

Nefndasvið Alþingis
b.t. efnahags- og viðskiptanefndar
Austurstræti 8-10
101 Reykjavík

Reykjavík, 27. maí 2020

Efni: Umbednir minnispunktar um stöðu tjónþola í samkeppnislagabrotum

Á fjarfundi efnahags- og viðskiptanefndar Alþingis 15. maí sl. óskaði nefndin eftir því við Félag atvinnurekenda (FA) að félagið tæki saman minnisblað um þá lagalegu meinbugi sem eru á stöðu þolenda samkeppnislagabrota og hvaða bragarbót væri hægt að gera í þeim efnum, sbr. einnig umsögn félagsins um frumvarp ferðamála-, iðnaðar- og nýsköpunarráðherra til laga til breytingar á samkeppnislögum (611. mál), dags. 20. mars sl.. Hér á eftir er í stuttu máli tekið saman svar við þeirri beiðni. FA óskar í framhaldi eftir öðrum fundi með nefndinni til að gera grein fyrir þessum atriðum af meiri nákvæmni.

I.

Það liggur í hlutarins eðli að samkeppnislagabrot valda margvíslegum skaða. Tjónþolar eru helst almennir neytendur/viðskiptavinir og keppinautar þess brotlega. Umfang þessa tjóns getur verið mikið. Til skamms tíma var talið varfærið að líta svo á að ávinningur af verðsamráði væri að meðaltali 10% af söluverði en tjón samfélagsins af samráðinu gæti numið 20% af umfangi þeirra viðskipta sem samráðið tæki til.¹ Nýrri rannsóknir gefa hins vegar til kynna að þetta feli í sér vanmat á tjóni neytenda og viðskiptalífsins af samráði.² Í skýrslu OECD frá 2005 er t.d. sagt að rannsóknir gefi til kynna að ólögmaett samráð geti leitt til allt að 60-70% hærra verðs en ella.³ Í skýrslu framkvæmdastjórnar ESB frá júní 2013 er greint frá viðamikilli rannsókn sem unnin var fyrir hana. Í henni kom fram að í 93% tilvika leidir samráð keppinauta til hærra verðs en ella. Í 70% tilvika hafi samráðið haft þau áhrif að verðið var 10-40% hærra en ella en að meðaltali var það 20% hærra.⁴ Í febrúar 2014 birtist grein frá einum helsta fræðimanni á þessu sviði, John M. Connor prófessor, þar sem hann gerði grein fyrir athugun sinni á 700 hagrannsóknnum á áhrifum samráðs og á rúmlega tvö þúsund dómum dómstóla sem fela í sér mat á áhrifum samráðs. Hans niðurstaða er m.a. sú að að meðaltali leiði samráð til a.m.k. til 49% hærra verðs en ella.⁵

¹ A report on implementing the hard core cartel recommendation and improving co-operation. OECD Journal of Competition Law and Policy, Volume 2/No. 2.

² Sjá t.d. Tackling Cartels, Simon Williams and Philipp Giradet, 22. febrúar 2007 (birt m.a. á <http://www.konkurransetilsynet.no>): „Academic studies have in the past suggested that cartel conduct imposes on average a surcharge around 10% on the price of goods or services supplied. Today the emerging consensus is that this figure is probably too conservative and that it is likely to be closer to 20-30% and can in certain cases be much higher still.“

³ Cartels: Sanctions against Individuals (2005). Skýrsla gefin út af OECD.

⁴ Commission Staff Working Document – Practical Guide on Quantifying Harm in Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union SWD(2013) 205, 11.6.2013.

⁵ Connor, John M., Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition (24. febrúar 2014)

Þegar um er að ræða misnotkun á markaðsráðandi stöðu er ljóst að tjónið liggur í upphafi hjá keppinautum þess brotlega sem getur ekki haft ábata af starfsemi sinni vegna skadlegrar og ólögmætrar háttsemi keppinautar síns. Til lengir tíma er tjónið hins vegar neytenda sem þurfa að greiða töluvert hærra vöruverð og þola afleiðingar af fákeppni eftir að hið brotlega félag hefur rutt úr vegi samkeppni sinni með ólögmætum aðferðum.

Rök standa til þess að tjón af völdum brota á samkeppnisreglum geti verið enn meira á Íslandi en í stærri ríkjum. Í matsgerð hagfræðinganna Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga, sem lögð hefur verið fram í máli olíufélaganna gegn Samkeppniseftirlitinu, kemur fram að erlendar rannsóknir um skaðsemi samráðs hafi þýðingu hér á landi. Síðan segir:

„Við þetta má bæta að Ísland er fámennit land og þjóðfélagið einkennist af nálægð og persónulegum kunningsskap. Við slíkar aðstæður aukast líkur á að stjórnendum fyrirtækja takist að stilla saman strengi, bæði er varðar þegjandi samkomulag og samráð. Af þessum sökum má draga þá ályktun að samráð sem stofnað er til hér á landi verði árangursríkara en samráð í stærri samfélögum.“⁶

Ísland og önnur ríki hafa brugðist við upplýsingum um mikla skaðsemi samkeppnislagabrota með því að herða samkeppnislög. Það var m.a. gert hér landi á grundvelli tillagna nefndar forsætisráðherra um viðurlög, sbr. lög nr. 52/2007 sem breyttu samkeppnislögum.⁷ Þær breytingar (eða aðrar) lutu hins vegar ekki að þáttum sem tengjast skadabótum vegna samkeppnislagabrota. Staðan er því sú hér á landi að flestir þeir sem verða fyrir tjóni af völdum samkeppnislagabrota fá tjón sitt aldrei bætt.

II.

Fyrir liggur að raunhæfur möguleiki á því að sækja skadabætur vegna brota á samkeppnisreglum er mikilvægur þáttur í öflugri og skilvirkri samkeppnisstefnu. Í Bandaríkjunum gildir sú regla að þolendur samkeppnisbrota eiga rétt á þreföldum bótum. Tilgangur þessarar reglu, og skadabótamála almennt, í þarlandum samkeppnismálum (private antitrust enforcement) er eftirfarandi:

„Private antitrust enforcement plays a critically important role in implementing the U.S. antitrust laws. From the outset, Congress contemplated that private parties would play a central role in enforcement of the Sherman Act. Indeed, Senator Sherman believed that individuals should act as “private attorneys general,” and that the antitrust laws should encourage such enforcement.

The central feature of private antitrust remedies is its provision for treble damages, which allows plaintiffs in all cases to recover “threefold the damages by him sustained.” Successful antitrust plaintiffs may, in addition, recover attorneys’ fees and, in certain circumstances, prejudgment interest. The effect of these monetary remedies is reinforced

⁶ Undirmatsgerð í málinu E-4965/2005, dags. 3. október 2008.

⁷ Í frumvarpi sem varð að þeim lögum er m.a. vísað til þess að „rannsóknir á vegum Efnahags- og framfarastofnunar Evrópu (OECD) leitt í ljós að ólögmætur ávinningur fyrirtækja af samráði eða yfirverðlagning sé að jafnaði mun hærri en almennt hefur verið talið. Af framangreindu leiðir að ólögmætt samráð keppinauta um verð og önnur viðkvæm viðskiptaleg málefni er ótvírætt til þess fallið að hafa í för með sér verulegan efnahagslegan skaða, bæði fyrir neytendur og atvinnullífið.“

by rules that make defendants jointly and severally liable for damages. That is, each defendant is liable for the full amount of damages even if several defendants jointly engage in the unlawful conduct. ...

Treble damages serve five related and important goals:

- (1) Deterring anticompetitive conduct;*
- (2) Punishing violators of the antitrust laws;*
- (3) Forcing disgorgement of the benefits of anticompetitive conduct from those violators;*
- (4) Providing full compensation to victims of anticompetitive conduct; and*
- (5) Providing an incentive to victims to act as "private attorneys general."⁸*

Sökum efnahagslegs mikilvægis samkeppnisreglnanna hefur þannig lengi verið í Bandaríkjunum kerfi sem ætlað er skapa hvata til þess að þolendur samkeppnisbrota (fyrirtæki og/eða neytendur) gegni hlutverki „einkaeftirlitsaðila“ (private attorneys general) sem styðji við eftirlit þarlandra samkeppnisyfirvalda.

Í EES/ESB-samkeppnisrétti hefur þróunin að þessu leyti verið hægari. Dómstóll ESB hefur hins vegar tekið það skýrt fram að skilvirk framkvæmd samkeppnisreglna krefjist þess að tjónþolendur geti sótt bætur, sbr. m.a. dóm dómstólsins frá 5. júní 2014 í mál nr. C-557/12, *Kone AG*.

Í tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB frá júní 2013 er bent á hið mikla tjón sem leiðir af samkeppnisbrotum og að annars vegar hagsmunir samfélagsins af virkri samkeppni og hins vegar réttur tjónþola til bóta fari saman. Með því að auðvelda tjónþolum að sækja bætur sé um leið stuðlað að auknum varnaðaráhrifum og þar með öflugari framkvæmd samkeppnisreglna:

„... infringements of Article 101 or 102 TFEU cause great harm to consumers and undertakings. Anyone who has suffered harm through an infringement of EU competition rules has a right to compensation. This is guaranteed by EU law, as the Court of Justice has repeatedly emphasised. While the objective of the fines is deterrence, the point of damages claims is to repair the harm suffered because of an infringement. More effective remedies for consumers and undertakings to obtain damages would, inherently, also produce beneficial effects in terms of deterring future infringements and ensuring greater compliance with those rules.“⁹

Það blasir við að þessi sömu sjónarmið eiga við í íslenskum rétti.

III.

Polendur samkeppnislagabrota eru í erfiðri stöðu gagnvart tjónvöldum sínum og hafa því flest ríki brugðist við þeim aðstæðum með því að bæra aðstöðu þeirra og bæta úr þeim meinbug sem tjónþolar búa við. Í íslenskum rétti gilda engar slíkar sérreglur um samkeppnislagabrot.

Vandi tjónþola er margvíslegur.

⁸ Skýrsla til bandaríska þingsins um mögulegar breytingar á þarlandum samkeppnislögum. Ekki lagðar til neinar breytingar á þessum þætti laganna: Antitrust Modernization Commission, Report & Recommendations, apríl 2007 bls. 243 og 246.

⁹ Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Text with EEA relevance) (2013/C 167/07)

- Sönnunarstaðan er erfið, sérstaklega þegar mál eru enn til meðferðar hjá opinberum aðilum.
- Ef tjónþoli þarf að bíða eftir niðurstöðu opinberra aðila er ljóst að það getur tekið langan tíma. Á þeim tíma er hætt við að kröfur fyrnist.
- Erfitt er að sanna tjón og það tjón sem tekst að sanna er oftast en ekki brot af hinu raunverulega tjóni.
- Kostnaður við málarekstur er mikill, sérstaklega þegar þarf að afla matsgerða til að sanna tjón.
- Raunhæf úrræði um hóp málsóknir eru engin í íslenskum rétti og núverandi lagaákvæði þar um þjóna engum tilgangi.

Af þessu leiðir að brotlegir aðilar þurfa almennt séð aldrei að bæta það tjón sem þeir valda og í þau fáu skipti sem það er gert þá er það aðeins að litlum hluta. Að mati FA er nauðsynlegt að setja reglur sem bæta úr þessari afleitu stöðu. Að mati FA má gera það með innleiðingu á tilskipunum ESB um þetta efni eða setja einfaldlega í lög reglur sem bæta úr þessari óréttlætlanlegu stöðu.

1. Lagareglur sem tryggja að löglíkur séu fyrir því að ólögmætt samráð hafi valdið tjóni nema hið brotlega fyrirtæki geti sannað annað. Sjá einnig punkt nr. 11.
2. Lagareglur sem auðvelda tjónþolum að afla sönnunargagna og taka skýrslur af vitnum og aðilum við undirbúning dómsmáls.
3. Lagareglur sem auðvelda tjónþolum að höfða bótamál án þess að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins liggi fyrir.
4. Lagareglur sem tryggja sönnunargildi endanlegra úrlausna samkeppnisyfirvalda í bótamálum.
5. Skýrar og sanngjarnar fyrningarreglur sem koma í veg fyrir fyrningu vegna mála sem eru til rannsóknar og mála þar sem hinn brotlegi hefur reynt að hylma yfir eða leyna broti sínu.
6. Lagareglur sem tryggja að tjónþolar fái fullar bætur (bæði vegna beins tjóns og vegna hagnaðartaps, auk dráttarvaxta frá þeim degi sem ólögmæt háttsemi fer fram).
7. Lagareglur um refsibætur sem fela það í sér að bótaréttur tjónþola er margfaldaður (t.d. sinnum 5) til að bæta stöðu tjónþolans sem og að hafa fælingaráhrif gagnvart frekari samkeppnislaga brotum.
8. Lagareglur sem fela það í sér að hver og einn þátttakandi í broti ber ábyrgð á öllu tjóninu sem það hefur valdið.
9. Lagareglur sem bæta stöðu óbeinna tjónþola (t.d. endanotenda sem kaupa hráefni á yfirverði af heildsala sem neyðst hefur til að hækka verð vegna verðsamráðs framleiðenda á hráefninu).
10. Réttarfarsúrræði fyrir almenna neytendur og heimild til að höfða mál vegna réttinda óskilgreinds hóps (actio popularis).
11. Gjafsókn til þeirra sem sækja mál vegna tjóns sem þeir hafa orðið fyrir vegna samkeppnislaga brota. Hafa verður í huga að við þessar aðstæður hefur hinn brotlegi alla jafna greitt sekt í ríkissjóð sem ætti í öllum tilfellum að geta staðið undir slíkum kostnaði ef svo ólíklega fer að hann lendi ekki á hinum brotlega.
12. Lagakvæði sem mælir fyrir um að Samkeppniseftirlitið skuli í niðurstöðum sínum sérstaklega fjalla um það tjón sem hefur verið valdið og tilgreina hverjir tjónþolarnir eru. Þá mætti hafa slíkar niðurstöður Samkeppniseftirlitsins bindandi og leggja það í hendur

hins brotlega að afsanna skaðabótaskyldu sína fyrir dómi, vilji hann ekki una slíkri niðurstöðu.

Í dag geta fyrirtæki brotið samkeppnislög án þess að þurfa að óttast það að neinu raunhæfu marki að þurfa að standa skil á því tjóni sem þau valda öðrum. Það eina sem þau þurfa að hafa áhyggjur af eru sektir sem renna að fullu í ríkissjóð. Núverandi stada mála hvað þetta varðar er óboðleg enda gengur hún þvert á alla heilbrigða réttlætiskennd.

Einkaréttarleg úrræði vegna samkeppnislaga brota geta skapað bæði almenn og sérstök varnadaráhrif. Möguleiki lögaðila og einstaklinga á að sækja sér skaðabætur vegna tjóns sem þeir verða fyrir hefur þannig varnadaráhrif bæði gagnvart tjónvaldinum og fyrirtækjum almennt.¹⁰ Með varnadaráhrifum er átt við að fyrirtæki brjóta síður gegn samkeppnislögum ef ljóst er m.a. að einkaaðilar muni annars sækja skaðabætur. Við blasir að með því að tryggja betur einkaréttarleg úrræði er unnið enn frekar að því að markmiðum samkeppnislaga sé náð og þjóðfélagsleg velferð verði jafnframt háværkuð. Saman geta þannig einkaréttarleg úrræði og eftirlit samkeppnisyfirvalda (og eftir atvikum lögreglu) eflt samkeppni.¹¹

Í umræddri skýrslu OECD frá 1. september 2015 kemur fram að ein helsta áskorunin sem Ísland stendur frammi fyrir í efnahagslegu tilliti sé að auka framleiðni í atvinnulífinu. Að mati OECD er efling samkeppni lykilatriði til að auka framlegð og leggur stofnunin til í því sambandi m.a. til að „herða samkeppnisstefnu“ til að koma í veg fyrir misnotkun á markaðsráðandi stöðu og ólögmeitt samráð.¹²

Til að ná þessum markmiðum er ekki þörf á innleiðingu á tilskipun 2014/104/ESB þó vissulega væri slík innleiðing gagnleg. Alþingi getur og þarf að bregðast sjálfstætt við og grípa til eigin úrræða til að sporna gegn þessari óréttlætanagerlegu stöðu sem uppi er í samfélagi okkar. Það er óþarfi að bíða þóðanna frá ESB, Alþingi getur gripið til aðgerða strax, sett lög og komið á réttlátum úrræðum fyrir almenning og fyrirtæki í landinu.

Virðingarfyllst,



Páll Rúnar M. Kristjánsson
hæstaréttarlögmaður



Ólafur Stephensen
framkvæmdastjóri FA

¹⁰ Sjá einnig Skaðabótaréttur, Viðar Már Matthíasson, Reykjavík 2005, bls. 63.

¹¹ Sjá *Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe*. Ræða Neelie Kroes, þáverandi framkvæmdastjóra samkeppnismála hjá framkvæmdastjórn ESB, 8. mars 2007.

¹² Sjá tilkynningu fjármála- og efnahagsráðuneytisins frá 1. september sl.