sup> Sjá umfjöllun að ofan í kafla 5.1 um einkaréttindi í skilningi 1. mgr. 86. gr.

lögjafar ríkis eða athafna þess og samkeppnishamlandi hegðunar.<sup>277</sup> Dómaframkvæmd dómstóls EB um orsakasamband ráðstafana ríkis og misnotkunar sem brýtur gegn 82. gr. sýnir að þau verða að vera sterkari í sumum tilvikum en í öðrum, eftir því hversu líklegt er að misnotkun eigi sér stað.<sup>278</sup> Í *Silvano Raso-málinu*<sup>279</sup> kom fram hjá aðallögsögumanni að hann teldi að ekki væru til almenn viðmið sem gæfu til kynna slíkt orsakasamband og meta þurfi aðstæður í hverju máli.<sup>280</sup>

Margar tilraunir hafa verið gerðar til þess að greina þá dóma sem fallið hafa á þessu sviði og skipta þeim í flokka og eru skiptar skoðanir á því hvernig sú flokkun skuli vera og hvernig skuli skýra einstök mál.<sup>281</sup> Richard Whish, prófessor við King's College í London er meðal þeirra sem reynt hafa að fá yfirlit yfir dómaframkvæmd dómstóls EB og ákvarðanir framkvæmdastjórnar ESB með eftirfarandi flokkun:<sup>282</sup>

1. Augljóst vanhæfi til að mæta eftirspurn.<sup>283</sup> Í *Höfner-málinu*<sup>284</sup> kom fram að það væri brot á 1. mgr. 86. gr ef ríkið kæmi á þeirri aðstöðu að fyrirtæki sem veitt hefði verið einkaleyfi væri augljóslega ófært um að anna eftirspurn en einkaleyfið kæmi í veg fyrir að önnur fyrirtæki gætu komið inn á markaðinn. Vanhæfi til að mæta eftirspurn getur þannig fallið undir 82. gr. nánar tiltekið b. lið 2. mgr. 82. gr. sem tiltekur sem dæmi um misnotkun að settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun sem séu neytendum til tjóns. Aðildarríkið hafði þannig gerst brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr. ásamt 82. gr. RS.

---

<sup>277</sup> EBD, mál C-67/96, ECR 1999, bls. I-5751, 388. mgr.: „It follows from its interplay with Article 86 that it cannot be the appropriate legal basis for holding Member States responsible for independent anticompetitive behaviour on the part of undertakings merely because it takes place within their jurisdiction. Article 90(1) can therefore be infringed only where there is a causal link between a Member State's legislative or administrative intervention on the one hand and anticompetitive behaviour of undertakings on the other hand”.

<sup>278</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 228; EBD, mál C-203/96, ECR 1998, bls. I-4075 og mál C-387/93, ECR 1995, bls. I-4663.

<sup>279</sup> EBD, mál C-163/96, ECR 1998, bls. I-533.

<sup>280</sup> EBD, mál C-163/96, ECR 1998, bls. I-533, 65. mgr.: „I do not think that any general test can be enunciated for determining in advance the existence of such (causal) link. Instead, in each individual case, it will be necessary to assess the impact of impugned national rules in the economic and factual circumstances in which they operate.”

<sup>281</sup> Sjá Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 600; David Edward and Mark Hoskins: „Article [86] : Deregulation and EC Law: Reflections arising from the XVI FIDE Conference“, bls. 157.

<sup>282</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 229-232.

<sup>283</sup> EBD, mál C-67/96, ECR 1999, bls. I-5751; mál C-179/90, ECR 1991, bls. I-5889; mál C-203/96, ECR 1998, bls. I-4075, 63. mgr.; mál C-475/99, ECR 2001, bls. I-8089.

<sup>284</sup> EBD, mál C-41/90, ECR 1991, bls. I-1979.

2. Hagsmunaárekstur. Í *ERT-málinu*<sup>285</sup> taldi dómstóllinn að Grikkland væri brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr. ásamt 82. gr. Þar var ríkið talið hafa skapað aðstæður sem veittu útsendingafyrirtækinu ERT færi á að brjóta gegn 82. gr. RS með því að veita því leyfi til að ákvarða skilyrði fyrir innkomu á markað þar sem það starfaði í samkeppni við önnur fyrirtæki. Ekki var talið nauðsynlegt að ERT hefði þegar misnotað stöðu sína á þann hátt heldur þótti einkaleyfið gera það nægilega líklegt. Sama niðurstaða fékkst í *Silvano Raso-málinu*<sup>286</sup> þar sem fyrirtæki hafði einkaleyfi til að útvega aðilum við bryggju tímabundið vinnuafll en var einnig gert mögulegt að keppa við sömu aðila á markaði fyrir hafnar-þjónustu. Með því að nýta þann rétt sem einkaleyfið bar með sér var fyrirtækið fært um að skekkja samkeppni sér í hag t.d. með því að leggja á keppinauta sína óþarflega háan kostnað eða með því að útvega þeim vinnuafll sem hentaði ekki vel til þeirrar vinnu sem þurfti.
3. Áhrif á viðbótarstarfsemi. Í *RTT-málinu*<sup>287</sup> hafði RTT forskot á samkeppnismarkaði vegna einkaleyfis á öðrum markaði og sagði dómstóll EB að aðgerðir ríkis sem leiddu til eins konar framlengingar einkaleyfis RTT yfir á viðbótarstarfsemi á nálægum en aðskildum markaði bryti gegn 1. mgr. 86. gr. Framkvæmdastjórnin taldi einnig í ákvörðunum sínum í *GSM-málunum*<sup>288</sup> að þar sem önnur fyrirtæki á farsímamarkaði hefðu þurft að greiða töluvert gjald til þess að fá farsímafjarskiptaleyfi sem fyrirtækin með einkaleyfi á almennri símaþjónustu þurftu ekki að greiða vegna stöðu sinnar á einkaleyfamarkaðnum, þá hefði einkaleyfið verið teygt yfir á samkeppnismarkað og aðildarríkin því brotleg gegn 1. mgr. 86. gr. ásamt 82. gr.
4. Corbeau-málið<sup>289</sup> Í því máli fór EB dómstóllinn ekki í mikið inn á 1. mgr. 86. gr. en kannaði í stað þess að hvaða leyti einkaleyfi belgísku pósthjónustunnar væri réttlæt看legt á grundvelli 2. mgr. 86. gr. Taldi hann það væri réttlæt看legt að hluta en að því leyti sem það var það ekki virðist dómstóllinn hafa gert ráð fyrir að væri andstætt 1. mgr. 86. gr.<sup>290</sup> Gefur þessi niðurstaða til kynna að mögulegt sé að beita aðgerðum gegn einkaleyfum sem teljast of víðtæk. Síðan þessi dómur féll hefur sérstök tilskipun verið

<sup>285</sup> EBD, mál C-260/89, ECR 1991, bls. I-2925.

<sup>286</sup> EBD, mál C-163/96, ECR 1998, bls. I-533.

<sup>287</sup> EBD, mál C-18/88, ECR 1991, bls. I-5941.

<sup>288</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 95/489/EC, O.J. L 280, 23/11/1995 bls. 49 - 57, 1. tölul. 17. mgr.; Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 97/181/EC, O.J. L 76, 18/03/1997 bls. 19 - 29, 1. tölul. 21. mgr.

<sup>289</sup> EBD, mál C-320/91, ECR 1993, bls. I-2533, 13. - 20. mgr.

<sup>290</sup> Þessi dómur og 2. mgr. 86. gr. verður nánar ræddur hér á eftir.

tekin upp á póstsviðinu sem ákvarðar leyfilegt umfang einkaleyfis. Telja verður líklegt að þessi dómur hafi verið hámark afskipta dómstóls EB í íhlutunum á grundvelli 1. mgr. 86. gr.<sup>291</sup> en hann hefur síðar haft varkárari nálgun t.d. sem sjá má m.a. í *Le Crespelle-málinu*<sup>292</sup> og *Banchero-málinu*.<sup>293</sup>

5. Mismunun. Í *Porto di Genoa-málinu*<sup>294</sup> höfðu eins og áður hefur komið fram ítölsk félagasamtök einkaleyfi fyrir uppskipun á höfnum. Þegar verkfall varð hjá samtökunum tafðist uppskipun úr skipi stálkaupmanns sem hlaut af því tjón og fór í skaðabótamál. Dómstóll EB taldi að brotið hefði verið gegn 82. gr. með mismunun viðskiptavina þar sem verkfallið hafði aðeins bitnað á einum viðskiptavini.<sup>295</sup> Aðildarríkið var talið brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr. ásamt 82. gr. RS.

### 5.3 Samantekt og niðurstöður

Eins og fram kemur í ofangreindri umfjöllun er með 1. mgr. 86. gr. RS m.a. tekið á atriðum sem skerða samkeppni á markaði líkt og mismunun og áhrifum einkaleyfis á nálægan markað. 1. mgr. 86. gr. er beint að aðildarríkjunum sjálfum á meðan 81. og 82. gr. er beint að fyrirtækjum. 1. mgr. 86. gr. á við um öll yfírvöld og telst ráðstöfun samkvæmt ákvæðinu hver sú leið sem farin er til þess að skylda eða leyfa almenningsfyrirtæki eða fyrirtæki sem nýtur einka- eða sérréttinda að starfa með ákveðnum hætti. Vandamálið er að ákvarða hvernig og undir hvaða kringumstæðum ráðstafanir ríkja séu í bága við RS. Í dómaumfjöllun hefur komið fram að veiting einkaleyfa sé í sjálfu sér ekki brot á 82. og 1. mgr. 86. gr. en sú staða sem slíkt einkaleyfi skapar getur leitt til þess að ríkið teljist brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr.<sup>296</sup> Dómstóll EB hefur talið að ríki geti verið brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr. ásamt 82. gr. ef orsakatengsl eru á milli ráðstafana þess og misnotkunar opinbers fyrirtækis eða fyrirtækis sem nýtur sérréttinda eða einkaleyfis<sup>297</sup> en í því tilviki getur fyrirtækið einnig borið ábyrgð samkvæmt 82. gr. samhliða ábyrgð ríkisins. Erfitt er að finna samræmi hvað það varðar í dómaframkvæmd.

---

<sup>291</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 231.

<sup>292</sup> EBD, mál C-323/93, ECR 1994, bls. I-5077.

<sup>293</sup> EBD, mál C-387/93, ECR 1995, bls. I-4663.

<sup>294</sup> EBD, mál C-179/90, ECR 1991, bls. I-5889.

<sup>295</sup> EBD, mál C-179/90, ECR 1991, bls. I-5889.

<sup>296</sup> EBD, mál C-260/89, ECR 1991, bls. I-2925, 12. og 32. mgr.

<sup>297</sup> EBD, mál C-179/90, ECR 1991, bls. I-5889, 17. mgr., 18. - 20. mgr. „... it appears from the circumstances described by the national court and discussed before the Court of Justice that the undertakings enjoying exclusive rights in accordance with the procedures laid down by the national rules in question are, as a result, induced either to demand payment for services which have not been requested, to charge

Má þó af dómaframkvæmd telja ljóst að þegar einkaleyfi hefur þau áhrif á samkeppnismarkað, t.d. vegna niðurgreiðslna frá einkaleyfamarkaði, að fyrirtæki hefur forskot fram yfir keppinauta sína sé það ekki bara fyrirtækið sem er hugsanlega brotlegt gegn 82. gr. RS heldur geti verið að ríkið sé ábyrgt samkvæmt 1. mgr. 86. gr. ásamt 82. gr. með því að hafa gert fyrirtækinu þessa niðurgreiðslu mögulega og þannig stuðlað að skertri samkeppni.<sup>298</sup> Þetta þarf að skoða í hverju tilviki fyrir sig.

## 6 VÍXNIÐURGREIÐSLUR OG RÍKISAÐSTOÐ

Eins og fyrr greinir er víxlniðurgreiðsla styrkur eða fjárveiting innan fyrirtækis eða á milli fyrirtækja innan fyrirtækjasamstæðu. Víxlniðurgreiðslur geta því heyrt undir reglur RS um ríkis-aðstoð ef fjárveitingin kemur frá opinberu fyrirtæki til dóttur- eða systurfyrirtækis sem starfar á samkeppnismarkaði.<sup>299</sup>

1. mgr. 87. gr. RS segir:

Ef ekki er kveðið á um annað í samningi þessum er hvers kyns aðstoð, sem aðildarríki 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.

Þetta þýðir að hver sá styrkur sem veittur er af ríki eða fenginn er í frá ríkinu á einhvern hátt og hamlar samkeppni með því að hygla vissum fyrirtækjum eða framleiðslu ákveðinna vara er ósamrýmanlegur samkeppnisreglum.<sup>300</sup> Enn flóknari vandamál geta komið fram í sambandi við meintar víxlniðurgreiðslur milli mismunandi vörumarkaða fyrirtækis sem er ekki opinbert eða undir stjórn ríkisins en nýtur samt einkaleyfis eða sérréttinda eins og það er skilgreint í umfjöllun um 1. mgr. 86. gr. hér að ofan. Í nokkrum af ákvörðunum framkvæmdastjórnarinnar varðandi starfsemi fyrirtækja þar sem þeim hafði verið veitt einkaleyfi eða sérréttindi en ekki keppinautum þeirra hefur framkvæmdastjórnin beitt 1. mgr. 86. gr. ásamt 82. gr.

---

*disproportionate prices, to refuse to have recourse to modern technology, which involves an increase in the cost of the operations and a prolongation of the time required for their performance, or to grant price reductions to certain consumers and at the same time to offset such reductions by an increase in the charges to other consumers. In these circumstances it must be held that a Member State creates a situation contrary to Article 86 of the Treaty ...”*

<sup>298</sup> EBD, mál C-18/88, ECR 1991, bls. I-5941, 23. mgr.

<sup>299</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 430.

<sup>300</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 430.

Þetta var t.d. niðurstaðan í ákvörðunum framkvæmdastjórna ESB í ítölsku og spænsku *GSM-málunum*.<sup>301</sup> Þar komst hún að því að í báðum málum hefði ríkið veitt fjarskiptafyrirtækjunum sem höfðu einkaleyfi á almennum símaviðskiptum, sérréttindi með því að heimila þeim inngöngu á samkeppnismarkað fyrir GSM-þjónustu án þess að þau þyrftu að greiða leyfisgjald líkt og aðrir aðilar á markaðnum. Framkvæmdastjórnin ákvarðaði í báðum málum að það skilyrði, að einungis nýjir aðilar skyldu greiða slík gjöld veitti ríkjandi fyrirtækjum mikið forskot og gæfi þeim tækifæri til þess að teygja einokunarstöðu af einkaleyfamarkaðnum yfir á samkeppnismarkaðinn.<sup>302</sup>

Sumir fræðimenn halda því fram að í báðum þessara *GSM-mála* hefði verið hægt að beita reglum um ríkisaðstoð þar sem ríkið hefði með því að sleppa fyrirtækjunum við að borga gjald veitt þeim réttindi eða forskot sem ekki var í boði fyrir aðra aðila á markaðnum og ennfremur varð ríkið af tekjum sem annars hefðu runnið til þess.<sup>303</sup> Einnig hefur því verið haldið fram að með veitingu einkaleyfa og sérréttinda sé fyrirtækið sem um ræðir að fá fjárhagslegan ávinning sem það myndi annars ekki njóta í venjulegum viðskiptum. Sú staða sé réttlætt sem leið til þess að tryggja nauðsynlegt fjárhagslegt öryggi sem þarf til þess að uppfylla almennar eða opinberar skyldur fyrirtækisins. Ef fyrirtækið beinir fjármunum frá einkaleyfamarkaði, eða beinir of háum kostnaði (t.d. sameiginlegum kostnaði einkaleyfastarfsemi og samkeppnisstarfsemi) til hans þá sé fyrirtækið að nýta sér þennan ávinning á óréttmætan hátt til þess að niðurgreiða starfsemi sína á samkeppnismarkaði og því ætti þetta að falla undir 87. gr. RS um ríkisaðstoð þegar um er að ræða millifærslur innan fyrirtækis, hvort sem það er í opinberri eigu eða ekki.<sup>304</sup> Í þeim tilfellum væri 87. gr. og 1. mgr. 86. gr. ásamt 82. gr. beitt samtímis um víxlنيðurgreiðslur.

## 7 Hvenær eru víxlنيðurgreiðslur löglegar?

Svo vikið sé aftur að þeim þremur flokkum niðurgreiðsla sem kynntir voru hér að framan í kafla 3.2.2 um tegundir víxlنيðurgreiðslna, þ.e. í fyrsta lagi á milli starfsemisþátta sem báðir eru á einkaleyfamörkuðum, í öðru lagi frá samkeppnismarkaði yfir á einkaleyfamarkað og í síðasta lagi frá einkaleyfamarkaði yfir á samkeppnismarkað, þá er nauðsynlegt að íhuga hvort þær geti í einhverjum tilfellum verið löglegar.

<sup>301</sup> *Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 95/489/EC, O.J. L 280, 23/11/1995 bls. 49 - 57.; Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 97/181/EC, O.J. L 76, 18/03/1997 bls. 19 – 29.*

<sup>302</sup> *Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 97/181/EC, O.J. L 76, 18/03/1997 bls. 19 – 29, 1. liður 21. mgr.*

<sup>303</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 933.

<sup>304</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 933.

## 7.1 Undantekningin í 2. mgr. 86. gr. RS

Í 2. mgr. 86. gr. er að finna undanþáguákvæði sem gerir mögulegt að réttlæta hegðun sem annars myndi teljast brot á samkeppnisreglum RS.<sup>305</sup>

Í ákvæðinu segir:

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<sup>306</sup>, 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. Þróun viðskipta má ekki raska í þeim mæli að það stríði gegn hagsmunum samningsaðilanna.<sup>307</sup>

1. mgr. 86. gr. er beint að ríkjum ESB en 2. mgr. 86. gr. að fyrirtækjum og veitir þeim að vissu leyti undanþágu frá samkeppnisreglum RS þar sem beiting þeirra myndi koma í veg fyrir að þeir gætu sinnt skyldum sínum.<sup>308</sup> Þar sem þessi undanþága í 2. mgr. 86. gr. getur haft í för með sér að 81. og 82. gr. verður ekki beitt þarf að túlka hana þröngt.<sup>309</sup> Þessi grein er einkar mikilvæg í tengslum við beitingu 82. gr.<sup>310</sup>

2. mgr. 86. gr. getur þannig undanþegið fyrirtæki sem treyst hefur verið fyrir þjónustu sem hefur „almenna efnahagslega þýðingu“<sup>311</sup> eða eru í eðli sínu fjáröflunareinkasölur,<sup>312</sup> ákvæðum samkeppnisreglna ef beiting þeirra kemur í veg fyrir að fyrirtækin geti leyst af hendi þau sérstöku verkefni sem þeim eru falin. Mikilvægt er hvort viðeigandi samræmd löggjöf hefur verið tekin upp t.d. eins og á raforkumarkaði þar sem tilskipanir kveða á um nákvæmar samræmdar ráðstafanir varðandi almenna opinbera þjónustu.<sup>313</sup> Rétt er þá að skýra helstu hugtök 2. mgr. 86. gr.

<sup>305</sup> EBD, mál C-475/99, ECR 2001, bls. I-8089.

<sup>306</sup> Þetta orð er fengið úr hliðstæðri grein sem er í 2. mgr. 59. gr. EES- samningsins.

<sup>307</sup> „Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.“

<sup>308</sup> Robert Lane, *EC Competition Law*, bls. 230.

<sup>309</sup> EBD, mál C-157/94, ECR 1997, bls. I-5699, 37. mgr.; Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 663.

<sup>310</sup> Alison Jones, Brenda Sufrin, og Brenda Smith, *EC Competition Law*, bls. 568.

<sup>311</sup> e. „general economic interest“.

<sup>312</sup> e. „a revenue-producing monopoly“.

<sup>313</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 603.



### 7.1.1 Skilgreining hugtaka

Fyrirtæki sem telst til fjáröflunareinkasala er stofnað til tekjusöfnunar fyrir ríkið. Venjulega myndi þessi réttur veittur opinberu fyrirtæki sem léti hagnað sinn renna til ríkisins en hann getur einnig verið veittur einkareknu fyrirtæki.<sup>314</sup> Fyrirtæki sem hafa einkenni fjáröflunareinkasala geta fallið undir 81. gr. RS og hefur 2. mgr. 86. gr. nýst sem vörn í þeim tilfellum og undanþegið þau samkeppnisreglum RS.<sup>315</sup> Dæmi um þessar tegundir fyrirtækja eru fyrirtæki sem hafa einkaleyfi á sölu tóbaks og áfengis.

Hugtakið um þjónustu með „almenna efnahagslega þýðingu“ er ekki skilgreint í RS. Dómstóll EB hefur sagt að gæta verði samræmis við ákvörðun um hvaða starfsemi hafi „almenna efnahags-lega þýðingu“ því þetta sé hugtak sem nota eigi af öllum samningsaðilum.<sup>316</sup> Í víðtækum skilningi á þetta við um þjónustu sem hefur áhrif á og er mikilvæg stórum hluta íbúa, bæði í hverju landi og svo innan ESB í heild. Skilyrði um almenna efnahagslega þýðingu gerir ráð fyrir að slíka þjónustu verði að inna af hendi fyrir sanngjarna þóknun og að færa verði jafnvel til fjármuni frá arðbærari sviðum til þeirra sviða rekstrarins sem væru óarðbærari svo að unnt sé að halda uppi þjónustu þar.<sup>317</sup> Opinber þjónusta sem framkvæmd er með reglulegum hætti fellur undir þennan flokk.<sup>318</sup> Hins vegar hefur framkvæmdastjórnin ítrekað að 2. mgr. 86. gr. eigi bara við um efnahagslega starfsemi og með þessu undanskilur hún opinbera þjónustu eins og menntun, þjóðaröryggi og önnur sambærileg mál samkeppnislöggjöf.<sup>319</sup> Framkvæmdastjórnin hefur einnig gefið frá sér ályktun um þetta,<sup>320</sup> þar sem hugtakið er skilgreint sem efnahagsleg þjónusta sem ber ákveðnar skyldur vegna almannahagsmuna.<sup>321</sup> Almennt er þó talið að ríki hafi töluvert sjálfræði í mati á því hvað teljist til almennrar efnahagslegrar þjónustu.<sup>322</sup> Af þeirri starfsemi sem EB dómstóllinn hefur talið hafa almenna efnahagslega þýðingu má m.a. nefna

<sup>314</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 235.

<sup>315</sup> Richard Whish: *Competition Law*, bls. 235.

<sup>316</sup> EBD, mál 10/71, ECR 1971, bls. 723.

<sup>317</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 667

<sup>318</sup> Ivo Van Bael og Jean-Francois Bellis, *Competition Law of the European Community*, bls. 1011.

<sup>319</sup> *Services of General Interest in Europe*, bls. 3.

<sup>320</sup> *Green Paper on Services of General Interest*.

<sup>321</sup> *Green Paper on Services of General Interest.*, mgr. 17; „Refers to services of an economic nature which the Member States of the Community subject to specific public service obligations by virtue of a general interest criterion. The concept of services of general economic interest thus covers in particular certain services provided by the big network industries such as transport, postal services, energy and communications. However, the term also extends to any other economic activity subject to public service obligations.“

<sup>322</sup> EBD, mál T-106/95, ECR 1997, bls. II-229, 192. mgr.; Sjá einnig álit aðallögsögumanns í máli C-438/02 ECR 2004, bls. I-4551, 139. mgr.: „...It falls to the Member States to define the content of their services of general economic interest and, in so doing, they enjoy considerable leeway since the Court and the Commission will intervene only in order to penalise manifest errors of assessment“.

símaþjónustu, flugrekstur á tilteknum flugleiðum, ráðningarþjónustu, sjónvarpsrekstur, pósthjónustu og orkuveitu.<sup>323</sup>

Til þess að geta réttlætt veitingu sérreittinda og einkaleyfa samkvæmt 2. mgr. 86. gr. verður fyrirtækið eða ríkið sem um ræðir að sýna fram á að verkefnið sem því ber að sinna sé sérstakt eða hafi sérstök einkenni borin saman við aðra efnahagslega starfsemi og að þetta sérstaka verkefni sé falið fyrirtækinu með opinberum ráðstöfunum sem greinilega sýna fram á þær skyldur sem fyrirtækið ber.<sup>324</sup> Með því að fyrirtæki sé „falið“ ákveðið verkefni túlkaði dómstóll EB það þannig í *GVL-málinu*<sup>325</sup> að það yrði að koma skýrt fram í löggjöf. Samkvæmt nýrri dómi virðist þó ekki vera nauðsynlegt að fyrirtækinu hafi verið falið verkefnið í löggjöf heldur getur það gerst með ýmsum öðrum hætti.<sup>326</sup> Í raun er úthlutun slíkra sérstakra verkefna t.d. á orkusviðinu gerð með afleiddri löggjöf ESB eins og má sjá í tilskipunum er varða opinbera þjónustu raforkufyrirtækja.<sup>327</sup>

Undanþágu samkvæmt 2. mgr. 86. gr. er aðeins hægt að veita fyrirtæki ef beiting annarra ákvæða RS myndi hindra framkvæmd þjónustu með almenna efnahagslega þýðingu. Ekki er nægilegt að reglur RS myndu aðeins gera framkvæmdina erfiðari.<sup>328</sup> Framkvæmdastjórn ESB hefur sagt að undanþága sé aðeins möguleg ef fyrirtækið sem um ræðir hefur enga aðra tæknilega eða efnahagslega leið til þess að framkvæma verkið.<sup>329</sup>

### 7.1.2 Dómaframkvæmd

Þó svo að enginn af dómunum sem fjallað verður hér á eftir um hafi varðað víxlنيðurgreiðslur beint þá er því haldið fram til varnar einkaleyfi og starfsemi í hverju máli að hegðun fyrirtækjanna væri réttlæt看leg vegna þeirra opinberu skyldna er þau báru.

Skal fyrst litið á *British Telecommunications-málið*<sup>330</sup> þar sem fyrirtækið BT hafði einkaleyfi fyrir fjarskiptakerfum í Bretlandi og gegndi einnig hlutverki í alþjóðlegum fjarskiptum. Fyrirtækið nýtti sér stöðu sína til þess að koma í veg fyrir að önnur fyrirtæki gætu sent símskeyti á mun ódýrari hátt en áður hafði verið mögulegt og taldi slíkar tilraunir ósamrýmanlegar einkaleyfi sínu. Framkvæmdastjórn ESB komst að þeirri niðurstöðu að BT hefði með þessu misnotað markaðsráðandi stöðu sína og brotið gegn 82. gr. RS. Sú ákvörðun

<sup>323</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 664 - 665.

<sup>324</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 605.

<sup>325</sup> *EBD, mál 7/82, ECR 1983, bls. 48.*

<sup>326</sup> *EBD, mál 30/87, ECR 1998, bls. 2479.*

<sup>327</sup> Martha M. Roggenkamp o.fl: *Energy law in Europe, National, EU and International Regulation*, bls. 272.

<sup>328</sup> Ivo Van Bael og Jean-Francois Bellis: *Competition Law of the European Community*, bls. 1014.

<sup>329</sup> *Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 82/371/EEC, O.J. 1982 L 167, 15/06/1982 bls. 39 – 52, 66. mgr.*

<sup>330</sup> *EBD, mál 41/83, ECR 1986, bls. 873.*

var staðfest af EB dómstólnum sem taldi að það að beita nýrri tækni færi ekki gegn einkaleyfi BT. Í málinu var því haldið fram að BT nyti undanþágunnar í 2. mgr. 86. gr. RS. EB dómstóllinn féllst ekki á það og tók fram að ekki hefði tekist að sýna fram á það í málinu að beiting samkeppnisregla hindraði framkvæmd þeirra sérstöku skyldna sem BT bæri.<sup>331</sup>

Í *Corbeau-málinu*<sup>332</sup> sem eins og áður hefur verið lýst varðaði einkaleyfi belgísku pósthjónustunnar, var dómstóll EB viljugri en áður til þess að viðurkenna beitingu undanþágunar í 2. mgr. 86. gr. (þá 2. mgr. 90. gr.) ef það væri nauðsynlegt til að viðhalda nauðsynlegu efnahagslegu jafnvægi þjónustu sem hefði almenna efnahagslega þýðingu. Dómstóllinn leit svo á að belgíska pósthjónustan væri fyrirtæki með almenna efnahagslega þýðingu og að sú staða leiddi til þess að nauðsynlegt væri að útiloka samkeppni að einhverju leyti. Skipti þar mestu máli að einkaleyfishafanum væri skylt að halda uppi almennri pósthjónustu á grundvelli skilyrðisins um almenna efnahagslega þýðingu. Ef einkaaðilar gætu boðið fram þjónustu í samkeppni við einkaleyfishafa á arðbærari sviðunum án þess að vera skyldugir til að sinna þeim sem væru minna arðbær gæti einkaleyfishafi átt í vandræðum með að uppfylla skyldur sínar.<sup>333</sup> Þannig geti einkaaðilum verið óheimilt að koma inn á slíkan markað til þess að fleyta rjómann af viðskiptunum.<sup>334</sup> Dómstóllinn taldi samkeppni hins vegar ekki útilokaða á öðrum sviðum að því marki sem slíkt hefði ekki áhrif á efnahagslegt jafnvægi þjónustu sem hefði almenna efnahagslega þýðingu. Þetta voru einkum svið sem geta talist utan hinnar hefðbundnu pósthjónustu.

Í *Almelo-málinu*<sup>335</sup> var dómstóll EB strangari. Í því máli höfðuðu bæjarfélag og nokkur lítil orkuveitufyrirtæki mál á hendur stórra rafmagnsveitu (IJM) sem krafði þau um tiltekið þjónustugjald. IJM hafði sérleyfi til þess að veita rafmagn á vissu svæði. Innlendi dómstóllinn óskaði eftir forúrskurði EB dómstólsins um það hvort nokkur af ákvæðum RS, m.a. 82. og 86. gr. væru því til fyrirstöðu að fyrirtæki sem sinnti svæðisbundinni orkuveitu hefði í almennum söluskilmálum sínum ákvæði um kaupskyldu sem fæli í sér að smærri orkuveitum væri bannað að útvega sér rafmagn annars staðar til að selja almenningi. Í

---

<sup>331</sup> EBD, mál 41/83, ECR 1986, bls. 873, 33. mgr. Í dómnum kom m.a. fram: „It should be observed that, whilst the speed of message-transmission made possible by technological advances undoubtedly leads to some decrease in revenue for BT, the presence in the United Kingdom of private forwarding agencies attracts to the British public network, as the applicant itself observes, a certain volume of international messages and the revenue which goes with it. The Italian republic has totally failed to demonstrate that the results of the activities of those agencies in the United Kingdom were, taken as a whole, unfavourable to BT, or that the Commission's censure of the schemes at issue put the performance of the particular tasks entrusted to BT in jeopardy from the economic point of view.“

<sup>332</sup> EBD, mál C-320/91, ECR 1993, bls. I-2533.

<sup>333</sup> EBD, mál C-320/91, ECR 1993, bls. I-2533, 16. mgr.

<sup>334</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, bls. 667

<sup>335</sup> EBD, mál C-393/92, ECR 1994, bls. I-1477

umfjöllun EB dómstólsins skilgreindi hann verkefni IJM sem gegndi stöðu „svæðisbundins dreifingaraðila“ á þann hátt að slíkt fyrirtæki yrði að ganga úr skugga um að á því svæði sem sérleyfið næði yfir, fengju allir viðskiptavinir, hvort sem þeir væru dreifingaraðilar innanbæjar eða neytendur, birgðir af rafmangi í nægilegu magni til þess að uppfylla þörf á hverjum tíma, á samræmdu verði og á skilmálum sem ekki mættu vera breytilegir nema vegna hlutlægra þátta sem ættu jafnt við um alla viðskiptavini.<sup>336</sup> Dómstóllinn taldi að takmarkanir á samkeppni mætti réttlæta væru þær nauðsynlegar til að leyfa fyrirtæki að sinna þeim verkefnum sem því var þannig treyst fyrir.<sup>337</sup> Er þetta gott dæmi um að viðskipti með raforku geta fallið undir undantekningarákvæði 2. mgr. 86. gr.

Þessi mál, Corbeu og Almelo, ætti ekki að lesa sem almennt samþykki eða hvatningu til aðgerða eins og þar koma fram en í báðum málum kemst dómstóll EB að þeirri niðurstöðu að undanþága frá grein 2. mgr. 86. gr. eigi einungis við þegar sannfærandi hagræn og efnahagsleg rök réttlæta útlökun samkeppni.<sup>338</sup>

Í síðari rafmagnsmálunum<sup>339</sup> þar sem fjallað var um brot þar sem framkvæmdastjórnin ásakaði fjögur ríki um að reyna að viðhalda einokun í innflutning og útflutningi, gaf dómstóll EB frekari leiðbeiningar varðandi prófið um efnahagslega nauðsyn og lítur út fyrir að hann hafi beitt víðari túlkun á 2. mgr. 86. gr. Dómstóllinn kvað á um að ekki þætti nauðsynlegt til þess að skilyrði 2. mgr. 86. gr væru uppfyllt, að líf, stöðugleiki og arðvænleiki fyrirtækisins væru í hættu ef samkeppnisreglum væri beitt heldur myndi nægja að án einkaleyfis eða sérréttinda frá ríkinu væri ekki hægt að tryggja fullnægjandi árangur og efnahagslegt jafnvægi.<sup>340</sup> Var því talið réttlætast af 2. mgr. 86. gr. að veita tilteknum fyrirtækjum sem veittu þjónustu sem taldist hafa almenna efnahagslega þýðingu einkaleyfi til innflutnings og útflutnings á rafmagni og gasi.

Jafnvel þó undanþágan í 2. mgr. 86. gr. eigi við má beiting hennar ekki hamla viðskiptaþróun þannig að andstætt sé hagsmunum ESB.<sup>341</sup> Kemur þetta fram í síðustu setningu 2. mgr. 86. gr.<sup>342</sup> Almennt hefur dómstóll EB ekki lagt mikla áherslu á þetta atriði.<sup>343</sup>

<sup>336</sup> EBD, mál C-393/92, ECR 1994, bls. I-1477, 48. mgr.

<sup>337</sup> EBD, mál C-393/92, ECR 1994, bls. I-1477, 49. mgr.: „In that regard it is necessary to take into consideration the economic conditions in which the undertaking operates, in particular the costs which it has to bear and the legislation, particularly concerning the environment, to which it is subject.”

<sup>338</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 941.

<sup>339</sup> EBD, mál C-157/94, ECR 1997, bls. I-5699; mál C-158/94, ECR 1997, bls. I-5789; mál C-159/94 ECR 1997, bls. I-2925; mál C-160/94, ECR 1997, bls. I-5851.

<sup>340</sup> EBD, mál C-157/94, ECR 1997, bls. I-5699, 43. mgr.

<sup>341</sup> Paul Craig, Gráinne De Búrca: *EU Law, Text, Cases and Materials*, bls. 1132-1133.

<sup>342</sup> „The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.”

Framkvæmdastjórnin höfðaði slíkt mál á hendur ríkjunum í ofangreindum raforkumálum en dómstóll EB taldi að framkvæmdastjórnin hefði ekki gefið nægilegar skýringar sem sýndu fram á slík áhrif á viðskipti.

### 7.1.3 Tengsl 2. mgr. 86. gr. og ákvæða um ríkisaðstoð.

Í *FFSA-málinu*<sup>344</sup> sem fjallaði um ásakanir samkeppnisaðila La Poste í Frakklandi um að La Poste hefði notið óréttmæts fjárhagslegs ávinnings voru ekki veittar miklar leiðbeiningar um tengsl 2. mgr. 86. gr. og ákvæða RS um ríkisaðstoð í 3. mgr. 87. gr. Þó má draga þá ályktun af málinu að þar sem fyrirtæki nýtur óbeinnar ríkisaðstoðar til að bæta upp fyrir aukinn kostnað við almannaþjónustu sína, verði að tilkynna það til framkvæmdastjórnarinnar sem mögulega aðstoð í samræmi við 88. gr. RS. Að gera það ekki væri brot á skuldbindingum ríkis samkvæmt síðustu setningu 3. mgr. 88. gr.<sup>345</sup>

Betri skýringar var að finna um samband 2. mgr. 86. gr. og ákvæða um ríkisaðstoð í máli norska Húsbankans sem kom til kasta Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) í kjölfar kvörtunar frá Samtökum norskra bankamanna. Höfuðatriði kvörtunarinnar<sup>346</sup> laut að því að Húsbankinn nyti forréttinda að hálfu ríkisins við öflun lánsfjár og gæti því boðið útlán á betri kjörum en almennar lánastofnanir. Umfang starfsemi Húsbankans væri svo mikið að vafasamt væri að réttlæta það með vísan til félagslegra sjónarmiða. ESA komst að þeirri niðurstöðu að starfsemi Húsbankans væri innan ramma 2. mgr. 59. gr. EES-samningsins,<sup>347</sup> en hún er að öllu leyti sambærileg 2. mgr. 86. gr. RS.<sup>348</sup> Samtök norskra bankamanna skutu þeirri niðurstöðu til EFTA-dómstólsins.<sup>349</sup> Þar var niðurstaða ESA staðfest í flestum atriðum en þó var ákvörðunin ógilt á einni forsendu. Dómstóllinn taldi sérréttindi Húsbankans fela í sér ólögmeta ríkisaðstoð í skilningi 1. mgr. 61. gr.<sup>350</sup> EES-samningsins og njóta ekki undantekningarreglu

<sup>343</sup> Marc van der Woude o.fl: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, bls. 608.

<sup>344</sup> *EBD, mál T-106/95, ECR 1997, bls. II-229*, sjá helst 178. mgr.

<sup>345</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 939.

<sup>346</sup> *Ákvörðun ESA, dags. 9. júlí 1997, No. 177/97/COL*, 2. kafla.

<sup>347</sup> 2. mgr 59. gr. EES samningsins hljóðar svo: „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 fjárflyunareinkasölur, 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. Þróun viðskipta má ekki raska í þeim mæli að það stríði gegn hagsmunum samningsaðilanna.”

<sup>348</sup> *Ákvörðun ESA, No. 177/97/COL*,

<sup>349</sup> *EFTAD, mál E-4/97, EFTACR 1999 3*.

<sup>350</sup> 1. mgr. 61. gr. hljóðar svo: „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.“

a. - liðar 2. mgr. sömu greinar<sup>351</sup> þar sem aðstoðin væri ekki veitt íbúðakaupendum beint, heldur Húsbankanum sem síðan veitti íbúðakaupendum ódýrari lán. Aðstoðin væri því veitt bankanum sem stofnun og taldist því ríkisstyrkur til fyrirtækis.<sup>352</sup> Dómstóllinn taldi einnig Húsbankann vera fyrirtæki sem hefði með höndum starfsemi sem hafi almenna efnahagslega þýðingu, í skilningi 2. mgr. 59. gr. EES-samningsins. Samtök norskra bankamanna héldu því fram að sérréttindi Húsbankans væru umfram það sem þörf væri á til að ná því markmiði sem að væri stefnt. Bæði ESA og framkvæmdastjórn ESB lögðu áherslu á að eftirlit þeirra næði ekki til þess að endurmeta það val sem stjórnvöld aðildarríkjanna hefðu um leiðir til að ná markmiði.<sup>353</sup>

EFTA dómstóllinn vísaði til þess að í 2. mgr. 59. gr. EES-samningsins væri gerð krafa um að starfsemi sem hefði almenna efnahagslega þýðingu raskaði ekki þróun viðskipta í þeim mæli að það stríddi gegn hagsmunum EES-samningsaðilanna, en ESA hefði ekki fjallað ítarlega um þennan þátt. Aðilar væru ósammála um skilgreiningu markaðar og um það hvort aðrar minna íþyngjandi leiðir væru færar til að ná sama markmiði. Vegna þessa og þar sem ekki var gerð kostnaðar- og nytjagreining<sup>354</sup> um ríkisaðstoðina<sup>355</sup> ógilti dómstóllinn ákvörðun ESA og lagði fyrir stofnunina að láta fara fram mat á hagsmunum samningsaðila af frjálsum þjónustuviðskiptum í samanburði við réttmæta hagsmuni norskra stjórnvalda. ESA tók málið fyrir að nýju og lauk því með ákvörðun vorið 2000.<sup>356</sup> Niðurstaða ESA varð sú að sérréttindi Húsbankans væru í samræmi við þá þjónustu sem honum væri ætlað að veita og var ekki talið að samtök bankamanna hefðu sýnt fram á að kerfið bryti gegn samkeppni og hagsmuna annarra EES-ríkja.<sup>357</sup> ESA sagði að milliríkjasamkeppni í lánveitingum til húsnæðiskaupa einkenndist af hindrunum vegna skorts á samræmdum reglum og miðað við stöðu á markaði með veðlán til íbúðakaupa innan EES, benti ekkert til þess að Húsbankakerfið hefði neikvæð áhrif á hagsmuni annarra aðildarríkja.<sup>358</sup> Þessum úrskurði ESA hefur ekki verið áfrýjað til EFTA-dómstólsins.

Að lokum skal minnst á annað mál sem líkt og *Húsbanka-málið* snertir tengsl 2. mgr. 86. gr. og ákvæða um ríkisaðstoð en það er hvort fyrirkomulag Íbúðalánasjóðs á Íslandi væri í

---

<sup>351</sup> Upphaf 2. mgr. 61. gr. hljóðar svo: „Eftirtalið samrýmist framkvæmd samnings þessa: a) aðstoð af félagslegum toga sem veitt er einstökum neytendum enda sé hún veitt án mismununar með tilliti til uppruna viðkomandi framleiðsluvara“

<sup>352</sup> EFTAD, mál E-4/97, EFTACR 1999 3, 30. mgr.

<sup>353</sup> EFTAD, mál E-4/97, EFTACR 1999 3, 64. - 66. mgr.

<sup>354</sup> e.: „Cost-benefit analysis.“

<sup>355</sup> EFTAD, mál E-4/97, EFTACR 1999 3, 68. og 69. mgr.

<sup>356</sup> *Sjá endanlega ákvörðun ESA, dags. 28. júní 2000, No. 121/00/COL*

<sup>357</sup> *Ákvörðun ESA No. 121/00/COL, kafla II, 3.1.3.*

<sup>358</sup> *Ákvörðun ESA No. 121/00/COL, kafla II, 3.2.3.*

samræmi við ríkisstyrkjareglur EES-samningsins. Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) kvað upp um það úrskurð 11. ágúst 2004<sup>359</sup> og í umfjölluninni var farið yfir þau skilyrði sem þarf að uppfylla til þess að undanþágan í 2. mgr. 59. gr. EES-samningsins eigi við. Komst ESA að þeirri niðurstöðu að Íbúðalánasjóði hefði verið falin þjónusta er hefði almenna efnahagslega þýðingu í skilningi 2. mgr. 59. gr. EES-samningsins sbr. lög um húsnæðismál nr. 44/1998.<sup>360</sup> Aðstoð ríkisins við sjóðinn væri ekki meiri en nauðsynlegt gæti talist til reksturs þessarar þjónustu<sup>361</sup> og vegna sérkenna hins íslenska markaðar væri þróun viðskipta ekki raskað vegna þessa í þeim mæli að það stríddi gegn hagsmunum samningsaðila EES.<sup>362</sup> Úrskurðaði ESA því að ríkisaðstoð til handa Íbúðalánasjóði, m.a. í formi ríkisábyrgðar, væri samrýmanleg 2. mgr. 59. gr. EES-samningsins.

Þessi úrskurður ESA var ógiltur með dómi EFTA-dómstólsins<sup>363</sup> sem byggði á því að formgalli hafi verið á honum þar sem vafi leiki á því að mati dómsins hvort að ríkisaðstoðin samrýmdist framkvæmd EES-samningsins sbr. 4. mgr. 4. gr. II. hluta bókunar 3 við samning EFTA-ríkjana um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls. Vegna þessa vafa hefði ekki verið rétt að kveða upp úrskurð að lokinni forathugun heldur hefði átt að hefja formlega rannsókn skv. 2. mgr. 1. gr. I. hluta sömu bókunar.<sup>364</sup> Í niðurstöðu dómsins kemur fram að þjónusta sem sé ætlað að ná þeim markmiðum sem hinum svonefndu almennu lánnum Íbúðalánasjóðs sé ætlað að ná geti haft almenna efnahagslega þýðingu sem réttlætt geti ríkisaðstoð. Hins vegar hafi leikið vafi á því hvort einstakir þættir hins almenna lánakerfis samrýmdust framkvæmd EES-samningsins.<sup>365</sup> Benti EFTA dómstóllinn sérstaklega á það að ekkert ákvæði í húsnæðislöggjöfinni takmarkaði stærð eða verð íbúðarhúsnæðis og ennfremur taldi dómstóllinn vafa leika á því hvort að afmörkun ESA á því hvað teldist til viðeigandi markaðar uppfyllti skilyrði 2. mgr. 59. gr. EES-samningsins um að þróun viðskipta megi ekki raska í þeim mæli að það stríði gegn hagsmunum samningsaðila.<sup>366</sup>

ESA tók málið fyrir að nýju og sendi 27. júní 2008 frá sér álitserð í tengslum við formlega rannsókn á því hvort fyrirkomulag Íbúðalánasjóðs væri í samræmi við

---

<sup>359</sup> Ákvörðun ESA No. 213/04/COL

<sup>360</sup> Ákvörðun ESA No. 213/04/COL, kafli II, 3.2.1.

<sup>361</sup> Ákvörðun ESA No. 213/04/COL, kafli II, 3.2.2.

<sup>362</sup> Ákvörðun ESA No. 213/04/COL, kafli II, 3.2.3.

<sup>363</sup> EFTAD, mál E-9/04, EFTACR 2006, bls. 42.

<sup>364</sup> EFTAD, mál E-9/04, EFTACR 2006, bls. 42, 60. – 65. mgr.

<sup>365</sup> EFTAD, mál E-9/04, EFTACR 2006, bls. 42, 76. – 79. mgr.

<sup>366</sup> EFTAD, mál E-9/04, EFTACR 2006, bls. 42, 80. og 81. mgr.

ríkisstyrkjareglur EES-samningsins.<sup>367</sup> Í álitum ESA kom fram að bráðabirgðaniðurstaða stofnunarinnar sé að núgildandi ríkisaðstoð við Íbúðalánasjóð sé ekki í samræmi við ríkisstyrkjaákvæði EES-samningsins. Lykilatriði sé að ríkisaðstoð vegna félagslegra lána til íbúðarkaupa sé nægjanlega vel skilgreind og afmörkuð og á það skorti í núgildandi löggjöf. Hinsvegar var tekið fram að það sé ekki í verkahring ESA að ákvarða nýtt fyrirkomulag Íbúðalánasjóðs. Það sé hlutverk stjórnvalda að setja í lög nauðsynleg skilyrði vegna félagslegra íbúðalána og sjá til þess að lán á venjulegum markaðsforsendum séu án ríkisaðstoðar. Í öðru lagi lýsti ESA yfir að hafin yrði formleg rannsókn á því að Íbúðalánasjóður væri samkvæmt lögum undanþeginn greiðslu ríkisábyrgðargjalds. Að mati ESA væru líkur á því að þar hefði verið um ólögmæta ríkisaðstoð að ræða, frá árinu 1998, sem bæri að endurkrefja sjóðinn um.

#### 7.1.4 Samantekt og niðurstöður

Samkvæmt umfjöllun hér að framan er í 2. mgr. 86. gr. að finna undanþáguákvæði sem getur réttlætt hegðun sem annars myndi teljast brot á samkeppnisreglum RS.<sup>368</sup> Undanþágan á við fyrirtæki sem treyst hefur verið fyrir þjónustu sem hefur „almenna efnahagslega þýðingu“ eða eru í eðli sínu fjáröflunareinkasölur. Hugtakið um þjónustu með „almenna efnahagslega þýðingu“ er ekki skilgreint í RS en í viðtækum skilningi á þetta við um starfsemi sem hefur áhrif á og er mikilvæg stórum hluta íbúa, bæði í hverju landi og svo innan ESB í heild. Í umfjöllun um dómaframkvæmd kom fram að takmarkanir á samkeppni megi réttlæta séu þær nauðsynlegar til að fyrirtæki sem sinni almennri efnahagslegri þjónustu geti sinnt þeim verkefnum sem því hefur verið treyst fyrir. Samkvæmt þessu getur 2. mgr. 86. gr. m.a. réttlætt víxlneiðurgreiðslur frá samkeppnismarkaði til einkaleyfamarkaðar ef það er eina leiðin til þess að leysa af hendi þau verkefni sem fyrirtækið fer með. Af dómaframkvæmd má telja ljóst að í samhengi meintra víxlneiðurgreiðslna frá einkaleyfamarkaði yfir á samkeppnismarkað, sé ekki líklegt að grein 2. mgr. 86. gr. eigi við þar sem samkeppnisrekstur varðar yfirleitt ekki starfsemi með almenna efnahagslega þýðingu. Fræðimenn hafa þó hvað þetta varðar velt fyrir sér hvort hægt sé í vissum tilvikum að réttlæta tilfærslu yfir í samkeppnisrekstur með skírskotun til 2. mgr. 86. gr t.d. þegar samkeppnisstarfsemi varðar almannahag en ætti ekki

<sup>367</sup> *The EFTA Surveillance Authority opens new chapters in the state aid investigation on the Icelandic Housing Financing Fund (HFF).*

<sup>368</sup> *EBD, mál C-475/99, ECR 2001, bls. I-8089.*



endilega að takmarka við ákveðinn aðila í einkaleyfarekstri.<sup>369</sup> Virðist þurfa að meta þetta frá máli til máls og taka tillit til markaðarins og aðstæðna í hverju ríki fyrir sig.<sup>370</sup>

## 8 Lagaumhverfi víxlنيðurgreiðslna á Íslandi

### 8.1 Samkeppnislög

Samkeppnislög nr. 44/2005 eru almenn lög á því víða sviði sem þau taka til. Samkvæmt 1. mgr. 2. gr. laganna taka þau 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. Samkvæmt 1. gr. laganna er ljóst að vilji löggjafans er að tryggja að samkeppni í atvinnulífi hér á landi sé virk með því m.a. að vinna gegn því að fyrirtæki í atvinnurekstri skaði með athæfi sínu eða aðgerðum samkeppni á viðkomandi markaði og að auðvelda aðgang nýrra aðila að markaðnum.

Í 10. gr. laganna kemur fram að allir samningar og samstilltar aðgerðir milli fyrirtækja, hvort heldur sem þeir eru bindandi eða leiðbeinandi, sem hafa það að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað, eru bannaðir. Í 11. gr. segir að misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu sé bönnuð, 12. gr. kveður á um að samtökum fyrirtækja sé óheimilt að ákveða samkeppnishömlur eða hvetja til hindrana sem bannaðar eru samkvæmt lögum og 14. gr. heimilar samkeppniseftirlitinu að kveða á um fjárhagslegan aðskilnað milli þess rekstrar fyrirtækis sem nýtur einkaleyfis eða verndar og rekstrar sem er í fjálsri samkeppni við aðra aðila. Verður nú farið nánar í ákvæði 11. og 14. gr. og hvernig þau geta haft áhrif á víxlنيðurgreiðslur.

11. gr. samkeppnislaga um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu er byggt á ákvæði 54. gr. EES-samningsins og við túlkun þess skal hafa hliðsjón af samkeppnisrétti EES og ESB.<sup>371</sup> Í 2. mgr. 11. gr. eru talin upp dæmi um misnotkun og einnig vísað til annarra hugtaka en misnotkunar svo sem ósanngjarns kaup- eða söluverðs, takmarkana sem verða neytendum til tjóns og að viðskiptaaðilum sé mismunað eða að sett séu skilyrði í samning sem ekki tengjast efni hans. Ljóst er þó að hér er ekki um tæmandi upptalningu að ræða. Ekki er skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkunin hafi haft tiltekin áhrif eða að ákveðinn

---

<sup>369</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 942.

<sup>370</sup> Leigh Hancer og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-subsidization and E.C. law“, bls. 942.

<sup>371</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 12. mars 2008, (3/2008), bls. 55*

tilgangur hafi verið með aðgerðunum.<sup>372</sup>

Af 11. gr. samkeppnislaga leiðir að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu ber skylda til að forðast að grípa til aðgerða sem raskað geta þeirri eðlilegu samkeppni sem ríkir á tilteknum markaði og þýðir það óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en annarra fyrirtækja sem ekki eru í slíkri stöðu.<sup>373</sup>

Almennt má segja að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki í slíkri stöðu beita aðferðum sem ekki geta talist samræmast eðlilegri samkeppni. Aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis sem ekki fara í bága við fyrrgreind markmið samkeppnislaga eru lögmætar og því getur markaðsráðandi fyrirtæki mætt samkeppni annarra samkeppnisaðila svo lengi sem ekki er farið út fyrir þau mörk.<sup>374</sup> Markaðsráðandi fyrirtæki gæti á grundvelli styrks síns gripið til margvíslegra aðgerða sem miða að því að koma keppinautum út af markaðnum eða hindra að nýr keppinautur komi inn á hann. Megintilgangur þeirra aðgerða væri að draga úr hagnaði þess keppinautar sem þeim er beint gegn og stuðla þannig að því að því að hann hverfi af markaðnum.<sup>375</sup>

Ef markaðsráðandi fyrirtæki, t.d. fyrirtæki sem nýtur einkaleyfis eða sérréttinda, starfar einnig í samkeppni á öðrum markaði er eins og áður hefur komið fram í fyrri köflum, hætta á því að fyrirtækið nýti sér stöðu sína á einum markaði til að styrkja hana á öðrum. Þetta getur t.d. falist í niðurgreiðslum á samkeppnismarkaði með hagnaði á einkaleyfamarkaði eða misskiptingu sameiginlegs kostnaðar á milli rekstrarþátta. Þetta getur haft skaðleg áhrif á samkeppni og verið notað til þess að hrekja burt keppinauta og því er nauðsynlegt að koma í veg fyrir að fyrirtæki sem njóta einkaleyfis eða annarra sérréttinda geti stundað slíka viðskiptahætti.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 7/2001, *erindi Landssíma Íslands hf. vegna samnings Fræðslumiðstöðvar Reykjavíkur við Línu.Net ehf.*<sup>376</sup>, sem varðaði samning sem Fræðslumiðstöð Reykjavíkur gerði við Línu.Net um lagningu svokallaðs skólanets, hélt Landssíminn því fram að líta ætti á Línu.Net og Orkuveitu Reykjavíkur sem fyrirtækjasamstæðu í skilningi 4. gr. samkeppnislaga þar sem Lína.Net væri dótturfyrirtæki Orkuveitunnar og því ein samkeppnisleg eining. Landssíminn taldi þessi tengsl Línu.Nets við Orkuveituna hafa valdið því að starfsemi Línu.Nets væri niðurgreidd með tekjum af

---

<sup>372</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 22. júní 2007, (4/2007), bls. 22*

<sup>373</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 4. mars 2009, (2/2009), bls. 17.*

<sup>374</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 22. júní 2007, (4/2007), bls. 23*

<sup>375</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 22. júní 2007, (4/2007), bls. 24*

<sup>376</sup> *Ákvörðun samkeppnisráðs, 5. mars 2001, (7/2001)*

einkaleyfis og verndaðri starfsemi, sbr. 14. gr. samkeppnislaga.<sup>377</sup> Orkuveitan átti 60% hlut í Línu.Neti og hafði meirihluta stjórnarmanna í fyrirtækinu. Ekki kom fram í gögnum málsins að aðrir hluthafar hafi haft neitunarvald um mikilvæg málefni varðandi rekstur Línu.Nets eða annað sem benti til sjálfstæðis Línu.Nets gagnvart móðurfélagi sínu. Samkeppnisráð leit því á Línu.Net og Orkuveituna sem eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnislaga og þess vegna gætu aðgerðir þeirra fallið undir ákvæði samkeppnislaga um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.<sup>378</sup>

Í reglugerð nr. 793/1998 um Orkuveitu Reykjavíkur kom fram að fyrirtækinu væri heimilt að eiga önnur fyrirtæki, að öllu leyti eða með öðrum, þ.m.t. hlutafélag, er ynnu að framgangi verkefna tengdum starfssviði félagsins. Í 5. gr. sagði að við rekstur Orkuveitunnar skyldi þess gætt að samkeppnisrekstur væri ekki niðurgreiddur af einkaleyfa- eða verndaðri starfsemi. Samkeppnisráð taldi bókhaldsgögn fyrirtækjanna styðja að þetta hefði gengið eins og fram kom í ákvörðun þess:

Væri um niðurgreiðslur Orkuveitunnar að ræða, í formi peningalegra framlaga eða á annan hátt yrði að bókfæra slíkt sem gjöld í rekstrarreikningi Orkuveitunnar. Lína.Net myndi væntanlega að sama skapi bókfæra slíkar greiðslur sem tekjur í rekstrarreikningi félagsins. Ekki hefur verið sýnt fram á að slíkt hafi átt sér stað. Yfirlýsing löggilts endurskoðanda Línu.Nets staðfestir jafnframt að viðskipti milli Orkuveitunnar og Línu.Nets séu með þeim hætti sem almennt tíðkast milli óskyldra aðila.<sup>379</sup>

Samkeppnisráð taldi þannig reglugerð um Orkuveituna koma í veg fyrir víxlniðurgreiðslur. Þar af leiðandi var ekki í máli þessu litið frekar til Orkuveitunnar í tengslum við stöðu Línu.Nets.<sup>380</sup> Þessari ákvörðun var áfrýjað til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem staðfesti hana með úrskurði í máli nr. 12/2001.<sup>381</sup>

Atvinnurekstur á vegum hins opinbera, ríkis eða sveitarfélaga, fellur almennt undir samkeppnislög, sbr. 1. mgr. 2. gr., 8. gr., 14. gr., 16. gr. og 18. gr. laganna. Samkeppnisyfirvöld hafa þannig almennt eftirlit með því hvort athafnir opinberra aðila hamli samkeppni. Ákvæði 14. gr. kom inn í lögina á síðari stigum meðferðar Alþingis að tillögu efnahags- og viðskiptanefndar og er tilgangur þess að koma í veg fyrir að samkeppnisrekstur sé niðurgreiddur af einkaleyfis- eða verndaðri starfsemi. Af nefndaráliti efnahags- og viðskiptanefndar er ljóst að einkum voru hafðar í huga aðstæður þar sem um yfirburðastöðu í skjóli ríkisvalds er að ræða en þessu ákvæði samkeppnislaga hefur verið beitt gagnvart

<sup>377</sup> Ákvörðun samkeppnisráðs, 5. mars 2001 (7/2001), bls. 11

<sup>378</sup> Ákvörðun samkeppnisráðs, 5. mars 2001 (7/2001), bls. 26

<sup>379</sup> Ákvörðun samkeppnisráðs, 5. mars 2001 (7/2001), bls. 26

<sup>380</sup> Ákvörðun samkeppnisráðs, 5. mars 2001 (7/2001), bls. 26

<sup>381</sup> Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 14. maí 2001 (12/2001)

hverskonar opinberum aðilum eða vernduðum fyrirtækjum.<sup>382</sup> Ákvæðið hljóðar svo:

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 á 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 starfsemi sem nýtur einkaleyfis eða verndar.

Á grundvelli 14. gr. getur samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar. Forsendur þess að samkeppniseftirlitið geti mælt fyrir um fjárhagslegan aðskilnað skv. 14. gr. eru tvenns konar. Hlutaðeigandi fyrirtæki eða stofnun verður að vera opinbert fyrirtæki eða fyrirtæki sem starfar að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar og jafnframt þarf fyrirtækið að stunda rekstur sem er í frjálstri samkeppni við aðra aðila. Kemur þetta fram í fjölmörgum ákvörðunum samkeppniseftirlitsins.<sup>383</sup>

Í ákvörðunum sem teknar hafa verið síðan ákvæðið var sett hefur hugtakið fjárhagslegur aðskilnaður verið skilgreint nánar og við túlkun á því hvað felist í hugtakinu er rétt að styðjast við þá venju sem skapast hefur í ákvörðunum samkeppnisyfirvalda og í dómum í samkeppnismálum.<sup>384</sup> Af þessum fordæmum má leiða að fjárhagslegur aðskilnaður felist að lágmarki í eftirfarandi þáttum:

- Að stofnuð sé sérstök eining um samkeppnisrekstur og að reikningshald einingarinnar sé sjálfstætt.
- Gerður sé stofnefnahagsreikningur, eignir yfirfærðar á markaðsverði ef þess er kostur, annars á endurkaupsverði að frádregnum hæfilegum afskriftum.
- Öll viðskipti milli samkeppnisrekstrar og annarra sviða skulu verðlögð á markaðsverði eins og um viðskipti milli óskyldra aðila væri að ræða.
- Samkeppnisrekstur greiði fyrir þá aðstöðu sem hann nýtir sameiginlega með öðrum sviðum eins og um viðskipti milli óskyldra aðila væri að ræða.

<sup>382</sup> Hér má t.d. nefna úrskurð *áfrýjunarnefndar samkeppnismála 14. september 1999 (nr. 14/1999)*, úrskurð *áfrýjunarnefndar 9. september 1996 (nr. 13/1996)*, og *ákvörðun samkeppnisráðs 22. desember 1997 (nr. 51/1997)* þar sem til greina kom að beita 2. mgr. 14. gr. en talið var að sýnt hefði verið fram á að samkeppnisrekstur Sundlaugar Kópavogs hafi ekki verið niðurgreiddur af opinbert verndaðri starfsemi.

<sup>383</sup> M.a. í *ákvörðun samkeppnisráðs 30. apríl 2002 (nr. 13/2002)*, *ákvörðun samkeppnisráðs, 19. september 1996 (nr. 32/1996)*, *ákvörðun samkeppnisráðs 4. desember 2001 (nr. 39/2001)* og *ákvörðun samkeppniseftirlitsins 19. október 2006 (nr. 40/2006)*.

<sup>384</sup> *Ákvarðanir samkeppnisráðs 22. maí 1996 (22/1996)*, *22. maí 1996 (23/1996)*, *31. maí 1996 (26/1996)*, *19. september 1996 (32/1996)*, *ákvörðun Samkeppniseftirlitsins 19. október 2006 (40/2006)*, *úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 27. nóvember 1996 (14/1996)* og *Hrd. 1997, bls. 2625 (156/1997)*

Í sumum tilvikum hefur fjárhagslegur aðskilnaður jafnframt verið látinn ná til stjórnunarlegs aðskilnaðar. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 26/1996, *Sól hf. Gegn Mjólkursamlagi Kaupfélags Eyfirðinga* kom fram það mat samkeppnisráðs að ekki yrði annað séð af markmiði samkeppnislaga, anda þeirra og tilgangi 2. mgr. 14. gr. laganna (nú 14. gr.) en að með fjárhagslegum aðskilnaði væri að öllu jöfnu átt við fullkominn aðskilnað, bæði stjórnunarlegan sem reikningsskilalegan, milli starfsþátta sem reknir eru í skjóli einkaleyfis eða verndar og starfsþátta sem eru í samkeppni.<sup>385</sup> Hefur þetta sjónarmið margoft komið fram í úrskurðum samkeppnisráðs.<sup>386</sup> Þessi skilningur samkeppnisráðs hlaut staðfestingu fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála nr. 13/1996, *Kaupfélag Eyfirðinga gegn samkeppnisráði*, þar sem það var viðurkennt að undir 2. mgr. 14. gr. (nú 14. gr.) heyrði einnig stjórnunarlegur aðskilnaður.<sup>387</sup> Áfrýjunarnefndin hefur einnig staðfest ákvörðun samkeppnisráðs í máli nr. 14/1996, *Útfararstofa Kirkjugarðanna gegn samkeppnisráði*, sem gengur enn lengra í stjórnunarlegum aðskilnaði en í máli 13/1996. Sá úrskurður var síðar staðfestur fyrir Hæstarétti.<sup>388</sup> Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/1999, *Þorbergur Þórðarson gegn samkeppnisráði*, kom fram að þegar um sé að ræða öflug fyrirtæki sem hafa ráðandi stöðu á viðkomandi markaði telji ráðið yfirleitt þörf á því að mæla fyrir um bæði bókhaldslegan og stjórnunarlegan aðskilnað. Þegar umfang viðkomandi reksturs sé lítið eða óverulegt séu aftur á móti gerðar minni kröfur.<sup>389</sup>

14. gr. samkeppnislaga er heimildarákvæði.<sup>390</sup> Við beitingu þess verða samkeppnisyfirvöld að hafa hliðsjón af þeim samkeppnisþáttum sem fyrir hendi eru í hverju máli fyrir sig, auk ákvæða stjórnsýslulaga. Auk samkeppnislaga er tekið á víxlniðurgreiðslum í hinum ýmsum sérlögum og geta samkeppnisyfirvöld í vissum tilvikum einnig þurft að hafa hliðsjón af þeim ákvæðum.

## 8.2 Sérlög

Í sumum sérlögum er gengið lengra en í samkeppnislögum og kveðið á um algeran aðskilnað samkeppnisstarfsemi frá lögboðinni starfsemi. Verður nú litið á helstu sérlög þar sem slík

---

<sup>385</sup> *Ákvörðun samkeppnisráðs 31. maí 1996 (26/1996), bls. 13*

<sup>386</sup> *Ákvarðanir samkeppnisráðs 22. maí 1996 (22/1996) og 22. maí 1996 (23/1996)* er varða sjúkrahússapótek Land-spítalans og Sjúkrahúss Reykjavíkur og *19. september 1996 (32/1996) varðandi Útfarastofu Kirkjugarðanna.*

<sup>387</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 9. september 1996 (13/1996), bls. 4*

<sup>388</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 27. nóvember 1996 (14/1996) og Hrd. 1997, bls. 2625, (156/1997)*

<sup>389</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar 14. september 1999 (14/1999), bls. 5*

<sup>390</sup> *Ákvörðun samkeppniseftirlitsins 17. desember 2008 (63/2008), bls. 3*

aðskilnaðarákvæði er að finna.

Með nýjustu lögum um fjarskipti nr. 81/2003 voru gerðar ákveðnar formbreytingar að því er varðar fjárhagslegan aðskilnað og í stað heimildar Póst- og fjarskiptastofnunar til að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað er kveðið á um ófrávíkjanlega lagaskyldu um aðskilnað fyrirtækja sem njóta einka- og sérréttinda og þeirra fyrirtækja sem eru í samkeppnisrekstri, sbr. 36. gr. laganna. Á þetta ákvæði reyndi í ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar um fjárhagslegan aðskilnað fjarskiptastarfsemi Orkuveitu Reykjavíkur 13. nóvember 2006. Þar taldi Póst- og fjarskiptastofnun ótvírætt að 36. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 tæki til Orkuveitu Reykjavíkur og fyrirtækinu bæri þannig að skilja fjarskiptastarfsemi sína fjárhagslega frá einkaleyfisverndaðri starfsemi.

Í 1. mgr. 37. gr. lyfjalaga nr. 93/1994 er að finna sams konar ákvæði þar sem fram kemur að heimilt sé að starfrækja sérstök sjúkrahúsapótek á sjúkrahúsum sem hafa umsjón með og bera ábyrgð á öflun og varðveislu lyfja og eftirliti með notkun þeirra á einstökum deildum en rekstur þeirra skuli vera fjárhagslega aðskilinn frá öðrum rekstri sjúkrahússins. Þetta ákvæði var m.a. sett í þeim tilgangi að jafna samkeppnisstöðu sjúkrahúsapóteka og almennra apóteka og er þannig til stuðnings hinu almenna ákvæði í 14. gr. samkeppnislaga. Kom þetta m.a. fram í ákvörðunum samkeppniseftirlitsins nr. 22/1996 og nr. 23/1996 varðandi fjárhagslegan aðskilnað sjúkrahús-apóteka.<sup>391</sup>

Í 21. gr. laga nr. 36/1993 um kirkjugarða, greftrun og líkbrennslu er strangt og afdráttarlaust ákvæði um að þar sem kirkjugarðsstjórnir reki útfararþjónustu skuli sú starfsemi og fjárhagur henni tengdur vera algerlega aðskilinn frá lögboðnum 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. Ágreiningur um rekstur útfararþjónustu hefur í nokkrum tilfellum komið til kasta Samkeppniseftirlitsins og skal nú nánar farið í þá réttarframkvæmd og hvernig sérlögum var beitt með samkeppnislögum.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/1999, *Þorbergur Þórðarson gegn samkeppnisráði*, kom fram að ákvæðum 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga (nú 14. gr.) um fjárhagslegan aðskilnað væri fullnægt og að ákvæði 21. gr. laganna um kirkjugarða, greftrun og líkbrennslu takmarki ekki beitingu þess að neinu leyti.<sup>392</sup> Í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 14/1996, *Útfararstofa Kirkjugarðanna gegn samkeppnisráði*, kom fram að við mat á aðgerðum sem til þess eru fallnar að koma á fjárhagslegum aðskilnaði verði að hafa í huga að

<sup>391</sup> *Ákvarðanir samkeppnisráðs 22. maí 1996 (22/1996), 22. maí 1996 (23/1996),*

<sup>392</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar 14. september 1999 (14/1999), bls. 6.*

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. Staðfesti áfrýjunarnefnd því ákvörðun samkeppnisráðs um stjórnunarlegan aðskilnað.<sup>393</sup> Þessu máli var skotið til dómstóla.<sup>394</sup> Þar féllst Hæstiréttur á það að samkvæmt 2. mgr. 14. gr. (nú 14. gr.) hafi samkeppnisyfirvöldum verið heimilt að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað þess hluta rekstrar kirkjugarðanna, sem rekinn var í samkeppni við aðra, frá öðrum rekstri. Til þess að fjalla réttilega um fjárhagslegan aðskilnað rekstrarins taldi Hæstiréttur nauðsynlegt að huga að þeim lagareglum, sem gilda um kirkjugarða, þar á meðal reglu 2. mgr. 21. gr. laga nr. 36/1993 þar sem mælt var fyrir um það, að starfsemi útfararþjónustu og fjárhagur henni tengdur skuli algerlega aðskilin frá lögboðnum verkefnum kirkjugarðsstjórnar. Kvað Hæstiréttur þetta ekki verða skilið á annan veg en ákvæðið styðji ákvörðun samkeppnisyfirvalda um þann stjórnunarlega aðskilnað, sem mælt var fyrir um. Því hafi verið rétt að skilja ákvæði 2. mgr. 14. gr. (nú 14. gr.) um fjárhagslegan aðskilnað með sama hætti og 2. mgr. 21. gr. laga nr. 36/1993, en það ákvæði yrði ekki öðruvísi skýrt en átt hafi verið við algeran aðskilnað og þá einnig, hvað varðar daglega stjórn fyrirtækisins. Hæstiréttur taldi því samkeppnisyfirvöld hafa haft formlega heimild til aðgerða, þar á meðal þeirra, sem mælt væri fyrir um í 2. mgr. 14. gr. laga nr. 8/1993 (nú 14. gr. laga nr. 44/2005), sbr. 2. mgr. 21. gr. laga nr. 36/1993.

Af þessari umfjöllun má sjá að sérlög geta gengið lengra en samkeppnislög og kveðið á um algeran og ófrávíkjanlegan aðskilnað samkeppnisstarfsemi frá lögboðinni starfsemi. Ákvæði sérlaga og samkeppnislaga um fjárhagslegan aðskilnað eru þó að vissu leyti samhljóða og verður að líta svo á að samkeppnislögin séu sérlögum til fyllingar að því marki sem ákvæði þeirra stangast ekki á.<sup>395</sup> Því er unnt að beita ákvæðum samkeppnislaga og þeim íhlutunarheimildum samkeppnisyfirvalda sem í þeim felast samhliða ákvæðum sérlaga um þá starfsemi sem um ræðir, svo framarlega sem þau eru samrýmanleg.<sup>396</sup> Samkeppniseftirlitið hefur þó bent á á að heimildir þess til að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað hjá fyrirtækjum byggji á 14. gr. samkeppnislaga en ekki ákvæðum sérlaga.<sup>397</sup>

---

<sup>393</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar 27. nóvember 1996 (14/1996)*, bls 6.

<sup>394</sup> *Hrd. 1997*, bls. 2625.

<sup>395</sup> *Ákvörðun samkeppnisráðs 16. febrúar 1996 (2/1996)*, bls. 9.

<sup>396</sup> *Ákvörðun samkeppnisráðs 22. maí 1996 (22/1996)*, bls. 11.

<sup>397</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar 14. september 1999 (14/1999)*, bls 4.

## 9 Víxlنيurgreiðslur á íslenskum raforkumarkaði

Hér að framan hefur verið fjallað um löggjöf sem kveður á um aðskilnað milli einkaleyfastarfsemi og samkeppnisstarfsemi á ýmsum réttarsviðum. Kannski er flóknasta tilfelli þess konar aðskilnaðar að finna á raforkumarkaðnum þar sem mörg fyrirtæki sem þar starfa eru samtvinnuð gegnum eignarhald og dreifa raforku auk þess að framleiða hana og selja. Flutningur og dreifing raforku telst vera einkaleyfastarfsemi en sala og framleiðsla samkeppnisstarfsemi. Þessi fyrirtæki hafa verið gagnrýnd fyrir að víxlنيurgreiða samkeppnisstarfsemi sína með fjármagni úr einkaleyfastarfsemi en það myndi raska samkeppni á markaðnum og leiða til þess að ósanngjörn aðstaða skapaðist gagnvart öðrum aðilum á samkeppnismarkaðnum. Verður nú farið í þróun löggjafar á raforkusviðinu, hver staðan er á íslenskum raforkumarkaði og möguleikar til víxlنيurgreiðslna kannaðir með sérstöku tilliti til blandaðra jarðvarmavirkjana.

### 9.1 Þróun orkumála innan Evrópusambandsins

Allt þar til upp úr 1990 voru gas- og raforkumarkaðir í Evrópu lokaðir fyrir samkeppni. Afnáam hafta á gas- og raforkumörkuðum hófst svo fyrir um 15 árum eftir hæga byrjun en löggjöf ESB um raforkumál hefur verið í hraðri þróun síðan.<sup>398</sup> Einn af grunnþáttum þeirrar löggjafar er aðskilnaður samkeppnis- og einkaleyfaþátta, sem vegna sérstaks skipulags raforkumarkaðar er nauðsynlegur til þess að tryggja jöfn samkeppnisskilyrði og jafnan aðgang að raforkukerfum.

Um 1980 voru í Evrópu líkt og hýrlendis flest orkufyrirtæki í eigu ríkisins en í kringum 1990 fór framkvæmdastjórn ESB að gera athugasemdir við slíkt fyrirkomulag, fyrst á fjarskiptasviði og síðan á orkusviðinu. Á þeim tíma taldi hún ekki raunhæfan möguleika á því að fá samþykki meirihluta aðildarríkja til þess að létta höftum af mörkuðum og ákvað því að styðjast við ákvæði í samkeppnishluta RS til þess að berjast gegn slíkri einokun.<sup>399</sup> Hún hélt því fram að fyrirkomulagið færi í bága við skilyrði RS um frjálsa vöruflutninga og rétt til stofnsetningar fyrirtækja og gæti ekki verið réttlætt með undantekningarákvaði 2. mgr. 86. gr. RS (sem rætt hefur verið um í kafla 7.1 hér að framan).<sup>400</sup> Þannig beitti framkvæmdastjórnin

<sup>398</sup> Christopher W. Jones, *EU Energy Law, The Internal Energy Market*, bls. 1.

<sup>399</sup> Christopher W. Jones, *EU Energy Law, The Internal Energy Market*, bls. 2.

<sup>400</sup> Til upprifjunar þá segir í þeirri grein: „Undertakings entrusted with the operation and services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, insofar as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact and the particular tasks assigned to them. The



2. mgr. 86. gr. til þess að krefjast afnáms einokunar vegna þess að slíkt bryti gegn skilyrðum RS og að það væri ekki nauðsynlegt til þess að framkvæma nauðsynlega þjónustu sem fyrirtækjum bar skylda til að veita.<sup>401</sup> Árið 1991 hóf framkvæmdastjórnin aðgerðir gegn nokkrum aðildarríkjum vegna einokunar þeirra á innlendum raforku- og jarðgasmarkaði og hélt því fram að sú staða væri brot á ákvæði RS um frjálsa vöruflutninga. Dómstóll EB kvað síðar á um í þessum málum að framkvæmdastjórnin gæti gripið til aðgerða á grundvelli RS í þessum tilfellum en kröfur um sönnun þess að réttindin væru ekki nauðsynleg til þess að veita opinbera þjónustu (og þannig falla undir undantekningarákvæði 2. mgr. 86. gr.) væru miklar.<sup>402</sup> Þessir dómur urðu til þess að aðildarríki hófu viðræður um gerð tilskipunar um opnun markaða en það var talið betra fyrirkomulag en það að framkvæmdastjórnin þyrfti að krefjast þess að eigin frumkvæði á grundvelli 2. mgr. 86. gr. RS.<sup>403</sup>

Tillögur að fyrstu tilskipun um innri markað fyrir raforku og jarðgas voru lagðar fram í ársbyrjun 1992, fjórum árum eftir að dómarnir féllu, og öðlaðist hún gildi 19. febrúar 1997. Lauk þannig næstum því átta ára deilum innan ESB.<sup>404</sup> Tilskipunin átti að komast í framkvæmd innan aðildarríkjanna eigi síðar en 19. febrúar 1999 með nokkrum undantekningum.<sup>405</sup> Á þessari tilskipun ESB nr. 96/92/EB um innri markað raforku, grundvallaðist markaðsvæðing raforkumarkaða í ríkjum ESB.<sup>406</sup> Með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar<sup>407</sup> um breytingu á viðauka IV við EES-samninginn varð tilskipunin hluti af EES-samningnum og átti Ísland að innleiða efni tilskipunarinnar í íslenska löggjöf fyrir 1. júlí 2002.

Meginefni tilskipunarinnar var í fyrsta lagi afnám einokunar starfandi orkufyrirtækja, m.a. til að framleiða rafmagn. Í öðru lagi aðskilnaður flutnings og dreifingar frá vinnslu og sölu raforku, a.m.k. í bókhaldi. Í þriðja lagi var aðgangur þriðja aðila að flutnings- og dreifikerfum heimilaður, þannig að þeir orkukaupendur sem fullnægðu tilteknum skilyrðum sem hvert ríki

---

*development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community.”*

<sup>401</sup> Christopher W. Jones, *EU Energy Law, The Internal Energy Market*, bls. 2.

<sup>402</sup> *EBD, mál C-202/88, ECR 1991, bls. I-1223; EBD, mál C-41/90, ECR 1991, bls. I-1979; EBD, mál C-260/89, ECR 1991, bls. I-2951; EBD, mál C-179/90, ECR 1991, bls. I-5889; EBD, mál C-18/88, ECR 1991, bls. I-5973; EBD, mál C-157/94, ECR 1997, bls. I-5699; EBD, mál C-158/94, ECR 1997, bls. I-5789; EBD, mál C-159/94, ECR 1997, bls. I-2925; EBD, mál C-160/94, ECR 1997, bls. I-5699.*

<sup>403</sup> Christopher W. Jones, *EU Energy Law, The Internal Energy Market*, bls. 3.

<sup>404</sup> Martha M. Roggenkamp o.fl., *Energy law in Europe, National, EU and International Regulation*, bls. 343.

<sup>405</sup> Peter Cameron, *Competition in energy markets, law and regulation in the European Union*, bls. 145.

<sup>406</sup> Martha M. Roggenkamp o.fl., *Energy law in Europe, National, EU and International Regulation*, bls. 343.

<sup>407</sup> *Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar, 26. nóvember 1999 (168/1999).*

setti á grundvelli tilskipunarinnar var gert mögulegt að gera samninga við orkuvinnslufyrirtæki um orkukaup og fá orkuna flutta um orkuflutningskerfið.<sup>408</sup>

Í 3. mgr 14. gr. (núverandi 3. mgr. 19. gr. tilskipunar nr. 2003/54/EB) kom fram að tilgangur bókhaldsaðskilnaðar væri sá að koma í veg fyrir mismunun, víxlنيðurgreiðslur og aðrar samkeppnishömlur.<sup>409</sup> Þannig var fyrirtæki í samkeppni, t.d. vinnslufyrirtæki eða sölufyrirtæki raforku, heimilt að stunda einkaleyfastarfsemi eins og t.d. dreifingu raforku en var skylt að halda aðskildu bókhaldi fyrir hvora starfsemi um sig og óheimilt að niðurgreiða samkeppnisreksturinn með einkaleyfastarfseminni.<sup>410</sup> Þá var þess krafist að sá er annaðist kerfisstjórnun flutningskerfis væri stjórnunarlega aðskilinn frá annarri starfsemi.<sup>411</sup> Líklegt er að slík kvöð um að koma skuli í veg fyrir víxlنيðurgreiðslur á raforkumarkaði stofni aðallega til skyldu fyrir aðildarríki til þess að koma upp skilvirkri löggjöf á raforkumarkaði sem komi í veg fyrir niðurgreiðslur samkeppnisstarfsemi með fjármagni úr einkaleyfastarfsemi en banni ekki víxlنيðurgreiðslur milli tveggja fyrirtækja í sjálfum sér.<sup>412</sup>

Með þessari fyrstu tilskipun raforkumarkaðar voru markaðir opnaðir að hluta og náðist með því töluverður árangur sem m.a. sýndi sig í Evrópu með lækkun verða og betri þjónustu.<sup>413</sup> Hins vegar höfðu aðildarríki töluvert ákvörðunarvald t.d. um opnun markaða og löggjöf sem olli því að raforkumarkaðir sumra ríkja voru opnari fyrir samkeppni en annarra. Var þetta talið leiða til skekktrar samkeppnisstöðu.<sup>414</sup>

Þetta leiddi til þess að sett var ný tilskipun um innri markað fyrir raforku nr. 2003/54/EB þar sem gengið var skrefinu lengra og m.a. gerð krafa um að flutningsvirkin yrðu lagalega aðskilin frá framleiðslu og dreifingu.

Frá gildistöku annarrar kynslóðar gas og raforkutilskipana um afnám hafta í júlí 2003 hefur framkvæmdastjórn ESB fylgst náið með innleiðingu aðildarríkja á tilskipununum og áhrifum þeirra á markaðinn og því samhengi gefið árlega út skýrslur um stöðu mála.

<sup>408</sup> Alþt. 2002-03, A-deild, bls. 2923.

<sup>409</sup> Víxlنيðurgreiðslur eru nefndar nokkrum sinnum í tilskipun ESB nr. 2003/54/EB, sem eitt af markmiðum hennar: „*Integrated electricity undertakings shall, in their internal accounting, keep separate accounts for each of their transmission and distribution activities as they would be required to do if the activities in question were carried out by separate undertakings, with a view to avoiding discrimination, cross-subsidisation and distortion of competition.*“

„*Member States shall take the measures necessary to enable: the effective unbundling of accounts, as referred to in Article 19, to ensure that there are no cross-subsidies between generation, transmission, distribution and supply activities.*“

<sup>410</sup> Skýrsla iðnaðarráðherra um raforkumálefni., bls. 10

<sup>411</sup> Þskj. 688, 135. lögþ. 2007-08. (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>412</sup> Bert Willems og Eckart Ehlers: „*Cross-subsidies in the Electricity Sector*“, bls. 211

<sup>413</sup> Martha M. Roggenkamp o.fl., *Energy law in Europe, National, EU and International Regulation*, bls. 344

<sup>414</sup> Martha M. Roggenkamp o.fl.: *Energy law in Europe, National, EU and International Regulation*, bls. 344.

Í skýrslu framkvæmdastjórnar ESB frá árinu 2003 kom fram að þróun innri markaða hefði verið hæg og að vissu leyti valdið vonbrigðum og í fimmtu skýrslu framkvæmdastjórnarinnar kom m.a. fram að mikil samþjöppun væri á markaðnum.<sup>415</sup> Í september 2007 gáfu norrænar samkeppnisstofnanir út svipaða skýrslu þar sem fjallað var um samkeppni á norrænum raforkumarkaði.<sup>416</sup> Í þeirri skýrslu kom fram að töluverð samþjöppun sé á ýmsum sviðum raforkumarkaða á Norðurlöndum og orkuframleiðsla sé að stærstum hluta í höndum fárra stórra fyrirtækja. Sérstaklega var tekið fram að of snemmt væri að segja til um stöðu Íslands og áhrif samkeppni á íslenskan markað þar sem samkeppni væri svo nýlega komin á.<sup>417</sup>

ESB hefur á síðustu árum lagt enn frekari áherslu á orkumálefni. Þann 10. janúar 2007 kynnti sambandið svokallaðan orkupakka ESB eða tillögur að nýrri stefnu í orkumálum þar sem fram komu helstu markmið í orku- og umhverfismálum.<sup>418</sup> Er þetta í fyrsta skipti sem slík heildstæð stefna hefur verið sett fram í orkumálum. Í stefnunni voru samþykkt markmið fyrir ESB fram til ársins 2020 en þau eru m.a. að minnka losun gróðurhúsalofttegunda um 20%, auka skilvirkni orkugjafa um 20%, koma aðildarríkjum ESB í fremstu röð hvað varðar notkun endurnýjanlegra orkugjafa og auka hlutdeild lífræns eldsneytis í eldsneyti ökutækja í 10%. Þann 10. júlí 2007 samþykkti Evrópuþingið svo ályktun um framtíðarhorfur fyrir gas- og raforkumarkaðinn þar sem stuðningi var lýst við orkustefnuna og fram kom m.a. að vænlegasta leiðin til þess að stuðla að fjárfestingu, jöfnum aðgangi fyrir nýja markaðsaðila og gagnsæi á markaði væri að skilja að eignarhald í einkaleyfa- og samkeppnisrekstri.<sup>419</sup> Þann 19. september 2007 birti framkvæmda-stjórnin svonefndan þriðja orkupakka sem fól í sér tillögur að nýrri og breyttri löggjöf í orkumálum sem áttu að tryggja að neytendur hefðu raunverulegt val.<sup>420</sup> Um er að ræða nokkrar tillögur, en mikilvægastar voru tillögur um sameiginlegar reglur um innri markað með raforku og um að setja á laggirnar stofnun fyrir samstarf eftirlitsstofnana. Í tillögu að nýrri tilskipun um sameiginlegar reglur um innri markað með raforku var gerð krafa um aðgreiningu á eignarhaldi<sup>421</sup> þ.e. á milli eignarhalds flutningsvirkja annars vegar og fyrirtækja í framleiðslu og/eða dreifingu hins vegar.<sup>422</sup> Mörg

---

<sup>415</sup> *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - Report on progress in creating the internal gas and electricity market.*

<sup>416</sup> *Capacity for Competition, investing for an Efficient Nordic Electricity Market.*

<sup>417</sup> *Capacity for Competition, Investing for an Efficient Nordic Electricity Market*, bls. 31.

<sup>418</sup> *Communication from the Commission to the European Council and the European Parliament - An energy policy for Europe.*

<sup>419</sup> *Skýrsla utanríkisráðherra um Ísland á innri markaði Evrópu*, bls. 18

<sup>420</sup> The EU Electricity & Gas markets: third legislative package - September 2007. Sjá <http://www.managenergy.net/products/R1950.htm>.

<sup>421</sup> e. „ownership unbundling.“

<sup>422</sup> Tillaga að tilskipun, til viðbótar tilskipun 2003/54/EB um reglur fyrir sameiginlega raforkumarkaðinn,

ríki ESB eru því fylgjandi að aðgreina eignarhald orkufyrirtækja eins og t.d. Holland, Danmörk og Belgía en sum ríki, t.d. Þýskaland og Frakkland telja með því of langt gengið.<sup>423</sup> Því var annar möguleiki í boði eða svokallaður sjálfstæður kerfisstjóri<sup>424</sup> sem yrði þá falið að fara með alla starfsemi flutningsvirkis á meðan einkaleyfa- og samkeppnisstarfsemi væri enn á sömu hendi. Þetta gerði fyrirtækjum kleift að eiga áfram flutningsvirki ásamt því að stunda framleiðslu og dreifingu.<sup>425</sup>

Tillagan var lögð fram á ráðsfundi orkuráðherra til kynningar þann 3. desember 2007, en umræða um tillöguna fór ekki fram þar sem aðildarríkin voru og eru enn ósammála, m.a. um hvort taka eigi upp sundurgreiningu á eignarhaldi.<sup>426</sup>

## 9.2 Raforkumarkaður á Íslandi

Ísland hefur yfir að búa miklum endurnýjanlegum orkulindum, vatnsorku og jarðvarma og búa þannig Íslendingar við nokkra sérstöðu í orkumálum miðað við önnur lönd í Evrópu.<sup>427</sup> Á síðustu árum hafa orðið miklar breytingar á raforkumarkaði á Íslandi og hefur nú sá markaður sem áður einkenndist af einkaleyfum og samkeppnishöftum verið markaðsvæddur og samkeppni gerð möguleg. Þar sem enn er til staðar svokölluð náttúrleg einokun í flutningi og dreifingu á raforku hefur verið komið á reglum sem koma í veg fyrir að slík einokun hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Vixlniðurgreiðslur frá einkaleyfastarfsemi yfir í samkeppnisstarfsemi myndu tvímælalaust koma í veg fyrir að markmið markaðsvæðingar næðist og hefur því verið gripið til ráðstafanna til þess að koma í veg fyrir að slíkt eigi sér stað.

Raforkumál hafa verið lengi í mótun hér á landi. Almenn rafvæðing hófst á fjórða áratug síðustu aldar og árið 1946 voru sett raforkulög sem náðu til allra raforkumála í landinu og með þeim voru Rafmagnsveitur ríkisins stofnaðar.<sup>428</sup> Landsvirkjun var stofnuð árið 1965 sérstaklega til að annast uppbyggingu og rekstur á virkjunum.<sup>429</sup> Það markaði ákveðin þáttaskil í þróun raforkukerfis landsins þar sem stærri virkjunum fylgdi aukið hagræði sem

---

COM(2007) 528 final.

<sup>423</sup> Skýrsla utanríkisráðherra um Ísland á innri markaði Evrópu, bls. 20

<sup>424</sup> e. „Independent System Operators.“

<sup>425</sup> Skýrsla utanríkisráðherra um Ísland á innri markaði Evrópu, bls. 19

<sup>426</sup> Skýrsla utanríkisráðherra um Ísland á innri markaði Evrópu, bls. 20

<sup>427</sup> Alþt. 2002-03, A-deild, bls. 2920

<sup>428</sup> Skýrsla iðnaðarráðherra um raforkumálefni., bls. 7.

<sup>429</sup> Heimasíða Landsvirkjunar, „Saga Landsvirkjunar“, <http://www.lv.is>, sótt 16. apríl 2009.

gerði mögulegt að nýta raforku fyrir stóriðju jafnt sem almenna notkun en stóriðja er forsenda fyrir öflugu raforkukerfi.<sup>430</sup>

Allmörg veitufyrirtæki, af ýmsum stærðum, annast dreifingu á orku hér á landi. Á undanförunum árum hefur það orðið algengara að rekstur hitaveitna og dreifiveitna rafmagns sé sameinaður í eitt fyrirtæki, eftir atvikum ásamt vatnsveitu og jafnvel fráveitu.<sup>431</sup> Þess eru dæmi að orkufyrirtæki með blandaða starfsemi hafi aðgreint samkeppnisþátt starfseminnar frá einkaleyfastarfseminni, eins og Rarik gerði með stofnun Orkusölnunnar um framleiðslu og sölu á raforku.<sup>432</sup>

Lengst af hafa fyrirtæki sem sjá um að vinna, dreifa og selja orku verið alfarið í eigu hins opinbera. Var af mörgum talið að markaðsvæðing og samkeppni ætti þar ekki við m.a. vegna einkaleyfa sem einkenndu markaðinn.<sup>433</sup> Þrátt fyrir markaðsvæðingu raforkumarkaðarins voru öll stærri orkufyrirtæki landsins enn í eigu ríkis eða sveitarfélaga fram til ársins 2007 þegar einkaðaðili eignaðist hlut í Hitaveitu Suðurnesja í kjölfar sölu ríkisins á hlutum þess. Urðu þá miklar umræður um eignarhald á orkulindum í eigu orkufyrirtækja og eignarhald einkaaðila í þeim hluta orkufyrirtækja sem fer með einkaleyfastarfsemi auk þess sem spurningar vöknudu um umsvif orkufyrirtækja á öðrum sviðum.<sup>434</sup> Leiddi sú umræða til þess að sett voru lög árið 2008 sem farið verður í nánar síðar.<sup>435</sup> Í dag eru öll stærri orkufyrirtækin, nema Hitaveita Suðurnesja, nú HS-Orka og HS-Veitur, alfarið í eigu ríkis eða sveitarfélaga.

Sú þjónusta sem felst í rekstri einkaleyfastarfsemi og þeirra grunnkerfa, sem undir hana falla, er mikilvæg fyrir alla starfsemi þjóðfélagsins og þeir sem leyfi hafa fyrir slíkri starfsemi bera einnig víðtækar skyldur.

### 9.2.1 Raforkulög nr. 65/2003

Vegna aðildar Íslands að EES-samningnum hafa ýmsar tilskipanir ESB á sviði orkumála verið innleiddar í íslenskan rétt. Þessar tilskipanir hafa leitt til breytinga og nýmæla í orkulöggjöf á Íslandi.<sup>436</sup>

Árið 2003 urðu miklar breytingar á íslenskum raforkumarkaði þegar samþykkt voru ný raforkulög sem fólu í sér heildarendurskoðun á löggjöf um vinnslu, flutning, dreifingu og sölu

<sup>430</sup> Alþt. 2002-03, A-deild, bls. 2921.

<sup>431</sup> Alþt. 2002-03, A-deild, bls. 2921.

<sup>432</sup> Þskj. 688, 135. lögb. 2007-08. (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>433</sup> Alþt. 2002-03, A-deild, bls. 2914 og 2921.

<sup>434</sup> Þskj. 688, 135. lögb. 2007-08. (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>435</sup> Þskj. 688, 135. lögb. 2007-08. (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>436</sup> *Skýrsla iðnaðarráðherra um raforkumálefni.*, bls. 13

raforku. Lög þessi byggðu að stórum hluta á tilskipun ESB nr. 96/92/EB, um sameiginlegar reglur um innri markað á sviði raforku.

Meginmarkmið laganna var að stuðla að þjóðhagslega hagkvæmu raforkukerfi, þar með talið þjóðhagslega hagkvæmri nýtingu orkulinda til raforkuvinnslu. Lögunum var í því skyni m.a. ætlað að skapa forsendur fyrir samkeppni í vinnslu og viðskiptum með raforku og var sú leið farin að skilja í bókhaldi á milli einkaleyfastarfsemi raforkufyrirtækja, þ.e. flutnings og dreifingar raforku, og samkeppnisstarfsemi, þ.e. vinnslu og sölu.<sup>437</sup> Samkvæmt raforkulögum taldist flutningur raforku einkaleyfastarfsemi og eitt fyrirtæki, Landsnet hf., skyldi annast flutning raforku og kerfisstjórnun.<sup>438</sup> Einkaleyfi til dreifingar á afmörkuðum svæðum var í höndum dreifiveitna.<sup>439</sup> Landsneti var óheimilt að stunda aðra starfsemi en þá sem því væri nauðsynleg til að geta rækt skyldur sínar samkvæmt 2. mgr. laga nr. 75/2004 um stofnun félagsins.

Þessi breyting sem komið var á með hinum nýju raforkulögum, hefur hér á landi verið kölluð markaðsvæðing.<sup>440</sup>

Í tengslum við setningu raforkulaga 65/2003 urðu þannig verulegar breytingar á stjórnýslu og rekstrarumhverfi orkufyrirtækja, m.a. hvað varðar réttarstöðu, rekstrarform og skipulag.<sup>441</sup>

### 9.2.2 Breytingar á lögum á auðlinda- og orkusviði.

Árið 2008 var lagt fram frumvarp til laga um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði sem samþykkt voru sem lög nr. 58/2008. Þær höfðu þann tilgang að setja reglur um eignarhald auðlinda í opinberri eigu og skýra enn frekar mörk samkeppnis- og einkaleyfisþátta í starfsemi orkufyrirtækja.<sup>442</sup> Lögin áttu að taka gildi 1. júlí 2009 en því var frestað hvað sum ákvæði frumvarpsins varðar til næstu áramóta vegna aðstæðna á mörkuðum. Í greinargerð með frumvarpi kemur fram að miklir þjóðhagslegir og samfélagslegir hagsmunir tengist eignarhaldi og nýtingu orkuauðlinda landsins og því sé mikilvægt að þær verði áfram í samfélagslegri eigu þó svo að tekin hafi verið upp samkeppni í framleiðslu og sölu á raforku í samræmi við tilskipanir ESB.<sup>443</sup> Þar sem dreifi- og hitaveitur gegni hér á landi mjög

<sup>437</sup> Alpt. 2002-03, A-deild, bls. 2921.

<sup>438</sup> Alpt. 2002-03, A-deild, bls. 2921.

<sup>439</sup> Alpt. 2002-03, A-deild, bls. 2921.

<sup>440</sup> *Skýrsla Össurar Skarphéðinssonar iðnaðarráðherra um raforkumálefni.*, bls. 8

<sup>441</sup> Þskj. 688, 135. lögþ. 2007-08. (enn óbirt í A-deild Alpt.).

<sup>442</sup> Þskj. 688, 135. lögþ. 2007-08. (enn óbirt í A-deild Alpt.).

<sup>443</sup> Þskj. 688, 135. lögþ. 2007-08. (enn óbirt í A-deild Alpt.).

mikilvægu hlutverki er lagt til að í þeim tilvikum þar sem starfsemi dreifi- og hitaveitna byggist á einkaleyfum verði opinbert meirihlutaeignarhald tryggt. Mikilvægt sé þó að þessi fyrirtæki blandi ekki rekstri sínum við aðra ótengda starfsþætti en ákvæði 5. mgr. 8. gr. raforkulaga og 2. gr. laga nr. 75/2004, um stofnun Landsnets hf. byggjast á sömu sjónarmiðum.<sup>444</sup>

Með lagabreytingunum er einnig þeirri þróun og umræðu er átt hefur sér stað innan ESB fylgt eftir og lögð til sú breyting á raforkulögum að í stað bókhaldslegs aðskilnaðar verði gerð krafa um fyrirtækjaaðskilnað, þ.e. að einkaleyfis- og samkeppnisþættir skuli reknir hvor í sínu fyrirtæki. Ekki var þó gerð tillaga um aðskilnað eignarhalds heldur að settar verði reglur um að stjórn dreifiveitu sé sjálfstæð gagnvart öðrum fyrirtækjum sem stunda vinnslu, flutning eða sölu raforku. Á þetta að tryggja jafnan aðgang framleiðenda að flutnings- og dreifikerfum raforku og koma í veg fyrir samkeppnishindranir sem kunna að leiða af því að einkaleyfis- og samkeppnisstarfsemi sé á sömu hendi.<sup>445</sup> Þetta er í samræmi við það mat samkeppnisyfirvalda á Norðurlöndum að til þess að tryggja að flutningsfyrirtæki og dreifiveitur mismuni ekki viðskiptavinum sínum sé æskilegt að skilja að einkaleyfis- og samkeppnisrekstur. Telja þau að heppilegast sé að skilja að eignarhald samkeppnis- og einkaleyfisþátta á raforkumarkaði en sé það ómögulegt sé fyrirtækjaaðskilnaður æskilegur.<sup>446</sup>

Ákvæði laganna um aðskilnað eru tvíþætt, annars vegar krafa um fyrirtækjaaðskilnað og hins vegar krafa um stjórnunarlegt sjálfstæði. Þannig er nú í raforkulögum og orkulögum kveðið á um að dreifi- og hitaveitum sé óheimilt að stunda aðra starfsemi en þá sem nauðsynleg er til að veiturnar geti rækt skyldur sínar samkvæmt einkaleyfum og lögum þar að lútandi. Ennþá er heimilt að reka alla einkaleyfastarfsemi í einu og sama fyrirtækinu, svo sem dreifiveitu, hitaveitu, vatnsveitu og fráveitu og aðra þá starfsemi sem jafna má við einkaleyfastarfsemi, en óheimilt er að stunda samkeppnisstarfsemi sem verður að færa í sjálfstætt fyrirtæki. Þó ná þessi ákvæði ekki ná til minnstu orkufyrirtækjanna og eru mörkin sett við árlegar rekstrartekjur sem eru 2 milljarðar kr. eða minni. Í öllum tilvikum er því dreifi- og hitaveitu óheimilt að stunda samkeppnisstarfsemi nema rekstrartekjur séu undir þeim mörkum sem kveðið er á um í ákvæðinu.<sup>447</sup>

---

<sup>444</sup> Þskj. 688, 135. lögb. 2007-08. (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>445</sup> Þskj. 688, 135. lögb. 2007-08. (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>446</sup> *Capacity for Competition, Investing for an Efficient Nordic Electricity Market*, bls. 11

<sup>447</sup> Þskj. 688, 135. lögb. 2007-08. (enn óbirt í A-deild Alþt.).

### 9.3 Blandaðar jarðvarmavirkjanir

Hitaveituvæðing Íslands hófst upp úr 1920. Þegar olúkreppan skall á eftir 1970 var gert mikið átak víða um land í að finna jarðhita til að leysa af hólmi olúkyndingu og hlutur jarðhita við hitun jókst þá úr rúmlega 50% í 85% á tiltölulega skömmum tíma. Nú eru um þrjátíu opinberar hitaveitur og nær tvö hundruð litlar sveitahitaveitur á landinu sem nýta jarðhita sem orkugjafa.<sup>448</sup>

Jarðhiti er í bókstaflegri merkingu orðsins sá hiti í jörðinni sem er umfram þann hita er ríkir við yfirborð jarðar. Til að jarðhitakerfi verði til, þarf einkum þrennt að vera til staðar; varmagjafi, vatn og vel sprungið eða vatnsleiðandi berg.<sup>449</sup> Jarðhitasvæðum á Íslandi er skipt í lághitasvæði og háhitasvæði eftir hámarkshita í efstu jarðlögum. Á lághitasvæðum er hámarkshiti lægri en 150°C á 1 km dýpi en yfir 200 °C á háhitasvæðum. Lághitasvæðin eru að mestu nýtt til hitunar en háhitasvæðin til rafmagnsframleiðslu og/eða hitunar og iðnaðar.<sup>450</sup>

Þegar greina þarf á milli fyrirbærisins jarðhita og þeirrar orku sem berst með vatni og gufu upp til yfirborðs er orðið jarðvarmi notað um orkuna. Þannig er talað um jarðvarmavirkjanir (eða jarðgufuvirkjanir) fremur en um jarðhitavirkjanir þó svo að orðið hitaveita hafi mikið verið notað. Í dag nokkuð um virkjanir sem framleiða bæði varma og rafmagn. Er þá talað um blandaðar jarðvarmavirkjanir.

#### 9.3.1 Samkeppnishindranir er stafa af blönduðum jarðvarmavirkjunum

Eins og áður hefur komið fram eru hitaveitur með einkaleyfi fyrir starfsemi sinni og eru að mestu í eigu opinberra aðila. Sjónarmið um aðskilnað einkaleyfis- og samkeppnisþátta eiga því einnig við þegar raforka er framleidd í samneyti við hitaveitu. Tilfelli blandaðra jarðvarmavirkjana, þar sem bæði er framleidd raforka og varmi til húshitunar, er þó annars eðlis og töluvert flóknara en almennt gengur um aðskilnað einkaleyfa- og samkeppnisstarfsemi þar sem þar er um að ræða verulegan sameiginlegan kostnað sem ekki verður aðskilinn með einföldu móti.

Stofnkostnaði jarðvarmavirkjana er skipt í tvo hluta, annars vegar kostnað við mannvirki ofanjarðar og hins vegar kostnað við mannvirki neðanjarðar. Kostnaðarþættir ofanjarðar eru atriði eins og yfirborðsrannsóknir, virkjunin sjálf og gufuleiðslur. Kostnaður við

---

<sup>448</sup> María J. Gunnarsdóttir: *Jarðhiti – mikilvæg auðlind*, bls. 4.

<sup>449</sup> María J. Gunnarsdóttir: *Jarðhiti – mikilvæg auðlind*, bls. 5.

<sup>450</sup> María J. Gunnarsdóttir: *Jarðhiti – mikilvæg auðlind*, bls. 5.



neðanjarðarmannvirki er borkostnaður og annar kostnaður sem tengist borholum.<sup>451</sup> Bortækni hér á landi hefur að mestu þróast út frá olíuborunum og grunnvatnsborunum. Ein borhola er mikið og dýrt mannvirki þó ekki sjáist mikið á yfirborðinu.<sup>452</sup> Þegar mögulegt er að framleiða rafmagn úr varmaorku og nýta afganginn til húshitunar fæst bæði aukin nýtni og aukið notkunarvið fyrir hitaveituvatn.<sup>453</sup> Ljóst er einnig að mikið hagræði er af því að bæta framleiðslu rafmagns við starfsemi hitaveitu þar sem hægt er að nýta sömu borholu og önnur mikilvæg mannvirki og þannig yfirleitt aðeins um að ræða lítinn viðbótarkostnað vegna rafmagnsframleiðslunnar. Einungis þarf að bæta við túrbínu og hugsanlega öðrum minniháttar mannvirkjum til þess að rafmagnsframleiðsla geti hafist. Þegar litið er á markaðinn sem um ræðir hér á landi, er ljóst að aðeins fáir aðilar eiga þess kost að framleiða rafmagn úr virkjunum sem einnig eru nýttar til þess að framleiða jarðvarma fyrir hitaveitu. Stafar það af því að til þess að geta starfrækt hitaveitu þarf ákveðna nálægð við þéttbýli auk einkaleyfis fyrir starfsemi. Þetta skapar ójafnvægi á samkeppnismarkaði þar sem þau raforkufyrirtæki sem ekki geta framleitt jarðvarma samhliða raforkuframleiðslunni greiða þann stofnkostnað er fylgir slíkri virkjun án þess að geta dreift honum á aðra framleiðslu. Eru þau augljóslega í erfiðari stöðu heldur en þau sem deila kostnaðinum með annarri starfsemi.

Reynt hefur verið að taka á þessu í íslenskri löggjöf. Í 7. gr. raforkulaga 65/2003 eru skyldur vinnslufyrirtækja skilgreindar og skal samkvæmt 1. mgr. raforkuvinnslufyrirtæki í bókhaldi sínu halda reikningum vegna raforkuvinnslu aðskildum frá annarri starfsemi sem fyrirtækið stundar. Með því á að tryggja að raforkuvinnsla, sem er samkvæmt frumvarpinu samkeppnisstarfsemi, sé ekki niðurgreidd af einkaleyfastarfsemi og að gagnsæi sé í verðmyndun á raforku.<sup>454</sup> Til áréttingar er tekið fram að halda verði aðskilda reikninga í bókhaldi vegna vinnslu á raforku annars vegar og annarrar orkuvinnslu hins vegar, svo sem á heitu vatni eða gufu þegar eitt og sama orkuverið framleiðir hvoru tveggja.

Í lögum um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði sem taka gildi um næstu áramót og kynnt voru að framan hefur 7. gr. raforkulaga verið breytt og gerð skýrari. Nú kemur þar fram í 1. mgr. að starfræki vinnslufyrirtæki jarðvarmaorkuver sem bæði vinnur raforku og aðra orku, svo sem heitt vatn eða gufu, skuli fyrirtækið í bókhaldi sínu halda reikningum vegna vinnslu raforku og annarrar vinnslu aðskildum. Þar sem það er erfitt að skipta upp slíkri starfsemi er heimilað að vinnslufyrirtæki reki slík orkuver og framleiði bæði

---

<sup>451</sup> Valgarður Stefánsson: „Stofnkostnaður jarðvarmavirkjana“, bls. 1.

<sup>452</sup> María J. Gunnarsdóttir: *Jarðhiti – mikilvæg auðlind*, bls. 6.

<sup>453</sup> Þorsteinn I. Sigfússon: „Varmarafmagn: Varmi verður raforka“, bls. 2.

<sup>454</sup> Alþt. 2002-03, A-deild, bls. 2954.

raforku og heitt vatn. Hagsmunir hitaveitunnar gagnvart viðskiptavinum sínum eru tryggðir með því að raforkuframleiðandinn er skyldaður til þess að afhenda hitaveitu varmaorku en um bókhaldslegan aðskilnað og verðlagningu fyrir afhendingu á varmaorku fer samkvæmt 41. gr. raforkulaga en í þeirri grein er kveðið á um skiptireglur vegna slíkra jarðvarmaorkuvera. Þá er lagt til að Orkustofnun verði falið að skera úr ágreiningi vegna verðlagningar á heitu vatni frá slíku jarðvarmaorkuveri.

41. gr. felur það í sér að sundurliða verður ársreikning, bæði rekstrarreikning og efnahagsreikning, eftir mismunandi starfsemi fyrirtækis. Miklu máli skiptir að fyrirtæki geri grein fyrir því hvernig tekjum, kostnaði og eignum og eftir atvikum langtímaskuldum sem ekki er unnt að heimfæra beint á tiltekna starfsemi, er skipt. Í 5. mgr. 41. gr. segir hvernig staðið skuli að bókhaldslegum aðskilnaði þegar um er að ræða jarðvarmaorkuver sem vinnur raforku og aðra orku, svo sem heitt vatn eða gufu en í 6. mgr. er Orkustofnun gert að byggja ákvarðanir skiptireglna á hlutfallslegu verðmæti þeirrar orku sem afhent er. Skuli verðmæti raforku í þessu samhengi ákveðið sem meðalverð raforku við stöðvarvegg í viðskiptum til almennra nota héraðs en þó að teknu tilliti til samninga við þá notendur sem nota meira en 100GWst á ári. Þá er lagt til að önnur orkuafhending verði verðlögð með óbeinum hætti en til þess að það sé mögulegt þarf fyrst að ákvarða arð af þeim heildarfjármunum sem bundnir eru í orkuverinu enda skal arður af fastafjármunum þeim sem bundnir eru í jarðvarmaorkuverinu vera svipaður heildararði af fastafjármunum fyrirtækisins.

### 9.3.2 Reglur Orkustofnunar

Samkvæmt 6. mgr. 41. gr. raforkulaga er eins og áður hefur komið Orkustofnun gert að byggja ákvarðanir skiptireglna á hlutfallslegu verðmæti þeirrar orku sem afhent er. Í þeim skiptireglum sem Orkustofnun hefur gefið út, leiðbeiningum Orkustofnunar um bókhaldslegan aðskilnað blandaðra jarðvarmavirkjana, kemur fram að mótað hafi verið í samstarfi við raforkufyrirtækin hvernig kostnaði skuli skipt í blönduðum jarðvarmavirkjunum og jafnframt hvernig gera skuli grein fyrir tekjum.<sup>455</sup> Að auki hafa verið settar reglur um hvernig verðmæti afurða, raforku og varmaorku, skal reiknað. Verður nú farið stuttlega í innihald þessara verklagsreglna Orkustofnunar.

Samkvæmt þeim skal eignfærsla stofnkostnaðar vera í samræmi við lög um ársreikninga og settar reikningsskilareglur og það sé grundvallarregla að skipta beri stofnkostnaði á milli raforkuvers og heitavatnsvinnslu eftir fönnum. Sá hluti stofnkostnaðar sem ekki næst að

---

<sup>455</sup> *Leiðbeiningar orkustofnunar um aðskilnað bókhalds blandaðra jarðvarmavirkjana*, bls. 1

skipta teljist sameiginlegur stofnkostnaður og fari um afskriftir og fjármagnskostnað af þeim hluta eins og um sameiginlegan rekstrarkostnað.<sup>456</sup>

Einingarverð á raforkusölu virkjunarinnar teljist vera meðalverð á heildarraforkusölu viðkomandi fyrirtækis að frádregnum eðlilegum sölukostnaði. Verð á rúmmetra heits vatns skuli fengið út frá því einingarverði á rafmagni til almennra notenda með því að margfalda það með svokölluðum „skiptistuðli“, sem fjallað verður um hér á eftir.<sup>457</sup>

Rekstrarkostnaði, hvort sem eru afskriftir, fjármagnskostnaður eða annar rekstrarkostnaður, skuli skipt eftir föngum á hina aðskildu vinnsluþætti. Fjármagnskostnaður sé fundinn sem eðlileg ávöxtunarkrafa á það fjármagn sem lagt sé í fjárfestinguna og sé ákveðinn af viðkomandi vinnslufyrirtæki en þó að lágmarki meðalvaxtabyrði viðkomandi fyrirtækis. Þegar afskriftir, fjármagnskostnaður og rekstrarkostnaður séu lagðir saman fáiast heildarkostnaður fyrir viðkomandi þátt starfseminnar.<sup>458</sup>

Til þess að skipta sameiginlegum rekstrarkostnaði milli vinnsluþátta skilgreinir Orkustofnun sérstakan skiptistuðul,  $s$ , sem er ákvarðaður í samræmi við ákvæði 3. tölul. 6. mgr. 41. gr. raforkulaga.<sup>459</sup> Einn  $m^3$  af  $80^\circ C$ <sup>460</sup> heitu vatni er þar látinn jafngilda 10 kWh af raforku.<sup>461</sup> Skiptistuðullinn á þannig jafnt við um samanburð á orku sem og afl. Skipta skal sameiginlegum kostnaði árlega í samræmi við verðmæti orkunnar. Verðmæti orku er talið samsett úr afl- og orkuþætti í jöfnum hlutföllum og skal sameiginlegum kostnaði skipt að helmingi í hlutföllum útreiknaðs afltopps<sup>462</sup> og hámarksrennslis<sup>463</sup> og að helmingi í hlutföllum orku.<sup>464</sup> Reki vinnslufyrirtæki fleiri en eitt raforkuver skal skipta tekjum í hlutfalli unninnar raforku.

Eitt einkenni skiptistuðuls er að eftirlitsaðilinn, Orkustofnun, þarf óheftan aðgang að bókhaldi orkuframleiðandans til þess að gera sér grein fyrir því hvað telst sameiginlegur kostnaður og hvað telst viðbótarkostnaður við hvora framleiðslu. Jafnvel þó slíkur aðgangur sé óheftur er ólíklegt að eftirlitsaðilinn hafi jafngóða þekkingu á skiptingu og uppsetningu kostnaðar og orkuframleiðandinn en tryggja þarf það með öllum mögulegum leiðum. Að

<sup>456</sup> *Leiðbeiningar orkustofnunar um aðskilnað bókhalds blandaðra jarðvarmavirkjana*, bls. 1

<sup>457</sup> *Leiðbeiningar orkustofnunar um aðskilnað bókhalds blandaðra jarðvarmavirkjana*, bls. 1 – 2.

<sup>458</sup> *Leiðbeiningar orkustofnunar um aðskilnað bókhalds blandaðra jarðvarmavirkjana*, bls. 2

<sup>459</sup> *Leiðbeiningar orkustofnunar um aðskilnað bókhalds blandaðra jarðvarmavirkjana*, bls. 2

<sup>460</sup> Sé hitastig vatns annað en  $80^\circ C$  er skiptistuðull kWh af raforku m.v. rúmmetra vatns endurreiknaður m.v. sömu aðferð.

<sup>461</sup> Hlutfallið er fengið á grundvelli sérfræðiálits um að verð á orku við stöðvarvegg endurspegli orkuígildi hennar (exergíu) óháð orkuforminu.

<sup>462</sup> Útreiknaður afltoppur (kW) er skilgreindur sem lægsta klukkutímagildi 5% hæstu aflgilda tímabilsins.

<sup>463</sup> Hámarksrennslis heits vatns ( $m^3/klst.$ ) er skilgreint sem lægsta klukkutímagildi 5% hæstu aflgilda tímabilsins.

<sup>464</sup> *Leiðbeiningar orkustofnunar um aðskilnað bókhalds blandaðra jarðvarmavirkjana*, bls. 3

öðrum kosti getur orkuframleiðandinn felld kostnað undir sameiginlegan kostnað sem eðlilegt væri að telja sérkostnað við samkeppnisstarfsemi.

Orkustofnun hefur samkvæmt 24. gr. raforkulaga eftirlit með því að fyrirtæki sem starfa samkvæmt raforkulögum fullnægi þeim skilyrðum sem um starfsemina gilda. Við framkvæmd eftirlitsins ber Orkustofnun að hafa samráð við samkeppniseftirlitið. Orkustofnun gefur á grundvelli 25. gr. raforkulaga út leiðbeiningar um efni og form þeirra upplýsinga sem fyrirtæki eiga að skila til stofnunarinnar eigi síðar en 1. maí hvert ár og fyrir 1. júlí hvert ár skal Orkustofnun skila samkeppniseftirlitinu skýrslu um afkomu rekstrarþátta jarðvarmavirkjana. Samkeppniseftirlitið tekur þá ákvörðun um frekari rannsókn á hugsanlegum niðurgreiðslum og hvort þörf sé á íhlutun sbr. 27. gr. raforkulaga.

### *9.3.3 Sjónarmið um skiptingu kostnaðar og skipulag íslensks raforkumarkaðar*

Efnahagslegt hagræði af blönduðum jarðvarmavirkjunum er mikið. Staðan er hins vegar sú að á raforkumarkaðnum eru einnig jarðvarmavirkjanir sem ekki njóta þessarar hagræðingar og veldur það erfiðleikum við það að tryggja sanngjarna og eðlilega samkeppni á markaðnum. Í tilvikum blandaðra jarðvarmavirkjana getur aðstaðan verið sérstaklega flókin vegna mikils sameiginlegs kostnaðar en það getur, eins og fram hefur komið hér að framan, leitt til þess að samkeppnisstarfsemin taki ekki „sanngjarnan“ skerf af honum og að þannig sé verið að niðurgreiða starfsemina með einkaleyfastarfseminni. Við höfum séð dæmi að framan um hvernig slíkar niðurgreiðslur geta sýnt sig í hærri verðum á einkaleyfamarkaðnum og/eða of lágum verðum eða annari misnotkun á samkeppnismarkaði. Þessi samkeppnislegu skilyrði hefur verið reynt að koma í veg fyrir með lögum og reglugerðum t.d. með ákvæðum um bókhaldslegan aðskilnað milli einkaleyfastarfsemi og samkeppnisstarfsemi og reglum um skiptingu sameiginlegs kostnaðar eins og áður hefur verið fjallað um. Tvö sjónarmið koma helst til greina, þegar hugað er að þessari skiptingu. Annað sjónarmiðið er að fyrirtækið eigi að njóta samlegðaráhrifana af blönduninni á samkeppnismarkaðnum, og snýst það um að skipta sameiginlegum kostnaði milli einkaleyfastarfsemi og samkeppnisstarfsemi með hætti sem talist gæti verði sanngjarn. Hitt sjónarmiðið er að fyrirtæki eigi ekki að njóta forskots á samkeppnismarkaði í krafti einkaleyfis.

Með núverandi leiðbeiningum Orkustofnunar sem stýra framkvæmd raforkulaga er notast við fyrnefndu leiðina í formi svokallaðs skiptistuðuls sem tilgreindur er í síðasta kafla.

Skiptaaðferðin sem finna má í skiptistuðlinum er fengin út frá aðferðum varmafræðinnar. Ekki verður farið í smáatriðum út í það hvaða aðferðafræði liggur þar að baki en hún byggist í stórum dráttum á varmafræðilegu jafngildi raforku og varmaorku vatns að teknu tilliti til

nýtni.<sup>465</sup> Einfölduð hugmynd gæti t.d. verið forhitunarkerfi húss þar sem einn rúmmetri af 80°C heitu vatni ætti að skila sömu hitunareiginleikum og 10kWh af raforku.<sup>466</sup> Athuga þarf að meira liggur að baki og er skiptistuðullinn nokkuð flókið varmafræðilegt fyrirbæri en aðferðafræðin að baki honum er ráðandi þegar verið er að meta arðsemi orkuframleiðslu í blönduðum orkuverum.

Skiptistuðullinn setur blönduðum jarðvarmavirkjunum það skilyrði að staðfæra kostnað<sup>467</sup> við virkjunina og valin er ein leið til að framkvæma þá skiptingu. Eins og fram kom í kafla 3 fylgir ávallt notkun staðfærslu að velja þarf aðferðafræði til skiptingar. Í tilfelli blandaðra jarðvarmavirkjana hefur það verið gert á ákveðnum forsendum með skiptistuðlinum. Skiptistuðullinn uppfyllir sjálfkrafa Baumol-Willig regluna um að verð þurfi að vera milli viðbótarkostnaðar og sjálfstæðs kostnaðar til þess að þau geti verið laus við víxlنيðurgreiðslur því einungis er tekið tillit til sameiginlegs kostnaðar.

Spurningarnar sem vakna þá er hvort skiptistuðullinn sem slíkur er eðlilegur og hvort hann skapar réttmæta aðferð til að skipta kostnaði.

### 9.3.3.1 Fyrirtæki nýtur samlegðaráhrifa

Þegar fyrirtæki framleiðir einungis eina vöru er auðvelt að skipta slíkum kostnaði og honum er þannig skipt jafnt niður á framleiðslueiningar. Ef fyrirtæki framleiðir fleiri en eina vöru þarf að leita einhverra leiða til að gera þær sambærilegar og skiptistuðullinn er tilraun til þess. Eins og skiptistuðullinn er núna þá er hann algjörlega hlutlaus að því leyti að það eina sem hann gerir er að búa til hliðstæðar vörur en tekur ekki tillit til kostnaðar eða aðstæðna á markaði, heldur byggir hann á fræðilegum forsendum um eiginleika framleiðsluvaranna.

Skiptistuðull Orkustofnunnar er gagnleg aðferð til skiptingar kostnaðar því hann uppfyllir þær nálganir sem ræddar eru í kafla 3 með þeim hætti að ekki er sjáanlegt að um víxlنيðurgreiðslur sé að ræða. Einkaleyfastarfsemin niðurgreiðir ekki samkeppnisstarfsemina enda breytast verð á einkaleyfamarkaðnum ekki við tilkomu raforkuframleiðslu nema til lækkunar ef eitthvað er. Skiptistuðullinn leiðir því til lægri verða á samkeppnismarkaðnum og hagstæðari markaðs-skilyrða sem mögulega getur haft neikvæð áhrif á samkeppnisaðila, rétt eins og í öðrum samkeppnisiðnaði þegar nýjar, hagkvæmari framleiðsluaðferðir ryðja þeim eldri og dýrari af markaði.

---

<sup>465</sup> Leiðbeiningar orkustofnunnar um aðskilnað bókhalds blandaðra jarðvarmavirkjana, bls. 3.

<sup>466</sup> Yunus A. Cengel og Robert H. Turner, *Fundamentals of Thermal-Fluid Sciences*, bls. 89 – 91.

<sup>467</sup> e. „fully distributed cost” sjá nánar 3. kafla

### 9.3.3.2 Forskot á samkeppnismarkaði í krafti einkaleyfis

Eins og kynnt var hér fyrst í kaflanum vakna þó nokkrar spurningar þegar ofangreind aðferð er notuð til að ákvarða hvernig kostnaður skuli skiptast milli einkaleyfamarkaðar og samkeppnismarkaðar.

Þegar fyrirtæki nýtur samlegðaráhrifanna af því að vera bæði með hitaveitu sem er einkaleyfastarfsemi og raforkuframleiðslu sem er samkeppnisstarfsemi vaknar óhjákvæmilega sú spurning hvort eðlilegt sé að fyrirtæki njóti forskots á samkeppnismarkaði vegna þess að það stundar einnig einkaleyfastarfsemi. Verðlækkunin á samkeppnismarkaðnum sem verður til með skiptistuðulsleiðinni gæti allt eins mátt lenda alfarið hjá hitaveitunni, enda má hugsa sér að á þann hátt skilaði hagkvæmnin sér til almennings. Þetta myndi gerast með því að raforkuframleiðslan bæri allan sameiginlegan kostnað og nálgast þar með sjálfstæðan kostnað<sup>468</sup> við raforkuframleiðslu úr hreinni jarðvarmavirkjun. Þá sæti blandaða jarðvarmavirkjunin við sama borð á samkeppnismarkaðnum og aðrar jarðvarmavirkjanir því hún bæri allan kostnað af uppbyggingu borholunnar en hitaveitan þyrfti einungis að bera viðbótarkostnað við hitaveitustarfsemina.

Færa mætti rök fyrir því að með því að veita einkaleyfi til ákveðinna jarðvarmavera og skekkja þar með stöðu þeirra á samkeppnismarkaðnum brjóti ríkið í bága við 1. mgr. 86. gr. RS þar sem í krafti löggjafar er verið að veita einum aðila lykilstöðu á samkeppnismarkaði umfram aðra. Þá vakna einnig, í takt við umræðu fyrri kafla og þá sér í lagi kafla 6 um ríkisaðstoð, upp spurningar um það hvort með veitingu einkaleyfis og yfirfærslu hluta kostnaðar yfir á þá starfsemi teljist mögulega um ríkisaðstoð að ræða. Löggjög ESB og dómaframkvæmd dómstóls EB og annarra dómstóla taka ekki með óyggjandi hætti á þessu atriði. Næst komast þessu *GSM-málin*<sup>469</sup> sem rætt er um í kafla 5.2 en þar voru ríki dæmd fyrir að hleypa ákveðnum aðilum inn á samkeppnismarkað án þess að þeir þyrftu að greiða gjald sem aðrir þyrftu að greiða. Hliðstætt þessu má segja að hitaveitan sleppi við að greiða ákveðinn stofnkostnað við að hefja starfsemi á raforkumarkaðnum sem aðrir aðilar þyrftu að bera að fullu og njóti því aukins samkeppnisforskots í krafti einkaleyfisveitingar ríkisins.

Má þá kannski velta fyrir sér hvort raforkustarfsemin geti hugsanlega fallið undir 2. mgr. 59. gr. EES-samningsins (sbr. 2. mgr. 86. gr. RS) sem sem getur undanþegið fyrirtæki sem falið er að veita þjónustu er hefur almenna efnahagslega þýðingu samkeppnisreglum ef beiting þeirra kemur í veg fyrir að þau geti að lögum eða í raun leyst af hendi þau sérstöku

<sup>468</sup> e. „stand-alone cost“

<sup>469</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 95/489/EC, O.J. L 280, 23/11/1995 bls. 49 – 57, 1. tölul. 17. mgr og Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 97/181/EC, O.J. L 76, 18/03/1997 bls. 19 – 29, 1. tölul. 21. mgr.

verkefni sem þeim eru falin. Almelo-málið sem fjallað var um í kafla 7.1.2 hér að framan sýnir að viðskipti með raforku geta í vissum tilvikum fallið undir undantekningarákvæði 2. mgr. 86. gr. Verður þó að telja að með upptöku tilskipana ESB um innri markað raforku hafi slíkri vernd raforkufyrirtækja á samkeppnismarkaði verið hrundið og því falli starfsemin í umræddu tilviki ekki undir 2. mgr. 59. gr. EES- samningsins.

Eitt vandamál sem ber að nefna varðandi þá leið ef farið væri eftir rökum þessa kafla um að nota gæti þurft sjálfstæðan kostnað er að ef hann er notaður getur komið upp sú staða að raforkuframléiðsla úr jarðvarmavirkjuninni verði óhagkvæmari en aðrar framléiðsluaðferðir, t.d. vatnsafl og vindorka og samlegðaráhrifin hverfi þar með vegna þess að ekki sé hagkvæmt að framleiða raforku úr blönduðu virkjuninni. Einn möguleikinn er að stilla verðin einhvers staðar milli sjálfstæðs kostnaðar og kostnaðar sem ákvarðast af skiptistuðli. Ekki er þó hægt að sjá í hendi sér leið til að gera þetta sem ekki teldist vera bein íhlutun í markaðinn eftir markaðsaðstæðum í stað þess að vera hlutlaus leið eins og skiptistuðullinn sbr. umfjöllun hér að ofan.

#### 9.3.4 Niðurstöður

Skiptistuðull annars vegar og sjálfstæður kostnaður hins vegar eru valkostir sem báðir geta átt rétt á sér. Ef skiptistuðull er notaður er á vissan hátt verið að veita hagkvæmni út á samkeppnis-markaðinn en jafnframt getur verið að aðilum á þeim markaði sé mismunað. Ef sjálfstæður kostnaður er notaður nýtur hitaveitan allra samlegðaráhrifanna, sem mögulega getur minnkað virði þeirra áhrifa sbr. kafla 9.3.3.2 hér að framan. Ekki verður tekin afstaða til þess hér hvor leiðin er betri, enda líklegt að þjóðhagfræði hafi betri svör við þeirri spurningu.

Bæði í tilviki skiptistuðuls og sjálfstæðs kostnaðar er ljóst að samkeppnishluta starfseminnar myndi reynast erfitt eða ómögulegt að víxlniðurgreiða samkeppnisstarfsemina með einkaleyfastarfseminni. Miðað við það sem kemur fram hér að ofan, sér í lagi *GSM-málin*<sup>470</sup> virðist þó sem svo að skipting með skiptistuðli, eins og gert er í dag, sé líklegri til að brjóta í bága við löggjöf ESB. Er þá gert ráð fyrir að unnt sé að sýna fram á að verið sé að mismuna samkeppnisaðilum í krafti einkaleyfis.

Af 11. gr. samkeppnislaga leiðir að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu mega ekki viðhafa neina viðskiptahætti sem raskað eðlilegri samkeppni á tilteknum markaði. Því hafa markaðsráðandi fyrirtæki takmarkaðri möguleika til þess að taka þátt í samkeppni en önnur

---

<sup>470</sup> Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 95/489/EC, O.J. L 280, 23/11/1995 bls. 49 – 57, 1. tölul. 17. mgr og Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 97/181/EC, O.J. L 76, 18/03/1997 bls. 19 – 29, 1. tölul. 21. mgr.

fyrirtæki sem ekki eru í slíkri stöðu.<sup>471</sup> Eins og áður hefur komið fram hefur dómstóll EB þó sagt að beita megi 82. gr. RS í tilfellum þar sem misnotkun markaðsráðandi stöðu fer fram á öðrum en tengdum markaði við þann þar sem fyrirtæki er ráðandi.<sup>472</sup> Hins vegar kom einnig fram í sama dómi að það sem skipti máli við mat á því hvort um skaðlega undirverðlagningu sé að ræða sé markaðsráðandi staða fyrirtækisins á skyldum markaði og tengsl kostnaðar og verðs, án tillits til fjármögnunar verðanna. Það þótti þannig ekki ólöglegt í sjálfu sér að starfsemi nyti góðs af öðrum tengdum markaði svo lengi sem verð væru yfir kostnaðarverði samkvæmt AKZO reglunni.<sup>473</sup>

Skipulag íslensks raforkumarkaðar er sérstakt og er það sérstaklega vegna þeirrar landfræðilegu einangrunar sem við búum við. Ljóst er að staða Landsvirkjunar á raforkumarkaði er afar sterk og hlutdeild hennar er svo mikil að hún telst markaðsráðandi á öllum sviðum íslensks raforkumarkaðar. Einnig er hún stærsta félagið á markaði þeirra sem selja rafmagn í heildsölu og eru smásalar á rafmagni eru allir háðir Landsvirkjun um þá orku sem þeir þarfnast umfram eigin framleiðslu.<sup>474</sup> Má nefna þar nefna Orkusöluna sem er stærsti viðskiptaaðili Landsvirkjunar af smásöluaðilunum, Orkuveitu Reykjavíkur og HS Orku en þau síðarnefndu hafa reyndar umtalsverða markaðshlutdeild á raforkuframleiðslumarkaði ásamt því að hafa einkaleyfi á dreifingu vatns til húshitunar á suðvesturhluta Íslands. Félögin eru engu að síður háð því að þurfa að kaupa rafmagn af Landsvirkjun enn sem komið er.<sup>475</sup> Þá getur reynst erfitt fyrir nýja aðila að komast inn á markaðinn þar sem ný orkuver eru tímafrek í byggingu auk þess sem í þeim er bundið mikið fjármagn.<sup>476</sup> Allt þetta leiðir til þess að Landsvirkjun hefur mikil tök á íslenskum raforkumarkaði og alls óvíst hvort þau fyrirtæki sem þessi umfjöllun snýst helst um, blandaðar jarðvarmavirkjanir, sem hafa mun minni markaðshlutdeild en Landsvirkjun og framleiða lítinn hluta af heildarraforkuframleiðslu markaðarins, geti haft slæm áhrif á samkeppni þrátt fyrir að njóta þess hagræðis sem samneyti við hitaveitu fylgir. Jafnvel þó um væri að ræða víxlniðurgreiðslur, sem virðist ekki vera sbr. umfjöllun um skiptistuðul hér að framan, þá væri fyrirtækjunum erfitt að fjármagna með þeim einhverja tegund misnotkunar t.d. skaðlega undirverðlagningu vegna þess skipulags er einkennir íslenskan raforkumarkað í dag og sérstaklega vegna þess að raforkufyrirtækin eru

<sup>471</sup> *Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 4. mars 2009 (2/2009)*, bls. 17.

<sup>472</sup> *EBD, mál C-333/94 P, ECR 1996, bls. I-5951, 24.-31. mgr.* Þar kom fram að það að fyrirtæki væri ekki markaðsráðandi á þeim markaði þar sem misnotkunin fór fram útilokaði ekki beitingu 82. gr. RS

<sup>473</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 427.

<sup>474</sup> *Ákvörðun samkeppniseftirlitsins, 15. desember 2006 (49/2006)*, bls. 3

<sup>475</sup> *Ákvörðun samkeppniseftirlitsins, 15. desember 2006 (49/2006)*, bls. 3

<sup>476</sup> *Ákvörðun samkeppniseftirlitsins, 15. desember 2006 (49/2006)*, bls. 3



háð Landsvirkjun um þá orku sem þeim er nauðsynleg umfram eigin framleiðslu. Málið liti því öðruvísi út ef sá aðili er nyti samlegðaráhrifa hitaveitu væri í markaðsráðandi stöðu á raforkumarkaði.

### 9.3.5 Breytingar á lögum á auðlinda- og orkusviði.

Þann 1. júlí 2009 taka lög nr. 58 /2008 gildi að hluta til um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði sem rætt hefur verið um að framan og kveða á um aðskilnað samkeppnis- og sérleyfisstarfsemi í tvö aðskilin og sjálfstæð fyrirtæki sem hafi sjálfstæðar stjórnir. Því þurfa blandaðar jarðvarmavirkjanir að fara í gegnum umfangsmikið uppskiptingarferli eins og t.d. hefur verið gert hjá Hitaveitu Suðurnesja þar sem því lauk á hluthafafundi þann 1. desember s.l. Þar var nafni Hitaveitu Suðurnesja hf. breytt í HS Orku hf og síðan haldinn stofnfundur fyrir nýtt félag, HS Veitur hf. HS Orka hf sér nú um rekstur orkuvera fyrirtækisins, framleiðslu á raforku, heitu vatni, ferskvatnsvinnslu og síðan raforkusöluna en HS Veitur hf um veitustarfsemina þ.e. dreifingu raforku auk dreifingar og sölu á heitu og köldu vatni. Kosnar voru nýjar stjórnir í bæði félögin en allir starfsmenn verða um sinn starfsmenn HS Orku hf sem síðan mun með verktakasamningi annast alla þjónustu fyrir HS Veitur hf.<sup>477</sup>

En þá vaknar spurningin hvort fyrirtækjaaðskilnaður leysi öll samkeppnisleg vandamál hvað varðar niðurgreiðslur milli fyrirtækja? Víxlنيðurgreiðslur á milli einkaleyfastarfsemi og samkeppnisstarfsemi innan sama fyrirtækis er ekki eina leiðin til þess að færa fjármuni á milli starfsþátta. Jafnvel þótt um væri að ræða aðskilin fyrirtæki væri hægt að stunda víxlنيðurgreiðslur líkt og um eitt fyrirtæki væri að ræða ef a.m.k. annað nýtir sér vörur eða þjónustu hins. Ef eitt fyrirtæki á mörg hlutafélög að mestu eða öllu leyti og stjórnar þeim að einhverju leyti í sameiningu má vegna þessa innbyrðis skyldleika ræða um fyrirtækjasamstæðu.<sup>478</sup> Ef um er að ræða sjálfstæð félög, mögulega með sömu stjórnarmenn getur það leitt til óæskilegra og óeðlilegra eignahreyfinga á milli félaga.<sup>479</sup> Víxlنيðurgreiðsla er niðurgreiðsla innan fyrirtækis sem færa má á nokkra mismunandi vegu, en verðlagning innan fyrirtækis eða innan fyrirtækjasamstæðu er kölluð milliverðlagning.<sup>480</sup> Álitamál vegna

<sup>477</sup> *Ársskýrsla Hitaveitu Suðurnesja fyrir árið 2008*, bls. 5

<sup>478</sup> Stefán Már Stefánsson, *Samstæður hlutafélaga*, bls. 71.

<sup>479</sup> Stefán Már Stefánsson, *Samstæður hlutafélaga*, bls. 71.

<sup>480</sup> e. „*transfer pricing*“; milliverðlagning eru verð sem eru þau innri verð sem krafist er fyrir vörur eða þjónustu sem eru framleiddar eða veittar af einu fyrirtæki til annars innan fyrirtækjasamstæðu. Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar um beitingu samkeppnisregla á fjarskiptasviðinu frá árinu 1991 kom fram að „*Cross-subsidisation can be carried out through: funding the operation of the activities in question with capital remunerated substantially below the market rate; providing for those activities premises, equipment,*

milliverðlagningar koma upp þegar fyrirtækjasamstæður beita geðþóttaákvörðunum í verðlagningu vara eða þjónustu sín á milli og stýra þannig tekjum og gjöldum milli samstæðufyrirtækjanna.<sup>481</sup>

Ef um aðskilin fyrirtæki eða aðskildar bókhaldseiningar er að ræða er þannig hægt að víxlنيðurgreiða með því að veita þjónustu milli fyrirtækjana á lægra eða hærra verði en markaðurinn segir til um, en verðlagning þjónustu milli aðskilda en tengdra eininga, annað hvort bókhaldslega aðskilinna eininga innan sama fyrirtækis eða innan fyrirtækjasamstæðu, þarf að vera eðlileg og í samræmi við verðmyndun á markaði.<sup>482</sup> Milliverð þurfa því að vera eðlileg miðað við markaðsaðstæður fyrirtækjanna því annars er um víxlنيðurgreiðslur að ræða, og á það við jafnvel þó fyrirtækin séu aðskilin bókhaldslega eða með fyrirtækjaaðskilnaði. Því þarf meira að koma til og vandséð er hvernig hægt er að tryggja með óyggjandi hætti að fyrirtæki sé laust við víxlنيðurgreiðslur nema til komi aðskilnaður eignarhalds. Jafnvel þá getur komið til vandkvæða, en sumir markaðir eru þess eðlis að erfitt er að ákvarða markaðsverð sem endurspeglar raunveruleikann þar sem verðmyndun á mörkuðum getur verið misöflug. Leiða má líkur að því að verðmyndun t.d. á leigumarkaði fyrir aðgengi að jarðvarmavirkjunum væri lítil og e.t.v. myndi hún hvort eð er ráðast af öðrum lögmálum en lögmálum markaðarins.

## 10 Lokaorð

Í þessari ritgerð hefur verið fjallað um hugtakið víxlنيðurgreiðslur, það hefur verið skilgreint og helstu aðferðir við greiningu víxlنيðurgreiðslna kynntar. Sérstaklega hefur verið hugað að víxlنيðurgreiðslum milli einkaleyfastarfsemi og samkeppnisstarfsemi, en tvær tegundir slíks eru til staðar, annars vegar þar sem tekjur frá samkeppnisstarfsemi greiða niður kostnað við einkaleyfastarfsemi og hins vegar þar sem tekjur frá einkaleyfastarfsemi greiða niður samkeppnisstarfsemi. Fyrirnefnda staðan er ekki talin athugasverð í samkeppnisrétti enda hefur hún engin neikvæð áhrif á samkeppni. Því er öfugt farið með þá síðarnefndu enda geta komið upp ýmis samkeppnishamlandi áhrif ef verið er að færa tekjur úr einkaleyfastarfsemi til lækkunar kostnaðar á samkeppnismarkaði. Þannig víxlنيðurgreiðslur hefur verið sýnt að hægt sé að nýta við aðgerðir eins og skaðlega undirverðlagningu, mismunun o.fl. sem allt hefur

---

*experts and/or services eith a remuneration substantially lower than the market price*“. Sjá *Commission Guidelines on the application of EEC Competition rules in the telecommunication sector*.

<sup>481</sup> Stefán Már Stefánsson, *Samstæður hlutafélaga*, bls 246

<sup>482</sup> Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“, bls. 421

talist brjóta gegn 82. gr. RS.

Einnig hefur verið kannað hvenær ríki geti talist ábyrg fyrir slíkum víxlniðurgreiðslum samkvæmt 1. mgr. 86. gr. RS og hvenær þær er hægt að réttlæta á grundvelli undanþáguákvæðisins í 2. mgr. 86. gr. RS. Að auki var vikið að því hvort hugsa mætti slíkar víxlniðurgreiðslur sem ríkisstyrki í skilningi 87. gr. RS. Var í umfjölluninni um þessar greinar litið til ákvarðana framkvæmdarstjórnarinnar, dóma dómstóls EB sem og ályktana fræðimanna. Segja má að það hafi verið mikilvægur undanfari athugunar á íslenskum raforkumarkaði þar sem víxlniðurgreiðslur og möguleikar á þeim spila stórt hlutverk.

Íslensk raforkulöggjöf hefur verið í hraðri þróun undanfarin ár allt frá því að svokölluð markaðsvæðing raforkumarkaðarins hófst árið 2003. Miðar sú löggjöf að stórum hluta að því að koma í veg fyrir áhrif einkaleyfastarfsemi á samkeppnisstarfsemi þar sem hvoru tveggja er að finna innan sama fyrirtækis, t.d. með víxlniðurgreiðslum. Með raforkulögum nr. 65/2003 var gerð krafa um bókhaldslegan aðskilnað milli þessara starfsemiþátta. Í dag er nokkuð um virkjanir sem framleiða bæði varma og rafmagn og er þá talað um blandaðar jarðvarmavirkjanir. Eins og kom fram í kafla 9.3.1 hafa hitaveitur einkaleyfi fyrir starfsemi sinni á meðan raforkuframleiðsla telst samkeppnisstarfsemi og því gilda um þær sjónarmið um aðskilnað einkaleyfis- og samkeppnisþátta. Í þeim tilvikum getur aðskilnaður verið flókinn vegna verulegs sameiginlegs kostnaðar sem ekki verður aðskilinn með einföldu móti. Með notkun svonefnds skiptistuðuls hefur verið reynt að skipta þessum kostnaði og leiddi könnun á þeirri aðferð sem hann byggir á til þeirrar niðurstöðu að hann sé í fullu samræmi við þær aðferðir sem fjallað var um í kafla 3.1.1 um greiningu á víxlniðurgreiðslum. Var því ekki talið að um víxlniðurgreiðslur væri að ræða á milli hitaveitu og raforkustarfsemi í blönduðum jarðvarmavirkjunum. Aðferðin að baki skiptastuðlinum er þó til þess fallin að leyfa blönduðum jarðvarmavirkjunum að njóta að fullu þeirrar hagkvæmni sem þeim fylgir og var það niðurstaða 9.3.4 kafla að mögulega væri með þessu í krafti einkaleyfis verið að mismuna samkeppnisaðilum sem ekki njóta slíkrar hagræðingar og getur það valdið því að ríki telst brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr. Rómarsáttmálans.

Miklar umræður hafa átt sér stað innan ESB um það hvort bókhaldslegur aðskilnaður sé nægilegur til þess að koma í veg fyrir víxlniðurgreiðslur og hvort koma eigi á aðskilnaði eignarhalds. Svipuð umræða átti sér stað á Íslandi og lauk henni með því að samþykkt voru lög nr. 58/2008 um breytingu á nokkrum lögum á auðlinda- og orkusviði. Með þeim lögum var gengið lengra en gert hefur verið innan ESB en samkvæmt þeim verður í raforkulögum frá næstu áramótum krafist fyrirtækjaaðskilnaðar einkaleyfastarfsemi og samkeppnisstarfsemi. Ekki var gerð tillaga um aðskilnað eignarhalds.

Í kafla 9.3.4 voru leiddar að því líkur að óvíst væri hvort þessi lög um fyrirtækjaaðskilnað hefðu raunverulega breytingu í för með sér þar sem ekki væri um aðskilnað eignarhalds að ræða. Enn sé möguleiki á því að fyrirtæki sem reka blandaðar jarðvarmavirkjanir komist í betri stöðu í krafti einkaleyfastarfsemi sinnar en önnur fyrirtæki sem starfa á raforkumarkaði með skekktri milliverðlagningu innan fyrirtækjasamstæðu. Þannig er enn til staðar hættu á að fyrirkomulag blandaðra jarðvarmavirkjana skapi ójafnvægi á raforkumarkaði. Hvort það er slæmt fyrir neytendur og þjóðfélagið skal ósagt látið en hættu er, sem fyrr segir, á að slíkt geti gert ríkið brotlegt gegn 1. mgr. 86. gr. Rómarsáttmálans með því að skapa óeðlilegar aðstæður á samkeppnismarkaði.

Því er ljóst að þrátt fyrir þau skref sem stigin hafa verið með fyrirtækjaaðskilnaði þá mun áfram verða nauðsynlegt að hafa strangt eftirlit með þeim samstæðum sem verða starfandi á orkumarkaðnum. Hins vegar má ætla að eftirlitsstörfin verði auðveldari þar sem sjálfstæði rekstrarþátta í sérstökum fyrirtækjum mun auka gegnsæi og torvelda víxlniðurgreiðslur.

## HEIMILDASKRÁ

*Alþingistiðindi.*

*A pro-competitive development in the Irish telecommunications market which will bring further competition to the incumbent operator*, Framkvæmdastjórn ESB 1999, IP/99/451, 02/07/1999.

Alan C. Page: „Member States, Public Undertakings and Article 90“. *European Law Review*, 1. tbl. 1982, bls. 19-35.

Alison Jones, Brenda Sufrin, og Brenda Smith: *EC competition law*, Oxford 2007.

*Ársskýrsla Hitaveitu Suðurnesja fyrir árið 2008*, Hitaveita Suðurnesja, 2008.

Bert Willems og Eckart Ehlers: „Cross-subsidies in the Electricity Sector“, *Tilburg Law and Economics Center Report*, Hollandi 2008.

Campbell McConnell og Stanley L. Brue: *Microeconomics: Principles, Problems, and Policies*, 14. útgáfa, Irwin 1998.

*Capacity for Competition - Investing for an Efficient Nordic Electricity Market*, Norræn samkeppnisyfirvöld 2007.

Christopher W. Jones: *EU Energy Law - vol.1 the Internal Energy Market*, Brussel 2004.

*Communication from the Commission to the European Council and the European Parliament - An energy policy for Europe*, Framkvæmdastjórn ESB 2007, COM/2007/0001.

*Communication from the Commission to the Council and the European Parliament - Report on progress in creating the internal gas and electricity market*, Framkvæmdastjórn ESB 2005, COM/2005/0568

Cyril Ritter: „Does the Law of Predatory Pricing and Cross-subsidisation Need a Radical Rethink?“. *World Competition*, 3. tbl. 2005, bls. 281-298.

Damien Geradin: „Regulatory Issues Raised by Network Convergence: The Case of Multi-Utilities“. *Journal of Network Industries*, 1. tbl. 2001, bls. 113-126.

Daniel G. Goyder: *EC competition law*, Bretland 1993.

David Edward og Mark Hoskins: „Article 90: Deregulation and EC Law“. *Common Market Law Review*, 2. tbl. 1995, bls. 157.

David Heald: „Contrasting approaches to the ‘problem’ of cross subsidy“. *Management Accounting Research*, 1. tbl. 1996, bls. 53-72.

*Draft Communication from the Commission on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*, Framkvæmdastjórn ESB, 1996, COM(96) 649.

Ernest Gellhorn, William E Kovacic og Stephen Calkins: *Antitrust law and Economics: In a Nutshell*, West Publishing Minnesota, 1994.

Frank H. Easterbrook: „Predatory Strategies and Counterstrategies“, *University of Chicago Law Review*, 48. árg. 1981, bls. 263-337

Gerald R. Faulhaber: „Cross-subsidization: Pricing in Public Enterprises“, *American Economic Review*, 5. tbl. 1975, bls. 966-977.

Giovanni Fraquelli, Massimiliano Piacenza og Davide Vannoni: „Scope and scale economies in multi-utilities: evidence from gas, water and electricity combinations“. *Applied Economics*, 18. tbl 2004, bls. 2045-2057.

Giuseppe B. Abbamonte: „Cross-subsidisation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?“. *European Law Review*, 5. tbl. 1998 bls. 414-433.

*Green Paper on the Development of the Common Market for Telecommunications Services*, Framkvæmdastjórn ESB 1987, COM(87) 290.

*Green Paper on Services of General Interest*, Framkvæmdastjórn ESB, 2003, COM(2003) 270.

*Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector*, Framkvæmdastjórn ESB, O.J. 1991, C-233 bls. 2.

John McGee: „Predatory Pricing Cutting: the Standard Oil Case“. *Journal of Law and Economics*, 1. árg. 1958, bls. 137-169.

Ken Elzinga og David Mills: „Testing for predation: Is recoupment feasible?“, *Antitrust Bulletin*, 34. árg. 1989, bls. 869-893.

*Leiðbeiningar um aðskilnað bókhads*, Orkustofnun, Reykjavík, 2006.

Leigh Hancher og Jose Luis Buendia Sierra: „Cross-Subsidization and EC Law“. *Common Market Law Review*, 35. árg. 1998, bls. 901-945.

Louis Philips: *Competition policy: a game-theoretic perspective*, Cambridge 1995.

Marc van der Woude o.fl.: *EU Energy law - Volume II, EU Competition Law & Energy markets*, Belgíu 2007.

Marco Bronckers: „Cross-subsidisation in EEC Competition Law“, *State Entrepreneurship, National Monopolies and European Community Law*, Kluwer Law 1993, bls. 103-112.

Margarita Išoraitė: „Cross-subsidisation in transport and EC legislation“. *Transport Engineering*, 4. tbl. 2000, bls. 196-200.

María J. Gunnarsdóttir: *Jarðhiti – mikilvæg auðlind*, vef Samorku, <http://www.samorka.is> undir „Fróðleikur og Greinar“, (Skoðað 16. apríl 2009).

Martha M. Roggenkamp o.fl: *Energy law in Europe, National, EU and International Regulation*, 2. útgáfa, Oxford 2007.

Michal S. Gal: „Below-Cost Price Alignment: Meeting or Beating Competition? The France Telecom Case”. *European Competition Law Review*, 6. tbl. 2007, bls. 382-391.

Michel Waelbroeck: *Price discrimination and rebate policies under EU Competition Law*, New York 1995.

*Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*, Framkvæmdastjórn ESB, 1998, O.J. C 265 bls. 2.

*Notice from the Commission on the application of the competition rules to the postal sector and on the assessment of certain State measures relating to postal services*, Framkvæmdastjórn ESB, 1998 OJ, C39 bls. 10, kafli 3.1.

Paul Craig, Gráinne De Búrca: *EU Law, Text, Cases and Materials*, 3. útgáfa, Oxford 2002.

Peter D. Cameron, Michael Brothwood: *Competition in energy markets, law and regulation in the European Union*, Oxford 2002.

Philip Areeda og Donald F. Turner: „Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act“, *Harvard Law Review*, 88. árg. 1975, bls. 697-733.

Philip Areeda og Donald F. Turner: *Antitrust Law*, Little, Brown & co, 1978.

Regina Johnson: „Simplify and Conquer (energy and telecommunications bundling)”. *Public Utilities Fortnightly*, 2. tbl 2000, bls. 46.

Richard A. Posner: *The Economics of Justice*, Boston, 1994.

Richard Whish: *Competition Law*, Oxford 2009.

Robert Lane: *EC competition law*, Bretland 2000.

Sarah Turnbull: „Barriers to Entry, Article 86 EC and the Abuse of Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law“, *European Community Law Review*, 2. tbl. 1996, bls. 96-103.

*Services of General Interest in Europe*, Framkvæmdastjórn ESB, 1996, O.J. C 281/3.

*Sixteenth Report on Competition Policy*, Framkvæmdastjórn EB, 1986.

*Skýrsla iðnaðarráðherra um raforkumálefni 2007*, Iðnaðarráðuneytið 2007.

*Skýrsla utanríkisráðherra um Ísland á innri markaði Evrópu*, Utanríkisráðuneytið 2008.

Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*, Reykjavík, 2000.

Stefán Már Stefánsson, *Samstæður hlutafélaga*, Reykjavík, 2008.

Stephen J. Brown og David Summer Sibley: *The theory of public utility pricing*, Cambridge, 1986.

*The EFTA Surveillance Authority opens new chapters in the state aid investigation on the Icelandic Housing Financing Fund (HFF)*, Eftirlitsstofnun EFTA, 2008, PR(08)34.

Valentine Korah o.fl. (LexisNexis): *Competition Law of the European Community*, 2. Útgáfa, Bretland 2001.

Valgarður Stefánsson: „Stofnkostnaður jarðgufuvirkjana“, *Orkuþing 2001*, bls. 68-74.

Vefsíða Landsvirkjunar, *Saga Landsvirkjunar*, <http://www.lv.is>, (Skoðað 16. apríl 2009).

Vefsíða RWE, <http://www.rwe.com> (Skoðað 6. febrúar 2009).

Vefsíða Vivendi, <http://www.vivendi.com> (Skoðað 6. febrúar 2009).

William J. Baumol, John C. Panzar, Robert D. Willig: *Contestable markets and the Theory of Industry Structure*, New York, 1982.

Yunus A. Cengel og Robert H. Turner: *Fundamentals of Thermal-Fluid Sciences*, 2. Útgáfa, McGraw-Hill 2004.

Þorsteinn I. Sigfússon: „Varmarafmagn: Varmi verður raforka“, *Orkuþing 2001*, bls. 276-280.



## DÓMASKRÁ

*Hæstiréttur Íslands*  
Hrd. 1997 bls. 2625.

*Samkeppniseftirlitið, Samkeppnisráð og Áfrýjunarnefnd samkeppnismála*  
Úrskurður Áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 9. september 1996 (13/1996).  
Úrskurður Áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 27. nóvember 1996 (14/1996).  
Úrskurður Áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 14. september 1999 (14/1999).  
Úrskurður Áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 14. september 1999 (14/1999).  
Úrskurður Áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 14. maí 2001 (12/2001).  
Úrskurður Áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 29. september 2003 (17-18/2003).  
Úrskurður Áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 22. júní 2007 (4/2007).  
Úrskurður Áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 13. mars 2008 (3/2008).  
Úrskurður Áfrýjunarnefndar samkeppnismála, 4. mars 2009 (2/2009).  
Ákvörðun Samkeppnisráðs, 16. febrúar 1996 (2/1996).  
Ákvörðun Samkeppnisráðs, 22. maí 1996 (22/1996).  
Ákvörðun Samkeppnisráðs, 22. maí 1996 (23/1996).  
Ákvörðun Samkeppnisráðs, 19. september 1996 (32/1996).  
Ákvörðun Samkeppnisráðs, 5. mars 2001 (7/2001).  
Ákvörðun Samkeppnisráðs, 4. desember 2001 (39/2001).  
Ákvörðun Samkeppnisráðs, 30. apríl 2002 (13/2002).  
Ákvörðun Samkeppnisráðs, 4. júlí 2003, (22/2003).  
Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, 19. október 2006 (40/2006).  
Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, 15. desember 2006 (49/2006).  
Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, 30. Mars 2007 (11/2007).  
Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, 17. desember 2008 (63/2008).

### *Dómstóll EB*

EBD, mál 10/71, *Ministère Public of Luxembourg gegn Muller*, ECR 1971, bls. 723.  
EBD, mál 155/73, *Sacchi*, ECR 1974, bls. 409.  
EBD, mál 90/76, *Van Ameyde gegn UCI*, ECR 1977, bls. 1091.  
EBD, mál 27/76, *United Brands gegn framkvæmdastjórninni* ECR 1978, bls. 207.  
EBD, mál 188-190/80, *Frakkland o.fl. gegn framkvæmdastjórninni*, ECR 1982, bls. 2545.  
EBD, mál 7/82, *GVL gegn framkvæmdastjórninni*, ECR 1983, bls. 483  
EBD, mál 30/87, *Corinne Bodson gegn Pompers Funébres*, ECR 1988, bls. 2479.  
EBD, mál C-347/88, *Framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi*, ECR 1990, bls. 4747.  
EBD, mál C-202/88, *Frakkland o.fl. gegn framkvæmdastjórninni*, ECR 1991, bls. I-1223  
EBD, mál C-41/90, *Höfner and Elser gegn Macrotron*, ECR 1991, bls. I-1979.  
EBD, mál C-260/89, *ERT gegn Dimotiki*, ECR 1991, bls. I-2925.  
EBD, mál C-62/86, *Akzo*, ECR 1991, bls. I-3359.

EBD, mál C-179/90, *M.c. porto di Genova gegn Siderurgica Gabrielli*, ECR 1991, bls. I-5889.

EBD, mál C-18/88, *RTT gegn GB-Inno-BM*, ECR 1991, bls. I-5941.

EBD, mál C-48/90 og C-66/90, ECR 1992, bls. I-565.

EBD, mál C-320/91, *Corbeau*, ECR 1993, bls. I-2533.

EBD, mál C-393/92, *Almelo*, ECR 1994, bls. I-1477.

EBD, mál C-18/93, *Corsica Ferries Italia srl gegn Porto de Genoa*, ECR 1994, bls. I-1783.

EBD, mál C-323/93, *La Crespelle*, ECR 1994, bls. I-5077.

EBD, mál C-387/93, *Banchero*, ECR 1995, bls. I-4663.

EBD, mál C-333/94 P, *Tetra Pak II*, ECR 1996, bls. I-5951.

EBD, mál C-159/94, *Framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi*, ECR 1997, bls. I-2925.

EBD, mál C-157/94, *Framkvæmdastjórnin gegn Hollandi*, ECR 1997, bls. I-5699.

EBD, mál C-158/94, *Framkvæmdastjórnin gegn Ítalíu*, ECR 1997, bls. I-5789.

EBD, mál C-160/94, *Framkvæmdastjórnin gegn Spáni*, ECR 1997, bls. I-5851.

EBD, mál C-359/95 P, *Ladbroke II*, ECR 1997, bls. I-6265.

EBD, mál C-163/96, *Silviano Raso*, ECR 1998, bls. I-533.

EBD, mál C-203/96, *Dusseldorp*, ECR 1998, bls. I-4075.

EBD, mál C-67/96, *Albany*, ECR 1999, bls. I-5751.

EBD, mál C-209/98, *Københavns Kommune*, ECR 2000, bls. I-3743.

EBD, mál C-475/99, *Ambulanz Glöckner gegn Landkreis Südwestpfalz*, ECR 2001, bls. I-8089.

EBD, mál C-198/01, *CIF*, ECR 2003, bls. I-8055.

EBD, mál C-438/02, *Åklagaren v Krister Hanner*, ECR 2004, bls. I-4551.

EBD, mál C-202/07 P, *France Telecom gegn framkvæmdastjórninni*, ECR 2009.

#### *Undirréttur dómstóls EB*

EBD, mál T-30/89, *Hilti*, ECR 1991, bls. II – 143.

EBD, mál T-83/91, *Tetra Pak II*, ECR 1996, bls. II-755.

EBD, mál T-106/95, *FFSA*, ECR 1997, bls. II-229.

EBD, mál T-266/97, *VTM NV gegn framkvæmdastjórninni*, ECR 1999, bls. II-2329.

EBD, mál T-340/03, *France Telecom gegn framkvæmdastjórninni*, ECR 2007, bls. II-107.

#### *Framkvæmdastjórn EB*

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 75/75/EEC, O.J. L 29, 03/02/1975 bls. 14 - 19.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 82/371/EEC, O.J. 1982 L 167, 15/06/1982 bls. 39 – 52.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 94/579/EC, O.J. L 223, 27/08/1994 bls. 36 - 55.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 85/609/EEC, O.J. L 374, 31/12/1985 bls. 1 - 27.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 92/163/EEC, O.J. L 72, 18/03/1992 bls. 1 - 68.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 2001/354/EC, O.J. L 125, 5/05/2001, bls. 27- 44.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 85/276/EEC, O.J. L 152, 11/06/1985 bls. 25 - 26.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 97/606/EC, O.J. L 244, 06/09/1997 bls. 18 - 25.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 95/489/EC, O.J. L 280, 23/11/1995 bls. 49 - 57.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, 97/181/EC, O.J. L 76, 18/03/1997 bls. 19 – 29.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, COMP/M.1650, O.J. 2000 C 82 bls. 6.

Ákv. framkvæmdastjórnar EB, COMP/38.233, 16.07.2003. Ekki gefin út í O.J.

*Eftirlitsstofnun EFTA (ESA)*

Ákvörðun ESA, 9. júlí 1997, Nr. 177/98/COL.

Ákvörðun ESA, 28. júní 2000, Nr. 121/00/COL.

Ákvörðun ESA, 11. ágúst 2004, Nr. 213/04/COL.

*EFTA dómstóllinn*

EFTAD, mál E-4/97, *Húsbankamálið*, EFTACR 1999,3.

EFTAD, mál E-9/04, *Íbúðalánasjóður*, EFTACR 2006, bls. 42.

*Sameiginlega EES-nefndin*

Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar, 26. nóvember 1999 (168/1999).

*Hæstiréttur Bandaríkjanna*

475 U.S. 574 (1986), *Matsushita Electric Industrial Co. gegn. Zenit Radio Corp.*

509 U.S. 209 (1993), *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*,

## LAGASKRÁ

### *Íslensk lög*

Samkeppnislög nr. 8/1993: 14. gr.

Samkeppnislög nr. 44/2005: 1. gr., 2. gr., 4. gr., 8. gr., 10. gr., 11. gr., 12. gr., 14. gr., 16. gr., 18. gr.,

Lög um húsnæðismál nr. 44/1998.

Fjarskiptalög nr. 81/2003: 36. gr.

Lyfjalög nr. 93/1994: 37. gr.

Lög um kirkjugarða, greftrun og líkbrennslu nr. 36/1993: 21. gr.

Lög um stofnun Landsnets nr. 75/2004: 2. gr.

Raforkulög nr. 65/2003: 7. gr., 8. gr., 24. gr., 25. gr., 27. gr., 41. gr.

Lög um breytingu á nokkrum lögum á sviði auðlinda- og orkumála nr. 58/2008.

Reglugerð nr. 793/1998: 5. gr.

### *Rómarsáttmálinn – Stofnsáttmáli Evrópusambandsins*

10. gr., 12. gr., 31. gr., 39. gr., 43. gr., 49. gr., 81. gr., 82. gr., 83. gr., 84. gr., 85. gr., 86. gr: 1. mgr., 2. mgr., 87. gr., 88. gr., 89. gr.

### *Tilskipanir Evrópusambandsins*

88/301/EB, 90/388/EB, 94/46/EB, 96/92/EB, 2000/52/EB, 2003/54/EB, 2004/109/EB: 2. gr., 2006/111/EB.

### *EES – Samningurinn um evrópska efnahagssvæðið*

54. gr., 59. gr: 2. mgr., 61. gr: 1. mgr., 2. mgr.