



ML í lögfræði

Aðgangshindranir í Samkeppnisrétti

Með hliðsjón af íslenskri réttarframkvæmd

Júní, 2018

Nafn nemanda: Heiðar Ingi Gunnarsson

Kennitala: 291084-2309

Leiðbeinandi: Heimir Örn Herbertsson

Útdráttur,

Aðgangshindranir í Samkeppnisrétti, með hliðsjón af íslenskri réttarframkvæmd

Í ritgerð þessari verður fjallað um þau áhrif sem aðgangshindranir hafa innan samkeppnisréttar. Í samkeppnisrétti er hagfræðileg greining lögð til grundvallar á lögfræðilegri niðurstöðu. Nálægð hagfræðilegra greininga og lögfræðilegra er mikil innan samkeppnisréttar, en lögfræðileg niðurstaða styðst ávallt við hagfræðilega greiningu með einum eða öðrum hætti. Oftar en ekki snýr hagfræðileg greining að því að meta stöðu fyrirtækja á markaði eða hvernig staða samrunaaðila verður eftir samruna, með það fyrir augum að greina á um hvort fyrirtæki er markaðsráðandi eða ekki. Ef fyrirtæki eru talin markaðsráðandi getur það haft talsverðar afleiðingar í för með sér en mat um hvort sú staða er fyrir hendi er matskennd og flókin. Eitt af þeim atriðum sem hefur talsverð áhrif við greiningu markaða eru aðgangshindranir. Markmið ritgerðarinnar er að gera aðgangshindrunum góð skil. Fjallað er um þau atriði sem aðgangshindranir hafa hvað mest áhrif á innan samkeppnisréttar og er það einkum greining á, mörkuðum, stöðu fyrirtækja á tilgreindum mörkuðum og mat á lögmæti samruna. Í framhaldi af þeirri umfjöllun er litið til íslenskrar réttarframkvæmdar og hvernig fjallað er um aðgangshindranir og hvaða áhrif þær geta haft á niðurstöður mála. Að lokum er dregin saman niðurstaða um það hvort sambærileg áhrif aðgangshindranna eru í réttarframkvæmd og fræðilegri umfjöllun. Einnig er horft til þeirra valdheimilda sem Samkeppniseftirlitið hefur og hvernig þær hafa verið nýttar til að draga úr eða koma í veg fyrir aðgangshindranir á markaði.

Abstract

Barrier to entry in Competition law, with refrance to icelandic law enforcement

This essay will review the effects of barriers to entry in regard to Icelandic competition law. Decisions based on legal issues of competition law, in most cases, are based upon economic analysis. However, because of the close connections between economic analysis and legal analysis the decisions are often similar. Often the issue that needs to be examined is whether or not a company has market power. If a company is considered to have market power or a company will have market power after a merger, the outcome can have considerable effect despite the economic assessment being complex. One of the issues that needs to be examined in regard to economic assessment are the barriers to entry. Barriers to entry must be examined, to some extent, when a company's market position is being analyzed or when a merger is under review. The objective of this essay is to review and analyze barriers to entry, specifically what the characteristics of such barriers are, and to examine what is included in the concept. The essay will then examine where barriers to entry have the most relevance: how the main effects of barriers to entry involve identifying market definition, examination of market position, and mergers. The effects of barriers to entry within the Icelandic legal system will also be reviewed, specifically how such barriers are assessed and to what effect. The conclusion of this essay will summarize to what extent the review regarding barriers to entry in Icelandic legal cases compare with scholarly conclusions and discussions. The choices of Icelandic competition authorities to effect barriers to entry will also be taken into consideration.

Dómaskrá.....	vi
Íslenskri dómar	vi
Dómar Evrópudómstólsins	vi
Dómar EFTA - dómstólsins	vi
Íslenskir Úrskurðir.....	vi
Íslenskar Ákvarðanir	vii
Úrskurðir Framkvæmdarstjórnar Evrópu	ix
Íslensk lög og reglugerðir	ix
Erlend lög og reglugerðir	x
1 Inngangur.....	1
2 Samkeppnisréttur	2
2.1 Almennt	2
2.2 Sögulegt ágríp.....	2
2.3 Áhrif ESB og EES á aðildarríki.....	3
2.4 Samkeppnisréttur á Íslandi.....	4
3. Tengsl aðgangshindrana við samkeppnisrétt	5
3.1. Virk samkeppni	6
3.2 Fullkomin samkeppni (e. Perfect competition).....	6
3.3 Einokunarstaða (e. Monopoly)	7
3.4 Fákeppnismarkaður (e. Oligopoly)	7
3.5 Samkeppnishæfir markaðir (e. Contestable markets).....	8
3.6 Markaðsgreining.....	8
3.6.1 Vörumarkaður	9
3.6.1.1 Eftirspurnarstaðganga (e. demand side substitution).....	9
3.6.1.2 Framboðsstaðganga (e. supply side substitution).....	10
3.6.1.3 Líkleg innkoma nýrra aðila á markaðinn	11
3.6.2 Landfræðilegur markaður.....	11
3.6.2.1 Eftirspurnarstaðganga	11
3.6.2.2 Framboðsstaðganga	12
3.6.2.3 Líkleg innkoma nýrra aðila á markaðinn	12
3.7 Markaðsráðandi staða.....	12
3.7.1 Mat á markaðsstyrk.....	13
3.7.2 Samkeppni á markaði	13
3.7.3 Framtíðarhorfur á markaði.....	15

3.7.4 Kaupendastyrkur	16
3.8 Samrunar	16
3.8.1 Markaðsgreining í samrunamálum.....	17
3.8.2 Áhrif aðgangshindrana við mat á samruna	17
3.8.3 Láréttir samrunar.....	19
3.8.4 Lóðréttir samrunar	20
3.8.5 Samsteypusamrunar.....	20
4 Aðgangshindranir	21
4.1 Þróun hugtaksins	21
4.2 Mikilvæg hugtök.....	23
4.2.1 Tímabær (e. Timely)	23
4.2.2 Líkleg (e. likely)	24
4.2.3 Fullnægjandi (e. Sufficient).....	25
4.3 Flokkar aðgangshindrana	27
4.3.1 Óafturkræfur kostnaður (sunk costs)	27
4.3.2 Aðgangshindranir sem tengjast gerð markaðar	29
4.3.2.1 Alger kostnaðar hagkvæmni (e. Absolute cost advantages)	30
4.3.2.2 Stærðarhagkvæmni (e. Economies of scale)	30
4.3.2.3 Breiddarhagkvæmni (e. Economies of scope)	31
4.3.2.4 Mikill fjármagnskostnaður (e. High capital costs)	32
4.3.2.5 Orðspor fyrirtækja (e. Reputational effects)	32
4.3.2.6 Netáhrif (e. Network effects)	33
4.3.2.7 Opinberar aðgangshindranir (e. Legal/regulatory barriers).....	34
4.3.2.8 Útgönguhindranir (e. Barriers to exit).....	35
4.3.2.9 Hagkvæmni fyrirtækja sem fyrst voru á markað (e. First mover advantages)	35
4.3.2.10 Lóðrétt samþætting (e. Vertical intergration)	36
4.3.2.11 Smæð markaðar	37
4.3.3 Aðgangshindranir vegna háttsemi fyrirtækja (e. Barrier from strategic behaviour by incumbents).....	37
4.3.3.1 Undirverðlagning (e. Predatory pricing).....	37
4.3.3.2 Markmiðs verðlagning (e. Limit pricing).....	38
4.3.3.3 Umfram fjárfesting í ónýttri framleiðslugetu (e. Intentional over-investment in capacity and sunk costs).....	38
4.3.3.4 Tryggðarafslættir og vöndlunarafslættir (e. Fidelity rebates and bundled rebates)	39
4.3.3.5 Hollusta við vörumerki og auglýsingar (e. Product differentiation and advertising)	40
4.3.3.6 Samtvinnun (e. Tying).....	41

4.3.3.7 Einkakaupasamningar (e. Exclusive dealing arrangements)	41
4.3.3.8 Uppsöfnun einkaleyfa (e. Patent hording)	42
4.3.3.9 Aðgangur að mikilvægum framleiðsluþáttum og/eða þekkingu (e. access to importand/essential facilities).....	42
4.4 Hindranir á stækkun (e. Barrier to expansion)	42
4.5 Aðgangshindranir á Íslandi	43
4.5.1 Möguleg úrræði gagnvart aðgangshindrunum	44
4.5.2 Aðgerðir opinberra aðila gagnvart aðgangshindrunum	45
4.5.2.1 Tillögur Samkeppniseftirlitsins vegna skipulagsmála opinberra aðila.....	45
4.5.2.2 Nánar um samkeppnismat	47
4.5.3 Aðgerðir sem fyrirtæki geta viðhaft til að koma í veg fyrir aðgangshindranir.	49
4.5.4 Valdheimildir Samkeppniseftirlitsins	49
4.5.4.1 Valdheimildir gagnvart opinberum aðilum	49
4.5.4.2 Valdheimildir gagnvart fyrirtækjum	50
4.6 Þróun aðgangshindrana á fjármálamarkaði	53
4.6.1 Aðgangshindranir á fjármálamarkaði í kjölfar efnahagshrunsins.....	53
4.6.2 Þróun aðgangshindrana á fjármálamarkaði	55
5. Aðgangshindranir í íslenskri réttarframkvæmd.....	57
5.1 Skilgreining markaða	59
5.1.1 Vörumarkaður	60
5.1.2 Landfræðilegur markaður.....	61
5.2 Staða fyrirtækja á markaði	62
5.3 Áhrif aðgangshindrana á mat á samkeppnishamlandi áhrifum samruna	65
5.4 Valdheimildir Samkeppniseftirlitsins til að knýja aðila máls til að minnka aðgangshindranir	66
6 Niðurstaða	69
Heimildarskrá	72

Dómaskrá

Íslenskri dómur

Hagar hf. gegn íslenska ríkinu, Dómur Hæstaréttar frá 18. nóvember 2010 nr. 188/2010

Dómar Evrópudómstólsins

Airtours gegn European Airtours gegn European Commission (T-342/99) [2002] ECR II-2585

AKZO Chemie BV gegn European Commission (C-62/86) [1994] ECR-I 3359

British airways gegn European Commission (T-219/99) [2003]

United Brands Co og United Brands Continental BV gegn Council (27/76) [1978] ECR 207

Deutsche Telekom gegn European Commission (C-280/08P) [2010] ECR-I 955

Council gegn Ítalíu (29/72) [1973] ECR 101

France Telekom SA gegn European Commission (T-340/03) [2007] ECR II - 107

Hilti gegn European Commission (T-30/89) [1991] ECR II-429

Irish Sugar gegn European Commission (T-228/97) [1999] ECR II-02969

Microsoft Corp gegn European Commission (T-201/04) [2007] ECR II-3601

Societa Italiana Vetro, Fabbrica Pisana og PPG Vernante Pennitalia gegn European Commission (T-68/89, T-77/89 og T-78/89) [1992] ECR-II 1403

Dómar EFTA - dómstólsins

Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn íslenska ríkinu (E-09/97) [1998] EFTA ct. rep. 95.

Íslenskir Úrskurðir

Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 21. september 2006 nr. 20/2006

Dec ehf., Lyfjaver ehf., og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu, Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 16. október 2006 í máli nr. 6/2006

Fiskmarkaður Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu, Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 2. júlí 2008 nr. 8/2008

Íslenskar Ákvarðanir

Aðgerðir til að efla samkeppni í almennri viðskiptabankaþjónustu við einstaklinga og lítil fyrirtæki -Á grundvelli sáttar við Arion banka- Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 20. júní 2017 nr. 24/2017

Aðgerðir til að efla samkeppni í almennri viðskiptabankaþjónustu við einstaklinga og lítil fyrirtæki -Á grundvelli sáttar við Íslandsbanka- Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 4. júlí 2017 nr. 25/2017

Aðgerðir til að efla samkeppni í almennri viðskiptabankaþjónustu við einstaklinga og lítil fyrirtæki-á grundvelli sáttar við Landsbankann-. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 12. júní 2017, nr. 22/2017

Aðgerðir til að styrkja samkeppnisaðstæður á pósthmarkaði, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. febrúar 2017 nr. 8/2017

Beiðni Forlagsins rhf. um endurupptöku ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2008 um samruna JPV útgáfu ehf. og Vegamóta ehf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 21. desember 2017 nr. 47/2017

Breyting á skipulagi og framkvæmd á greiðslukortamarkaði, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 30. apríl 2015, nr. 8/2015

Breytingar á skipulagi Skiptasamstæðunnar og aðrar aðgerðir til þess að efla samkeppni á fjarskiptamarkaði, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. mars 2013 nr. 6/2013

Brot Mjólkursamsölunar ehf. á samkeppnislögum, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 7. júlí 2016 nr. 19/2016

Brot Símans hf. með tilboði í 3G netlykil og áskrift, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 16. september 2011 nr. 30/2011

Erindi Póstdreifingar ehf. um meinta misnotkun Póss- og símamálastofnunar á markaðsráðandi stöðu sinni, Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 20. desember 1996 nr. 42/1996

Erindi wow air ehf. vegna úthlutunar Isavia ohf. á afgreiðslutímum á Keflavíkurflugvelli, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 1. nóvember 2013 nr. 25/2013 Innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum, mikilvægi samkeppni við opinber innkaup, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. nóvember 2016 nr. 29/2016

Kaup Artasan ehf. (Veritas Capital ehf.) á rekstri Ice Care ehf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 14. ágúst 2017 nr. 29/2017

Kaup Eignarhaldsfélagsins Fjarskipta ehf. á öllu hlutafé í IP Fjarskiptum ehf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 4. október 2011 í máli nr. 31/2011

Kaup S4S ehf. á öllu hlutafé í Ellingsen ehf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 22. maí 2017 nr. 20/2017

Kaup Síldarvinnslunnar HF. á Bergin Hugin ehf. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 22. apríl 2013 í máli nr. 10/2013

Kaup Valitors hf. á öllu hlutafé Euro Refund Group North á Íslandi ehf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 30. janúar 2009 nr. 3/2009

Misnotkun Eimskips á markaðsráðandi stöðu, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. desember 2007 í máli nr. 70/2007

Misnotkun Já hf. á markaðsráðandi stöðu sinni, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 7. nóvember 2014 nr. 31/2014

Misnotkun Lyf og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. febrúar 2010 í máli nr. 4/2010.

Misnotkun Securitas hf. á markaðsráðandi stöðu sinni, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 19. desember 2014 nr. 40/2014

Misnotkun Valitors hf. á markaðsráðandi stöðu og brot gegn ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008, frá 12 apríl 2013 nr. 8/2013

Samruni Fjarskipta hf. og 365 miðla hf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. desember 2017 nr. 42/2017

Samruni Haga hf. og Lyfju hf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017

Samruni innanlandsflugs Flugleiða hf. og Flugfélags norðurlands hf., Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 4. apríl 1997 nr. 10/1997

Samruni Kaupþings banka hf. og Sparisjóðs Reykjavíkur og nágrennis hf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. september í máli nr. 50/2008

Samruni Lagadere/Natexis/VUP, mál nr. COMP/M.2978 [2004], ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu OJ L125

Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf., Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 2. febrúar 2001 nr. 4/2001

Samruni Lýsis hf. og Akraborgar ehf. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 13. október 2015 nr. 28/2015

Samruni Samhentra Kassagerðar hf. og Frjó Umbúðarsölnunnar ehf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. september 2016 nr. 23/2016

Samruni Tempra ehf. og Plastgerðar Suðurnesja ehf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 6. júní 2017 nr. 23/2017

Samruni Veritas Capital hf., Fastusar ehf., og Aðalkosts ehf. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2012 í máli nr. 23/2012

Samruni wow air ehf. og Iceland Express ehf., Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. mars 2013 nr. 5/2013

Yfirtaka Prensmiðjunnar Odda á Steindórsprent-Gutenberg ehf., , Ákvörðun
Samkeppniseftirlitsins frá 15. desember 2000 nr. 36/2000, Eimskip

Yfirtaka Sölufélags garðyrkjumanna svf. og tengdra félaga á Ágæti hf., Ákvörðun
Samkeppnisráðs frá 22. mars 2001 nr. 11/2001

Úrskurðir Framkvæmdarstjórnar Evrópu

Air Liquide/BOC, mál nr. COMP/M.1630 [2004] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu OJ
L92/1

Airtours/First choice, mál nr. M.1524 [2000] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu OJ
L93/1

Nestlé/Perrier mál númer IV/M.190 [1992] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu, 92/553/
EEC, OJL 365

Panasonic/Sanyo, mál nr. COMP/M.5421 [2009] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu, OJ
C322

Ryanair/Aer Lingus, mál nr. M.4439, [2008] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu,
2008/263/EC, OJL 83

UTC/Goodrich, mál nr. COMP/M6410, [2012] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu, tekið
af :

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6410_20120726_20600_3206581
EN.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6410_20120726_20600_3206581_EN.pdf)

Íslensk lög og reglugerðir

Lög um verðlag, samkeppnishömlur og óréttmæta viðskiptahætti nr. 56/1978

Lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993

Samkeppnislög nr. 8/1993

Samkeppnislög nr. 44/2005

Reglur Samkeppniseftirlitsins um tilkynningar og málsmeðferð í samruna málu nr. 648/2008

Skipulagslög nr. 123/2010

Lög um opinber innkaup nr. 120/2016

Alpt. 1992-1993, A-deild 580-1

Alpt. 2004-2005, A-deild 883-590

Alpt. 2007-2008, A-deild 1188-628

Alpt. 2010-2011, A-deild 705-144

Erlend lög og reglugerðir

Treaty on the Functioning of the European Union OJ C326/01

Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5

Commission Guidance 2009/C 45/02 frá 24. febrúar 2009, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C45/7

Commission Guidelines 2008/C265/07 frá 18. október 2008, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. OJ C265/6

Commission Notice 97/C 372/03 frá 9. desember 1997, Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5

Council Regulation (EC) nr. 1/2003 frá 16. desember 2002, Implementation of the rules laid down in Articles 81 and 82 of the treaty [2003] OJ L001

1 Inngangur

Nálægð samkeppnisréttar við hagfræðilega greiningu er mikil og í mörgum tilfellum styðjast lögfræðilegar ályktarnir við hagfræðilegar greiningar. Hagfræðileg greining hefur mikið vægi þegar kemur að samkeppnisrétti en úrlausnir tengdar samkeppnisrétti eru oftast byggðar á hagfræðilegum greiningum og er iðulega vísað í þær þegar niðurstaða mála er kynnt.

Greining á stöðu fyrirtækja á markaði er margþætt og mikilvæg þar sem forgreining á mörkuðum þarf að liggja fyrir. Eitt þeirra atriða sem hafa talsverð áhrif á niðurstöðu greininga innan samkeppnisréttar eru aðgangshindranir. Takmörkuð umfjöllun er til í íslenskum fræðiritum um aðgangshindranir á meðan öðrum atriðum sem tengjast markaðsgreiningum hafa verið gerð mun betri skil. Af þeirri ástæðu er tilefni til að líta nánar á aðgangshindranir og fjalla um áhrif aðgangshindrana í samkeppnisrétti. Í framhaldi af þeirri umfjöllun er litið til íslenskrar réttarframkvæmdar og hún borin saman við fræðilega umfjöllun.

Samkeppnisréttur á Íslandi mótast að miklu leyti af evrópskum lögum og réttarframkvæmd sem aðili að Evrópska efnahagssvæðinu. Í fyrsta kafla er stutt umfjöllun um Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið og í kjölfarið er fjallað almennt um samkeppnisrétt og afhverju íslenskur samkeppnisréttur mótast svo mikið af evrópskum. Í öðrum kafla er umfjöllun beint að því hvar áhrifum aðgangshindranna gætir í samkeppnisrétti. Fjallað er um mismunandi uppbyggingu samkeppni á mörkuðum með tilliti til þeirra atriða sem skipt geta máli til að slík samkeppnis uppbygging geti orðið að veruleika. Í þriðja kafla er fjallað um þau atriði sem aðgangshindranir hafa sem mest áhrif á. Fjórði kafla er tileinkaður aðgangshindrunum þar sem fjallað er almennt um aðgangshindranir og hvernig þær hafa áhrif á samkeppnisrétt. Í framhaldi af þeirri umfjöllun er litið á hvernig sporna megi við aðgangshindrunum á Íslandi. Samkeppniseftirlitið hefur lagt nokkra áherslu á afnám aðgangshindranna síðustu ár og fjallað sérstaklega mikið um aðgangshindranir á fjármálamörkuðum er fjallað um hvernig aðgangshindranir eru á þeim mörkuðum og einnig hvernig þær hafa þróast síðasta áratug eða svo. Ástæða þeirrar umfjöllunar er sú að það hefur ítrekað komið fram í skýrslum frá Samkeppniseftirlitinu hversu mikilvæg samkeppni á fjármálamörkuðum er fyrir atvinnulíf og samfélagið í heild. Í fimmta kafla er litið til umfjöllunar um aðgangshindranir í réttarframkvæmd á Íslandi. Borið er saman hvernig hún samræmist fræðilegri umfjöllun og hvaða ályktanir draga má af orðalagi í dómum, ákvörðunum og úrskurðum á Íslandi. Í sjötta kafla er niðurstaðan dregin saman. Greint er frá athugasemdum höfundar um íslenska réttarframkvæmd ásamt umfjöllun um mikilvægi þess að stuðla að frekari opnun markaða.

2 Samkeppnisréttur

2.1 Almennt

Samkeppnisréttur í Evrópu hefur verið í mikilli þróun frá því um miðja síðustu öld og hefur þróast samhliða Evrópusambandinu.¹ Helsta markmið ESB er að koma á og viðhalda opnu markaðssvæði meðal aðildarríkja. Með undirritun EES–samningsins opnaðist markaðssvæði milli ESB og aðildarríkja Fríverslunarsamtaka Evrópu². Helsta markmið EES–samningsins er einsleitt og opið markaðssvæði sbr. 1. mgr. 1. gr. laga um Evrópska Efnahagssvæðið nr. 2/1993³. Samrýmdar reglur sem snúa meðal annars að viðskiptum eru hornsteinn opins markaðssvæðis á meðal aðildarríkja en án heildstæðra viðskiptareglna væri erfitt, ef ekki nær ómögulegt, að starfrækja opið markaðssvæði milli landa. Meginregla hins opna markaðar EES er fjórfrelsið, frjálsir vöruflutningar, frjáls för fólks, þjónustu og fjármagns sbr. 2. mgr. 1. gr. EES – laga. Grundvallarmarkmið EES er að stuðla að samræmi innan svæðisins og jafnri samkeppnisstöðu milli aðila sem starfa innan aðildarríkja.⁴ Samræmi í samkeppnisreglum er því mjög mikilvæg svo markmið EES–samningsins geti orðið að veruleika.⁵

2.2 Sögulegt ágríp

Lagður var grunnur að ESB þegar Stál- og kolabandalagið varð til árið 1951, en að því komu Frakkland, Þýskaland, Ítalía, Belgía, Holland og Lúxemborg. Markmið bandalagsins var að koma á opnu markaðssvæði ákveðinna framleiðslugreina.⁶ Árið 1957 varð til Efnahagsbandalag Evrópu⁷ í kjölfar undirritunar Rómarsáttmálans.⁸ Markaði Rómarsáttmálans upphafið af því sem við þekkjum sem ESB í dag.⁹

Mikilvægt skref í þróun á innri markaði ESB átti sér stað á árunum 1985–1986. Árið 1985 var gefin út skýrsla sem gaf til kynna að enn væru miklar hindranir milli landa sem komu í veg fyrir að um eitt markaðssvæði væri að ræða. Í kjölfarið voru undirrituð Einingarlög Evrópu árið 1986. Meginmarkmið þeirra var að stuðla að því að aðildarríki ESB væru með sameiginlegt

¹ Hér eftir „ESB“.

² Hér eftir „EFTA“.

³ Hér eftir „EES – lög“.

⁴ Alþt. 1992-1993, A-deild 580-1.

⁵ Josephine Steiner og Lorna Woods, *EU Law* (10., Oxford University Press 2009) bls. 6.

⁶ Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandsréttur: Lissabons-sáttmálinn með áherslu á fiski- og auðlindamál og ríkjasambandið* (Lagastofnun Háskóla Íslands 2014) bls. 15.

⁷ Hér eftir „EBE“.

⁸ Stefán Már Stefánsson (n. 6) bls. 16. .

⁹ Steiner og Woods (n. 5) bls. 4.

efnahagssvæði.¹⁰ Í kjölfar þess hefur þróun ESB verið mikil þar sem aðildarríkjum hefur fjölgað úr sex í 28.¹¹

Ísland var eitt af aðildarríkja EFTA sem stofnað var árið 1960. Markmið sambandins var að koma á fríverslunarsvæði meðal aðildarríkja. Á leiðtogafundi í Osló árið 1989 voru settar fram tillögur um samstarf milli EFTA og ESB.¹² Í kjölfar þess var EES samningurinn undirritaður árið 1992 þó með fyrirvara um samþykki Alþingis.¹³ Árið 1993 var EES samningnum gefin lagastoð í landsrétti með lögum um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993.

2.3 Áhrif ESB og EES á aðildarríki

Fjórar grundvallarreglur eru í gildi varðandi beitingu og skýringu á reglum EES og ESB. Í fyrsta lagi er reglan um að skýra skuli landsrétt í samræmi við Evrópurétt¹⁴, en dómstóll ESB hefur þróað regluna úr frá trúnaðarreglu EB-réttar. Í öðru lagi er reglan um bein réttaráhrif sem felur í sér að hægt sé að byggja réttindi og skyldur á reglum sem settar hafa verið af stofnunum ESB án þess að þær reglur hafi verið sérstaklega innleiddar í landsrétt aðildarríkis. Grunnurinn að reglunni var lagður í *Van Duyn*¹⁵ málinu þar sem lögð voru fram þrjú skilyrði fyrir beinum réttaráhrifum. Fyrsta skilyrðið var að ákvæðin séu nægilega skýr og nákvæm. Annað skilyrði var að ákvæðin skulu vera óskilyrt og mæla fyrir um réttindi einstaklings.¹⁶

Þriðja reglan snýr að tengslum EB-réttar og landsréttar, og þau forgangsráttir sem EB-reglur hafa gagnvart reglum landsréttar. Þessi regla um forgangsráttir nær einnig til aðildarríkja EES. Í 3. gr. EES laga koma þessi áhrif fram, “Skýra skal lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES – samninginn og þær reglur sem á honum byggja.”

Að lokum er reglan um skaðabótaskyldu ríkis vegna ófullnægjandi innleiðingar ákvæða EB-réttar. Það sem felst í þeirri reglu er að ef aðilar í atvinnurekstri verða fyrir tjóni sökum ófullnægjandi innleiðingar ríkisins á EB - reglum geti sá aðili sótt sér skaðabætur til ríkisins.¹⁷ EFTA – dómstóllinn hefur þróað meginregluna um skaðabótaskyldu EES – ríkja sbr. dóm í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur gegn íslenska ríkinu*.¹⁸

¹⁰ Stefán Már Stefánsson (n. 6) bls. 17.

¹¹ Tekið af https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en þann 16. febrúar 2018.

¹² Alþt. 1992-1993, A-deild 580-1.

¹³ sama heimild.

¹⁴ Hér eftir „EB-rétt“

¹⁵ Mál nr. 29/7 *European Council gegn Ítalíu* [1973] ECR 101.

¹⁶ Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar* (Háskólinn í Reykjavík ; JPV útgáfa 2008) bls. 330.

¹⁷ sama heimild bls. 334.

¹⁸ Mál nr. E-09/97 *Erla María Sveinbjörnsdóttir gegn íslenska ríkinu* [1998] EFTA ct. rep. 95.

2.4 Samkeppnisréttur á Íslandi

Samkeppnisreglur á Íslandi hafa þróast ört eftir að Ísland gerðist aðili að EES–samningnum. Ákveðnar reglur EES hafa forgangsáhrif á landsréttarreglur aðildarríkja. Til að stuðla að einsleitu markaðssvæði er mikilvægt að innan þess gildi einsleitar samkeppnisreglur. Fyrstu heildstæðu samkeppnislögin voru sett á Íslandi árið 1993 með lögum nr. 8/1993. Lögin tóku við af lögum nr. 56/1978 um verðlag, samkeppnishömlur og óréttmæta viðskiptahætti.¹⁹ Voru hin nýju lög sett í samræmi við ákvæði EES–samningsins sem Ísland gerðist aðili að stuttu áður. Með breytingarlögum nr. 107/2000 var ákvæðum samkeppnislaga breytt og þau samræmd ákvæðum EES-samningsins. Bannákvæði við samráði fyrirtækja var víkkað. Tekið var upp bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu og samrunaákvæði voru styrkt.²⁰ Árið 2005 voru sett ný heildstæð samkeppnislög nr. 44/2005²¹ til að samræma við reglur ESB.²² Nokkrar breytingar voru gerðar á fyrri lögum þá einkum varðandi skipulag innlendra eftirlitsstofnana, og ákvæði samrunareglugerðar ESB²³ voru tekin upp.²⁴ Með lögum nr. 94/2008 voru gerðar enn frekari breytingar á ákvæðum samkeppnislaga. Fólst í þeim breytingum styrking á efnisreglum samrunaákvæða þar sem 17. gr. var breytt, en bættust við fimm nýjar lagagreinar 17. gr. a – 17. gr. e.²⁵ Meðal þeirra breytinga var gefið aukið svigrúm til efnislegs mats á samruna.²⁶

Réttarframkvæmd samkeppnislaga á Íslandi mótast að miklu leyti af samskonar álitaeftum innan Evrópu þá í Evrópskum dómum og ákvörðunum Framkvæmdarstjórnar Evrópu²⁷ eru oft reifaðar til að renna stoðum undir túlkun á samkeppnisreglum sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli Eimskips.²⁸ Samkeppnisreglur og túlkun þeirra eru því mótaðar af ESB löggjöf og úrlausnum samkeppnismála. Af því leiðir að umfjöllun um íslenskan

¹⁹ Vilhjálmur Þ. Á. Vilhjálmsson, „Samstílar aðgerðir í samkeppnisrétti“ [2010] Úlfljótur 421 bls. 424.

²⁰ Ásgeir Einarsson og Jóna Björk Helgadóttir, „Breytingar á samkeppnislögum“ [2001] Úlfljótur 71 bls. 72.

²¹ Hér eftir „samkeppnislög.“

²² Alþt. 2004-2005, A-deild 883-590.

²³ Council Regulation (EC) nr. 1/2003 frá 16. desember 2002, Implementation of the rules laid down in Articles 81 and 82 of the treaty [2003] OJ L001.

²⁴ Alþt. 2004-2005, A-deild 883-590.

²⁵ Alþt. 2007-2008, A-deild 1188-628.

²⁶ *Kaup Artasan ehf. (Veritas Capital ehf.) á rekstri Ice Care ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 14. ágúst 2017 nr. 29/2017 bls. 12.

²⁷ Hér eftir „framkvæmdarstjórnin.“

²⁸ *Misnotkun Eimskips á markaðsráðandi stöðu*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. desember 2007 í máli nr. 70/2007 „Í því samhengi verður að hafa í huga að það er ekki fullnægjandi kaupendastyrkur að einstaka stærri viðskiptavinir markaðsráðandi fyrirtækis geti varist verðhækkunum þess“ og var þessu til stuðnings vísað til ákvarðanir framkvæmdarstjórnar Evrópu í máli nr. IV/M.190 Nestlé/perrier. Fjöldi annarra tilvísana í úrlausni ESB dómstóls og framkvæmdarstjórnarinnar er að finna í ákvörðuninni þar sem settar eru fram fullyrðingar um túlkun samkeppnisreglna. .

samkeppnisrétt verði ekki gerð góð skil án tillits til evrópskra laga, fræðilegarar umfjöllunnar og réttaframkvæmdar.

3. Tengsl aðgangshindrana við samkeppnisrétt

Í nútímasamfélagi er vægi viðskiptalífs mikið og hefur þróun markaðskenninga mótast talsvert út frá tveimur ríkjandi kenningum, það er kenningunum um frjálsan markað og miðstýrt hagkerfi. Um miðja síðustu öld voru þessar kenningar ráðandi. Vestræn ríki aðhylltust frjálsan markað á meðan mistýrt hagkerfi var við lýði í gömlu Sovíetríkjunum. Eftir fall Sovíetríkjanna litu vestræn ríki á það sem merki um yfirburði frjáls markaðar fram yfir miðstýrt hagkerfi.²⁹ Samkvæmt kenningu um frjálsan markað þjóna fyrirtæki eigin hagsmunum en ekki almannahagsmunum. Ef samkeppni er virk á mörkuðum kemur hún í veg fyrir að fyrirtæki geti hámarkað ágóða umfram það sem samkeppni leyfir og hagað sér án tillits til samkeppnisaðila, kaupenda og neytenda.³⁰ Kenningin um frjálsan markað gengur út frá því að markaðir eru skilvirkastir þegar þeim er leyft að vera sjálfstæðir frá afskiptum stjórnvalda. Þá fær samkeppni að blómstra út frá skilvikni og hagkvæmd í rekstri fyrirtækja.³¹

Samkeppnisreglum er ætlað margþætt hlutverk en meginhlutverk þeirra er að efla virka samkeppni og stuðla að betri nýtingu á framleiðsluþáttum samfélagsins sbr. 1. gr. samkeppnislaga. Samkeppnisreglur eru því mikilvægar til að frjáls markaður stuðli að hagsmunum heildarinnar og komi í veg fyrir að fyrirtæki geti misnotað stöðu sína neytendum til tjóns. Beiting samkeppnisreglna er oft byggðar á matskenndum atriðum, þar sem greina þarf aðstæður og háttsemi með hagfræðilegri aðferðarfræði.³² Getur háttsemi verið lögmæt undir ákveðnum kringumstæðum en ólögmæt ef aðstæður eru aðrar, það á sérstaklega vel við um mat á markaðsráðandi stöðu sbr. 11. gr. Samkeppnislaga.

Þegar greina á samkeppni á markaði þarf fyrst af öllu að byrja á því að skilgreina viðeigandi markað. Í flestum tilfellum er það tvíþætt mat, þar sem skilgreint er hver viðeigandi vörumarkaður er annars vegar og hver landfræðilegi markaðurinn er hins vegar. Í undantekningartilvikum er þó ástæða til að greina hvort starfsemin sé háð tímabilum, til að mynda árstíðum.³³ Greining á hvort fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu skiptir höfuðmáli í

²⁹ Alison Jones og Brendan Sufrin, *Eu competition law: text, cases, and materials* (5. útg., Oxford University Press 2014) bls. 2.

³⁰ Mál nr. 27/76, *United Brands Co og United Brands Continental BV gegn Council of Europe* [1978] ECR 207 mgr. 65.

³¹ Jones og Sufrin (n. 29) bls. 2.

³² Jones og Sufrin (n. 29) bls. 4.

³³ Mál nr. 27/76, *United Brands Co og United Brands Continental BV gegn Council of Europe* [1978] ECR 207.

samkeppnisrétti. Mat á stöðu fyrirtækja á markaði er margþætt og flókið mat en meðal þeirra atriða sem skipta miklu máli eru hvort markaður telst vera opinn eða lokaður.³⁴ Mat á því hvort markaður telst opinn eða lokaður veltur á því hvort og þá að hversu miklu leyti aðgengi að markaðnum er heft sökum aðgangshindranna.³⁵ Aðgangshindranir geta gert fyrirtækjum erfitt fyrir að komast inn á markað, starfandi aðilum erfitt fyrir að stækka við sig eða breyta starfsemi sinni eða jafnvel gert brotthvarf frá markaði erfitt og/eða kostnaðarsamt. Áður en farið verður nánar yfir markaðsgreiningu er ástæða til að fjalla um nokkrar tegundir markaðsuppyggingar. Sú umfjöllun snýr að miklu leyti til þess hvaða aðstæður á markaði leiða af sér eða stuðla að tiltekinni markaðsuppyggingu.

3.1. Virk samkeppni

Hugmyndarfræði um virka samkeppni er samofin markmiðum samkeppnisreglna þar sem efnahagslegt markmið þeirra er að stuðla að virkri samkeppni.³⁶ Það sem skiptir máli eru áhrif samkeppni á markaðnum á neytendur en ekki hvernig samkeppnisuppygging er til staðar. Hvort samkeppni á markaði sé virk veltur á afleiðingum samkeppninnar en ekki hvaða form hún tekur á sig.³⁷ Virk samkeppni er því tæki til að ná fram markmiðum en ekki markmiðið sjálf.³⁸

3.2 Fullkomin samkeppni (e. Perfect competition)

Samkeppni á mörkuðum getur verið byggð upp með fjölbreyttum hætti. Kenningin um fullkomna samkeppni er lýsandi fyrir þær aðstæður sem taldar eru nýta framleiðsluþætti samfélagsins einna best.³⁹ Þegar fullkomin samkeppni ríkir á markaði er markaðsstyrkur fyrirtækja ekki mikill og mikil samkeppni ríkir á markaðnum. Kenningin um fullkomna samkeppni er gagnleg á tvennskonar hátt. Í fyrsta lagi undirstrikar hún mikilvægi skilvirkrar dreifingar verðmæta (e. allocative efficiency) og skilvirkni í framleiðslu (e. productive efficiency). Í öðru lagi er kenningin gagnlegt viðmið til að mæla samkeppnishorfur á markaði.⁴⁰

Til að fullkomin samkeppni geti átt sér stað þurfa að vera fyrir hendi ákveðnar aðstæður. Fyrir það fyrsta þurfa að vera margir starfandi aðilar á markaði sem framleiða eða selja tiltekna vöru eða þjónustu. Auk þess þurfa að vera fyrir hendi margir viðskiptavinir. Þá þarf varan eða

³⁴ Richard Wish, og David Bailey, *Competition law* (8. útg., Oxford University Press 2015) bls. 28.

³⁵ *Kaup Artasan ehf. (Veritas Capital ehf.) á rekstri Ice Care ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 14. ágúst 2017 nr. 29/2017.

³⁶ Simon Bishop og Mike Walker, *The Economics of EC competition law* (3., Sweet and Maxwell 2010) bls. 21-22.

³⁷ sama heimild bls. 21.

³⁸ Jones og Sufrin (n. 29) bls. 33.

³⁹ Wish, og Bailey (n. 34) bls. 5.

⁴⁰ Jonathan Faull og Ali Nikpay, *The EU law of competition* (3. útg., Oxford University Press 2014) bls. 21.

þjónustan á markaðnum að vera mjög einsleit, sem þýðir að fyrirtækin selja eða framleiða samskonar vöru eða mjög svipaða. Viðskiptavinir þurfa að hafa gott aðgengi að upplýsingum um þær vörur sem eru í boði og að lokum þarf markaðurinn að vera algjörlega opinn þar sem svo til engar aðgangshindranir eru til staðar.⁴¹ Ef aðgangshindranir eru á markaði þá getur fullkomin samkeppni ekki þrífist.

3.3 Einokunarstaða (e. Monopoly)

Þegar einokunarstaða er fyrir hendi á markaði má segja að markaðsuppygging sé í nokkurri andstöðu við fullkomna samkeppni. Fyrirtæki í einokunarstöðu hefur gríðarlegan styrk á markaði og getur hagað sér án tillits til samkeppnisaðila, kaupenda og neytenda.⁴² Til að slík staða geti komið til þurfa ákveðnar aðstæður að vera fyrir hendi. Fyrir það fyrsta er aðeins einn framleiðandi á markaði en margir kaupendur. Markaðurinn þarf að vera lokaður þar sem ríkar aðgangshindranir koma í veg fyrir að samkeppnislegt aðhald verði til vegna líkinda á innkomu nýrra aðila.⁴³

3.4 Fákeppnismarkaður (e. Oligopoly)

Þrátt fyrir að fullkomin samkeppni og einokunarstaða eru andstæðar markaðsaðstæður þá eiga þær kenningar það sameiginlegt að ekki þarf að greina frekar á um hegðun fyrirtækja en að þau hafi það að markmiðið að hámarka hagnað.⁴⁴ Fákeppnismarkaðir eru þar sem fáir framleiðendur eru starfandi en eru að minnsta kosti tveir. Samþjöppun á markaði er mikil, en í því felst að fáir aðilar á markaðnum sinna stórum hluta eða allri eftirspurn kaupenda. Talsverðar aðgangshindranir eru á fákeppnismörkuðum þar sem innkoma nýrra aðila er ekki líkleg eða auðveld. Þar af leiðandi er ekkert samkeppnislegt aðhald frá mögulegum nýjum keppnautum á fákeppnismörkuðum.⁴⁵

Greining á hegðun fyrirtækja þegar um fákeppnismarkað er að ræða er flókin. Fákeppnismarkaðir eru flóknari að því leyti að fyrirtæki geta ekki hegðað sér algerlega án tillits til samkeppnisaðila, kaupenda og neytenda, þar sem það er vís leið til að missa viðskiptavini til samkeppnisaðila á markaðnum. Einnig gæti hörð samkeppni komið í veg fyrir háværkun skammtíma hagnaðar þar sem oft reynist hagstæðara að ráðast ekki í harðar samkeppnis

⁴¹ sama heimild bls. 20.

⁴² sama heimild bls. 21.

⁴³ sama heimild bls. 21-22.

⁴⁴ sama heimild bls. 25.

⁴⁵ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (Samkeppniseftirlitið 27. nóvember 2008) 2/2008 bls. 22-23

<http://www.samkeppni.is/media/skyrslur/ymsar_skyrslur/oflug_uppbygging_opnun_markada_og_efling_atvinnustarfsemi.pdf> skoðað 9. febrúar 2018.

aðgerðir á fákeppnismörkuðum.⁴⁶ Ef aðstæður eru með ákveðnum hætti er talsverð hætta á að fyrirtæki sem starfa á fákeppnismörkuðum samhæfi markaðshegðun sína með þegjandi samhæfingu.⁴⁷ Til að samhæfing geti átt sér stað með tilætluðum afleiðingum þarf markaðurinn að vera gegnsær þar sem fyrirtæki geta með einföldum hætti fylgst með hegðun og ekki síst verðlagningu samkeppnisaðila.⁴⁸ Aðgangshindranir skipta einnig máli gagnvart samhæfðri hegðun þar sem nýr aðili gæti séð sér leik á borði að nýta sér svigrúm til verðlækkana sem samhæfing hefur í för með sér.⁴⁹

3.5 Samkeppnishæfir markaðir (e. Contestable markets)

Aðgangshindranir gegna mikilvægu hlutverki fyrir samkeppni á markaði. Samkvæmt kenningu um samkeppnishæfa markaði þarf mikil markaðshlutdeild ekki að leiða af sér markaðsráðandi stöðu ef aðgengi að markaðnum er óhindrað. Til að markaður geti fallið undir kenninguna um samkeppnishæfa markaði mega svo til engar aðgangshindranir vera til staðar.⁵⁰ Verður innkoma að geta átt sér stað með skjótum hætti þar sem óafturkræfur kostnaður er lítill og aðilar sem starfa á markaði geta ekki lækkað verðlag með merkjanlegum hætti við innkomu nýrra aðila.⁵¹ Ekki eru mörg tilvik þar sem markaðir hafa þau einkenni sem kenningin um samkeppnishæfa markaði gerir kröfu um, en er kenningin samt sem áður notuð þegar litið er til samkeppnislegra álitafna.⁵² Hafa þó komið upp tilvik þar sem samrunar voru heimilaðir þrátt fyrir sterka markaðsstöðu samrunaaðila þar sem samkeppnislegt aðhald var talið nægjanlegt vegna líkinda á sterkri innkomu á markaðinn.⁵³

3.6 Markaðsgreining

Samspil lögfræðilegrar og hagfræðilegrar greiningar er mikilvæg til að leiða fram niðurstöðu varðandi samkeppnisréttarleg álitafni. Ef leysa á úr lögfræðilegu álitafni þarf í mörgum tilfellum fyrst að leiða fram niðurstöðu um stöðu fyrirtækja á markaðinum en slíkt er gert með hagfræðilegri nálgun.⁵⁴ Sú greining er margþætt og flókin þar sem litið er til margra þátta og niðurstaða leidd fram með heildstæðri greiningu.⁵⁵

⁴⁶ Faull og Nikpay (n. 40) bls. 25.

⁴⁷ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 22-23.

⁴⁸ Alistair Lindsay og Alison Berridge, *The EC merger regulation: substantive issues* (3. útg., Sweet and Maxwell 2009) bls. 312-313.

⁴⁹ sama heimild bls. 363-364.

⁵⁰ Gunnar Niels, Helen Jenkins og James Kavanagh, *Economics for competition lawyers* (2. útg., Oxford University Press 2016) bls. 111.

⁵¹ Jones og Sufirin (n. 29) bls. 31.

⁵² Bishop og Walker (n. 36).

⁵³ Niels, Jenkins og Kavanagh (n. 50) bls. 112.

⁵⁴ Jonathan Faull og Ali Nikpay, *The EC Law of Competition / Edited by Jonathan Faull and Ali Nikpay* (2nd ed., Oxford University Press 2007) bls. 4.

⁵⁵ Wish, og Bailey (n. 34) bls. 28.

Greining á stöðu fyrirtækja og hvort þau teljist vera í markaðsráðandi stöðu skiptir höfuð mál við úrlausn ýmissa samkeppnisréttarlegra álitafna. Ef fyrirtæki eru í markaðsráðandi stöðu hafa þau skert aðgerðarfrelsi skv. 11. gr. samkeppnislaga, en aðeins fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu sem geta brotið gegn ákvæðinu.⁵⁶ Niðurstaða um markaðsstyrk næst ekki með einfaldri greiningu þar sem tölulegum upplýsingum er slegið í jöfnu og útkoman gefur nákvæma tölulega mynd af markaðsstöðu fyrirtækisins. Mat á stöðu fyrirtækja á markaði er margþætt þar sem fyrst þarf að greina þann markað sem fyrirtækið starfar á með hliðsjón af tilgreindri vöru eða þjónustu og því landsvæði sem markaðurinn nær til. Áður en litið er til markaðsstyrks fyrirtækis þarf því að skilgreina ákveðna vöru- eða þjónustumarkað, landfræðilegan markað og í undantekningartilvikum hvort markaðurinn sé háður ákveðnum tímabilum eða árstíma. Þrátt fyrir mikilvægi þess að markaðir séu rétt skilgreindir þá er ávallt um mat að ræða. Markaðsgreiningar geta ekki verið óumdeilanlega réttar og er aðeins stuðst við þær til viðmiðunar.⁵⁷

3.6.1 Vörumarkaður

Markmið markaðsgreininga er að leiða fram stöðu fyrirtækja á markaði.⁵⁸ Fyrsta skrefið í markaðsgreiningu er að skilgreina viðeigandi vörumarkað. Lykilhugtak við greiningu á vörumarkaði er staðkvæmd (e. substitutability). Með staðkvæmd er átt við hvort kaupendur geti skipt yfir í aðra vöru eða þjónustu sem hefur sömu eða svipaða eiginleika og varan sem er til skoðunar.⁵⁹ Tvær tegundir staðkvæmdar skipta máli í þessu samhengi það er eftirspurnarstaðganga og framboðsstaðganga.⁶⁰ Þriðja atriðið sem talið er geta komið til greina eru möguleikar á því að nýr aðili komi inn á markaðinn og það samkeppnislega aðhald sem sú staða getur myndað í fjarveru raunverulegrar innkomu á markað.⁶¹

3.6.1.1 Eftirspurnarstaðganga (e. demand side substitution)

Þegar litið er til eftirspurnarstaðgöngu er tekið til skoðunar hvaða vörur eða þjónusta hafa þá eiginleika að kaupendur gætu nýtt sér hana með sambærilegum hætti og þá vöru eða þjónustu sem er til skoðunar.⁶² Fyrst og fremst er litið til þess hvort möguleg staðgönguvara hafi sama

⁵⁶ sama heimild bls. 26.

⁵⁷ *Fiskmarkaður Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 2. júlí 2008 nr. 8/2008.

⁵⁸ *Kaup Síldarvinnslunnar HF. á Bergin Hugin ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 22. apríl 2013 í máli nr. 10/2013 bls. 19.

⁵⁹ Reglur Samkeppniseftirlitsins um tilkynningar og málsmeðferð í samruna málu nr. 648/20087. kafli.

⁶⁰ Jones og Sufirin (n. 29) bls. 66.

⁶¹ Commission Notice 97/C 372/03 frá 9. desember 1997, Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5 mgr. 13.

⁶² sama heimild mgr. 15.

notagildi og eiginleika fyrir kaupendur og varan sem er til skoðunar.⁶³ Litið er til hvort kaupendur þurfi aðlögunartíma til að geta skipt yfir í mögulega staðgönguvöru.⁶⁴ Eitt af þeim tækjum sem notað er til slíkrar könnunar eru svokölluð SSNIP próf.⁶⁵ Í stuttu máli er með þeim metið hvernig kaupendur myndu bregðast við 5-10% varanlegri hækkun á verði. Ef neytendur beina viðskiptum sínum annað og þá til annarar vöru við hækkunina, að því marki að hækkunin verður ekki arðvænleg, þá eru vörurnar taldar vera á sama markaði.⁶⁶ Þess má geta að staðgangar þarf ekki að vera gagnkvæm. Getur vara A verið staðgönguvara vöru B þar sem vara A hefur sambærilegt notagildi fyrir kaupendur og vara B, en hún þarf ekki að hafa sambærilegt notagildi og vara A er því ekki gagnkvæm staðkvæmd milli þeirra.⁶⁷ Einnig geta markaðir verið greindir í frummarkað og eftirmarkað þar sem frummarkaður gæti verið framleiðsla á ákveðinni vöru en eftirmarkaður þá viðbætur við þá vöru, s.s. þjónusta við vöruna eða varahlutir.⁶⁸

Aðgangshindranir koma ekki mikið við sögu þegar litið er til eftirspurnarstaðgöngu. Samt sem áður þarf að taka tillit til þess ef hindranir koma í veg fyrir að kaupendur geti skipt yfir í staðgönguvöru ef til að mynda verð er hækkað á tiltekinni vöru. Geta þær hindranir stafað af ákvæðum samninga við framleiðanda, lagalegum hindrunum, staðsetning kaupanda o.s.frv.⁶⁹

3.6.1.2 Framboðsstaðgangar (e. supply side substitution)

Þegar litið er til framboðsstaðgöngu í tengslum við vörumarkað er litið til möguleika þess aðila sem framleiðir vöru, sem ekki er staðgönguvara ákveðinnar vöru, til að geta með auðveldum og skjóttum hætti framleitt vöru sem er staðgönguvara vörunnar sem er til skoðunar.⁷⁰ Aðgangshindranir hafa talsverð áhrif við mat á framboðsstaðgöngu þar sem ýmsar hindranir geta orðið til þess að erfitt reynist að breyta framleiðslunni með ofangreindum hætti.⁷¹ Framboðsstaðgangar hefur öllu minna vægi en eftirspurnarstaðgangar þegar vörumarkaður er skilgreindur en getur komið til skoðunar við sérstakar aðstæður.⁷²

⁶³ Mál nr. 27/76, *United Brands Co og United Brands Continental BV gegn Council of Europe* [1978] ECR 207 .

⁶⁴ Jones og Sufirin (n. 29) bls. 67.

⁶⁵ Mál nr. T-340/03, *France Telekom SA gegn Commission* [2007] ECR II - 107 .

⁶⁶ Commission Notice 97/C 372/03 frá 9. desember 1997, Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5.

⁶⁷ Mál nr. T-201/04, *Microsoft Corp gegn Commission* [2007] ECR II-3601.

⁶⁸ Mál nr. T-30/89, *Hilti gegn Commission* [1991] ECR II-429.

⁶⁹ Commission Notice 97/C 372/03 frá 9. desember 1997, Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5 mgr. 42.

⁷⁰ sama heimild mgr. 20.

⁷¹ *Beiðni Forlagsins rhf. um endurupptöku ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2008 um samruna JPV útgáfu ehf. og Vegamóta ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 21. desember 2017 nr. 47/2017 bls. 32.

⁷² *Samruni Veritas Capital hf., Fastusar ehf., og Aðalkosts ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2012 í máli nr. 23/2012 bls. 9.

3.6.1.3 Líkleg innkoma nýrra aðila á markaðinn

Þriðja atriðið sem er til skoðunar er hvort hindranir á markaði geri innkomu nýrra aðila erfiða og ólíklega. Í samhengi við skilgreiningu á vörumarkaði hafa aðgangshindranir og hindranir til stækkunar hvað mest áhrif þegar litið er til framboðsstaðgöngu. Mat um líklega innkomu sjálfstætt er almennt hluti af mati á markaðsstyrk en ekki skilgreiningu á viðeigandi markaði.⁷³

3.6.2 Landfræðilegur markaður

Þegar niðurstaða liggur fyrri um vörumarkað er næsta skref í markaðsgreiningu að skilgreina til hvaða landssvæðis markaðurinn nær til.⁷⁴ Líkt og á við um greiningu á vörumarkaði er helst litið til eftirspurnarstaðgöngu og framboðsstaðgöngu þegar landfræðilegur markaður er skilgreindur en einnig geta hugsanlegir framtíðarsamkeppnisaðilar haft áhrif.⁷⁵

3.6.2.1 Eftirspurnarstaðganga

Þegar greina á landfræðilegan markað snýst mat um eftirspurnarstaðgöngu um að leiða fram að hvaða marki kaupendur á ákveðnu landssvæði geta og eru viljugir til að færa viðskipti sín til framleiðanda sem er á öðru landsvæði.⁷⁶ Líkt og þegar litið er til eftirspurnarstaðgöngu við greiningu á vörumarkað er hægt að beita SSNIP prófinu þegar landfræðilegur markaður er kannaður. Ef 5-10% varanleg verðhækkun leiðir til þess að kaupendur færa viðskipti sín til framleiðanda á öðru landssvæði, að því marki að hækkunin verður óarðbær, yrðu þau landsvæði talin vera á sama markaði.⁷⁷ Helst er litið til kostnaðar sem kaupendur þurfa að standa straum af við að færa viðskipti sín á annað landssvæði. Ef kostnaðurinn er mikill eru hverfandi líkur á því að kaupendur færi viðskipti sín á annað svæði.⁷⁸

⁷³ Wish, og Bailey (n. 34) bls. 31.

⁷⁴ sama heimild bls. 40.

⁷⁵ Commission Notice 97/C 372/03 frá 9. desember 1997, Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5 mgr. 13.

⁷⁶ Faull og Nikpay (n. 54) bls. 49.

⁷⁷ Commission Notice 97/C 372/03 frá 9. desember 1997, Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5 mgr. 18.

⁷⁸ Faull og Nikpay (n. 54) bls. 49.

3.6.2.2 Framboðsstaðganga

Þegar framboðsstaðganga er skoðuð er litið til þess hversu erfitt það væri fyrir framleiðendur á vöru á einu landsvæði að sinna eftirspurn kaupenda á öðru landssvæði.⁷⁹ Aðgangshindranir hafa talsvert vægi við mat á framboðsstaðgöngu. Hindranir sem gera framleiðanda erfitt fyrir að anna eftirspurn á öðru landssvæði minnkar líkur á því að hann telji hagkvæmt að sinna þeirri eftirspurn. Þær aðgangshindranir sem helst koma til greina eru kostnaðarliðir sem fylgja því að koma sér upp starfsstöð og/eða þjónustu við vöruna á nýju landssvæði.⁸⁰ Opinberar aðgangshindranir geta gert það að verkum að erfitt er að hefja sölu á öðru landssvæði t.d. vegna reglna sem snúa að flutningi vöru sem markaðurinn nær til.⁸¹ Vægi framboðsstaðgöngu er talsvert meira þegar verið er að skilgreina landfræðilegan markað heldur en í tilfalli vörumarkaðs. Nokkuð gott jafnvægi er á gildi framboðs- og eftirspurnarstaðgöngu við skilgreiningu á landfræðilegum markaði.⁸²

3.6.2.3 Líkleg innkoma nýrra aðila á markaðinn

Líkt og á við um greiningu á vörumarkaði hefur líkleg innkoma ekki mikið sjálfstætt vægi við greiningu á landfræðilegum markaði.⁸³ Hins vegar hafa hindranir á markaði aukið vægi þar sem mat á framboðsstaðgöngu vegur þyngra við mat á landfræðilegum markaði heldur en vörumarkaði.

3.7 Markaðsráðandi staða

Eitt af lykilhugtökum í samkeppnisrétti er markaðsráðandi staða. Niðurstaða um hvort fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu getur haft úrslitaáhrif varðandi það hvort talið er að brotið hafi verið gegn 11. gr. samkeppnislaga, eða hvort ástæða þyki til að aðhafast við samruna fyrirtækja.⁸⁴ Markaðsstyrkur hefur einnig áhrif á greiningu þess hvort brotið hafi verið á 10. gr. samkeppnislaga þar sem fyrirtæki geta verið undanskilin ákvæðinu ef staða þeirra á markaði er mjög veik.⁸⁵ Markaðsráðandi staða getur haft talsverð áhrif á aðgerðarfrelsi fyrirtækja ef staða þeirra er sterk og aðstæður gefa tilefni til.⁸⁶ Í 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er sett fram

⁷⁹ sama heimild bls. 49.

⁸⁰ *Samruni Veritas Capital hf., Fastusar ehf., og Aðalkosts ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2012 í máli nr. 23/2012.

⁸¹ *Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.*, Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 2. febrúar 2001 nr. 4/2001 bls. 14-15.

⁸² Faull og Nikpay (n. 54) bls. 49.

⁸³ *Samruni Veritas Capital hf., Fastusar ehf., og Aðalkosts ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2012 í máli nr. 23/2012.

⁸⁴ *Misnotkun Securitas hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 19. desember 2014 nr. 40/2014 bls. 183.

⁸⁵ Wish, og Bailey (n. 34) bls. 26-27.

⁸⁶ *Misnotkun Já hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 7. nóvember 2014 nr. 31/2014 bls. 133.

skilgreining á markaðsráðandi stöðu en hún hljóðar svo: „markaðsráðandi staða er þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda“. Hafa ber í huga að markaðsráðandi staða er ekki ólögmet og getur vel komið til af eðlilegum rekstrarforsendum vegna mikillar samkeppni, hagkvæmni í rekstri eða betri vöru eða þjónustu. Hegðun fyrirtækja sem eru í markaðsráðandi stöðu er samt sem áður mikið til skoðunar og þá hvernig þau viðhalda og auka markaðsstyrk sinn.⁸⁷

Fyrirtæki geta einnig verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu sbr. 1. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Í þeim tilvikum eru fyrirtæki ekki í markaðsráðandi stöðu hvert fyrir sig heldur fara tilgreind fyrirtæki saman með markaðsráðandi stöðu þegar litið er heildstætt á viðskipti þeirra á markaði.⁸⁸ Þegar fyrirtæki fara saman með markaðsráðandi stöðu og mikil samþjöppun er á markaði er aukin hættu á samhafðri markaðshegðun.

3.7.1 Mat á markaðsstyrk

Við mat á markaðsstyrk eru tekin til greina ýmis gögn. Í leiðbeiningum framkvæmdarstjórnar Evrópu um áherslur á beitingu 82. gr. Rómarsáttmálans er lögð áhersla á þrjú atriði. Í fyrsta lagi er horft til raunverulegrar samkeppni á markaði, það er hve mikið samkeppnislegt aðhald hlýst af keppinautum fyrirtækis með hliðsjón af markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem er til skoðunar. Í öðru lagi er metið hversu mikið samkeppnislegt aðhald er fyrir hendi vegna mögulegrar innkomu nýrra aðila á markaðinn og/eða möguleika samkeppnisaðila að stækka starfsemi sína. Í þriðja lagi er horft til samkeppnislegs aðhalds sem fyrirtæki hefur af kaupendum sínum.⁸⁹

3.7.2 Samkeppni á markaði

Þegar niðurstaða liggur fyrir um viðeigandi vöru- og landfræðilegan markað eru komnar forsendur til að greina stöðu fyrirtækja á þeim markaði. Upphafspunktur þeirrar greiningar er að meta samkeppnislegt aðhald sem fyrirtæki verður fyrir af hálfu núverandi keppinauta.⁹⁰ Markaðshlutdeild er talin gefa góða vísbendingu um stöðu fyrirtækja á markaði og er yfirleitt það fyrsta sem litið er til þegar styrkur fyrirtækja á markaði er metinn.⁹¹ Með markaðshlutdeild

⁸⁷ Faull og Nikpay (n. 40) bls. 56.

⁸⁸ sama heimild bls. 65.

⁸⁹ Commission Guidance 2009/C 45/02 frá 24. febrúar 2009, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C45/7 mgr. 12.

⁹⁰ Faull og Nikpay (n. 40) bls. 59.

⁹¹ Commission Guidance 2009/C 45/02 frá 24. febrúar 2009, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C45/7 mgr. 13.

er átt við hversu hátt hlutfall af heildarviðskiptum á markaði er vegna starfsemi tiltekinna fyrirtækja.⁹² Markaðshlutdeild fyrirtækja getur þó sveiflast mikið frá einu tímabili til annars og verður því að líta til hæfilega langs tíma með hliðsjón af eiginleikum hvers markaðar fyrir sig.⁹³

Breytilegt getur verið eftir mörkuðum hversu há markaðshlutdeild er talin gefa vísbendingu um að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Fyrirtæki sem hafa lægri markaðshlutdeild en 20% eru almennt ekki talin líkleg til að vera í markaðsráðandi stöðu.⁹⁴ Þegar markaðshlutdeild er á bilinu 30-40% getur fyrirtæki verið í markaðsráðandi stöðu.⁹⁵ Ef markaðshlutdeild er á bilinu 40-50% er ekki ólíklegt að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu.⁹⁶ Þegar markaðshlutdeild er komin yfir 50% eru löglíkur fyrir markaðsráðandi stöðu. Með löglíkum er átt við að sönnunarbyrði færist yfir á fyrirtækið og því ber að sýna fram á að það sé ekki í svo sterkri markaðsstöðu.⁹⁷ Því sterkari sem staða fyrirtækis er á markaði því ríkari skyldu ber það til að misnota ekki þá stöðu sína.⁹⁸ Því lengur sem fyrirtæki hefur háa markaðshlutdeild því líklegra þykir að það búi yfir markaðsráðandi stöðu.⁹⁹

Þegar markaðshlutdeild fyrirtækja liggur fyrir er litið til hversu mikið samkeppnislegt aðhald hlýst af keppinautum fyrirtækis á markaði. Er þá litið til fjölda keppinauta á markaði og efnahagslegs styrkleika þeirra til að leiða fram hvort og þá að hve miklu leyti þeir geti veitt fyrirtæki samkeppnislegt aðhald.¹⁰⁰ Samþjöppun á markaði getur gefið tilefni til að ætla að, til að mynda samruni gefi ástæðu til íhlutunar af hálfu samkeppnisyfirvalda. Með samþjöppun á markaði er átt við að þó margir aðilar starfi á markaðnum geta aðeins örfáir þeirra verið með næstum alla markaðshlutdeild á markaðnum.¹⁰¹ Sú aðferð sem er þekktust við mat á samþjöppun er Herfindahl – Hirschman Index¹⁰², en þar er notast við stærðfræðijöfnu til að greina samþjöppun á markaði.¹⁰³

⁹² Damien Gerardin, A Layne Farrar og Nicolas Petit, *EU Competition law and economics* (Oxford University Press 2012) bls. 87.

⁹³ sama heimild bls. 8.

⁹⁴ Ásgeir Einarsson og Jóna Björk Helgadóttir (n. 20) bls. 84.

⁹⁵ Mál nr. T-219/99, *British Airways gegn Commission* [2003].

⁹⁶ *Fiskmarkaður Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 2. júlí 2008 nr. 8/2008.

⁹⁷ Mál nr. C-62/86, *AKZO Chemie BV gegn Commission* [1994] ECR-I 3359.

⁹⁸ Mál nr. C-280/08P *Deutsche Telekom gegn Commission* [2010] ECR-I 955.

⁹⁹ Commission Guidance 2009/C 45/02 frá 24. febrúar 2009, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C45/7 mgr. 15.

¹⁰⁰ Wish, og Bailey (n. 34) bls. 45.

¹⁰¹ Gerardin, Farrar og Petit (n. 92) bls. 88.

¹⁰² Hér eftir HHI.

¹⁰³ Wish, og Bailey (n. 34) bls. 45.

3.7.3 Framtíðarhorfur á markaði

Markaðshlutdeild getur gefið vísbendingu um stöðu fyrirtækja á markaði en er ekki niðurstaða greiningarinnar. Í leiðbeiningum framkvæmdarstjórnarinnar um lárétta samruna kemur fram að þegar ný innkoma á markað getur átt sér stað með nægjanlega skilvirkum hætti er ólíklegt að samruni hafi í för með sér alvarleg samkeppnishamlandi áhrif.¹⁰⁴ Af þeim sökum er greining á mögulegri innkomu á markaðinn mikilvæg þegar metin eru möguleg samkeppnishamlandi áhrif. Þrjú atriði koma til skoðunar, þegar metið er hversu ríkt samkeppnislegt aðhald kemur til vegna líklegrar innkomu á markaðinn. Í fyrsta lagi hvort innkoman sé líkleg. Í öðru lagi hvort innkoman geti átt sér stað á stuttum tíma. Í þriðja lagi hvort líkleg innkoman geti verið nægjanlega öflug.¹⁰⁵ Um frekari umfjöllun á þessum skilyrðum er vísað í kafla 4.2. Af þessu má leiða að þrátt fyrir að fyrirtæki hafi umtalsverðan markaðsstyrk þarf ekki að vera að það sé í markaðsráðandi stöðu í þeim skilning sem lagt er upp með í 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Þegar litið er til framtíðarhorfa á markaði er ekki einungis litið til mögulegrar innkomu nýrra aðila á markaðinn, heldur einnig möguleika keppnauta til að breyta eða stækka starfsemi sína og veita með því frekara samkeppnisaðhald með fyrirtækinu.¹⁰⁶ Ef innkoma er talin uppfylla skilyrði um líklega, fljótlega og fullnægjandi innkomu veitir hættan á innkomu nýrra aðila eða stækkun keppnauta ríkt samkeppnislegt aðhald.¹⁰⁷

Eins og komið hefur fram er algert lykilatriði til að markaðir teljist opnir og innkoma líkleg að ekki séu fyrir hendi aðgangshindranir.¹⁰⁸ Skiptir þá máli hvort aðgangshindranir eru algerlega útilokandi eða hvort þær geri innkomu aðeins erfiðari. Þegar aðgangshindranir eru algerlega útilokandi er innkoma á markaðinn útilokuð eða í það minnsta mjög erfið. Geta aðgangshindranir því skipt talsverðu máli við mat á hvort fyrirtæki er talið vera í markaðsráðandi stöðu í þeim skilning sem lagt er upp með í samkeppnislögum.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5 mgr. 68.

¹⁰⁵ sama heimild mgr. 68.

¹⁰⁶ Commission Guidance 2009/C 45/02 frá 24. febrúar 2009, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C45/7 mgr. 16.

¹⁰⁷ sama heimild mgr. 16.

¹⁰⁸ *Samruni Tempra ehf. og Plastgerðar Suðurnesja ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 6. júní 2017 nr. 23/2017 bls. 50.

¹⁰⁹ Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5 mgr. 68.

3.7.4 Kaupendastyrkur

Framkvæmdarstjórnin leggur einnig áherslu á kaupendastyrk við mat á stöðu fyrirtækja á markaði.¹¹⁰ Með kaupendastyrk er átt við að fáir kaupendur eiga stóran hluta af heildarviðskiptum á markaði. Þegar fyrirtæki hefur svo sterka viðskiptavinum getur það misst stóran hluta viðskipta sinna við það að missa jafnvel aðeins einn viðskiptavin.¹¹¹ Við mat á kaupendastyrk er heildarvelta kaupanda ekki til skoðunar heldur verðmæti þeirra viðskipta sem hann stundar á tilgreindum markaði.¹¹² Kaupendastyrkur hefur talsverð áhrif þegar metið er um hvort fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu. Ef samkeppnisyfirvöld vanrækja að greina kaupendastyrk getur það leitt til að greining þeirra á stöðu fyrirtækis á markaði er ekki tekin gild.¹¹³ Hafa ber í huga að til að kaupendastyrkur geti verið talin veita fyrirtæki nægilegt samkeppnislegt aðhald þarf áhrifa hans að gæta til allra kaupenda fyrirtækisins en ekki aðeins þeirra sem eru stórir kaupendur.¹¹⁴

3.8 Samrunar

Eitt af meginverkefnum Samkeppniseftirlitsins er að taka fyrir og meta mögulega samruna fyrirtækja og leggja mat á samkeppnisleg áhrif þeirra.¹¹⁵ Í 17. gr. c. samkeppnislaga kemur fram að Samkeppniseftirlitið hefur heimild til að ógilda samruna eða setja honum skilyrði ef samruni hindrar virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða styrkist eða verði til þess að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti. Fram kemur að við mat á samruna skal Samkeppniseftirlitið helst líta til tækniframafara og aukinnar hagkvæmdar sem gæti komið til af samruna og er kaupendum til góðs. Einnig ber að taka tillit til að hvaða marki alþjóðleg fyrirtæki veita samkeppnislegt aðhald og hvort aðgangur að markaði er opinn eða lokaður sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga. Aðgangshindranir koma við sögu þegar mat fer fram á samkeppnisáhrifum samruna.¹¹⁶ Koma þær til skoðunar við markaðsgreiningu, nánar í kafla

¹¹⁰ Commission Guidance 2009/C 45/02 frá 24. febrúar 2009, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C45/7 mgr. 12.

¹¹¹ Mál nr. T-228/97 *Irish Sugar gegn Commission* [1999] ECR II-02969 Í þessu máli var litið til þess hvort kaupendastyrkur væri til þess fallin að koma í veg fyrir að fyrirtækið beitt markaðsstyrk sínum á kostnað kaupanda. Var markaðshlutdeild 90% en þó kaupendastyrkur hafi ekki verið talin hafa í för með sé nægjanlegt samkeppnislegt aðhald má telja að þar sem fjallað var um þennan möguleika í þessum aðstæðum þá hefur kaupendastyrkur talsvert vægi.

¹¹² *Yfirtaka Prensniðjunar Odda á Steindórsprent-Gutenberg ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 15. desember 2000 nr. 36/2000, Eimskip ; Misnotkun Eimskips á markaðsráðandi stöðu, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. desember 2007 í máli nr. 70/2007 bls. 47.

¹¹³ Sameiginlegt mál nr. T-68/89, T-77/89 og T-78/89, *Societa Italiana Vetro, Fabbrica Pisana og PPG Vernante Pennitalia gegn Commission* [1992] ECR-II 1403 mgr. 366.

¹¹⁴ Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5 mgr. 67.

¹¹⁵ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

¹¹⁶ sama heimild.

3.2, og mati á stöðu fyrirtækja á markaði nánar í kafla 3.3. Aðgangshindranir koma einnig við sögu við mat á öðrum atriðum en við mat á markaðsstyrk fyrirtækja, þegar samruni er tekin til skoðunar. Áður en lengra er haldið er gerð grein fyrir sérstökum sjónarmiðum við greiningu á mörkuðum og mati á markaðsstyrk þegar samrunamál eru til skoðunar.

3.8.1 Markaðsgreining í samrunamálum

Greining á mörkuðum í samrunamálum er framkvæmd með sambærilegum hætti og í málum er varða misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Sömu atriðin eru til skoðunar en munurinn felst í ólíkum áherslum og getur því mat á markaðsstöðu fyrirtækis í samrunamáli gefið aðra niðurstöðu en ef rannsókn væri vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu.¹¹⁷ Helsta ástæða þessa er að ólík tímabil eru til skoðunar. Í samrunamálum er litið til væntanlegra áhrifa sem samruninn hefur í för með sér en þegar misnotkun á markaðsráðandi stöðu er til skoðunar er litið til tímabilsins sem brotið átti sér stað.¹¹⁸

3.8.2 Áhrif aðgangshindrana við mat á samruna

Aðgangshindranir eru ekki aðeins teknar til greina þegar markaðsstaða fyrirtækja er skoðuð. Þegar einhliða áhrif samruna eru metin er hluti af því mati hvort samruni muni gera nýjum aðilum erfiðara fyrir að komast inn á markað eða muni hindra stækkun samkeppnisaðila. Í ákvörðun framkvæmdarstjórnarinnar í samrunamáli *Ryanair/airlingus*, var litið til mögulegra áhrifa samrunaaðila á ákvarðanir yfirvalda á flugvælinum í Dublin. Höfðukeppinautar bentu á að hugsanlega gætu samrunaaðilar haft mjög sterka markaðshlutdeild á umræddum flugvelli. Framkvæmdarstjórnin taldi af þeim sökum að samruni gæti haft í för með sér frekari aðgangshindranir ef af samrunanum yrði.¹¹⁹ Í ákvörðun framkvæmdarstjórnarinnar í samrunamáli *Lagadere/Natexis/VUP*, áttu samrunaaðilar hlut í dreifingarkerfi ásamt fleiri aðilum. Taldi framkvæmdarstjórnin líkur leiða til þess að samrunaaðilar gætu komið sér upp sjálfstæðu dreifingarkerfi og útilokað samkeppnisaðila frá nýtingu kerfisins, ef af samrunanum yrði. Gæti sú ráðstöfun leitt til þess að minni aðilar á markaði hefðu ekki aðgang að ódýru dreifingarkerfi eftir samrunann líkt og þeir höfðu fyrir hann.¹²⁰

Aðgangshindranir hafa áhrif á mat á samkeppnishamlandi áhrifum sem koma til vegna samhæfðrar hegðunar á markaði í kjölfar samruna. Þegar metið er um hvort samruni leiði af sér

¹¹⁷ Faull og Nikpay (n. 40) bls. 690.

¹¹⁸ Commission Notice 97/C 372/03 frá 9. desember 1997, Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law [1997] OJ C372/5 mgr. 19.

¹¹⁹ Samruni *Ryanair/Aer Lingus*, mál nr. M.4439, [2008] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu, 2008/263/EC, OJL 83.

¹²⁰ Samruni *Lagadere/Natexis/VUP*, mál nr. COMP/M.2978 [2004], ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu OJ L125.

samhæfða hegðun og áhrif þeirrar hegðunar þarf að skoða hvort aðilar sem standa utan við samhæfinguna geti komi í veg fyrir afleiðingar hennar á markaði. Þeir sem standa utan við samhæfinguna eru; keppinautar á markaði sem ekki taka þátt í samhæfingunni, viðskiptavinir þ.e. kaupendastyrkur og líkleg ný innkoma á markaðinn.¹²¹ Samhæfing á markaði getur ekki náð tilætluðum áhrifum ef við hana kemur nýr aðili á markað sem með aðgerðum sínum kemur í veg fyrir tilætluð áhrif samhæfingarinnar. Í máli *Airtours gegn Commission*, kom fram, að ekki væri metið hvort nýr aðili geti keppt til jafns við fyrirtæki sem taka þátt í samhæfingu á markaði, heldur aðeins hvort hann geti með aðgerðum sínum komið í veg fyrir að tilætluð áhrif samhæfingar nái fram að ganga.¹²² Þegar litið er til áhrifa keppinauta sem standa utan við samhæfinguna geta aðgangshindranir einnig komið við sögu. Ef keppinautar sem standa utan við samhæfinguna geta aukið framleiðslu sína með auðveldum og ódýrum hætti geta þeir brugðist við samhæfðri verðhækkun og spornað við því að markaðsverð hækki.¹²³

Þegar samruni hefur í för með sér að líkleg innkoma á markað hverfi í kjölfar hans getur það haft skaðleg áhrif á samkeppni. Samruni milli aðila sem á auðvelt með að koma inn á markaðinn og aðila sem starfar á honum getur því haft samkeppnisamlandi áhrif. Brotthvarf líklegra keppinauta á markaði er ekki líklegt til að skaða velferð neytenda þegar; aðrir keppinautar veita samkeppnislegt aðhald og lítil samþjöppun er á markaði, samrunaaðili sem stendur utan við markað er ekki líklegur til að koma inn á markaðinn og innkoma á markaðinn er auðveld.¹²⁴ Í ákvörðun framkvæmdarstjórnarinnar í samrunamáli *Air Liquide/BOC*, samrunaaðilar voru starfandi á sama sölustigi en á mismunandi en aðliggjandi landfræðilegum mörkuðum, þ.e. á Bretlandi og í Frakklandi. Taldi framkvæmdarstjórnin að samruninn myndi styrkja stöðu BOC á Bretlandsmarkaði þar sem Air Liquide var talið vera í góðri stöðu til að koma inn á markaðinn. Bretlandsmarkaður var talin bera merki um sterka markaðsstöðu BOC þar sem mikil samþjöppun var á markaðnum og aðgangshindranir voru miklar. Air Liquide var talið líklegast til að koma inn á markaðinn þar sem þeir bjuggu yfir tæknilegri þekkingu og þeir höfðu mikla fjármuni. Gætu þeir því auðveldlega komið sér upp starfsstöð á nýjum markaði. Taldi framkvæmdarstjórnin að talsvert samkeppnislegt aðhald myndi glatast í kjölfar samrunans en var hann þó heimilaður með ströngum skilyrðum þar sem meðal annars voru auknir möguleikar

¹²¹ Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5 mgr. 41-42.

¹²² Mál nr. T-342/99, *Airtours gegn Commission* [2002] ECR II-2585.

¹²³ Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5 mgr. 56.

¹²⁴ Lindsay og Berridge (n. 48) bls. 378.

nýrra aðila að komast inn á markaðinn.¹²⁵ Í ákvörðun framkvæmdarstjórnarinnar í samrunamáli *Ryanair/Aer Lingus*, var litið til þess að samrunaaðilar höfðu áður komið inn á markaðinn hjá hvor öðrum og því taldir líklegir til að gera það aftur í framtíðinni.¹²⁶

Aðgangshindranir geta því haft áhrif á greiningu stöðu fyrirtækja á markaði sem kemur til álita þegar litið er til hvort samruni geti leitt af sér samkeppnishamlandi áhrif eða önnur neikvæð áhrif á kaupendur. Ef innkoma á markaðinn er talin nægilega auðveld er ólíklegt að af honum stafi samkeppnisleg ógn. Framkvæmdarstjórnin mun heimila samruna jafnvel þó samrunaaðilar muni hafa mikla markaðshlutdeild ef talið er að ný innkoma á markaðinn geti komið í veg fyrir tilraunir samrunaaðila til að hækka verð, takmarka framboð, nýsköpun eða þróun eftir samruna.¹²⁷ Áður en lengra er haldið er gott að gera stuttlega grein fyrir hellstu tegundum samruna þ.e láréttum samruna, lóðréttum samruna og samsteypu samruna.

3.8.3 Láréttir samrunar

Með láréttum samruna er átt við að samrunaaðilar eru annað hvort í samkeppni á sama sölustigi eða að samruni sé milli fyrirtækis og aðila sem er líklegur framtíðarkeppinautur á sama sölustigi.¹²⁸ Þegar markaðsstaða fyrirtækja í láréttum samruna er til skoðunar er litið til þess hvort samrunaaðilar fari saman með markaðsráðandi stöðu og hvernig markaðsaðstæður muni breytast til framtíðar vegna samrunans.¹²⁹

Samkeppnishamlandi áhrif vegna láréttra samruna geta verið tvennskonar. Annars vegar einhliða áhrif (e. unilateral)¹³⁰ og hins vegar áhrif vegna samhæðrar markaðshegðunar (e. co –ordinated effect)¹³¹. Með einhliða áhrifum er átt við að samkeppnishamlandi áhrif samruna koma til vegna aðstæðna eða hegðunar samrunaaðila en ekki samhæfinga milli þeirra og annarra fyrirtækja.

¹²⁵ *Samruni Air Liquide/BOC*, mál nr. COMP/M.1630 [2004] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evópu OJ L92/1.

¹²⁶ *Samruni Ryanair/Aer Lingus*, mál nr. M.4439, [2008] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu, 2008/263/EC, OJL 83.

¹²⁷ Lindsay og Berridge (n. 48) bls. 521.

¹²⁸ Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5 mgr. 5.

¹²⁹ ICN merger workgroup: Investigation and analysis subgroup, „ICN merger guidelines workbook“ (International competition network apríl 2006)

<<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>> skoðað 15. febrúar 2018 bls. 31.

¹³⁰ Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5 mgr. 24-38.

¹³¹ sama heimild mgr. 39-51.

3.8.4 Lóðréttir samrunar

Láréttir samrunar eru taldir líklegri en lóðréttir samrunar og samsteypu samrunar til að hafa í för með sér samkeppnishamlandi áhrif.¹³² Lóðréttir samrunar eru samrunar milli aðila sem starfa á tengdum mörkuðum en eru ekki á sama sölustigi. Þegar fjallað er um lóðréttta samruna þá er talað um efri og neðri markað. Efri markaður getur til að mynda táknað framleiðanda en smásöluaðili sem kaupir vörur af framleiðandanum væri þá á neðri markaði. Til að mynda væri samruni hjá framleiðanda vöru og fyrirtækis sem selur þá vöru vera lóðréttur samruni. Þau samkeppnishamlandi áhrif sem koma til vegna lóðréttis samruna eru helst útilokandi áhrif sem samruni gæti haft.¹³³ Gæti samruninn þá haft útilokandi áhrif á efri markaði ef samrunaaðili á neðri markaði er mjög stór kaupandi og stundar aðeins viðskipti við samrunaaðila á efri markaði í kjölfar samruna. Gæti það haft í för með sér að keppinautar á efri markaði hrökklist af honum auk þess að samruninn myndar talsverðar aðgangshindranir fyrir innkomu nýrra aðila.¹³⁴

3.8.5 Samsteypusamrunar

Samsteypusamrunar eru samrunar milli aðila sem starfa ekki á sama sölustigi og hvorugur aðilinn selur eða framleiðir vöru eða þjónustu sem hinn notar eða getur notað við starfsemi sína.¹³⁵ Samsteypusamrunar geta haft samkeppnishamlandi áhrif á markaðinn og er það einna helst í tilvikum þar sem samrunaaðilar samtvinna vörur sínar eða vöndla vörum sínum saman. Frekari umfjöllun um samtönnun er í kafla 4.3.3.6 og vöndlun í kafla 4.3.3.4. Getur þess háttar háttsemi haft talsverðar aðgangshindranir í för með sér þar sem nýr aðili gæti þurft að koma inn á markað beggja samrunaaðila til að ná til sín viðskiptavinum.¹³⁶

¹³² Faull og Nikpay (n. 40) bls. 721.

¹³³ Commission Guidelines 2008/C265/07 frá 18. október 2008, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. OJ C265/6 mgr. 11 og 29.

¹³⁴ Lindsay og Berridge (n. 48) bls. 409-412.

¹³⁵ sama heimild bls. 439-440.

¹³⁶ Commission Guidelines 2008/C265/07 frá 18. október 2008, Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. OJ C265/6.

4 Aðgangshindranir

Samkeppni á mörkuðum er mikilvæg sérstaklega í ljósi þess að sú markaðskenning sem vestræn samfélög styðjast við er kenningin um frelsi markaða. Í henni felst að frelsi aðila sem starfa á viðskiptamörkuðum skuli ekki vera heft með opinberum afskiptum þar sem framleiðsluþáttum samfélagsins er best borgið með því móti. Í því samhengi er það máttur samkeppninnar sem veitir aðilum á markaði aðhald sem kemur í veg fyrir að hegðun þeirra brjóti á hagsmunum kaupenda en því ríkari sem samkeppni er á markaði því meiru skilar markaðurinn til samfélagsins.¹³⁷ Umfjöllun um aðhald með fyrirtækjum í gegnum samkeppni snýst ekki aðeins um samkeppni sem er ríkjandi á markaði hverju sinni heldur getur samkeppnislegt aðhald náðst fram þar sem miklar líkur eru á að nýr aðili komi á markað.¹³⁸ Þegar litið er til líkinda á innkomu nýrra aðila skiptir höfuðmáli hvort markaðurinn sé opinn eða lokaður. Hindranir sem standa í vegi fyrir aðila til að komast inn á markað eða hindranir sem gera fyrirtækjum erfitt fyrir að komast af markaði skipta því miklu í þessu samhengi.¹³⁹ Hafa ber í huga að með líklegri innkomu nýrra aðila er ekki átt við að nýr aðili geti hafið starfsemi, heldur líkindi til að burðugur keppinautur komi inn á markað sem getur aukið samkeppni þannig að dragi úr markaðsstyrk eða skaðlegum áhrifum fyrirtækja á markaði.¹⁴⁰ Í íslenskri réttarframkvæmd er þessum mælikvarða beitt við mat á samkeppnisaðhaldi vegna mögulegrar innkomu nýrra aðila á markað.¹⁴¹

4.1 Þróun hugtaksins

Rannsókn og greining á slíkum hindrunum hefur þróast á tiltölulega stuttum tíma. Árið 1936 setti Donald H. Wallace fram að þörf væri á rannsóknum á eðli aðgangshindrana og að hvaða marki hindranir á markaði hefðu áhrif á frjálsa innkomu nýrra aðila. Síðan þá hafa fjölmargar skilgreiningar litið dagsins ljós hver með sínar áherslur. Joe S. Bain setti fram fyrstu

¹³⁷ Mál nr. 27/76, *United Brands Co og United Brands Continental BV gegn Council of Europe* [1978] ECR 207.

¹³⁸ Niels, Jenkins og Kavanagh (n. 50) bls. 107.

¹³⁹ *Samruni Tempra ehf. og Plastgerðar Suðurnesja ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 6. júní 2017 nr. 23/2017.

¹⁴⁰ Samruni *Nestlé/Perrier* mál númer IV/M.190 [1992] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu, 92/553/EEC, OJL 365 „to address the question of potential competition it needs to be examined whether there exists competitively meaningful and effective entry that could and would be likely to take place so that such entry would be capable of constraining the market power of the two remaining national suppliers. The question is not whether local water suppliers or foreign firms can merely enter by producing and selling bottled water but whether they are likely to enter and whether they would enter on volume basis which would quickly and effectively constrain a price increase or prevent the maintenance of a supracompetitive price. The entry would have to occur within a time period short enough to deter the company(ies) concerned from exploiting their market power“.

¹⁴¹ *Kaup Eignarhaldsfélagsins Fjarskipta ehf. á öllu hlutafé í IP Fjarskiptum ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 4. október 2011 í máli nr. 31/2011 sjá einnig, *Samruni Kaupþings banka hf. og Sparisjóðs Reykjavíkur og nágrennis hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. september í máli nr. 50/2008.

viðurkenndu skilgreininguna á aðgangshindrunum árið 1956. Bain taldi að aðgangshindranir væru hverjar þær aðstæður sem gera fyrirtækjum kleift að hagnast umfram það sem eðlilegt getur talist án þess að stuðla að innkomu nýrra aðila á markaðinn.¹⁴² Bain taldi að þrjú tilvik gætu komið í veg fyrir innkomu nýrra aðila á markað; stærðarhagkvæmni (e. economies of scale), sterk sérstaða á markaði (e. product differentiation) og alger kostnaðarhagkvæmni (e. absolute cost advantages). Stærðarhagkvæmni felur í sér að kostnaður við framleiðslu á hverri einingu lækkar þegar framleiðsla er aukin.¹⁴³ Er þessi skilgreining önnur tveggja sem helst er litið til þegar fjallað er um hindranir á markaði en hin var sett fram af Georg J. Stigler árið 1968. Skilgreining Stigler felst í að aðgangshindranir eru kostnaðarhagkvæmni sem starfandi aðilar hafa fram yfir nýjan samkeppnisaðila¹⁴⁴.¹⁴⁵ Stigler telur því að sá kostnaður sem nýr aðili þarf að greiða umfram starfandi aðila geti talist vera aðgangshindrun. Munurinn á skilgreiningu Bain og Stigler er best útskýrður með hliðsjón af stærðarhagkvæmni. Bain telur stærðarhagkvæmni vera aðgangshindrun þar sem framleiðsla nýrra aðila á markað er tiltöulega lítil og því geta þeir ekki náð fram sambærilegri stærðarhagkvæmni og aðilar sem hafa starfað á markaðnum til lengri tíma. Við þær aðstæður er talsverður munur á framleiðslukostnaði sem nýr aðili greiðir fyrir hverja einingu og kostnaði sem aðili greiðir sem hefur náð fram stærðarhagkvæmni. Stigler taldi aftur á móti að þar sem fyrirtæki sem starfar á markaði hafi lagt til kostnað til að koma sér upp stærðarhagkvæmni þá væri það varla aðgangshindrun ef nýr aðili þarf að gera slíkt hið sama.¹⁴⁶

Í framkvæmd líta samkeppnisyfirvöld til ýmissa þátta sem geta talist til hindrana á markaði og gerir í því sambandi ekki greinarmun milli ofangreindra skilgreininga.¹⁴⁷ Allt sem gerir innkomu erfiða eða ómögulega er talin aðgangshindrun. Aðgangshindranir eru mest teknar til greina þegar metið er um hversu ríkt samkeppnisaðald kemur til vegna líklegar nýrrar innkomu á markaðinn. Það viðmið sem er yfirleitt horft til er hvort ný innkoma á markað sé, tímber (e.

¹⁴² R. Preston McAfee, Hugo M. Milalon og Michael A. Williams, What is a barrier to entry. bls. 461.

¹⁴³ Niels, Jenkins og Kavanagh (n. 50) bls. 108.

¹⁴⁴ „A production cost (over all possible production levels or over a subset of the latter) wích must be borne by the firms seeking th enter an industry but wích is not (or has not been) incurred by incumbent firms.“

¹⁴⁵ Gerardin, Farrar og Petit (n. 92) bls. 90.

¹⁴⁶ OECD Competition Committee (síðasta), „Skýrsla OECD nr. DAF/COMP (2005)42, Barriers to entry“ (Organisation for Economic Co-operation and Development 6. mars 2006)

<<https://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf>> skoðað 14. febrúar 2018 bls. 29.

¹⁴⁷ Niels, Jenkins og Kavanagh (n. 50) bls. 108.

timely), líkleg (e. likely) og fullnægjandi (e. sufficient) til að hafa áhrif á samkeppni á markaðnum.¹⁴⁸

4.2 Mikilvæg hugtök

Framkvæmdarstjórnin leggur áherslu á þrjú atriði við mat á hindrunum á markaði; hvort innkoma nýrra aðila sé líkleg, tímabær og fullnægjandi til að geta aukið samkeppni á markaðnum.¹⁴⁹ Tílefni er því til að gera þessum hugtökum góð skil en án grundvallarskilnings á þessum hugtökum er erfitt að gera sér grein fyrir áhrifum hindrana á markaði í réttarframkvæmd.

4.2.1 Tímabær (e. Timely)

Innkoma nýrra aðila á markaðinn má ekki vera of tímafrek en ef talið yrði að það tæki nýjan aðila langan tíma að ná fótfestu á markaðnum þá eru frekari líkur á að aðgangshindranir séu á markaðnum.¹⁵⁰ Framkvæmdarstjórnin hefur sett fram ákveðið tímaviðmið en samkvæmt því eru viðmiðunar tímamörk innkomu tvö ár.¹⁵¹ Má því segja að ef það tæki nýjan aðila meira en tvö ár að komast inn og ná fótfestu á markaðnum þá eru líkur fyrir því að möguleg innkoma hans veiti samkeppnslegtaðhald. Umrædd tveggja ára viðmiðun eru ekki hörð tímamörk heldur aðeins viðmið sem er mótað og aðlagð að því máli sem er til skoðunar hverju sinni.¹⁵² Eitt atriði sem gæti gefið tílefni til að meta tímanlega innkomu til lengri tíma en tveggja ára, er ef viðskiptaskilmálar milli framleiðanda og kaupenda eru ákveðnir til langs tíma. Í þeim tilfellum eru kaupendur varðir fyrir áhrifum minnkandi samkeppni þar til núverandi viðskiptaskilmálar eru runnir út á tíma og þeir þurfa að semja að nýju við framleiðendur. Í öðrum tilvikum þar sem samkeppnisleg samskipti eru fátíð skal móta innkomuhorfur með hliðsjón af atvikum hverju sinni. Í ákvörðun framkvæmdarstjórnarinnar vegna samruna *UTD og Goodrich* hafði framkvæmdarstjórnin áhyggjur af möguleika samrunaaðila til að hindra þróun RR á mótór sem þeir höfðu þróað í samstarfi við Goodrich, í samkeppni við UTD Taldi framkvæmdarstjórnin að jafnvel þó RR gæti haldið þróun sinni áfram með nýjum samstarfsaðila þá væri ólíklegt að

¹⁴⁸ Commission Guidance 2009/C 45/02 frá 24. febrúar 2009, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C45/7 mgr. 16.

¹⁴⁹ Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5.

¹⁵⁰ Faull og Nikpay (n. 40) bls. 741.

¹⁵¹ Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5 mgr. 74.

¹⁵² Faull og Nikpay (n. 40) bls. 741. .

þeirri þróunarvinnu gæti ekki verið lokið í tæka tíð, til að veita samkeppni á þeim tímapunkti þar sem framleiðandi flugvélarinnar ákveður hvaða mótör skuli nota.¹⁵³

4.2.2 Líkleg (e. likely)

Markmið greininga á hindrunum á markaði eru til að ákvarða um hvort fyrirtæki sé markaðsráðandi. Þegar metið er hvort innkoma á markaðinn er líkleg skiptir mestu máli hvort efnahagslegur hvati sé til staðar til að koma inn á markaðinn.¹⁵⁴ Í mörgum tilvikum er hægt að meta líkindi á innkomu nýrra aðila með því að greina viðtöl og yfirlýsingar sem koma frá þeim sem eru líklegir til að hefja starfsemi á markaðnum.¹⁵⁵ Auk þess er hægt að leiða fram mögulega innkomu á markað með því að skoða hvernig aðilum, sem hafa komið nýir inn á markaðinn, hefur farnast og hvaða áhrif þeir höfðu á samkeppni og stöðu fyrirtækja sem voru þar fyrir.¹⁵⁶ Í réttarframkvæmd hefur það talsvert vægi hvort innkoma nýrra aðila á markað hafi heppnast vel og haft áhrif á stöðu fyrirtækja á markaðnum. Þetta atriði er oft til athugunar í réttarframkvæmd á Íslandi. Í því samhengi má nefna ákvörðun samkeppniseftirlitsins vegna *Misnotkunar Eimskips á markaðsráðandi stöðu* þar sem litið var til innkomu Atlandsskipa á markaðinn.¹⁵⁷ Ef skort hefur á tilraunir nýrra aðila til að komast inn á markaðinn til lengri tíma er almennt litið til þess sem merki um aðgangshindranir séu á markaði.¹⁵⁸ Þrátt fyrir að fyrri innkomur hafi nokkuð vægi er greining á því atriði ekki úrskurður um það hvort aðgangshindranir séutil staðar, en skortur á innkomu sem nær merkjanlegri fótfestu getur stafað af virkri samkeppni og því er aðeins um hluta af heildarmati að ræða.¹⁵⁹

Markaðshorfur og uppbygging á markaði skiptir máli fyrir fyrirtæki þegar það skoðar möguleika á því að fara inn á nýjan markað, er þá litið til þess hvort vöxtur er á markaðnum eða hvort markaður hefur eftirsóknarverða kaupendur. Í ákvörðun framkvæmdarstjórnarinnar um samruna *Panasonic/Sanyo*, var samruni samþykktur þrátt fyrir að samanlögð markaðshlutdeild fyrirtækjanna væri metin 70% eftir samrunann. Eitt þeirra atriða sem leiddi til þessarar niðurstöðu var að markaðurinn var ört vaxandi þar sem nýir aðilar höfðu komið inn eða voru í ferli að koma inn á markaðinn.¹⁶⁰ Að sama skapi getur smæð markaðar aukið líkur á

¹⁵³ *Samruni UTC/Goodrich*, mál nr. COMP/M6410, [2012] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu, tekið af: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6410_20120726_20600_3206581_EN.pdf mgr. 600.

¹⁵⁴ Gerardin, Farrar og Petit (n. 92) bls. 91.

¹⁵⁵ Faull og Nikpay (n. 40) bls. 739.

¹⁵⁶ Commission Guidelines 2004/C 31/03 frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5 mgr. 70.

¹⁵⁷ *Misnotkun Eimskips á markaðsráðandi stöðu*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. desember 2007 í máli nr. 70/2007 bls. 126.

¹⁵⁸ Faull og Nikpay (n. 40) bls. 740.

¹⁵⁹ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 11.

¹⁶⁰ *Samruni Panasonic/Sanyo*, mál nr. COMP/M.5421 [2009] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu, OJ C322.

að aðgangshindranir séu fyrir hendi. Í ákvörðun framkvæmdarstjórnarinnar við samruna *Ryanair/Aer Lingus* var tekið til greina að markaður á Írlandi væri teljanlega lítill og því ekki aðlaðandi fyrir nýja aðila að koma inn á markaðinn.¹⁶¹ Einnig getur komið til sögunnar greining á fyrri hegðun fyrirtækis sem er til skoðunar gagnvart samkeppnisaðilum. Er þá litið til viðbragða og háttarnis fyrirtækisins gagnvart samkeppnisaðilum og af þeim upplýsingum er leidd fram niðurstaða um hvort líkindi séu til að nýr aðili mæti hörðum aðgerðum af hálfu fyrirtækja á markaði.¹⁶²

4.2.3 Fullnægjandi (e. Sufficient)

Ef innkoma nýrra aðila getur átt sér stað á nægilega stuttum tíma og er talin líkleg getur samt sem áður verið að aðgangshindranir ríki á markaðnum, þar sem innkoma nýrra aðila er ekki talin geta verið fullnægjandi til að storka við stöðu fyrirtækja á markaðnum. Með fullnægjandi innkomu er átt við að aðili sem kemur nýr inn á markað sé fært að veita samkeppnislegt mótvægi við þeim skaða sem til að mynda samruni leiðir af sér.¹⁶³ Til skýringar gæti innkoma aðila á markað sem hefur litla efnahagslega burði, og skortir á stærðarhagkvæmni í framleiðslu, varla veitt samkeppnislegt aðhald gagnvart fyrirtæki með mikla efnahagslega burði og stóra markaðshlutdeild. Greining á því hvort líkleg innkoma geti verið nægjanlega burðug til að veita samkeppnislegt aðhald er matskennd og getur verið erfitt að greina.

Framkvæmdarstjórnin hefur sett fram það sjónarmið að lykilatriðið í þessu samhengi er hvort innkoma sé nægjanlega víðferm og burðug til að hindra eða koma í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif, sem leiða af samruna.¹⁶⁴ Í máli *Airtours gegn Airtours gegn Commission* var misræmi við túlkun framkvæmdarstjórnarinnar annars vegar og undirréttar Evrópusambandsins¹⁶⁵ hins vegar.¹⁶⁶ Í ákvörðun framkvæmdarstjórnarinnar kom fram að til að innkoma geti verið nægjanlega öflug til að koma í veg fyrir hættu á myndun markaðsráðandi stöðu, þarf meira til en að hún sé möguleg. Á mörkuðum þar sem stærð starfsemi skiptir miklu máli þarf innkoman að vera nægjanlega öflug strax í upphafi eða í það minnsta fljótlega eftir innkomu. Annars getur nýr aðili ekki veitt samkeppnislegt aðhald að neinu verulegu leyti. Taldi

¹⁶¹ *Samruni Ryanair/Aer Lingus*, mál nr. M.4439, [2008] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu, 2008/263/EC, OJL 83.

¹⁶² *Misnotkun Lyf og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. febrúar 2010 í máli nr. 4/2010. Þar sem fyrri hegðun lyfjakeðjanna á markaði fyrir smásölu lyfja væri þess eðlis að unnt væri að líta svo á að hún fæli í sér aðgangshindrun að þeim markaði. . sbr. Dec ehf., Lyfjaver ehf., og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu, Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 16. október 2006 í máli nr. 6/2006.

¹⁶³ Faull og Nikpay (n. 40) bls. 741.

¹⁶⁴ *Commission Guidelines 2004/C 31/03* frá 5. febrúar 2004, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C31/5 mgr. 75.

¹⁶⁵ Hér eftir undirréttur ESB

¹⁶⁶ Mál nr. T-342/99, *Airtours gegn Commission* [2002] ECR II-2585.

framkvæmdarstjórnin ólíklegt að svo öflug innkoma á markaðinn væri raunhæf.¹⁶⁷ Undirréttur ESB var ósammála þessu mati og taldi framkvæmdarstjórnina beita of ströngu viðmiði. Kom fram að það sem skipti máli í þessu samhengi var ekki hvort nýr aðili geti verið nægjanlega öflugur til að keppa jafnfætis við stórum aðila á markaðnum, heldur hvort hann hafi burði til að nýta sér tækifæri sem aðgerðir stórra aðila á markaðnum skilja eftir sig.¹⁶⁸ Misræmi í áherslum er greinilegt þar sem framkvæmdarstjórnin taldi að innkoma ætti að geta keppt á nokkuð jöfnum grundvelli við stóra aðila á markaðnum. Undirréttur ESB taldi nægjanlegt að nýr aðili gæti nýtt sér tækifæri sem kæmu til vegna lítillar samkeppni eða takmarkaðs framboðs á markaðnum.

Í íslenskri réttarframkvæmd hefur verið litið til þess hvort líklegt sé að nýr aðili komi inn á markaðinn sem er nægilega burðugur til veita samrunaaðilum virka samkeppni þannig að dregið verði úr markaðsstyrk eða skaðlegum áhrifum á samkeppni.¹⁶⁹ Var í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins á samruna *Veritas Capital, Fastus og Aðalkots* talið að vegna ríkra krafna af hálfu kaupenda og framleiðenda gagnvart heildsölum væri erfitt og kostnaðarsamt að veita raunverulegt samkeppnislegt aðhald gagnvart samrunaaðilum. Voru kröfur viðskiptamanna heildsala á markaði gefin góð skil en þar sem markaðurinn gerði svo ríkar kröfur til heildsala þyrfti innkoma í þessu tilfelli að vera stórtæk til að geta náð til sín kaupendum.¹⁷⁰ Af þessu má leiða að viðmið Samkeppniseftirlitsins er, að ef nýr aðili getur orðið til þess að markaðsráðandi staða samrunaaðila veikist eða að hann geti nýtt sér tækifæri sem koma til vegna hegðunar þeirra eru skilyrði um fullnægjandi innkomu uppfyllt. Samkeppniseftirlitið tók í svipaðan streng í ákvörðun varðandi samrun *Kaupþings banka og Sparisjóðs Reykjavíkur og nágrennis*. Þar var skoðaðhvort líkur væru á innkomu nýs aðila sem gæti storkað við hugsanlegri samhæfðri hegðun samrunaðila. Mat varðaði að hluta til hvort og hversu stórtæk innkoma þyrfti að vera til að hafa áhrifa. Kom meðal annars fram að „Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að mögulegt sé að ná verulegri markaðshlutdeild í alhliða viðskiptabankastarfsemi án þess að koma á fót víðtæku útibúaneti“.¹⁷¹ Var matið tekið með hliðsjón af því hvort líkur væru á að innkoma gæti hamlað samhæfðri háttsemi samrunaðila og talið að víðtæk innkoma væri nauðsynleg til að hafa áhrif á þá háttsemi. Þar af leiðir að við matið skyldi taka mið af þeim kröfum sem markaðurinn bæri með sér. Gæti því tiltölulega smá innkoma dugað á markaði þar sem kröfur kaupenda eru

¹⁶⁷ Samruni *Airtours/First choice*, mál nr. M.1524 [2000] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu OJ L93/1 mgr. 115.

¹⁶⁸ Mál nr. T-342/99, *Airtours gegn Commission* [2002] ECR II-2585 mgr. 266.

¹⁶⁹ Samruni *Veritas Capital hf., Fastusar ehf., og Aðalkots ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2012 í máli nr. 23/2012 bls. 86.

¹⁷⁰ sama heimild.

¹⁷¹ Samruni *Kaupþings banka hf. og Sparisjóðs Reykjavíkur og nágrennis hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. september í máli nr. 50/2008 bls. 51. .

minni. Gæti það átt við um starfsemi þar sem ekki er gerð krafa um sérfræðipækningu eða þar sem margar starfsstöðvar eru, ólíkt því sem á við um ofangreindar ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins. Samkeppniseftirlitið gerir því ekki gera kröfu um að nýr aðili geti keppt jafnfætis á við stór fyrirtæki á markaði en verða að geta dregið úr markaðsstyrk þeirra.

4.3 Flokkar aðgangshindrana

Skilgreining á aðgangshindrunum í fræðilegri umfjöllun er ekki laus við ágreining en eins og komið hefur fram eru tvær megin-skilgreiningar. Annars vegar er skilgreining Bain að aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera fyrirtækjum erfitt fyrir að komast inn á markað. Hins vegar er skilgreining Stigler að aðgangshindranir eru aðeins sá kostnaður sem nýr aðili þarf að bera umfram þann kostnað sem fyrirtæki sem fyrir eru á markaði hafa lagt út.¹⁷² Hefur samkeppniseftirlitið lagt til grundvallar að hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinautum erfitt fyrir að komast inn á markað teljist vera aðgangshindrun.¹⁷³ Aðgangshindranir geta því komið til vegna ýmissa aðstæðna eða aðgerða. Í skýrslu OECD um aðgangshindranir frá 2005 var sett fram flokkun sem er almennt talin ná vel utan um einkenni og ágreiningu aðgangshindrana og þykir ítarleg.¹⁷⁴ Má aðgreina hindranir á markaði í tvo yfirflokka þar sem ágreiningin snýr að rót hindrana. Annars vegar er um að ræða hindranir sem stafa af uppbyggingu og aðstæðum á markaði (structural). Hins vegar hindranir sem koma til vegna háttsemi fyrirtækja sem eru þegar starfandi á markaði (strategic). Slík flokkun getur verið gagnleg til að greina hver rót hindrana er og með því er hægt að koma auga á möguleika til að draga úr eða koma í veg fyrir slíkar aðstæður til framtíðar. Sumar hindranir geta vel snert báða flokka og jafnvel getur verið víxlverkun milli aðstæðna á markaði, og háttsemi fyrirtækja leitt til að hindrun er á markaðinn sem erfitt er að greina hvort komi til vegna aðstæðna eða háttsemi.¹⁷⁵ Áður en litið verður frekar á flokkun aðgangshindrana er eitt atriði sem gera verður góð skil en það atriði er óafturkræfur kostnaður (sunk costs).

4.3.1 Óafturkræfur kostnaður (sunk costs)

Óafturkræfur kostnaður er sú fjárfesting sem fyrirtæki leggur til við rekstur en er ekki afturkræf með sölu eða öðrum leiðum. Hefur óafturkræfur kostnaður ásamt reglusetningu verið talinn með helstu orsakum aðgangshindrana þar sem þau atriði koma við sögu í mörgum aðstæðum

¹⁷² Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 29-30.

¹⁷³ *Misnotkun Eimskips á markaðsráðandi stöðu*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. desember 2007 í máli nr. 70/2007 bls. 125.

¹⁷⁴ Gerardin, Farrar og Petit (n. 92) bls. 92.

¹⁷⁵ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 26.

sem geta gert innkomu erfiða. Óafturkræfur kostnaður hefur mikið vægi þar sem rannsóknir hafa leitt í ljós áhrif slíkra kostnaðarliða á hvernig iðnaður og framleiðslugreinar þróast.¹⁷⁶

Sá kostnaður sem fyrirtæki standa straum af og telst sem óafturkræfur kostnaður getur verið margvíslegur og getur verið erfitt að aðgreina slíkan kostnað frá föstum kostnaði. Fastur kostnaður getur verið óafturkræfur en er það ekki í öllum tilfellum. Til skýringar er kostnaður fyrirtækis við uppbyggingu sérhæfðrar aðstöðu fastur kostnaður. Breytist aðstæður og fyrirtækið færir starfsemi sína annað er kostnaður sem lagt var til vegna tækja sem eru færanleg og hægt er að nýta ekki óafturkræfur, á þessu stigi, en til að mynda eiginir sem svara ekki kostnað við að færa sem einnig er ekki hægt að selja er óafturkræfur fastur kostnaður.¹⁷⁷

Óafturkræfur kostnaður er því allur útlagður kostnaður sem er ekki hægt að fá til baka þegar fyrirtæki hættir starfsemi og hefur því ekkert verðgildi nema gagnvart fyrirtækinu sjálfu og starfsemi fyrirtækisins á markaði. Í sumum tilfellum getur óafturkræfur kostnaður verið alger hindrun, það er að án tiltekinnar fjárfestingar sem er óafturkræf geti aðili ekki starfað á viðeigandi markaði. Gæti þetta átt við um kostnað sem fyrirtæki leggur í til að koma sér upp vatnslind eða frárennsli sem er nauðsynleg fyrir starfsmi fyrirtækisins.¹⁷⁸ Óafturkræfur kostnaður getur verið stefnumótandi þar sem fyrirtæki meta hversu mikilla fjárfestinga er þörf til að ná tilteknum markmiðum. Gott dæmi um stefnumótandi óafturkræfan kostnað er fjárfesting í auglýsingum og öðru slíku til að styrkja stöðu fyrirtækisins á markaði eða vörumerkja sem fyrirtækið starfar með. Kostnaður sem stafar af auglýsingum er oftast en ekki óafturkræfur þó svo sé ekki í öllum tilfellum, farsæl markaðsetning getur aukið verðgildi fyrirtækis til muna og söluverðmæti fyrirtækisins því mun meira en ella.¹⁷⁹

Almennt er talið að óafturkræfur kostnaður geti haft áhrif á innkomu nýrra aðila á markað á tvo vegu. Fyrst ber að nefna að þegar fyrirtæki sem hefur lagt út óafturkræfa fjárfestingu varðandi framleiðslu, dreifingu eða sölu á vöru er ekki endilega tekið mið af þeim kostnað við verlagningu á vöru þegar nýr aðili kemur á markað.¹⁸⁰ Kemur það til þar sem fyrirtæki geta horft til verðlagningar til framtíðar án tillits til áður útlögðum kostnaði. Getur fyrirtæki sem hefur lagt út slíkan kostnað brugðist við innkomu nýrra aðila á markað með því að verðleggja vöru sína lægra en svo að nýr aðili nái til baka nokkru af útlögðum kostnaði.¹⁸¹ Með því móti

¹⁷⁶ sama heimild bls. 26.

¹⁷⁷ sama heimild bls. 26-27.

¹⁷⁸ Niels, Jenkins og Kavanagh (n. 50) bls. 111.

¹⁷⁹ sama heimild bls. 111.

¹⁸⁰ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 27.

¹⁸¹ sama heimild.

getur fyrirtækið dregið úr mögulegum fyrirtækja til að koma inn á markaðinn. Næði það ekki aðeins til þeirra sem eru af einhverjum ástæðum ekki eins skilvirkir í starfsemi sinni heldur einnig til þeirra sem eru jafn skilvirkir og jafnvel skilvirkari en fyrirtækið sem fyrir er á markaði. Til skýringar má hafa í huga að ný innkoma á markað krefst óafturkræfrar fjárfestingar sem fyrirtækin á markaðnum hafa lagt út áður og hefur því ekki bein áhrif á útgjöld þá stundina. Nýr aðili þarf aftur á móti að standa straum af þeim útgjöldum á sama tíma og verðlagning samkeppnisaðila lækkar á þann veg að aðeins er tekið tillit til kostnaðar við framleiðslu en ekki útgjöldum sem áður hefur verið lögð út. Verður að telja ólíklegt að nýr aðili líti á innkomu á slíkan markað sem góðan kost þar sem hægt er að komast hjá því að leggja út í mikinn óafturkræfan kostnað með því að fara ekki inn á markaðinn.¹⁸²

Óafturkræfur kostnaður getur haft bein áhrif á hugsanlega nýja aðila á markaði. Mikill óafturkræfur kostnaður dregur úr líkindum á svo kallað „hit and run“ innkomu. Með „hit and run“ innkomu er átt við að aðili komi snögg inn á markað til að nýta sér tilteknar aðstæður á markaðnum en þegar því markmiði er náð eða tækifærið talið fullnýtt hverfur hann aftur á brott.¹⁸³ Ef aðili horfir fram á mikinn óafturkræfan kostnað eru líkandi tímabundinnar innkomu hverfandi. Í öllum tilfellum þar sem nýr aðili kemur á markað eru líkur til að innkoman gangi ekki upp og að starfsemin leggist af.¹⁸⁴

Vægi óafturkræfs kostnaðar fer vaxandi eftir því sem framleiðslutæki eru sérhæfðari og erfiðari í endursölu. Ef atvinnurekstur krefst aðeins hefðbundins skrifstofubúnaðar má ætla að óafturkræfur kostnaður við stofnun fyrirtækisins verði smávægilegur.¹⁸⁵ Við slíkar aðstæður getur þó komið til talsverður óafturkræfur kostnaður sem stafar af öðrum sökum en vegna fjárfestinga í tækjum eða fasteignum. Því verður að líta heildstætt til þeirra kostnaðarliða sem nýr aðili stendur straum af án þess að von sé að fá þau útgjöld til baka.

4.3.2 Aðgangshindranir sem tengjast gerð markaðar

Aðgangshindranir sem tengjast gerð markaðar eru þær hindranir sem koma til vegna aðstæðna á markaðnum til að mynda kostnað, eftirspurnar eða tækni. Almennu eru þær hindranir sem falla undir þennan lið ekki á valdi starfandi fyrirtækja eða í það minnsta ekki komnar til vegna háttsemi sem miðuð er til að mynda hindranir á markaði, en geta orðið til sem hliðarafurð af samkeppni á markaðnum.¹⁸⁶ Í fræðilegri umfjöllun er í sumum tilfellum fjallað um óafturkræfan

¹⁸² OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 27.

¹⁸³ sama heimild bls. 27-28.

¹⁸⁴ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 27-28.

¹⁸⁵ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 32.

¹⁸⁶ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 28.

kostnað sem tegund aðgangshindrana sem tengjast gerð.¹⁸⁷ Eins og komið hefur fram snertir óafturkræfur kostnaður á mörgum tegundum aðgangshindrana og er því framangreind umfjöllun um óafturkræfan kostnað heppilegri en að telja það fram sem flokk sem fellur undir gerð markaðar. Hafa verið sett fram sjónarmið um að aðgreina megi aðgangshindranir í þrjá meginflokka þeir eru; opinberar aðgangshindranir, aðgangshindranir sem tengjast efnahagslegri gerð markaðar og aðgangshindranir vegna háttsemi fyrirtækja.¹⁸⁸ Þrátt fyrir að sú greining geti vel talist hagnýt líkt og sú flokkun sem er stuðst við í þessari ritgerð, þá þykir fræðimönnum flokkun sem kemur fram í skýrslu OECD frá 2005 vera greinargóð og er því lögð hér til grundvallar.¹⁸⁹

4.3.2.1 Alger kostnaðar hagkvæmni (e. Absolute cost advantages)

Markmið fyrirtækja er oftast en ekki að ná fram hámarkshagnaði. Í því skyni er mikilvægt að þróa framleiðslu svo hún sé skilvirk og ódýr. Með því er ná fram meiri hagnaði af hverri seldri einingu eða skáka samkeppnisaðiliðum með því að lækka verðlag. Þegar fyrirtæki hefur náð fram svo skilvirkri framleiðslu að kostnaður sem það hefur af framleiðslunni er lægri á öllum framleiðslustigum heldur en samsvarandi úgjaldaliðir nýrra aðila á markað hefur fyrirtækið náð fram algerri kostnaðar hagkvæmni. Þegar slík staða er uppi getur fyrirtæki sem er starfandi á markaði verðlagt vöru sína lægra en sem nemur kostnað nýrra aðila við að framleiða og selja sömu vöru. Með þess konar verðstefnu gæti fyrirtækið fengið mikinn hagnað ásamt því að gera innkomu nýrra aðila á markað óarðvænlega. Fyrirtæki gæti náð fram slíkum yfirburðum með því að hafa einkaaðgang að háþróaðri framleiðslutækni eða aðstöðu sem aðrir á sama markaði hafa ekki aðgengi að. Við slíkar aðstæður þarf að huga að því hvort aðrir gætu komið sér upp sambærilegri tækni eða jafnvel skilvirkari í framtíðinni. Ef það þykir líklegt er lykilspurning hvenær það gæti orðið.¹⁹⁰

4.3.2.2 Stærðarhagkvæmni (e. Economies of scale)

Stærðarhagkvæmni er til staðar þegar meðalkostnaður við framleiðslu af hverri einingu lækkar þegar framleiðsla er aukin.¹⁹¹ Jafnvel þó kostnaðarlíkan fyrirtækja er sambærilegt og kostnaðarlíkan nýrra aðila þá er fyrirtæki sem er starfandi á markaði oftast en ekki með meiri framleiðslu en nýr aðili. Kostnaður fyrirtækisins er því lægri á hverja framleidda einingu heldur en kostnaður nýrra aðila á markaðnum. Ef slíkar aðstæður væru fyrir hendi gæti fyrirtækið

¹⁸⁷ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 31-32.

¹⁸⁸ sama heimild sjá bls. 30.

¹⁸⁹ Gerardin, Farrar og Petit (n. 92) bls. 92.

¹⁹⁰ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 30.

¹⁹¹ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 33.

verðlagt vöru sína örlítið lægra en sem nemur áætluðum kostnaði sem nýr aðili þyrfti að bera af framleiðslunni en samt sem áður fengið mikinn hagnað af sölunni. Auðsjáanlega væri innkoma nýrra aðila óarðvænleg og því ólíkleg. Jafnvel í tilvikum þar sem verðlag er almennt hærra en sem nemur meðalkostnaði nýrra aðila við framleiðsluna þá getur fyrirtækið brugðist við innkomu nýrra aðila með því að lækka verð að því marki að þeir geti ekki haldið starfsemi sinni gangandi.¹⁹² Fyrirtæki sem hefur hlutfallslega háan fastan kostnað hefur frekar stærðarhagkvæmni heldur en í tilvikum þar sem breytilegur kostnaður er hlutfallslega hærri. Fyrirtæki sem hafa hlutfallslega háan fastan kostnað hafa oft umfangsmikil og skilvirk innviði sem á vel við um fjarskiptamarkað. Á fjarskiptamarkaði er kostnaðarsamt að koma sér upp fjarskiptakerfinu sjálfu og því hlutfallslega ódýrt að fjölga viðskipavinum sem deila fjarskiptakerfinu og því lækkar kostnaður við að þjónusta hvern og einn eftir því sem viðskiptavinir eru fleiri.¹⁹³ Auk þess væri innkoma á markað mjög dýr og óafturkræfur kostnaður mikill og því ólíklegra að nýr aðili telji ráðlegt að komast inn á markaðinn ef fyrirtæki sem starfa þar fyrir hafa náð fram mikilli stærðarhagkvæmni.¹⁹⁴

Stærðarhagkvæmni getur verið talsverð aðgangshindrun en áhugavert er að stærðarhagkvæmni getur ekki komið í veg fyrir innkomu nýrra aðila ef það er enginn óafturkræfur kostnaður við innkomu á markað. Er sú ályktun dregin af kenningunni um Samkeppnishæfa markaði. Geta þá aðilar komið hratt inn á markað og nýtt sér viðskiptatækifæri sem þar liggja, þar til verðlag á markaðnum lækkar niður í samkeppnisverð og þá farið hratt og kostnaðarlaust af markaði aftur án þess að tapa grunnfjárfestingu.¹⁹⁵

4.3.2.3 Breiddarhagkvæmni (e. Economies of scope)

Fyrirtæki sem hafa breiddarhagkvæmni ná að lækka kostnað sinn vegna hagræðingar sem fylgir því að framleiða, flytja eða selja tvær eða fleiri vörur í stað einnar. Getur þessi hagkvæmni til að mynda verið vegna samnýtingar aðfanga eða framleiðslutækja.¹⁹⁶ Með meiri kostnaði fylgir meiri áhætta fyrir nýjan aðila og því ólíklegra að hann telji innkomu arðvænlega.¹⁹⁷ Sambærileg sjónarmið um innkomu eiga við um breiddarhagkvæmni og stærðarhagkvæmni ef óafturkræfur

¹⁹² OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 29.

¹⁹³ *Brot Símans hf. með tilboði í 3G netlykil og áskrift*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 16. september 2011 nr. 30/2011 bls. 44.

¹⁹⁴ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 33.

¹⁹⁵ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 29-30.

¹⁹⁶ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 33.

¹⁹⁷ *Innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum, mikilvægi samkeppni við opinber innkaup*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. nóvember 2016 nr. 29/2016.

kostnaður nýrra aðila er enginn þá ætti breiddarhagkvæmni ekki að hafa áhrif á innkomu nýrra aðila að neinu verulegu leyti.¹⁹⁸

4.3.2.4 Mikill fjármagnskostnaður (e. High capital costs)

Þegar fyrirtæki kemur inn á markað þarf í flestum tilfellum upphafs fjárfestingu sem er kostnaður við að koma upp starfsemi og ná fótfestu á markaðnum.¹⁹⁹ Með miklum fjármagnskostnaði er ekki aðeins vísað til að það þurfi mikla fjárfestingu til að komast inn á markaðinn heldur þarf einnig að taka til greina hve mikill kostnaður hlýst af lántöku til að fjármagna innkomu. Sumir fræðimenn og þar er Stigler fremstur í flokki telja að mikill fjármagnskostnaður geti ekki talist vera aðgangshindrun þegar eðlileg samkeppni ríkir á fjármálamörkuðum. Ástæða þess er, að góðir og skilvirkir fjármálamarkaðir munu alltaf fjármagna innkomu nýrra aðila sem hafa góða viðskiptaáætlun á sanngjörnum vaxtarkjörum óháð því hversu miklu fjármagni er óskað eftir.²⁰⁰

Önnur sjónarmið eru að mikill fjármagnskostnaður sé aðgangshindrun þegar lánveitendur líti ekki jafnt á alla. Þá hafa stór fyrirtæki á markaði aðgang að meira lánsfé, jafnvel á betri kjörum en smærri fyrirtæki.²⁰¹ Þegar þessum sjónarmiðum er velt upp er gott að horfa ekki of mikið í hvort mikill fjármagnskostnaður uppfylli fyrirfram ákveðna skilgreiningu á aðgangshindrunum heldur horfa frekar til raunáhrifa sem fylgir honum. Því dýrara sem það er að koma inn á markað og þá einnig því meiri sem óafturkræfur kostnaður er, því ólíklegra er að nýr aðili komi inn á markaðinn. Liggur það nokkuð beint við að því meiri sem áhættan er af innkomu því ólíklegra er að nýr aðili líti á innkomu sem góðan kost.²⁰² Getur það sérstaklega átt við þegar fjármálamarkaðir bjóða ekki upp á mikla og/eða hagkvæma lánveitingu.²⁰³

4.3.2.5 Orðspor fyrirtækja (e. Reputational effects)

Orðspor fyrirtækja geta einnig verið aðgangshindrun þegar þau eru talin vera mjög áreiðanleg og varan eða þjónustan sem þau vinna með er talin hafa mikil gæði.²⁰⁴ Auglýsingar geta aukið á orðspor fyrirtækja um gæði og áreiðanleika en auglýsingar og vörumerkja hollusta hafa einnig önnur einkenni og því verður umfjöllun aðskilin.

¹⁹⁸ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 30.

¹⁹⁹ *Innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum, mikilvægi samkeppni við opinber innkaup*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. nóvember 2016 nr. 29/2016.

²⁰⁰ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 30.

²⁰¹ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 32.

²⁰² *Misnotkun Lyf og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. febrúar 2010 í máli nr. 4/2010. bls. 71.

²⁰³ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 32.

²⁰⁴ *Innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum, mikilvægi samkeppni við opinber innkaup*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. nóvember 2016 nr. 29/2016.

Þegar neytendur eru að leita sér upplýsinga um vöru eða þjónustu er sú athugun oft á tíðum kostnaðarsöm eða í það minnsta tímafrek og því reiða þeir sig á orðspor fyrirtækja við ákvarðanatöku.²⁰⁵ Nýr aðili á markaði þarf því oft á tíðum að fjáfestu töluvert í kynningu á sér og sínum vörum til að fá mótvægi við áhrifum sem orðspor fyrirtækja hafa og með því koma frekar til greina í augum neytenda.²⁰⁶ Á sumum mörkuðum gæti nýr aðili einnig þurft að leggja fjármagn til að geta veitt kaupendum kynningarverð á vöru sinni til að koma til móts við áhættu sem þeir telja sig vera að taka með því að versla við óþekktan aðila. Í því skyni þarf að huga að því hversu mikila áhættu neytendur skynja sig vera að taka með viðskiptunum en því meiri áhætta sem neytendur skynja því meiri þarf afslátturinn að vera. Á sumum mörkuðum gæti áhættan sem kaupendur skynja vera svo mikil að mjög erfitt getur reynst að fá þá til að versla við nýjan aðila.²⁰⁷ Gott dæmi um slíkan markað er markaður með hugbúnað sem þjónustar grunnþörfum í bókhaldi eða öðru þar sem mislukkuð tilraun gæti leitt til mikils kostnaðar og óhagræðis fyrir kaupanda.²⁰⁸

Auk ofangreindra atriða þá getur orðspor fyrirtækis haft áhrif á möguleika fyrirtækja á lántöku og þá á kjörum sem lánveitandi er tilbúin að gangast við.²⁰⁹ Þurfa nýjir aðilar því að reikna með þeim aukakostnaði sem þeir þurfa að bera í samanburði við fyrirtæki með gott orðspor þegar þeir meta hagnaðarmöguleika sem innkoma á markað felur í sér.

4.3.2.6 Netáhrif (e. Network effects)

Bein netáhrif koma til þegar hagur kaupenda af viðskiptum verður meiri við fleiri seldar einingar af tiltekinni vöru eða þjónustu. Á þetta ekki síður við þar sem hagur kaupanda verður meiri eftir því sem fleiri kaupendur versla tiltekna vöru eða þjónustu en þegar hagur kaupanda verður meiri við að hann sjálfur kaupir meira. Við fjölgun kaupenda verður til kerfi þar sem hagur kaupenda af viðskiptunum verður meiri eftir því sem kerfið verður stærra. Óbein netáhrif verða til þegar stærð kerfisins verður til þess að það örvi framleiðslu og neyslu á vörum eða þjónustu sem styður við kerfið.²¹⁰ Á mörkuðum sem eru viðkvæmir fyrir netáhrifum leiða mikil netáhrif til þess að stór kerfi stækka og minni kerfi minnka og jafnvel hverfa. Hætta á slíkum aðstæðum er hvað mest þar sem stærðarhagkvæmni felst í uppbyggingu kerfisins þar sem ekki

²⁰⁵ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 31.

²⁰⁶ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 35.

²⁰⁷ *Innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum, mikilvægi samkeppni við opinber innkaup*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. nóvember 2016 nr. 29/2016.

²⁰⁸ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 31.

²⁰⁹ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 35.

²¹⁰ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 33.

eru til staðar vörur með góða staðkvæmd við kerfisvöruna.²¹¹ Markaðir þar sem iðnaðarstaðlar eru fyrir hendi geta einnig skapað mikil netáhri. Microsoft Windows er gott dæmi þar sem góð markaðseting hugbúnaðar fyrir PC vélar varð til þess að Microsoft Windows var það stýrikerfi sem var staðlað í PC tölvum. Gátu þá kaupendur PC tölva haft samskipti sín á milli í gegnum forrit sem eru innbyggð í Windows stýrikerfið og fá því aukin ágóða af vörunni.²¹²

4.3.2.7 Opinberar aðgangshindranir (e. Legal/regulatory barriers)

Gjaldtaka og regluvæðing hins opinbera getur einnig verið aðgangshindrun á markaði.²¹³ Öryggisstaðlar og eftirlit stjórnvalda getur verið meira íþyngjandi fyrir nýja aðila á markaði heldur en þau fyrirtæki sem starfað hafa á markaðnum til lengri tíma.²¹⁴ Í sumum tilfellum getur verið um mjög mikla aðgangshindrun að ræða þá sérstaklega þegar fjöldi aðila sem starfar á markaðnum er takmarkaður með opinberum leyfum eða einhverskonar einkarétti.²¹⁵ Slíkar takmarkanir geta leitt til þess að nýr aðili sem hyggst veita betri vöru eða þjónustu, eða í það minnsta auka samkeppnislegt aðhalda á markaðnum, getur ekki hafið starfsemi þar sem hann hefur ekki nauðsynleg leyfi til starfseminnar.²¹⁶

Einnig eru tollar og aðrar innflutningshömlur aðgangshindranir og takmarka samkeppni.²¹⁷ Takmarkanir á innflutning eða kostnaðarauki í opinberum gjöldum í tengslum við innflutning getur verið töluverð hindrun fyrir nýjan aðila sem vill komast að á markaðnum.²¹⁸ Ef lagaumhverfi gerir innflutning kostnaðarlítinn og óheftan er það hvetjandi fyrir nýja aðila og eykur samkeppni jafnvel í fjarveru raunverulegrar innkomu á markað. Einnig geta komið til opinberar aðgangshindranir vegna skipulags og ákvarðana sveitarfélaga. Má þá nefna úthlutun leyfa fyrir starfsemi og úthlutun lóða. Ef aðeins ákveðin fjöldi aðila fá rekstrarleyfi innan sveitarfélags hefur það mjög letjandi áhrif á samkeppni og getur reynst erfitt fyrir nýja aðila að fá slíkt leyfi sérstaklega í tilvikum þar sem fyrirtæki sem áður hafa verið með leyfin sækjast einnig eftir þeim. Einnig geta sveitarfélög haft mikil áhrif á samkeppni með úthlutun lóða ef litið er framhjá samkeppnislegum sjónarmiðum við úthlutun.²¹⁹

²¹¹ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 32.

²¹² Niels, Jenkins og Kavanagh (n. 50) bls. 114.

²¹³ Samkeppniseftirlitið, „Fjármálaþjónusta á krossgötum“ (Samkeppniseftirlitið 2013) 1/2013 bls. 45 <http://www.samkeppni.is/media/skyrslur-2013/skyrsla_01_2013_Fjarmalathjonusta_a_krossgotum.pdf> skoðað 2. febrúar 2018.

²¹⁴ sama heimild bls. 4-5.

²¹⁵ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

²¹⁶ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 30.

²¹⁷ *Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.*, Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 2. febrúar 2001 nr. 4/2001.

²¹⁸ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 31.

²¹⁹ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

Stjórnvöld setja regur um eftirlit og getur eftirfylgni með slíkum reglum verið mun dýrari á hverja framleidda einingu fyrir smærri fyrirtæki en stór.²²⁰ Fyrirtæki geta verið búin að móta ákveðna verkferla með lagaumhverfið í huga sem uppfylla skyldur þeirra án þess að mikill kostnaður hljótist af því. Opinberar aðgangshindranir hafa almennt tiltekið markmið sem er gert að verja mikla hagsmuni. Það er mikilvægt við slíka regluvæðingu að huga að samkeppnislegum sjónarmiðum.²²¹

Hafa skal í huga að reglur stafa frá stjórnvöldum, geta orðið fyrir áhrifum frá viðskiptamörkuðum og sérstaklega stórum fjársterkum aðilum. Ef áhrif fjársterkra aðila eru of mikil getur það leitt til regluvæðingar sem hefur miklar samkeppnislegar takmarkanir í för með sér án þess að þær verji almannahagsmuni að svo miklu leyti að það réttlæti þær takmarkanir sem af þeim leiða.²²²

4.3.2.8 Útgönguhindranir (e. Barriers to exit)

Hindranir á markaði snerta ekki aðeins kostnað við að komast inn á markaðinn. Einnig getur verið fólgin aðgangshindrun í því ef það er mjög kostnaðarsamt að komast út af markaðnum aftur. Til dæmis getur sá kostnaður verið vegna starfslokagreiðslna til starfsmanna, vegna uppsagna á verksamningum eða samningum við byrgja auk óafturkræfskostnaðar sem fyrirtækið hefur lagt til.²²³ Ef það er kostnaðarsamt og jafnvel erfitt að hætta starfsemi á markaði hefur það letjandi áhrif á aðila sem huga að innkomu á markaðinn. Einnig getur verið áhættusamara að koma inn á markað þar sem fyrirtækin sem starfa þar fyrir gætu brugðist harðar við innkomunni ef ríkar útgönguhindranir eru til staðar og vilja ekki gefa nýjum aðila tækifæri til að ná þar fótfestu. Útgönguhindranir eru því bæði hindranir sem gera útgöngu erfiðari og kostnaðarsamari og er þá meiri áhætta falin í að hefja rekstur á markaðnum.²²⁴

4.3.2.9 Hagkvæmni fyrirtækja sem fyrst voru á markað (e. First mover advantages)

Fyrsta fyrirtækið sem hefur starfsemi á tilteknum markaði getur náð forskoti á þá sem koma inn síðar sem gerir það áhættusamara að koma inn á markaðinn. Getur slíkt forskot orðið til vegna vörumerkjahollustu kaupenda og/eða að fyrirtækið hafði getið af sér gott orðspor og því fyrsti kostur kaupenda. Þegar fyrirtæki er komið í slíka stöðu getur það verðlagt vöru sína hærra en sem nemur samkeppnisverði og náð fram miklum hagnað af hverri seldri einingu. Þá getur

²²⁰ Samkeppniseftirlitið, „Fjármálaþjónusta á krossgötum“ (n. 213) bls. 39-40.

²²¹ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 31.

²²² OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 33.

²²³ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 34.

²²⁴ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 34.

fyrirtækið brugðist við innkomu nýrra aðila með verðlækkunum sem erfitt er að keppa við.²²⁵ Geta þessar aðstæður verið mjög letjandi fyrir nýja aðila sem hafa hug á að koma inn á markaðinn þar sem þeir koma inn í mjög erfiða stöðu og geta búist við hörðum samkeppnisaðgerðum.

4.3.2.10 Lóðrétt samþætting (e. Vertical intergration)

Áður hefur verið fjallað um aðgangshindranir sem tengjast stærðarhagkvæmni og breiddarhagkvæmni, sem snúa að efnahagslegum styrk og skilvirkni starfseminnar vegna hagræðingar í framleiðslu. Lóðrétt samþætting virkar á svipaðan hátt nema í því tilfalli er fyrirtæki starfandi á fleiri en einu stigi markaðar til að mynda getur fyrirtæki verið að framleiða vöru (efri markaður) sem það selur einnig beint til neytenda (neðri markaður).²²⁶ Lóðrétt samþætting getur verið aðgangshindrun á bæði efri og neðri markað og skiptir markaðsstyrkur hins lóðréttssamþætta fyrirtækis miklu máli á báðum stigum. Ef fyrirtækið hefur mjög sterka stöðu á efri markaði getur það hindrað innkomu á neðri markaði með því að synja nýjum aðilum um viðskipti eða með því að selja þeim vöruna á kjörum sem gera þeim erfitt fyrir að keppa við fyrirtæki á neðri markaði. Með sama móti getur lóðrétt samþætt fyrirtæki með sterka markaðsstöðu á neðri markaði hindrað innkomu nýrra aðila á efri markað með því að stunda ekki viðskipti við þá.²²⁷ Auk ofangreindra atriða getur orðið til mikil rekstrarhagræðing við að starfa á tveimur sölustigum sem er erfitt að keppa við fyrir nýja aðila án þess að koma sér upp sambærilegum rekstri.²²⁸ Innkoma á tvo markaði getur auðsjáanlega verið mun dýrari og því felur það einnig í sér aðgangshindrun ef það er nauðsynlegt til að ná fótfestu. Lykilspurningar þegar litið er til þess hvort lóðrétt samþætting er aðgangshindrun eru; hversu rík hagræðing stafar af lóðréttu samþættingunni, hvort samþætting sér nauðsynleg til að geta starfað á sambærilegum rekstrarforsendum, hvort nýr aðili geti komið sér upp sambærilegri samþættingu og hversu langan tíma það gæti tekið.²²⁹

²²⁵ sama heimild bls. 34.

²²⁶ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

²²⁷ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 35-36.

²²⁸ *Brot Símans hf. með tilboði í 3G netlykil og áskrift*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 16. september 2011 nr. 30/2011.

²²⁹ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 34.

4.3.2.11 Smæð markaðar

Einnig getur stærð markaðar eða réttara sagt smæð hans verið talin hindun á markaði. Þegar markaðir eru smáir og fáir kaupendur að þeim er erfiðara að ná fótfestu á markaðnum þar sem erfitt er að ná til sín nægilega mörgum kaupendum til að gera innkomu arðvænlega. Þegar saman fara litlir markaðir þar sem fyrirtæki sem þar starfa eru í sterkri stöðu getur það verið mikil hindrun og gert innkomu nýrra aðila ólíklega.²³⁰

4.3.3 Aðgangshindranir vegna háttsemi fyrirtækja (e. Barrier from strategic behaviour by incumbents)

Aðgangshindranir geta einnig komið til vegna markvissrar háttsemi fyrirtækja sem fyrir er á markaðnum sem vilja draga úr líkindum á aukinni samkeppni. Í ofangreindri umfjöllun hefur verið fjallað um aðgangshindranir sem verða til vegna aðstæðna á mörkuðum en geta einnig orðið til í sumum tilfellum vegna háttsemi fyrirtækja. Það sem aðgreinir aðgangshindranir sem fjallað er um að ofan og komi til vegna háttsemi fyrirtækja og þeim sem koma nú í kjölfarið tengist ástæðum sem liggja baki háttseminni sem býr til eða eykur á aðgangshindranir. Þegar fjallað er um aðgangshindranir sem koma til vegna háttsemi fyrirtækja er átt við að háttsemi fyrirtækisins sem leiðir af sér aðgangshindrun með beinum hætti sem í sumum tilfellum hefur það að markmiði að mynda aðgangshindrun.²³¹ Í ofangreindri umfjöllun var háttsemin miðuð að því að bregðast við samkeppni eða stunda eðlilega samkeppni þar sem hliðarafurð háttseminnar eru aðgangshindranir án þess að háttsemin miði að því að mynda hindrun á markaði.

4.3.3.1 Undirverðlagning (e. Predatory pricing)

Þegar fyrirtæki bregðast við aukinni samkeppni með undirverðlagningu felur það í sér að fyrirtækið bregst við með því að verðleggja vöru undir eigin kostnaðarverði til þess að þrengja að samkeppnisaðilum og fæla þá af markaði. Þegar fyrirtæki hagar verðlagi sínu með þessu móti er ekki um varanlega ráðstöfun að ræða heldur er það gert með ákveðnu markmiði og þegar því markmiði er náð þá er verð hækkað aftur.²³² Þegar hætta er á að fyrirtæki bregðist við aukinni samkeppni með þessum hætti getur verið fólgin aðgangshindrun í þeim aðstæðum. Því meiri líkur sem eru til þess að fyrirtæki beiti undirverðlagningu því meiri aðgangshindrun er til staðar en hafi fyrirtæki viðhaft slíkt áður eru miklar líkur til að það endurtaki leikinn.²³³ Slík

²³⁰ *Samruni innanlandsflugs Flugleiða hf. og Flugfélags norðurlands hf.*, Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 4. apríl 1997 nr. 10/1997 bls. 36 sjá einnig ; Samruni Ryanair/Aer Lingus, mál nr. M.4439, [2008] ákvörðun framkvæmdarstjórnar Evrópu, 2008/263/EC, OJL 83.

²³¹ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 35.

²³² Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 34.

²³³ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 35.

háttsemi getur dregið verulega úr möguleikum nýrra aðila að koma inn á markaðinn þar sem þeir eru almennt ekki jafn fjársterkir og geta því ekki verðlagt vörur sínar undir kostnaðarverði sem og að þeir hafa almennt ekki sömu rekstrarhagræðingu og eru því í enn verri stöðu.²³⁴

4.3.3.2 Markmiðs verðlagning (e. Limit pricing)

Fyrirtæki geta einnig beitt verðstefnu sem er ekki til þess fallin að vera undir kostnaðarverði en er samt sem áður ekki að hámarka skammtíma hagnað. Væru sjónarmið við þá verðstefnu að verðleggja vöruna með það litlum hagnað að nýr aðili gæti ekki komist að þar sem hann þarf trúlega að standa straum af kostnaðarliðum sem fylgja að hefja nýja starfsemi. Einnig er trúlegt að fyrirtæki sem starfað hefur á markaði í einhvern tíma hafi stærðarhagkvæmni í framleiðslu sinni og því enn erfiðara fyrir nýja aðila að komast inn á markaðinn. Með því að fórna hluta af hagnaði myndar fyrirtækið aðgangshindrun sem gerir innkomu mjög erfiða fyrir nýja aðila. Gagnlegt er að hafa í huga að ólíklegt er að markmiðsverðlagning skili tilskildum árangri án þess að stærðar eða breiddarhagkvæmni sé fyrir hendi.²³⁵

Í hefðbundnu líkani af markmiðsverðlagningu er lykil atriði að aðilar sem huga að innkomu telja það víst að fyrirtækið geti og muni viðhalda sama framboði og verðlagi þegar nýr aðili kemur inn á markaðinn. Markmiðsverðlagning er erfið í framkvæmd, bæði þar sem fyrirtæki vita almennt ekki nákvæma kostnaðarliði samkeppnisaðila og hvað þá hugsanlegra samkeppnisaðila. Takist fyrirtæki hins vegar að verðleggja vöru sína með þeim hætti að nýr aðili hafi ekki rúm til að koma inn á markað en er samt sem áður að hagnast á sölunni myndar það mikla aðgangshindrun þar sem hægt er að viðhalda slíkri verðstefnu til framtíðar. Væri það ekki fælandi fyrir nýja aðila að koma inn út frá hræðslu við grimma samkeppni heldur eru þær aðstæður sem þeir vilja forðast til staðar nú þegar og því ólíklegt að þeir komi inn á markaðinn. Innkoma væri aðeins möguleg ef nýr aðili telur sig geta verið með hagstæðari rekstur þar sem meðalkostnaður á hverja einingu er lægri en þeirra fyrirtækja sem eru fyrir á markaðnum.²³⁶

4.3.3.3 Umfram fjárfesting í ónýttri framleiðslugetu (e. Intentional over-investment in capacity and sunk costs)

Ein leið sem fyrirtæki á markaði getur farið til að komast hjá því að nýr aðili sjái kost á því að koma og ná að vera með lægri meðalkostnað á hverja einingu, er að fjárfesta í aðstöðu sem getur framleitt mun meira en þörf er á, á þeirri stundu. Með því að fjárfesta í umfram framleiðslugetu, getur fyrirtækið brugðist við innkomu nýrra aðila með því að auka framleiðslu

²³⁴ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 34.

²³⁵ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 35.

²³⁶ sama heimild bls. 35.

sína að því marki að meðalkostnaður á hverja einingu er lágmarkaður og því verðlagt vöru sína lægra en nýr aðili getur keppt við en samt sem áður náð fram miklum hagnaði.²³⁷ Staða fyrirtækis á markaði skiptir miklu máli, ef staða fyrirtækisins er sterk þá er mjög erfitt fyrir nýja aðila að komast inn á markaðinn og ná þar fótfestu. Ef eftirspurn á markaði eykst um 10% gæti fyrirtæki sem er með 50% markaðshlutdeild auðveldlega sinnt þeirri eftirspurn þar sem aðeins er þörf á 20% aukningu á framleiðslu. Hafi fyrirtækið hins vegar aðeins 10% markaðshlutdeild þyrfti það að tvöfalda framleiðslu sína en eftir því sem hlutfall aukinnar eftirspurnar er meira í samhengi við núverandi framleiðslu, því ólíklegra er að fyrirtæki búi yfir nægjanlegri umfram afkastagetu til að sinna aukningu í eftirspurn.²³⁸

Sú hindrun sem verður til við að fyrirtæki fjárfestir í umfram framleiðslugetu eykst eftir því sem óafturkræfur kostnaður er meiri. Með því að fjárfesta umfram þörf í upphafi eykur fyrirtæki möguleika sína á því að verðleggja vöru sína lágt og skilja eftir það lítið af umfram eftirspurn á markaðnum að nýr aðili hefur ekki mikla von um að hagnast á innkomu á markaðinn.²³⁹

4.3.3.4 Tryggðarafslættir og vöndlunarafslættir (e. Fidelity rebates and bundled rebates)

Markaðsráðandi fyrirtæki geta í sumum tilfellum búið til aðgangshindranir með því að veita kaupendum sínum tryggðarafslætti, gegn því að kaupendurnir skuldbindi sig til að kaupa ákveðið hlutfall af þeim vörum sem þeir þurfa af hinu markaðsráðandi fyrirtæki.²⁴⁰ Einnig geta markaðsráðandi fyrirtæki sem versla með fleiri vöru en eina komið í veg fyrir innkomu nýrra aðila með því að veita kaupendum aflætti gegn því að þeir skuldbindi sig til að kaupa tilteknar vörur af hinu markaðsráðandi fyrirtæki.²⁴¹ Þegar markaðsráðandi fyrirtæki er með tryggðarafslætti til kaupenda sinna getur sú háttsemin verið talin misnotkun á markaðsráðandi stöðu.²⁴² Vöndlun er nátengd samvinnun sem fjallað er um í kafla 4.3.3.6. Vöndlun er þegar tvær vörur, vara A og vara B, eru settar saman í pakka og aðeins gefið upp heildarverð á pakkanum. Tvær tegundir af vöndlun eru til þ.e. hrein vöndlun og blönduð vöndlun. Hrein vöndlun er þegar aðeins er hægt að kaupa vöru A og vöru B saman í einum pakka. Blönduð vöndlun er þegar vörurnar eru seldar í sitthvoru lagi, en eru ódýrari þegar þær eru keyptar saman.²⁴³

²³⁷ sama heimild bls. 36.

²³⁸ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 36.

²³⁹ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 36.

²⁴⁰ *Misnotkun Securitas hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 19. desember 2014 nr. 40/2014.

²⁴¹ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 36.

²⁴² Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 34.

²⁴³ Wish, og Bailey (n. 34) bls. 729-730.

4.3.3.5 Hollusta við vörumerki og auglýsingar (e. Product differentiation and advertising)

Í greiningu sinni á aðgangshindrunum taldi Bain að vörumerkja hollusta væri mikilvægasti þátturinn sem gerir fyrirtækjum kleift að ná fram miklum hagnað jafnvel umfram það sem væri talið eðlilegt á markaði þar sem virk samkeppni ríkir.²⁴⁴ Aðgreining vörumerkja þar sem kaupendur hafa hollustu gagnvart ákveðnu vörumerki leiðir til þess að kaupendur líta ekki á samskonar vöru frá öðru vörumerki sem fullkomna staðgönguvöru.²⁴⁵ Getur sú aðgreining komið til vegna markaðsherferða, auglýsinga, gæðamun milli vörumerkja, munur á orðspori milli vörumerkja ásamt öðrum þáttum sem geta einnig haft áhrif. Þrátt fyrir að það vaki ekki alltaf beint fyrir fyrirtækjum að búa til aðgangshindrun með markaðsherferð, þá hafa þau stjórn á hversu miklum fjármunum er veitt í verkefnið og því er vörumerkjahollusta frekar talin til aðgangshindrana vegna háttsemi fyrirtækja heldur en hindrana sem koma til vegna gerð markaðar.²⁴⁶

Þegar fyrirtæki hefur tekist að aðgreina sitt vörumerki frá öðrum samskonar vörum þá getur myndast vörumerkja hollusta sem erfitt er fyrir nýjan aðila að eiga við. Í þeim kringumstæðum þarf fyrirtæki sem er nýtt á markaðnum að fjárfesta töluvert í að bjóða lágt kynningarverð til tilvonandi kaupenda og/eða auglýsingar.²⁴⁷ Hversu mikil aðgangshindrun stafar af hollustu við vörumerki fer eftir því hversu mikilla fjárfestinga nýr aðili þyrfti að leggja til, til að kynna vöru sína. Almennt er kostnaður vegna auglýsinga talin til óafturkræfs kostnaðar þá gæti fyrirtæki sem hafa margar vörulínur undir sama vörumerki litið á auglýsingarkostnað sem afturkræfan í það minnsta að einhverju leyti. Auglýsingar á nýjum markaði gæti aukið virði annarra vara undir sama vörumerki og leitt til frekari vörumerkja aðgreiningar á mörgum mörkuðum þeim til hagsbóta, jafnvel þó innkoma inn á nýja markaðinn heppnist ekki.²⁴⁸ Auk þess sem innkoma verður dýrari ef vörumerkja hollusta er á markaðnum þá getur fjármögnun einnig verið erfiðari þar sem lánveitendur gætu talið innkomu á slíka markaði áhættu meiri en á mörkuðum þar sem vörumerkja hollusta er ekki til staðar.²⁴⁹

²⁴⁴ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 36-37.

²⁴⁵ *Innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum, mikilvægi samkeppni við opinber innkaup*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. nóvember 2016 nr. 29/2016.

²⁴⁶ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 36-37.

²⁴⁷ *Innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum, mikilvægi samkeppni við opinber innkaup*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. nóvember 2016 nr. 29/2016.

²⁴⁸ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 37.

²⁴⁹ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 36.

4.3.3.6 Samtvinnun (e. Tying)

Samtvinnun er þegar framleiðandi/seljandi vöru A gerir kröfu, um að viðskiptavinir kaupir einnig vöru B. Samtvinnun getur tekið á sig nokkrar myndir. Fyrirtæki getur sett ákvæði í samninga um samtvinnun sem kaupandi þarf að virða, einnig getur fyrirtækið neitað að selja kaupanda vöru A nema hann kaupir einnig vöru B. Einnig geta fyrirtæki bundið þannig um hnútana að vörurnar eru efnislega samofnar en það á til að mynda við um stjórnkerfi eða forrit sem eru stöðluð í tölvum. Þá geta fyrirtæki einnig vöndlað vörum saman en það eru svipaðar aðstæður sem fjallað er um í kafla 4.3.3.4.²⁵⁰ Samtvinnun getur verið talsverð aðgangshindrun að markaðnum fyrir nýja aðila.²⁵¹ Gæti samtvinnun markaðsráðandi fyrirtækja gert það að verkum að nýr aðili á vörumarkaði A þarf einnig að hafa tök á því að selja vöru af vörumarkaði B til að geta náð til sín viðskiptavinum fyrirtækja sem stunda samtvinnun.²⁵² Það getur stafað mikil aðgangshindrun af samtvinnun þar sem það getur verið mun dýrara að fara inn á báða markaðina heldur en annan.²⁵³

4.3.3.7 Einkakaupasamningar (e. Exclusive dealing arrangements)

Þegar kaupandi gengur að þeim viðskiptaskilmálum að kaupa alla eða verulegan hluta af þeim vörum eða þjónustu sem hann þarfnast af ákveðnum seljanda er um einkakaupasamning að ræða milli þeirra.²⁵⁴ Aðgangshindrun slíkra samninga liggur í eðli þeirra, þar sem þeir eru gerðir með það fyrir augum að tryggja seljanda fyrir því að viðskiptavinir hans geti flutt viðskipti sín annað án fyrirvara.²⁵⁵ Þegar fyrirtæki er með einkakaupasamninga við stóran hluta kaupenda þar sem þeir skuldbinda sig til að kaupa allar vörur af fyrirtækinu gerir það innkomu á markaðinn mjög erfiða. Í sumum tilfellum eru slíkir samningar endurnýjaðir árlega og er í þeim tilvikum mun líkleggra að nýr aðili geti náð fótfestu á markaðnum heldur en ef samningarnir eru gerðir til lengri tíma.²⁵⁶ Auk þess að hindra nýja aðila við að ná til sín kaupendum þá geta einkakaupasamningar leitt til þess að þeir þurfa mun meiri fjárfestingu til að geta náð fótfestu á markaðnum þar sem þeir þurfa að geta séð kaupendum sínum fyrir vörum með sambærilegum hætti og fyrirtæki sem fyrir er á markaðnum. Þegar nýr aðili þarf að koma inn með sterkari hætti

²⁵⁰ Wish, og Bailey (n. 34) bls. 729.

²⁵¹ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

²⁵² OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 38.

²⁵³ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 35.

²⁵⁴ *Misnotkun Securitas hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 19. desember 2014 nr. 40/2014.

²⁵⁵ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 34.

²⁵⁶ *Misnotkun Securitas hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 19. desember 2014 nr. 40/2014.

og þá meiri fjárfestingu en ella er óafturkræfur kostnaður einnig oft á tíðum meiri og því áhættusamara að koma inn á markaðinn.²⁵⁷

4.3.3.8 Uppsöfnun einkaleyfa (e. Patent hording)

Útgáfa einkaleyfa er oft talin hvetja nýsköpun og hafa jákvæð áhrif á velferð neytenda en þau geta einnig verið talsverð aðgangshindrun. Í sumum tilfellum byggja fyrirtæki sér upp einkaleyfavirki og verja með því stöðu sína á markaði með því að ná sér í einkaleyfi sem í sameiningu koma í veg fyrir allar fyrirsjáanlegar leiðir fyrir aðra til að veita sér samkeppni. Gæti það komið til jafnvel þó fyrirtækið hafi ekki í hyggju að nýta sér öll þau einkaleyfi sem það hefur aflað sér en notagildi þeirra liggur í varnaðaráhrifum þess að annar aðili geti ekki notað sér til að mynda þá tækni sem einkaleyfið nær til. Með þessu móti geta fyrirtæki komið í veg fyrir að nýjir aðilar komist inn á markaðinn.²⁵⁸

4.3.3.9 Aðgangur að mikilvægum framleiðsluþáttum og/eða þekkingu (e. access to importand/essential facilities)

Þegar fyrirtæki hefur einkaleyfi eða annars konar forgang að mikilvægum framleiðsluþáttum getur sú staða myndað verulega aðganghindrun á markaðnum en á það einnig við ef fyrirtækið býr yfir þekkingu eða tæknilegum yfirburðum.²⁵⁹ Fjarskiptamarkaðurinn er gott dæmi þar sem dýrt og mikið fjarskiptakerfi þarf til að vera með starfsemi á markaði og því gæti það verið töluverð aðgangshindrun ef fyrirtæki sem hefur byggt upp slíkt kerfi neiti að veita nýjum aðilum aðgengi að því. Í því tilfelli væri reyndar um ómissandi aðstöðu að ræða en í tilfellum þar sem markaðsráðandi fyrirtæki búa yfir ómissandi aðstöðu fyrir samkeppnisaðila geta samkeppnisyfirvöld mælt þeim fyrir um að veita aðgengi að þeirri aðstöðu.²⁶⁰ Með ómissandi aðstöðu er hér átt við aðstöðu sem samkeppnisaðili gæti ekki verið án til að geta stundað starfsemi á viðkomandi markaði.²⁶¹

4.4 Hindranir á stækkun (e. Barrier to expansion)

Hindranir á markaði geta verið fjölbreyttar eins og kemur fram að ofan og geta átt við um hindranir sem gera nýjum aðila erfitt fyrir með að komast inn á markað sem og hindranir sem gera útgöngu af markað erfiða eða kostnaðarsama. Hindranir geta einnig verið til staðar sem gera fyrirtækjum erfitt fyrir að stækka starfsemi sína. Nýr aðili sem kemst inn á markað og nær

²⁵⁷ OECD Competition Committee (síðasta) (n. 146) bls. 38.

²⁵⁸ sama heimild bls. 39.

²⁵⁹ *Misnotkun Já hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 7. nóvember 2014 nr. 31/2014.

²⁶⁰ Mál nr. C-280/08P *Deutsche Telekom gegn Commission* [2010] ECR-I 955.

²⁶¹ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 36.

fótfestu þar getur lent í vandræðum með að stækka starfsemi sína að því marki sem að hann gæti átt í fullu tré við stóra aðila á markaðnum. Geta slíkar hindranir orðið til þess að jafnvel þó nýr aðili komi inn á markaðinn þá halda stærstu keppinautarnir markaðshlutdeild sinni. Á slíkum mörkuðum getur aðgangur verið nokkuð opin og jafnvel lítil kostnaður við brotthvarf af markaðnum en hindranir til stækkunar leiða samt sem áður til þess að þær takmarka möguleika á öflugri samkeppni.²⁶²

Hindranir á stækkun stafa oftast af markaðsaðstæðum en einnig geta aðrir þættir komið til. Getur takmarkað aðgengi að framleiðsluþáttum haft töluverð áhrif, takmarkað aðgengi að mikilvægri aðstöðu til að mynda geta flugfélögum verið úthlutað fáum brottfarartímum og þá geta þeir einnig verið óhagkvæmir.²⁶³ Fjármálamarkaðir hafa einnig töluverð áhrif á möguleika aðila til að stækka við starfsemi sína. Gæti það komið til þar sem erfitt gæti verið að fá lánsfé eða að slíkt yrði mjög kostnaðarsamt. Þá geta lagalegar hindranir eða hindranir sem stafa af gjaldtöku eða skipulagi sveitarfélaga og ríkis haft mikil áhrif.

Á mörkuðum þar sem smá fyrirtæki eru fyrir hendi geta aðgerðir sem draga úr hindrunum á stækkun, haft mikil áhrif. Er þá hægt að efla samkeppni á skömmum tíma þar sem smærri fyrirtæki gætu veitt stærri aðilum á markaði meira samkeppnislegt aðhald með því að stækka við starfsemi sína. Er því æskilegt að hafa hindranir við stækkun í huga við áætlanir við að víkja úr vegi aðgangshindrunum og jafnvel ætti að gera slíkar aðgerðir að forgangsverkefni.²⁶⁴

4.5 Aðgangshindranir á Íslandi

Af ofangreindri umfjöllun má draga þá ályktun að aðgangshindranir geta haft mjög skaðlega áhrif á samkeppni. Áhersla á afnám aðgangshindrana hefur fengið talsverðan hljómgrunn frá Samkeppniseftirlitinu frá hrúni fjármálamarkaða árið 2008. Sama ár gaf Samkeppniseftirlitið úr skýrslu sem bar heitið *Öflug uppbygging opnun markaða og efling atvinnustarfsemi*, þar sem sérstaklega var litið til aðgangshindrana á lykilmörkuðum á Íslandi.²⁶⁵ Var sett fram í niðurstöðum skýrslunnar að afleiðingar efnahagshrunsins væru talsverðar fyrir samkeppni þar sem mörg fyrirtæki stæðu höllum fæti, hætta væri á að fyrirtækjum á mikilvægum mörkuðum fækkaði enn frekar og að fákeppni gæti farið vaxandi.²⁶⁶ Aukin samþjöppun á mörkuðum hefur neikvæð samkeppnisleg áhrif í för með sér, eitt þeirra atriða sem aukin samþjöppun hefur í för

²⁶² sama heimild bls. 37.

²⁶³ *Erindi wow air ehf. vegna úthlutunar Isavia ohf. á afgreiðslutímum á Keflavíkurflugvelli*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 1. nóvember 2013 nr. 25/2013 bls. 122-123.

²⁶⁴ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 37.

²⁶⁵ sama heimild.

²⁶⁶ sama heimild bls. 5.

með sér er aukin hættu á þegjandi samráði milli þeirra sem starfa á markaðnum. Þegar mikil samþjöppun er á markaði getur samkeppniseinkenni markaðarins verið fákeppni en á slíkum mörkuðum er hagsmunum fyrirtækja á markaði ekki best gætt með mikilli samkeppni. Er þá frekar hvati fyrir fyrirtæki að viðhalda ákveðinni verðstefnu þrátt fyrir að rými sé til verðlækanna sbr. umfjöllun í kafla 4.2.3. Geta aðgangshindranir haft talsverð áhrif á samkeppnishegðun fyrirtækja á fákeppnismörkuðum. Þegar innkoma nýrra aðila er hindranalaus og því líkleg, verður erfiðara fyrir fyrirtæki sem eru þar fyrir að haga verðlagi sínu með því móti að það gefi nýjum aðila tækifæri til að koma inn á markaðinn sbr. umfjöllun í kafla 4.2.5. Þegjandi samráð milli aðila getur haft mikil efnahagsleg áhrif í för með sér og er sérstaklega hættuleg í litlum samfélögum þar sem þjóðfélagið einkennist af nálægð og persónulegum kunningskap. Aukast þá líkur þess að stjórnendur fyrirtækja takist að stilla saman strengi hvort sem það á við um þegjandi samkomulag eða beinu samráði. Af því leiðir að samráð sem stofnað er til hér á landi verður árangursríkara en samráð í stærri samfélögum.²⁶⁷

Markaðir eru ekki óháðir hvor öðrum og eins og komið hefur fram að ofan þá hafa fjármálamarkaðir talsverð áhrif á möguleika nýrra aðila að komast inn á markað, eða fyrir smærri aðila að stækka. Þegar skortir á samkeppni á fjármálamörkuðum getur það leitt til hærri vaxtarkostnaðar hjá viðskiptavinum fjármálastofnana sem dregur úr samkeppnishæfni hagkerfisins.²⁶⁸ Þegar mikil samkeppni ríkir á markaði þá leiðir það til aukins neytendaábata þar sem fyrirtæki kappkosta við að bjóða betri kjör til kaupenda. Mikilvægast er að létta á aðgangshindrunum á íslenskum mörkuðum og er vert að líta til þeirra atriða sem gæti gert það að verkum að markaðir verði opnari hér á landi.

4.5.1 Möguleg úrræði gagnvart aðgangshindrunum

Auðveld innkoma og brotthvarf af markaði eykur samkeppnisaðhald með fyrirtækjum sem eru þar með starfsemi. Rannsóknir hafa leitt það í ljós að ný innkoma og brottfall óskilvirkra aðila af markaðnum leiðir af sér 10% - 40% af heildarframleiðni á mörkuðum, en að hversu miklu marki áhrifanna gætir er breytilegt eftir löndum og framleiðslugreinum.²⁶⁹ Ríkir hagsmunir standa því að baki að takmarka aðgangshindranir og stuðla að opnun markaða.²⁷⁰ Sumar aðgangshindranir eru óhjákvæmilegar þar sem efnahagsleg gerð markaða getur borið með sér

²⁶⁷ sama heimild bls. 22-23.

²⁶⁸ Samkeppniseftirlitið, „Fjármálaþjónusta á krossgötum“ (n. 213) bls. 6.

²⁶⁹ Nordic competition authorities, „Skýrsla norræna samkeppnisyrvalda nr. 1/2013A vision for competition, competition policy towards 2020“ (Nordic competition authorities) <http://www.samkeppni.is/media/skyrslur-2013/Nordic_report___A_Vision_For_Competition_2013-22-Feb-webb.pdf> skoðað 3. mars 2018 bls. 26.

²⁷⁰ Samkeppniseftirlitið, „Samkeppni eftir hrun“ (Samkeppniseftirlitið júní 2011) 2/2011 bls. 97 <http://www.samkeppni.is/media/skyrslur-2011/Samkeppnin_eftir_hrun.pdf> skoðað 15. febrúar 2018.

aðgangshindranir, þá getur regluvæðing og ákvarðanir hins opinbera verið nauðsynlegar þrátt fyrir að mynda aðgangshindranir. Einnig geta komið til aðgangshindranir vegna háttsemi fyrirtækja sem er æskileg. Mikilvægt er að minnka slíkar hindranir eins og kostur er til að stuðla að frekari samkeppni á mörkuðum.²⁷¹ Skipta má mögulegum úrræðum gagnvart aðgangshindrunum í þrjá flokka. Í fyrsta lagi geta stjórnvöld beitt sér til að riðja úr vegi hindrunum á mörkuðum. Í öðru lagi geta fyrirtæki breytt háttsemi sinni af eigin frumkvæði. Í þriðja lagi getur Samkeppniseftirlitið beitt sér til að takmarka aðgangshindranir og hefur til þess ákveðnar lagaheimildir.²⁷²

4.5.2 Aðgerðir opinberra aðila gagnvart aðgangshindrunum

Eins og komið hefur fram að ofan geta opinberar aðgangshindranir verið miklar á mörkuðum og geta komið til vegna lagasetningar, gjaldtöku, mismunun í skipulagsmálum og öðrum ákvörðunum opinberra aðila.²⁷³ Því er mikilvægt að hugað sé að samkeppnismálum bæði við lagasetningu og ákvarðanatöku. Í áðurnefndri skýrslu Samkeppniseftirlitsins frá 2008 eru settar fram tillögur sem geta haft í för með sér að hugað verði betur að samkeppnissjónarmiðum í aðgerðum hins opinbera. Er í því skyni sérstaklega bent á að sveitarfélögum hefur ekki verið gert að líta sérstaklega til samkeppnissjónarmiða við ákvarðanatöku ásamt því að betur megi gera við að líta til þeirra sjónarmiða við lagasetningu.²⁷⁴

4.5.2.1 Tillögur Samkeppniseftirlitsins vegna skipulagsmála opinberra aðila

Ákvarðanir hins opinbera í skipulagsmálum geta skipt höfuðmáli þegar litið er til samkeppnissjónarmiða ekki síst varðandi aðgangshindranir. Í því samhengi er mikilvægt að skipulagsyfirvöld líti til langtímaáhrifa sem skipulagáætlanir hafa í för með sér við gerð aðalskipulags. Mikilvægt er að framkvæmt sé samkeppnismat við gerð deiliskipulags og við úthlutun lóða til að meta áhrif þeirra ráðstafana á núverandi og mögulega samkeppni á helstu vöru – og þjónustumörkuðum.²⁷⁵ Gæti sú ráðstöfun verið sett í lög en af því myndi leiða að sveitarfélög þyrftu að framkvæma samkeppnismat, og taka tillit til þess, þegar atvinnusvæði eru skipulögð. Með því móti gætu sveitarfélög ákvarðað hvort og þá hvaða kvaðir hægt væri að setja á lóðir með það fyrir augum að auka samkeppni á svæðinu. Gætu þær kvaðir verið um hvernig rekstur skuli fara fram á ákveðnum reit og á hvaða tíma sú starfsemi skal vera hafin.

²⁷¹ sama heimild.

²⁷² Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 38.

²⁷³ sama heimild bls. 30.

²⁷⁴ sama heimild bls. 30-31.

²⁷⁵ sama heimild bls. 40.

Samkeppnismatið myndi einnig hafa í för með sér að sveitarfélögum bæri að horfa til innkomu nýrra aðila sem og minni fyrirtækja við ákvarðanartöku í skipulagsmálum.²⁷⁶

Útboð er hentugasti kosturinn við úthlutun lóða þar sem hægt væri að auðvelda innkomu nýrra aðila á markaðinn með því að auglýsa útboðið þar sem aðilar sem ekki starfa á tilteknum markaði geti haft forgang til ákveðinna lóðarréttinda. Einnig er mikilvægt að þegar lóðir ganga kaupum og sölum að sveitarfélög setji kvaðir á lóðarréttindin þar sem sala þarf að vera samþykkt af þeirra hálfu. Gætu sveitafélög komið í veg fyrir að framsal lóðarréttinda leiði til þess að samkeppnisjónarmiðum við úthlutun lóðar verði vikið til hliðar.²⁷⁷ Einnig leiðir samkeppnismat til þess að sveitarfélög setji minni eða jafnvel engar samkeppnislegar kvaðir á lóðir og var það mat Samkeppniseftirlitsins að allar slíkar kvaðir skyldu felldar úr gildi.²⁷⁸

Samkeppnismat getur einnig verið öflugt tæki fyrir þá aðila sem starfa við frumvarpsgerð og reglusetningu stjórnvalda. Geta til að mynda reglur um eftirlit haft talsverðar aðgangshindranir í för með sér þar sem erfitt getur reynst fyrir nýja aðila að standa straum af slíkum kostnaði með sambærilegum hætti og þeir sem starfað hafa á markaðnum til lengri tíma.²⁷⁹ Getur það leitt í ljós hvaða samkeppnislegu afleiðingar tiltekin laga eða reglusetning hefur í för með sér. Með því móti geta stjórnvöld hugað betur að hindrunum á markaði í aðgerðum sínum og mótað sér stefnu sem yrði framfylgt þar sem eitt af markmiðum væri að efla samkeppni á mörkuðum.²⁸⁰ Þá geta skattar og gjöld verið íþyngjandi fyrir nýja aðila á markaði og hefur Samkeppniseftirlitið haft uppi athugasemdir til að mynda við áhrif sem fjársýsluskattur hefur á möguleika nýrra aðila til að koma inn á fjármálamarkað.²⁸¹

Samkeppniseftirlitið hefur gagnrýnt yfirvöld á Íslandi fyrir að huga ekki nægjanlega að áhrifum aðgerða eða regluvæðingar á samkeppni. Í Skýrslu Samkeppniseftirlitsins, *Samkeppni eftir hrun* frá 2011 kom meðal annars fram að það sé áberandi hvað stjórnvöld eru sinnulaus á ýmsum sviðum þegar kemur að því að örva markaði og efla samkeppni. Hafði Samkeppniseftirlitið beint 30 tilmælum til stjórnvalda í skýrslu sinni, Öflug uppbygging opnun markaða frá 2008, en aðeins um 15% þeirra hafði verið sinnt árið 2011.²⁸²

²⁷⁶ sama heimild bls. 41.

²⁷⁷ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 47-48.

²⁷⁸ sama heimild bls. 48.

²⁷⁹ Samkeppniseftirlitið, „Fjármálaþjónusta á krossgötum“ (n. 213) bls. 45.

²⁸⁰ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 54-55.

²⁸¹ Samkeppniseftirlitið, „Fjármálaþjónusta á krossgötum“ (n. 213) bls. 45.

²⁸² Samkeppniseftirlitið, „Samkeppni eftir hrun“ (n. 270) bls. 14-15.

4.5.2.2 Nánar um samkeppnismat

Eins og kemur fram að ofan þá getur samkeppnismat verið öflugt tæki til að meta samkeppnisleg áhrif aðgerða og reglusetninga opinberra aðila. Lög, reglugerðir og inngríp hins opinbera geta raskað samkeppni á mörkuðum.²⁸³ Með samkeppnismati eru samkeppnisleg áhrif, sem til að mynda lagasetning eða úthlutun lóða hefur í för með sér, metin og hægt að lagfæra orðalag eða stefnu reglugerðar með því móti að hún skaðar ekki samkeppni á markaði en nær samt fram tilætluðum markmiðum sem er grundvöllur hennar. Talsverðir hagsmunir eru fólgnir í að aðgerðir hins opinbera skaði ekki samkeppni umfram það sem nauðsynlegt er til að aðgerðin hafi tilskilin áhrif.²⁸⁴

OECD gaf út leiðbeiningar²⁸⁵ um samkeppnismat árið 2015 þar sem fjallað var ítarlega um samkeppnismatið og þau sjónarmið sem hafa hvað mest áhrif. Samkeppnismat er í sinni einföldustu mynd skipt upp í fjóra liði, fyrst þarf að greina röskun á samkeppni, því næst þarf að þróa önnur úrræði sem hafa sambærileg áhrif, þegar því er lokið eru þeir möguleikar teknir til skoðunar og bornir saman og að lokum er einum eða fleiri möguleikum gefin meðmæli.²⁸⁶ Þeir aðilar sem framkvæma matið þurfa að vera vel að sér varðandi samkeppnisréttarleg- og hagfræðileg atriði sem koma til skoðunar en einnig þurfa þeir aðilar að hafa góðan skilning á markmiðum í stefnu stjórnvalda. Starfsfólk samkeppnisyfirvalda væri því vel til þess fallið að framkvæma samkeppnismatið.²⁸⁷ Samkeppnismat á við í ýmsum aðstæðum þar sem opinber stefna eða opinber inngríp eiga sér stað. Fyrst ber að nefna laga- og reglusetningu en þegar ný regla er í móttun er það hluti af því ferli að greina samkeppnisleg áhrif, sem reglan hefur í för með sér. Í öðru lagi þegar markaður virðist ekki virka sem skyldi og þar sem samkeppnisáhrifum er ábótavant geta markaðsrannsóknir leitt í ljós með hvaða hætti hægt væri að efla samkeppni á markaðnum.²⁸⁸ Í þriðja lagi þarf að uppfæra samkeppnismat með reglubundnum hætti,²⁸⁹ gæti það verið gert með því að líta til ákveðinnar starfsemi eða greina

²⁸³ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 30.

²⁸⁴ *Erindi wow air ehf. vegna úthlutunar Isavia ohf. á afgreiðslutímum á Keflavíkurflugvelli*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 1. nóvember 2013 nr. 25/2013.

²⁸⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development, „Leiðbeiningar OECD, frá júní 2015, Competition Assessment Toolkit Volume III: Operational Manual, version 3.0“ (Organisation for Economic Co-operation and Development júní 2015)

<http://www.oecd.org/daf/competition/COMP_Toolkit_Vol.3_ENG_2015.pdf> skoðað 25. apríl 2018.

²⁸⁶ sama heimild bls. 11.

²⁸⁷ sama heimild bls. 12.

²⁸⁸ sama heimild bls. 15.

²⁸⁹ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 50.

og meta reglusetningu og önnur áhrif opinberra aðgerða á greinina og í framhaldi hvort hægt er að bæta úr því.²⁹⁰

Í skýrslu Samkeppniseftirlitsins *Öflug uppbygging opnun markaða, efling atvinnulífs*, kemur fram að það sé mikilvægt að opinberum aðilum verði gert skylt að líta til samkeppnislegrasjónarmiða í aðgerðum sínum, ekki síst hvað varðar skipulagsmál.²⁹¹ Var sérstaklega talin þörf á slíku mati varðandi skipulagsmál og þá ekki síst við úthlutun lóða, en einnig var talið nauðsynlegt að líta til samkeppnissjónarmiða varðandi reglusetningu, stefnumörkun og eftirlit stjórnvalda^{292, 293} Atriði sem gefa tilefni til að greina samkeppnisleg áhrif reglusetningar eru: þegar reglusetningin hefur talsverð áhrif á atriði á markaði sem eru mikilvæg fyrir samkeppni á honum til að mynda nýsköpun eða þróun á hátæknimörkuðum. Reglusetning sem takmarkar möguleika eins eða fleiri fyrirtækja til að keppa á markaði þar sem takmörkuð samkeppni er fyrir er einnig til þess fallin að greina þurfi samkeppnisleg áhrif regluvæðinga og aðgerða opinberra aðila í tengslum við markaðinn. Þegar fyrirtæki á markaði, kaupendur eða aðrir aðilar sem hafa hagsmuni af telja reglusetninguna raska samkeppni. Að lokum þegar reglusetningin hefur áhrif á fyrirtæki á markaði sem er með ágenga markaðsstefnu og veitir mikið samkeppnislegt aðhald sem og á nýja aðila þ.e þegar hún myndar aðgangshindranir.²⁹⁴

Ekki er að finna í lögum ákvæði sem kveða á um skyldu opinberra aðila til að framkvæma og/eða hafa ríka hliðsjón af samkeppnismati í starfsemi sinni. Í 2. mgr. 20. gr. laga um opinber innkaup nr. 120/2016, má þó sjá tilfelli þar sem samkeppnismat kemur til sögunnar. Kemur þar meðal annars fram að Samkeppniseftirlitinu skuli tilkynnt um fyrirhuguð innkaup ásamt rökstuðningi fyrir beitingu heimildar skv. 1. mgr ákvæðisins. Með rökstuðningnum skal fylgja samkeppnismat í samræmi við leiðbeiningar Ríkiskaupa. Samkeppniseftirlitið skal veita álit sitt á matinu og taka þar með afstöðu til þess hvort útboðið sé til þess fallið að raska samkeppni á innlendum markaði. Álitid hefur ekki áhrif á útboðsferlið og kaupandi getur lokið útboði óháð niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins sbr. 2. mgr. 20. gr. laganna, en þar kemur fram að álitid hefur ekki áhrif á útboðsferlið, kaupandi getur alltaf lokið útboðinu óháð niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins. Samkeppnismatið hefur því ekki úrslitaráhrif og mætti gefa álit Samkeppniseftirlitsins um innkaupin og einnig um samkeppnismatið meira vægi. Má vel greina

²⁹⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development (n. 285) bls. 15.

²⁹¹ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 46.

²⁹² Í áframbaldandi umfjöllun verða þessi atriði ásamt skipulagsstefnu stjórnvalda kallað reglusetning.

²⁹³ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 49.

²⁹⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (n. 285) bls. 54.

álit Samkeppniseftirlitsins, að brýnt sé að opinberum aðilum og þá helst sveitarfélögum verði gert að framkvæma og styðjast við samkeppnismat við skipulagsmál og ekki síst varðandi úthlutun lóða.²⁹⁵ Ekki er að sjá að farið hafi verið að þeim ábendingum sem Samkeppniseftirlitið hefur lagt, til enda er hvergi nefnt til sögunnar samkeppnismat í Skipulagslögum nr. 123/2010.

4.5.3 Aðgerðir sem fyrirtæki geta viðhaft til að koma í veg fyrir aðgangshindranir.

Helst væri hægt að gera kröfu á fyrirtæki að viðhafa ekki háttsemi sem mynda aðgangshindranir. Það er oftast en ekki markmið fyrirtækja að hagnast en því meiri hagnaður því betra. Hagsmunum fyrirtækja er því ekki best borgið ef þau haga aðgerðum sínum með það fyrir augum að ryðja úr vegi aðgangshindrunum. Þær kröfur sem hægt er að gera gagnvart fyrirtækjum er einfaldlega að fara að lögum, frekari kröfur myndu ef til vill ekki samrýmast hagnaðar markmiðum fyrirtækisins.

4.5.4 Valdheimildir Samkeppniseftirlitsins

Hlutverk Samkeppniseftirlitsins er fyrst og fremst að framfylgja boðum og bönnum Samkeppnislaga og ákveða aðgerðir gegn samkeppnishamlandi aðgerðum opinberra aðila og fyrirtækja sbr. a-, b- og c- liður 1. mgr. 8. gr. Samkeppnislaga, og stuðla að virkri samkeppni. Hefur stofnunin til þess ákveðnar valdaheimildir. Getu þær verið notaðar til að ná fram ýmsum markmiðum eða aðstæðum ásamt auðvitað að refsa fyrir brot. Umræddar valdaheimildir geta verið notaðar til að minnka eða koma í veg fyrir aðgangshindranir á mörkuðum og verður nú litið til þeirra valdeimilda.

4.5.4.1 Valdheimildir gagnvart opinberum aðilum

Hlutverk Samkeppniseftirlitsins er meðal annars eins og áður segir að framfylgja boðum og bönnum samkeppnislaga sbr. a- liður 1. mgr. 8. gr. laganna. Samkvæmt c. lið sömu greinar ber stofnuninni einnig að gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni og að benda stjórnvöldum á leiðir til að gera samkeppni virkari og auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að mörkuðum. Getur Samkeppniseftirlitið því brugðist við athöfnum opinberra aðila, að því marki sem þær hafa skaðleg áhrif á samkeppni ef sérlög segja ekki til um heimild eða skyldu til að viðhafa þær athafnir sbr. b- liður 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Í 2. mgr. 16. gr. kemur síðan fram að íhlutun skv. 1. mgr. getur falið í sér þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að efla samkeppni eða bregðast við athöfnum opinberra aðila.²⁹⁶ Ofangreind valdaheimild er mjög víðtæk og matskennd en skv. henni getur Samkeppniseftirlitið

²⁹⁵ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45).

²⁹⁶ *Erindi wow air ehf. vegna úthlutunar Isavia ohf. á afgreiðslutímum á Keflavíkurflugvelli*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 1. nóvember 2013 nr. 25/2013.

brugðist við aðgerðum opinberra aðila, sem ekki eru brot á lögum, en hafa samkeppnishamlandi áhrif. Í a-lið 1. mgr. 16. gr. er heimild til viðbragða við samningum, skilmálum og hvers konar athöfnum sem brjóta í bága við bannákvæði Samkeppnislaga, sátta eða ákvarðana sem teknar hafa verið samkvæmt lögnum. Með stoð í ofangreindum ákvæðum getur Samkeppniseftirlitið beitt sér til að koma í veg fyrir aðgangshindranir og haft áhrif á þróun samkeppni á mörkuðum.²⁹⁷

Samrekstur starfsemi sem er rekin undir skjóli einkaleyfis og starfsemi sem er rekin á almennum markaði getur haft talsverð samkeppnishamlandi áhrif í för með sér og myndað aðgangshindrun á markaði. Geta aðilar sem fara með slíkan rekstur notað einkaleyfisskyldu starfsemina til að greiða niður starfsemi sem er rekin á almennum samkeppnismarkaði. Hefur Samkeppniseftirlitið heimild til að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað þegar fyrirtæki er rekið að hluta í skjóli einkaleyfis og/eða er opinbert fyrirtæki sbr. 14. gr. Samkeppnislaga.²⁹⁸ Einnig getur Samkeppniseftirlitið beint tilmælum til stjórnvalda, með stoð í c-lið 8. gr. sömu laga. Með því móti er sjónarmiðum komið á framfæri og bent á leiðir til að gera samkeppni virka og auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að mörkuðum. Telji Samkeppniseftirlitið ákvæði laga og stjórnvaldsfyrirmæla stríða gegn markmiðum samkeppnislaga og torveldi frjálsri samkeppni í viðskiptum skal eftirlitið vekja athygli ráðherra á því álit sínu sbr. 18. gr. Samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitinu ber einnig að birta það álit sitt almenningi með fullnægjandi hætti sbr. sömu lagagrein. Samkeppniseftirlitið hefur einnig það hlutverk að rita umsagnir um lagafrumvörp og berast þeim tugir slíkra umsagnarbeiðna á hverju ári. Tekur stofnunin slíkar beiðnar til skoðunar og metur í hverju tilviki hvort tilefni sé til að senda inn umsögn. Getur eftirlitið bent á mögulega samkeppnishamlandi áhrif sem lagafrumvarp ber með sér en helstu umsagnir eru birtar á heimasíðu stofnunarinnar.²⁹⁹

4.5.4.2 Valdheimildir gagnvart fyrirtækjum

Samkeppniseftirlitið hefur einnig valdheimildir gagnvart fyrirtækjum sem geta verið notaðar til að minnka eða fjarlægja aðgangshindranir af markaði. Í b-lið 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga er heimild til að ákveða aðgerðir gegn samkeppnishamlandi hegðun fyrirtækja, en á a-liðurinn við um fyrirtæki með sama hætti og fjallað er um að ofan. Þegar fyrirtæki brjóta á bannákvæðum laganna er heimild í 2. mgr. 16. gr. til að grípa til hverra aðgerða til að efla samkeppni, stöðva

²⁹⁷ sama heimild bls. 119.

²⁹⁸ *Erindi Póstdreifingar ehf. um meinta misnotkun Póss- og símamálastofnunar á markaðsráðandi stöðu sinni*, Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 20. desember 1996 nr. 42/1996 bls. 33 póss- og símamálastofnun var gert að aðskilja einkaleyfisskylda starfsemi frá starfsemi á opnum markaði með stoð í þá 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga.

²⁹⁹ „Heimasíða Samkeppniseftirlistins“ <<http://www.samkeppni.is/>> skoðað 9. apríl 2018.

brot eða bregðast við störfum opinberra aðila. Getur Samkeppniseftirlitið til að mynda kveðið á um aðskilnað milli rekstrareininga innan fyrirtækis.³⁰⁰ Í 16. gr. laganna er svo að finna tvær heimildir sem stofnunin getur notað til að grípa til aðgerða samkvæmt 2. mgr. sömu greinar.³⁰¹ Samkeppniseftirlitið getur gripið til aðgerða samkvæmt 2. mgr. 16. gr. gegn samningum, skilmálum og hvers konar athöfnum sem brjóta í bága við bannákvæði laganna, sáttir eða ákvarðanir sem teknar hafa verið með stoð í lögnum sbr. a-liður 1. mgr. 16. gr. Samkeppnislaga.

Í c-lið 16. gr. Samkeppnislaga er að finna mjög víðtæka heimild til íhlutunar, þar sem Samkeppniseftirlitið getur beitt heimildum sem felast í 2. mgr. sömu lagagreinar, með stoð í c-lið 1. mgr., hljóðar hún svo:

aðstæður eða háttsemi sem kemur í veg fyrir, takmarkar eða hefur skaðleg áhrif á samkeppni almennings til tjóns. Með aðstæðum er m.a. átt við atriði sem tengjast eiginleikum viðkomandi markaðar, þ.m.t. skipulagi eða uppbyggingu fyrirtækja sem á honum starfa. Með háttsemi er átt við hvers konar atferli þ.m.t. athafnarleysi, sem á einhvern hátt hefur skaðleg áhrif á samkeppni á markaði þrátt fyrir að ekki sé brotið gegn bannákvæðum laganna.

Er því um mjög víðtæka heimild að ræða en á þeim tíma sem ákvæðið kom til sögunnar hafði ESB ekki sambærilega heimild í sínum reglum. Var samt sem áður til staðar svipuð heimild í Bretlandi, Frakklandi og Þýskalandi svo dæmi séu tekin.³⁰² Með lögum nr. 14/2011, sem var breyting á samkeppnislögum, var c-liður 16. gr. laganna tekin inn. Þótti á þeim tíma rík ástæða til að veita Samkeppniseftirlitinu svo víðtæka heimild þar sem samkeppnishömlur geta í vissum tilvikum verið vegna annarra atriða en samruna eða brota fyrirtækja á bannreglum Samkeppnislaga.³⁰³ Var nefnt í frumvarpi að samhæfing á fákeppnismörkuðum væri auðveld og mjög skaðleg þrátt fyrir að fyrirtæki brjóti ekki á bannreglum laganna með slíku athæfi. Einnig var nefnt í dæmaskyni að fyrirtæki sem er í slíkri yfirburðarstöðu á markaði að tilvist þess í óbreyttu formi geti útilokað eða takmarkað að verulegu leyti samkeppni. Einnig þótti sérstök ástæða að innleiða svo víðtæka heimild á Íslandi þar sem landfræðileg einangrun landsins, fámenni og tilhneiging til myndunar fákeppnismarkaða fela í sér sterk rök fyrir því að hér á landi gildi mjög öflug samkeppnislög.³⁰⁴

³⁰⁰ Brot Mjólkursamsölunar ehf. á samkeppnislögum, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 7. júlí 2016 nr. 19/2016 bls. 233-234.

³⁰¹ Alþt. 2010-2011, A-deild 705-144.

³⁰² sama heimild.

³⁰³ sama heimild.

³⁰⁴ sama heimild.

Talið að enn brýnna að verja eða efla samkeppni í efnahagskreppum, þar sem slíkt stuðlar að hraðari endurreisn í atvinnulífinu sem er almenning til hagsbóta.³⁰⁵ Með því að bæta við c-lið 1. mgr 16. gr. laganna var einnig orðin til heimild til að aðhafast ef eftirfylgni með þróun á samkeppnis og viðskiptaháttum einstakra markaða í íslensku atvinnulífi gæfi tilefni til. En í d-lið 8. gr. laganna er kveðið á um það eftirlitshlutverk Samkeppniseftirlitsins með mörkuðum. Áður en c-lið 16. gr. var bætt við hafði Samkeppniseftirlitið ekki heimild til að aðhafast ef eftirlits tilgangi stofnunarinnar samkvæmt d-lið 8. gr. leiddi í ljós að ástæða væri til aðgerða. Meðal aðgerða sem felst í tilgangi ákvæðisins þ.e að sporna við samkeppnishömlum sem koma til af öðru ástæðum en brota á bannreglum, geta verið að skipta upp markaðsráðandi fyrirtæki ef fullnægjand rök standa fyrir því þ.e að staða þess feli í sér alvarlega röskun á samkeppni. Verður þá Samkeppniseftirlitið að skilgreina viðkomandi markað og leiða í ljós með skýrum hætti þær samkeppnishömlur sem um er að ræða.³⁰⁶ Þær breytingar á skipulagi fyrirtækis eru ekki óeðlileg afskipti af eignarréttindum heldur er um að ræða nauðsynlegar aðgerðir til að vernda mikilvæga almannahagsmuni. Í frumvarpinu segir einnig: „Ekkert fyrirtæki getur átt réttmæta kröfu til þess að vera til frambúðar í yfirburðarstöðu sem hindrar með alvarlegum hætti virka samkeppni.“³⁰⁷ Þessi staðhæfing er athyglisverð þar sem meginregla er að markaðsráðandi staða felur ekki í sér ástæðu til afskipta nema að fyrirtæki misnoti þá stöðu sína eða varðandi mat á lögmæti samruna. Má því greina að með stoð í c-lið 16. gr. er komin heimild til að íhlutast vegna stöðu fyrirtækja á markaði án þess að fyrirtækið hafi gert nokkuð ólögmætt eða vafasamt til að koma sér í sterka stöðu. Er því yfirburðarstaða á markaði orðin ástæða til frekari skoðunar og þá hvort sú staða hindri með alvarlegum hætti virka samkeppni. Samt sem áður verður ekki gripið til slíkra aðgerða nema í undantekningartilvikum og að ekki sé fyrir hendi árangursríkara úrræði til aukinnar samkeppni eða þar sem jafn árangursríkt úrræði til breytingar á atferli væri meira íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi aðila sbr. 2. mgr. 16 gr. samkeppnislaga.

Að lokum hefur Samkeppniseftirlitið heimild til að ógilda samruna ef hann hindrar virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist eða verði til þess að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga.³⁰⁸ Getur Samkeppniseftirlitið þá einnig sett samruna skilyrði og/eða samþykkt þau skilyrði sem samrunaaðilar leggja til eða ógilt samrunann.³⁰⁹ Einnig er heimild til að mæla fyrir um að eignir

³⁰⁵ sama heimild.

³⁰⁶ sama heimild.

³⁰⁷ sama heimild í athugasemdum við 2. gr. frumvarpsins.

³⁰⁸ *Samruni Fjarsskipta hf. og 365 miðla hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. desember 2017 nr. 42/2017.

³⁰⁹ sama heimild bls. 189-190.

eða fyrirtæki sem hafa verið sameinuð, verði aðskilin með sérstakri ákvörðun sem er þó gerð samhliða ákvörðun á grundvelli 17. gr. c., sbr. 17. gr. e. samkeppnislaga.

4.6 Þróun aðgangshindrana á fjármálamarkaði

Eins og komið hefur fram getur samkeppni á fjármálamörkuðum haft talsverð áhrif á aðra markaði og efnahagskerfið í heild. Fjármálastarfsemi örvar viðskipti sem leiðir til lægri viðskiptakostnaðar til hagsældar fyrir þjóðfélagið. Það því grundvallaratriði að virk samkeppni sé á fjármálamarkaði og að markaðurinn sé eins skilvirkur og kostur er.³¹⁰ Ef samkeppni á fjármálamörkuðum er lítil og erfitt fyrir nýja aðila að komast inn á markaðinn getur það leitt til þess að lánskjör verða slæm fyrir viðskiptavinum bankana og erfiðara fyrir minni aðila að koma á fót rekstri. Árið 2008 hrundu fjármálamarkaðir sem leiddi til efnahagshruns þar sem mörg fyrirtæki áttu erfitt uppdráttar og nokkur samþjöppun varð á mörgum mörkuðum. Í kjölfar hrunsins gaf Samkeppniseftirlitið út skýrslu þar sem lögð var áhersla á opnun markaða til að efla samkeppni í því skyni að endurreisa efnahagslífið og stuðla að nýsköpun.³¹¹ Í skýrslunni frá árinu 2008 var fjallað um aðgangshindranir á lykilmörkuðum, en einn af þeim er fjármálamarkaður. Verður nú litið til þess hvaða hindranir Samkeppniseftirlitið hefur horft til, hvaða lausnir hafa verið lagðar til og hvernig hefur gengið að fjarlægja aðgangshindranir af þessum lykilmarkaði í kjölfarið.

4.6.1 Aðgangshindranir á fjármálamarkaði í kjölfar efnahagshrunsins

Árið 2008 voru afleiðingar efnahagshruns að gera vart við sig, íslenska ríkið var lang stærsti hluthafi í þrem stærstu viðskiptabönkum þá Kaupþing, Glitni og Landsbankanum, ásamt því að vera stærsti eigandi greiðslumiðlunar- og greiðsluþjónunarkerfa. Hafði Samkeppniseftirlitið lagt til tíu meginreglur sem bönkunum var ætlað að fara eftir til að ákvaðanartaka væri í takt við samkeppnisleg sjónarmið með það fyrir augum að efla samkeppni.³¹² Hafði Samkeppniseftirlitið komist að þeirri niðurstöðu, fyrir útgáfu skýrslu um opnun markaða, að aðgengi að íslenskum viðskiptabankamarkaði væri verulega takmarkað og að þrír ofangreindir viðskiptabankar væru í markaðsráðandi stöðu.³¹³

³¹⁰ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 58.

³¹¹ sama heimild bls. 5-6.

³¹² Samkeppniseftirlitið, „Álit Samkeppniseftirlitsins, Ákvarðanir banka og stjórnvalda um framtíð fyrirtækja á samkeppnismörkuðum.“ (Samkeppniseftirlitið 12. nóvember 2008) 3/2008

<[http://www.samkeppni.is/media/alit-](http://www.samkeppni.is/media/alit-2008/alit3_2008_akvardanir_banka_og_stjornvalda_um_framtid_fyrirtaekja.pdf)

2008/alit3_2008_akvardanir_banka_og_stjornvalda_um_framtid_fyrirtaekja.pdf> skoðað 25. mars 2018.

³¹³ *Samruni Kaupþings banka hf. og Sparisjóðs Reykjavíkur og nágrennis hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. september í máli nr. 50/2008.

Samkeppniseftirlitið vakti athygli á nokkrum hindrunum í skýrslu frá árinu 2008. Samkeppniseftirlitið taldi mikilvægt að nýjir aðilar hefðu aðgengi að mikilvægum færslu- og uppgjörskerfa íslenskra viðskiptabanka, en þau kerfi voru í eigu íslenska ríkisins sem var stærsti hluthafinn í bönkunum. Aðgengi að þeim kerfum var talið nauðsynlegt fyrir nýja aðila á viðskiptabankamarkaði sem og aðgengi að kerfum sem voru á forræði Fjölgreiðslumiðlunar. Hafði aðgengi að slíkum kerfum ekki verið eins auðvelt og æskilegt væri sem gat skaðað neytendur þar sem val þeirra var takmarkað. Taldi Samkeppniseftirlitið að huga þyrfti að verðlagi sem beint væri að nýjum aðilum sem vildu fá aðgengi. Verðlag þyrfti að vera stillt í hóf og hafa bæri í huga að umrædd kerfi hafi verið byggð upp að mestu þegar eigendur þeirra voru í vernduðu rekstrarumhverfi. Einnig var vakin athygli á að huga skildi að því að skilyrði fyrir aðgenginu væru ekki ómálefnanleg.³¹⁴

Þá var einnig talið að skiptikostnaður viðskiptavina væri of hár. Einnig var gerð athugasemd við skilmála í ákveðnum lánnum þar sem lántaka var gert að hafa öll sín viðskipti við lánveitanda þar með talið viðbótarlífeyrissparnað. Bæði felur það skilyrði í sér talsverðan viðskiptakostnað en einnig væri það sjáfstæð hindrun fyrir neytanda ef hann ætlaði að skipta um viðskiptabanka. Voru stimpilgjöld og uppgreiðslugjöld lána talin hafa talsverð áhrif á hreyfanleika viðskiptavina.

Í kjölfar hrunsins var ástæða til að auka eftirlit með fjármálastofnunum og tók Samkeppniseftirlitið undir það sjónarmið. Samt sem áður þyrfti að huga að því við reglusetningu að nýjum aðilum og smærri fyrirtækjum væru settar reglur sem miða að raunverulegri áhættu í starfsemi þeirra, þar sem þeim yrði ekki settar óþarfa skorður. Öflugt útibúa netstarfandi viðskiptabanka var talin aðgangshindrun þar sem nýjir aðilar þyrftu að koma sér upp sambærlegri aðstöðu til að geta haslað sér völl á markaðnum. Auk ofangreinds höfðu starfandi aðilar mikla stærðar og breiddarhagkvæmni, úrval stuðningsvara til að mynda þjónustuver og persónuleg samskipti sem voru talin neytendum mikilvæg. Voru því talsverðar aðgangshindranir á markaðnum árið 2008 og kom sérstaklega fram að hindranir á innkomu erlendra aðila væru einna mestar á Íslandi. Var talið að óstöðugleiki íslensku krónunnar hefði einnig áhrif á innkomu erlendra aðila á markaðinn.³¹⁵

Samkeppniseftirlitið lagði til hugmyndir til að minnka og jafnvel útrýma ýmsum aðgangshindrunum og taldi að aðstæður í þjóðfélaginu árið 2008 væru kjörnar til að takast á

³¹⁴ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (n. 45) bls. 61.

³¹⁵ sama heimild.

við það verkefni. Þau atriði sem lögð var megin áhersla á var að tryggja aðgang nýrra aðila að mikilvægum grunnkerfum líkt og Reiknistofu bankanna, tryggja þyrfti aðgengi að greiðslumiðlunar- og greiðslujöfnunarkerfum. Draga þyrfti úr samvinnuðu eignarhaldi banka á greiðslukortafyrirtækjum og aðskilja hlutverk bankana sem eigendur greiðslujöfnunar- og greiðslumiðlunarkerfum annars vegar og notendur hins vegar. Reglusetning varðandi eftirlit með smærri fyrirtækjum væri miðuð við raunverulega hættu sem stafar af rekstri þeirra svo þær myndi ekki frekari hindrun en nauðsynlegt er. Auðvelda þyrfti neytendum að kanna kjör sem standa í boðið hjá hverjum banka fyrir sig og minnka samvinnun í viðskiptum og þar með auðvelda neytendum að skipta um viðskiptabanka. Að lokum ætti að afnema stimpilgjöld og að endurskoða útfærslu á uppgreiðslugjaldi lána.

4.6.2 Þróun aðgangshindrana á fjármálamarkaði

Frá því að skýrsla Samkeppniseftirlitsins um opnun markaða kom út hafa orðið nokkrar hreyfingar á þeim aðgangshindrunum sem taldar voru upp í skýrslunni. Taldi Samkeppniseftirlitið aðstæður á þeim tíma vera kjörnar til að gera róttækar breytingar þar sem aukin samkeppni á fjármálamarkaði væri ákjósanlegur afrakstur þeirra breytinga. Í skýrslu Samkeppniseftirlitsins frá árinu 2013 *Fjármálamarkaðir á krossgötum* var meðal annars fjallað um aðgangshindranir á markaðnum.³¹⁶ Voru aðgangshindranir enn taldar vera miklar á fjármálamarkaði og tilgreindi helstu aðgangshindranir sem voru til staðar á þeim tíma. Skiptikostnaður var talinn of hár. Var enn talsverður skiptikostnaður falinn í stimpilgjöldum og uppgreiðslugjaldi lána sem einnig átti við árið 2008. Eftirlitskostnaður var mikill og einnig hafði verið lagt á fjársýsluskattur og því jafnvel enn frekari aðgangshindranir vegna opinberra gjalda en áður. Einnig var kostnaður vegna upplýsingartækni og þjónustu við viðskiptavinum mikill og talin mynda aðgangshindrun. Nokkur bæting hafði verið varðandi aðgengi að nauðsynlegum kerfum bæði þegar litið var til kerfa á vegum Reiknistofu bankanna sem og greiðslumiðlunarkerfis. Hafði eignarhald á greiðslumiðlunarkerfum breyst talsvert frá því árið 2008. Samkeppniseftirlitið hafði varið talsverðum tíma í mál tengd greiðslumiðlun með það að markmiði að draga úr aðgangshindrunum og auka samkeppni. Einnig skipti talsverðu máli að Reiknistofa bankanna og eigendur hennar gerðu sátt við Samkeppniseftirlitið árið 2012 um framtíðarstarfsemi fyrirtækisins. Þrátt fyrir framfarir varðandi þetta atriði var enn talið að miklar aðgangshindranir væru á fjármálamarkaði.³¹⁷

³¹⁶ Samkeppniseftirlitið, „Fjármálaþjónusta á krossgötum“ (n. 213).

³¹⁷ sama heimild bls. 44-45.

Nokkuð hefur þokast í rétta átt frá því árið 2013 en síðan þá hafa fallið ákvarðanir sem hafa greikkað og haft áhrif á frekari opnun fjármálamarkaða. Gerðu stóru viðskiptabankarnir sátt við Samkeppniseftirlitið þar sem skilmálar sáttarinnar voru meðal annars að uppgreiðslugjald lána yrði bannað, gagnvart einstaklingum og litlum fyrirtækjum á lánum sem bera breytilega vexti. Einnig skuldbundu bankarnir sig að því að setja ekki skilmála við yfirtöku lána að lántaki færi öll viðskipti sín til bankana. Einnig kvað sáttin um að bankarnir myndu vinna að því að auðvelda viðskiptavinum að færa viðskipti sín milli banka.³¹⁸ Þá kveða sáttir Samkeppniseftirlitsins við Valitor, Borgun, Landsbankann, Íslandsbanka og Arion banka á um ýmsar aðgerðir í því skyni að bæta samkeppnisumhverfi á greiðslukortamarkaði. Meðal þeirra aðgerða var lækkun milligjalda vegna notkunar greiðslukorta, bann við samræmingu viðskiptakjara og skilmála, aðgerðir til að tryggja viðskiptalegt jafnræði kortaútgefenda. Var fyrirtækjunum gert aðskilja að rekstur á færsluhirðingum og kortaútgáfu sem og að fyrirtækin skipuðu óháðan kunnáttumann til að fylgja því eftir að hugað væri að samkeppnisréttarlegum atriðum til framtíðar.³¹⁹

Ljóst er að nokkur árangur hefur náðst við að fækka aðgangshindrunum á fjármálamörkuðum frá útgáfu skýrslu um opnun markaða frá árinu 2008. Athygli vekur að Samkeppniseftirlitið hefur aðhafst talsvert í þessum efnum frá umræddri skýrslu og þrátt fyrir að eignarhald þriggja stærstu viðskiptabanka hafi verið á höndum ríkisins eftir hrun hafi lítið verið um sjálfstæðar aðgerðir sem stuðla að fækkun aðgangshindrana. Annað atriði sem er á forræði hins opinbera snýr að stimpilgjöldum en Samkeppniseftirlitið hefur ítrekað lagt til að stimpilgjöld yrðu afnumin til að grynna á aðgangshindrunum en ekki hafa verið miklar hreyfingar í þeim efnum.

³¹⁸ Aðgerðir til að efla samkeppni í almennri viðskiptabankaþjónustu við einstaklinga og lítil fyrirtæki -á grundvelli sáttar við Landsbankann-. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 12. júní 2017, nr. 22/2017 bls. 28-30 sjá einnig; Aðgerðir til að efla samkeppni í almennri viðskiptabankaþjónustu við einstaklinga og lítil fyrirtæki -Á grundvelli sáttar við Íslandsbanka- Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 4. júlí 2017 nr. 25/2017 sjá einnig ; Aðgerðir til að efla samkeppni í almennri viðskiptabankaþjónustu við einstaklinga og lítil fyrirtæki -Á grundvelli sáttar við Arion banka- Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 20. júní 2017 nr. 24/2017.

³¹⁹ Breyting á skipulagi og framkvæmd á greiðslukortamarkaði, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 30. apríl 2015, nr. 8/2015 bls. 36.

5. Aðgangshindranir í íslenskri réttarframkvæmd

Eins og komið hefur fram er mat á aðgangshindrunum gert til þess að leiða fram hvort markaður teljist opin eða lokaður. Mat á aðgangshindrunum getur skipt töluverðu máli sérstaklega hvað varðar stöðu fyrirtækja á markaði. Ýmsar upplýsingar og aðferðir eru notaðar til að leiða fram hvort aðgangshindranir séu til staðar á markaðnum og þykir ástæða til að líta til réttarframkvæmdar og reifa atriði sem koma þar til skoðunar.

Áhrif aðgangshindrana á mat á markaðsstyrk geta verið nokkrar en hvaða viðmið er talið eiga við svo þær geti haft áhrif. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *broti Símans með tilboði í 3G netlykil og áskrift*, kom fram að ef markaður er opin gæti það atriði leitt til að fyrirtæki með háa markaðshlutdeild væri ekki talið markaðsráðandi, en nánar verður fjallað um þetta síðar. Í því samhengi kom svo fram, að hins vegar er mikilvægt að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili geti hafið starfsemi heldur hversu líklegt er að nýr aðili komi inn á markaðinn sem hafi burði til að veita fyrirtæki það mikla samkeppni að dregið sé verulega úr markaðsstyrk þess.³²⁰ Viðmið hvort innkoma sé talin geta haft slík áhrif var fjallað nánar um, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Haga og Lyfju*, en þar kom fram „Í þessu sambandi skiptir mestu máli að taka til skoðunar líkt og áður sagði hvort mögulegt og líklegt sé að inn á markaðinn komi tímanlega nýr og burðugur keppinautur sem geti dregið verulega úr markaðsstyrk hins sameinaða fyrirtækis“³²¹. Af þessu má sjá að viðmið sem fjallað er um í kafla 4.2 um tímanlega, líklega og nægjanlega innkomu er stuðst við í íslenskri réttarframkvæmd.

Aðstæður á markaði geta gefið góða vísbendingu um hvort aðgangshindranir séu til staðar að teljanlegu leyti. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Haga og Lyfju*, var fjallað um innkomu Costco á markaðinn. Var þá litið til hvernig innkoma hefði gengið, hvort Costco hafi náð fótfestu á markaði og hvort innkoma Cosco hafi haft áhrif á markaðsstöðu Haga.³²² Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Lýsis og Akraborgar*, var ekki talið að verulegar aðgangshindranir væru á markaði fyrir nýjan aðila til að hefja starfsemi. Var það meðal annars vegna þess að fyrir lá að tveir aðilar huguðu að innkomu á markaðinn og fleiri hafi verið að skoða möguleika til að koma nýjir inn á markaðinn.³²³ Ný innkoma á markaðinn getur gefið vísbendingar um hvort verulegar aðgangshindranir séu fyrir hendi. En mat á aðgangshindrunum

³²⁰ *Brot Símans hf. með tilboði í 3G netlykil og áskrift*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 16. september 2011 nr. 30/2011.

³²¹ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

³²² *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017 bls. 178-179.

³²³ *Samruni Lýsis hf. og Akraborgar ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 13. október 2015 nr. 28/2015 bls. 8.

er oft mat á mörgum atriðum.³²⁴ Í því samhengi er rétt að nefna að einnig hefur verið litið til viðbragða fyrirtækja á markaði við innkomu í fortíðinni. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Haga og Lyfju*, kom fram „Í tengslum við mat á aðgangshindrunum hefur einnig verið talið rétt að líta til hegðunar fyrirtækja á markaði við innkomu nýrra aðila á markaðinn“³²⁵

Þá hefur einnig verið leitast eftir umsögnum fyrirtækja á markaði varðandi aðgangshindranir. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um *kaup Artasan (Veritas Capital) á rekstri IceCare*, var leitast eftir umsögnum fyrirtækja á markaði varðandi aðgangshindranir á honum. Tók Samkeppniseftirlitið umsagnir þeirra til greina og tók undir sjónarmið sem þar koma fram varðandi aðgangshindranir.³²⁶

Einnig hefur verið litið til fréttáflutnings til að leiða fram hvort líkindi séu til að aðgangshindranir séu fyrir hendi á viðkomandi markaði. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *beiðni Forlagsins um endurupptöku ákvörðunar nr. 8/2008*³²⁷, sagði, þá er það ljóst að ef marka má fréttir af virðisaukaskatt á bókum hefur sala dregist verulega saman, er það ekki til þess fallið að auðvelda nýjum aðila að hasla sér völl á skilgreindum markaði, vísað í frétt mbl.is.³²⁸ Þá geta einnig aðstæður fyrri tíma orðið til að frekari líkur séu til að innkoma sé erfið. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um *aðgerðir til að styrkja samkeppni á póstmaknaði*, var tekið fram af hálfu Samkeppniseftirlitsins að, reynslan hefur verið sú að fyrrum einkaréttarhafar njóta enn sterkrar stöðu og aðgangshindranir geta eftir sem áður verið fyrir hendi.³²⁹ Má því telja að þrátt fyrir að einkaréttur til ákveðinnar starfsemi sé fallin frá og starfsemin komin á almennan markað getur sterk staða fyrirtækis haldist við og myndað aðgangshindrun.

Þegar fyrirtæki hafa verið í sterkri markaðsstöðu til langs tíma þá er almennt talið að það sé vísbending um að aðgangshindranir séu til staðar á markaðnum. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins varðandi *misnotkun Securitas á markaðsráðandi stöðu sinni*, var fjallað um sterka stöðu Securitas yfir langt tímabil. Hagfræðileg rök standa fyrir því að ef markaðurinn

³²⁴ *Yfirtaka Prensniðjunar Odda á Steindórsprent-Gutenberg ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 15. desember 2000 nr. 36/2000, Eimskip.

³²⁵ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017 sbr. einnig ; *Samruni wow air ehf. og Iceland Express ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. mars 2013 nr. 5/2013.

³²⁶ *Kaup Artasan ehf. (Veritas Capital ehf.) á rekstri Ice Care ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 14. ágúst 2017 nr. 29/2017 bls. 22-24.

³²⁷ *Beiðni Forlagsins rhf. um endurupptöku ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2008 um samruna JPV útgáfu ehf. og Vegamóta ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 21. desember 2017 nr. 47/2017.

³²⁸ sama heimild bls. 63.

³²⁹ *Aðgerðir til að styrkja samkeppnisáætlunir á póstmaknaði*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. febrúar 2017 nr. 8/2017.

væri opin og innkoma óhindruð hefði nýr aðili komið inn á markað og haft áhrif á stöðu Securitas.³³⁰

Við mat á aðgangshindrunum er einnig oft litið til eldri úrlausna Samkeppniseftirlitsins og ef þar var talið að aðgangshindranir hafi verið fyrir hendi eru frekari líkur til að sú staða sé enn til staðar.³³¹ Þá hefur verið litið til fullyrðinga samrunaaðila og leitt af því hvort þær auki líkur á að tiltekin aðgangshindrun sé fyrir hendi. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Veritas Capital, Fastusar og Aðalkots*, var talið að sérfræðipækning væri mikilvæg í starfsemi á viðkomandi markaði þar sem kaupendur gerðu kröfu um slíkt. Því til stuðnings var meðal annars litið til fullyrðingar á heimasíðu samrunaaðila þar sem kom fram að fyrirtækið byggi yfir mannauð með mikla sérfræðipækningu, og því frekari líkur til að kaupendur geri ríkar kröfur um sérfræðipækningu gagnvart fyrirtækjum á markaði.³³²

5.1 Skilgreining markaða

Við skilgreiningu markaða geta aðgangshindranir komið til álita og þá sérstaklega við skilgreiningu á landfræðilegum markaði sjá nánar kafla 3.2.7. Eins og komið hefur fram hefur verið sett fram, að við mat á vöru – og landfræðilegum markaði beri einkum að líta til þriggja sjónarmiða þ.e eftirspurnarstaðgöngu, framboðsstaðgöngu og mögulegri samkeppni sbr. köflum 3.2.1 og 3.2.5. Almennt er talið að eftirspurnarstaðgangun hafi mest vægi sérstaklega varðandi vörumarkað. Framboðsstaðgangun kemur frekar til álita þegar litið er til landfræðilegs markaðar, möguleg samkeppni er almennt ekki til skoðunar á þessu stigi. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Haga og Lyfju*, kom fram :

Möguleg samkeppni þ.e.a.s ógning sem aðilum á markaði getur stafað af því að nýjir aðilar komi inn á markaðinn, er ekki tekin með í reikninginn þegar markaðir eru skilgreindir. Venjulega er því aðeins fjallað um mögulega samkeppni í málum af þessu tagi þegar búið er að fjalla um þá aðila sem fyrir eru á markaðnum og staðan á markaðnum vekur áhyggjur.³³³

³³⁰ *Misnotkun Securitas hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 19. desember 2014 nr. 40/2014 sjá einnig ; *Misnotkun Eimskips á markaðsráðandi stöðu*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. desember 2007 í máli nr. 70/2007.

³³¹ *Samruni wow air ehf. og Iceland Express ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. mars 2013 nr. 5/2013 bls. 28.

³³² *Samruni Veritas Capital hf., Fastusar ehf., og Aðalkots ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2012 í máli nr. 23/2012 bls. 89.

³³³ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017 bls. 13-14.

5.1.1 Vörumarkaður

Markaðsgreining snýr almennt að því að greina á hvaða vörumarkaði fyrirtæki starfar og til hvaða landsvæðis markaðurinn nær. Þegar vörumarkaður er skilgreindur er það oftast gert með hliðsjón af eftirspurnarstaðgöngu, sjá nánar í kafla 3.2.2. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Veritas Capital, Fastusar og Aðalkots*, kemur fram að, almennt megi segja að eftirspurnarstaðganga skiptir mestu máli fyrir skilgreiningu markaða. Með því var vísað til þess hvaða vörur viðskiptavinir sjái sem staðkvæmdarvörur. Þá getur framboðsstaðganga einnig haft þýðingu þegar greina á markaði sem máli skipta.³³⁴ Eins og komið hefur fram er það almennt talið að ofangreint sjónarmið sé rétt mat og að vörumarkaður skuli skilgreindur út frá eftirspurnarstaðgöngu. Það sjónarmið er þó ekki algilt og geta komið til tilvik þar sem vörumarkaður er metin með hliðsjón af framboðsstaðgöngu. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *beiðni Forlagsins við endurupptöku ákvörðunar nr. 8/2008*, Forlagið gerði athugasemd við að markaðir í málinu hafi verið skilgreindir út frá framboðsstaðgöngu.³³⁵ Samkeppniseftirlitið taldi rétt að meta vörumarkað, í þessu tilfalli, með hliðsjón af framboðsstaðgöngu þar sem samrunaaðilar gátu sinnt útgáfu hverskyns bóka sem seldar voru almenning en aðrir útgefendur höfðu ekki tök á því.³³⁶ Þá taldi Forlagið ekki vera fyrir hendi aðgangshindranir á markaðnum meðal annars vegna þess að kaupendur veldu bækur sínar eftir efni en ekki útgefendum og því væri ekki fyrir hendi vörumerkjatryggð eða aðrar slíkar aðstæður sem leiða til frekari aðgangshindranna. Samkeppniseftirlitið taldi óljóst hvernig þetta atriði væri til þess fallið að styðja þá ályktun að litlar aðgangshindranir væru á markaðnum, enda yrði að ætla að kaupendur velji bækur út frá efni eða höfund en ekki úr frá hver útgefandi væri. Einnig væru miklar aðgangshindranir á markaðnum. Einmitt af þessum sökum þótti ástæða til að greina markað út frá framboðsstaðgöngu.³³⁷ Af þessu má greina að ef miklar aðgangshindranir eru á markaði og vörur á markaðnum hafa ekki fullkomna staðkvæmd sín á milli, getur verið tilefni til að greina markað með hliðsjón af framboðsstaðgöngu. Sérstaklega í tilvikum þar sem keppinautar á markaði hafa ekki burði til að keppa á sambærilegum grundvelli og fyrirtæki sem er til skoðunar.

³³⁴ *Samruni Veritas Capital hf., Fastusar ehf., og Aðalkots ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2012 í máli nr. 23/2012 bls. 9.

³³⁵ *Beiðni Forlagsins rhf. um endurupptöku ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2008 um samruna JPV útgáfu ehf. og Vegamóta ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 21. desember 2017 nr. 47/2017 bls. 13.

³³⁶ sama heimild bls. 22.

³³⁷ sama heimild bls. 63.

5.1.2 Landfræðilegur markaður

Aðgangshindranir hafa oftast vægi við greiningu á landfræðilegum markaði enda eru aðgangshindranir meðal þeirra atriða sem ber að líta til, sjá nánar í kafla 3.2.7. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Haga og Lyfju*, kom fram að meðal þátta sem skipta máli þegar viðkomandi landfræðilegur markaður er skilgreindur eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir og neytendavenjur. Greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á þessu svæði, og aðliggjandi svæðum, og verulegur verðmunur.³³⁸ Aðgangshindranir geta haft töluverð áhrif á greiningu á landfræðilegum markaði þar sem lagahindranir geta þrengt það landsvæði sem markaður er talin ná til. Í Ákvörðun Samkeppnisráðs við *samruna Lyfju og Lyfjabúða*, töldu samrunaaðilar landfræðilegan markað vera Ísland. Töldu þeir að viðskiptavinir á landsbyggðinni gætu vel fengið lyf send í pósti og að þeir kæmu reglulega á höfuðborgarsvæðið eða þekktu aðila sem gætu náð í lyf á því svæði.³³⁹ Samkeppniseftirlitið taldi hins vegar landfræðilegan markað vera höfuðborgarsvæðið. Kom það einkum til þar sem póstsendingum lyfja voru talsverðar takmarkanir settar. Póstverslun var óheimil en ef lyf voru send í pósti, þá sögðu reglur til um að afhending lyfja skyldi vera í höndum lyfjafræðings. Einnig var vísað í álit Lyfjastofnunar að póstsending lyfja væri óheimil nema í undantekningartilvikum.³⁴⁰ Taldi Samkeppniseftirlitið að þegar um smásöluverslanir væri að ræða, hafi almennt verið talið að landfræðilegur markaður verslana væri um 20 km radíus í kringum þær. Almennt væru verslanir, í meira en 20 mínútna fjarlægð frá neytendum, ekki í góðri stöðu til að ná til sín viðskiptum þeirra. Einnig væru viðskiptavinir lyfjabúða oft aldraðir og/eða ættu erfitt með að ferðast langar vegalengdir.³⁴¹

Stærð landfræðilegs markaðar getur skipt talsverðu máli. Því stærra landsvæði sem markaðurinn nær til þeim mun fleiri keppendur, sem oft hefur í för með sér að markaðsstaða fyrirtækja verði ekki metin eins sterk. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *misnotkun Valitors á markaðsráðndi stöðu og brota gegn ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008*, taldi Valitor landfræðilegan markað ná út fyrir Ísland, var það þar sem aðgangshindranir á markaði fyrir erlenda aðila væru litlar og var bent á að PBS hafði byrjað að færsluhirða íslenska söluaðila sem þeim virtist hafa gerst fyrirhafnarlaust. Samkeppniseftirlitið taldi landfræðilegan markað vera Ísland og sagði í því samhengi, að árangur PBS í rekstri á Íslandi væri frekar til marks um

³³⁸ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017 bls. 12.

³³⁹ *Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.*, Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 2. febrúar 2001 nr. 4/2001 bls. 11-12.

³⁴⁰ sama heimild bls. 13-14.

³⁴¹ sama heimild bls. 14-15 sjá einnig; *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

að landfræðilegur markaður væru bundinn við Ísland.³⁴² Í umfjöllun um stöðu á markaði kom einnig fram að Samkeppniseftirlitið telur aðstæður hafa verið með þeim hætti að í þeim hafi falist talsverðar aðgangshindranir. Veruleg markaðshlutdeild Valitors um langt árabíl og takmarkaður árangur PBS hafi sýnt fram á þetta greinilega.³⁴³ Einnig geta kröfur kaupenda skipt máli þegar greina á landfræðilegan markað. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Veritas Capital, Fastusar og Aðalkots*, töldu samrunaaðilar landfræðilegan markað ná út fyrir Ísland þar sem erlend fyrirtæki ættu auðvelt með að hefja starfsemi á Íslandi. Samkeppniseftirlitið skilgreindi landfræðilegan markað sem Ísland, erlendir aðilar þyrftu að leggja til talsverðan kostnað til að koma sér upp starfsemi á Íslandi. Kaupendur á þessum markaði gerðu einnig miklar kröfur um þjónustu við þær vörur sem tilheyrðu markaðnum. Einnig var þörf á sjálfstæðum heildsölum eða framleiðendum brýnni hér á landi en í Evrópu vegna smæðar markaðsins, en smæð hans var ekki til þess fallin að auka líkur á því að erlendir aðilar leggi til talsverða fjárfestingu til að hassla sér völl á honum.³⁴⁴ Þá getur einnig annar kostnaður verið tekin til greina. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Temptra og Plastgerðar Suðurnesja*, var hár flutningskostnaður á frauðplast einangrunum, vera til þess fallin að hindra raunhæfa innkomu erlendra aðila á markaðinn.³⁴⁵

5.2 Staða fyrirtækja á markaði

Eins og komið hefur fram getur það haft talsverð áhrif á fyrirtæki ef það er talið vera í markaðsráðandi stöðu skv. 4. tl. 1. mgr. 4. gr. Samkeppnislaga sjá nánar í kafla 3.3. Þegar metið er um stöðu fyrirtækja á markaði fer fram margþætt mat þar sem aðgangshindranir koma til skoðunar. Í mörgum ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins er að finna athyglisverða túlkun á orðalagi, í *Hæstaréttardómi í máli Haga gegn íslenska ríkinu*, kom þar fram að:

Með vísan til framangreindrar umfjöllunar um fyrstu tvö atriðin, sem dómur telur eðlilegt að leggja til grundvallar mati á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu, þ.e markaðshlutdeild og samanburður við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja, telur dómur að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á þeim tíma sem verðstríð stóð yfir. Þó svo að dómurinn telji þriðja atriðið sem nefnt er að framan þ.e aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu, liggja fyrir upplýsingar um stærðarhagkvæmni og efnahagslegan styrkleika stefnanda og hagræðingu sem stefnandi hafði af

³⁴² *Misnotkun Valitors hf. á markaðsráðandi stöðu og brot gegn ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 12 apríl 2013 nr. 8/2013 bls. 60.

³⁴³ sama heimild bls. 79.

³⁴⁴ *Samruni Veritas Capital hf., Fastusar ehf., og Aðalkots ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2012 í máli nr. 23/2012.

³⁴⁵ *Samruni Temptra ehf. og Plastgerðar Suðurnesja ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 6. júní 2017 nr. 23/2017.

rekstri birgða – og dreifingarhússins Aðfanga sem styrkja enn frekar þá niðurstöðu að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu.³⁴⁶

Er ítrekað vísað í ofangreindan dóm við umfjöllun á vægi aðgangshindranna. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Fjarsskipta og 365 miðla*, er notast við það orðlag sem kemur oft fyrir í ákvörðunum varðandi þetta atriði en þar segir;

Fram kemur að dómurinn telji þriðja atriðið sem nefnt er að framan þ.e aðgangshindranir að markaði ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu.... Hins vegar geti þessi atriði styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu.³⁴⁷

Í ljósi endurtekinna tilvísana þar sem framsetning er oftast en ekki með þeim hætti sem var í ofangreindri ákvörðun, að Samkeppniseftirlitið telur mat á aðgangshindrunum frekar til þess fallið að styrkja niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu, heldur en að draga úr líkindum á að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi. Þrátt fyrir að sú niðurstaða sé í samræmi við fræðilega umfjöllun, sjá nánar í kafla 3.3, þá vakna spurningar hvort að rétt sé að telja af orðalagi ofangreinds Hæstaréttardóms, að mat á aðgangshindrunum sé almennt til þess fallið að styrkja niðurstöðu um markaðsráðandi stöðu. Burtséð frá því þá hefur umrædd tilvísun komið margsinis fram í ákvörðunum og má því ætla að almennt verði mat á aðgangshindrunum ekki aðalatriðið og frekar til þess fallið að styrkja niðurstöðu um markaðsráðandi stöðu. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Haga og Lyfju*, styrkja aðgangshindranir niðurstöðu um markaðsráðandi stöðu en þar kemur meðal annars fram, að Hagar búa einnig yfir öðrum styrkleika þegar þeir eru bornir saman við keppinauta. Höfðu þeir mikið vöruúrval, öflugt dreifingarkerfi og lóðréttu samþættingu, sem var talið mynda aðgangshindranir og styrkja stöðu fyrirtækisins á markaðnum.³⁴⁸

Í Úrskurði Áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli *Dagur group gegn Samkeppniseftirlitinu*, kemur fram að áfrýjunaraðili taldi að ekki hafi átt að meta stöðu aðila aðeins út frá markaðshlutdeild, nauðsynlegt væri að horfa til annarra atriða einkum aðgangshindrana.³⁴⁹ Taldi Áfrýjunarnefnd samkeppnismála að há markaðshlutdeild fæli í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu þó önnur atriði skipti þar einnig máli og var skírskotað til ýmissa atriða sem geta gefið vísbendingar einkum hvort aðgangur að markaði sé opin. Því hærri sem

³⁴⁶ Hagar hf. gegn íslenska ríkinu, Dómur Hæstaréttar frá 18. nóvember 2010 nr. 188/2010 bls. 22.

³⁴⁷ *Samruni Fjarsskipta hf. og 365 miðla hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. desember 2017 nr. 42/2017 sjá einnig ; *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

³⁴⁸ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

³⁴⁹ *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 21. september 2006 nr. 20/2006 bls. 3-4.

markaðshlutdeildin er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu.³⁵⁰ Það hafa samt sem áður komið upp tilvik þar sem leitt var að líkum að aðgangshindranir eða réttara sagt skortur á þeim geti vel haft þau áhrif að draga úr líkindum á því að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *broti Símans með tilboði í 3G netlykil og áskrift*, var því sjónarmiði gefin hljómgrunnur. Kom fram að ef engar eða litlar aðgangshindranir eru að markaðnum þarf há markaðshlutdeild ekki að fela í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu.³⁵¹ Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Lýsi og Akraborgar*, voru aðgangshindranir taldar litlar og einnig talið að áhrif samruna gæti dregið enn frekar úr þeim. Samrunaaðilar voru taldir með töluverða markaðshlutdeild við kaup á fisklifur en samt sem áður var samruninn ekki til þess fallin að bera með sér alvarleg samkeppnishamlandi áhrif. Var það einkum þar sem litlar aðgangshindranir voru á markaðnum en einnig þar sem samrunaaðilar versluðu ekki sömu gæði af vörunni.³⁵² Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Samhentrar kassagerðar og Frjó*, taldi Samkeppniseftirlitið að þrátt fyrir að samrunaaðilar hafi búið yfir töluverðum markaðsstyrk með hliðsjón af markaðshlutdeild og samþjöppun á markaði, byggju þeir við talsvert samkeppnislegt aðhald.³⁵³ Af því orðalagi má leiða að samrunaaðilar hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu fyrir né eftir samrunann í skilningi samkeppnislaga, þar sem í þeim skilning býr aðili ekki við samkeppnislegt aðhald þegar hann er markaðsráðandi sbr. orðalag 4. tl. 1. mgr. 4. gr. Samkeppnislaga. Það er samt sem áður fátítt að Samkeppniseftirlitið noti beint það orðalag að fyrirtæki sé ekki í markaðsráðandi stöðu þegar markaðshlutdeild er talin mikil. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins vegna *kaupa S4S á öllu hlutafé í Ellingsen*, var það aftur á móti orðað beint með þeim hætti. Þar var markaðshlutdeild S4S talin vera 40%-50% en Ellingsen 5% á viðeigandi markaði. En þrátt fyrir það var ekki talið hægt að slá því föstu að markaðsráðandi staða verði til við samruna þar sem nýjir keppinautar höfðu komið inn á markaðinn á undangengnum árum, auk þess að fram komin sjónarmið gefi ekki vísbendingu um verulegar aðgangshindranir.³⁵⁴ Má því sjá af ofnagreindu að almennt er horft til aðgangshindrana sem styrkingu á niðurstöðu um markaðsráðandi stöðu sem byggir á markaðshlutdeild og samþjöppun á markaði, en geta þó komið tilvik þar sem litlar eða engar

³⁵⁰ sama heimild bls. 12.

³⁵¹ *Brot Símans hf. með tilboði í 3G netlykil og áskrift*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 16. september 2011 nr. 30/2011.

³⁵² *Samruni Lýsis hf. og Akraborgar ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 13. október 2015 nr. 28/2015.

³⁵³ *Samruni Samhentra Kassagerðar hf. og Frjó Umbúðarsölu ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. september 2016 nr. 23/2016 bls. 7-10.

³⁵⁴ *Kaup S4S ehf. á öllu hlutafé í Ellingsen ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 22. maí 2017 nr. 20/2017 bls. 8-9.

aðgangshindranir geti dregið úr líkindum á markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir talsverða markaðshlutdeild.

5.3 Áhrif aðgangshindrana á mat á samkeppnishamlandi áhrifum samruna

Eins og kemur fram í kafla 3.4.1.1, þá hafa aðgangshindranir ekki aðeins áhrif varðandi markaðsgreiningu og mat á stöðu fyrirtækja á markaði. Þegar metið er um lögmæti samruna þá er einnig tekið til skoðunar hvort líkleg innkoma á markaðinn geti veitt það mikið samkeppnislágt aðhald að ekki verður af þeim samkeppnishamlandi áhrif sem talið er að samruni hafi í för með sér. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Haga og Lyfju*, töldu samrunaaðilar óverulegar aðgangshindranir vera á markaðnum og höfðu nýjir aðilar komið inn á undangengnum árum og væri því rétt að líta til þess við mat á lögmæti samruna.³⁵⁵ Samkeppniseftirlitið áréttaði að álitamálið væri ekki hvort það væri mögulegt fyrir nýjan aðila að koma inn á markaðinn. Álitamálið væri hvort líkleg innkoma verði svo burðug að hún væri fær um að veita viðkomandi fyrirtæki það virka samkeppni að dregið verði verulega úr markaðsstyrk þess. Var því ekki fallist á að slík innkoma væri líkleg og að talsverðar aðgangshindranir væru að markaðnum.³⁵⁶

Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *kaup SAS á öllu hlutafé í Ellingsen*, var ekki talið hægt að slá því föstu að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist við samruna þrátt fyrir talsverða markaðshlutdeild. Kom það meðal annars til þar sem markaðurinn var talin nokkuð opin og aðgangshindranir ekki verulegar.³⁵⁷ Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við *samruna Lýsi og Akraborgar*, var tekið í svipaðan streng. Talið var að þrátt fyrir talsverðan kaupendastyrk á hrávörumarkaði eftir samruna þá var samruni ekki talin hafa samkeppnishamlandi áhrif í för með sér.³⁵⁸

Aðgangshindranir geta einnig verið til þess fallnar að leiða frekari líkur að samkeppnishamlandi áhrifum samruna þar sem innkoma nýrra aðila er mjög erfið. Í tilvikum þar sem ríkar aðgangshindranir stafa vegna háttsemi eða samninga sem samrunaaðilar koma að þá geta verið sett skilyrði fyrir samruna sem snúa að því að fjarlægja þá hindrun af markaði eða minnka hana. Í ákvörðun Samkeppnisráðs við *yfirtöku Sölufélags garðyrkjumanna og tengdra félaga á Ágæti*, var bent á að samstarf Sölufélags garðyrkjumanna við Baug í gegnum Ávaxtahúsið leiddi af sér að lokað var fyrir aðgang nýrra aðila að stærstu matverslunardeðjum landsins. Því var ljóst að

³⁵⁵ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

³⁵⁶ sama heimild bls. 155.

³⁵⁷ *Kaup SAS ehf. á öllu hlutafé í Ellingsen ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 22. maí 2017 nr. 20/2017.

³⁵⁸ *Samruni Lýsis hf. og Akraborgar ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 13. október 2015 nr. 28/2015.

innkoma nýrra heildsala í greininni væri ólíkleg. Einnig var vakin athygli á því að heildsölum á markaði hafði fækkað.³⁵⁹ Var samruna sett skilyrði sem meðal annars fólust í að grynka á ofangreindri hindrun á markaði með aðskilnað á rekstri innan fyrirtækja.³⁶⁰

5.4 Valdheimildir Samkeppniseftirlitsins til að knýja aðila máls til að minnka aðgangshindranir

Eins og fram hefur komið getur Samkeppniseftirlitið knúið aðila til aðgerða í ákvörðunum sínum. Hefur Samkeppniseftirlitið heimild í 14. gr. Samkeppnislaga til að knýja fram aðskilnað milli reksturs fyrirtækis sem er opinber rekstur eða undir skjóli einkaleyfis, frá rekstri sem er á opnum samkeppnismarkaði. Í Ákvörðun Samkeppnisráðs vegna *erindis Póstdreifingar um meinta misnotkun Póst- og símamálastofnunar á markaðsráðandi stöðu*, var Póst – og símamálastofnun gert að aðskilja rekstur sem var rekin undir skjóli einkaleyfis frá rekstri sem var á samkeppnismarkaði. Var það gert með stoð í þá 2. mgr. 14. gr., nú 14. gr. samkeppnislaga. Þegar opinber aðili hefur skaðleg áhrif á samkeppni er einnig hægt að beita b- lið 16. gr. laganna. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í *erindi Wow vegna úthlutunar Isavia á afgreiðslutímum á Keflavíkurflugvelli*, var Isavia ekki talið vera fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga með gagnályktun frá 4. gr. laganna en b- liður 16. gr. getur aðeins átt við um opinbera aðila. Isavia hélt fram að inngríp með stoð í b- lið 16. gr. kæmi aðeins til álita ef um misnotkun á markaðsráðandi stöðu væri að ræða. Samkeppniseftirlitið féllst ekki á það álit og nefndi tvö skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo tækt sé að beita b- lið 16. gr. Samkeppnislaga. Fyrra skilyrðið var að viðkomandi aðgerðir raski samkeppni og seinna að aðgerðir sem raska samkeppni styðjist ekki við fullnægjandi lagaheimild.³⁶¹ Var Isavia með stoð í b- lið 16. gr. laganna, gert að breyta úthlutunarreglum og sjá til þess að Wow fengi úthlutaða þá afgreiðslu tíma sem myndu renna stoðum undir framtíðaráætlanir félagsins. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins vegna *misnotkunar Já á markaðsráðandi stöðu sinni*, kom fram að heimilt er að beita 2. mgr. 16. gr. með stoð í a- lið 16. gr., þegar fyrirtæki brjóta gegn 11. gr. Samkeppnislaga, en heimildin nær til allra bannákvæða laganna. Hafði verið leitt fram að Já hafi brotið á 11. gr. laganna á árunum 2009 – 2011.³⁶² Var Já talið búa yfir ómissandi aðstöðu í skilning Samkeppnislaga og var gert að veita fyrirtækjum á markaði aðgang að þeirri

³⁵⁹ *Yfirtaka Sölufélags garðyrkjumanna svf. og tengdra félaga á Ágæti hf.*, Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 22. mars 2001 nr. 11/2001 bls. 17.

³⁶⁰ sama heimild bls. 22.

³⁶¹ *Erindi wow air ehf. vegna úthlutunar Isavia ohf. á afgreiðslutímum á Keflavíkurflugvelli*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 1. nóvember 2013 nr. 25/2013.

³⁶² *Misnotkun Já hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 7. nóvember 2014 nr. 31/2014.

aðstöðu en einnig að gæta jafnræðis gagnvart þeim sem óska eftir aðgenginu. Var það gert með heimildum sem felast í 2. mgr. 16. gr. Samkeppnislaga með stoð í a- lið sömu greinar.³⁶³

Varðandi c- lið 16. gr. samkeppnislaga, hefur höfundur ekki rekist á ákvörðun þar sem heimildum sem felast í 2. mgr. 16. gr. laganna var beitt með með stoð í c- lið greinarinnar. Hefur þó komið fram að Samkeppniseftirlitið geti beitt heimildinni til að efla virka samkeppni. Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins vegna brota Mjólkursamsögunnar á samkeppnislögum³⁶⁴, kom fram að Samkeppniseftirlitið getur beitt ákvæðum 16. gr. Samkeppnislaga til að efla virka samkeppni og gæti sú íhlutun m.a. falist í breyttri verðstefnu á hrá mjólk eða breytingum á því fyrirkomulagi.³⁶⁵ Þá má einnig draga þá ályktun aðeins er hægt að beita heimildum c- liðar 16. gr. gegn fyrirtækjum en ekki opinberum aðilum.³⁶⁶ Í Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins vegna breytinga á skipulagi Skiptasamstæðunnar og aðrar aðgerðir til þess að efla samkeppni á fjarskiptamarkaði³⁶⁷, kom fram :

Í athugasemdum við frumvarp sem varð að núgildandi samkeppnislögum segir að sem dæmi um aðgerðir sem lagt er til að Samkeppniseftirlitið geti beitt til skipulagsbreytinga megi nefna kröfu um að fyrirtæki sé skipt upp í tvö eða fleiri fyrirtæki. Eins felst í heimild til að krefjast skipulagsbreytinga að Samkeppniseftirlitið geti krafist þess að fyrirtæki skilji ákveðna starfsemi frá annarri starfsemi og komi henni fyrir í sérstöku fyrirtæki. Einnig kemur fram að það sé ljóst að ákvæðum um breytingar á skipulagi verði aðeins beitt þegar önnur úrræði þrjú og að breytingar á skipulagi fyrirtækis teljist aðeins í réttu hlutfalli við brotið „ef veruleg hættu er talin á því að óbreytt skipulag fyrirtækis leiði af sér langvarandi eða endurtekin brot.“ Samkvæmt frumvarpinu geta aðgerðir sem Samkeppniseftirlitið getur beitt til atferlisbreytinga m.a. falið í sér að kveðið sé á um bann við ákveðnum samningum eða samningsskilyrðum, fyrirmæli um að samningum skuli slitið eða samningsskilyrðum breytt. Þá getur Samkeppniseftirlitið heimilað samninga með ákveðnum skilyrðum og ákvarðað um verð eða viðskiptakjör fyrirtækja og fyrirtækjahópa.³⁶⁸

Þurfa því sérstakar aðstæður að vera fyrir hendi svo að til álita komi að beita c- lið 16. gr. Samkeppnislaga. Þarf aðili að vera fyrirtæki í skilningi laganna, aðstæður eða háttsemin þarf að skaða samkeppni almenning til tjóns, og önnur vægari úrræði geta ekki átt við. Ofangreind tilvísun nefnir brot til sögunnar en var sett fram í því samhengi að eiga við um 1. mgr. 16. gr

³⁶³ sama heimild bls. 133.

³⁶⁴ Brot Mjólkursamsögunar ehf. á samkeppnislögum, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 7. júlí 2016 nr. 19/2016.

³⁶⁵ sama heimild bls. 228.

³⁶⁶ Innkaup Landspítala á heilbrigðisvörum, mikilvægi samkeppni við opinber innkaup, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 2. nóvember 2016 nr. 29/2016.

³⁶⁷ Breytingar á skipulagi Skiptasamstæðunnar og aðrar aðgerðir til þess að efla samkeppni á fjarskiptamarkaði, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 26. mars 2013 nr. 6/2013.

³⁶⁸ sama heimild bls. 33.

Samkeppnislaga, og var orðalag c-liðar sérstaklega reifað í ákvörðuninni í aðdraganda ofangreindrar tilvísunnar.

Að lokum hefur Samkeppniseftirlitið heimild til að ógilda eða setja samruna skilyrði sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga. Samruni þarf að mynda eða efla markaðsráðandi stöðu eða að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti sbr. 17. gr. c. samkeppnislaga. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins vegna *kaupa Valitors á öllu hlutafé í Euro Refund Group North á Íslandi*, kom fram að samrunaaðilar skuli gera tillögur að skilyrðum sem þeir telja að geti eytt samkeppnishömlum en samræmast eftir sem áður tilgang samruna eða yfirtöku. Hlutverk samkeppnisyfirvalda felst í því að meta hvort umrædd skilyrði séu fullnægjandi en ekki að leggja fram tillögur að nýjum skilyrðum. Ástæða þess er að tillögur samkeppnisyfirvalda geta verið í andstöðu við tilgang samruna og meira íþyngjandi en að ógilda hann.³⁶⁹ Ef Samkeppniseftirlitið telur tillögur samrunaaðila ekki þess eðlis að koma í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif samrunans, er samruni ógildur með heimild í 17. gr. c. Samkeppnislaga.³⁷⁰

³⁶⁹ *Kaup Valitors hf. á öllu hlutafé Euro Refund Group North á Íslandi ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 30. janúar 2009 nr. 3/2009 bls. 51.

³⁷⁰ *Kaup Valitors hf. á öllu hlutafé Euro Refund Group North á Íslandi ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 30. janúar 2009 nr. 3/2009 sjá einnig; *Samruni Veritas Capital hf., Fastusar ehf., og Aðalkosts ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2012 í máli nr. 23/2012.

6 Niðurstaða

Þegar fræðileg umfjöllun um aðgangshindrun er borin saman við íslenska réttarframkvæmd er ljóst að mikil fylgni er þar á milli. Við mat á samkeppnislegu aðhaldi sem stafar frá aðilum sem standa utan við skilgreyndan markað, en gætu hafið starfsemi innan tíðar, er litið til hvernig nýjum aðilum á markað hafði farnast áður. Hvernig fyrirtæki sem störfuðu á markaði hafa brugðist við nýrri innkomu og hversu kostnaðarsamt það væri að hefja starfsemi. Í íslenskri réttarframkvæmd eru sambærileg sjónarmið um mat á líklegri innkomu og þá einnig hvort aðgangshindranir komi í veg fyrir að innkoma sé talin líkleg. Hefur verið litið til fyrri innkomu og viðbrögðum fyrirtækja við þeirri innkomu í íslenskum ákvörðunum.³⁷¹ Einnig er tekið tillit til opinberra hindrana til að mynda hindrana við fluting á vörum.³⁷²

Fjallað er um í fræðilegri umfjöllun að meta skuli um hvort samkeppnislegt aðhald verði til vegna líklegrar innkomu. Er þá metið hvort innkoma er talin líkleg, hvort líkleg innkoma geti átt sér stað á nægjanlega stuttum tíma og hvort innkoman er fullnægjandi til að koma í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrifa vegna samruna eða hegðunar fyrirtækja. eru þessi sjónarmið einnig áberandi í íslenskri réttarframkvæmd. Þau eru ekki oft orðuð beint þó það komi fyrir.³⁷³ Hefur í þessu samhengi verið orðað að ekki er metið hvort líklegt sé að inn komi nýr aðili á markað, heldur hvort inn komi nýr aðili sem er það burðugur að hann geti komið í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif sem stafa af samruna.³⁷⁴

Aðgangshindranir hafa almennt ekki mikið vægi þegar kemur að því að skilgreina vörumarkaði og er mikil fylgni þar milli fræðimanna og framkvæmdar á Íslandi.³⁷⁵ Geta þó komið til undantekningar tilvik þar sem aðgangshindranir hafa frekara vægi þar sem vörumarkaður er skilgreindur á grundvelli framboðsstaðgöngu.³⁷⁶ Varðandi skilgreiningu á landfræðilegum markaði koma aðgangshindranir frekar til greina þar sem vægi milli eftirspurnarstaðgöngu og framboðsstaðgöngu er nokkuð jafnt.³⁷⁷ Oft er litið til hindrana við flutning á vörum³⁷⁸, eða

³⁷¹ *Misnotkun Eimskips á markaðsráðandi stöðu*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. desember 2007 í máli nr. 70/2007.

³⁷² *Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.*, Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 2. febrúar 2001 nr. 4/2001.

³⁷³ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

³⁷⁴ *Samruni Veritas Capital hf., Fastusar ehf., og Aðalkosts ehf.* Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2012 í máli nr. 23/2012.

³⁷⁵ sama heimild bls. 89.

³⁷⁶ *Beiðni Forlagsins rhf. um endurupptöku ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2008 um samruna JPV útgáfu ehf. og Vegamóta ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 21. desember 2017 nr. 47/2017.

³⁷⁷ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

³⁷⁸ *Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.*, Ákvörðun Samkeppnisráðs frá 2. febrúar 2001 nr. 4/2001.

kostnað sem fyrirtæki þarf að standa straum af við að þjónusta viðskiptavini á öðru landssvæði.³⁷⁹

Þegar staða fyrirtækis á markaði er metin koma aðgangshindranir til skoðunar, sem hluti af mati um hvort smakeppnislegt aðhald sé til staðar vegna líklegrar innkomu á markaðinn. Vægi aðgangshindrana er almennt ekki talið hafa úrslitarvægi.³⁸⁰ Oftar en ekki eru aðgangshindranir til þess fallnar að styrkja niðurstöðu um að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi.³⁸¹ Geta samt sem áður átt sér undantekningar tilvik þar sem talsverð markaðshlutdeild er fyrir hendi en fyrirtæki samt sem áður ekki talið markaðsráðandi, þar sem litlar aðgangshindranir eru á markaði ásamt öðrum atriðum.³⁸² Það að markaður sé opin og litlar aðgangshindranir virðist samt sem áður ekki vera til þess fallið að skáka mikilli markaðshlutdeild eitt og sér. Er því ljóst að farið er með aðgangshindranir með mjög sambærilegum hætti í fræðilegri umfjöllun og við réttarframkvæmd á Íslandi.

Mætti gefa aðgangshindrunum meiri gaum þar sem þær eru almennt settar fram sem aukaatriði við mat á stöðu fyrirtækja á markaði.³⁸³ Þrátt fyrir að almennt sé ekki litið á aðgangshindranir sem aðalatriði í fræðilegri umfjöllun þá kemur til að mynda fram í leiðbeiningum framkvæmdarstjórnarinnar að ef það er nægilega auðvelt fyrir nýja aðila að koma inn á markaðinn er samruni ekki líklegur til að mynda alvarleg samkeppnishamlandi áhrif. Kenningin um Samkeppnishæfa markaði tekur einnig í sama streng. Mætti því ætla að ef ekki eru verulegar aðgangshindranir á markaði þá ætti það samkeppnisáðhald sem líkleg ný innkoma á markaðinn hefur í för með sér að koma í veg fyrir að fyrirtæki verði talið markaðsráðandi í skilning samkeppnislaga. Eins og kemur fram í kafla 5.3 hafa samrunar verið heimilaðir þrátt fyrir talsverða markaðshlutdeild, meðal annars þar sem ekki voru talsverðar aðgangshindranir á markaðnum. Það er samt sem áður vísað í önnur atriði sem hafa einnig talsverð áhrif á niðurstöðuna. Gæti þetta verið þar sem Ísland er sérstakur markaður, landið er eyja og því þarf að flytja vörur með flugi eða sjóleiðis. Einnig er íslenskur markaður smár í samanburði við önnur lönd og er viðurkennt að samkeppni á fjármálamörkuðum sé ekki í góðu horfi þrátt fyrir að nokkuð hafi lagast í þeim efnum á undangengnum árum. Vert er að nefna að Samkeppniseftirlitið hefur beint tilmælum og lausnum til stjórnvalda hvernig megi minnka

³⁷⁹ *Samruni Tempura ehf. og Plastgerðar Suðurnesja ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 6. júní 2017 nr. 23/2017.

³⁸⁰ *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 21. september 2006 nr. 20/2006.

³⁸¹ *Samruni Haga hf. og Lyfju hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2017 nr. 28/2017.

³⁸² *Kaup S4S ehf. á öllu hlutafé í Ellingsen ehf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 22. maí 2017 nr. 20/2017.

³⁸³ *Samruni Fjarfskipta hf. og 365 miðla hf.*, Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 8. desember 2017 nr. 42/2017.

aðgangshindranir og stuðla þannig að eflingu á samkeppni. Í skýrslu Samkeppniseftirlisins, *Samkeppni eftir hrun* frá árinu 2011 er þessum sjónarmiðum komið á framfæri. Þótti þar áberandi hvað stjórnvöld voru sinnulaus varðandi ýmis atriði sem snúa að eflingu samkeppni. Var meðal annars beint að stjórnvöldum 30 tilmælum í skýrslu Samkeppniseftirlitsins, *Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi* frá árinu 2008, en stjórnvöld sinntu aðeins um 15% af þeim tilmælum. Þetta sinnuleysi stjórnvalda má kannski best sjá þar sem illa hefur gengið að innlima samkeppnismat við opinberar aðgerðir á Íslandi. Er því augljóst að stjórnvöld þurfa að sinna þeim tilmælum og lausnum sem Samkeppniseftirlitið telur mikilvæg til að efla samkeppni á mörkuðum, sérstaklega í ljósi þess hve smáir íslenskir markaðir eru. Fyrst og fremst þarf samt sem áður að takast á við aðgangshindranir á fjármálamörkuðum og auka líkur á því að erlendir viðskiptabankar sjái hag í því að færa sig inn á íslenskan markað. Myndi það veita það samkeppnislega aðhald sem brýn þörf er á.

Einnig verður spennandi að fylgjast með beitingu c- liðar 16. gr. Samkeppnislaga, þar sem við heimildarleit og skoðun á úrlausnum Samkeppniseftirlitsins og Áfrýjunarnefndar samkeppnismála, kom ekki til eitt dæmi þar sem ákvæðinu hefur verið beitt. Hefur verið minnst á það í ákvörðunum og fjallað lítillega um það en ekki með afgerandi hætti.

Niðurstaðan er því að aðgangshindranir eru mjög mikilvægar fyrir samkeppni á mörkuðum. Íslensk réttarframkvæmd er í miklu samræmi við framkvæmd í Evrópu og er oft vísað til ákvarðana og tilskipanna innan Evrópu þegar fjallað er um aðgangshindranir í ákvörðunum og úrskurðum samkeppnisyfirvalda á Íslandi. Samkeppniseftirlitið hefur ríkar heimildir til koma í veg fyrir og minnka aðgangshindranir þegar ástæða er til, og verður sérstaklega spennandi að fylgjast með beitingu c- liðar 1. mgr. 16. gr. Samkeppnislaga.

Heimildarskrá

Ásgeir Einarsson og Jóna Björk Helgadóttir, „Breytingar á samkeppnislögum“ [2001]
Úlfjótur 71

Bishop S og Walker M, *The Economics of EC competition law* (3., Sweet and Maxwell 2010)

Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar* (Háskólinn í Reykjavík ; JPV útgáfa 2008)

Faull J og Nikpay A, *The EC Law of Competition / Edited by Jonathan Faull and Ali Nikpay*
(2nd ed., Oxford University Press 2007)

——, *The EU law of competition* (3. útg., Oxford University Press 2014)

Gerardin D, Farrar AL og Petit N, *EU Competition law and economics* (Oxford University
Press 2012)

„Heimasíða Samkeppniseftirlitsins“ <<http://www.samkeppni.is/>> skoðað 9. apríl 2018

ICN merger workgroup: Investigation and analysis subgroup, „ICN merger guidelines
workbook“ (International competition network apríl 2006)
<<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>> skoðað 15.
febrúar 2018

Jones A og Sufrin B, *Eu competition law : text, cases, and materials* (5. útg., Oxford
University Press 2014)

Lindsay A og Berridge A, *The EC merger regulation: substantive issues* (3. útg., Sweet and
Maxwell 2009)

Niels G, Jenkins H og Kavanagh J, *Economics for competition lawyers* (2. útg., Oxford
University Press 2016)

Nordic competition authorities, „Skýrsla norrænna samkeppnisyfirvalda nr. 1/2013A vision
for competition, competition policy towards 2020“ (Nordic competition authorities)
<[http://www.samkeppni.is/media/skyrslur-
2013/Nordic_report___A_Vision_For_Competition_2013-22-Feb-webb.pdf](http://www.samkeppni.is/media/skyrslur-2013/Nordic_report___A_Vision_For_Competition_2013-22-Feb-webb.pdf)> skoðað 3.
mars 2018

OECD Competition Committee (síðasta), „Skýrsla OECD nr. DAF/COMP (2005)42, Barriers
to entry“ (Organisation for Economic Co-operation and Development 6. mars 2006)
<<https://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf>> skoðað 14. febrúar 2018

Organisation for Economic Co-operation and Development, „Leiðbeiningar OECD, frá júní
2015, Competition Assessment Toolkit Volume III: Operational Manual, version 3.0“
(Organisation for Economic Co-operation and Development júní 2015)
<http://www.oecd.org/daf/competition/COMP_Toolkit_Vol.3_ENG_2015.pdf> skoðað 25.
apríl 2018

Samkeppniseftirlitið, „Álit Samkeppniseftirlitsins, Ákvarðanir banka og stjórnvalda um
fram tíð fyrirtækja á samkeppnismörkuðum.“ (Samkeppniseftirlitið 12. nóvember 2008)
3/2008 <<http://www.samkeppni.is/media/alit->

2008/alit3_2008_akvardanir_banku_og_stjornvalda_um_framtid_fyrirtaekja.pdf> skoðað 25. mars 2018

——, „Öflug uppbygging, opnun markaða og efling atvinnustarfsemi.“ (Samkeppniseftirlitið 27. nóvember 2008) 2/2008

<http://www.samkeppni.is/media/skyrslur/ymsar_skyrslur/oflug_uppbygging_opnun_markad_a_og_efling_atvinnustarfsemi.pdf> skoðað 9. febrúar 2018

——, „Samkeppni eftir hrun“ (Samkeppniseftirlitið júní 2011) 2/2011

<http://www.samkeppni.is/media/skyrslur-2011/Samkeppnin_eftir_hrun.pdf> skoðað 15. febrúar 2018

——, „Fjármálaþjónusta á krossgötum“ (Samkeppniseftirlitið 2013) 1/2013

<http://www.samkeppni.is/media/skyrslur-2013/skyrsla_01_2013_Fjarmalathjonusta_a_krossgotum.pdf> skoðað 2. febrúar 2018

Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandsréttur: Lissabons-sáttmálinn með áherslu á fiski- og auðlindamál og ríkjasambandið* (Lagastofnun Háskóla Íslands 2014)

Steiner J og Woods L, *EU Law* (10., Oxford University Press 2009)

Vilhjálmur Þ. Á. Vilhjálmsson, „Samstiltar aðgerðir í samkeppnisrétti“ [2010] *Úlfljótur* 421

Wish, R og Bailey D, *Competition law* (8. útg., Oxford University Press 2015)