



## **ML í lögfræði**

Beiting samkeppnisreglna í litlum hagkerfum

**Júní, 2020**

**Nafn nemanda:** Alfreð Andri Alfreðsson

**Kennitala:** 100790-2979

**Leiðbeinandi:** Heimir Örn Herbertsson

## Útdráttur

### Beiting samkeppnisreglna í litlum hagkerfum

Flest vestræn ríki, og mörg önnur, þar á meðal Ísland, hafa lögfest sérstakar samkeppnisreglur. Á Íslandi gilda þannig samkeppnislög nr. 44/2005, með síðari breytingum. Fyrirmyndir flestra þessara reglna eru samkeppnisreglur þær sem gilda í Bandaríkjunum (USA) annars vegar og innan Evrópusambandsins (ESB) hins vegar. Í ritgerð þessari verða kannaðar rætur þessara reglna og þau sjónarmið sem liggja þeim að baki. Sérstaklega verður hugað að því álitaefni hvort samkeppnisreglur, sem mótaðar eru á jafn stórum og víðfeðmum markaðssvæðum og á við um USA og ESB eigi að öllu leyti jafn vel við á mun minni markaðssvæðum, t.d. Íslandi. Kannaðar verða helstu áskoranir sem fylgja framkvæmd samkeppnisreglna á litlum mörkuðum. Sérstaklega verður horft til reglna sem gilda um samruna fyrirtækja og reglna sem gilda um markaðsráðandi stöðu og lagt mat á hvort að gildandi samkeppnisreglur að þessu leyti séu til þess fallnar að hámarka velferð neytenda í litlum hagkerfum. Í framhaldinu er litið til réttarframkvæmdar bæði í stærri og minni ríkjum, í þeim tilgangi að komast að því hvort og þá hvers konar tillit þurfi að taka til stærðar hagkerfisins og markaðsaðstæðna sem einkenna lítil hagkerfi, við beitingu samkeppnisreglna. Að lokum er dregin saman niðurstaða um hvað það er sem skiptir mestu máli hvað varðar mótun samkeppnisstefnu í litlum hagkerfum.

## **Abstract**

### Application of competition law in small economies

Most Western states, and many others, including Iceland, have enacted specific competition rules. In Iceland they are called the Competition Act no. 44/2005, as amended. The precursor of these rules are the competition rules that apply in the United States (USA) on the one hand and within the European Union (EU) on the other. This thesis explores the roots of these rules and the perspectives that underlie them. In particular, consideration will be given to whether competition rules that are formulated in as large and wide-ranging market areas as apply to the USA and the EU do not apply equally well in much smaller market areas, e.g. Iceland. The main challenges associated with the implementation of competition rules in small markets will be explored. In particular, the rules governing the merger of companies and the rules governing market dominance will be examined and the assessment of whether the existing competition rules in this regard are conducive to maximizing consumer welfare in small economies. Judicial review is taken of both larger states and smaller ones, with the aim of determining whether the size of the economy and the market conditions that characterize small economies need to be taken into account. Finally, a summary of what matters most in terms of shaping competition policies in small economies is summarized.

## Efnisyfirlit

<b>Dómaskrá .....</b>	<b>vi</b>
Íslenskir dómur.....	vi
Dómar Evrópudómstólsins (e. European Court of Justice) .....	vi
Ákvarðanir framkvæmdastjórnar ESB.....	vi
Úrskurðir og ákvarðanir .....	vi
Erlendir dómur .....	vii
<b>Lagaskrá.....</b>	<b>viii</b>
Íslensk lög, frumvörp og önnur þingskjöl .....	viii
Lög, reglur og leiðbeiningar ESB .....	viii
Erlend lög .....	ix
<b>1. Inngangur .....</b>	<b>1</b>
<b>2. Stutt ágríp af sögu samkeppnisréttar .....</b>	<b>2</b>
2.1 Almennt.....	2
2.1.1 Bandarísku lögin.....	2
2.1.2 Uppruni samkeppnislaga Evrópusambandsins .....	3
2.1.3 EES.....	4
2.1.4 Saga samkeppnisréttar á Íslandi .....	5
<b>3. Skilgreining á litlum hagkerfum .....</b>	<b>7</b>
<b>4. Álitaeftni um beitingu samrunareglna í litlum hagkerfum .....</b>	<b>10</b>
4.1 Inngangur.....	10
4.2 Samrunareglur .....	10
4.3 Ólögmatísprófið .....	11
4.4 Nálgun við samrunaeftirlit .....	15
4.5 Nálgun ESB .....	15
4.6 Algildisstefnan í litlum hagkerfum.....	16
4.7 Jafnvægisstefnan .....	17
4.8 Hæfi jafnvægisviðmiðsins fyrir lítil hagkerfi.....	18
4.9 Framkvæmd ESB .....	19
4.9.1 Skilyrði ESB vegna sjónarmiða um hagræðingu.....	20
4.9.2 Dómaframkvæmd ESB .....	21
4.10 Íslensk lög.....	22
4.10.1 Beiting samrunareglna á Íslandi .....	24
4.11 Samantekt.....	27

<b>5. Álitæfni um markaðsráðandi stöðu og misnotkun hennar .....</b>	<b>29</b>
5.1 Almennt.....	29
5.2 Skilgreining á markaðsráðandi stöðu .....	30
5.2.1 Almennt.....	30
5.3 Markaðsskilgreining.....	32
5.4 Efnahagslegur styrkur.....	32
5.5 Markaðsstyrkur fyrirtækis fundinn .....	34
5.6 Markaðshlutdeild í ESB og á Íslandi.....	37
5.7 Misnotkun markaðsráðandi stöðu .....	41
5.7.1 Almennt.....	41
5.7.2 Misnotkun eða eðlileg beiting markaðsstyrks .....	42
5.7.3 Sérstök hegðun í litlum hagkerfum.....	46
5.8 Samantekt.....	48
<b>6. Reglusetning vegna markaðsráðandi stöðu .....</b>	<b>50</b>
6.1 Inngangur.....	50
6.2 Endurskipulagning markaðarins.....	53
6.3 Háttsemisregluverk.....	53
6.4 Val á formi með tilliti til stærðar hagkerfis.....	54
6.5 Greining á nálgun regluverks um markaðsráðandi stöðu.....	57
6.6 Val á nálgun fyrir lítil hagkerfi.....	57
6.6.1 Nálgun Íslands.....	63
6.7 Samantekt.....	65
<b>7 Gagnrýni á beitingu samkeppnisregla á Íslandi.....</b>	<b>66</b>
7.1 Inngangur.....	66
7.2 Almennt.....	66
7.3 Gagnrýni atvinnulífsins .....	66
7.3.1 Skrýtið viðhorf og langur málsmeðferðartími .....	67
7.3.2 Fákeppnisvandamál v. mikilvægi samkeppnisreglna .....	67
7.3.3 Óskýrleiki samkeppnisreglnanna.....	67
7.3.4 Þörf á leiðbeiningum.....	68
<b>8 Möguleg úrræði við beitingu samkeppnisreglna í litlum hagkerfum .....</b>	<b>70</b>
8.1 Inngangur.....	70
8.2 Skuldbindingarákvörðun (e. Commitment decision).....	71
8.2.2 Inngangur .....	71
8.3 Framkvæmd.....	73
8.4 Vankantar úrræðisins .....	74
8.5 Kostir úrræðisins .....	76

8.6 Framkvæmd á Íslandi .....	77
8.7 Niðurlag .....	78
<b>9 Lokaorð .....</b>	<b>79</b>
<b>Heimildaskrá .....</b>	<b>82</b>

## **Dómaskrá**

### **Íslenskir dómur**

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur nr. E-1410/2012, 18. nóvember 2013.

Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið gegn Vífilfelli hf., Hrd. 9. október 2014 í máli nr. 111/2014

### **Dómur Evrópudómstólsins (e. European Court of Justice)**

Mál T-342/99, Airtours v Commission [2002] ECR II-2585.

Mál 226/84, British Leyland v Commission [1986] ECR 3263.

Mál C-27/76, United Brands v Commission, [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

Mál C-85/76, Hoffmann-La Roche [1979] ECR 461.

Mál T-219/99, British Airways v Commission, [2003] ECR II-5917.

Mál 26/75, General Motors v Commission, [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR.

Mál C-395/87, Ministere Public v. Tournier [1989] ECR 2521, [1991] 4 CMLR 248.

### **Ákvarðanir framkvæmdastjórnar ESB**

Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB, mál IV/M.53 OJ L 33, Aérospatiale-Alenia/de Havilland, 05/12/1991

Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB, mál M 4439, Ryanair/Aer Lingus, 27/06/2007

Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB, mál OJ C 120/15, Microsoft, 26/04/2013

### **Úrskurðir og ákvarðanir**

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1998, 20. febrúar 1998

Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/1998, 28. apríl 1998

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 24/2000, 20. júní, 2000

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/2000, 15. desember 2000

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001, 31. október 2001

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2009, 13. febrúar 2009

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2011, 30. mars 2011

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2011, 17. október 2011

## ***Erlendir dómar***

AT 2/96 Gen. Dir. v. Yediot Aharonot Ltd.

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

Fisher and Paykel Limited v. Commerce Commission [1990] 2 NZLR.

Canada (Director of Investigation and Research) v. Imperial Oil (CT-89/3) (Canadian Competition Tribunal, 26. janúar, 1990).

Commerce Commission v. Port Nelson Ltd. (1995) 5 NZBLC 103,762-103,787.

Foodstuffs (Auckland) Ltd. v. Commerce Commission and Progressive Enterprises Ltd. (CA163/01) (2001) NZCA 294 (Court of Appeal of New Zealand).

Progressive Enterprises Ltd. and Woolworths (New Zealand) Ltd. (New Zealand Commerce Commission, 14. desember, 2001).

U.S. v. Microsoft Corporation, 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999).

U.S v. Griffith, 334 U.S 100 (1948).



## **Lagaskrá**

### **Íslensk lög, frumvörp og önnur þingskjöl**

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.

Alpt. 1992-92, A-deild, 368.

Alpt. 1992-93, A-deild, 361.

Alpt. 1992-1993, A-deild, 363.

Alpt. 2004-05, A-deild, 4241.

Alpt. 2004-05, A-deild, 4244.

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

Alpt. 2007-2008, A-deild, 3377.

Alpt. 2007-2008, A-deild, 5884.

### **Lög, reglur og leiðbeiningar ESB**

Lög um starfshætti Evrópusambandsins (e. Treaty on the Functioning of the European Union OJ C326/01).

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

Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings. 21. desember 1989.

Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings. 20. janúar 2004.

EC, Notice on the Concept of Concentration undir Council Regulation (EEC) Nr. 4056/89 on the Control of Concentrations between Undertakings OJ 1998 C66/5.

Guidance on the Commissions' s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings.

European Commission, Fifth Report on Competition Policy (1975).

### **Erlend lög**

Áströlsk neytenda- og samkeppnislög (Competition and Consumer Act 2010).

Bresk samkeppnislög (Enterprise Act 2002).

Ísraelsk samkeppnislög (Restrictive Trade Practices Law 5748 – 1988).

Maltnesk samkeppnislög (Competition Act, Chapter 379 of the Laws of Malta).

Nýsjálensk samkeppnislög (New Zealand commerce act of 1986).

## 1. Inngangur

Beiting samkeppnisreglna á mismunandi mörkuðum er vandmeðfarið málefni en mismunandi skoðanir eru á því hvernig beita eigi reglunum til þess að hámarka velferð neytenda. Beiting samkeppnisreglna í litlum hagkerfum er þar sérstaklega mikilvægt málefni þar sem skiptar skoðanir eru um hvernig reglur eiga að vera uppsettar og hvernig beri að fylgja þeim eftir. Takmörkuð umfjöllun er til í fræðiritum um beitingu samkeppnisreglna í litlum hagkerfum, eins og t.d. Íslandi, og hvort sú beiting sé hugsanlega sett upp á annan veg en myndi henta til þess að koma til móts við þau vandamál sem upp koma vegna smæðar hagkerfisins. Þetta á einna helst við um hvernig beitingu reglna í samrunamálum er háttáð og hvernig reglum er varða markaðsráðandi stöðu séu túlkaðar, en þetta er sá hluti regluverksins sem byggir á efnahagslegum styrk. Verður því leitast við að rannsaka hvort taka eigi tillit til stærðar hagkerfis þegar verið er að túlka eða beita samkeppnisreglum í samrunamálum annars vegar og gagnvart hegðun markaðsráðandi fyrirtækja hins vegar. Reglurnar, sem notaðar eru víðast hvar í hinum vestræna heimi, eru að miklu leyti byggðar á samkeppnisreglum frá Bandaríkjunum og ESB þar sem undirliggjandi eru mjög stór hagkerfi. Af þeirri ástæðu er tilefni til að líta nánar á beitingu samkeppnisreglna í litlum hagkerfum og hvort útfærsla og/eða beiting laganna ætti hugsanlega að vera með öðrum hætti til þess að hámarka velferð neytenda í smærri hagkerfum.

## 2. Stutt ágríp af sögu samkeppnisréttar

### 2.1 Almennt

Samkeppnislög í áþekkri mynd og þekkjast nú til dags má rekja til setningar Sherman-laganna frá 1890 og Clayton-laganna frá 1914 í Bandaríkjunum. Þótt önnur lönd, einkum í Evrópu, hafi einnig haft einhvers konar reglugerðir um einokun og samráðshringi var það löggjöf Bandaríkjamanna sem hafði hvað víðtækust áhrif á þróun samkeppnisréttar. Bæði eftir seinni heimsstyrjöldina og sömuleiðis fall Berlínarmúrsins var samkeppnislögum breytt víða um heim, en samkeppnislög hafa farið í gegnum nokkra áfanga af lagauppfærslum síðan.<sup>1</sup>

#### 2.1.1 Bandarísku lög

Samkeppnislög Bandaríkjanna komu fyrst til vegna þess að stóru fyrirtækin þar í landi notuðu sjóði til að leynd eðli viðskipta sinna. Stórir sjóðir urðu í raun samheiti yfir einokun. Þessir sjóðir leiddu til þess að Sherman- og Clayton-lögin voru sett. Þessi lög voru í raun samansafn af eldri bandarískum lögum ásamt enskum lögum um viðskiptahamlanir. Sönnun þess að Sherman- og Clayton-lögin voru dregin úr fordæmisréttarstefnu Englands er hægt að finna í máli *Standard Oil í New Jersey gegn Bandaríkjunum*<sup>2</sup>, þar sem White yfirdómari tengdi beinlínis Sherman-lögin við fordæmisrétt..

Sherman-lögin höfðu ekki tafarlaus áhrif, eins og höfundar þeirra lögðu upp með, þó að Theodore Roosevelt forseti hefði höfðað mál gegn 45 fyrirtækjum og William Taft hefði beitt þeim gegn 75 fyrirtækjum. Clayton-lögin frá 1914 voru sett til viðbótar við Sherman-lögin. Sérstakir flokkar varðandi misnotkun voru taldir upp, þar á meðal varðandi verðmismun (2. hluti), einkaréttarviðskipti (3. hluti) og samruna sem gætu dregið verulega úr samkeppni (7. hluti). Í 6. hluta. voru verkalýðsfélög undanþegin brotum gegn lögunum. Bæði Sherman- og Clayton-lögin eru nú umrituð undir 15. kafla bandarísku samkeppnislaganna.

Það var eftir fyrri heimsstyrjöldina sem önnur lönd fylgdu fordæmi Bandaríkjanna

---

<sup>1</sup> Papadopoulos og Anestis S, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy* (2. útg., Cambridge University Press 2018) 22.

<sup>2</sup> *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

varðandi samkeppnisstefnu. Árið 1923 innleiddi Kanada sameiningarrannsóknarlögin, sem eru í raun eftirmynd samkeppnislaga Bandaríkjanna á þeim tíma<sup>3</sup> og árið 1926 bætti Frakkland við grunnsamkeppnisákvæði sín. Eftir seinni heimsstyrjöldina innleiddu bandamenn, sem Bandaríkin voru forsprakkar fyrir, strangari reglur um samráðshringi og einokun almennt í hinu hernumda Þýskalandi og Japan. Má þar nefna að þrátt fyrir lög um ósanngjarna viðskiptahætti og samkeppni, sem lögfest voru árið 1909,<sup>4</sup> var almennt talið að yfirburðir stórra samráðshringja innan þýsks iðnaðar hefðu gert það auðveldara fyrir nasista að ná yfirráðum í þýskum efnahag, einfaldlega með því að múta eða kúga eigendur minni fyrirtækja.

### 2.1.2 Uppruni samkeppnislaga Evrópusambandsins

Árið 1957 undirrituðu sex vesturvevrópsk ríki sáttmála Evrópubandalagsins (EB-sáttmálann eða Rómarsáttmálann), sem á síðustu fimmtíu árum hefur þróast í Evrópusambandið, sem nær yfir nærri hálfan milljarð ríkisborgara. Evrópubandalagið var heiti efnahagslegrar og félagslegrar stoðar EB-réttar, sem samkeppnislög féllu undir. Heilbrigð samkeppni var talin ómissandi þáttur í að skapa sameiginlegan markað, lausan við viðskiptahömlur. Fyrsta ákvæðið er varðar samkeppnisrétt, sem finna mátti í Rómarsáttmálanum, var 85. gr. hans (síðar 81. gr. og nú 101. gr. sáttmálans um starfsemi Evrópusambandsins, hér eftir TFEU), og er svohljóðandi:

(1) ... allir samningar milli fyrirtækja, ákvarðanir samtaka fyrirtækja og samstilltar aðgerðir sem geta haft áhrif á viðskipti milli aðildarríkja og hafa sem markmið eða af þeim leiðir að koma í veg fyrir, takmarka eða raska samkeppni á sameiginlegum markaði eru bannaðir...

Í 1. mgr. 81. gr. (EB) eru síðan dæmi um „alvarleg“ takmarkandi vinnubrögð eins og verðsamráð eða markaðsskiptingu og í 2. mgr. sömu greinar staðfestir EB að slíkir samningar væru sjálfkrafa ógildir. Hins vegar var hægt að veita undanþágur en í 3. mgr. 81. gr., var undanþága veitt ef samráðið er vegna dreifingar- eða tækninýjungar, veitir neytendum „sanngjarnan hlut“ af ávinningnum og felur ekki í sér óeðlilegar hömlur sem hætta er á að útrými samkeppni, hvar sem er.

<sup>3</sup> The Canadian Combines Investigation Act(2912). W. L. Mackenzie King

<sup>4</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb eða UWG.

Í 85. gr. Rómarsáttmálans (síðar 82. gr. en nú 102. gr. TFEU) er fjallað um markaðsráðandi stöðu fyrirtækja og misnotkun slíkrar stöðu. Ólíkt bandarískum samkeppnislögum hafa EB-lög aldrei verið notuð til að refsa fyrir tilvist yfirburðafyrirtækja, heldur leggja þær aðeins sérstaka ábyrgð þau um að haga sér á viðeigandi hátt. Sérstakir flokkar misnotkunar, sem taldir eru upp í 82. gr. EB eru m.a. verðmismunun og einkaréttarsamningar, keimlíkt 2. og 3. hluta bandarísku Clayton-laganna.

Áður en samrunareglugerðin kom til, var eina leiðin fyrir Framkvæmdastjórnina að koma í veg fyrir óheppilega samruna, að fella samrunann undir brot gegn 82. gr. Það almenna próf sem framkvæmdastjórnin gerði til þess að athuga hvort samruni væri óheppilegur var að athuga hversu mikil samþjöppun yrði við samruna og hvort hann myndi hafa veruleg áhrif á virka samkeppni. Má nefna að þessi aðferð á rætur sínar að rekja til sambærilegra ákvæða í Clayton-lögunum er varða takmörkun á samkeppni (e. substantial lessening of competition).

### 2.1.3 EES

Samkeppnisreglur eru veigamikill þáttur í EES-samningnum. Þeim er aðeins beitt þegar ákvarðanir eða samningar fyrirtækja á EES-svæðinu geta haft bein eða óbein áhrif á viðskipti á svæðinu. EES-samningurinn eða öllu heldur samkeppnisreglur samningsins gilda þannig samhliða samkeppnislögum aðildarríkja hans. Samkeppnisreglum samningsins er beitt af ESA, framkvæmdastjórn ESB (hér eftir framkvæmdarstjórnin), eða innlendum samkeppnisyfirdömdum í hverju landi fyrir sig.

Málum er skipt á milli ESA og framkvæmdastjórnarinnar, á grundvelli 56. og 57. gr. EES-samningsins en samkeppnisyfirdömdum ber, á grundvelli samkeppnislaga síns ríkis, að beita 53. og 54. gr. samningsins, hafi samningar fyrirtækja áhrif á svæðinu.<sup>5</sup>

EFTA-dómstólinn tekur á brotum ríkja gegn ákvæðum EES-samningsins og ákvörðunum ESA sem teknar eru með stoð í samningnum en auk þess gefur dómstólinn út ráðgefandi álit. Þannig er víst að á öllu EES-svæðinu gilda reglur EES um samkeppni. Þar sem samningurinn var gerður til þess að auka skilvirkni innri markaðar Evrópu er ljóst

---

<sup>5</sup> Björg Thorarensen, „Tengsl þjóðaréttar við íslenska stjórnskipun og áhrif alþjóðasamninga á íslenskan rétt“ (2012) 65 (3) Úlfjótur 271, 274.

að réttarreglur verða að vera sambærilegar svo að réttarstaða einstaklinga og lögaðila verði ekki mismunandi eftir því hvort ESB- eða EES-reglur eiga við.<sup>6</sup> Enda er ljóst að fyrirtæki eiga að geta búið við ákveðna réttarvissu hvar sem þau eru stödd á EES-svæðinu.<sup>7</sup>

#### 2.1.4 Saga samkeppnisréttar á Íslandi

Fyrstu samkeppnisreglur sem lögfestar voru á Íslandi var að finna í lögum um verðlag, samkeppnishömlur og óréttmæta viðskiptahætti nr. 56/1978.<sup>8</sup> Framkvæmd laganna var í höndum Verðlagsráðs og Verðlagsstofnunar. Samkeppnisreglur á Íslandi hafa þróast í takt við önnur Evrópuríki eftir að Ísland gerðist aðili að EES-samningnum. Strax í upphafi var talið, við samningaviðræður við stofnun EES-samningsins, að mikilvægt væri að hlúa að innri markaðnum og til þess þyrftu að vera samkeppnisreglur sem væru einsleitar í öllum aðildarríkjum ESB og EES.<sup>9</sup> Tóku því sérstök samkeppnislög nr. 8/1993 við lögum nr. 56/1978. Með nýju lögunum var lögð megináhersla á að efla samkeppni ásamt því að draga úr verðlagsafskiptum.<sup>10</sup> Með því má segja að samkeppnissjónarmið hafi verið sett í forgang yfir verðlagseftirlit. Það var einnig tekið tillit til þess við mótnun nýju reglnanna að íslensk fyrirtæki væru ekki einungis að keppast hvert við annað innbyrðis, heldur væru þau einnig á samkeppnismarkaði við önnur fyrirtæki á EES-svæðinu. Meginforsenda nýju laganna var að taka tillit til samkeppnisreglna sem giltu innan EES.<sup>11</sup>

Samkeppnislög nr. 44/2005 leystu lög nr. 8/1993 af hólmi en það höfðu átt sér stað miklar breytingar á samkeppnisreglum innan ESB á árunum á undan. Meginmarkmið nýju laganna var að færa samkeppniseftirlit frá miðstýrðu eftirliti til aðildarríkja sambandsins.<sup>12</sup> Samkeppniseftirlitið var stofnað í kjölfarið og tók þar með við verkefnum samkeppnisráðs og Samkeppnisstofnunar. Töldu stjórnvöld á þessum tíma að fyrirkomulag laga nr. 8/1993 hefði verið óþarflega flókið og að samkeppnisyfirvöld ættu

<sup>6</sup> Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið* (Orator 2000) 63.

<sup>7</sup> Stefán Már Stefánsson höfundur, *Samkeppnisreglur* (Félag íslenskra iðnrekenda 1993), 133.

<sup>8</sup> Vilhjálmur Þór Á. Vilhjálmsson, „Samstilltar aðgerðir í samkeppnisrétti“ (2010) 63 (4) *Úlfjótur* 421, 424.

<sup>9</sup> Alpt. 1992-93, A-deild, 361.

<sup>10</sup> Alpt. 1992-92, A-deild, 368.

<sup>11</sup> Stefán Már Stefánsson (n. 7), 150.

<sup>12</sup> Alpt. 2004-05, A-deild, 4241.

erfitt með að sinna brýnustu verkefnum og því hafi þessar breytingar verið nauðsynlegar.<sup>13</sup> Ný stofnun varð til undir nafninu Neytendastofa en þannig tókst stjórnvöldum að fækka verkefnum Samkeppniseftirlitsins með því að færa eftirlit með óréttmætum viðskipta- háttum yfir á Neytendastofu.<sup>14</sup> Með lögum nr. 94/2008 voru gerðar enn frekari breytingar á ákvæðum samkeppnislaga. Með breytingunum var reynt að styrkja efnisreglur samruna- ákvæða en með þeim breytingum var gefið meira svigrúm til Samkeppniseftirlitsins til að leggja efnislegt mat á samruna.<sup>15</sup>

Beiting samkeppnislaga á Íslandi mótast, eðli máls samkvæmt, mikið af sams konar beitingu þeirra innan EES og ESB. Oft er stuðst við dóma Evrópudómstólsins og ákvarðanir framkvæmdastjórnarinnar við túlkun samkeppnislaganna. Er því ljóst að beiting íslensku laganna er samofin þeim sem finna má í kringum Ísland.

---

<sup>13</sup> Alpt. 2004-05, A-deild, 4244.

<sup>14</sup> Eiríkur Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristín Benediksdóttir, *Opinbert markaðseftirlit* (Codex 2012), 208.

<sup>15</sup> Alpt. 2007-2008, A-deild 1188.



### 3. Skilgreining á litlum hagkerfum

Til þess að geta gert nánari athugun á beitingu samkeppnisreglna í litlum hagkerfum er nauðsynlegt að skilgreina hvað lítið hagkerfi er. Hægt er að skilgreina hugtakið á marga mismunandi vegu en höfundur styðst við kenningu Michal S. Gals. Hún telur að lítið hagkerfi sé sjálfstætt og fullvalda hagkerfi, sem getur aðeins stutt fáa keppinauta í flestum atvinnugreinum sínum.<sup>16</sup>

Jafnframt er gagnlegt að skýra hvað hugtakið samþjöppun á markaði felur í sér. Talað er um að markaður sé samþjappaður þegar fá fyrirtæki skila meirihlutanum af heildarframleiðslu viðeigandi markaðar. Þegar mikil samþjöppun á sér stað er líklegt að fákeppni ríki á þeim markaði og öfugt ef lítil samþjöppun er á viðkomandi markaði, eðli máls samkvæmt. Það eru til mismunandi leiðir til þess að athuga samþjöppun markaða en ein sú algengasta er að meta hana á einstökum mörkuðum með því að styðjast við svonefndan Herfindahl-Hirschman-samþjöppunarstuðul (e. HHI). Þessi stuðull er bæði notaður í bandarískum og evrópskum samkeppnismálum. HHI er samanlögð markaðs-hlutdeild hvers fyrirtækis sem er á þeim markaði sem við á, færð upp í annað veldi. Gildi stuðulsins liggur á milli talnanna 0 og 10.000. Eftir því sem það er hærra þeim mun meiri er markaðssamþjöppunin. Lítið er svo á að HHI undir 1000 gefi til kynna að samþjöppun á markaði sé lítil, HHI milli 1000-1800 þýðir miðlungssamþjöppun á markaði og að hún sé mikil þegar HHI er hærra en 1800. Eftir því sem samþjöppunin er meiri er almennt meiri hætta á samkeppnishömlum.<sup>17</sup> Önnur leið til þess að athuga samþjöppun á markaði er með því að skoða stærstu fyrirtæki á viðeigandi markaði og sjá hversu stóran hluta þau hafa af heildarframleiðslu markaðarins.<sup>18</sup>

Þrír meginþættir hafa áhrif á markaðsstærð, þ.e. íbúafjöldi hagkerfis, dreifing íbúa innan hagkerfisins og að lokum vilji eða möguleikinn á að stunda viðskipti. Þessir meginþættir eru þó ekki tæmandi. Neyslumynstur, smekkvísi og tekjumagn geta einnig haft áhrif á samþjöppun á vissum mörkuðum. Lög, reglugerðir og aðgangur að viðeigandi

---

<sup>16</sup> Michal S Gal, *Competition Policy for Small Market Economies* (Harvard University Press 2003), 1.

<sup>17</sup> Páll Gunnar Pálsson, „Fákeppni í smærri hagkerfum“.

<[http://wayback.vefsafn.is/wayback/20060522234636/www.samkeppni.is/samkeppni/upload/files/skyrslur/raedur\\_og\\_kynningar/pall\\_gunnar\\_palsson\\_islenska.pdf](http://wayback.vefsafn.is/wayback/20060522234636/www.samkeppni.is/samkeppni/upload/files/skyrslur/raedur_og_kynningar/pall_gunnar_palsson_islenska.pdf)> skoðað 23. mars 2020.

<sup>18</sup> Simon Bishop og Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (3. útg., Sweet & Maxwell : Thomson Reuters 2013), 22.

tækni geta einnig haft áhrif. Það er þó skoðun Gals að þegar verið er að athuga flest og jafnvel öll smá hagkerfi þá sé mikilvægast að líta til fyrrnefndra þriggja meginþátta.<sup>19</sup>

Lágur íbúafjöldi takmarkar eftirspurn og dregur úr fjölda fyrirtækja sem geta starfað á markaðnum á skilvirkan hátt. Dreifing íbúa yfir stórt landfræðilegt svæði, getur og er líkleg til að skapa litla staðbundna markaði innan hagkerfisins. Stærð hagkerfis er einnig bundin lögum, reglugerðum, tækni og pólitískum aðstæðum hagkerfisins en allir þessir hlutir eru til þess fallnir að skapa aðgangshindranir fyrir mögulega keppendur, sem vilja komast á markað. Michal Gal telur mikilvægi lögsagnarumdæmisins, varðandi efnahagslega greiningu, vera algjörlega háða því alþjóðlega umhverfi sem hagkerfið er staðsett í. Sem dæmi er hægt að flokka Liechtenstein, Andorra og Mónakó sem sjálfstæð lögsagnarumdæmi en þessi lönd eru í raun svo samþætt stærri nágrannaríkjum sínum að í efnahagslegu tilliti eru þau hluti af mörkuðum nágrannaríkja sinna.<sup>20</sup>

Skilgreiningin á litlu hagkerfi er ekki fastmótuð í þeim skilningi að það eru ekki til nein ákveðin mörk sem skilja að lítið og stórt hagkerfi. Sum eru agnarsmá með tilliti til íbúafjölda eins og t.d. Jersey (sem hefur íbúafjölda um 106 þúsund manns) og Malta (493 þúsund manns). Einnig má nefna Ísland (u.þ.b. 360 þúsund manns). Vert er að taka fram að þessi hagkerfi eru eyjur. Ástralía sem er mun stærra, með tilliti til landfræðilegra marka og hvað varðar íbúafjölda (25 milljónir manna), getur samt fallið undir lítið hagkerfi þar sem flestar atvinnugreinar einkennast af samþjöppuðum mörkuðum. Dreifing íbúa Ástralíu, sem er tiltölulega mikil með hliðsjón af landfræðilegum sjónarmiðum, er til þess fallin að skapa marga litla staðbundna markaði. Þessi staðreynd, ásamt því að vera staðsett langt í burtu frá stærstu viðskiptaaðilum sínum, skapar vandamál sem eru hvað algengust hjá litlum hagkerfum. Því minna sem hagkerfi er, því meiri er samþjöppun á markaði er að finna og öfugt þegar um er að ræða stærri hagkerfi.<sup>21</sup>

Það sem einkennir þó öll lítil hagkerfi er að markaðir þeirra einkennist af einokun eða fákeppni. Með einokun er átt við að hafa einkarétt eða altæk einkaumráð yfir einhverju, þannig að öðrum sé bægt frá eða bönnuð samkeppni.<sup>22</sup> Fákeppni eða fákeppnismarkaður er þegar líklegt er að samkeppnisaðilar grípi til aðgerða gegn aukinni

---

<sup>19</sup> Gal (n. 16), 267.

<sup>20</sup> sama heimild 2.

<sup>21</sup> sama heimild 3.

<sup>22</sup> Páll Sigurðsson o.fl. (ritstj.), *Lögfræðiorðabók: með skýringum* (Codex 2008).

framleiðslu hjá einum eða fleiri samkeppnisaðilum. Hvatinn til að auka framleiðslu gæti þá minnkað, nema samkeppnisávinningur aukinnar framleiðslu sé slíkur að það hvetji viðkomandi fyrirtæki til að hverfa frá hinni almennu markaðsstefnu, sem aðrir aðilar á markaðnum hafa tekið upp.<sup>23</sup>

Það þarf að leggja áherslu á, ef farið er eftir líkani Gals um skilgreiningu á litlum hagkerfum, að ekki sé nauðsynlegt að allar atvinnugreinar hagkerfis séu samþjappaðar. Sumar atvinnugreinar, eins og smásöluþjónusta, geta verið samkeppnishæfar jafnvel í litlum hagkerfum. Í slíkum tilvikum takmarkar fjöldi íbúa ekki umfang framleiðslu slíkra fyrirtækja. Engu að síður, þegar slík fyrirtæki eru undantekningin frá reglunni ætti að skilgreina umdæmið sem hagkerfið liggur í sem lítið.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Stjórnartíðindi Evrópusambandsins C 101, 27.4.2004, 97.

<sup>24</sup> Gal (n. 16), 3.

## 4. Álitafni um beitingu samrunareglna í litlum hagkerfum

### 4.1 Inngangur

Reglurnar sem gilda um ólögmætt samráð og hugsunin sem býr að baki þeim reglum eru ekki tengdar stærð þess hagkerfis sem um ræðir. Með því er átt við að það skiptir ekki máli hvort hagkerfið sé stórt eða lítið með tilliti til þess hvort hagkerfið vill nota krafta virkrar samkeppni til að tryggja góða nýtingu framleiðslupátta, þá er ólögmætt samráð jafn skaðlegt burtséð frá stærð hagkerfisins. Öðru máli kann að gegna um reglur sem lúta að stöðu um misnotkun á markaðsráðandi stöðu og reglur um samruna fyrirtækja. Viðmiðin sem eru notuð til að ákvarða hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi og hvort hún hafi verið misnotuð sem og viðmiðin sem notuð eru við mat á því hvort samruni hafi skaðleg áhrif á samkeppni eru sniðin í kringum lögmál sem eiga við um mjög stóra markaði. Staðreyndin er sú að t.d. íslensk samkeppnislög eru byggð á ESB-reglum en augljóslega eru ESB-reglurnar hannaðar til að ná utan um samkeppni á öllu Evrópusambandsvæðinu og sama gildir um eldri forvera þeirra og bandarískan samkeppnisrétt. Getur því verið álitamál hvort þær reglur henti jafnvel fyrir margfalt minna markaðssvæði eins og t.d. Ísland. Með þetta í huga verður í næstu köflum fjallað um ýmis álitamál sem þessu tengjast hvað varðar samruna fyrirtækja og háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja.<sup>25</sup>

### 4.2 Samrunareglur

Samkvæmt 102. gr. TFEU, getur framkvæmdastjórnin hlutast til um hegðun fyrirtækja, sem hún telur að séu að misnota markaðsráðandi stöðu sína. Framkvæmdastjórnin kemur einnig í veg fyrir að fyrirtæki komist, í gegnum samruna, í þá stöðu að geta hagað sér án tillits til samkeppnisaðila innan markaðarins. Samrunaeftirlit er eitt áhrifaríkasta verkfæri samkeppnisyfirvalda til að fylgjast með og stjórna markaðsstyrk fyrirtækja. Það virkar sem vernd gegn eflingu eða sköpun markaðsstyrks, sem á ekki rétt á sér. Samrunaeftirlit gerir það með því að koma í veg fyrir ákveðnar breytingar á markaðsskipan frekar en með hegðunareftirliti.

Samrunastefna er mikilvæg fyrir lítil hagkerfi þar sem samruni er einn helsti

---

<sup>25</sup> Philip Marsden og Liza Gormsen, „Guidance on Abuse in Europe: The Continued Concern for Rivalry and a Competitive structure“ (2010) 55 (4) 875.

drifkrafturinn hvað varðar breytingar á samþjöppuðu markaðsskipulagi. Sérstaklega eru samrunar meginverkfæri til að ná fram mögulegri hagkvæmni á fákeppnismörkuðum. Einnig eru samrunar líklega best og stundum eini möguleiki fyrirtækja í litlum hagkerfum hvað varðar aðkomu hagkvæmari erlendra samkeppnisaðila.<sup>26</sup>

Ekki er til að dreifa mörgum fræðiritum sem varða samrunastefnur hagkerfa, hvað þá í litlum hagkerfum en í bók Michal S. Gals kemur hún því á framfæri að þær sérstöku markaðsaðstæður sem skapast í litlum hagkerfum ættu að hafa áhrif á hagkvæmstu samrunastefnuna, sem notuð er í því hagkerfi. Enn fremur telur hann að markaðir með mikla samþjöppun gætu þurft að leggja áherslu á meiri samþjöppun til þess að ná lágmarksskilvirkni (e. MES)<sup>27</sup>. Annars vegar gæti óhóflega stíft aðhald gagnvart samrunum, komið í veg fyrir skilvirkni og á sama tíma fest í sessi óskilvirkt markaðsskipulag. Telur Gal að þörfin á hagræðingu sé mun mikilvægari eftir því sem hagkerfi verður opnara fyrir alþjóðlegri samkeppni. Hins vegar gæti samrunastefna, sem ýtir undir óhóflega samþjöppun, styrkt einokunarþætti í litlu hagkerfi. Þá sérstaklega á mörkuðum sem einkennast af aðgangshindrunum, en þegar visst markaðsskipulag er komið á er erfitt að breyta því. Einnig teflir Gal fram þeim rökum að samrunastefna sé öflugasta vopnið sem völ er á í samkeppnisstefnu til að berjast gegn þegjandi samráði og annarri samvinnu-hegðun.<sup>28</sup> Samrunastefna í litlu hagkerfi ætti því að samanstanda af sveigjanlegum reglum til að draga úr áhyggjum af samkeppni og stuðla að hagkvæmni markaðarins.<sup>29</sup>

### 4.3 Ólögmetisprófið

Stærð markaðar hefur áhrif á hvaða ólögmetispróf vegna samruna sé best að nota. Tvö meginpróf eru til staðar. Hið fyrra bannar samruna sem munu eða eru líklegir til að koma

---

<sup>26</sup> Gal (n. 16), 194.

<sup>27</sup> Lágmarksvirknimælikvarði (MES) er lægsti punktur kostnaðarferils þar sem fyrirtæki getur framleitt vöru sína á samkeppnishæfu verði. Á MES-punktinum getur fyrirtækið náð stærðarhagkvæmni sem er nauðsynleg til að það geti keppt á áhrifaríkan hátt á þeim markaði sem það starfar.

<sup>28</sup> Gal (n. 16), 194 – 196.

<sup>29</sup> RS Khemani, „Merger Policy and Small Open Economies: the Case of Canada“ í Ben Dankbaar, John Groenwegen og Hans Schenk (ritstj.), *Perspectives in Industrial Organization* (Kluwer Academic 1990), 215; sjá einnig RS Khemani, „Merger Policy in Small vs. Large Economies“ [1991] *Canadian Competition Policy at the Centenary*, 205.

í veg fyrir samkeppni eða draga úr samkeppni á mörkuðum verulega (SLC). Sem dæmi má nefna 1. mgr. 92. gr. kanadísku samkeppnislagna en þar segir:

Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially.<sup>30</sup>

Þetta próf er almennt túlkað þannig að það komi í veg fyrir samruna sem auka verulega markaðsstyrk fyrirtækja, sem starfa á viðkomandi markaði. Það er aðallega verið að reyna að koma í veg fyrir beitingu markaðsstyrks einhliða og eða beint eða óbeint samráð fyrirtækja. Seinna ólögmetisprófið bannar samruna sem skapa eða styrkja markaðsráðandi stöðu (HC). Þessa aðferð notaði t.d. ESB sbr. 2. gr. eldri samrunareglugerðarinnar nr. 4064/89<sup>31</sup>, fyrir upptöku reglugerðar 139/2004.<sup>32</sup>

Má nefna að Michal S. Gal telur að SLC-nálgunin sé hagkvæmari fyrir lítil hagkerfi en HC-nálgunin. Gal teflir fram þeim rökum að í litlu hagkerfi myndu flestir samrunar, eða a.m.k fleiri samrunar, hafa tilhneigingu til að skapa markaðsráðandi stöðu fyrirtækis. Slíkir samrunar draga hins vegar ekki endilega úr samkeppni. Tekur Gal sem dæmi ef markaður einkennist nú þegar af fákeppni þar sem aðilar á markaðnum samhæfa háttsemi sína með því að draga úr framleiðslu og hækka verð muni samruni ekki draga verulega úr samkeppni þar sem hún er ekki til staðar fyrir. Gal telur samruna geta hjálpað til við að bæta úr aðstæðum þar sem fyrirtæki gera sér ekki grein fyrir stærðarhagkvæmni, og að hið nýja fyrirtæki getur mögulega einnig aukið framleiðslugetu verulega vegna samrunans. Slíkir samrunar ættu því að vera heimilaðir, nema greining á markaðsskilyrðunum bendi til þess að mögulegt sé fyrir önnur fyrirtæki að komast inn á markaðinn þrátt fyrir fákeppnina og gera markaðinn samkeppnishæfan á ný. Nefnir Gal einnig að þegar samruni gerir samrunafyrirtækjum kleift að keppa á áhrifaríkan hátt við einokunaraðila, sem var á markaðnum fyrir eða við erlenda innflytjendur, þá ætti samruninn að vera leyfður. Jafnvel þótt það gæti skapað markaðsráðandi stöðu fyrir hið nýja sameinaða fyrirtæki (sérstaklega þar sem markaðsráðandi staða er skilgreind sem fyrirtæki með markaðshlutdeild um eða yfir 50%). Að lokum má nefna að Gal er þeirrar skoðunar að

<sup>30</sup> 1. mgr. 92. gr. kanadísku samkeppnislagna (Canadian Competition Act).

<sup>31</sup> Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings.

<sup>32</sup> Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation).

samrunar sem skapa ekki markaðsráðandi stöðu geta þó minnkað samkeppni til muna. Mikilvægast er þó að hafa í huga að fyrrnefnt SLC-próf kemur ekki í veg fyrir samráð á milli fyrirtækja sem sækjast eftir yfirburðum á markaði, sem er mikið áhyggjuefni í litlum hagkerfum.<sup>33</sup>

Til að sýna muninn á þessum tveimur stöðlum bendir Michal S. Gal í bók sinni á mál *Progressive Enterprises Ltd.*<sup>34</sup> gagnvart samkeppnisyfirvöldum á Nýja-Sjálandi. Þar í landi hafði samkeppnislögum verið breytt þannig að ólögmetisprófið fór úr því að banna samruna sem „skapa eða styrkja markaðsráðandi stöðu“ yfir í samruna sem „munu eða eru líklegir til að koma í veg fyrir samkeppni eða draga úr henni á mörkuðum verulega“. Lagabreytingin átti sér stað í þeim tilgangi að samræma löggjöf Nýja-Sjálands við Ástralíu, sem hafði breytt ólögmetispröskuldi sínum nokkrum árum fyrr. Breytingin átti sér m.a. stað vegna hversu samþjappaður hin ástralski markaður var.<sup>35</sup> Degi áður en lögin áttu að taka gildi sóttist fyrirtækið *Progressive Enterprises*, sem átti þrjár verslunarkeðjur, eftir samruna við aðra verslunarkeðju. Samkeppnisyfirvöld þar í landi samþykktu samrunann á grundvelli eldri laganna en samkvæmt dómaframkvæmd þar í landi var markaðsstyrkur skilgreindur sem „markaðsstyrkur í miklum mæli“.<sup>36</sup> Samkeppnisyfirvöld töldu að hann félli ekki undir þá skilgreiningu.

Byggði eftirlitið ákvörðun sína á þeim forsendum að fyrirtækið eftir samruna myndi hafa 42 prósent af markaðshlutdeild á viðeigandi markaði og að það myndi hljóta aðhald frá *Foodstuffs*-fyrirtækinu, sem hafði 58 prósent markaðshlutdeild. *Foodstuffs* áfrýjaði þessari ákvörðun, sem var samþykkt á þeim grundvelli að samkeppnisyfirvöldum bæri að hafa ákvæði nýju laganna að leiðarljósi.<sup>37</sup> Samruninn yrði þá metinn aftur. Samkeppnisyfirvöld sögðu að dvínandi samkeppni og aukning markaðsstyrks ættu að vega jafnt þungt við mat á samrunanum. Sömuleiðis var tekið fram að nýi staðallinn væri mun víðtækari en sá fyrri og að samkeppnisyfirvöld þurftu að taka tillit til þess að samruninn væri til þess fallinn að stuðla að þegjandi samráði og að öflugur keppandi væri

---

<sup>33</sup> Gal (n. 16), 206-207.

<sup>34</sup> *Foodstuffs (Auckland) Ltd. v. Commerce Commission and Progressive Enterprises Ltd.* (CA163/01) (2001) NZCA 294 (Court of Appeal of New Zealand).

<sup>35</sup> *Mergers, Takeovers, and Monopolies: Profiting from Competition.* (Griffiths Report, 1989).

<sup>36</sup> *Commerce Commission v. Port Nelson Ltd.* (1995) 5 NZBLC 103,762-103,787.

<sup>37</sup> *Foodstuffs (Auckland) Ltd. v. Commerce Commission and Progressive Enterprises Ltd.* (CA163/01) (2001) NZCA 294 ( Court of Appeal of New Zealand).

tekinn af markaði.<sup>38</sup> Að lokum komust samkeppnisyfirvöld að þeirri niðurstöðu að samruninn myndi leiða til samþjöppunar á markaðnum þar sem tvö fyrirtæki af svipaðri stærð hygðust sameinast, með svipaða söluvöru og gagnsæi í verðlagningu, sem myndi búa til grundvöll fyrir þegjandi samráði sem líklegast myndi minnka samkeppni og jafnvel leiða til verðsamráðs. Var því samruninn ekki leyfður.<sup>39</sup>

Framkvæmdastjórn ESB sá fljótt að mikilvægt væri að víkka út umfang samrunalaga sinna, sem þá féllu undir HC-nálgunina, með því að láta sameiginleg yfirráð falla einnig þar undir. Reynsla þeirrar nálgunar hefur þó leitt í ljós takmörkun þegar kemur að því að koma í veg fyrir breytingar sem eiga sér stað á markaðnum hvað varðar samræmda verðlagningu. Það er sú framkvæmd að fylgja verðlagningaraðferðum annarra fyrirtækja, einkum samkeppnisaðila. Það var einnig vandamál hvernig efnahagslegum tengslum þurfti að vera háttað á milli aðila á fákeppnismarkaði til að um væri að ræða sameiginleg yfirráð.<sup>40</sup>

Annað vandamál hvað þessu viðkemur er að tengja hugtakið yfirráð, sem skilgreint er í samhengi eins fyrirtækis, við hugtakið sameiginleg yfirráð. Við skilgreininguna á markaðsráðandi stöðu þarf að liggja fyrir að markaðsráðandi fyrirtæki geti hegðað sér án tillits til samkeppnisaðila. Hins vegar þegar jafnvægi er á markaðnum og þegjandi samráð er ekki til staðar eru aðilar á fákeppnismarkaði bundnir við verðlagningu samkeppnisaðila á sama markaði.<sup>41</sup> Ef stuðst væri við SLC-prófið væri nægilegt að sýna að miklar líkur væru á því að eftir samrunann yrði jafnvægi hvað samkeppni varðar á markaðnum minna. Að lokum má benda á að í dómaframkvæmd ESB, nánar tiltekið í máli *Airtours plc. gegn framkvæmdastjórninni*<sup>42</sup>, vakti niðurstaðan mikla óvissu varðandi beitingu reglnanna er varðar fákeppni, eins og áður hefur verið rakið. Vegna óvissunnar, sem bent var á í máli í *Airtours gegn framkvæmdastjórninni*, var lagt til að önnur aðferð yrði notuð, varðandi vandamálin sem upp komu. Hægt væri að spyrja hvort samruninn sem um ræðir myndi

---

<sup>38</sup> sama heimild 79-84.

<sup>39</sup> sama heimild 222-226.

<sup>40</sup> Til að sjá greiningu af málum innan ESB varðandi vandkvæði við beitingu reglunnar um sameiginleg yfirráð skal skoða John Temple Lang, „Oligopolies and Joint Dominance in Community Anti-trust Law,“ í bókinni *International Antitrust Law and Policy*, Barry Hawk (ritstj.) (New York: Juris, 2014) 269.

<sup>41</sup> Frederic Jenny, „*Collective Dominance and the EC Merger Regulation*,“ í Hawk, *International Antitrust Law and Policy*. 361.

<sup>42</sup> Mál T-342/99, *Airtours v Commission* [2002] ECR II-2585. 62. mgr.



„draga verulega úr samkeppni“ (SLC).<sup>43</sup> Samkvæmt grein Roller De La Mano, krefst SLC-prófið ekki að yfirburðir séu nauðsynlegir eða nægilegir, en samkvæmt HC-prófinu hafi lögunum ekki verið nægilega fylgt eftir og samruni geti haft alvarleg samkeppnishamlandi áhrif jafnvel án yfirburða þegar notast var við HC-prófið.<sup>44</sup>

#### 4.4 Nálgun við samrunaeftirlit

Að mati sumra fræðimanna má greina tvær meginnálganir við mat á lögmæti samruna með tilliti til hagræðingarsjónarmiða. Fyrsta nálgunin nefnist algild nálgun (e. absolute value approach) en samkvæmt henni eru allir samrunar sem eru líklegir til að draga úr samkeppni bannaðir, burtséð frá hugsanlegri hagræðingu sem þeir gætu haft í för með sér.<sup>45</sup> Þessi nálgun var vinsælust í stærstu ríkjum heims lengi vel en er nú víkjandi. Önnur nálgun er jafnvægisnálgun (e. balancing approach), en felst hún í því að virtir eru hagsmunir neytenda og einnig framleiðenda. Þessi nálgun lítur á samkeppni sem mikilvægt atriði við mat lögmæti samruna en ekki það eina sem ber að líta til.

#### 4.5 Nálgun ESB

Lengi vel var það nálgun EB og seinna ESB að beita algildingarnálguninni. Í eldri reglugerð um samrunaeftirlit var sett fram skilyrði að samrunar sem sköpuðu eða styrktu markaðsráðandi stöðu, væru bannaðir.<sup>46</sup> Þegar stuðst var við þessa reglugerð var aðallega litið til markaðshlutdeildar og getu fyrirtækis til að hegða sér á markaði án tillits til samkeppnisaðila og neytenda.<sup>47</sup> Þó mátti einnig líta til tækni- og efnahagsframfara neytendum til hagsbóta. Það var þó alls ekki að auðvelt að færa rök fyrir hagræðingu en má í þessu sambandi t.d. benda á mál *Nordic Satellite Distribution (NSD)*,<sup>48</sup> en það mál sýnir viðhorf framkvæmdastjórnarinnar á þessum tíma. Um var að ræða samruna

---

<sup>43</sup> Richard Whish og David Bailey, *Competition Law* (9. útg., Oxford University Press 2018), 85.

<sup>44</sup> Lars-Hendrik Röller og Miguel De La Mano, „The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control“ (2006) 2 (1) *European Competition Journal*, 9.

<sup>45</sup> Malinauskaite, Jurgita, *Merger Control In Post-Communist Countries: EC Merger Regulation In Small market Economies*, 96.

<sup>46</sup> EC, *Notice on the Concept of Concentration* undir Council Regulation (EEC) Nr. 4056/89 on the Control of Concentrations between Undertakings OJ 1998 C66/5. 2. gr.

<sup>47</sup> *Renault/Volvo (M.004)* [1991] 4 CLMR 297.

<sup>48</sup> *Nordic Satellite Distribution (M.490)* OJ 1996 L53/21.

fyrirtækja sem sáú um áskriftarsjónvarp. Jafnvel þótt staðfest væri að samruninn myndi skila mikilli hagræðingu til neytenda var samruninn bannaður. Tilætlunin var að gangast í samrekstur (e. joint venture) á markaði fyrir dreifingu á áskriftarsjónvarpi til Norðurlandanna. Framkvæmdastjórnin bannaði samrunann en það var byggt á þeim rökum að í kjölfar hans myndu aðgangshindranir á markaði aukast. Einnig var talið sennilegt að samrunafyrirtækið næði markaðsráðandi stöðu ef samruninn gengi í gegn.

ESB og framkvæmdastjórnin hafa verið litin gagnrýnum augum varðandi rök fyrir hagræðingu. Bentu jafnvel fræðimenn á, á þessum tíma, að framkvæmdastjórnin hefði verið að líta á varnir fyrirtækja um hagræðingu sem hugsanlega vísbendingu fyrir því að samrunafyrirtækið myndi líklegast verða markaðsráðandi, einkum vegna stærðar-hagkvæmnissjónarmiða.<sup>49</sup> Samrunastefnu EB á þessum tíma verður að túlka með hliðsjón af hugmyndafræðinni sem lá að baki Rómarsáttmálanum. Hún snerist um að viðhalda samkeppni innan EB. Sömuleiðis var talið að ef markaðsráðandi staða væri þegar fyrir hendi og virk samkeppni væri brothætt væri markmið sáttmálans að viðhalda þeirri samkeppni þótt lítil væri.<sup>50</sup>

Má nefna að önnur reglugerð er nú í notkun í ESB en það er reglugerð nr. 139/2004. Í henni er fjallað um þýðingu hagræðingarsjónarmiða sem tengjast samruna í aðfaraorðum. Þýðing hagræðingar fyrir mat á lögmæti samruna var aukið með því að fjallað er um það sjónarmið í aðfaraorðum reglugerðarinnar. Um slík sjónarmið var ekki fjallað í eldri reglugerð því það var ekki beinlínis fjallað um hagræðingu í sjálfri reglugerðinni. Í aðfararorðum reglugerðarinnar kemur þó fram að taka eigi tillit til hennar í reynd og líklegar hagræðingar, sem aðilar sem aðhyllast samruna færa rök fyrir.<sup>51</sup> Er samrunastefna ESB því í dag meira í takt við jafnvægis nálgunina, að minnsta kosti í orði.

#### 4.6 Algildisstefnan í litlum hagkerfum

Notkun algildisstefnunnar í litlum hagkerfum getur valdið skaða á samkeppni, vegna þess að hún kemur í veg fyrir að viðeigandi samkeppniseftirlit og dómstólar geti gert upp á milli samruna sem hafa í för með sér hagræðingu og þeirra sem gera það ekki. Margir samrunar sem eru líklegir til þess að hafa í för með sér hamlandi áhrif á samkeppni en

---

<sup>49</sup> Alistair Lindsay og Alison Berridge, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues* (3. útg., Sweet & Maxwell 2009), 303.

<sup>50</sup> Gal (n. 16), 206.

<sup>51</sup> 29. mgr. í aðfararorðum að samrunareglugerð ESB nr. 139/2004.

sem á sama tíma myndu auka velferð neytenda, yrðu aldrei samþykktir. Má þar nefna að nokkrar þjóðir með lítil hagkerfi voru lengi og vel með þessa nálgun, þ.á m. Ísrael og Nýja-Sjáland. Sem dæmi var nálgun samkeppnisyfirvalda í Ísrael, það er að segja áður en Ísrael gerðist aðili að OECD árið 2010<sup>52</sup>, byggð á þeirri skoðun að „einokun vari að eilífu“ en hún grundvallast af því að markaðurinn gæti ekki auðveldlega losað sig við einokun eftir að hún væri komin til og að yfirvöld hefðu takmörkuð verkfæri til að berjast gegn henni, og þess vegna ætti að fordæma einokun frá byrjun.

Það er skoðun Michal Gal að með þessari nálgun hafi þrjár staðreyndir verið hundsaðar. Bendir hún í fyrsta lagi á, sérstaklega þegar um er að ræða lítil hagkerfi, að samþjöppun er hugsanlega nauðsynleg til að ná fram stærðarhagkvæmni og samlegðaráhrifum<sup>53</sup> þar sem markaðshlutdeild vegur upp á móti hagræðingu. Í öðru lagi bendir Gal á að að hagnaður fyrirtækja er oft takmarkaður á fákeppnismörkuðum þar sem fyrirtæki græða mest á þegjandi samráði. Á meðan stór hagkerfi geta gert ráð fyrir því að stærðarhagkvæmni og samlegðaráhrif komist náttúrulega á með hjálp áhrifa markaðarins, þá telur Gal að sú ályktun eigi ekki við í litlum hagkerfum. Mikil samþjöppun á markaði gefur sterklega til kynna möguleikann á alls kyns hagræðingu, en þó aðeins með samruna sem hefur samkeppnishamlandi áhrif. Í þriðja og síðasta lagi nefnir Gal að á mörkuðum þar sem samvinnuhegðun er viðhaldið auðveldlega, þar sem vörur eru einsleitar varðandi gagnsæi í verði o.fl., þá er ekki mikill munur í neytendavelferð á milli þess að hafa einn eða þrjá samkeppnisaðila á markaðnum vegna mögulegra hefndaraðgerða (e. mutual forbearance). Í slíkum aðstæðum gæti meiri hagræðing falist í því að leyfa einum aðila eða öllum á markaði að minnka eigin kostnað.<sup>54</sup>

#### 4.7 Jafnvægisstefnan

Fræðimenn hafa talað um að myndast hafi ný nálgun á síðastliðnum áratug en er nálgunin jafnan nefnd jafnvægismiðuð nálgun (e. balanced approach).<sup>55</sup> Jafnvægismiðuð nálgun bætir við öðrum þætti í samrunaefirlitsjöfnuna en það er kosturinn eða hagræðing við

---

<sup>52</sup> OECD, „Israel's accession to the OECD“ <<https://www.oecd.org/israel/israelsaccessiontotheoecd.htm>> skoðað 16. apríl 2020

<sup>53</sup> Það er t.d. þegar tvö fyrirtæki sem starfa á ólíku sviði sameinast og við það annaðhvort lækkar heildarkostnaður eða að heildartekjur aukast.

<sup>54</sup> Gal (n. 16), 214-215.

<sup>55</sup> Papadopoulos, Anestis S, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy* (2. útg., Cambridge University Press 2018) 33.

samruna. Í nálguninni er viðurkennt að samruni ætti að vera leyfður ef aukning í hagræðingu sé það mikil að hún vegi meira en samkeppnishamlandi áhrif sem samruninn kann að hafa í för með sér. Samkeppniseftirlitsstofnun hefur því meiri völd til að vega og meta hvert og eitt mál fyrir sig sérstaklega.<sup>56</sup> Ber þó að leggja áherslu á að hagræðing getur ekki verið mæld einslega. Það þarf alltaf að taka tillit til viðeigandi samkeppnishamlandi áhrifa, þar sem þau hafa áhrif á hvort annað. Dæmi um þetta má sjá í máli *Canadian Imperial Oil*.<sup>57</sup> Í því máli var talið að hagræðing væri bundin við viðbrögð keppinauta og hugsanlegra keppinauta markaðarins við útgöngu aðila af markaðnum. Ef keppinautar myndu auka sína eigin afkastagetu í kjölfar samrunans væri í raun ekki um neina raunverulega hagkvæmni að ræða.

Hvað varðar sönnunarbyrði hagræðingar má benda á ákvörðun samkeppnisráðs þann 31. október 2011 í máli *Mjólkurfélags Reykjavíkur og Fóðurlöndunnar*<sup>58</sup> en þar tefldu samrunaaðilar fram rökum um hagræðingu sem fælist í sparnaði við samrunann, þá m.a. með minni flutningskostnaði, betri innflutningskjörum og betri samvinnu. Samkeppnisráð féllst ekki á þessi rök með þeirri skýringu að samrunaaðilunum hefði ekki tekist að sýna fram á meinta hagræðingu og sömuleiðis að sanna umfang hennar. Einnig var það niðurstaða samkeppnisráðs að ekki væri sannað að ómögulegt væri að ná fram sömu hagræðingu með öðrum hætti en með samruna.

#### 4.8 Hæfi jafnvægisviðmiðsins fyrir lítil hagkerfi

Ákjósanleg samkeppnisstefna fyrir lítil hagkerfi þarf regluverk sem viðurkennir þann ávinning sem kemur til vegna hagræðingar samruna í ákveðnum markaðsaðstæðum, jafnvel þó að hann feli í sér aukningu á markaðsstyrk. Í ljósi þess að hagræðing er mjög breytileg frá einni atvinnugrein til annarrar, er ekki hægt að skapa neinar almennar forsendur fyrir mat á þessu sem byggðar eru á markaðsskipan einni saman. Þarf því að skoða hvert mál fyrir sig og greina hugsanlega hagræðingu á hverjum markaði fyrir sig. Fræðilega hentar jafnvægisáðferðin best til að stjórna samrunum í litlum hagkerfum og

---

<sup>56</sup> Gal (n. 16) 216.

<sup>57</sup> Canada (Director of Investigation and Research) v. Imperial Oil (CT-89/3) (Canadian Competition Tribunal, 26. janúar, 1990).

<sup>58</sup> Ákvörðun samkeppnisráðs frá 31. október 2001 (29/2001), 27.

Það ætti ekki að dyljast neinum að þessi hugmyndafræði er sú aðferð sem oftast er beitt í litlum hagkerfum í dag. Í framkvæmd hefur hins vegar verið sýnt fram á að kröfurnar fyrir því að viðurkenna hagræðingu, ráða því hvort sjónarmiðið eigi raunverulega möguleika á að vera viðurkennt.

Því strangari sem kröfurnar eru því minna vægi verður í reynd veitt til hagræðingar og verður því samruni sjaldan leyfður sem byggist á hagkvæmnisrökum. Það eru nokkrir þættir sem ber að hafa í huga þegar litið er til möguleika fyrirtækja að bera fyrir sig hagkvæmnissjónarmið. Það fyrsta er strangleiki sönnunarbyrðarinnar, sem lagður er á samrunaaðila til að sanna meinta hagræðingu, sem kann að leiða af samrunanum. Annar þáttur er hversu mikil áhersla er lögð á markaðsaðstæður, vegna þess að lítil hagkerfi einkennast oftast af mikilli samþjöppun og oftast er lögð mikil áhersla á ályktanir um ólögsmæti samruna vegna samþjöppunar. Í þeim tilfellum er nánast ógerlegt að samruni sé samþykktur þrátt fyrir tilvist röksemda um hagræðingu. Þriðji þátturinn varðar hagkerfi sem tekið hafa upp jafnvægisnálgunina en þá er spurning hvernig henni er beitt, þá annaðhvort með tilliti til neytandans eða fleiri þátta, eins og t.d. framleiðandans sjálfs.<sup>59</sup>

Ef skilyrðin fyrir notkun hagræðingar eru of ströng verður, eðli máls samkvæmt, erfiðara fyrir fyrirtæki að beita þeim rökum. Það er þörf á að viðurkenna erfiðleika við að sanna hagkvæmni. Lítil hagkerfi ættu því að taka mið af áhrifum þessara þátta á samkeppnisstefnu þeirra og nota tæki sem geta hjálpað til við að vinna bug á sumum þessara hindrana.

#### 4.9 Framkvæmd ESB

Eftir að samrunareglugerðin tók gildi voru gefnar út leiðbeiningarreglur við mat á láréttum samrunum, en í þeim er að finna umfjöllun um hagræðingu í VVI. kafla hennar. Í 76.-78. mgr. kemur fram að það eigi að leggja mat á hvort samruni muni koma til með að skerða virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða myndist, aukist eða samkeppni skerðist verulega að öðru leyti, með tilliti til 2. og 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar. Í mati framkvæmdastjórnarinnar þá tekur hún tillit til hagræðingar sem færðar hafa verið sönnur á, en það er gert að skilyrði að hagræðingin muni skila sér til neytenda, að hún sé beintengd samrunanum, og að lokum að hægt sé að sanna hana.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Gal (n. 16), 224.

<sup>60</sup> Alistair Lindsay og Alison Berridge (n. 49) 574.

Það getur hins vegar reynst vandasamt að sanna hagræðingu. Það er vegna þess að hagræðing verður ekki til um leið og samruninn á sér stað, og er því aðeins verið að spá til um framtíðina. Það verður að teljast auðséð, að auðveldara er að meta þau samkeppnishamlandi áhrif sem samruninn mun hafa út frá markaðsaðstæðum.<sup>61</sup>

#### 4.9.1 Skilyrði ESB vegna sjónarmiða um hagræðingu

Í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB við mat á láréttum samruna kemur fram að hagræðing komi aðeins til skoðunar ef hún telst umtalsverð.<sup>62</sup> Varðandi tímamörk skal nefnt að framkvæmdastjórn ESB tekur aðeins tillit til hagræðingar ef árangur hennar verður skýr innan ákveðins tíma, sbr. 76. mgr. leiðbeiningarreglnanna. Varðandi aðstæður á markaði má nefna að umdeilt er hversu mikið tillit samkeppniseftirliti ber að taka til hagræðingar þegar samruni leiðir til umtalsverðrar markaðshlutdeildar.

Varðandi samkeppni á fákeppnismörkuðum getur hagræðing hugsanlega haft meira vægi, eins og fyrr var rakið. Í þeim tilvikum getur samruni leitt til þess að samrunaaðilar lækki framleiðslukostnað sinn svo mikið að það auki hvata sameinaða fyrirtækisins til þess að auka samkeppni sína á markaði. Getur það leitt til þess að samrunafyrirtæki hagnist meira á því að lækka verð sín heldur en því að verðleggja vöru sína í samræmi við verð á markaðnum.<sup>63</sup> Þessi viðhorf má sjá í 82. mgr. leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnar ESB um mat á láréttum samruna. Það skal tekið fram að í reynd er mjög erfitt að færa rök fyrir þessari beitingu. Í máli *Airtours/First Choice*<sup>64</sup> tók framkvæmdastjórnin það fram að sparnaður vegna samruna, sem samrunafyrirtækið áætlaði, væri ekki það mikill að hann myndi leiða til verulegrar hagræðingar í hinu sameinaða fyrirtæki. Einnig taldi framkvæmdastjórnin ekki sannað að samruninn myndi skapa hvata til að auka samkeppni sem myndi vega upp á móti samhæfingu fyrirtækja á markaði.

Varðandi tengsl á milli markaða er tekið fram í leiðbeiningareglum

---

<sup>61</sup> Robert S Schlossberg og American Bar Association (ritstj.), *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues* (3. útg., ABA, Section of Antitrust Law 2008), 256.

<sup>62</sup> Leiðbeiningareglur framkvæmdastjórnar ESB um mat á láréttum samruna, 79. Mgr. (Commission Guidelines 2004/C 31/03).

<sup>63</sup> John Cook, *EC Merger Control* (5. útg., Sweet & Maxwell 2009), 272.

<sup>64</sup> Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB, Mál IV/M.1524 –Airtours /First Choice.

framkvæmdastjórnar ESB, um lárétta samruna, að rök um meinta hagræðingu á ákveðnum markaði komi ekki að notum á öðrum markaði. Það er skoðun framkvæmdastjórnarinnar að hagræðing á einum markaði geti ekki bætt úr skák fyrir skaða neytenda á öðrum mörkuðum. Því er aðeins viðkomandi markaður metinn og hugsanleg hagræðing innan hans á móti hugsanlegum samkeppnishamlandi áhrifum samrunans.<sup>65</sup> Tekið skal fram að í Kanada er litið til heildarinnar þegar samruni hefur áhrif á fleiri en einum markað.<sup>66</sup> Sama má segja um Bandaríkin, það er að segja ef markaðirnir eru taldir tengjast óaðskiljanlegum böndum og ef samkeppnishamlandi áhrif séu ekki það mikil á hinum markaðnum.

#### 4.9.2 Dómaframkvæmd ESB

Eins og rakið var hér áður er mjög mikilvægt að huga að því hversu mikil sönnunarbyrði sé lögð á fyrirtæki við mat á hvort tækt sé að bera fyrir sig hagræðingu við samruna. Þetta má t.d. sjá í máli *Ryanair/Aer Lingus*<sup>67</sup> en málavextir voru þeir að tvö stærstu flugfélögin sem störfuðu á Írlandi vildu sameinast og héldu því fram að samruninn myndi leiða til hagkvæmni, þá einna helst vegna sparnaðar í rekstrarkostnaði. Það var hins vegar niðurstaða framkvæmdastjórnarinnar að svo væri ekki en sú niðurstaðan grundvallaðist á því að ekki væri hægt að sanna hagræðinguna.

Í *Aérospatiale- Alena/de Havilland-málinu*<sup>68</sup> fullyrtu samrunaaðilar að mikil hagræðing myndi koma til vegna samrunans og fyrirtækin myndu spara allt að fimm milljónir evra árlega ef samruninn yrði leyfður. Framkvæmdastjórnin sagði að þótt slík sjónarmið kæmu til skoðunar hefði fyrirtækið ekki sannað að slík hagræðing væri ekki tæk án samrunans. Einnig tók framkvæmdastjórnin fram að samruninn myndi ekki leiða til efnahagslegra og tæknilegra framfara, sbr. b-lið 1. mgr. 2. gr. samruna-reglugerðarinnar. Að lokum sagði framkvæmdastjórnin að þó að sýnt yrði fram á slíkar framfarir kæmi hagræðingin ekki til góða fyrir neytendur með tilliti til skilyrðisins í ákvæðum

---

<sup>65</sup> Leiðbeiningareglur framkvæmdastjórnar ESB um mat á láréttum samruna, 76. mgr.

<sup>66</sup> Robert Snelders og Simon Genevaz, „Merger Efficiencies and Remedies“ (Global Legal Group 2007) The International Comparative Legal Guide to: Merger Control 2007, 13.

<sup>67</sup> Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB, mál M 4439, Ryanair/Aer Lingus, 27/06/2007.

<sup>68</sup> Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB, mál IV/M.53 OJ L 33, Aérospatiale-Alena/de Havilland, 05/12/1991. 65.-69. mgr.

reglugerðarinnar. Telja má að framkvæmdastjórnin hafi tekið mjög almennt tillit til hagræðingar að ákveðnum skilyrðum uppfylltum en þau hafi ekki verið það í málinu. Má nefna að niðurstaðan hefur sætt mikilli gagnrýni og bent hefur verið á að mikil hagræðing hafði komið til t.d. með samningum sameinaða félagsins við framleiðendur. Það er skoðun margra fræðimanna að framkvæmdastjórnin hafi einbeitt sér of mikið að því að samruninn myndi hindra virka samkeppni og að hið nýja fyrirtæki kæmist í markaðsráðandi stöðu. Í málinu rökstuddi framkvæmdastjórnin ekki að hagræðingin myndi ekki skila sér til neytenda. Telja verður ljóst að framkvæmdastjórnin heimili ekki samruna þótt hann leiði til mikillar hagræðingar nema að það liggi fyrir að hún skili sér til neytenda og hindri ekki virka samkeppni.<sup>69</sup>

#### 4.10 Íslensk lög

Það kemur fram í c-lið 17. gr. samkeppnislaga, í umfjöllun um efnislegt mat á lögmæti samruna fyrirtækja, að ef Samkeppniseftirlitið telji að samruni muni hindra virka samkeppni með því að til verður markaðsráðandi staða þá geti Samkeppniseftirlitið ógilt samrunann. Það sama á við þegar um fleiri fyrirtæki er að ræða og/eða slík staða styrkist eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

Til að mæta þeirri breytingu sem átti sér stað í ESB þá voru gerðar breytingar á íslensku lögunum árið 2008. Í nefndaráliti við lagabreytingarnar nr. 94/2008 kom fram hvernig skyldi meta rök um hagræðingu, sem er svohljóðandi:

Þannig er lagt til að Samkeppniseftirlitið geti ógilt samruna ef stofnunin telur að hann hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti. Að öðru leyti vísast um svigrúm til efnislegs mats til athugasemda um c-lið 3. gr. frumvarpsins. Auk þessa er lagt til að við c-lið bætist nýr málslíður þess efnis að við mat á lögmæti samruna skuli tekið tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Í þessu sambandi má vísa til 2. gr. samrunareglugerðar EB nr. 139/2004. Ákvæðið heimilar framkvæmdastjórninni að hafa hliðsjón af hagræðinu sem kann að stafa af samruna. Þótt íslensk samkeppnisyfirköld hafi að gildandi rétti talið sig hafa heimild til að beita framangreindum sjónarmiðum þykir rétt í samræmi við megin stefnu þessa frumvarps að ákvæðið verði fært til

<sup>69</sup> Grímur Sigurðsson, „Mat á lögmæti samruna“ (2004) 57 (1) Úlfjótur 5, 44.



skýrara samræmis við Evrópurétt. Í því felst m.a. að tillit til skilvirkni- eða hagræðingarsjónarmiða koma aðeins til álita þar sem tryggt er að hreinn ávinningur af samruna skili sér til neytenda. Sönnunarbyrði fyrir þessu hvílir á samrunaaðilum. Samkvæmt þessu eru skilyrðin fyrir því að tekið verði tillit til hagræðingar við mat á áhrifum samruna í samkeppnismálum hér á landi í megindráttum þau í fyrsta lagi að verulegar líkur séu á að samruninn skili skjótt umtalsvert aukinni hagkvæmni í rekstri hins sameinaða fyrirtækis, í öðru lagi að hagræðingaráhrifin séu beintengd samrunanum og ekki hægt að framkalla þau með öðrum hætti og í þriðja lagi að aukin hagræðing skili sér til neytenda í formi verðlækkunar sem vegi þyngra en hugsanleg verðhækkun vegna skertrar samkeppni. Samrunaaðilar verða að geta fært sönnur á þau þrjú atriði sem að framan eru rakin.<sup>70</sup>

Því er ljóst að þegar lagt er mat á lögmæti samruna á Íslandi, þá er tekið tillit til tækni- og efnahagsframfara, svo lengi sem það sé neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Einnig er ljóst að aðeins sé mögulegt að samþykkja samruna sem leiðir til hagræðingar sem raunverulega skili sér til neytenda í lækkuðu verði og með því skilyrði að þeir njóti hreins ávinnings af hagræðingunni. Samrunaaðilum er gert skylt að færa fram rök í samrunatilkynningu um meintar hagsbætur til neytenda. Þær reglur sem gilda um hana eru reglur nr. 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum. Þar koma fram þær upplýsingar um sem gefa skal í samrunatilkynningu. Varðandi það sem þarf að koma fram um áhrif á neytendur er að finna eftirfarandi sjónarmið í X. kafla:

Lýsið hugsanlegum áhrifum fyrirhugaðs samruna á hagsmuni neytenda og milliliða og á þróun efnahags- og tækniframfara. Sé því haldið fram að samruni sé lögmætur sökum þess að með honum verði tækni- og/efnahagsframfarir sem séu neytendum til hagsbóta og raski ekki samkeppni skal tilgreina:

- a) hvernig hinn fyrirhugaði samruni er til hagsbóta fyrir neytendur og með hvaða hætti samrunaaðilar munu ná þeim hagsbótum fram. Skal því lýst nákvæmlega og allir mögulegir kostir fyrir neytendur tilgreindir.
- b) hversu miklar hagsbætur fyrir neytendur um er að ræða og hvenær þær koma fram. Skal það rökstutt sérstaklega og útreikningum framvísað til frekari stuðnings því hverjar hagsbæturnar eru að umfangi.
- c) hvort mögulegt sé að ná fram sömu hagsbótum með öðrum hætti. Sé það ekki mögulegt skal rökstyðja það sérstaklega.

---

<sup>70</sup> Alpt. 2007-2008, A-deild, bls. 5884.

Sönnunarbyrðin um að samruni sé neytendum til hagsbóta hvílir á samrunaaðilum og verður ekki rannsökuð sérstaklega nema framangreindar upplýsingar séu veittar.<sup>71</sup>

Einnig kom fram í frumvarpi til laga um breytingar á samkeppnislögum nr. 94/2008 að framkvæmdastjórn ESB hafi gefið út leiðbeiningarreglur og að samkeppnisyfirvöld skuli ávallt hafa EES/EB-samkeppnisrétt til hliðsjónar þegar verið er að túlka íslenskar samrunareglur.<sup>72</sup>

Eins og áður var rakið þá er mjög erfitt fyrir lítið hagkerfi að nýta sér jafnvægisstefnuna ef skilyrðin fyrir beitingu hagræðingar eru of ströng. Einnig var rakið að óæskilegt væri að líta svo á að markaðsráðandi staða væri endilega slæmur hlutur en það er mjög ólíklegt að mögulegt sé að hafa hagræðingu til hliðsjónar ef samruni má undir engum kringumstæðum skapa eða styrkja markaðsráðandi stöðu fyrirtækis á markaðnum.<sup>73</sup>

#### 4.10.1 Beiting samrunareglna á Íslandi

Í máli *Myllunnar/Samsölubakarís*<sup>74</sup> töldu verðandi samrunaaðilar að þeir gætu náð fram hagræðingu í sölu og sérhæfingu við framleiðslu, markaðsmál og stjórnun. Það var hins vegar skoðun samkeppnisráðs að Myllan hefði ekki gefið nægilega ítarlega rekstraráætlun. Einnig dró samkeppnisráð þá ályktun að samruninn væri ekki ætlaður í hagræðingarskygni heldur til að styrkja markaðsstöðu Myllunnar og draga úr samkeppni. Var því niðurstaðan að Myllan bæri hallann af því að geta ekki sýnt fram á jákvæð áhrif af samrunanum.

Í máli *Búnaðarbankans og Landsbanka Íslands*<sup>75</sup> var það markmið samrunaaðila að hagræða í rekstri. Færðu þeir m.a. rök fyrir því að sparnaðurinn við sameininguna yrði umtalsverður. Það var skoðun samkeppnisráðs að samruninn myndi raska samkeppni á mörgum mörkuðum sem meintur samruni hefðu áhrif á. Samkeppnisráð fjallaði um hvort

<sup>71</sup> Reglur um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum nr. 684/2008.

<sup>72</sup> Alþt. 2007-2008, A-deild, 3377.

<sup>73</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2011, 17. október 2011, 31.

<sup>74</sup> Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1998, 20. febrúar 1998. 43-45, sbr. Úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/1998, 28. apríl 1998.

<sup>75</sup> Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/2000, 15. desember 2000, 117.

18. gr. samkeppnislaga sem þá giltu um samruna, myndi heimila vörn byggða á hagræðingu, en samkeppnisráð hafði þetta að segja:

Gera verður þá kröfu að samrunaaðilar sýni nánast með óyggjandi hætti hver hagræðing verði við samrunann og hvernig hún muni bæta hag neytenda áður en ljáð er máls á því að taka tillit til hagræðingarinnar til mótvægis við minnkaða samkeppni. Jafnframt verði að gera þá kröfu að aðilar sýni fram á að ekki sé unnt að ná fram meiri hugsanlegri hagræðingu með öðrum aðferðum sem ekki raska samkeppni.<sup>76</sup>

Það liggur fyrir að Samkeppniseftirlitið taldi ekki að hagræðingin myndi skila sér til neytenda. Enn fremur má sjá að á þessum tíma var litið á hagræðingu sem eins konar vörn en ekki sem hluta af mati við lögmæti samruna. Jafnframt voru mjög strangar sönnunarkröfur gerðar til samrunaaðila. Það liggur einnig fyrir að íslensk samkeppnisyfirvöld taka mið af framkvæmd innan ESB þar sem skilyrði eru sambærileg til þess að fallist verði á rök um hagræðingu.

Einnig má nefna í þessu sambandi stuttlega mál *Árvakurs, Fréttablaðsins og Pósthússins*<sup>77</sup> en Samkeppniseftirlitinu fannst ljóst að samanlögð markaðshlutdeild aðilanna á þeim mörkuðum, sem þeir störfuðu á, væri vísbending um að nýja fyrirtækið myndi ná markaðsráðandi stöðu, og þar með hafa skaðleg áhrif á samkeppni sbr. c. lið 17. gr. samkeppnislaga. Var rökstuðningi samrunaaðila um aukna hagkvæmni hafnað. Það var skoðun Samkeppniseftirlitsins að ekki væri hægt að vega upp á móti þeim jákvæðu áhrifum sem af samrunanum hlytist, í formi hagræðingar, á móti þeim neikvæðu í formi eflingar á markaðsstyrk hins sameinaða félags. Það verður að teljast ljóst af þessari ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að það sé ómögulegt að bera fyrir sig hagræðingu og að hún geti komið á móti samkeppnishamlandi áhrifum áætlaðs samruna ef hann leiðir til markaðsráðandi stöðu aðilans, burtséð frá því hvort um sé að ræða fákeppnismarkað þar sem hugsanleg samkeppni myndi eftir atvikum aukast vegna samrunans, með hliðsjón af þeim sjónarmiðum sem reifuð voru í kafla 4.8.

Að lokum má nefna fyrirhugaðan samruna *Landsbankans og Verdis*<sup>78</sup>. Tekið var fram í samrunatilkynningu að markmið samrunans væri að ná fram hagkvæmni og sérhæfingu í grunnþjónustu við uppgjör vörslu verðbréfa auk þjónustu við rekstrarfélög

---

<sup>76</sup> sama heimild 119.

<sup>77</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2009, 13. febrúar 2009.

<sup>78</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2011, 17. október 2011.

verðbréfasjóða. Það var einnig álit samrunaaðila að það væri umtalsvert hagræði fengið með því að samnýta kerfi. Töldu aðilar málsins einnig að með samrunanum gæti fyrirtækið m.a. vegna stærðarhagkvæmnisjónarmiða, gert þjónustu sína umtalsvert ódýrari, til hagsbóta fyrir framtíðarviðskiptavini. Fram kom í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, að því er varðaði sjónarmið um umframsparnað í launum og tengdum gjöldum, að ekki hefðu verið lögð fram nein töluleg gögn sem sýndu fram á þá hagkvæmni sem fyrirhuguð var að fengist með samrunanum. Þá hafi heldur ekki verið lögð fram töluleg gögn fyrir þeim framförum sem teflt var fram að samruninn myndi leiða af sér, neytendum til hagsbóta. Að lokum kom fram að samrunaaðilar hefðu ekki sýnt fram á að hagræðingunni, sem um var rætt, hefði ekki verið hægt að ná fram með öðru móti en með samruna, og var hagræðingin því ekki talin vera tengd fyrirhuguðum samruna. Samrunaaðilar töldu hins vegar að það væri ekki hægt að færa fram töluleg gögn í tengslum við ákveðna þætti hugsanlegrar hagræðingar. Töldu þeir enn fremur að hagræðingaráhrifunum hefði verið lýst eins nákvæmlega og mögulegt væri. Bentu samrunaaðilarnir á að á Samkeppniseftirlitinu hvíldi sú skylda að meta áhrif hagræðingar með sjálfstæðum og rökstuddum hætti.

Samkeppniseftirlitið svaraði með því að benda á að það væri í höndum samrunaaðila að bera sönnunarbyrðina og sanna áhrif hagræðingar. Ef ekki yrðu lagðar fram upplýsingar um hagræðingu yrði hún ekki tekin til skoðunar og ekki rannsökuð sérstaklega að hálfu Samkeppniseftirlitsins. Samkeppniseftirlitið taldi að það væri víst að nokkur hagkvæmni myndi koma til við samrunann hvað varðaði laun og tengd gjöld. Hins vegar hefði ekki verið sýnt fram á með fullnægjandi hætti að hagkvæmnin myndi leiða hagræðingar sem skilaði sér til neytenda og að það kæmi á móti þeim samkeppnishömlum sem samruninn hefði í för með sér, sbr. 2. ml. c-liðar 17. gr.

Af þessu máli er ljóst að það er gerð rík krafa um að samrunaaðilar sýni skýrt og nákvæmlega þau jákvæðu áhrif sem áætluð eru vegna hagræðingar og hvert umfang hennar sé. Einnig er ljóst að það er ekki hlutverk Samkeppniseftirlitsins að rannsaka með sjálfstæðum hætti hvort samruni hafi í raun för með sér hagræðingu og það sé hlutverk samrunaaðilanna að sanna.

#### 4.11 Samantekt

Samrunareglur eru mikilvægt verkfæri til þess að stjórna samkeppnishamlandi hegðun með því að koma í veg fyrir stofnun markaðsaðstæðna sem ýta undir möguleika á slíkri háttsemi. Á sama tíma skapa sérstök einkenni lítilla hagkerfa erfiðar aðstæður við mótun hagkvæmrar samrunastefnu. Margar atvinnugreinar einkennast af mjög samþjöppuðum markaðsaðstæðum sem hægt er að réttlæta með stærðarhagkvæmni og samlegðaráhrifum. Þar með er hægt að ná frekari lækkun kostnaðar með samruna. Samrunastefna ætti því að miða að því að vera opin fyrir sjónarmiðum um hagræðingu og á sama tíma vera á varðbergi gagnvart auknum markaðsstyrk og aðeins leyfa samruna ef hann er réttlætanlegur með tæknilegum framförum og/eða efnahagslegum sparnaði. Lítil hagkerfi búa ekki við sama svigrúm við stefnugerð og þau stærri. Draga má saman helstu atriðin varðandi samrunastefnur lítilla hagkerfi sem uppfylla þessi markmið, en þau eru eftirfarandi:

1. Samrunastefna ætti að byggjast á viðurkenningu á því að samrunar í litlum hagkerfum séu eitt helsta tæki til að ná fram mögulegri hagræðingu á fákeppnismörkuðum.
2. Lítil hagkerfi ættu að taka upp þá nálgun varðandi samrunastefnu þar sem samkeppnishamlandi áhrif eru vegin og metin á móti hugsanlegri hagræðingu.
3. Þeim minna sem hagkerfið er, því sterkari rök er fyrir því að taka upp viðmið um velferð heildarinnar (e. total welfare standard) fremur en jafnvægisviðmið. Eins og áður var rakið þá virðist erfitt eða ómögulegt að fá samruna samþykktan, á grundvelli hagræðingarsjónarmiða, ef hann skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu. Slíkir samrunar geta þó verið nauðsynlegir fyrir stærðarhagkvæmni fyrirtækja á minni mörkuðum. Viðmiðið um velferð heildarinnar felst í því að tekið sé tillit til hvort samruninn leiði til hagræðingar til samfélagsins í heild sinni.<sup>79</sup> Ljóst er af fyrri umfjöllun að ekki er notast við þessa nálgun í verki, hvorki í ESB né á Íslandi. Mætti telja að hún væri sérstaklega nytsamleg á Íslandi þar sem sumir samrunar, sem hafnað hefur verið, hefðu verið samþykktir ef stuðst hefði verið við þetta viðmið.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Lindsay og Berridge (n. 49), 652.

<sup>80</sup> Snelders og Genevaz (n. 66),10.

4. Í samrunastefnu ætti að forðast þær ályktanir að samþjöppun þurfi endilega að draga úr samkeppni á mörkuðum.

5. Mikilvægt atriði sem þarf að taka tillit til er núverandi stig markaðsstyrks fyrir samruna og aukning á slíkum styrk, sem kemur til vegna samrunans. Ef gefið er að mikil samþjöppun er þegar til staðar á mörgum mörkuðum, þá á ekki að meta samruna út frá viðmiðum fræðilega ákjósanlegra samkeppnisaðstæðna, heldur frekar með tilliti til eins skynsamlegra sjónarmiða og vöð er á, á þeim tiltekna markaði. Samruni sem eingöngu varðveitir markaðsstyrk, sem var þegar fyrir hendi fyrir samruna, ætti ekki sjálfgefið að vera talinn samkeppnishamlandi nema að hann takmarki mögulega fyrirsjáanlega samkeppni.

6. Strangar kröfur um sönnunarbyrði hagræðingar við samruna geta vel orðið til þess að hagræðing verður í raun aðeins fræðilega möguleg. Því ættu skilyrðin fyrir beitingu hagræðingar ekki að vera of strangar. Það er þörf að setja viðmið um hversu mikið vægi raunveruleg markaðsskipan ætti að hafa og að jafnvægisstaðlinum sé beitt á þann hátt að hægt sé að sýna fram á hagnýta skilvirkni. Lausn við þessum vandamálum má hugsanlega finna með því að beita þeirri aðferð að því meiri hætta sem er á því að markaðsstyrkur skapist, þeim mun meiri sönnunarbyrði yrði lögð á samrunafyrirtækið.

## 5. Álitaefni um markaðsráðandi stöðu og misnotkun hennar

### 5.1 Almennt

Markaðsráðandi staða er hugtak samkeppnisréttar sem beitt er þegar fyrirtæki hefur mikinn efnahagslegan styrkleika. Aftur má nefna að viðmiðin sem eru notuð til að ákvarða hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi og hvort hún hafi verið misnotuð eru sniðin að mörkuðum ESB og Bandaríkjanna en bæði eru mjög stór hagkerfi. Í næstu tveimur köflum verða gildandi reglur um markaðsráðandi stöðu skoðaðar og hvort þær reglur henti jafnvel fyrir margfalt minna markaðssvæði eins og t.d. Ísland.

Í markaðsráðandi stöðu felst að fyrirtæki hefur yfirburðastöðu á markaði með tilliti til birgja, neytenda og ekki síst keppinauta og viðskiptavina.<sup>81</sup> Hugtakið er hornsteinn í samkeppnislögum og er það lykilatriði í beitingu 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sem bannar misnotkun á markaðsráðandi stöðu fyrirtækja.<sup>82</sup> Mikilvægt er að afmarka hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi til þess að meta hvort um misnotkun sé að ræða. Ber þó að nefna að markaðsráðandi staða er ekki bönnuð sem slík heldur einungis misnotkun hennar.<sup>83</sup> Ástæðan fyrir því er sú að það er hægt að komast í þá stöðu með því t.d. að selja betri vöru, þ.a.l. með löglegum hætti.

Skilgreininguna á hugtakinu má finna í 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaganna en samkvæmt þeirri grein er fyrirtæki markaðsráðandi þegar það hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án tillits til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.<sup>84</sup> EB-dómstóllinn hefur sagt að í skilgreiningu á markaðsráðandi stöðu felist tveir þættir. Annars vegar möguleiki til að hegða sér án tillits til keppinauta og hins vegar möguleiki að geta hindrað virka samkeppni.<sup>85</sup> Möguleiki til að hegða sér án tillits til keppinauta og viðskiptavina er tilkominn vegna þess að það er ekki lengur fullnægjandi aðhald til staðar frá keppinautum hvað varðar samkeppni. Þess vegna getur fyrirtækið tekið ákvarðanir án

---

<sup>81</sup> Jonathan Faull og Ali Nikpay (ritstj.), *The EC Law of Competition* (2. útg., Oxford University Press 2007), 59.

<sup>82</sup> Ásgeir Einarsson og Jóna Björk Helgadóttir, „Breytingar á samkeppnislögum“ (2001) 54 (1) Úlfjótur 71, 80.

<sup>83</sup> Faull og Nikpay (n. 81), 315.

<sup>84</sup> kom fyrst fram í máli C-27/76, *United Brands v Commission*, [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

<sup>85</sup> sama heimild.

tillits til viðbragða keppinauta og neytenda.<sup>86</sup> Ástæðan sem liggur að baki þessu er að ólíkar kröfur eru gerðar til minni fyrirtækja heldur en markaðsráðandi fyrirtækja. Markaðsráðandi fyrirtæki búa yfir það miklum efnahagslegum styrk að háttsemi þeirra er talin geta haft skaðleg áhrif á samkeppni á meðan fyrirtæki sem búa yfir litlum efnahagslegum styrk, geta ekki haft sömu áhrif á markaði.<sup>87</sup>

## 5.2 Skilgreining á markaðsráðandi stöðu

### 5.2.1 Almenn

Markaðsráðandi fyrirtæki eru oftast skilgreind með tilliti til þess efnahagslega styrks sem þau búa yfir. Efnahagslegur styrkur er grundvallarhugtak samkeppnisréttar þegar reynt er að komast að því hvort um markaðsráðandi fyrirtæki sé að ræða. Þegar eitt fyrirtæki eða nokkur eiga í samráði, og hafa ekki marktækan efnahagslegan styrk, er hegðun þess eða þeirra á markaði ómarktæk í skilningi samkeppnisréttar. Spurningin er hins vegar hvenær markaðsstyrkur sé orðinn það mikill að hann er talinn hafa samkeppnishamlandi áhrif.

Í samkeppnislögum nr. 44/2005 segir að fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu þegar það hafi 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 og neytenda. Enn fremur kemur fram á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins að mat á markaðsráðandi stöðu fer fram í tveimur skrefum, þ.e. skilgreiningu á þeim markaði sem viðkomandi fyrirtæki starfar og síðan athugun á efnahagslegum styrkleika fyrirtækisins á hinum skilgreinda markaði. Einnig segir orðrétt á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins er varðar markaðsráðandi stöðu:

Við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skiptir mestu að huga að markaðshlutdeild á umræddum markaði og því skipulagi sem ríkir á markaðnum. Markaðshlutdeild veitir mjög sterka vísbendingu um stöðu fyrirtækja á markaði. Mjög há markaðshlutdeild getur ein sér falið í sér sönnun á því að viðkomandi fyrirtæki sé markaðsráðandi nema sérstakar aðstæður bendi til annars. Ef markaðshlutdeild er hærri en 50% eru allar líkur á að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Einnig er mikilvægt að bera saman hlutdeild þess fyrirtækis sem verið er meta saman við hlutdeild

---

<sup>86</sup> Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 10. mgr. bls. 5.

<sup>87</sup> Ásgeir Einarsson og Jóna Björk Helgadóttir (n. 82), 81.



annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem hefur mesta hlutdeild og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að fyrrnefnda fyrirtækið sé markaðsráðandi. Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði. Þá geta fyrirtæki í undantekningartilvikum talist markaðsráðandi þrátt fyrir að hafa ekki mestu hlutdeildina á viðkomandi markaði.

Skipulag markaðarins skiptir einnig máli við mat á markaðsráðandi stöðu en þar er átt við atriði eins og t.d. aðgangshindranir (lagalegar hindranir og hindranir tengdar gerð markaðarins), fjárhagslegan styrkleika, stærðarhagkvæmni, lóðréttu samþættingu, tæknilegt forskot, kaupendastyrk, aðgengi að birgjum, þróuð sölukerfi og þekkt vörumerki.

Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði. Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.<sup>88</sup>

Til fyllingar við útskýringu Samkeppniseftirlitsins um markaðsráðandi stöðu má benda á skoðun George Hay, sérfræðings á sviði samkeppnisréttar, en hann telur að til þess að komast að því hvort markaðsstyrkur hefði samkeppnishamlandi áhrif þyrfti að svara fjórum spurningum en þær eru eftirfarandi:

1. Hvað er efnahagslegur styrkur?
2. Hvað er viðeigandi markaður?
3. Hvernig ákveðum við efnahagslegan styrk á markaðnum?
4. Hvað á að vera hámarksmarkaðshlutdeild fyrirtækis á þessum markaði til að um sé að ræða markaðsráðandi stöðu?<sup>89</sup>

Á meðan svarið við fyrstu þremur spurningunum er oftast ekki ólíkt frá einu hagkerfi til annars er spurning hvort svarið við fjórðu spurningunni ætti að vera ólíkt með tilliti til stærðar hagkerfisins.<sup>90</sup> Til að svara fjórðu spurningunni sem snýr að markaðshlutdeild er nauðsynlegt að rannsaka hvað efnahagslegur styrkur og viðeigandi markaður er.

---

<sup>88</sup> Samkeppniseftirlitið, „Markaðsráðandi staða“

<<https://www.samkeppni.is/malefni/markadsyfirrad/markadsradandi-stada/>> skoðað 19. mars 2020.

<sup>89</sup> George A Hay, „Market Power in Antitrust“ (1991) 60 Antitrust Law Journal 807.

<sup>90</sup> Gal (n. 16), 59.

### 5.3 Markaðsskilgreining

Fyrsta skrefið við að meta efnahagslegan styrk er að finna út hver viðeigandi markaður er. Tilgangurinn við að skilgreina viðkomandi markað í tengslum við markaðsráðandi stöðu er að finna það svið viðskipta sem fyrirtækið hefur áhrif á og greina á kerfisbundinn hátt það samkeppnislega aðhald sem hið hugsanlega markaðsráðandi fyrirtæki býr við.<sup>91</sup> Mikilvægt er að skilgreina markaðinn rétt því ef hann er skýrður of þröngt er mjög líklegt að flest fyrirtæki á markaðnum hafi mikla markaðshlutdeild sem myndi við fyrstu sýn, sýnast vera merki um markaðsstyrk sem ekki er fyrir hendi í raun.

Það er því spurning hvort skilgreina eigi viðeigandi markað í litlum hagkerfum á annan hátt en hjá stærri hagkerfum. Einfalda svarið við því er nei og er skýringin í meginatriðum sú að við greiningu á markaðnum hjá bæði litlum og stórum hagkerfum verður að horfa til aðgengi að staðgönguvöru<sup>92</sup> á viðkomandi markaði.<sup>93</sup> Hins vegar er mikilvægt, sérstaklega í litlum hagkerfum, að skilgreina markaði þannig að þeir nái einnig utan um núverandi eða mögulegan innflutning eða innflutningsvörur, sem eru raunverulega staðgengdar þjónusta eða vara fyrir innlenda markaðinn. Annars er hættu á að efnahagslegur styrkur innlendra fyrirtækja verði talinn meiri en hann raunverulega er.

### 5.4 Efnahagslegur styrkur

Efnahagslegur styrkur fyrirtækis er mikilvægt atriði við mat á markaðsráðandi stöðu. Með efnahagslegum styrk er átt við að fyrirtæki getur haft áhrif á verð, fjölbreytni vöru og þjónustu, og fleiri þætti tengda samkeppni.<sup>94</sup> Mikill efnahagslegur styrkur gefur fyrirtæki eða hópi fyrirtækja möguleika á að hækka verð á markaði án þess að tapa sölu svo hratt að verðaukningin sé óarðbær og er dregin til baka.<sup>95</sup> Það verður þó að gæta þess að oft öðlast fyrirtæki efnahagslegan styrk á eðlilegan hátt, t.d. með meiri gæðum á vöru sinni, aukinni nýsköpun, ódýrari framleiðslu o.s.frv. Það telst einnig mjög eðlilegt að helsta

---

<sup>91</sup> Whish og Bailey (n. 43), 25-27.

<sup>92</sup> Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar." (5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga).

<sup>93</sup> Gal (n. 16), 60.

<sup>94</sup> Whish og Bailey (n. 43), 173-174.

<sup>95</sup> Richard A Posner og William M Landes, „Market Power in Antitrust Cases“ (1981) 94 (5) Harvard Law Review 937.

markmið fyrirtækis sé að öðlast þennan efnahagslega styrk. Það er ekki áhersla samkeppnisyfirvalda að koma í veg fyrir tilurð efnahagslegs styrks, heldur hvernig hann er aukinn og viðhaldið og hvort hann er nýttur til að trufla eða draga úr samkeppni með aðferðum sem ekki samrýmast eðlilegum samkeppnisháttum.<sup>96</sup> Meginatriðin sem ber að líta til við mat á efnahagslegum styrk eru viðeigandi markaður, aðgangshindranir og markaðshlutdeild en Efnahagslegur styrkur veltur að verulegu leyti á tilvist aðgangshindrana (e. barriers to entry).

Aðgangshindranir eru þær hindranir sem fyrirtækin þurfa að yfirstíga til að geta starfað á mörkuðum sem þau hafa ekki starfað á áður. Sú skilgreining fræðimanna á aðgangshindrunum, sem margir hagfræðingar virðast geta sammælt um, er höfð eftir George Stigler. Skilgreining hans á aðgangshindrunum er sú að þær feli í sér „framleiðslukostnað, sem fyrirtæki sem vilja komast inn á markað, þurfa að bera umfram þau fyrirtæki sem eru starfandi fyrir á markaðinum“.<sup>97</sup>

Á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins er að finna aðrar skilgreiningar á aðgangshindrunum eins og til dæmis „aðgangshindrun er allt það, sem gerir fyrirtækjum sem starfa á markaði kleift að hafa óvenjumikinn hagnað af rekstri sínum án þess að þurfa að óttast að ný fyrirtæki komi inn á markaðinn“ og einnig sú skilgreining að „aðgangshindrun sé allt það sem kemur í veg fyrir að fyrirtæki komi inn á nýjan markað, þegar sú innkoma eykur þjóðhagslega velferð“.<sup>98</sup> Dæmi um aðgangshindranir eru skortur á aðgengi að hráefni, stærðar-hagkvæmni þeirra fyrirtækja, sumra eða allra, sem fyrir eru á markaðinum og lagalegar hindranir. Ef litlar eða engar aðgangshindranir eru að markaði þá er viðbúið að önnur fyrirtæki geti komið og hafið starfsemi á markaðnum um leið og hagnaðartækifæri eru fyrir hendi. Þetta hefur þær afleiðingar í för með sér að markaðir verða skilvirkari sem hafa litlar eða engar aðgangshindranir en þeir sem hafa miklar aðgangshindranir.

---

<sup>96</sup> Faull og Nikpay (n. 81), 62.

<sup>97</sup> R. Preston McAfee, Hugo M. Mialon og Michael A. Williams, „What Is a Barrier to Entry? (2004) 94 (2) The American Economic Review 461-465.

<sup>98</sup> Samkeppniseftirlitið, „Aðgangshindranir“

<<https://www.samkeppni.is/malefni/markadsyfirrad/adgangshindranir/>> skoðað 22. mars 2020.

## 5.5 Markaðsstyrkur fyrirtækis fundinn

Næsta skref til að komast að efnahagslegum styrk er að finna út markaðsstyrk viðkomandi fyrirtækis. Ein algeng aðferð sem beitt er við þetta mat nefnist Lerner-vísitalan og gefur hún góða vísbendingu um efnahagslegan styrk. Til að reikna Lerner-vísitöluna er hægt að notast við þrjá þætti: teygjanleika eftirspurnar á markaði (e. Market demand elasticity), teygjanleika í framboði samkeppnis-fyrirtækja (e. Supply elasticity) og markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis.<sup>99</sup> Verðteygni eftirspurnar á markaði er mælikvarði á viðbrögð neytenda við breytingu á verði vöru. Ef staðganga fyrir vöruna er mikil þá telst verðteygni vera á eftirspurn á markaði og því minni markaðsstyrkur til staðar. Teygjanleiki í framboði keppinauta táknar hversu auðvelt er fyrir hugsanlegan samkeppnisaðila að koma inn á markað. Það sem hefur áhrif á þennan þátt er hversu miklar aðgangshindranir eru á viðkomandi markað. Ef þær eru litlar eða jafnvel engar getur fyrirtæki ekki stjórnað verðum til lengdar, burtséð frá því hvað fyrirtækið hefur mikla markaðshlutdeild, því hugsanlegir samkeppnisaðilar munu koma inn á markaðinn og lækka verðin. Þriðji þátturinn sem viðkemur markaðshlutdeild sýnir hversu mikla hlutdeild viðkomandi fyrirtæki hefur af heildarmarkaði sem það starfar á. Þessi hlutdeild er venjulega reiknuð út frá heildarframleiðslunni, en hún getur líka verið byggð á öðrum þáttum eins og framleiðslugetu.<sup>100</sup>

Erfitt er að fá nákvæmar áætlanir um teygjanleika eftirspurnar og framboðs en þess vegna hafa flest lönd tekið upp raunhæfari nálgun sem byggir á markaðshlutdeild sem aðalvísbendingu um markaðsstyrk.<sup>101</sup> Aðferðin sem byggir á markaðshlutdeild til að ákvarða markaðsstyrk hefur marga kosti, þar sem auðvelt er að álykta um markaðsráðandi stöðu út frá markaðshlutdeildargögnum, sem almennt eru tiltæk meðan upplýsingar um teygjanleika í eftirspurn og framboði eru það ekki. Markaðshlutdeildarnálgunin skapar einnig stjórnunarleg þægindi og dregur úr málskostnaði, þar sem engin langvarandi málsmeðferð eða efnahagsleg greining er nauðsynleg til að ákvarða markaðsstyrk.

Á sama tíma hefur nálgunin í för með sér galla. Ein helsta gagnrýni á aðferðina bendir er sú að hún gæti skilað mjög ónákvæmum niðurstöðum. Sérstaklega á

---

<sup>99</sup> A Lerner, „The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power“ í Saul Estrin og Alan Marin (ritstj.), *Essential Readings in Economics* (Macmillan Education UK 1995), 157–175.

<sup>100</sup> Gal (n. 16), 60.

<sup>101</sup> sama heimild 61.

aðgreindum vörumörkuðum, þar sem markaðsskilgreining og þar með hlutdeild á viðkomandi markaði, er byggð á nokkuð handahófskenndu mati á jaðarmörkum viðeigandi markaðar og er því ónákvæm.<sup>102</sup> Hagfræðilegar áætlanir um teygjanleika eftirspurnar, þegar þær eru til staðar, eru meira upplýsandi fyrir markaðshlutdeild við ákvörðun markaðsstyrks. Hins vegar, eins og áður var nefnt, þá eru slíkar upplýsingar ekki alltaf tiltækar. Í sumum tilvikum má sjá markaðshlutdeild sem staðgengil fyrir markaðsstyrk eða öllu heldur sýnir það stundum getu fyrirtækis til að beita útilokunaraðferðum en það stafar af hluta til vegna viðkomandi markaðs. Tryggðarhvetjandi afslættir (e. Fidelity rebate schemes) er þegar markaðsráðandi fyrirtæki lækkar verð ef viðskiptavinur kaupir mest allt eða allt frá fyrirtæki, það getur orðið til þess að viðhalda eða bæta markaðsstyrk markaðsráðandi fyrirtækis. Einmitt vegna þess að markaðsstyrkur byggist eingöngu á hárrí markaðshlutdeild markaðsráðandi fyrirtækis. Magnhvetjandi afslættir (e. Quantity rebate schemes) er þegar boðið er lægra verð á heildarsölu vöru ef viðskiptavinur nær yfir ákveðinn magnþröskuld, og getur það einnig leitt til svipaðrar niðurstöðu.<sup>103</sup>

Nefna má áhugavert dómsmál í þessu sambandi, sem tekið var fyrir í Ísrael, sem varðaði fyrirtækið *Yediot*.<sup>104</sup> Málavextir voru þeir að dagblaðið *Yediot Aharonot* var með markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir dagblöð á hebresku. Markaðshlutdeild þess á þeim tíma var um 50 prósent á meðan markaðshlutdeild tveggja stærstu samkeppnisaðila var um 25 prósent og 10 prósent. *Yediot* tók þátt í markmiðsafsláttarstefnu þar sem fyrirtækið þrefaldaði þóknunina til dreifingaraðila, að því gefnu að þeir myndu kaupa a.m.k. sama magn af þeim og þeir gerðu síðast, og að engum óseldum blöðum yrði skilað. Ísraelskir dómstólar komust að því að þetta hefði samkeppnishamlandi áhrif þar sem markmiðsafsláttarstefnan hafði þau áhrif að hún gaf dreifingaraðilum efnahagslegan hvata til þess að selja eins mikið af *Yediot*-dagblöðum og þeir gátu, og þar með minnkaði sölu annarra dagblaða.

Michal Gal telur meginástæðuna fyrir því að komist var að þessari niðurstöðu vera þá að þessi stefna gaf *Yediot*-dagblaðinu yfirburði yfir öðrum dagblöðum. Ekki var horft á gæði vöru þeirra, heldur var horft til markaðshlutdeildar dagblaðsins. Samkeppnisaðilar

---

<sup>102</sup> Kaplow; Jonathan B. Baker og Timothy F. Bresnahan, „Estimating the Residual Demand Curve Facing a Single Firm“ (1988). 6 *International Journal of Industrial Organization*, 283-300.

<sup>103</sup> Gal (n. 16), 62.

<sup>104</sup> AT 2/96 Gen. Dir. v. *Yediot Aharonot Ltd.*

Yediot gátu ekki brugðist við áhrifum stefnunnar með því að gera slíkt hið sama vegna lágrar markaðshlutdeildar þeirra. Venjulega seldi Yediot tvöfalt fleiri dagblöð en stærsti samkeppnisaðilinn, en sá síðarnefndi hefði þurft að gefa dreifingaraðilum mun meiri afslátt ef ná ætti fram sömu niðurstöðu. Sömuleiðis gætu dreifingaraðilar neitað svipuðum samning við aðra samkeppnisaðila Yediot til þess að standa vörð um langtímasamband þeirra við leiðtoga markaðarins.<sup>105</sup>

Einnig má nefna mál *Microsoft*<sup>106</sup> varðandi stefnu þeirra að takmarka eindrægni stýrikerfis við hugbúnaðarforrit keppinautanna. En ákvörðun dómstólsins um að um væri að ræða misnotkun á markaðsráðandi stöðu var aðeins hægt að styðja með þeim rökum að Microsoft hafði þegar mikla markaðshlutdeild á markaðnum, sem einkenndist af verulegum netáhrifum (e. Network effects). Netáhrif verða á mörkuðum þegar notkun tiltekinnar vöru eykst eftir því sem fleiri viðskiptavinir nota hana. Ef netáhrif eru mikil þá getur markaðurinn orðið að stóru neti með tilheyrandi einokun.

Þegar markaðsstyrkur á viðeigandi markaði er skoðaður þá þarf að finna hlutfall hans. Með því er átt við að mikilvægt er að ákvarða hvenær hlutfall markaðsstyrks er orðið það hátt að þörf er á að samkeppnisyfirvöld hafi afskipti af. Hversu mikill þarf markaðsstyrkur að vera til þess að hægt sé að réttlæta íhlutun samkeppnisyfirvalda, en svarið er auðvitað bundið við samkeppnisstefnur ríkja.

Spurning er hvort lítil hagkerfi ættu að hafa lægri þröskuld þegar kemur að því að ákvarða hvort fyrirtæki sé markaðsráðandi. Ef lög taka tillit til allra mögulegra þátta sem ákvarða markaðsstyrk, þ.e. markaðshlutdeildar, teygjanleika, eftirspurnar á markaði og framboði, ætti ekki að vera neinn munur á stórum og litlum hagkerfum. Hins vegar þegar eingöngu er stuðst við markaðshlutdeild til þess að komast að markaðsstyrk eða aðallega, þá ætti staðallinn, sem segir til um markaðsráðandi stöðu, að vera lægri í litlum hagkerfum heldur en í þeim stóru. Ástæðan er sú að teygjanleiki í eftirspurn á markaði er venjulega minni vegna aðgangshindrana. Því minna sem hagkerfið er þeim mun meiri aðgangshindranir er að finna, og því minni áhætta er á mögulegri innkomu nýrra keppinauta fyrir fyrirtæki sem reynir að hækka verð yfir jaðarkostnaði, og því minni markaðshlutdeild er nauðsynleg til að teljast markaðsráðandi. Vegna þessa má telja að

---

<sup>105</sup> Gal (n. 16), 62-63.

<sup>106</sup> U.S. v. Microsoft Corporation, 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999).

núverandi markaðshlutdeild sé betri vísir á markaðsstyrk í litlum hagkerfum frekar en í þeim stóru.<sup>107</sup>

Röksemdarfærslan er sú að þegar aðgangshindranir eru miklar, þá eru minni hömlur á hegðun markaðsráðandi fyrirtækja vegna mögulegra nýrra keppinauta. Þó að markaðshlutdeild sé ekki eini leiðarvísirinn um markaðsstyrk má almennt gera ráð fyrir því að í litlu hagkerfi, vegna smæðar þess, séu ekki mörg fyrirtæki að keppast um þá hlutdeild sem eftir stendur á markaðnum. Erfitt getur reynst að staðhæfa hvenær markaðsstyrkur verður það mikill að markaðnum standi ógn af honum. Það er ástæðan fyrir því að flest ríki hafa tekið upp frekar opnar samkeppnisreglur þegar kemur að því að ákveða hvort markaðsráðandi staða sé til staðar. ESB hefur 102. TFEU. en þar er gerð krafa um „dominant position“ eða markaðsráðandi stöðu, í 11. gr. samkeppnislaga er gerð krafa um „markaðsráðandi stöðu“. Nýsjálensku lögina gera kröfu um markaðsráðandi stöðu á viðeigandi markaði, Bandarísku lögina banna misnotkun á einokunarstöðu (e. monopoly power) og áströlsk lög gera kröfu um „substantial degree of power“ eða umtalsverðan markaðsstyrk.

## 5.6 Markaðshlutdeild í ESB og á Íslandi

Markaðshlutdeild fyrirtækis er sá leiðarvísir sem notast er við varðandi hvort fyrirtæki sé markaðsráðandi eða ekki. Má nefna að markaðshlutdeild þarf ekki endilega að vera há til þess að fyrirtæki geti talist markaðsráðandi, heldur tengist það þáttum eins og yfirráðum yfir hráefnum eða tæknilegri sérþekkingu og í raun er alltaf um markaðsráðandi stöðu að ræða ef fyrirtæki hefur færi á því að ákvarða verð og eða stýra framleiðslu og dreifingu viðkomandi vöru eða þjónustu.<sup>108</sup> Það er almennt viðurkennt í ESB að því hærrí sem markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis er því meiri líkur eru á því að það sé markaðsráðandi.<sup>109</sup> Það var staðfest með máli *Hoffmann La Roche*<sup>110</sup> að mikilvægt væri að taka fram að markaðshlutdeild og mikilvægi hennar væri mismunandi frá einum markaði til annars, fæli há markaðshlutdeild í sér, nema í undantekningartilvikum,

---

<sup>107</sup> Gal (n. 16), 64.

<sup>108</sup> Alþt. 1992-1993, A-deild, 363.

<sup>109</sup> Whish og Bailey (n. 43), 176.

<sup>110</sup> Mál C-85/76, Hoffmann-La Roche [1979] ECR 461.

löglíkindi á markaðsráðandi stöðu.

Í dómaframkvæmd má þó sjá að ekki sé aðeins litið til markaðshlutdeildar. Í máli *United Brands*<sup>111</sup> var fyrirtækið t.d. talið hafa markaðsráðandi stöðu með um 40-45 prósentu markaðshlutdeild en fram kom í dómnum að einnig var litið til annarra þátta þar sem markaðshlutdeildin nægði ekki ein og sér til að skera úr um hvort markaðsráðandi stöðu væri fyrir hendi. Einnig má nefna að í fyrrnefndu máli *Hoffmann La Roche* hnekkti dómstóll EB ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar þrátt fyrir að markaðshlutdeild hefði verið um 40 prósent þar sem ekki voru nægar aðrar sannanir en markaðshlutdeildin sem bentu til þess að um markaðsráðandi stöðu væri að ræða.<sup>112</sup> Varðandi dómaframkvæmd, þar sem fallist hefur verið á markaðsráðandi stöðu þegar fyrirtæki var ekki með yfirgnæfandi markaðshlutdeild, má nefna t.d. dómsmál framkvæmdastjórnarinnar í máli *Virgin/British Airways*.<sup>113</sup> Það var fyrsta mál sinnar tegundar innan ESB þar sem fyrirtæki var talið vera markaðsráðandi með minna en 40 prósent markaðshlutdeild. Í málinu kom fram að ákvörðunin væri grundvölluð á því að markaðsstyrkur fyrirtækisins væri umtalsvert meiri en keppinauta þess.

Fræðimenn hafa gagnrýnt 102. gr. TFEU sem er samsvarandi 11. gr. íslensku samkeppnislaganna, en gagnrýnin er sú að henni sé beitt á of víðtækan hátt. Með því er átt við að fyrirtæki með 40 – 50 prósent markaðshlutdeild ættu ekki að teljast markaðsráðandi.<sup>114</sup> Hefur því verið haldið fram að fyrir hendi ætti að vera það sem kallað mætti „safe harbour“ eða örugg höfn. Með því er átt við að 102. gr. TFEU ætti ekki að vera beitt ef markaðshlutdeild fyrirtækis væri fyrir neðan ákveðin mörk.<sup>115</sup>

Í þessu sambandi má nefna að finna má slíka löggjöf í sumum ríkjum eins og t.d. Ísrael. Þar er notast við fyrirfram ákveðin markaðshlutdeildarmörk til að ákveða hvort fyrirtæki teljist hafa markaðsráðandi stöðu. Einnig má nefna að í eldri samkeppnislögum Ísraels, fyrir breytingu þeirra í janúar 2019, var gengið út frá því að um markaðsráðandi stöðu væri að ræða þegar fyrirtæki bjó yfir meira en 50 prósent markaðshlutdeild. Röksemdin að baki lögunum var sú að „reynslan hafi sýnt að markaðshlutdeild yfir a.m.k.

---

<sup>111</sup> Mál C-27/76 *United Brands vs. Commission* (1978) ECR 207.

<sup>112</sup> Mál C-85/76, *Hoffmann-La Roche* [1979] ECR 461.

<sup>113</sup> Mál T-219/99, *British Airways v Commission*, [2003] ECR II-5917.

<sup>114</sup> *Whish og Bailey* (n. 43), 177.

<sup>115</sup> sama heimild 178.



50 prósentum sýni fram á að fyrirtæki hafi í raun stjórn á hinum ísraelska markaði“. Fyrir breytinguna árið 2019 var markaðsráðandi staða skilgreind eingöngu með markaðshlutdeildarprófi. Sérhvert fyrirtæki sem stjórnaði meira en helmingi af tilteknum markaði var talið hafa einokunarstöðu og var því háð ákveðnum höftum sem miða að því að koma í veg fyrir samkeppnishamlandi hegðun. Sérhvert fyrirtæki sem var með markaðshlutdeild undir 50% var ónæmt fyrir beitingu einokunarkafans og undanþegið sérstökum reglum sem giltu um einokun. Það er álitamál hvort mjög forbundið og ósveigjanlegt viðmið eins og ofan er lýst henti betur fyrir lítið hagkerfi heldur en hin almennu viðmið sem gilda um mat á markaðsráðandi stöðu innan ESB og víðar. Eins og áður hefur verið rakið þá er Ísrael lítið hagkerfi og þessi aðferð afar forbundin sem tekur ekkert tillit til smæðar hagkerfisins.

Má hins vegar nefna að með breytingunni hefur skilgreiningunni á einokun sem byggist á markaðshlutdeild verið haldið eftir, þannig að öll fyrirtæki sem eru með markaðshlutdeild yfir 50% teljast búa yfir einokunarstöðu. Hins vegar hefur skilgreiningin verið rýmkuð með því að bæta við markaðsstyrksprófi. Samkvæmt breytingunni getur fyrirtæki talist vera í einokunarstöðu jafnvel þó að markaðshlutdeild þess sé undir 50 prósent, að því tilskildu að það hafi „umtalsverðan markaðsstyrk“ á tilteknum vörumarkaði. Enn fremur má nefna að ísraelska samkeppniseftirlitið (ICA) birti þann 3. febrúar 2019 drög að leiðbeiningum varðandi skilgreininguna á „umtalsverðum markaðsstyrk“, en þar koma fram hlutir sem þarf að taka til skoðunar þegar það er verið að meta hvort að fyrirtæki búi yfir „umtalsverðum markaðsstyrk“ en þeir eru:

- 1) raunveruleg markaðshlutdeild fyrirtækis
- 2) fjöldi keppenda sem eru virkir á sama markaði
- 3) mikilvægi tiltekinnar vöru eða vörumerkis fyrir birgja smásala
- 4) tilvist aðgangs- og stækkunarhindrana á viðkomandi markaði og mikilvægi slíkra hindrana.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup>Tadmor Levy, „Major Competition Law Reform Comes into Force. Lexology“ <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=11663d65-d7dd-4e52-b5aa-d2e485ae36f2>> skoðað 24. janúar 2020.

Með þessari breytingu er Ísrael að reyna að móta reglur sínar í tilliti við þann markað sem þar er.

Að þröskuldur sé fyrirfram ákveðinn varðandi hvort um sé að ræða fyrirtæki í markaðsráðandi getur haft marga ókosti í för með sér, því eins og nefnt var hér áður þá er markaðshlutdeild aðeins hluti af því sem skoða þarf þegar ákvarðað er um markaðsráðandi stöðu fyrirtækis. Ef notast er aðeins við markaðshlutdeild getur niðurstaðan verið misvísandi þar sem lengd markaðsráðandi stöðu, staða keppinauta á markaði, skipulag viðkomandi markaðar, yfirlit yfir hráefnum, sérþekking og kaupendastyrkur hafa einnig mikið að segja hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi. Eins og sjá má með breytingu ísraelsku laganna og lagaumhverfisins almennt má telja ráðlegast að farinn sé ákveðinn millivegur við ákvörðun á markaðsráðandi stöðu.

Einnig getur komið upp sú staða þegar stuðst er við afmörkunarþröskuld um markaðsráðandi stöðu, að fyrirtæki kjósi að selja vörur sínar á háu verði, í þeim tilgangi að komast rétt undir markaðshlutdeildarþröskuldinn til þess að forðast að teljast vera markaðsráðandi.<sup>117</sup> Slík verðlagning ylli dauðþyngdartapi (e. deadweight loss) en það er þegar skapast samfélagslegur kostnaður vegna óhagkvæmrar ráðstöfunar auðlinda, sem kemur fram þegar framboð og eftirspurn eru úr jafnvægi.

---

<sup>117</sup> Gal (n. 16), 67-68.

## 5.7 Misnotkun markaðsráðandi stöðu

### 5.7.1 Almenn

Markaðsráðandi fyrirtæki geta beitt markaðsfærslu sem skapa samkeppnishindranir sem útiloka raunverulega eða mögulega samkeppnisaðila að óþörfu og með óréttmætum hætti eða hækka kostnað þeirra. Með því að hindra samkeppni um verð og annað sem keppinautar fyrirtækisins myndu annars veita gæti markaðsráðandi fyrirtæki enn frekar haldið aftur af framleiðslu og hækkað verð, sem leiðir til viðbótar hagkvæmnistaps. Slík samkeppnishamlandi háttsemi getur verið lárétt eða lóðrétt, einhliða eða lögð á með samningi.<sup>118</sup> Markaðsráðandi fyrirtæki geta notað mismunandi aðferðir til að útiloka eða koma í veg fyrir stækkun minni keppinauta. Meðal annars gæti rótgróið markaðsráðandi fyrirtæki notað vald sitt yfir núverandi smásöluaðilum eða heildsölum til að koma í veg fyrir að þeir geri samninga við önnur fyrirtæki en það kallast einkaréttarsamningar (e. exclusive dealing). Einkaréttur í þessu samhengi vísar til fyrirkomulags þar sem smásali eða heildsali er samningsbundinn til að eiga viðskipti við markaðsráðandi aðila á þann hátt að viðskipti við keppinauta séu að öllu leyti eða því sem næst útilokuð. Markaðsráðandi fyrirtæki getur einnig notað tryggðar- eða magnafslætti til að hindra innkomu nýrra samkeppnisaðila eða til þess að koma í veg fyrir stækkun samkeppnisaðila sem þegar eru á markaði.<sup>119</sup>

Tilbúnar takmarkanir af þessu tagi á samkeppni við markaðsráðandi fyrirtækja geta verið sérstaklega skaðlegar í litlum hagkerfum. Það er talið auðveldara að ná markaðsráðandi stöðu í slíkum hagkerfum og erfiðara fyrir keppinauta að vinna markaðshlutdeild af hinu ráðandi fyrirtæki. Hafa ber í huga að samkeppni er þegar takmörkuð á slíkum mörkuðum vegna einkenna hans, t.d. vegna samþjöppunar sem vernduð er af náttúrulegum aðgangshindrunum sem oft einkenna lítill hagkerfi. Enn frekari hindranir á samkeppni, vegna markaðsfærslu markaðsráðandi fyrirtækis sem ekki byggir á eigin verðleikum þess, styrkir hina markaðsráðandi stöðu og gerir það nánast ómögulegt fyrir keppinauta að vinna gegn henni á grundvelli eðlilegrar samkeppni.

---

<sup>118</sup> Whish og Bailey (n. 43), 683.

<sup>119</sup> sama heimild 685.

Efra og/eða neðra sölustig markaða (e. downstream og upstream market) í litlum hagkerfum býr oft við töluverða samþjöppun sem auðveldar markaðsráðandi fyrirtæki, sem starfar á einu stigi í birgðakeðjunni, að misnota vald sitt. Ef til dæmis er pláss á markaði fyrir aðeins einn eða tvo skilvirka dreifingaraðila, og þeir gera samninga um einkarétt markaðsráðandi fyrirtækis á viðskiptum við þá, gæti slíkt leitt til verulega aukins kostnaðar fyrir hugsanlegan keppinaut vegna inngöngu á markaðinn.<sup>120</sup> Í litlu hagkerfi getur tiltölulega lítil hækkun kostnaðar vegna útilokunarhegðunar verið aðgangshindrun þar sem meiri hætta er en í stærra hagkerfi að eftirspurn verði ekki næg til að skila eðlilegri ávöxtun. Samkeppnishamlandi háttsemi hefur því oftast en ekki mun alvarlegri áhrif í litlum hagkerfum. Að beita samkeppnisstefnu til að útrýma eða að minnsta kosti til að draga verulega úr viðskiptaháttum sem takmarka samkeppni hefur möguleika á að auka skilvirkni til muna.

#### *5.7.2 Misnotkun eða eðlileg beiting markaðsstyrks*

Helstu erfiðleikar við að koma í veg fyrir útilokandi viðskiptahætti hjá markaðsráðandi fyrirtækjum er að greina á milli samkeppnishegðunar þeirra og misnotkunar á hinni markaðsráðandi stöðu. Skilningur þarf að vera á fjölbreyttu eðli og mismunandi hagkvæmni fyrirtækja og aðgreina ákjósanlega háttsemi markaðsráðandi aðila (frammistöðu á grundvelli eigin verðleika, t.d. stærðarhagkvæmni frá háttsemi sem er fyrst og fremst hönnuð til að útiloka samkeppnisaðila. Erfiðleikinn við aðgreiningu stafar af því að báðar aðgerðir fela í sér tilraun til þess að hafa betur í samkeppni við keppinauta. Skýr og rétt skilgreining er mikilvæg til að hvetja fyrirtæki til að keppa á grundvelli verðleika sinna og skapa þannig kringumstæður sem leiða til hagkvæmrar nýtingar á framleiðsluþáttum samfélagsins. Gæta þarf þess að ofbeita ekki samkeppnisreglum þannig að komið sé í veg fyrir að fyrirtæki nýti sér tækifæri sem felast í t.d. stærðarhagkvæmni þeirra, dreifingarhagkvæmni, meiri gæðum vöru eða nýsköpun vegna ótta við inngrip stjórnvalda á grundvelli reglna sem banna misnotkun markaðsráðandi stöðu.<sup>121</sup> Skilgreiningin á misnotkun er grundvallaratriði þegar það kemur að því að móta

---

<sup>120</sup> Gal (n. 16), 93.

<sup>121</sup> Faull og Nikpay (n. 81), 67-68.

samkeppnisstefnu. Hver eiga grundvallarmarkmið slíkrar stefnu að vera að þessu leyti? Ætti að skilgreina hana rúmt eða ætti að skýra skilgreininguna þröngt til að halda hámarksframleiðslu á markaði sem í kjölfarið, eykur heildarvelferð samfélagsins. Ríki nota mismunandi hugtök að þessu leyti í löggjöf sinni og umfang bannaðrar háttsemi er einnig misjafnt. Nefna má að Ísrael notast við hugtakið „abuse of position“,<sup>122</sup> maltnesku lögin nota „abuse of a dominant position“, meðan áströlsku lögin notast við skilgreininguna „substantial degree of power“<sup>123</sup> . „Taking advantage of market power“ er hugtakið sem Ný-Sjálensku lögin notast við<sup>124</sup> og að lokum má finna hugtakið „monopolization“ í bandarískum lögum.

Að finna markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði er að sjálfsögðu nauðsynleg forsenda mat um misnotkun á slíkri stöðu. Ástæðan er sú að gert er ráð fyrir að einhliða samkeppnishamlandi háttsemi geti ekki verið stunduð af fyrirtækjum sem skortir markaðsstyrk eða þegar slík háttsemi hefur takmörkuð áhrif á markaðsaðstæður. Flestar tegundir útilokunarhegðunar krefjast fyrirliggjandi markaðsstyrks til að hafa veruleg áhrif á stöðu samkeppni á viðkomandi markaði, en það er ekki alltaf raunin.

T.d. getur það gerst að fyrirtæki sem hefur burði til þess að verða fyrir skammtímatapi getur gert einkakaupasamninga til langs tíma sem kemur í veg fyrir samkeppni annarra fyrirtækja jafnvel þó að það teljist ekki markaðsráðandi. Einnig getur fyrirtæki sem sér fyrir að markaðsráðandi fyrirtæki muni missa markaðsstyrk sinn vegna t.d að tækni við framleiðslu vöru er að verða úrelt eða aðgengi að aðföngum verði ekki lengur til staðar, gert samninga sem útilokar framtíðarkeppinautina sína og þannig sölsað markaðinn undir sig.

Til álita gæti komið að stjórnvöld í litlum hagkerfum reistu skorður við tilteknum viðskiptaháttum eða markaðsfærslu af hálfu fyrirtækja sem hugsanlega gætu skapað markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að markaðsfærslan sé framkvæmd af aðila sem er ekki enn orðinn markaðsráðandi.<sup>125</sup> Slíkar ráðstafanir væru frábrugðnar því sem venjulega gildir um misnotkun á markaðsráðandi stöðu því að fyrirtækið sem stundar slíka háttsemi

---

<sup>122</sup> a. liður 29. gr. Ísraelska laga um takmarkandi viðskiptahætti. (Restrictive Trade Practices Law 5748-1988).

<sup>123</sup> 46. gr. samkeppnislaga Ástralíu (Competition and Consumer Act 2010).

<sup>124</sup> 36. gr. Verslunarlaga Nýja-Sjálands (New Zealand commerce act of 1986).

<sup>125</sup> 2. kafli Sherman-laganna bannar tilraunir til að afla markaðsráðandi stöðu, túlkaður þannig að athafnir sem eru líklegar til þess að skapa markaðsráðandi stöðu eru óheimilaðir.

hefur enn ekki umtalsverðan markaðsstyrk og getur því ekki misnotað þau völd. Sjónum væri því beint að háttsemi sem er til þess fallin að skapa fyrirtækinu samkeppnisforskot sem ekki byggist á skilvirkni þess.<sup>126</sup> Aðgerðir til að hefta útilokunarhegðun fyrirtækis sem líklegt er til að ná markaðsráðandi stöðu geta verið árangursríkari og ódýrari en tilraunir til að stjórna markaðsráðandi stöðu þegar hún hefur komist á. Önnur leið sem til álita gæti komið í baráttu gegn misnotkun á markaðsráðandi stöðu í litlum hagkerfum gæti verið að taka upp lág viðmiðunarmörk um markaðsráðandi stöðu. Með viðmiðunarmörkum er átt við hvenær leiða má líkur að fyrirtæki sé markaðsráðandi. T.d tekur Samkeppniseftirlitið fram á heimasíðu sinni ef markaðshlutdeild er hærri en 50% eru allar líkur á að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu.<sup>127</sup>

Þegar fundið hefur verið út að fyrirtæki búi í reynd að markaðsráðandi stöðu er það jafnan skilyrði íhlutunar í háttsemi þess að hún feli í sér misnotkun á þeirri stöðu. Sem fyrr segir er aðgreining milli misnotkunar á markaðsráðandi stöðu og eftirsóknarverðri samkeppnishegðun af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis erfitt viðfangsefni. Evrópudómstóllinn hefur t.a.m. sagt að hann telji sig ekki vera bundinn af beinu orðalagi 102. gr. TFEU. Í staðinn hefur hann leitast við að útskýra ákvæðið með markmiðsskýringu en með því er átt við að hann hafi til hliðsjónar markmið að baki ákvæðinu og þeim verndarhagsmunum sem ákvæðinu er ætlað að verja.<sup>128</sup>

Ný-Sjálensku samkeppnislögin skilgreina misnotkun þannig að hún eigi sér stað þegar markaðsráðandi fyrirtæki nýtir vald sitt í þeim tilgangi að útrýma eða valda tjóni á samkeppnisaðilum þess, koma í veg fyrir að nýir aðilar komist á markaðinn eða hindra eða koma í veg fyrir samkeppnislega hegðun.<sup>129</sup> Þessi skilgreining hefur þann annmarka að hún skýrir ekki nægilega vel hver mörk háttsemi eru þannig að lögmæt hegðun falli ekki undir. Sem dæmi má nefna nýsköpun á betri vöru, sem útilokað getur keppinauta sem hafa ekki náð sömu skilvirkni eða gjaldtöku, byggða á framleiðslugetu, sem aðrir keppinautar geta ekki jafnað. Ef markmið samkeppnisstefnu er að auka skilvirkni og

---

<sup>126</sup> Gal (n. 16), 95.

<sup>127</sup> Samkeppniseftirlitið, „Algengar spurningar“

<<https://www.samkeppni.is/malefni/markadsyfirrad/algengar-spurningar/>> skoðað 15. maí 2020

<sup>128</sup> Maher M Dabbah, *EC and UK Competition Law: Commentary, Cases, and Materials* (Cambridge University Press 2004), 342.

<sup>129</sup> 46. gr. samkeppnislaga Ástralíu (Competition and Consumer Act 2010) og 36. gr. ísraelskra laga um takmarkandi viðskiptahætti (Restrictive Trade Practices Law 5748 - 1988).

velferð neytenda, þá þarf að fínþússa skilgreininguna þannig, að hún eigi bara við um útilokunarhegðun sem skapar samkeppnishindranir sem ekki eru byggðar á samkeppnisgetu fyrirtækja sem stunda slíka háttsemi.

Vafasamt er að samkeppnisreglur einblíni samkvæmt orðum sínum á hugsanleg áhrif háttsemi á markaði án tillits til þess hvort slík áhrif eru tilkomin vegna samkeppnishæfni fyrirtækja eða óeðlilegra samkeppnishátta. Sem dæmi um þetta má nefna úrlausn bandarískra dómstóla í máli Griffith<sup>130</sup>, en þar staðhæfði dómurinn að notkun einokunarvalds: „... til að útiloka samkeppni, til að öðlast samkeppnisforskot eða til að útrýma keppinaut af markaði, er ólöglegt“. Ef þessi nálgun er túlkuð bókstaflega, virðist hún fordæma alla háttsemi sem getur skapað aðgangshindranir í hvaða formi sem er og sem takmarkar þar með samkeppni, óháð því hvort hún er byggð á samkeppnishæfni fyrirtækis og verðleikum þess. Slík nálgun getur verið til þess fallin að fyrirtæki hafi einskonar verðregnhlíf yfir höfði keppinauta sinna eða látið það ógert að keppa af fullum krafti.

Lítil hagkerfi verða því að laga prófið fyrir misnotkun til að banna aðeins útilokunarhegðun sem skapar aðgangshindranir að samkeppni sem eru ekki byggðar á samkeppnishæfi markaðsráðandi fyrirtækisins. Flest ríki hafa nú samþykkt slíka túlkun að minnsta kosti í orði. Flest ríki leyfa einnig markaðsráðandi fyrirtæki að réttlæta meinta útilokunarhegðun sína á grundvelli svokallaðra hlutlægra réttlættingarástæðna, svo sem neitun um að eiga viðskipti við viðskiptavin með slæmt lánstraust, til að forðast að setja markaðsráðandi fyrirtæki í verri stöðu en ella bara vegna markaðsstöðu þess. Slíkar réttlættingarástæður gera það að verkum að fyrirtæki geta mögulega hnekkst ályktun um ólögmeta háttsemi þeirra. Þetta er mögulegt bæði í ESB og einnig Íslandi en þá þarf fyrirtækið sem ásakað er, að sanna að hegðunin sé réttlættingarleg á grundvelli hlutlægra réttlættingarástæðna.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> U.S v. Griffith, 334 U.S 100 (1948).

<sup>131</sup> Umræðuskjal samkeppnisnefndar framkvæmdastjórnar Evrópubandalagsins um beitingu 82. gr. Rómarsáttmálans, 19.

### 5.7.3 Sérstök hegðun í litlum hagkerfum

Fyrir utan almennt mikilvægi reglna um misnotkun á markaðsráðandi stöðu til þess að koma í veg fyrir aðgangshindranir inn á markað sem þegar er haldin miklum aðgangshindrunum, þá geta nokkur sérstök vandamál komið upp í litlum hagkerfum. Lítil hagkerfi gætu þurft að beita öðruvísi reglum til að ná fram markmiðum samkeppnisstefnu. Reglur sem t.d. banna einkaréttarsamninga, verðmismunun, tryggðarafslætti o.s.frv., geta átt verr við í litlu hagkerfi en stóru.

Á fákeppnismörkuðum geta t.d. mismunandi viðskiptakjör til birgja til endursala verið til hagsbóta fyrir neytendur, því þar sem áður var stöðugt fákeppnisverð er losað til og lækkað í þágu neytenda.<sup>132</sup> Á fákeppnismörkuðum keppast aðilar á markaði oftast ekki beint um verðlagningu, heldur er keppt á annan hátt, þá aðallega með einhvers konar afsláttum, þó oftast tryggðarhvetjandi afsláttum og einkakaupasamningum. Á litlum mörkuðum gæti verið tilefni að leyfa slíka samninga, því bann gæti hugsanlega dregið úr skilvirkni markaðarins og leiða til hærra verðs til neytenda. Með þessu er átt við að ef samkeppni á markaðnum felst í raun í því að tveir aðilar keppast um markaðinn með afsláttartilboðum, einkakaupasamningum og fleiru getur niðurstaða þeirrar samkeppni verið neytendum til hagsbóta frekar en ef slík háttsemi væri bönnuð í þeirri veiku von ný samkeppni geti skotið rótum á markað.<sup>133</sup>

Hér má aftur nefna ákvörðun nr. 11/2011 *um misnotkun Vífilfells hf. á markaðsráðandi stöðu sinni* en málavextir voru þeir að Vífilfell var talið hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að gera kaupsamninga við viðskiptavinum sína þar sem viðskiptavinum þeirra var gert skylt að stunda einkakaup við Vífilfell. Þetta var talið hafa útilokandi áhrif sem er ólögleg ráðstöfun fyrir fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu.

Þessi ákvörðun sýnir hugsanlega kosti fyrrnefndrar nálgunar. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var skotið til Héraðsdóms Reykjavíkur, í máli nr. E-1410/2012 frá 18. nóvember 2013 en eins og fyrr var rakið en það var álit dómsins að staða Vífilfells og Ölgerðarinnar hefði verið það jöfn og því fullyrðingin um markaðsráðandi stöðu Vífilfells verið ófullnægjandi. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins gerði það að verkum að Vífilfell gat ekki veitt jafn mikla samkeppni við Ölgerðina og töpuðu þeir mörgum viðskiptavinum í

---

<sup>132</sup> Gal (n. 16), 101.

<sup>133</sup> sama heimild 102.



kjölfarið. Hins vegar var Ölgerðin ekki talin markaðsráðandi og gat hún því gert einkakaupasamninga við viðskiptavinum sína þrátt fyrir að markaðshlutdeild fyrirtækjanna tveggja var mjög svipuð.

Hér má hugsanlega færa þau rök að betra hafði verið að hálfu Samkeppniseftirlitsins að skerast ekkert í leikinn þar sem að um var að ræða markað þar sem lítil samkeppni átti sér stað en verð á gosdrykkjum var einsleitt, þá sérstaklega á þessum tíma. Ölgerðin og Vífilfell voru án efa stærstu aðilarnir á markaði, en samkeppni þeirra fór fram með fyrrnefndum einkakaupasamningum sem skiluðu sér til betra verðs til neytenda. Einnig má telja að þessir samningar hafi ekki gefið ástæðu fyrir Samkeppniseftirlitið til að banna þá, og ef það yrði gert, að banna þá báðum aðilunum að aðhafast við slíka samninga.

Of ströng nálgun á einkaréttarsamninga, verðmismunun, tryggðarafslætti o.s.frv., þar sem öll slík háttsemi er talin vera misnotkun á markaðsráðandi stöðu, gæti því í raun ýtt undir fákeppnishegðun þar sem hin litla samkeppni sem ríkir á markaðnum, er hindruð. Einkakaupasamningar og aðrir líkir samningar verðskulda því ítarlegri greiningu á raunverulegum áhrifum þeirra.<sup>134</sup> Gallinn við slíka stefnu er að nákvæm greining á mörkuðum gætu krafist verulega ítarlegra hagfræðilegra spáa sem erfitt er að ætlast til, sérstaklega í litlu hagkerfi þar sem fjármagn er af skornum skammti. Má t.d. nefna að Samkeppniseftirlitið á Íslandi hefur oft kvartað yfir skorti á fé og mannafla.<sup>135</sup> Engu að síður geta nokkrir þættir gefið merki um að gera ætti varfærnari greiningu áður en áhrif á misnotkun er ákvörðuð: ef markaðurinn er fákeppnismarkaður að eðlisfari, nýir og mögulegir keppinautar taka upp verðlagningastefnu ráðandi fyrirtækja og að lokum ef að mismunum í verði er leyndarmál til þess að fela það fyrir öðrum keppinautum á fákeppnismarkaðnum.

---

<sup>134</sup> Papadopoulos og Anestis S (n. 1) 34.

<sup>135</sup> Samkeppniseftirlitið, „Ársskýrsla samkeppnisstofnunarinnar“

<[https://www.samkeppni.is/media/skyrslur95-07/arsskyrsla\\_samkeppnisstofnunarinnar\\_2003.pdf](https://www.samkeppni.is/media/skyrslur95-07/arsskyrsla_samkeppnisstofnunarinnar_2003.pdf)> skoðað 17. mars 2020.

## 5.8 Samantekt

Til að draga saman þá skilgreiningu á markaðsráðandi stöðu um að hún eigi ekki að vera fyrir fram ákveðið hlutfall af markaðshlutdeild skal tekið fram að 100 prósent markaðshlutdeild er mjög sjaldgæf nema um sé að ræða lögbundna einokun. Þó að markaðshlutdeild fyrirtækis sé vissulega mikilvægt töl til þess að leiða líkur að því hvort fyrirtæki sé markaðsráðandi ber einnig að huga að öðrum þáttum. Eins og t.d. tæknilegri sérþekkingu, yfirráðum yfir hráefni og fjármagni sem getur einnig gefið fyrirtæki kost á að ákvarða verð eða stýra framleiðslu og dreifingu viðkomandi vöru og eða þjónustu. Mikilvægast er að komast að því hvort fyrirtæki hafi getuna til að hækka verð umtalsvert yfir samkeppnisverð yfir umtalsverðan tíma. Það er ekki nein ein aðferð sem segir best til um markaðsráðandi stöðu. Engu að síður má oftast sjá að í litlu hagkerfi eru sterk rök fyrir því að líta á markaðshlutdeild öðrum augum en þegar stór hagkerfi eiga í hlut, þar sem löglíkur eru á því að lægri markaðshlutdeild geti gefið til kynna meiri markaðsstyrk. Því oftast eru fyrir hendi fleiri aðgangshindranir og færri mögulegir samkeppnisaðilar.

Einokunarmarkaðir sem og fákeppnismarkaðir eru eitt af stærstu vandamálum eftirlitsaðila í litlum hagkerfum. Nú hafa verið greind nokkur sjónarmið sem koma við sögu við gerð hagkvæmrar stefnu fyrir lítil hagkerfi. Enn fremur má draga saman það sem lítil hagkerfi þurfa að taka tillit til við stefnumótun á samkeppnisstefnum þeirra:

1. Hin dæmigerða eða staðlaða markaðshlutdeild sem gefur til kynna markaðsráðandi stöðu í litlum hagkerfum ætti hugsanlega að vera lægri en sú sem notuð er í stórum hagkerfum vegna þess að teygjanleiki í framboði er yfirleitt minni í litlum hagkerfum þar sem aðgangshindranir eru yfirleitt meiri í slíkum hagkerfum.
2. Álitamál er hvort heppilegt sé að gera ráð fyrir því að markaðsráðandi staða sé brotin upp eins og heimilt er í núgildandi samkeppnislögum þar sem slík staða getur verið nauðsynleg eða óhjákvæmileg í litlu hagkerfi til að ná fram hámarksframleiðni. Engu að síður ættu lítil hagkerfi að taka upp háttsemsregluverk er varðar misnotkun á markaðsráðandi stöðu frekar en að treysta á leiðréttingu markaðarins líkt og gert er í stærri hagkerfum eins og t.d. Bandaríkjunum.

3. Eins getur komið til álita að lítil hagkerfi beiti sér fyrir því að setja hömlur á markaðsfærslu sem líkleg er til að skapa markaðsráðandi stöðu frekar en að einbeita sér eingöngu að markaðsfærslu fyrirtækis sem þegar nýtur markaðsráðandi stöðu.

## 6. Reglusetning vegna markaðsráðandi stöðu

### 6.1 Inngangur

Lítil hagkerfi búa gjarnan við markaði þar sem fáir keppinautar starfa á hverjum markaði og markaðsráðandi staða er jafnvel algengari en á stærri mörkuðum. Þá vaknar sú spurning hvort að í stað þess að reiða sig á hinar almennu samkeppnisreglur sem byggðar eru á ESB fyrirmynd úr stærra hagkerfi, hvort skynsamlegra væri að beita meiri reglusetningu um markaðina og háttsemi fyrirtækja á þeim.

Yfirburðamarkaðsráðandi staða eins fyrirtækis eða einokunarstaða sem náðst hefur með löglegum hætti (e. monopoly), hefur lengi kallað fram erfiðar spurningar í samkeppnisrétti. Einokunarstaða eða langvarandi markaðsráðandi staða eins fyrirtækis, hvernig sem hún verður til, hefur í för með sér efnahagslegan kostnað. Þessi kostnaður þarf ekki endilega að stafa af einkaréttarlegri aðgerð eða vegna verðlagningar og er því ekki hægt að stjórna einokunarstöðu einungis með hefðbundinni samkeppnislöggjöf sem bannar ákveðna hegðun. Hegðun einokunaraðila er keimlík hegðun annarra fyrirtækja sem eiga í samkeppni í þeim skilningi að öll fyrirtæki ákvarða verð sín og haga framleiðslu til að hámarka hagnað sinn. Á einokunarmarkaði þá eru þessi verð hins vegar yfir jaðarkostnaði. Þessi hegðun einokunaraðilans er þannig einfaldlega skynsamleg og lögleg nýting hagnaðarmöguleika markaðsskipulagsins, frá hans sjónarhóli, á þeim markaði sem hann starfar.<sup>136</sup>

Mikilvægt atriði um markaði sem stjórnað er af einu fyrirtæki er hvernig beita eigi samkeppnisreglum á þeim, þ.e.a.s. hvort mögulegt eigi að vera að beita inngripi af hálfu samkeppnisyfirvalda án þess að fyrir liggja í hvert sinn að markaðsráðandi aðili hafi beitt samkeppnishamlandi aðgerð. Eða hvort beita eigi lögum til að stjórna markaðsskipan, stærð markaðsráðandi fyrirtækisins og getu þess (e. no-fault regulation). Forsenda slíkrar nálgunar er sú að nauðsynlegt þyki að leiðrétta markaðsbrest með opinberri reglusetningu. Telur Michal Gal vera þörf á efnahagslegum rökum fyrir að hafa slíka löggjöf nema víst sé að hún hafi ekki slæm áhrif á hegðun fyrirtækja og sé ekki of

---

<sup>136</sup> Gal (n. 16), 69.

kostnaðarsöm.<sup>137</sup>

Félagslegur kostnaður (e. social cost)<sup>138</sup> vegna áhrifa markaðsráðandi stöðu getur oltið á því hvernig aðstöðunni var náð eða hvernig aðilinn beitir sér á markaði, einnig eru áhrifin háð því hvort um undirverðlagningu (e. predatory pricing) eða útilokandi háttsemi sé að ræða. Fyrirtæki sem öðlast einokunarstöðu getur og mun líklegast beita einokunarverði. Meginröksemdin fyrir beitingu regluverks um háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis er fyrrnefndur félagslegur kostnaður vegna markaðsráðandi fyrirtækis. Löggjöf reynir þá að draga úr þessum kostnaði. Þó eru kostir og gallar við þessa nálgun. Önnur nálgun væri að treysta á leiðréttingu markaðarins en með því er átt við sjálfvirka ferlið þar sem markaðir aðlagast frá ójafnvægi til jafnvægis. Þetta á við þegar samkeppnisaðstæður á markaði skapast og færi er fyrir önnur fyrirtæki að koma inn á markað en einokunarstaða á það til að laða að sér ný fyrirtæki á markaðinn, sem leitast við að fá hluta af hagnaðinum sem stendur til boða. Þessi innkoma á markað, eða hræðslan við hana, mun takmarka getu markaðsráðandi aðilans til að hækka verð eða nota markaðsstyrk sinn á vissan hátt. Þetta ferli vinnur sjálfkrafa til að ná jafnvægi á markaðinum án þess að þörf sé á afskiptum stjórnvalda. Michal Gal hefur bent á mikilvægi þess að löggjöf um markaðsráðandi stöðu sé ekki of íþyngjandi en varðandi áhrifin sem löggjöf gæti haft á markaðinn hefur hann teft fram eftirfarandi rökum:

Jafnvel þótt markaðsöflin væru ekki best til þess fallin að takast á við markaðsráðandi stöðu, og þá sérstaklega einokunarstöðu fyrirtækis, þá er löggjöf sem á að halda aftur af aðilum, sem náði stöðu sinni eingöngu með sanngjarnri frammistöðu í samkeppni ekkert endilega betri aðferð. Löggjöf tekur hugsanlega í burtu hvata fyrirtækja til að vera skilvirkari eða skapa framúrskarandi vörur í því skyni að verða markaðsráðandi en þetta kallast hin letjandi áhrif (e. disincentive effect). Fyrirtæki sem nálgast þröskuldinn að verða markaðsráðandi gætu séð sóma sinn í því að halda aftur af sér, og nýta ekki þau tækifæri sem gæfu þeim enn meira forskot á markaðnum. Þetta gæti fyrirtæki gert með skertri frammistöðu, minni afköstum í framleiðslu o.s.frv.<sup>139</sup>

Spurningin er hversu líkleg og mikil letjandi áhrifin verða. Philip Areeda og Herbert Hovenkamp hafa bent á að svarið liggja aðallega í eðli markaðarins og staðsetningu

---

<sup>137</sup> sama heimild 70.

<sup>138</sup> Félagslegur kostnaður í nýklassískri hagfræði er summan af kostnaðinum sem stafar af viðskiptum og kostnaðinum sem lagður er á neytendur vegna viðskiptanna sem þeir fá ekki bætt fyrir.

<sup>139</sup> Gal (n. 16), 70.

fyrirtækis innan hans á þeim tíma sem það tekur ákvarðanir sem hafa áhrif á markaðsráðandi stöðu þess. Almennt má ganga út frá að því meiri áhrif sem samkeppnisleg hegðun hefur á hugsanlega markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins, því ólíklegra verður að fyrirtæki viðhafi slíka hegðun. Það er þó einnig jákvæð fylgni milli styrkleika úrræða, sem löggjöf gegn markaðsráðandi stöðu veitir og hinna letjandi áhrifa. Með því er átt við að jafnvel þótt ákvörðun fyrirtækis myndi leiða til markaðsráðandi stöðu, og þar af leiðandi strangari reglna, þá gæti t.d. vísitandi slökun í framleiðslu eða nýsköpun leitt til verri stöðu á markaðnum en ef ákveðið þak væri til staðar varðandi regluverk um markaðsráðandi fyrirtæki.<sup>140</sup>

Bent hefur verið á nokkrar aðferðir til þess að milda letjandi áhrif sem slíkt regluverk kynni að hafa í för með sér, svo sem að leyfa markaðsráðandi fyrirtæki að hegða sér eins og það vill á markaði þar til ljóst er að markaðurinn er ekki fær um að uppræta markaðsstyrk þess. Þetta gefur fyrirtæki tækifæri til að njóta hagnaðar af markaðsráðandi stöðu sinni með verðlagningu yfir samkeppnisverði vegna forskots síns, sem það öðlaðist á lögmætan hátt, þar til það telst vera í yfirburðastöðu. Á sama tíma gæfi það markaðsöflunum tækifæri til að gegna hlutverki sínu að rétta markaðinn af án inngrips samkeppnisyfirvalda.<sup>141</sup> Þessi aðferð er þó ekki endanlegt svar við hinum letjandi áhrifum. Í fyrsta lagi þá er það raunin að með þessari aðferð er hagnaður notaður sem hvati, en það er ekki almennt viðurkennt í samkeppnisrétti að hagnaður muni hvetja markaðsráðandi aðila til að bæta frammistöðu sína á markaði. Enn fremur er alls ekki víst að aðferðin sé nægileg til þess að koma í veg fyrir hin letjandi áhrif.

Lögbundin nálgun leggur einnig beinan stjórnunarkostnað á eftirlitsstofnunina og fyrirtækið sem á í hlut. Virkni íhlutunar stjórnvalda veltur á því hvaða íhlutun er valin. Íhlutunarúrræðin samanstanda af tveimur valkostum: endurskipulagningu markaðarins með því að leysa ráðandi fyrirtæki úr markaðsráðandi stöðu eða notkun á regluverki um háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis (e. conduct regulation).

---

<sup>140</sup> Phillip Areeda, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (Aspen 1978), 58-62

<sup>141</sup> Donald F Turner, „The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies“ (1969) 82 (6) *Harvard Law Review* 1207-1244.

## 6.2 Endurskipulagning markaðarins

Endurskipulagning markaðarins snýr að því að berjast gegn einokun með því að endurskipuleggja markaðinn á þann hátt að fyrirtækið sé brotið upp að einhverju leyti, þannig að minnsta kosti tveir samkeppnisaðilar muni keppast um á markaðnum. Michal Gal telur að til þess að hægt sé að berjast gegn einokun á áhrifaríkan hátt þurfi eftirlitsaðilinn að skipta fyrirtækinu upp á þann hátt að varan eða þjónustan sé síðan framleidd eða veitt af tveimur eða fleiri fyrirtækjum, sem selja á sama landfræðilega markaði. Endurskipulagning markaðarins er þó ekki valkostur ef fyrirtækið, sem á í hlut, er komið í markaðsráðandi stöðu vegna frammistöðu sinnar á markaðnum. Ljóst er þó að uppskipting fyrirtækis sem kemst í markaðsráðandi stöðu á grundvelli eigin frammistöðu eða vegna laga um lögbundna einokun er tilgangslaust og óhagkvæmt.

Michal Gal telur ljóst að ef tekin er sú ákvörðun að brjóta upp markaðsráðandi fyrirtæki og að samþjöppun á markaðnum myndi minnka í kjölfarið, þá hefði það í för með sér að annað fyrirtæki myndi annaðhvort nýta tækifærið til að koma inn á markaðinn vegna lægri kostnaðar þar til markaðurinn félli aftur í sama horf eða að markaðurinn myndi starfa til frambúðar með óþarflega miklum kostnaði.<sup>142</sup> Má í þessu sambandi t.d. benda á að ef markaðsráðandi staða kemur upp vegna einhvers konar hugverkaréttinda, þá myndi endurskipulagning þess fyrirtækis stríða gegn þeirri allsherjarreglu sem slík réttindi byggja á.

## 6.3 Háttsemisregluverk

Tilgangur háttsemisregluverks er að leitast við að setja markaðsráðandi fyrirtækjum lagalegan ramma varðandi ákvarðanir þeirra um verð, framleiðslu og gæði vöru í þeim tilgangi að gera viðeigandi markað efnahagslega skilvirkan. Taka skal fram að mikill kostnaður felst í því að beita þessari aðferð. Þá má fyrst nefna að ef slíkum reglum er beitt varðandi verðlagningu á markaðnum og framleiðslu, þá hefur það þau áhrif að það skekkir verðlagningu markaðarins og hindrar þannig eðlilegt aðlögunarferli hans sem gæti verið best til þess fallið að koma á samkeppni til langs tíma litið.<sup>143</sup> Með því er átt við að

---

<sup>142</sup> Gal (n. 16), 72.

<sup>143</sup> Vickers, John, „Regulation, competition, and the structure of prices“ (1997) 13 (1) Oxford Review of Economic Policy 15-26

einokunarverð á markaði er oft vísbending til annarra fyrirtækja að mögulegur hagnaður felist í því að koma inn á markað. Þessir nýju aðilar myndu því með innkomu sinni á markaðinn lækka verð og markaðurinn myndi ná samkeppnislegu jafnvægi. Einnig ber að hafa í huga þær takmarkanir sem eftirlitsstofnun hefur þegar kemur að því að fylgjast með og stjórna ákvarðanatöku í einkafyrirtæki. Einn helsti vandi sem eftirlitsaðilinn stendur frammi fyrir við að framfylgja sem best reglunum eru ósamhverfar upplýsingar en það er þegar aðilar hafa mismiklar upplýsingar undir höndum varðandi viðskiptin.<sup>144</sup> Sú staðreynd að eftirlitsstofnunin sé einu skrefi á eftir frá beinum rekstri fyrirtækis takmarkar aðgang þeirra að nauðsynlegum upplýsingum og getu þeirra til að meta slíkar upplýsingar. Þetta getur haft þær afleiðingar í för með sér að gróði vegna einokunar sé falin fyrir eftirlitsstofnun eða að íþyngjandi ákvörðun sé tekin þegar réttar forsendur eru ekki fyrir hendi.<sup>145</sup>

#### 6.4 Val á formi með tilliti til stærðar hagkerfis

Stærð hagkerfis ætti að hafa áhrif á regluverk varðandi fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu. Fyrst má nefna að sjálfleiðréttandi tilhneiging markaðarins er meira áberandi í stórum hagkerfum en í þeim litlu. Bandaríkin eru gott dæmi um hagkerfi sem treystir á markaðinn til þess að stjórna fyrirtækjum sem komin eru í einokunarstöðu. Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur sérstaklega tekið fram að markaðsráðandi staða sem byggir á góðri vöru, viðskiptahyggju eða heppni eru ekki brot. Sanna þurfi að markaðsráðandi staða sé tilkomin vegna samkeppnishamlandi aðgerða og hvíli sönnunarbyrðin á samkeppnisyfirvöldum. Þá sé ekki um brot að ræða þótt markaðshlutdeild fyrirtækis sé mjög mikil eða einokunarverðlagningu sé beitt. Loks sé það ekki brot ef framleiðsla markaðsráðandi fyrirtækis sé vísvitandi takmörkuð ef samkeppnishamlandi aðgerðum var ekki beitt til þess að ná markaðsráðandi stöðunni.<sup>146</sup> Þessi nálgun gagnvart einokunarstöðu hvílir fyrst og fremst á trú á sjálfleiðréttandi tilhneigingu markaðarins og einnig vegna þess hversu sjaldgæft það er að fyrirtæki nái einokunarstöðu á bandarískum

---

<sup>144</sup> Nicholas Gregory Mankiw og Mark P Taylor, *Economics* (2. útg., South-Western, Cengage Learning 2011), 447.

<sup>145</sup> Gal (n. 16), 74.

<sup>146</sup> Þessi sjónarhorn komu fyrst fram í máli Standard Oil Co v. U.S., 221 U.S. 1 (1911) og U.S. v. United States Steel Corp., 251 U.S. 417, 440-441 (1920).



markaði. Philip Areeda og Herbert Hovenkamp höfðu þetta að segja um það sem kom fram í *U.S Standard Oil málinu*:

If the law can prevent artificial barriers to such new entry, then the self-correcting forces of the marketplace will impede the attainment and maintenance of monopoly power except where the monopolist is beyond cavil because it was, or continues to be, so efficient and progressive as to out-compete all actual or potential rivals. The rarity of the last exception and the force of the self-correcting tendency are powerfully suggested by the relative of persistent single-firm domination in our major national markets".<sup>147</sup>

Það sjónarmið kemur glögglega fram hér að mikil trú er á því að markaðurinn hafi þá tilhneigingu til að leiðrétta sig sjálfur, svo lengi sem samkeppnishamlandi aðgerðum sé ekki beitt til þess að ná fram markaðsráðandi stöðu.

Þetta sjónarmið er alls ekki jafn viðeigandi þegar kemur að litlum hagkerfum, þar sem sjálfsleiðrétandi tilhneiging markaðarins er mun takmarkaðri. Þetta stafar meðal annars af því að miklar aðgangshindranir einkenna lítil hagkerfi. Aðgangshindranir gera það að verkum að auðveldara er fyrir fyrirtæki á markaði að ná markaðsráðandi stöðu og einnig eru þær til þess fallnar að erfiðara er að hrinda markaðsráðandi fyrirtæki úr sessi og það tæki mun lengri tíma. Þar af leiðandi, þegar samþjöppun á sér stað á markaði, er erfitt að draga úr henni á skömmum tíma. Fyrirtæki getur því verið markaðsráðandi til lengri tíma litið þrátt fyrir að standa sig ekki vel á markaðnum.<sup>148</sup> Það sjónarmið sem er ríkjandi innan ESB er að þörf sé á öflugu lagaumhverfi til þess að fyrirbyggja brot gegn 101. og 102. gr. TFEU og til þess að vernda betur hinn innri markað og gefa samkeppnisyfirvöldum aðildarríkja ríkari heimildir til þess að framfylgja regluverki um misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Setning tilskipunar nr. 2019/1<sup>149</sup> er liður í þessu en með henni er aðildarríkjum veitt meira vald til að vera skilvirkari framfylgjendur og tryggja virkni innri markaðarins. Að mati framkvæmdastjórnarinnar var þörf á tilskipun til að efla innlend samkeppnisyfirvöld aðildarríkja ESB og EES í þeim tilgangi að gera þau skilvirkari og hæfari og til að tryggja

---

<sup>147</sup> Areeda og Hovenkamp(n. 140), 52.

<sup>148</sup> Gal (n. 16), 75.

<sup>149</sup> tilskipun ESB nr. 2019/1, um eflingu samkeppniseftirlita (ECN+) (Directive (EU) 2019/1 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0001>> skoðað 1. desember 2019.

að samkeppnisyfirvöld hafi sjálfstæði og betri úrræði til að leita fullnustu sekta. Fjarlægja þyrfti innlendar hindranir vegna framkvæmdar samkeppnisreglna, t.d. í formi pólitísku þrýstings eða þrýstings frá almenningi og fyrirtækjum. Sömuleiðis taldi framkvæmdastjórnin að sum samkeppnisyfirvöld hefðu ófullnægjandi mannauð og skert fjárhagslegt bolmagn til að sinna eftirliti sínu á fullnægjandi hátt. Þar að auki kom fram í tillögunni um tilskipunina að markmið hennar væri að gera samkeppnisyfirvöldum það kleift að veita gagnkvæma aðstoð á skilvirkan hátt sem myndi tryggja jafnara leiksvið á milli aðildarríka og tryggja sem best samkeppnisaðstæður á hinum innri markaði.<sup>150</sup>

Að lokum skal tekið fram að hin letjandi áhrif þegar tekið er upp regluverk í kringum markaðsráðandi stöðu eru ekki þau sömu í litlum hagkerfum samanborið við þau stærri að mati Michals Gals. Annars vegar hefur það áhrif ef að markaður er samþjappaður, en þá er líklegra að uppgötvun og nýting á samkeppnisforskoti leiði til einokunarstöðu, og líklegra er að fyrirtæki fari varlega að leitast við að nýta slík forskot ef um strangt regluverk er að ræða. Þar af leiðandi er mun líklegra að regluverk hafi mikil fælingaráhrif í litlu og samþjöppuðu hagkerfi. Hins vegar má nefna að vegna stærðarhagkvæmnissjónarmiða, sem gilda um lítil hagkerfi, er hugsanlegt að markaðsráðandi staða fyrirtækis sé óumflýjanleg, burtséð frá samkeppnislegum aðgerðum viðkomandi fyrirtækis. Í slíkum tilvikum þá myndi regluverk hafa lítil áhrif á hvata fyrirtækja við ákvarðanir er varða samkeppni. Í því sambandi þegar einokunarstaða myndast í hagkerfi með mikil samlegðaráhrif er ekki víst að letjandi áhrif regluverks væru mikil. Einnig má koma í veg fyrir hin letjandi áhrif með því að veita fyrirtækjum viðeigandi leiðbeiningar sem fylgja eiga regluverkinu, en vikið verður að þeirri umfjöllun síðar.<sup>151</sup>

Miðað við þessi sjónarmið þarfnast lítið hagkerfi ítarlegri umfjöllunar varðandi tillögur er lúta að reglum er varða markaðsráðandi stöðu fyrirtækja. Ekki er hægt að ýta slíkri umfjöllun til hliðar á þeirri forsendu að markaðsöflin muni sjá um vandamálið innan tíðar. Samkeppnislög sem byggja á þeirri forsendu að starfhæf samkeppni sé tæknilega framkvæmanleg og muni auka hagkvæmni er takmörkuð hugsjón. Í litlum hagkerfum er hægt að ná markaðsráðandi stöðu nokkuð auðveldlega, jafnvel án samkeppnishamlandi

---

<sup>150</sup> tillaga tilskipunar ESB nr. 2019/1, um eflingu samkeppniseftirlita (ECN+)

<[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed\\_directive\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed_directive_en.pdf)> skoðað 1. febrúar 2020

<sup>151</sup> Gal (n. 16), 76.

aðgerða, og þegar slíkri stöðu hefur verið náð er mjög erfitt að snúa þeirri þróun við. Regluverk um einokun getur vel verið réttlætanlegt ef því er beitt í hófi.

### 6.5 Greining á nálgun regluverks um markaðsráðandi stöðu

Almennt eru tvær megináðferðir notaðar við stjórnun markaðsráðandi stöðu. Fyrsta áðferðin snýr að markaðsskipulagi og veitir dómstólum eða samkeppnisyfirvöldum heimild til að hafa áhrif á markaðsráðandi stöðu eða setja reglur um það þegar tilgreindum skilyrðum er fullnægt. Hinni áðferðinni er beitt með þeim hætti að það sé gefið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða, þegar hið markaðsráðandi fyrirtæki hefur stundað einokunarverðlagningu, takmörkun í framleiðslu o.s.frv. Háttsemin er bönnuð, er refsiverð og eða getur varðað sektir og önnur viðurlög.

### 6.6 Val á nálgun fyrir lítil hagkerfi

Regluverkið er annaðhvort byggt á markaðsskipan eða frammistöðu fyrirtækisins. Algeng leið til að stjórna markaðsráðandi fyrirtæki er að krefja það um ákveðna háttsemi með lögum. Hátt verð, takmörkuð framleiðsla eða önnur tilgreind viðskiptaskilyrði eru þá gerð brotleg með regluverki, án þess að þurfa að sanna ásetning eða samkeppnishamlandi háttsemi. Lögin beinast fremur að því að koma í veg fyrir skaða neytenda.

Regluverk sem byggir á frammistöðu markaðsráðandi fyrirtækja hefur verið tekið upp í mörgum litlum hagkerfum, þ.á.m. á Möltu, Nýja-Sjálandi, Ísrael og á Íslandi. Það sem öll þess lönd eiga sameiginlegt er að það þarf ekki að sanna samkeppnishamlandi áðgerðir eða tilraunir til samkeppnishamlandi áðgerða sem forsendu fyrir beitingu viðurlaga. Margt aðgreinir hins vegar þessi ríki við beitingu regluverksins en þar má nefna umfang þeirrar háttsemi sem bönnuð er, sérfræðiþekking eftirlitsaðila, gildandi málsmeðferðarreglur og hver viðurlög séu við brotum á lögunum.

Ísraelsk löggjöf er mjög afskiptasöm að því leyti að hún veitir forstöðumanni samkeppnisyfirvaldsins þar í landi heimild til að setja reglur um háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis en heimildin er eftirfarandi:

(a) In the case that the General Director believes that business competition or the public is being prejudiced as a result of the existence of a Monopoly or the behavior of a Monopolist, he may give the Monopolist instructions regarding the measures to be taken by the Monopolist in order to prevent such prejudice.<sup>143</sup>

Forstöðumaðurinn getur því falið markaðsráðandi fyrirtæki að gera allar nauðsynlegar ráðstafanir til að útrýma núverandi skaða neytenda eða í náinni framtíð sem stafar af samkeppni vegna hegðunar eða tilvist fyrirtækisins.<sup>152</sup> Algeng viðurlög sem beitt er þar í landi eru ákvarðanir sem stýra þáttum í starfsemi einokunaraðilans, sem viðkoma gæðum þjónustunnar, vinnutíma og lánskjörum. Ákvarðanir sem forstöðumaður Samkeppniseftirlitsins í Ísrael tekur, má áfrýja til samkeppnisnefndar þar í landi. Vert er að nefna það að áður en lögnum var breytt þá var það samkeppnisnefndin ein sem hafði ákvörðunarvaldið.<sup>153</sup>

Í Bretlandi er einnig að finna regluverk fyrir markaðsráðandi stöðu. Þar er einnig lögð áhersla á hvernig markaðsráðandi stöðu er beitt frekar en að einblína á ásetning til samkeppnishamlandi aðgerða. Markmið laganna er að grípa til aðgerða þegar sú ákvörðun hefur verið tekin að markaðsráðandi staða hafi verið notuð á þann hátt og að það sé í andstöðu við hagsmuni neytenda. Samkeppnisnefndin má kanna markaði til að ákvarða hvort markaðsráðandi staða sé hagnýtt andstætt hagsmunum neytenda en það sama gildir um samruna sem eru til þess fallnir að skapa markaðsráðandi stöðu.<sup>154</sup> Matsgerðin er framkvæmd af sérfræðingum, sem felur í sér skýrslutökur og söfnun sönnunargagna. Niðurstöður hennar eru síðan tilkynntar utanríkisráðherra og þegar við á, innihalda tillögur um komandi ákvarðanatöku. Ef tillögu sem beint er að fyrirtæki er framfylgt á ófullnægjandi hátt er mögulegt að gefin verði út tilskipun sem skyldar markaðsráðandi fyrirtæki til að grípa til aðgerða eða koma í veg fyrir að það grípi til vissra aðgerða. Vert er að nefna að þetta á sér allt stað án íhlutunar dómstóla.

Kerfi Möltu er svipað og á Íslandi að því leyti til að Malta hefur tekið upp löggjöf ESB inn í sinn eigin landsrétt.<sup>155</sup> Það sem einkennir maltneskan rétt er það að lögin veita

---

<sup>152</sup> a. liður. 30. gr. ísraelskra laga um takmarkandi viðskiptahætti (Restrictive Trade Practices Law 5748 - 1988).

<sup>153</sup> f. liður. 30. gr. ísraelskra laga um takmarkandi viðskiptahætti. (Restrictive Trade Practices Law 5748 - 1988).

<sup>154</sup> 44. kafli bresku samkeppnislaganna (Enterprise Act 2002).

<sup>155</sup> Maltnesku-samkeppnislögin (Competition Act, Chapter 379 of the Laws of Malta).

framkvæmdastjóra samkeppnisstofnunar þar í landi einkarétt til að beita ákvæðum laganna sem heimilt er fyrir framkvæmdastjórann að fela starfsmönnum samkeppnisstofnunarinnar.<sup>156</sup> Umboð framkvæmdastjóra felur í sér vald til að framkvæma rannsóknir til að tryggja að ekki sé brotið á ákvæðunum. Ef um brot er að ræða getur hann fyrirskipað stöðvun á brotlegri hegðun og lagt stjórnvaldssektir á viðeigandi fyrirtæki.

Fjórði kafli Ný-Sjálensku samkeppnislaganna heimilar að setja vörur og þjónustu í verðstjórnun, sem er í höndum viðskiptanefndar, þegar samkeppnisstofnun Nýja-Sjálands ákveður að takmörkuð samkeppni sé á markaðnum og nauðsynlegt eða æskilegt sé að verði sé stjórnað í þágu neytenda eða birgja.<sup>157</sup> Viðskiptanefndin getur stjórnað verði sérstaklega eða almennt hvað varðar vörur eða þjónustu, og þetta getur átt við um tiltekin svæði, sérstök einkenni vöru eða þjónustu og jafnvel tiltekna lögpersónu.<sup>158</sup>

Háttsemisregluverk berst gegn einokunarstöðu með því að setja viðskiptaskilmála nær því sem myndi gilda um markaði með virka samkeppni. Regluverkið er mikilvægt verkfæri þegar hegðun markaðsráðandi fyrirtækis er ekki beint talin vera misnotkun á markaðsráðandi stöðu, sérstaklega þegar markaðurinn er þannig upp settur að erfitt sé að hrinda hinu markaðsráðandi fyrirtæki úr sessi. Regluverkið ætti þó að vera þannig upp sett að komist sé hjá því að það hafi letjandi áhrif á aðila markaðarins.

Til að berjast gegn takmörkunum hefðbundinna samkeppnislaga, sem þurfa að sæta endurskoðun dómstóla, þá er það skoðun Michal S. Gals að valdið til að stjórna háttsemisregluverkinu eigi að vera í höndum samkeppnisyfirvalda. Flest ríki sem beita slíku regluverki hafa viðurkennt að stjórnsýsluleg og matskennd málsmeðferð eigi að vera í höndum samkeppnisyfirvalda, og að hægt væri að forðast margar stofnanatakmarkanir sem felast í hefðbundnu dómsvaldsferli, svo sem við sönnunarfærslu og sönnun á orsakatengslum háttseminnar. Slík málsmeðferð tekur mun skemmri tíma og flokkast kannski undir að vera sérfróðari, að því gefnu að stjórnvöldum sé veitt nægilegt fjármagn og þau séu mönnuð af sérfræðingum. Samkeppnisyfirvaldið væri líka betur í stakk búið að stjórna regluverkinu frekar en venjulegur eftirlitsaðili þar sem það er laust við að vera

---

<sup>156</sup> 3. gr. maltnesku-samkeppnislaganna (Competition Act, Chapter 379 of the Laws of Malta)

<sup>157</sup> Heimild 4. kafla laganna er eftirfarandi: This Part provides for the regulation of the price and quality of goods or services in markets where there is little or no competition and little or no likelihood of a substantial increase in competition.

<sup>158</sup> Þetta sjónarmið sést í máli Transpower New Zealand Ltd. v. Meridian Energy Ltd. [2001] NZLR Lexis 22, 44.

háð ákveðinni atvinnugrein (e. regulatory capture problem) og getur því tekið sjálfstæðar ákvarðanir.<sup>159</sup>

Þó er mjög mikilvægt að allar ákvarðanir samkeppniseftirlits séu undirorpnar endurskoðun dómstóla. Að lokum má nefna mikilvægt atriði en það er að samkeppniseftirlit þarf að vera sjálfstæð stofnun undir forystu sjálfstæðs forstöðumanns. Í þessu samhengi má nefna aftur setningu nýrrar tilskipunar ESB(ECN+)<sup>160</sup> um eflingu samkeppniseftirlita. Tilskipunin inniheldur ákvæði og skyldur sem miða að því að samræma og styrkja samkeppniseftirlit á Evrópska efnahagssvæðinu (e. Empowerment of National Competition Authorities). Felur ECN+ í sér lágmarksviðmið um hæft og viðeigandi samkeppniseftirlit (e. fit and proper). Markmið ECN+ er m.a. að tryggja að samkeppniseftirlit aðildarríkja ESB og EFTA hafi viðeigandi tæki og tól við framkvæmd á evrópskum samkeppnisreglum. ECN+ er ætlað að tryggja einsleitni og um leið skapa meiri festu í framkvæmd á evrópskum samkeppnisreglum. Jafnframt er tilskipuninni ætlað að veita samkeppniseftirlitum á Evrópska efnahagssvæðinu sambærilegar valdheimildir til rannsóknar og beitingar viðurlaga líkt og framkvæmdastjórn Evrópusambandsins og Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) hafa.<sup>161</sup>

Gildissvið regluverksins er annar mikilvægur þáttur sem hefur áhrif á virkni hennar. Því stærra sem gildissviðið er því meiri líkur eru á því að það skapi letjandi umhverfi fyrir fyrirtæki markaðarins, en á sama tíma veitir það samkeppniseftirliti betri verkfæri til að draga úr kostnaðinum sem stafar af einokunarstöðu. Eins og fram hefur komið hér á undan þá er gildissvið regluverksins mismunandi eftir ríkjum. Allt frá regluverki sem bannar alla hegðun sem kann að brjóta gegn hagsmunum neytenda (Bretland) yfir í regluverk sem getur stjórnað verðum á markaði (Nýja-Sjáland). Gildissvið regluverks ætti að vera ákveðið með því að vega og meta kosti þess á móti þeim letjandi áhrifum sem það kann að hafa. Michal Gal er þeirrar skoðunar að ráðlegra sé að setja víðtæka reglugerð frekar heldur en að setja reglur um verðlagningu þar sem einokunaraðilinn getur að minnsta kosti að hluta til barist gegn áhrifum verðlagningarreglugerðar með því að breyta öðrum þáttum

---

<sup>159</sup> Gal (n. 16), 79.

<sup>160</sup> tilskipun ESB nr. 2019/1, um eflingu samkeppniseftirlita (ECN+).

<sup>161</sup> Samkeppniseftirlitið, „Yfirlit yfir inntak tilskipunar ESB nr. 2019/1, um eflingu samkeppniseftirlita (ECN+)“ <<https://www.samkeppni.is/media/skjol/FYLGISKJAL-V.pdf>> skoðað 23. febrúar 2020.

er viðkoma vöru sinni, eins og t.d. gæðum hennar. Til þess að teljast áhrifaríkt telur Gal að regluverk eigi að ná utan um alla þætti eftirlitskyldu vörunnar. Einnig getur regluverk er varðar hátterni, þ.e.a.s. sem snýr að öðru en verði, miðað að því að berjast gegn tilteknum aðgerðum frá upphafi þeirra. Nefnir Gal að það getur t.d. falið í sér regluverk er varða viðskiptakjör í stöðluðum samningum hjá markaðsráðandi fyrirtæki, sem gætu skaðað viðskiptavini sína með ákveðnum skilyrðum, verið bönnuð áður en samningar eru undirritaðir.<sup>162</sup>

Hvert sem umfang regluverks er, ætti að setja skýrar leiðbeiningar um hvernig og hvenær eftirlitsstofnunin muni nota vald sitt svo að fyrirtæki viti fyrir fram við hverju það megi búast, sbr. seinni umfjöllun. Einnig má telja að regluverk ætti að gilda aðeins í tilvikum þar sem óhagkvæmni, sem skapast vegna markaðsráðandi fyrirtækis, sé veruleg. Einnig má telja ráðlegt að takmarka regluverk við tilvik þar sem enginn möguleiki er á því að endurvekja samkeppni hjá núverandi fyrirtækjum eða auðvelda nýja innkomu á markað innan venjulegra tímamarka. Þó að ekkert regluverk greini sérstaklega á milli markaðsráðandi fyrirtækis, sem hægt er að koma úr þeirri stöðu með markaðsöflum einum saman, og þeirra sem er það ekki, þá ætti að túlka þessa víðtæku heimild sem eftirlitsaðilum er veitt til að láta það ekki íhlutast þegar markaðurinn er auðsjáanlega ekki óvirkur í fyrirsjáanlegri framtíð. Annars er slíkt regluverk líklegt til að draga enn frekar úr hæfni markaðarins til þess að leiðrétta sig að sjálfsdáðum.<sup>163</sup>

Það ætti einnig að vera tryggt að háttsemisregluverk markaðsráðandi fyrirtækja séu ekki notuð nema aðrar reglur hafi minni áhrif til að hefta einokunina. Þannig ætti að koma í veg fyrir að eftirlitsstofnunin noti regluverksheimildir sínar vegna einokunar í þeim tilvikum. Í stað þess ætti að færa meinta samkeppnishamlandi háttsemi undir ákvæði um misnotkun á markaðsráðandi stöðu.<sup>164</sup> Undantekning á þessu fyrirkomulagi er þegar löggjafinn hefur sérstaklega tekið upp ákveðna háttsemi, sem venjulega myndi fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu, sem yrði látin falla undir hátternisbrot í staðinn. Sem dæmi má nefna að í ísraelskum lögum er sérstök heimild fyrir forstjóra samkeppniseftirlitsins en hana er að finna í 27. gr. og er hún eftirfarandi:

---

<sup>162</sup> Gal (n. 16) 79.

<sup>163</sup> Landholt PL, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration* (Kluwer Law International 2006) 174.

<sup>164</sup> Gal (n. 16) 80.

## 27. Restrictions Applicable to a Monopolist

### (a) The Director may-

(1) Stipulate in writing that a Monopolist contracting or intending to contract with customers or suppliers by means of a standard terms contract, within the meaning of the term under the Standard Terms Contracts Law, 5743-1982, shall submit an application for approval of the contract in accordance with Chapter III of the said Law; in the case that the Monopolist does not file such application within the period stipulated, he shall be precluded from contracting with his customers or suppliers by means of such standard terms contract;

(2) Stipulate that a Monopolist manufacturing or importing an asset, or providing a service, the specifications of which are established by a Standard in accordance with the Standards Law, 5713-1953, shall not manufacture, import or sell the asset nor provide the service unless it conforms to the requirements of the Standard.<sup>165</sup>

Í fyrsta tölulið er um að ræða heimild forstjórans að skylda markaðsráðandi fyrirtæki að láta af hendi alla samninga sína til sérstakrar samninganefndar. Þetta er gert til þess að tryggja það að hið markaðsráðandi fyrirtæki setji ekki á ósanngjörn viðskiptakjör við samningsaðila sína. Forstjórinn getur einnig samkvæmt 2. tölulið. 27. gr. krafíð markaðsráðandi fyrirtækið um að ná tilteknum kröfum fram, sem gefnar hafa verið út, er varða gæði vöru eða þjónustunnar sem veitt er.

Slík krafa getur hindrað markaðsráðandi fyrirtæki að hækka kostnað keppinauta sinna með því að breyta stöðlum vöru eða þjónustu eftir að keppinautur hefur fjárfest verulegu fjármagni í aðstöðu sem er í samræmi við gamla staðalinn. Markaðsráðandi fyrirtæki gæti haft hvata til slíkrar hegðunar ef það keppti á neðra sölustigi (e. down stream market) þar sem það hafði engan markaðsstyrk. Því væri meinað að ná einokunarhagnaði með því að teygja markaðsráðandi stöðu sína á aðra markaði. Þessar heimildir samkeppniseftirlits ættu að hjálpa til við að greina og banna misnotkun varðandi viðskiptakjör, áður en þau hafa einhver áhrif á markaði.<sup>166</sup>

Einnig ættu að vera til leiðbeiningarreglur þar sem þess er krafist að eftirlitsaðilinn greini, hvenær sem unnt er, milli markaðsráðandi stöðu sem byggist á skilvirkni og góðri frammistöðu, frá markaðsráðandi stöðu sem er það ekki.<sup>167</sup> Til að takmarka hin letjandi

<sup>165</sup> 27. gr. ísraelskra laga um takmarkandi viðskiptahætti. (Restrictive Trade Practices Law 5748 - 1988)

<sup>166</sup> Gal (n. 16) 81.

<sup>167</sup> Papadopoulos og Anestis S (n. 1) 62.



áhrif ætti einokunaraðili, sem náði stöðu sinni með lögmætum yfirburðum, að fá nægan tíma til að uppskera að minnsta kosti einhvern einokunarhagnað til að réttlæta viðleitni sína og umbuna fyrirtækinu fyrir framúrskarandi frammistöðu á markaði. Jafnvel ef slíkt regluverk væri ekki tekið upp, þá ættu lítil hagkerfi alvarlega að hugleiða að fara eftir einhvers konar aðferðum sem gefa fyrirtækjum kost á að njóta velgengni sinnar vegna frammistöðu á markaði, að minnsta kosti í einhvern tíma. Það væri þá mögulegt að komast tímanlega að því hvenær fyrirtæki telst vera markaðsráðandi, bæði til þess að fyrirtækið viti hvernig það megi haga sér og einnig fyrir eftirlitsaðilann, til þess að skera úr um hvort hegðun sé lögleg eður ei.

Sum ríki nota skráningar- eða tilkynningarkerfi til að aðstoða þau við stjórnunarferlið við að stjórna markaðsráðandi stöðu fyrirtækis. Í Ísrael hefur forstjóri samkeppniseftirlitsins þar í landi skyldu til að tilkynna fyrirtæki um markaðsráðandi stöðu þess ef það uppfyllir lagalega skilgreiningu ísraelskra laga um einokunarstöðu. Í kjölfarið er yfirlýsingin birt í opinberum gögnum og fyrirtækinu tilkynnt um stöðuna.<sup>168</sup> Helsti kostur skráningar- eða yfirlýsingakerfis er að fyrirtækjum og almenningi er tilkynnt um tilvist markaðsráðandi fyrirtækis.

### 6.6.1 Nálgun Íslands

Ekki er að finna neitt skráningar- eða yfirlýsingarkerfi á Íslandi og sömuleiðis hafa ekki verið gefnar út, af hálfu hins opinbera, neinar almennar leiðbeiningar varðandi markaðsráðandi stöðu. Fyrirtækjum er gjarnan bent á að kynna sér lög, ákvarðanir og úrskurði samkeppnisyfirvalda og eins niðurstöður dómstóla. Árið 2012 tóku Samtök atvinnulífsins (hér eftir SA) það fram að langflest íslensk fyrirtæki væru smá og að samkeppnismálin væru mjög flókin, og að litlu leyti skráð og skjalfest þannig að einfalt væri að setja sig inn í þau. Enn fremur tók SA fram í samkeppnisskýrslu sinni frá árinu 2012<sup>169</sup> að:

---

<sup>168</sup>a. liður. 30. gr. ísraelskra laga um takmarkandi viðskiptahætti (Restrictive Trade Practices Law 5748 - 1988).

<sup>169</sup> Samtök atvinnulífsins, „Viðhorf atvinnulífsins: Samkeppnislögin og framkvæmd þeirra“ <[https://www.sa.is/media/1153/nm54445\\_-\\_samkeppnisskyrsla\\_vef\\_811118661.pdf](https://www.sa.is/media/1153/nm54445_-_samkeppnisskyrsla_vef_811118661.pdf)> skoðað 25. apíl 2020.

Gildandi samkeppnisreglur eru flestar tilkomnar vegna aðildar Íslands að EES-samningnum og samkeppnislögin eru óvenju opin og matskennd og erfitt að átta sig á raunverulegu innhaldi þeirra. Túlkun Evrópudómstólsins og framkvæmdastjórnar ESB á samkeppnisreglunum verða Samkeppniseftirlitinu að fyrirmynd og rata breytingar þar inn í túlkun laga hér á landi. Þetta gerist án aðkomu löggjafans og það er því ekkert skrytið þótt forsvarsmönnum einstakra fyrirtækja reynist erfitt að fóta sig á því hála svelli og átta sig á breytingum sem þessi mál taka. Ekki bætir úr skák að samkeppnislögin hafa tekið verulegum breytingum á síðustu árum hér á landi og eru nú að ýmsu leyti úr takti við evrópskan samkeppnisrétt.

Ljóst er af framangreindri umfjöllun að íslensk fyrirtæki telja sig eiga erfitt með að átta sig á stöðu sinni á markaðnum. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 11/2011 *um misnotkun Vífilfells hf. á markaðsráðandi stöðu sinni* er dæmi um tilvik þar sem mjög litlu munaði á milli þess hvort fyrirtæki var talið markaðsráðandi eða ekki. Í málinu reyndi m.a. á rétta skilgreiningu markaðar. Af hálfu Vífilfells var því m.a. haldið fram að fyrirtækið byði upp á fjölbreytt úrval drykkjarvöru sem staðganga gæti verið á milli í huga margra neytenda, allt eftir því hvað hentaði aðstæðum hverju sinni. Neyslumynstur og staðganga væri mismunandi frá einum einstaklingi til annars þannig að ógerlegt væri að draga skýrar línur um staðgöngu á milli ákveðinna drykkja.<sup>170</sup>

Einnig benti Vífilfell á, í athugasemdum sínum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins í málinu, að fyrirtækið MMR hefði framkvæmd rannsókn á staðgöngu milli ólíkra drykkja. Sú rannsókn gaf vísbendingar um að neytendur teldu kolsýrða vatnsdrykki vera staðgönguvöru við hefðbundna gosdrykkju. Samkeppniseftirlitið hafnaði framangreindum sjónarmiðum og skilgreindi markað málsins sem sala á gosdrykkjum. Á þeim grunni var Vífilfell talið markaðsráðandi og hafa misnotað þá stöðu. Var félaginu gert að greiða 260.000.000 kr. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins efnislega, þ. á m. um forsendur fyrir mati á markaðsráðandi stöðu en lækkaði hina álögðu stjórnvaldssekt. Málinu var skotið til dómstóla með dómi Hæstaréttar í máli nr. 111/2014, var úrskurður áfrýjunarnefndar felldur úr gildi. Ástæðan var sú markaðsskilgreining samkeppnisyfirvalda þótti ekki á nægjanlega traustum grunni reyst. Það sem er athyglisvert við málið er að munurinn á markaðshlutdeild Vífilfells eftir því hvort kolsýrðir vatnsdrykkir áttu heima á sama markaði og gosdrykkir eða ekki, var mjög lítill. Hann skipti hins vegar sköpum um það hvort félagið

---

<sup>170</sup> Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2011, 30. mars 2011. 25.

gæti talist markaðsráðandi en á þeim grunni byggðu allar aðrar ályktanir Samkeppnisyfirvalda í málinu.

## 6.7 Samantekt

Sérstakar reglur um markaðsfærslu markaðsráðandi fyrirtækja, t.d í formi verðstýringar, hafa marga galla. Fyrir utan að brengla hvata fyrirtækja til nýsköpunar og til að keppa kröftuglega á markaðnum, eru úrræði erfið. Í Bandaríkjunum hefur trúin á sjálfsleiðréttingaröfl markaðarins hingað til leitt til þess að ekki hefur verið hægt að stjórna markaðsráðandi hegðun nema þegar um svokallaða nauðsynlega aðstöðu er að ræða (e. essential facilities). Í ESB er aðeins gripið til íhlutunar í háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja í fáum tilfellum.

Leiða má líkur að því að lítil hagkerfi ættu ekki í blindni að taka upp nálgun stærri hagkerfa í ljósi þess að sumar forsendur og sjónarmið sem gilda í stórum hagkerfum eiga ekki við um þau litlu. Í litlum hagkerfum er ekki hægt að gera ráð fyrir því að markaðsöflin takist á með markvissum hætti, á áhrifaríkan eða skilvirkan hátt á markaðsráðandi stöðu. Einnig er líklegt er að áhrif markaðsráðandi fyrirtækis á hagkerfið séu mun meira áberandi.

Ákvæði hafa verið sett fram á þeim forsendum til að koma í veg fyrir misbeitingu á markaðsráðandi stöðu, til að markaðir starfi á skilvirkan hátt og vegna þess að sjálfsleiðréttingaráhrif markaðsins hafa takmarkaða virkni á litlum mörkuðum. Þessir þættir hafa réttilega haft þau áhrif að mörg smá hagkerfi hafa tekið upp háttsemisregluverk er varða markaðsráðandi stöðu. Það eru mörg vandamál sem því fylgja en til þess að tryggja bestu framkvæmd háttsemisregluverks í litlum hagkerfum þarf að hafa nokkur atriði í huga. Það ætti aðeins að beita regluverki gegn markaðsráðandi fyrirtækjum í þeim tilvikum þar sem leiða má líkur að því að markaðsöflin séu ekki nægileg til að gera markaðinn samkeppnishæfan á ný. Það ætti að greina á milli einokunarstöðu sem byggð er á framúrskarandi færni og þeirri sem gerir það ekki. Að lokum ætti aðeins að beita regluverkinu ef aðrar minna róttækari aðferðir duga ekki til.

## 7 Gagnrýni á beitingu samkeppnisregla á Íslandi

### 7.1 Inngangur

Vert er að nefna að hagkerfi Íslands er eitt það minnsta sem finna má í hinum vestræna heimi, bæði með tilliti til neytendafjölda og fyrirtækja á markaði en einnig er Ísland mjög einangrað landfræðilega. Verður nú skoðað álitafni sem lúta að beitingu samkeppnisreglna á Íslandi og sömuleiðis athugað hvað fyrirtækjum á íslenskum markaði finnst vera ábótavant við framkvæmd reglnanna sem byggja á samkeppnisreglum í ESB.

### 7.2 Almenn

Árið 2012 voru farnar að vaxa áhyggjur innan atvinnulífsins um þróun samkeppnismála á Íslandi. Það var ríkjandi skoðun forsvarsmanna fyrirtækja í landinu að erfitt væri að átta sig á inntaki samkeppnislagna og sömuleiðis hvernig þeim væri beitt. Var þess vegna gerð samkeppnisskýrsla á vegum SA til að greina hver helstu vandamál við beitingu samkeppnislagna væru.<sup>171</sup> Í skýrslunni kom m.a. fram að það væri álit forsvarsmanna fyrirtækja að slæmt væri að geta ekki fengið upplýsingar hvernig fyrirtæki gætu metið hvort þau teldust vera í markaðsráðandi stöðu né hvernig þeim bæri að haga markaðsstarfi þannig að það samrýmdist stöðu þeirra. Einnig var það skoðun forsvarsmanna fyrirtækja að fyrirtækin ættu ekki auðvelt með að átta sig á því hvernig samkeppnisyfirvöld skilgreina einstaka markaði en það hefði lykilþýðingu fyrir fyrirtækin.

### 7.3 Gagnrýni atvinnulífsins

Í samkeppnisskýrslunni kom fram að Samtök atvinnulífsins gerðu könnun um viðhorf félagsmanna til 20 eftirlitsaðila með fyrirtækjum á Íslandi. Í könnuninni var spurt hversu sáttir forsvarsmenn fyrirtækja væru við starfsemi eftirlitsstofnanna miðað við það hlutverk sem þeim er falið. Niðurstaða rannsóknarinnar var sú að fyrirtækin voru sáttust við starfsemi lögreglunnar, Umferðarstofu og Vinnueftirlits ríkisins. Ósáttastir voru forsvarsmenn fyrirtækja við starfsemi Fjármálaeftirlitsins, Seðlabankans og Samkeppniseftirlitsins. Dregin er sú ályktun í skýrslunni varðandi þessa niðurstöðu að því

---

<sup>171</sup> Samtök atvinnulífsins, „Viðhorf atvinnulífsins: Samkeppnislögin og framkvæmd þeirra“ <[https://www.sa.is/media/1153/nm54445\\_-\\_samkeppnisskyrsla\\_vef\\_811118661.pdf](https://www.sa.is/media/1153/nm54445_-_samkeppnisskyrsla_vef_811118661.pdf)> skoðað 25. mars 2020

matskenndari og óljósari sem lög, reglur og heimildir eftirlitsstofnana séu, því meiri óánægju gæti með starfsemi viðkomandi stofnana.

### *7.3.1 Skrýtið viðhorf og langur málsmeðferðartími*

Í skýrslunni kom fram að mikið væri kvartað undan því hvað mál taki langan tíma í meðferð enda gætu liðið mörg ár frá því að rannsókn yfirvalda hefðist þar til endanleg niðurstaða fengist, sérstaklega þegar mál færu til úrskurðar áfrýjunarnefndar og síðar dómstóla. Þetta ylli þeim sem eru til rannsóknar miklum erfiðleikum samkvæmt skýrslunni. Einnig kom fram að þessi langi tími er ekki síður erfiður þeim sem sent hafa ábendingu eða kvörtun til Samkeppniseftirlitsins vegna þess að þeim finnst á sér brotið á markaðnum. Einnig var beint á að aðgerðir og afgreiðslur Samkeppniseftirlitsins væru ekki fyrirsjáanlegar.

Kom einnig fram að hálfu forsvarsmanna fyrirtækja í samkeppnisskýrslunni að Samkeppniseftirlitið leggi áherslu á það í kynningu á starfsemi sinni að það hafi lagt á stjórnvaldssektir sem nemi gífurlegum fjárhæðum í stað þess að beita almennum leiðbeiningum og fyrirbyggjandi ráðgjöf.

### *7.3.2 Fákeppnisvandamál v. mikilvægi samkeppnisreglna*

Það kom skýrt fram í samkeppnisskýrslunni að það ríki mikil samstaða í atvinnulífinu um að samkeppnisreglur séu mjög mikilvægar til að tryggja virka og heilbrigða samkeppni á markaði og sömuleiðis koma í veg fyrir ólöglegt samráð, misnotkun á markaðsráðandi stöðu og mismunun á markaði t.d vegna opinberra afskipta. Hins vegar kom jafn skýrt fram að það gæti ekki verið hlutverk samkeppnisyfivalda að stýra uppbyggingu atvinnulífsins og hamla hagræðingu og aukinni framleiðni. Þá var það einnig álit forsvarsmanna fyrirtækja að það yrði að taka tillit til smæðar íslensks atvinnulífs og fákeppninnar sem er mun algengari á Íslandi heldur en á mörkuðum stærri ríkja og taka þyrfti sérstakt tillit til þess með því að haga reglum og beitingu þeirra þannig ekki verði dregið óhóflega úr hagkvæmni og samkeppnishæfni íslensk atvinnulífs.

### *7.3.3 Óskýrleiki samkeppnisreglnanna*

Það var álit vinnuhópsins sem vann að gerð skýrslunnar að bannákvæðin sem er að finna í 10. og 11. gr. skl. séu afar matskennd og erfitt sé fyrir einstök fyrirtæki að átta sig á hvort

þau séu í markaðsráðandi stöðu og hvernig þau skuli þá haga sér á markaði og ekki sé ljóst hvað þau megi og hvað þau megi ekki. Vinnuhópurinn tók fram að það sé ekkert sem banni fyrirtækjum að verða stór með tímanum og öflug á grundvelli eigin verðleika, góðrar frammistöðu og/eða vegna þess að þeim tekst betur en keppinautum að uppfylla kröfur neytenda. Kom fram í mati vinnuhópsins að það liggi sjaldnast fyrir hvenær markaðsráðandi stöðu er náð og það geta verið margvíslegar ástæður fyrir henni. Einnig tók hópurinn fram að það sé ekki alltaf við skýr fordæmi að styðjast um hvernig samkeppnisyfirvöld muni skilgreina þann eða þá markaði sem fyrirtækið starfar á. Einnig benti vinnuhópurinn á að mat samkeppnisyfirvalda á því hvort fyrirtæki hafi nægan efnahagslegan styrkleika til að geta hegðað sér án tillits til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, geti verið mjög misjafnt og ólíkt milli einstakra mála.

#### *7.3.4 Þörf á leiðbeiningum*

Einnig kom fram í samkeppnisskýrslunni að það væri mjög erfitt að sækja leiðbeiningar til samkeppnisyfirvalda þrátt fyrir ákvæði stjórnarsýslulaga þar sem er kveðið skýrt á um leiðbeiningaskyldu stjórnvalda.<sup>172</sup> Taldi því vinnuhópurinn að það væri nauðsynlegt að sú breyting yrði gerð á samkeppnislögum að stjórnvöldum yrði gert skylt að gefa út almennar leiðbeiningar um hegðan fyrirtækja á markaði, hvernig markaðir séu skilgreindir og hvað beri að varast í því samhengi. Vinnuhópurinn benti á þann mikilvæga punkt að íslensk fyrirtæki eru flest smá og reyndar örsmá þegar alþjóðlegt samhengi er haft í huga. Það er því erfitt fyrir stjórnendur einstakra fyrirtækja að átta sig á því hvernig ákvæðunum er beitt þegar reglum, sem eru hannaðar fyrir mun stærri hagkerfi, er beitt hér á landi.

Kemur fram í samkeppniskýrslunni að það hljóti að vera öllum ljóst að vel rekin fyrirtæki fara að lögum og enginn stjórnandi kýs að fá samkeppnisyfirvöld í heimsókn og búa við rannsókn og hugsanleg málaferli sem staðið geta árum saman með ómældum kostnaði, álitshnekki og fyrirhöfn. Því sé augljóslega sanngjarnt að stjórnvöld veiti aðilum á markaði leiðbeiningar á þessu sviði í stað þess að vísa til fyrri ákvarðana, úrskurða og dóma enda geti forsagnagildi þeirra verið mjög mismunandi.

Að lokum lagði SA til að bætt yrði við íslensku samkeppnislögin ákvæði

---

<sup>172</sup> <https://www.althingi.is/lagas/nuna/1993037.html>.

sambærilegu, því sem er að finna í norsku samkeppnislögunum, sem kveður á um leiðbeiningaskyldu samkeppnisyfirvalda og skylda Samkeppniseftirlitið til að gefa reglulega út leiðbeiningar um markaði, mat á stöðu á markaði og hvað fyrirtækjum í markaðsráðandi stöðu beri að varast.

## 8 Möguleg úrræði við beitingu samkeppnisreglna í litlum hagkerfum

### 8.1 Inngangur

Vert er að íhuga hvort samkeppnisregluverk og -framkvæmd í litlum hagkerfum eigi að byggja meira á annars konar úrræðum en notuð eru í dag, þ.e. á meiri leiðbeiningu og mýkri íhlutun frekar en banni og sektum en eins og komið hefur fram á undan þá hafa t.d. fyrirtæki á Íslandi kvartað mikið undan háum sektum en má minna á orð vinnuhóps SA sem sagði:

Þótt sjálfsagt megi halda því fram að háar sektir geri fyrirtækin vör um sig. Ef lögreglan myndi nota þessa aðferð við að stjórna umferðinni og berjast gegn hraðakstri myndi hún eingöngu framkvæma hraðamælingar og beita háum sektum fyrir akstursbrot í stað þess að setja upp umferðarskilti og almennar merkingar á vegum. Ekki er það heldur háttur lögregluþingvalda að birta tölur um álagðar sektir og nota sem rökstuðning fyrir auknum fjárveitingum til sín.<sup>173</sup>

Ljóst er að aðferðin sem Samkeppniseftirlitið hefur beitt hingað til við brotum gegn bannákvæðum samkeppnislaga er ekki í takt við það sem íslenskt atvinnulíf telur vera ráðlegt en nú verður skoðað aðra mögulega aðferð við að koma í veg fyrir brot gegn samkeppnislögum sem felur það ekki í sér að hnésetja fyrirtækin sem hugsanlega gerast brotleg.

Það hefur færst í aukana að ríki og stofnanir beiti úrræðum við framkvæmd samkeppnisreglna sem kalla má „leiðbeinandi réttarúrræði“ (e. soft law). Notkun leiðbeinandi réttarúrræða eða mjúkra laga hefur aukist hratt innan Evrópusambandsins síðustu tuttugu árin. Það er einkennandi fyrir Evrópusambandið að á þeim vettvangi hafa verið settar fjöldi það leiðbeiningareglna, tilmæla, tilkynninga o.fl. sem ætluð er viss lagaleg þýðing.<sup>174</sup> Umfangsmikil notkun formlega óbindandi reglna er þó ekki eingöngu fyrirbæri innan ESB. Þegar litið er til réttarkerfa ýmissa landa má sjá að „mjúkum lögum“ af þessu tagi hefur verið beitt víða svo áratugum skiptir. T.d. má nefna svokölluð dreifibréf

---

<sup>173</sup> Samtök atvinnulífsins, „Viðhorf atvinnulífsins: Samkeppnislögin og framkvæmd þeirra“ <[https://www.sa.is/media/1153/nm54445\\_-\\_samkeppnisskyrsla\\_vef\\_811118661.pdf](https://www.sa.is/media/1153/nm54445_-_samkeppnisskyrsla_vef_811118661.pdf)> skoðað 25. mars 2020.

<sup>174</sup> R. Baldwin og Houghton J, Circular arguments: The status and legitimacy of administrative rules (2. útg., Public Law records 1986) 239–284.



ríkistjórnarinnar (e. Government circulars) sem dæmi um mjúk lög í Bretlandi. Þau eru ekki formlega bindandi, en hafa enga síður haft hagnýt áhrif bæði á einstaklinga og stofnanir.<sup>175</sup>

## 8.2 Skuldbindingarákvörðun (e. Commitment decision)

### 8.2.2 Inngangur

Að beita úrræðinu um svokallaða „skuldbindingarákvörðun“ sem vissulega er leiðbeinandi réttarúrræði, var gert mögulegt með 9. gr. reglugerðar 2003/1/EB. Greininni var ætlað að veita framkvæmdastjórninni möguleika á að ljúka málum sem vörðuðu samkeppnislög með einskonaformlegum samning á milli framkvæmdastjórnarinnar og fyrirtækja sem eiga í hlut.<sup>176</sup> Þessi aðferð á rætur sínar að rekja til bandarískra laga um svokallaðan samþykkisúrskurð (e. antitrust decree). Samþykkisúrskurður er samningur eða sátt sem leysir ágreining milli tveggja aðila án viðurkenningar á sekt (í sakamáli) eða skaðabótaskyldu (í einkamálum). Stefnandi og varnaraðili biðja þá dómstólinn að ganga til samninga síns og dómstóllinn haldi eftirliti með framkvæmd úrskurðsins í peningaskiptum eða endurskipulögðum samskiptum aðila. Samþykkisúrskurðir eru oft notaðir af alríkisdómstólum til að tryggja að fyrirtæki og atvinnugreinar fari eftir reglugerðum á sviðum eins og lögum um auðhringamyndun, mismunun á atvinnumálum og umhverfisreglugerð.

9. gr. reglugerðar 1/2003 hljóðar svo:

1. Ef framkvæmdastjórnin hyggst samþykkja ákvörðun um að brot skuli stöðvað og að hlutaðeigandi fyrirtæki taki á sig skuldbindingar til þess að draga úr þeim áhyggjum sem hún hefur látið í ljós í bráðabirgðamati sínu er henni heimilt að taka ákvörðun um að skylda fyrirtækin til að standa við þær skuldbindingar. Heimilt er að samþykkja slíka ákvörðun til

---

<sup>175</sup> F. Beveridge og S. Nott, „A hard look at soft law“ í P. Craig and C. Harlow (ritstj.), *Lawmaking in the European Union* (Kluwer 1998) 291–304.

<sup>176</sup> Heike Schweitzer, „*Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*“ (2008) 1(1) SSRN Electronic Journal <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1306245](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1306245)> skoðað 25. maí 2020

tiltekens tíma og í henni skal koma fram að ekki sé lengur ástæða til aðgerða af hálfu framkvæmdastjórnarinnar.<sup>177</sup>

2. Framkvæmdastjórninni er heimilt, að fenginni beiðni eða að eigin frumkvæði, að hefja málsmeðferð að nýju:

- a) ef verulegar breytingar hafa orðið á þeim málsatvikum sem liggja til grundvallar ákvörðuninni,
- b) ef hlutaðeigandi fyrirtæki efna ekki skuldbindingar sínar, eða
- c) ef ákvörðunin er byggð á ófullnægjandi, röngum eða villandi upplýsingum sem aðilarnir hafa látið í té.<sup>178</sup>

Ef framkvæmdastjórnin kýs að taka ákvörðun um skuldbindingu sem henni er þó aldrei skylt að gera<sup>179</sup> þá er komist að samkomulagi í málinu án þess að formlega sé komist að því að um brot á samkeppnisreglum ESB hafi verið að ræða. Á sama tíma kemst framkvæmdastjórnin hjá því að sanna brot að fullu,<sup>180</sup> eins og hún þyrfti annars að gera. Framkvæmdastjórnin gæti því verið fær um að leysa málið á auðveldari og fljótlegri hátt og vera því fær um að beita þeim takmarkaða mannauð sem hún hefur í erfiðari og mikilvægari mál.<sup>181</sup> Hlutaðeigandi fyrirtæki geta fyrir sitt leyti haft áhuga á skuldbindingarákvörðun í því skyni að koma í veg fyrir langa, tímafreka og dýra lagalega deilu vegna staðreynda, efnahagslegs mats og lagatúlkunar. Enn fremur forðast hluteigandi fyrirtæki formlega niðurstöðu um brot sem hægt væri að nota í einkamálum vegna skaðabóta fyrir dómstólum aðildarríkjanna og gæti hugsanlega leitt til álagningar sektar gagnvart fyrirtækinu.<sup>182</sup>

---

<sup>177</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

<sup>178</sup> sama heimild.

<sup>179</sup> Þetta kom skýrt fram í máli T-170/06 *Alrosa*. Í 130. mgr. dómsins tók dómstólinn fram: "It is true that the Commission is never obliged under Article 9(1) of Regulation No 1/2003 to decide to make commitments binding instead of proceeding under Article 7 of that regulation. It is therefore not required to give the reasons for which commitments are not in its view suitable to be made binding, so as to bring the proceedings to an end.

<sup>180</sup> sama heimild 87. mgr.

<sup>181</sup> til að sjá nánar hagkvæmnisrök fyrir beitingu 9 .gr. sjá: EU Commission, MEMO/04/217 <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_04\\_217](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_04_217)> skoðað 22. maí 2020

<sup>182</sup> Heike Schweitzer (n. 176) 2.

Það sem aðskilur 9. gr. frá heimild 7. gr. sömu reglugerðar er að skuldbindingarákvarðanir koma í stað ákvörðunar um brot skv. 7. gr. með þeirri niðurstöðu að: „ekki séu lengur forsendur fyrir aðgerðum Framkvæmdastjórnarinnar burtséð frá því hvort um brot hafi verið að ræða eða sé enn um að ræða“. Út frá slíkri niðurstöðu er ekki hægt að leggja á sektir, hvorki í skuldbindingarákvörðuninni sjálfri né í ákvörðun skv. 23. gr. reglugerðarinnar. Framkvæmdastjórnin hefur því útilokað að nota skuldbindingarákvarðanir í málum þar sem um er að ræða samráðshringi.<sup>183</sup>

Þess í stað miða skuldbindingarákvarðanir við að binda enda á meint brot eða, eins og sumir fræðimenn hafa haldið fram, að koma til móts við áhyggjur framkvæmdastjórnarinnar að því marki að málið teljist ekki lengur meðal forgangsverkefna framkvæmdastjórnarinnar.<sup>184</sup> Skuldbindingarákvörðun getur notast við hegðunar- og eða uppbyggingarræði til að koma til móts við þau markmið.

Eins Evrópuþingurinn hefur bent á, þá er um að ræða fyrirkomulag, sem komið var á með reglugerð nr. 1/2003, sem er ætlað að tryggja að samkeppnisreglum, sem mælt er fyrir um í sáttmálanum, sé beitt á skilvirkan hátt með skuldbindingum sem lagðar eru fram af aðilum og framkvæmdastjórninni þykja viðeigandi og eru bindandi til að veita skjótari lausn á samkeppnisvandamálum sem framkvæmdastjórnin hefur bent á. Þannig byggir 9. gr. reglugerðarinnar á sjónarmiðum um málsmeðferðaferli og gerir fyrirtækjum kleift að taka fullan þátt í málsmeðferðinni með því að setja fram þær lausnir sem þeim þykja heppilegastar og færar til að koma til móts við áhyggjur framkvæmdastjórnarinnar.<sup>185</sup>

### 8.3 Framkvæmd

Þegar úrræðið um skuldbindingarákvörðun var tekin upp í reglugerð 1/2003 var óljóst hvaða hlutverki það myndi gegna í reynd. Framkvæmdastjórnin taldi upphaflega að úrræðið yrði aðeins notað við óvenjulegar aðstæður og yrði sjaldgæft í notkun. Í staðinn

---

<sup>183</sup> Skuldbindingarákvarðanir eru ekki viðeigandi í tilvikum þar sem um er að ræða alvarleg brot þar sem í slíkum tilvikum er aðalatriðið á að vera fæling með beitingu viðurlaga.

<sup>184</sup> Heike Schweitzer (n. 176) 3.

<sup>185</sup> Dómur í máli C-441/07 P - *Framkvæmdastjórnin g. Alrosa*, 35. mgr. Um ákjósanlega notkun skuldbindingarákvarðana og um samhæfingu skuldbindingarferlisins við grundvallarréttindi.

hafa skuldbindingarákvarðanir fljótt orðið vinsælar og mikilvægt tæki við að framfylgja samkeppnislögum.

Á árunum 2005 til 2014 þ.e.a.s. fyrstu tíu heilu árin sem beitt var reglugerð 1/2003, samþykkti Framkvæmdastjórnin 29 skuldbindingar skv. 9. gr. reglugerðar 1/2003. Á sama tímabili samþykkti hún 72 ákvarðanir skv. 7. gr. fyrrnefndrar reglugerðar um brot á 101. eða 102. gr. TFEU, venjulega í tengslum við álagningu sekta samkvæmt 2. mgr. 23. gr. reglugerðarinnar.<sup>186</sup> Ef frá eru teknar þær 55 ákvarðanir sem varða samráðshringi þar sem skuldbindingarákvæðið var ekki fyrir hendi, þá liggja fyrir 29 skuldbindingarákvarðanirnar samanborið við 17 ákvarðanir um brot gegn banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu (þar af 13 ákvarðanir með sektum) og voru því 63% allra ákvarðana leystar með skuldbindingarákvörðun þar sem mögulegt var að beita henni.<sup>187</sup> Reglugerð 1/2003 hefur leitt til mikillar aukningar á fjölda ákvarðana sem samþykktar voru af samkeppnisyfirvöldum ESB-ríkjanna samkvæmt 101. og 102. gr. TFEU, og þar með aukningu á fjölda ákvarðana sem Framkvæmdastjórnin og innlend samkeppnisyfirvöld hafa tekið saman.<sup>188</sup>

#### 8.4 Vankantar úrræðisins

Notkun skuldbindingarákvarðana hefur staðfest þörfina á málsmeðferð sem gerir bæði samkeppnisyfirvöldum og fyrirtækjum kleift að fá skjótari úrlausn samkeppnismála en þetta viðhorf endurspeglast m.a. í álitni Christopher Cooks þegar úrræðið kom fyrst til sögunnar. Sagði hann m.a. að skuldbindingarákvarðanir væru kærkomin viðbót við úrlausn á hugsanlegum brotum gegn 81. og 82. gr. EB. Einnig var hann þeirrar skoðunar að í grundvallaratriðum geymir úrlausnin ódýrari og skjótari leið til að takast á við skaðleg áhrif samkeppnishamlandi háttsemi, sem sé meginmarkmið samkeppnisstefnu.<sup>189</sup> Á sama tíma hafa sérfræðingar sett fram áleitnar spurningar varðandi hugsanleg vandamál við

---

<sup>186</sup> Wouter P.J. Wils, „Ten Years of Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation 1/2003: Too Much of a Good Thing?“ í Wouter P.J. Wils, Conference: New frontiers of antitrust Concurrences Journal 6th International Conference (Kluwer 2015) 3.

<sup>187</sup> sama heimild 4.

<sup>188</sup> Wouter P. J. Wils, „Ten Years of Regulation 1/2003 – A Retrospective“ (2013) 4 (4) Journal of European Competition Law and Practice. 4

<sup>189</sup> Christopher Cook, „Commitment Decisions: The Law and Practice Under Article 9“ (2006) 29 (2) World Competition.

beitingu úrræðisins við framkvæmd evrópskrar samkeppnisstefnu og sömuleiðis bent á skort á öryggisráðstöfunum sem þurfi að vera til staðar, til að koma í veg fyrir misnotkun úrræðisins.<sup>190</sup> Það er ljóst að úrræðið er til þess fallið að auka hagkvæmni innan stjórnsýslunnar og sömuleiðis fyrir fyrirtæki. Hins vegar vakna spurningar um hvort að úrræðið sé til þess fallið að leysa framkvæmdastjórnina og stjórnvöld samkeppnismála innan einstakra ríkja frá eftirliti dómstóla.

Það var m.a. skoðun Denis Waelbroeck að með úrræðinu væri framkvæmdastjórnin alfarið að komast hjá því að sæta skoðun dómsvalds og ábyrgðar sem réttaríki nútímans eiga að vera bundin við.<sup>191</sup> Einnig er ljóst að með því að beita úrræðinu er framkvæmdastjórnin hugsanlega að semja sig frá öðrum úrræðum sem það myndi annars hafa undir eðlilegum kringumstæðum. Sömuleiðis má telja að með upptöku skuldbindingarákvarðana sé verið að rjúfa beina tengingu meints brots við settar samkeppnisreglur og þau úrræði sem takast á við þau brot og veitir því framkvæmdastjórninni vald til að gera samninga sem annars stæðu ekki til boða ef 7. gr. reglugerðarinnar yrði beitt.

Að sundra eða jafnvel bara veikja þessa tengingu getur þó haft í för með sér verulega áhættu en t.d gæti Framkvæmdastjórnin freistast til þess að nota úrræðið til að afgreiða mál þar sem lögin eru óljós og móta þannig sína eigin samkeppnisstefnu utan valdssviðs evrópskra dómstóla. Eigin hagsmunir Framkvæmdastjórnarinnar að víkka út umfang sitt myndu þá stangast á við almannahagsmuni, fælingarmátt viðurlaga og síðast en ekki síst þróun lagalegra kenninga sem byggjast á skýrum fordæmum sem aðeins brot sem hljóta málsmeðferð geta haft í för með sér.<sup>192</sup>

Sömuleiðis gæti Framkvæmdastjórnin freistast til að nota samningsstyrk sinn í skuldbindingarákvörðunum til að ganga lengra en þörf er á í því skyni að leysa úr tilteknu ástandi og beita sér fyrir metnaðarfullri stefnumörkun, t.d. með því að endurskipuleggja markaði í samræmi við eigin sýn.<sup>193</sup> Mögulegt er því að nota skuldbindingarákvarðanir að

---

<sup>190</sup> Ernst-Joachim Mestmäcker, „The EC Commission’s Modernization of Competition Policy: a Challenge to the Community’s Constitutional Order“ (2000) 1 (3) 401, 441.

<sup>191</sup> Heike Schweitzer (n. 176) 10.

<sup>192</sup> Wouter P.J. Wils, Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement (1. Útg., Hart Publishing 2008) 25.

<sup>193</sup> Heike Schweitzer (n. 176) 11.

mati sumra fræðimanna bæði til að misnota og stjórna mörkuðum.<sup>194</sup>

Krafan um að hlutaðeigandi fyrirtæki verði að samþykkja skuldbindingarnar sem lagðar eru fram er ekki endilega nægjanleg vörn gegn fyrrnefndum áhættum að mati sumra fræðimanna. Til dæmis getur ógnin við langa og kostnaðarsama málsmeðferð og hugsanleg skaðleg áhrif á orðspor fyrirtækjanna valdið því að fyrirtæki samþykki skuldbindingar jafnvel í tilvikum sem þau telja að þau séu ekki að viðhafa brotlega háttsemi.<sup>195</sup> Í tilfellum þar sem um er að ræða skýr brot getur ógn af háum sektum valdið því að fyrirtæki taka við víðtækari samningsúrræðum en þeim sem framkvæmdastjórnin gæti hafa lagt á þau ef farið væri málsmeðferðarleiðina.<sup>196</sup>

## 8.5 Kostir úrræðisins

Sú staðreynd að fá mál hafa verið höfðuð vegna töku skuldbindingarákvarðana felur í sér skýra vísbendingu um að kostir úrræðisins yfirvinni hugsanlega galla þess. Engin mál hafa verið höfðuð af fyrirtækjunum sem gengist hafa undir skuldbindingarákvarðanir<sup>197</sup> og sömuleiðis hafa mjög fá mál verið höfðuð af þriðja aðila.<sup>198</sup> Að lokum má nefna að ekki enn hefur verið notast við þann möguleika sem aðilar að skuldbindingarákvörðun hafa samkvæmt 9. gr. reglugerðarinnar til að kalla til fulltrúa til að tryggja skilvirka nýtingu málsmeðferðarréttar síns.

Skuldbindingarákvarðanir hafa einnig gert framkvæmdastjórninni kleift að bæta gæði og skilvirkni sem hún lærði af fordæmi framkvæmdar sinnar á sviði samruna.<sup>199</sup> Til dæmis í orkugeiranum sem er atvinnugrein sem féll undir reglugerð 17<sup>200</sup> sem var forveri reglugerðar 1/2003 þar sem mörgum málum hefur verið lokið í kjölfar skuldbindinga. Það er mjög greinilegur gæðamunur á óformlegum skuldbindingum sem samþykktar voru

---

<sup>194</sup> Fordæmi um slíkt er að finna í Bandarískum rétti sbr. Douglas Melamed, Antitrust: The New Regulation, Antitrust (1995).13 en þar segir Douglas. „Samkeppnislög eru að verða kominn á þann stað að það skiptir ekki máli hvað lögin segja, heldur endurspeglar regluverkið fremur það sem núverandi ríkistjórn vill.“

<sup>195</sup> Christopher Cook, „Commitment Decisions: The Law and Practice Under Article 9“ (2006) 29 (2) World Competition. 212-213.

<sup>196</sup> Pace, European Antitrust Law (2007). 237. en þar er fjallað um áhættuna um reglugerðargrip (e. Regulatory capture).

<sup>197</sup> Mál Microsoft [2013] OJ C120/15.

<sup>198</sup> Þá má einna helst nefna mál C-441/07 P - *Framkvæmdastjórnin g. Alrosa*

<sup>199</sup> Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004

<sup>200</sup> EEC Council: Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty

samkvæmt reglugerð 17 og hinum mun skilvirkari skuldbindingum sem hafa verið gerðar bindandi samkvæmt 9. gr. reglugerðar 1/2003.<sup>201</sup> Sú staðreynd ein og sér að skuldbindingarákvörðunum hefur verið mjög oft verið beitt er skýrt merki um gagnsemi úrræðisins bæði í augum framkvæmdastjórnarinnar og hluteigandi fyrirtækja.

## 8.6 Framkvæmd á Íslandi

Í núgildandi samkeppnislögum á Íslandi er ekki að finna sambærilegar heimildir til að ljúka samkeppnismáli eins og gilda innan ESB. Ekki færst í fljótu bragði séð afhverju slíkt úrræði er ekki í lögnum en með vísan til alls framangreinds má ætla að slíkt úrræði gæti gagnast afar vel. Sem dæmi um hvernig hugsanlega mátt beita þessu úrræði má nefna aftur ákvörðun nr. 11/2011 *um misnotkun Vífilfells hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*. Í þessu máli var það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Vífilfell hefði brotið gegn 11. gr. skl. og sömuleiðis 54. gr. EES-samningsins, en í málinu vísaði Vífilfell til ákvörðunar Framkvæmdastjórnarinnar frá 22. júní 2005 (COMP/A. 39.116/B2) sem beindist að TCCC (the Coca Cola Company) og þriggja átöppunaraðila í sem voru staddir í aðildarríki ESB. Í því máli var fallist á að aðilarnir myndu taka á sig ákveðnar skuldbindingar sem myndu takast á þeim vandamálum sem Framkvæmdastjórnin hafði séð fyrir. Í kjölfarið féllst framkvæmdastjórnin á að beita skuldbindingarákvörðun og voru þær gerðar skuldbindandi fyrir málsaðila sbr. fyrrnefnda ákvörðun sem tekin var samkvæmt 1. mgr. 9. gr. reglugerðar 2003/1/EB.

Rannsókn á meintri misnotkun Vífilfells á markaðsráðandi stöðu hófst árið 2007 og lauk 2011. Endaleg niðurstaða fékkst með dómi í máli nr. 111/2014 árið 2014 sem felldi ákvörðun samkeppniseftirlitsins úr gildi. Til samanburðar má nefna að Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins lauk skoðun sinni á markaðsfærslu TCCC innan Evrópusambandsins með skuldbindingarákvörðun. TCCC skuldbundu sig til að forðast að gera einkaréttarsamninga nema við sérstakar kringumstæður ásamt því að gefa ekki markmiðsafslætti en það var skoðun framkvæmdastjórnarinnar að þetta myndi að mestu leyti koma í veg fyrir erfiðleika minni samkeppnisaðila að keppast við TCCC á eigin verðleikum. Það blasir við að með sama hætti og það þótti heppilegt og nægjanlegt að

---

<sup>201</sup> Faull og Nikpay (n. 88)12. kafli.

ljúka máli TCCC með skuldbindingarákvörðun þá hefði slíkt virkað jafn vel í máli Vífilfells og sparað öllum aðilum mikinn tíma og fjármuni.

## 8.7 Niðurlag

Ljóst er af framansögðu að úrræðið um skuldbindingarákvörðun þykir hafa heppnast vel innan ESB. Þetta endurspeglast einna helst af því hversu oft úrræðinu hefur verið beitt frá upptöku þess. Hins vegar er ekki jafn ljóst af hverju slíka lagaheimild sé ekki að finna í íslenskum samkeppnislögum. Í fyrrnefndri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli Vífilfells sem skotið var til héraðsdómstóls og áfrýjað til Hæstaréttar er dagljóst að ef að lagaregla um skuldbindingarákvörðun væri til að dreifa, að það hafði mátt ljúka málinu mun fyrr til hagsbóta fyrir bæði Samkeppniseftirlitsins og Vífilfells.

Á landi sem og á Íslandi má telja það henta afskaplega vel að hafa fókus réttarframkvæmdarinnar á leiðbeiningu og málsmeðferðarhraða líkt og t.d SA lagði upp með í samkeppnisskýrslu sinni frá 2012. Einnig kom fram í skýrslu SA frá 2012 að fyrirtæki ættu erfitt með að átta sig á hvenær þau væru markaðsráðandi. Mikla fákeppni er að finna á Íslandi þar sem fáir aðilar eru í þeirri stöðu að geta keppt, en einmitt þess vegna má ætla að það ætti að heyra til undantekninga að beita sektum þar sem það gæti lamað þá litlu samkeppni sem var fyrir. Ef að það kemur í ljós að fyrirtæki er markaðsráðandi eða líklega markaðsráðandi, væri ekki einfaldara að ljúka málum með því að athuga fyrst hvort fyrirtæki væru til í að tileinka sér ekki neina einkaréttarsamninga til 5 ára og ef svo er þá ljúka málum fljótt án þess að það leiði til langs ferlis sem gæti hugsanlega haft afdrifaríkar afleiðingar bæði fyrir viðeigandi fyrirtæki, samkeppni á markaði og Samkeppniseftirlitið sem hefur mörgum verkefnum að gegna.



## 9 Lokaorð

Stærð hagkerfis hefur áhrif á hvernig samkeppnisstefna á að vera. Allt frá stefnumarkmiðum til þumalputtareglna. Helsti þátturinn sem skapar þörfina fyrir að sniða samkeppnislög að stærð efnahagsins er sú að flest samkeppnislög samanstanda af því sem hefur kallast „one-size-fits-all“ eða löggjöf sem á að henta öllum hagkerfum til þess að ná fram bestum markmiðum laganna í þeim flokkum sem hún á við hvort sem það eru samrunar, samráð fyrirtækja, markaðsráðandi staða o.s.fv. Þessi nálgun á þó til að eigast við jaðartilvik þar sem löggjöfin hentar ekki. Jaðartilfelli stórra hagkerfa eru hins vegar almenn tilfelli fyrir lítil hagkerfi þar sem smæð þeirra, fjölgar tíðni mjög samþjappaðra markaða sem eru verndaðir af aðgangshindrunum. Þetta krefst þess af litlum hagkerfum að breyta áherslum samkeppnislaga sinna til að stjórna slíkum mörkuðum á skilvirkan hátt. Í samræmi við það, jafnvel þótt öll hagkerfi nái sátt um að meginmarkmið samkeppnisstefnu sé að vernda og varðveita samkeppni sem heppilegustu leiðina til að tryggja skilvirka úthlutun auðlinda, þá er það staðreynd að náttúrulegar aðstæður á markaðnum, þá aðallega mikil samþjöppun og magn aðgangshindrana hafa áhrif á ákjósanlegar reglur sem stjórna eiga hegðun markaðsaðila.

Þetta sjónarhorn hefur verið viðurkennt af mörgum dómstólum minni hagkerfa en má benda á dómstól Nýja Sjálands en í máli Fisher gegn viðskiptanefndinni<sup>202</sup> sagði dómstóllinn að „þrátt fyrir að lögin eigi rætur sínar að rekja til Bandarískra samkeppnislaga, þá þurfi að sýna mikla varúð þegar farið er að fordæmi þeirra“ en hér er dómurinn að benda á að eðli hagkerfi þeirra krefst þess að litið sé á það með öðru sjónarhorni en er gert í stórum hagkerfum. Það er í raun nauðsyn að viðurkenna óhjákvæmni samþjappaðs markaðsskipulags sem er verndað af miklum aðgangshindrunum. Lítil hagkerfi ættu hugsanlega að taka samþjappað eðli markaða sinna sem nauðsynlegri eða óhjákvæmilegri illsku en að sama skapi leitast við að draga úr samkeppnishamlandi háttsemi fyrirtækja sem starfa við slíkar markaðsaðstæður. Sköpun hæfra stofnana sem beita samkeppnisstefnu er mikilvæg þar sem að öðrum kosti tapast það sem hefur verið unnið með því að skapa ákjósanlega samkeppnisstefnu vegna afvegaleiddra eftirlitsaðila. Mörg þeirra verkefna sem þarf að framkvæma af samkeppnisyfirvöldum eða

---

<sup>202</sup> Fisher and Paykel Limited v. Commerce Commission [1990] 2 NZLR 731, 756.

dómstólum í litlu hagkerfum þurfa að huga að jafnvægi á samkeppnissjónarmiðum. Einnig er mjög líklegt að stórir markaðir komi undir smásjón samkeppnisyfirvalda vegna aðstæðna á markaði sem eðlilegar eru í litlum hagkerfum. Þetta felur í sér að bær samkeppnisyfirvöld og viðeigandi samkeppnislög eru nauðsynlegir þættir til að ná fram markmiðum samkeppnisstefnu og til að teljast góð fjárfesting fyrir lítið hagkerfi. Aðgerðir sem eru hannaðar eru til að fræða almenning og atvinnulífið um markmið og efnislegt innihald samkeppnisstefnu eru einnig mjög mikilvæg til að efla markmið samkeppnisstefnu lítilla hagkerfa. Slíkar ráðstafanir geta aukið líkur uppgötvunar á misnotkun þegar skortur eru á mannafla eða fé til samkeppnisyfirvalda eða þegar neytendur eða samkeppnisaðilar geta auðveldlega greint brot fyrirtækja. Einnig er ljóst að lítil hagkerfi þurfa að beita sér fyrir því að nota alla þá möguleika sem eru fyrir hendi til þess að tryggja hámarks framlegð og skilvirkni. Má aftur nefna að illskiljanlegt af hverju ákvæði um skuldbindingarákvarðanir hafi ekki verið tekið upp af íslenskum stjórnvöldum.

Eitt að meginatriðum sem draga má frá ritgerð þessari er að stærð hagkerfis ætti að öllum líkum að hafa áhrif á innihald samkeppnislaga þess. Mörg ríki hafa farið þá leið að taka upp löggjöf stærri ríkja og sömuleiðis farið eftir dómaframkvæmd þeirra. Lögfesting samkeppnislaga stærri ríkja hefur marga kosti, svo sem að skapa reiðubúinn grundvöll fyrir lögin og örugga dómaframkvæmd sem og athugasemdum með henni. Slík upptaka myndar einnig netáhrif sem teygir sig til allra ríkja og eftir því sem fleiri ákvarðanir eru teknar sem gilda um lögin og um ýmsar staðreyndir þeirra, eykst réttaröryggi í kjölfarið. Önnur möguleg ástæða fyrir því að taka upp lög stærri hagkerfa er hjarðhegðun. En löggjafinn er ekki viss um hvað eru ákjósanlegustu lögin, geta þeir fylgt vinsælli þróun. Michal Gal telur að flækjustig laganna og brothætt jafnvægi sem verður að vera á milli samkeppnislegra sjónarmiða, gera upplýsingar um ákjósanlegustu lagasetninguna kostnaðarsama. Þess vegna telur Gal að litlum hagkerfum gæti fundist það að fylgja öðrum vera þægilegri valkost frekar en að verða fyrir miklum kostnaði.<sup>203</sup>

Upptaka samkeppnislaga stærri hagkerfa er einnig stundum byggð á tilvist ofurvalds með getu til að leggja vilja sinn og samkeppnisstefnu sína á minni og veikari ríki. Þetta fyrirbæri er sérstaklega áberandi í ESB en ESB gerir þetta með því að krefjast samþykktar ESB-samhæfðra samkeppnislaga sem skilyrði til að fá aðgang að mörkuðum

---

<sup>203</sup> Gal (n. 16), 258.

þess, annað hvort með viðskiptasamningum eða þá með beinni aðild. ESB hefur verið drifkraftur í setningu samkeppnislaga utan landamæra sinna sem byggja á fyrirmynd þess. Fyrir vikið hafa mörg ríki samþykkt og tekið upp ESB-líkanið án þess að breyta því til að það samrýmist sérstökum eiginleikum þeirra hagkerfa.

Nokkur lítil hagkerfi hafa samþykkt regluverk og reglugerðir stærri hagkerfa og vísa til dómstóla þeirra til túlkunar. Sum lítil hagkerfi hafa gengið lengra og samþykkja ekki bara gildandi lög stærri hagkerfa heldur einnig framtíðarlög þeirra og skuldbinda sig þannig í blindni til framtíðarbreytinga og dómsúrskurða. Þetta er ekki bara pólitískt vandamál heldur skapar mörg önnur vandkvæði, svo sem samkvæmni dómaframkvæmdar og afturvirkni laga þegar mál sem eru leyst af dómstólum eru síðan leyst á annan hátt af öðrum dómstólum annarra aðildarríkja.<sup>204</sup>

Upptaka laga stærri hagkerfa geta því verið mjög vandasöm fyrir lítil hagkerfi. Eins og sýnt hefur verið fram á er mikilvægasta vandamálið að ófullnægjandi íhugun er lögð í sérstök einkenni lítilla hagkerfa, sem eru mjög frábrugðin þeim sem stóru. Þegar slík lög eru hinsvegar sveigjanleg, þá er mögulegt að túlka þau við þær aðstæður sem geta myndast í litlum hagkerfum.

---

<sup>204</sup> Gal (n. 16), 260.

## Heimildaskrá

Areeda P, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* (Aspen 1978)

Ásgeir Einarsson og Jóna Björk Helgadóttir, „Breytingar á samkeppnislögum“ (2001) 54 (1) Úlfjótur 71

Baker JB og Bresnahan TF, „Estimating the Residual Demand Curve Facing a Single Firm“ (1988) 6 (3) *International Journal of Industrial Organization* 283

Björg Thorarensen, „Tengsl þjóðaréttar við íslenska stjórnskipun og áhrif alþjóðasamninga á íslenskan rétt“ (2012) 65 (3) Úlfjótur 271, 274.

Bishop S og Walker M, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (3. útg., Sweet & Maxwell : Thomson Reuters 2013)

Cook J, *EC Merger Control* (5. útg., Sweet & Maxwell 2009)

Christopher Cook, „Commitment Decisions: The Law and Practice Under Article 9“ (2006) 29 (2) *World Competition*.

Dabbah MM, *EC and UK Competition Law: Commentary, Cases, and Materials* (Cambridge University Press 2004)

Eiríkur Jónsson, Friðrik Ársælsson og Kristín Benediktsdóttir, *Opinbert markaðseftirlit* (Codex 2012)

Ernst-Joachim Mestmäcker, „The EC Commission’s Modernization of Competition Policy: a Challenge to the Community’s Constitutional Order“ (2000) 1 (3) 401, 441.

Faull J og Nikpay A (ritstj.), *The EC Law of Competition* (2. útg., Oxford University Press 2007)

F. Beveridge og S. Nott, „A hard look at soft law “ í P. Craig and C. Harlow (ritstj.), *Lawmaking in the European Union* (Kluwer 1998)

Gal MS, *Competition Policy for Small Market Economies* (Harvard University Press 2003)

Grímur Sigurðsson, „Mat á lögmæti samruna“ (2004) 57 (1) Úlfjótur 5

Hay GA, „Market Power in Antitrust“ (1991) 60 *Antitrust Law Journal* 807

Heike Schweitzer, „Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law“ (2008) 1(1) *SSRN Electronic Journal*  
<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1306245](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1306245)> skoðað 25. maí 2020

Holdsworth WS o.fl., *A History of English Law: [In Sixteen Volumes]. Vol. 9. Book IV. Part II* (1966)

Jones A, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials 7e* (Oxford University Press 2019)

- Khemani RS, „Merger Policy and Small Open Economies: the Case of Canada“ í Ben Dankbaar, John Groenwegen og Hans Schenk (ritstj.), *Perspectives in Industrial Organization* (Kluwer Academic 1990)
- , „Merger Policy in Small vs. Large Economies“ [1991] Canadian Competition Policy at the Centenary 205
- Landholt PL, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration* (Kluwer Law International 2006)
- Lerner A, „The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power“ í Saul Estrin og Alan Marin (ritstj.), *Essential Readings in Economics* (Macmillan Education UK 1995)
- Levy T, „Major Competition Law Reform Comes into Force. Lexology“ <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=11663d65-d7dd-4e52-b5aa-d2e485ae36f2>> skoðað 10. mars 2020
- Lindsay A og Berridge A, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues* (3. útg., Sweet & Maxwell 2009)
- Mankiw NG og Taylor MP, *Economics* (2. útg., South-Western, Cengage Learning 2011)
- Páll Sigurðsson o.fl. (ritstj.), *Lögfræðiorðabók: með skýringum* (Codex 2008)
- Philip Marsden og Liza Gormsen, „Guidance on Abuse in Europe: The Continued Concern for Rivalry and a Competitive structure“ (2010) 55 (4) 875
- Papadopoulos og Anestis S, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy* (2. útg., Cambridge University Press 2018)
- Perloff JM, *Microeconomics* (7. útg., Pearson 2015)
- Policy AFCLIC on IAL&, Hawk BE og Fordham Competition Law Institute (ritstj.), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute 2014* (Juris Publ 2015)
- Pollock F og Maitland FW, *History of English Law before the Time of Edward I.* (Liberty Fund Inc 2014)
- Posner RA og Landes WM, *Market Power in Antitrust Cases*“ (1981)
- R. Baldwin og Houghton J, *Circular arguments: The status and legitimacy of administrative rules* (2. útg., Public Law records 1986)
- Röller L-H og Mano MDL, „The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control“ (2006) 2 (1) European Competition Journal 9
- Samtök atvinnulífsins, „Viðhorf atvinnulífsins: Samkeppnislögin og framkvæmd þeirra“ <[https://www.sa.is/media/1153/nm54445\\_-\\_samkeppnisskyrsla\\_vef\\_811118661.pdf](https://www.sa.is/media/1153/nm54445_-_samkeppnisskyrsla_vef_811118661.pdf)> skoðað 25. mars 2020
- Schlossberg RS og American Bar Association (ritstj.), *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues* (3. útg., ABA, Section of Antitrust Law 2008)

Singleton S, Firth A og Raybould DM (ritstj.), *Comparative Law of Monopolies* (Kluwer Law International 1988)

Snelders R og Genevaz S, „Merger Efficiencies and Remedies“ (Global Legal Group 2077) *The International Comparative Legal Guide to: Merger Control* 2007

Stefán Már Stefánsson, *Samkeppnisreglur* (Félag íslenskra iðnrekenda 1993)

Turner DF, „The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies“ (1969) 82 (6) *Harvard Law Review* 1207

Vickers, John, „Regulation, competition, and the structure of prices“ (1997) 13 (1) *Oxford Review of Economic Policy* 15

Vilhjálmur Þór Á. Vilhjálmsson, „Samstilltar aðgerðir í samkeppnisrétti“ (2010) 63 (4) *Úlfjótur* 421

Whish R og Bailey D, *Competition Law* (9. útg., Oxford University Press 2018)

Wilberforce ROW, Campbell og Alloway AC og Elles NPM, *The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies*. (2. útg., Sweet & Maxwell 1966)

Wouter P.J. Wils, „Ten Years of Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation 1/2003: Too Much of a Good Thing?“ í Wouter P.J. Wils, Conference: New frontiers of antitrust Concurrences Journal 6th International Conference (Kluwer 2015)

Wouter P. J. Wils, „Ten Years of Regulation 1/2003 – A Retrospective“ (2013) 4 (4) *Journal of European Competition Law and Practice*

Wouter P.J. Wils, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement* (1. Útg., Hart Publishing 2008)