



Jón Sigurðsson  
hrl., LL.M. í Evrópurétti

ÁHRIF BREYTINGA Á  
REGLUNNI UM EFNISLEGT  
MAT Á SAMRUNA Í  
EVRÓPSKUM OG ÍSLENSKUM  
SAMKEPPNISRÉTTI

1. INNGANGUR	29
2. EFNISLEGT MAT Á SAMRUNA Í EB-RÉTTI	29
2.1 Upphaflegt ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar	30
2.2 Tviþætt mat	30
2.3 Mat á markaðsráðandi stöðu	31
2.4 Samræmd áhrif (sameiginleg markaðsráðandi staða)	31
3. BREYTINGARNAR Á 3. MGR. 2. GR. SAMRUNAREGLUGERÐAR EB	32
3.1 Nýja ákvæðið	32
3.2 Hugtakið „hindrar virka samkeppni umtalsvert“	33
4. ÁSTÆÐUR BREYTINGANNA	34
4.1 Markaðsráðandi staða sem nauðsynlegt og nægjanlegt skilyrði	34
4.2 Þýðing Airtours dómsins	35
4.3 Áhrifalítið ákvæði?	36
4.4 Vandkvæði við beitingu reglunnar á fíkeppnismarkaði	36
5. ÁHRIF NÝJA ÁKVÆÐISINS	38
5.1 Er ekki lengur þörf á að sýna fram á markaðsráðandi stöðu?	38
5.2 Ósamræmd áhrif	40
5.3 Ósamræmd áhrif í ljósi niðurstaðna samrunamála	40
5.4 Samræmd áhrif	41
5.5 Leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar EB um lárétta samruna	42
5.6 Viðmiðunarmörk íhlutunar	42
5.7 Aukið réttaröryggi?	43
5.8 Er vafinn um gildissviðið úr sögunni?	43
5.9 Eru breytingarnar líklegar til að hafa áhrif í framtíð?	43
6. ÓGILDINGARREGLAN Í ÍSLENSKUM SAMKEPPNISRÉTTI	44
6.1 Aðlögun samrunaákvæða samkeppnislaga að nýrri samrunareglugerð EB	45
6.2 Fullkomnu samræmi ekki náð	46
7. LOKAORÐ	46

## 1. INNGANGUR

Samrunareglugerð EB hefur að geyma reglu um efnislegt mat á samruna (oft nefnd á ensku *substantive test*), sem heimilað hefur framkvæmdastjórn EB að lýsa samruna sem hindrar samkeppni ósamrýmanlegan innri markaði EB. Segja má að reglan sé í eðli sínu lögfræðilegt mælitæki til þess að meta hvort rétt sé að hindra samruna sem skaða samkeppni. Ákvæðið er nú að finna í 3. mgr. 2. gr. gildandi samrunareglugerðar EB nr. 139/2004, en var áður á sama stað í áður gildandi reglugerð nr. 4064/89. Báðar reglugerðir hafa verið teknar upp í EES-rétt. Hérlandis hefur verið leitast við að innleiða regluna í landsrétt, nú síðast með breytingu sem gerð var á samkeppnislögum á liðnu vori, enda hefur íslensk samkeppnislöggjöf verið löguð að reglum Evrópusambandsins gegnum aðild Íslands að EES-samningnum.

Lögskýringargögn íslensku samkeppnislaganna gefa skýrt til kynna að skýra ber lögin með hliðsjón af samkeppnisrétti EB/EES, en íslensk samkeppnisyfirvöld hafa í ákvörðunum sínum vísað sérstaklega til þessa. Á þetta einnig við um framangreint ákvæði. Til að átta sig á því hvert gildissvið ákvæðisins er og hvernig beri að beita þeirri íþyngjandi heimild sem í því felst, verður að líta til forsögu þess í EB-rétti, þeirra breytinga sem á því hafa orðið, ástæðna fyrir þeim breytingum og hvaða áhrif þær hafa haft á evrópskan samkeppnisrétt. Í því tilliti verður m.a. að líta til dómáfordæma dómstóla EB og túlkana framkvæmdastjórnar EB á ákvæðinu sem fram koma í ákvörðunum hennar í samrunamálum.

Allt frá gildistöku reglunnar um efnislegt mat samruna hefur verið deilt um hvert umfang reglunnar sé. Skiptar skoðanir hafa verið um það hvort breytt regla auðveldi framkvæmdastjórn EB að beita sér gegn samruna sem stuðlar að svokölluðum ósamræmdum áhrifum (e. non-coordinated effects) á fákæppnismörkuðum, í þeim

tilvikum þegar markaðsráðandi staða er hvorki mynduð né efl.

Í grein þessari verður m.a. kannað hvaða áhrif umræddar breytingar hafa haft fram til þessa og munu hafa til framtíðar lítið. Hvort mat framkvæmdastjórnar EB á áhrifum samruna felist einungis í því að kanna hvenær markaðsráðandi staða hafi myndast eða verið efl eða hvort breytingar hafi orðið þar á. Getur framkvæmdastjórn EB nú gripið í taumana vegna samruna sem skaða samkeppni vegna ósamræmdra áhrifa á fákæppnismörkuðum? Er unnt að segja að gildissvið matsreglu áður gildandi samrunareglugerðar hafi verið of þröngt og ef þannig háttaði til, hefur breyting orðið þar á? Hefur dómframkvæmd breyst með einhverjum hætti samfara gildistöku hins breytta ákvæðis reglugerðarinnar? Eru breytingarnar sem gerðar hafa verið á íslenskum samkeppnislögum í takt við gildandi samrunareglugerð EB? Reynt verður að svara þessum spurningum og álitafnum í greininni, um leið og leitað verður svara við því hvort nauðsyn hafi verið á því að gera breytingar á matsreglunni í 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar EB.

## 2. EFNISLEGT MAT Á SAMRUNA Í EB-RÉTTI

Þó að reglan um mat á áhrifum samruna hafi frá árinu 1989 verið hluti af gangverki samrunaeftirlits EB, þá innihélt stofnsáttmáli bandalagsins ekki sérstakt ákvæði um eftirlit með samrunum. Framan af var því sömu ákvæðum og nú er að finna í 81. og 82. gr. Rómarsamningsins beitt um eftirlit með samrunum. Ekki er þó minnst orði á samruna eða samfylkingu í þessum tveimur ákvæðum.

Matið á áhrifum samruna gegnir veigamiklu hlutverki í samrunareglugerð EB, enda leggur það línur um það á hvaða grundvelli samkeppnisyfirvöld geti bannað eða heimilað samruna. Samrunaeftirliti

hefur verið lýst sem aðferð til að hindra að þær kringumstæður skapist sem koma í veg fyrir að neytendur fái notið þeirra kjara sem þeir myndu venjulega bera úr bótum á samkeppnismarkaði, en matsreglan um áhrif samruna er einmitt hönnuð með þetta í huga.<sup>1</sup> Ákvæðin um efnislegt mat á samrunum er að finna í 2. og 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar EB.

### 2.1 Upphaflegt ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar

Matsreglan leit fyrst dagsins ljós í áður gildandi samrunareglugerð EB, nr. 4064/89.<sup>2</sup> Í 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar sagði:

*Samfylking, sem skapar eða eflir yfirburðastöðu er hindrar virka samkeppni á hinum sameiginlega markaði eða á umtalsverðum hluta hans, er ekki talin vera í samræmi við kröfur hins sameiginlega markaðar.*

Á hinn bóginn kvað 2. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar á um að samfylking sem hindraði ekki virka samkeppni væri talin í samræmi við kröfur hins sameiginlega markaðar. Við samningu reglugerðarinnar var nokkuð tekist á um orðalag beggja málsgreinanna, en endanleg ákvæði voru samþykkt í desember 1989 og tóku gildi í september 1990.

### 2.2 Tvíþætt mat

Upphafleg útgáfa matsreglunnar hefur oft verið kölluð „tvíþætta matið“, þar sem annars vegar er um að ræða það að markaðsráðandi staða verði til eða eflist og hins vegar verulega skerðingu á virkri samkeppni. Tvenns konar túlkunaraðferðir við beitingu reglunnar eru þekktar:<sup>3</sup>

1. Unnt er að banna samruna ef hann leiðir til eða eflir markaðsráðandi stöðu og hindrar verulega virka samkeppni, þ.e. skilyrðið um markaðsráðandi stöðu þarf að uppfylla en það dugir ekki eitt og sér til ógildingar á samruna.
2. Samrunar sem leiða til eða styrkja markaðsráðandi stöðu hindra í öllum tilvikum virka samkeppni, þ.e.a.s. markaðsráðandi staða er hvort tveggja nauðsynlegt og nægjanlegt skilyrði.

Sé síðari túlkunaraðferðinni beitt, lítur framkvæmdastjórn EB eingöngu til þess hvernig viðkomandi markaður er byggður upp, en ekki til þess hvaða áhrif samruninn muni hafa á samkeppni. Aðferðin hefur hins vegar ekki verið talin ganga upp og dómstólar EB hafa hafnað henni í dómum sínum.<sup>4</sup> Þetta má til sanns vegar færa ef litið er til þess að samruni kann að hafa í för með sér umbætur fyrir neytendur þrátt fyrir að markaðsráðandi staða sé mynduð eða eflid. Dómstólar EB hafa stuðst við fyrri aðferðina að framan, þ.e. að sýna þurfi einnig fram á að samruninn hindri virka samkeppni verulega.

Þess ber þó að geta að álit framkvæmdastjórnarinnar og dómstóls EB á þessu sviði hafa verið nokkuð óljós, þegar af þeirri ástæðu að báðar þessar stofnanir hafa talið í niðurstöðum sínum að hugtökin markaðsráðandi staða og veruleg hindrun á virkri samkeppni geti haft sömu merkinguna.<sup>5</sup> Fyrsta stigs dómstóllinn (Court of First Instance) taldi í máli *EDP/Commission* að ef að sýnt væri fram á markaðsráðandi stöðu mætti um leið telja að virk samkeppni hefði verið hindruð með

<sup>1</sup> Bengtsson, C., o.fl., 'The Substantive Assessment of Mergers', í riti Drauz, G., og Jones, W., *EU Competition Law, Volume II – Mergers and Acquisitions*, Claeys & Casteels, 2006 („Bengtsson“), bls. 245.

<sup>2</sup> Reglugerð ráðsins (EB) nr. 4064/89 frá 21. desember 1989 um eftirlit með samfylkingum fyrirtækja, [1989] OJ L395/1.

<sup>3</sup> Röller, L.-H., og Mano, M., 'The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control', (2006) 2(1) ECLR 9 („Röller og Mano“), bls. 11.

<sup>4</sup> Röller og Mano, bls. 13.

<sup>5</sup> Röller og Mano, bls. 14.

verulegum hætti, enda þótt kenningarnar tvær hefðu ekki sama merkingarmun að lögum.<sup>6</sup>

Svo virðist sem að framkvæmdastjórn EB hafi ekki í samrunaákvörðunum sínum fram til þessa rannsakað til hlítar síðari hluta umrædds ákvæðis um mat á áhrifum samruna, þ.e. hvort samruni hindri virka samkeppni. Hafa framkvæmdastjórnin og dómstólar EB fremur tekið til skoðunar breytingar á markaðsráðandi stöðu við mat á samrunum.<sup>7</sup>

### 2.3 Mat á markaðsráðandi stöðu

Upphaflegt ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar EB byggði á því að mat væri framkvæmt á markaðsráðandi stöðu - að kannað væri hvort samruni hefði leitt til eða aukið markaðsráðandi stöðu. Leita þurfti svara við því hvort samruni myndi leiða til markaðsráðandi stöðu eins aðila á viðkomandi markaði.

Eins og áður sagði var ákvæðið kynnt til sögunnar árið 1989. Ekki verður hins vegar ráðið af lögskýringargögnum hvers vegna talið varráðlegt að tengjareglugerðarákvæðið við mögulegar breytingar á markaðsráðandi stöðu. Sumir hafa litið svo á að ástæða þess sé sú að mælikvarðinn um markaðsyfirráð var þegar til staðar árið 1989 í 82. gr. (áður 86. gr.) Rómarsamningsins og að sú reynsla sem skapast hafði við beitingu þess ákvæðis hafi nýst við greiningu á samrunum.<sup>8</sup> Jafnframt hafi verið litið svo á að með beitingu þess mælikvarða hafi verið unnt að koma í veg fyrir skyndilegar og óvæntar breytingar á sviði samkeppnisréttar. Réttarvitund og lögmætar væntingar hafa því haft þýðingu að þessu leyti.<sup>9</sup> Á það hefur sömuleiðis verið

bent að pólitískar ástæður hafi hugsanlega einnig legið þarna að baki, sem miðað hafi að því að takmarka hið nýfengna frelsi framkvæmdastjórnarinnar til ákvörðunartöku og tryggja að grundvöllur mats væri eingöngu samkeppnislegs eðlis.<sup>10</sup>

Orðalag áður gildandi 3. mgr. 2. gr. gefur skýrt til kynna, að sýna þurfi fram á markaðsráðandi stöðu til þess að leiða í ljós að virk samkeppni hafi verið hindruð. Þetta staðfesti Fyrsta stígs dómstóllinn í máli *Air France*.<sup>11</sup>

*„Ef að þess vegna er ekki um að ræða myndun eða eflingu á markaðsráðandi stöðu, þá ber að heimila samrunann, án þess að þörf sé á frekari könnun á því hvaða áhrif samruninn hafi á virka samkeppni.“*

### 2.4 Samræmd áhrif (sameiginleg markaðsráðandi staða)

Í andstöðu við það sem segir í 82. gr. Rómarsamningsins þá virðist sem að í 2. gr. áður gildandi samrunareglugerðar hafi ekki verið gert ráð fyrir að fleiri en eitt fyrirtæki gætu haft markaðsráðandi stöðu. Slik staða tveggja eða fleiri fyrirtækja hefur verið sögð skapa samræmd áhrif (sameiginleg markaðsráðandi staða). Hugtakið sameiginleg markaðsráðandi staða hefur formlega verið skilgreint af dómstól EB sem:<sup>12</sup>

*„þær kringumstæður þegar virk samkeppni á markaði er verulega hindruð að tilstuðlan þeirra fyrirtækja sem að samrunanum standa ásamt einu eða fleiri fyrirtækjum sem sameiginlega, sérstaklega vegna gagnkvæmra áhrifa milli*

<sup>6</sup> Mál T-87/05, *Energias de Portugal, SA (EDP) v Commission of the European Communities*, [2005] ECR II-3745, 49. tl.

<sup>7</sup> Fountoukakos, K., og Ryan, S., 'A New Substantive Test for EU Merger Control', (2005) 26(5) ECLR 277 („Fountoukakos og Ryan“), bls. 292.

<sup>8</sup> Fountoukakos og Ryan, bls. 280.

<sup>9</sup> Levy, N., 'Dominance versus SLC: A Subtle Distinction?', í riti Drauz, G., og Reynolds, M. (eds.), *EC Merger Control – A Major Reform in Progress*, Oxford University Press, 2003

(„Levy“), bls. 149.

<sup>10</sup> Cook, C. J., og Kerse, C. S., *EC Merger Control*, Sweet & Maxwell, fjórða útgáfa, 2005 („Cook og Kerse“), bls. 209.

<sup>11</sup> Mál T-2/93, *Air France v Commission of the European Communities*, [1994] ECR II-323, 79. tl.

<sup>12</sup> Sameinuð mál C-68/94 og C-30/95, *France v Commission of the European Communities (Kali & Salz)*, [1998] ECR I-1375, 221. tl.

þeirra, geta komið sér upp sameiginlegri stefnu á markaði og markaðshegðun þeirra þarfekki að taka mið af öðrum markaðsaðilum, viðskiptavinum þeirra eða öðrum neytendum“.

Á mörkuðum þar sem fáir keppinautar eru og samþjöppun mikil, eru mun meiri líkur á því að eining myndist milli markaðsaðila um samræmda markaðshegðun og að aðilar nái sér niður á öðrum aðila fyrir að víkja frá þeirri samræmdu hegðun.<sup>13</sup> Vera kann að þessi fyrirtæki líti svo á, að undir þessum kringumstæðum sé hagkvæmara að samræma markaðshegðun sína í stað þess að efna til samkeppni sín á milli.<sup>14</sup> Undir samræmd áhrif fellur m.a. það þegar markaðsaðilar hafa sameiginlega það sterka stöðu á markaðinum að þeir geta með beitingu þegjandi samráðs hækkað verð, dregið úr vöruframboði, o.s.frv.<sup>15</sup>

Í kjölfar gildistöku samrunareglugerðarinnar hóf framkvæmdastjórn EB að beita kenningunni um sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Dómstóll EB staðfesti í máli Kali & Salz að tilvísun 2. gr. eldri samrunareglugerðar til markaðsráðandi stöðu útilokaði ekki að reglugerðin gæti tekið til samruna sem leiddu til eða efldu sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Þessi afstaða var í samræmi við ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í sama máli. Forsendur dómsins byggðu einnig á því að 2. gr. reglugerðarinnar væri lögud að ákvæði 82. gr. Rómarsamningsins.

Aðrir héldu því fram að 2. gr. reglugerðarinnar bæri að túlka í samræmi við orðanna hljóðan og bent var á, að ekki væri minnst á sameiginlega

markaðsráðandi stöðu í orðalagi 2. gr., ólíkt 82. gr. Rómarsamningsins, en grundvöllur þeirrar röksemdar var hinn meinti tilgangur ráðherraráðs EB með setningu samrunareglugerðarinnar - að veita framkvæmdastjórninni eingöngu heimild til að banna samruna sem leiðir til eða eykur markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis.<sup>16</sup> E.t.v. kann þetta að hafa verið skammsýni, enda sýnir reynslan að sameiginleg markaðsráðandi staða hefur verið eitt helsta álitafnið í flestum samrunamálum sem framkvæmdastjórn EB hefur glímt við.<sup>17</sup>

### 3. BREYTINGARNAR Á 3. MGR. 2. GR. SAMRUNAREGLUGERÐAR EB

Árið 2004 tók gildi ný samrunareglugerð EB, sem leysti af hólmi fyrri reglugerðina frá 1989.<sup>18</sup> Reglugerðin var samþykkt samhljóða. Samfara þeirri gildistöku urðu efnisbreytingar á reglunni í 3. mgr. 2. gr. Ljóst var þó að áfram yrði unnt að byggja á þeim fordæmum sem til höfðu orðið við beitingu áður gildandi ákvæðisins.

#### 3.1 Nýja ákvæðið

Í kjölfar breytinganna á 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar er ákvæðið þannig orðað:

*Samfylking, sem hindrar virka samkeppni umtalsvert á sameiginlega markaðnum eða á verulegum hluta hans, einkum þegar yfirburðastaða hefur myndast eða eflst, skal lýst ósamrýmanleg sameiginlega markaðnum.*

Margir álitu að ákvæðið yrði aðlagð að hinni bandarisku SLC reglu (e. Substantial

<sup>13</sup> Stirati, G., 'The Appraisal of Collective Dominance and Efficiency Gains under the Substantive Test of the New EU Merger Regulation', (2004) 1(3) Erasmus Law and Economics Review 249, bls. 258.

<sup>14</sup> Faull, J., og Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, önnur útgáfa, 2007 („Faull og Nikpay“), bls. 480.

<sup>15</sup> Maudhuit, S., og Soames, T., 'Changes in EU Merger Control: Part 2', (2005) 26(2) ECLR 75 („Maudhuit og Soames“), bls. 79.

<sup>16</sup> Varona, E. N., o.fl., *Merger Control in the European Union*, Oxford University Press, önnur útgáfa, 2005 („Varona“), bls. 210.

<sup>17</sup> Varona, bls. 210.

<sup>18</sup> Reglugerð Ráðsins (EB) nr. 139/2004 frá 20. janúar 2004 um eftirlit með samfylkingum fyrirtækja (samrunareglugerð EB), [2004] OJ L24/1. Reglugerðin var tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 79/2004 frá 8. júní 2004 um breytingu á XIV. viðauka, bókun 21 og bókun 24 við EES-samninginn.

Lessening of Competition test), en með því er vísað til sambærilegrar matsreglu í bandarískum samkeppnisrétti. Svo fór þó ekki. Framkvæmdastjórn EB vildi gera gagngerar breytingar á reglunni, en ráðherraráð EB var andsnúið því og kynnti á endanum til leiks nógildandi reglu, sem sagt var að tæki til ósamræmdra áhrifa, sem nánar verður fjallað um síðar í grein þessari.<sup>19</sup> Orðalagi 3. mgr. 2. gr. var snúið við frá fyrri útgáfu. Samkvæmt núverandi orðalagi þarf samfyllkingin að hindra virka samkeppni umtalsvert, en eitt af því sem getur hindrað samkeppni er myndun eða efling á markaðsráðandi stöðu. Hugtakið markaðsráðandi (hugtakið „yfirburðastaða“ skv. orðalagi 3. mgr. 2. gr.) er eftir sem áður að finna í ákvæðinu en er ekki lengur ráðandi þáttur, heldur er þess í stað staðsett á eftir skilyrðinu um að virk samkeppni sé hindruð umtalsvert (á ensku nefnt „SIEC test“), sbr. orðið „einkum“ í ákvæðinu. Fleiri þættir en yfirburðastaða geta nú hindrað virka samkeppni. Í raun má því segja að með þessu hafi seinni liður áður gildandi ákvæðis verið virkjaður. Ekki var gerð efnisleg breyting á öðrum málsgreinum 2. gr. með hinni nýju útgáfu reglugerðarinnar.

Eldri og yngri útgáfa 3. mgr. 2. gr. eru eðlislíkar, en þó ekki eins. 26. t.l. aðfaraorða samrunareglugerðarinnar gefur til kynna að fyrri framkvæmd framkvæmdastjórnarinnar og dómstóla EB hafi haft mikið að segja um það að ekki voru gerðar grundvallar breytingar á ákvæðinu. Sömuleiðis er ljóst af tilvísuðum 26. t.l. að ætlunin var sú að áfram yrði byggt á þeim fordæmum sem myndast höfðu á grundvelli áður gildandi ákvæðis. Ennfremur gerði framkvæmdastjórn EB ráð fyrir því að mælikvarðinn um markaðsráðandi stöðu yrði í flestum tilfellum þess

valdandi að samruni yrði ógiltur, sbr. það sem fram kom í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samrunum.<sup>20</sup>

Í 32. t.l. aðfaraorða hinnar nýju samrunareglugerðar er tekið fram að ekki skuli litið svo á að samruni hindri virka samkeppni ef samanlögð markaðshlutdeild samrunaaðila fer ekki yfir 25%. Þetta hefur þó ekki leitt til þess að litið sé svo á að sýnt sé fram á markaðsráðandi stöðu þó að samanlögð markaðshlutdeild sé hærri en 25%.<sup>21</sup>

### 3.2 Hugtakið „hindrar virka samkeppni umtalsvert“

Hvort samruni er ósamrýmanlegur sameiginlega markaðinum veltur á því hvort hann hindrar virka samkeppni umtalsvert, sbr. nógildandi 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar. Hið framangreinda tvíþætta mat í áður gildandi ákvæði heyrir nú sögunni til, enda er markmiðið nú að koma í veg fyrir samruna sem hindra virka samkeppni.<sup>22</sup> Ekki er lengur þörf á því að sýnt sé fram á markaðsráðandi stöðu. Í 25. t.l. inngangsákvæða reglugerðarinnar segir að hugtakið skuli túlkað með þeim hætti að það taki til áhrifa sem hindri eðlilega samkeppni, þ.e. umfram þau áhrif sem markaðsráðandi staða getur haft, og eru afleiðing af ósamræmdri hegðun fyrirtækja sem ekki njóta markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði. Af þessu leiðir að framkvæmdastjórn EB getur nú metið það hvaða áhrif samfyllking hefur á verð, framleiðslu og annað á fákeppnismarkaði, í stað mats á markaðsstöðu.<sup>23</sup>

Sú merking hefur verið lögð í orðin „hindrar“ og „umtalsvert“, að samruna

<sup>19</sup> Ehlermann, C., Völcker, S., og Gutermuth, G., 'Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation', (2005) 28(2) World Competition 193 („Ehlermann, Völcker og Gutermuth“), bls. 194.

<sup>20</sup> Leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samrunum samkvæmt samrunareglugerð EB (e.

Horizontal Merger Guidelines), [2004] OJ C31/5, 4. t.l.

<sup>21</sup> Sjá um þetta könnun Cook og Kerse á niðurstöðum samrunamála á árinu 2005, bls. 252.

<sup>22</sup> Fountoukakos og Ryan, bls. 288.

<sup>23</sup> Röller og Mano, bls. 16.

verði eingöngu hafnað ef hann dregur úr eða veikir samkeppni á markaði með áþreifanlegum hætti.<sup>24</sup> Merking orðsins „umtalsvert“ hefur ekki verið talin það óskýr að framkvæmdastjórn EB hafi of mikið svigrúm til túlkunar á orðinu, enda hefur tengingin milli umrædds hugtaks og markaðsráðandi stöðu verið aukin.<sup>25</sup> Fordæmi þau sem orðið hafa til á grundvelli eldra ákvæðisins þjóna sem leiðsögn í mati á því hversu „umtalsvert“ hindrunin þurfi að vera til þess að samfylking brjóti gegn reglugerðinni. Framkvæmdastjórnin þarf að sýna fram á að samkeppni sé hindruð. Þá hefur sú skoðun verið sett fram að „virk samkeppni“ þýði samkeppni sem skili neytendum raunverulegum ábata, sem hafi í för með sér að til þess að samruni verði ógiltur þurfi hann að skaða neytendur.<sup>26</sup>

#### 4. ÁSTÆÐUR BREYTINGANNA

Ýmsar ástæður virðast hafa legið að baki breytingunum á reglu 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar árið 2004. Bent hefur verið á þrjár megin ástæður; að loka fyrir meinta glufu í beitingu eldri útgáfu ákvæðisins, að aðlaga ákvæðið að bandarískri samkeppnislöggjöf og um leið að tryggja réttaröryggi með hugtakinu um markaðsráðandi stöðu.<sup>27</sup> Sömuleiðis hefur því verið haldið fram að breytingarnar hafi verið svar við kalli eftir meiri skýrleika og aðferðum til greiningar á samruna, enda hafi kenningin um markaðsráðandi stöðu ekki tekið með í reikninginn hvaða raunverulegu áhrif samruni hefði.<sup>28</sup>

#### 4.1 Markaðsráðandi staða sem nauðsynlegt og nægjanlegt skilyrði

Viðmiðið um markaðsráðandi stöðu tekur í sjálfu sér eingöngu mið af því hvort fyrirtæki njóti markaðsráðandi stöðu eða ekki. Margir urðu til að gagnrýna það að áður gildandi ákvæði heimilaði af þessum sökum ekki að gripíð væri til aðgerða gegn samrunum sem hindruðu samkeppni.<sup>29</sup> Í þessu sambandi hefur verið bent á mikilvægi þess að svokölluð jafnvægisáhrif (e. equilibrium effects) séu tryggð. Er þá átt við það að áhrif samruna á hegðun samrunaaðilanna sjálfra segi ekki alla söguna, þar sem að oftar en ekki hafi aðrir aðilar á markaði tók á því í kjölfar samruna að hækka verð og raska þar með jafnvægi á markaðinum, en greina má tvenns lags jafnvægisáhrif; upphafleg áhrif á samrunaaðila og jafnvægisáhrif sem í ljós koma þegar öll viðbrögð hafa birst.<sup>30</sup> Þar sem að jafnvægisáhrif varða stöðu neytenda, er ljóst að mælikvarði um markaðsstærð, líkt og finna má í kenningunni um markaðsráðandi stöðu, var ekki til þess fallinn að sýna fram á jafnvægisáhrif. Það að ekki sé gætt að jafnvægisáhrifum getur haft alvarlegar afleiðingar í för með sér. Sem dæmi má nefna það þegar samruni á fákeppnismarkaði hefur í för með sér veruleg áhrif á verð, þrátt fyrir að markaðsráðandi staða aðila hafi lítill áhrif.<sup>31</sup> Niðurstaðan var því sú að til þess að tryggja hag neytenda væri þörf á að breyta ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar.<sup>32</sup>

Hvað sem þessum vangaveltum líður ber að hafa í huga að kenningin um markaðsráðandi stöðu er í raun mælikvarði á samkeppni, hönnuð til þess að treysta samkeppni og neytendur, og er samhljóma samkeppnisstefnu EB, enda þótt áherslur framkvæmdastjórnar EB hafi ekki í öllu fylgt því.<sup>33</sup>

<sup>24</sup> Lindsay, A., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet & Maxwell, önnur útgáfa, 2006, bls. 49 („Lindsay“).

<sup>25</sup> Fountoukakos og Ryan, bls. 293.

<sup>26</sup> Lindsay, bls. 49.

<sup>27</sup> Riesenkampff, A., 'The New E.C. Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation', (2004) 24(3) *Northwest J. Int'l L. & Bus.* 715 („Riesenkampff“), bls. 718-719.

<sup>28</sup> Röller og Mano, bls. 16.

<sup>29</sup> Maudhuit og Soames, bls. 79.

<sup>30</sup> Röller og Mano, bls. 18.

<sup>31</sup> Röller og Mano, bls. 16.

<sup>32</sup> Maudhuit og Soames, bls. 79.

<sup>33</sup> Fountoukakos og Ryan, bls. 289.



#### 4.2 Þýðing Airtours dómsins

Segja má að viðhorfið til samruna á fákeppnismarkaði hafi haft sitt að segja um þörfina fyrir breytingar. Airtours dómurinn lék þar stórt hlutverk.<sup>34</sup> Fjögur fyriræki mynduðu umræddan markað, en að samruna loknum stóðu þrjú eftir. Í niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB í málinu var litið svo á að samruninn hefði skaðleg áhrif, af þeirri ástæðu að þeir þrír aðilar sem eftir stóðu á markaðinum gátu dregið úr vöruframbóði og hækkað verð. Samruni var í fyrsta sinn lýstur ósamrýmanlegur sameiginlega markaðinum á grundvelli sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu þriggja fyrirtækja.<sup>35</sup>

Eins og að framan greinir hafði dómstóll EB staðfest í máli *Kali & Salz* að regla 2. gr. samrunareglugerðarinnar gæti náð til myndunar og eflingar á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Af hálfu Airtours var því teft fram í málalíbúnaði fyrir dómstólnum að framkvæmdastjórn EB hefði ranglega byggt ákvörðun sína um að samruninn væri ósamrýmanlegur sameiginlega markaðinum á svokölluðum ósamræmdum áhrifum (e. non-coordinated effects, einnig nefnd einhliða áhrif, e. unilateral effects), sem að mati Airtours var röng skilgreining á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Dómstóll EB hefur haldið fram í niðurstöðum sínum, að til þess að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða þurfi samvinna fyrirtækja að felast í því að þau komi fram sem eitt út á við.<sup>36</sup>

Fyrsta stigs dómstóllinn féllst ekki á röksemdafærslu Airtours og taldi að niðurstaða framkvæmdastjórnar EB í málinu byggðist ekki á ósamræmdum áhrifum. Að því er fram kemur í 62. t.l. dómsins þurfa þrjú skilyrði að vera uppfyllt til þess að sýna fram á sameiginlega markaðsráðandi stöðu:

1. Sérhver aðili á fákeppnismarkaðinum verður að hafa upplýsingar um markaðshegðun annarra markaðsaðila, þannig að honum sé ljóst hvort markaðsaðilar hafi sameiginlega markaðsstefnu.
2. Hið svokallaða „þegjandi samráð“ aðila verður að hafa varað í tiltekin tíma, þ.e. aðilarnir mega ekki hafa vikið frá hinni sameiginlegu markaðsstefnu.
3. Til þess að framkvæmdastjórnin geti sýnt fram á tilvist sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu, má markaðshegðun samkeppnisaðila, keppinauta í framtíð og neytenda, ekki draga úr áhrifum sameiginlegrar markaðsstefnu aðilanna á markaðinn.

En Fyrsta stigs dómstóllinn féllst heldur ekki á niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB um sameiginlega markaðsráðandi stöðu og ógilti því ákvörðunina. Þó kom ekkert fram um það í dóminum hvort sameiginleg markaðsráðandi staða gæti náð til hugtaksins um ósamræmd áhrif.

Sumir töldu dóminn veita framkvæmdastjórn EB heimild til að lýsa samruna ósamrýmanlega ef um samræmd áhrif væri að ræða.<sup>37</sup> Á þeim grundvelli var einnig talið að myndast hefði glufa, sem lýsti sér í því að þó að samruni yki ekki markaðsyferráð eins fyrirtækis eða þó að samræmd áhrif væru ekki fyrir hendi, gæti samruni þó verið samkeppnishamlandi þar sem að hann gæti haft skaðleg áhrif á sviðum þar sem framkvæmdastjórnina skorti lagaleg úrræði til aðgerða, svo sem þegar ósamræmd áhrif myndast á fákeppnismarkaði.<sup>38</sup> Skaðleg áhrif sem framkvæmdastjórnin eigi í erfiðleikum með að koma í veg fyrir.

<sup>34</sup> Mál T-342/99, *Airtours plc v Commission of the European Communities*, [2002] ECR II-2585.

<sup>35</sup> Faull og Nikpay, bls. 470.

<sup>36</sup> Faull og Nikpay, bls. 470.

<sup>37</sup> Lindsay, bls. 43.

<sup>38</sup> Lindsay, bls. 43.

### 4.3 Áhrifalítið ákvæði?

Undirrót breytinganna sem gerðar voru á ákvæði 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar má telja að hafi verið sú að með áður gildandi ákvæði var ekki unnt að koma í veg fyrir suma samruna sem höfðu verulega skaðleg áhrif á samkeppni því að ekki var um leið fyrir hendi markaðsráðandi staða eða sameiginleg markaðsráðandi staða, sem m.ö.o. þýddi það að áhrif ákvæðisins voru ekki eins víðtæk og ætla mátti.<sup>39</sup> Í kjölfar *Airtours* og þeirra dóma sem á eftir fylgdu spratt umræða um umfang eldri samrunareglugerðar, þ. á m. um hvort reglugerðin tæki ekki til svokallaðra ósamræmdra áhrifa. Tilvist ósamræmdra áhrifa var ekki háð því að markaðsráðandi staða væri fyrir hendi.<sup>40</sup> Þessu hefur nánar verið lýst með eftirfarandi hætti:<sup>41</sup>

„Ef að samrunaaðilar hafa selt staðgönguvörur, sýna þeir hvorir öðrum verulegt samkeppnislegt aðhald. Ef að annar þessara aðila hefði fyrir samruna hækkad verð, hefði neytendum einfaldlega verið unnt að beina viðskiptum sínum til samkeppnisadilans. Í kjölfar samrunans er staðan hins vegar sú, að neytandinn getur ekki valið neina staðgönguvöru í staðinn og sameinað fyrirtæki getur því hækkad verð verulega, óháð því hvort það er með ráðandi stöðu á viðkomandi markaði. Hugtakið markaðsráðandi staða á við um þær aðstæður þegar aðeins stærsta fyrirtækið getur verið hinn markaðsráðandi aðili. Með því að gera markaðsyrfirburði aukinheldur að nauðsynlegu skilyrði, er ljóst að eldra ákvæðið gat ekki verið lagalegur grundvöllur fyrir því að spyrna fótum við samkeppnishamlandi samrunum fyrirtækja sem framleiddu staðgönguvörur, þegar fyrirtækið eftir samruna hafði ekki markaðsyrfirburði - þess vegna varð til glufa.“

Þessi glufa í beitingu ákvæðis 3. mgr. 2. gr.

reglugerðarinnar kom glögg í ljós þegar ekki var um sameiginlega markaðsráðandi stöðu að ræða, sameinað fyrirtæki var ekki aðal birgir á markaðinum, og þegar samrunaaðilar gátu aukið verð eftir samruna, en án þess þó að aðrir þættir hefðu áhrif á verðbreytingar.<sup>42</sup>

Aðrir héldu því fram að gildissvið ákvæðisins væri ljóst eða a.m.k. bæri framangreind lýsing vott um takmarkaða vankanta. Framkvæmdastjórnin hafði upphaflega hafnað því að nokkuð væri að.<sup>43</sup> Eins og að framan greinir, var því haldið fram að helsti hvatinn að breytingu á ákvæðinu væri einmitt vafi um gildissviðið. Svo virðist sem að ákvæðinn vilji hafi verið til staðar til að eyða þeim vafa. Það má ráða ef bæði er litið til markmiða með setningu samrunareglugerðarinnar og til leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samrunum (e. Horizontal Merger Guidelines), þ.e. reglugerðin átti að taka til þeirra ósamræmdra áhrifa sem hljótast kynnu af samruna. Sumir hafa jafnvel talið að eldri útgáfa ákvæðis 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar hafi í raun náð til þessa, en engu að síður hafi verið þörf á meiri skýrleika.<sup>44</sup>

### 4.4 Vandkvæði við beitingu reglunnar á fákeppnismarkaði

Samruni getur leitt til ósamræmdra (einhliða) eða samræmdra áhrifa. Ósamræmdum áhrifum hefur verið lýst sem þeim aðstæðum þegar samkeppnishamlandi áhrif samruna eru afleiðing af ósamræmdum ráðstöfunum markaðsaðila, en þetta gerist einkum þegar samrunaaðilar ná að beita markaðsstyrk sínum í kjölfar samruna, t.d. með því að auka hagnað með hækkun verðs eða draga úr framleiðslu eða gæði og

<sup>39</sup> Killick, J., og Schulz, A., 'Horizontal and Vertical Mergers in the Reformed EC Merger Control', í riti Amato, G., og Ehlermann, C. (aðalritstj.), *EU Competition Law – A Critical Assessment*, Hart Publishing, 2007 („Killick og Schulz“), bls. 452.

<sup>40</sup> Faull og Nikpay, bls. 482.

<sup>41</sup> Röller og Mano, bls. 15.

<sup>42</sup> Levy, bls. 161.

<sup>43</sup> Díaz, F., 'The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?', (2004) 27(2) *World Competition* 177, bls. 187.

<sup>44</sup> Röller og Mano, bls. 16.

úrval (eða breyta öðrum þáttum sem eru mælikvarði á samkeppni), sem allt stafar af því að samkeppni er ekki lengur til staðar milli samkeppnisaðila.<sup>45</sup> Slíkur samruni getur hins vegar ekki leitt til samræmdra áhrifa. Ósamræmd áhrif greinast fremur þegar samruni er láréttur, fremur en þegar um löðréttan samruna er að ræða.<sup>46</sup>

Ósamræmd áhrif og samkeppnishamlandi áhrif hafa verið talin vera fyrir hendi t.d. á fíakeppnismörkuðum þar sem að annar og þriðji stærsti markaðsáðilinn sameinast, þó slíkur samruni leiði ekki til markaðsyfirburða fyrir hið sameinaða fyrirtæki, en samruni sem þessi getur sérstaklega átt sér stað á mörkuðum þar sem keppinautarnir eru fáir og selja ólíka vöruflokka.<sup>47</sup> Málavextir í bandarísku dómsmáli á sviði samkeppnisréttar, kenndu við *Baby Foods*, eru um margt líkir þessu.<sup>48</sup> Bandarísk samkeppnisýfirvöld höfðu þar afskipti af samruna samkeppnisaðilanna Heinz og Beechnut. Fyrir samruna nam markaðshlutdeild annars fyrirtækisins 17% og hins 15%, en markaðshlutdeild helsta samkeppnisaðila þeirra, Gerber, sem hafði yfirburðastöðu á markaðinum, nam 65%. Einungis tvær tegundir af barnamat voru seldar á markaðinum. Aðra tegundina seldi Gerber, en bæði Heinz og Beechnut seldu og kepptu um hillupláss í verslunum fyrir hina tegundina. Sameinað fyrirtæki var smærra en stærsti áðilinn á markaðinum (Gerber) en hafði samt nægilegan markaðsstyrk til þess að hækka verð, án samráðs við stærsta markaðsáðilann. Samrunaaðilar voru taldir njóta góðs af þeim hömlum sem hvíldu á stærsta fyrirtækinu, vegna markaðshlutdeildar þess.

Bent hefur verið á það að skyldleiki og staðganga þeirra vara sem samrunaaðilar

selja hafi verulega þýðingu í þessu tilliti. Ef samkeppnin milli samrunaaðila er mikil eða svo háttar til að samkeppnin á markaði hefur verið hve hörðust milli samrunaaðila, eru meiri líkur á því að samruninn leiði til verulegs markaðsstyrks heldur en þegar markaðshlutdeild sameinaðs fyrirtækis er mikil en ekki er eins mikil staðganga milli þeirra vara sem samrunaaðilar selja.<sup>49</sup>

Mat á því hvort ósamræmd áhrif eru til staðar gengur út á könnun á því hvaða áhrif er fyrirséð að samruni muni hafa – hversu mikil staðganga er á milli þeirra vara sem samrunaaðilar bjóða neytendum.<sup>50</sup> Af þessu leiðir að skyldleiki milli vara samrunaaðila mun þýða meiri markaðsstyrk þeirra en þegar minni skyldleiki er milli vörutegunda, þrátt fyrir mikla markaðshlutdeild, en þessari aðferðarfræði hóf framkvæmdastjórn EB þegar beita í gildistíð eldri samrunareglugerðar.<sup>51</sup>

Margir voru þeirra skoðunar, að framkvæmdastjórn EB gæti ekki á grundvelli 3. mgr. 2. gr. áður gildandi samrunareglugerðar beitt kenningunni um ósamræmd áhrif ef markaðsráðandi staða væri ekki fyrir hendi. Nefnt var sem dæmi að framkvæmdastjórnin hefði ekki getað ógilt samruna líkt og þann sem átti sér stað í fyrrnefndu dómsmáli vegna *Baby Foods*, enda væru samrunaaðilar ekki með markaðsráðandi stöðu og kenningin um sameiginlega markaðsráðandi stöðu átti sömuleiðis ekki við.<sup>52</sup> Í þeim fáu tilvikum þar sem framkvæmdastjórnin beitti kenningunni um ósamræmd áhrif í samrunamálum sem spruttu í tíð eldri útgáfu ákvæðisins, var um að ræða þær aðstæður þegar sameinað fyrirtæki öðlaðist markaðsráðandi stöðu í kjölfar samruna.<sup>53</sup> Enginn dómur virðist sýna fram á aðra

<sup>45</sup> Leiðbeiningar ICN um samruna, frá apríl 2006, bls. 39.

<sup>46</sup> Furse, M., *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, Hart Publishing, 2007 („Furse“), bls. 126.

<sup>47</sup> Ehlermann, Völcker og Gutermuth, bls. 194.

<sup>48</sup> *FTC v HJ. Heinz Co.*, 116 F. Supp. 2d 190 (2000 U.S. Dist.), revised 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001).

<sup>49</sup> Bengtsson, bls. 250.

<sup>50</sup> Bengtsson, bls. 250.

<sup>51</sup> Bengtsson, bls. 250.

<sup>52</sup> Killick og Schulz, bls. 452.

<sup>53</sup> Horner, N., 'Unilateral Effects and the EC Merger Regulation – How The Commission Had its Cake and Ate it Too', [2006] 2(1) *Hanse Law Review* 23 („Horner“), bls. 29.

beitingu. Rætt var því um það hvernig víkka mætti út gildissvið ákvæðisins og hvernig mætti innleiða sams konar reglu og gilti í Bandaríkjunum. Menn voru þó ekki á eitt sáttir um hvaða leið ætti að fara.

Í aðfaraorðum samrunareglugerðar EB (25. tl.) er á það bent að dómstólar EB hafi ekki kallað eftir því að leitt verði í löggjöf sambandsins ákvæði um að samrunar sem leiði til ósamræmdra áhrifa séu ósamrýmanlegir innri markaði EB. Einnig hefur verið vísað til þess í þessu sambandi, að þar sem að ekki eru sérstakar reglur í samkeppnislöggjöf stórra aðildarríkja ESB, líkt og Þýskalands og Ítalíu, sem leggi bann við ósamræmdum áhrifum, þá megi gera ráð fyrir hin stóru aðildarríki og ráðherraráð EB hafi ekki haft vilja til þess árið 1989 að veita framkvæmdastjórninni heimild til þess að endurskoða gerninga sem aðildarríkin gátu ekki sjálf endurskoðað samkvæmt sinni eigin löggjöf.<sup>54</sup>

Af hálfu framkvæmdastjórnar EB var lagt til grundvallar í minnisblaði með skýringum sem lagt var fram með frumvarpi að samrunareglugerðinni árið 2002, að regla 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar gæti hindrað samruna á fákeppnismarkaði sem leitt gætu til ósamræmdra áhrifa.<sup>55</sup> Í 25. tl. aðfaraorða hinnar nýju samrunareglugerðar er í samræmi við þetta staðhæft að reglugerðin skuli taka til slíkra aðstæðna.

## 5. ÁHRIF NÝJA ÁKVÆÐISINS

Hafa breytingarnar sem gerðar voru á ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar EB haft tilætluð áhrif? Mikil umræða átti sér stað á sínum tíma um hvort að breytingarnar væru nauðsynlegar og hvaða þýðingu þær myndu hafa. Ætlun löggjafans með breytingunum

var að fjölga tegundum samruna sem lýsa mætti ósamrýmanlega sameiginlega markaðinum.<sup>56</sup> Vera má að þessi matsaðferð auðveldi framkvæmdastjórn EB aðgerðir gegn samrunum sem hindra samkeppni, líkt og margir hafa talið, en framkvæmdastjórnin hefur þó hafnað slíkri röksemdafærslu.<sup>57</sup>

Draga má þá einföldu ályktun af orðalagi ákvæðisins að breytingarnar hljóti að hafa haft áhrif, enda er nú gert meira ráð fyrir en áður þeim áhrifum sem samruni kann að hafa á samkeppni.<sup>58</sup> Samt sem áður verður ekki séð af ákvörðunum framkvæmdastjórnar EB í samrunamálum til dagsins í dag, að þær matsaðferðir sem framkvæmdastjórnin beitir vegna samruna hafi breyst það mikið. Í þessu sambandi má nefna að niðurstöður samrunamála sem framkvæmdastjórn EB hafði til meðferðar á fyrstu tveimur árunum eftir gildistöku nýju samrunareglugerðarinnar, þ.e. á árunum 2004-2006, leiða í ljós að raunveruleg áhrif breytinganna á ákvæðinu séu óveruleg og muni koma fram á löngum tíma.<sup>59</sup>

### 5.1 Er ekki lengur þörf á að sýna fram á markaðsráðandi stöðu?

Hvaða þýðingu mun hugtakið um markaðsráðandi stöðu hafa á regluna um efnislega matið, nú þegar ákvæðinu hefur verið breytt? Myndun eða aukning á markaðsráðandi stöðu er ekki lengur nauðsynlegt skilyrði þess að samruni sé ógiltur.<sup>60</sup> Hið breytta orðalag reglunnar gefur þetta til kynna. Unnt er nú að sýna fram á að samruni hamli samkeppni umtalsvert þrátt fyrir að markaðsráðandi staða sé ekki til staðar.

Þó að áhersla framkvæmdastjórnar EB í samrunamálum hafi á umliðnum árum færst meira yfir í það að meta

<sup>54</sup> Ehlermann, Völcker og Gutermuth, bls. 202.

<sup>55</sup> Sbr. minnisblað með skýringum, [2003] OJ C20/4.

<sup>56</sup> Cook og Kerse, bls. 208.

<sup>57</sup> Maudhuit og Soames, bls. 76.

<sup>58</sup> Röller og Mano, bls. 27.

<sup>59</sup> Faulstich og Nikpay, bls. 473.

<sup>60</sup> Thompson, R., 'Goodbye to 'the Dominance Test'? Substantive Appraisal under the New UK and EC Merger Regimes', [2003] 2(4) Comp. L.J. 332, bls. 337.

samkeppnisleg áhrif samruna, eru inngríp samkeppnisyfirvalda vegna samruna oftast byggð á því að sýnt sé fram á að sameinað fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu.<sup>61</sup> Niðurstöður þeirra samrunamála sem framkvæmdastjórn EB hefur úrskurðað í síðan núverandi samrunareglugerð tók gildi sýna að markaðsráðandi staða er enn nægilegt skilyrði ógildingar, en það þarf samt sem áður meira en eingöngu stóra markaðshlutdeild til þess að sýna fram á markaðsráðandi stöðu. Niðurstöðurnar sýna að framkvæmdastjórnin beitir enn mælikvarðanum um markaðsráðandi stöðu, að undanskildum örfáum málum, en markaðsráðandi staða og sameiginleg markaðsráðandi staða hafa áfram verið álitin megin skaðvaldurinn gegn samkeppni.<sup>62</sup> Engu að síður má þó greina vissar breytingar, t.d. í máli *Total/Gaz de France*, sem mun vera fyrsta mál sinnar tegundar þar sem ekki er minnst á markaðsráðandi stöðu.<sup>63</sup>

Svo virðist sem að framkvæmdastjórnin hafi í máli *Siemens/VA Tech* komist nálægt því að grípa inn í samruna sem virtist ekki falla innan gildissviðs áður gildandi reglu um efnislegt mat.<sup>64</sup>

„Fyrir samruna kepptu þrír aðilar á markaði fyrir málmvinnslu og byggingu verksmíðja; fyrirtækin SMS, VA Tech og Danieli. Fyrirtækið Siemens var ekki meðal keppinauta á markaðinum, en átti litinn hlut í SMS án þess þó að fara með stjórn þess félags með neinum hætti. Samruni Siemens og VA Tech hefði dregið verulega úr samkeppnislegu aðhaldi SMS gagnvart VA Tech sakir eignarhalds Siemens í SMS. Það athugast að framkvæmdastjórn EB lýsti því yfir að markaðshlutdeild hefði litla þýðingu í þessu sambandi, enda sælist samkeppnin í einstaka tilbodsgerð aðila. Framkvæmdastjórnin lagði hins vegar áherslu á þá staðreynd að mesta samkeppnin á

markaðinum ríkti milli SMS og VA Tech. Allt þetta var talið gefa til kynna að markaðsráðandi staða væri ekki nauðsynleg í þessu tilviki. Aftur á móti lagði framkvæmdastjórnin einnig áherslu á það að SMS og VA Tech virtust vera stærstu aðilarnir á mjög samþjöppuðum markaði. Framkvæmdastjórninni var því mögulega einnig unnt að grípa til aðgerða gagnvart samrunanum á grundvelli eldra ákvæðisins, með þeim rökum að samruninn hefði veitt VA Tech markaðsráðandi stöðu.“

Sumir hafa gengið svo langt að fullyrða, með vísan til ákvæða 2. og 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar, auk 26. t.l. aðfaraorða reglugerðarinnar, að ljóst sé að mælikvarðanum um markaðsráðandi stöðu sé ætlað að vera hinn almenni matsgrundvöllur um hvort samrunar hindri samkeppni.<sup>65</sup> Þessi sjónarmið virðast koma heim og saman við það sem fram kemur í 1.-4. t.l. leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samrunum (e. Horizontal Merger Guidelines). Hvað sem því líður er e.t.v. of snemmt að spá nokkru fyrir um þetta, enda einungis fáein ár liðin frá því að nýja ákvæðið tók gildi.

Í nokkrum samrunamálum framkvæmdastjórnar EB vegna löðréttra samruna, var matið á skaðlegum eiginleikum samruna byggt á framangreindum jafnvægisáhrifum (e. equilibrium effects), en eitt þessara mála er *Apollo/Bakelite*.<sup>66</sup> Í máli *E.ON/MOL* var samruni talinn hindra virka samkeppni umtalsvert þrátt fyrir að engar sönnur væru færðar fram um að umrætt fyrirtæki hefði markaðsráðandi stöðu löðrétt og þ.a.l. var talið að hér væri að öllum líkindum að ræða tilfelli sem sýndi fram á viðara gildissvið nýja ákvæðisins og að það hefði haft einhver áhrif.<sup>67</sup> Þá hefur verið talið að ekki sé lengur þörf á því að sýna fram á

<sup>61</sup> Rölller og Mano, bls. 14 og 26.

<sup>62</sup> Rölller og Mano, bls. 22.

<sup>63</sup> Mál COMP/M.3410, *Total/Gaz de France*, 8. október 2004, sbr. Rölller og Mano, bls. 23.

<sup>64</sup> Mál COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*, 13. júlí 2005, sbr. reifun Rölller og Mano, bls. 23.

<sup>65</sup> Faull og Nikpay, bls. 473.

<sup>66</sup> Mál COMP/M.3593, *Apollo/Bakelite*, 11. apríl 2005, sbr. Rölller og Mano, bls. 24. Um jafnvægisáhrif vísast nánar til umfjöllunar í kafla 4.1 að framan.

<sup>67</sup> Mál COMP/M.3696, *E.ON/MOL*, 21. desember 2005, sbr. Rölller og Mano, bls. 24.

myndun eða aukningu á markaðsráðandi stöðu í tilviki lóðréttra og samsettra (blandaðra) samruna.<sup>68</sup>

### 5.2 Ósamræmd áhrif

Veigamestu breytingarnar sem hin nýja regla hefur haft í för með sér eru þær að nú er sýnilega unnt að ógilda samruna sem hindrar virka samkeppni umtalsvert án þess að markaðsráðandi staða sé mynduð eða efl. Þetta má telja ljóst af orðalagi 2. gr. en einnig 25. tl. aðfaraorða samrunareglugerðarinnar. Í 25. tl. segir m.a.:

*„Í ljósi þess hvaða afleiðingar samfylkingar í fákeppnismarkaðskerfi geta haft er það þeim mun nauðsynlegra að viðhalda skilvirkri samkeppni á slíkum mörkuðum. Á mörgum fákeppnismörkuðum ríkir heilbrigð samkeppni. Við vissar aðstæður geta þó samfylkingar, sem fela í sér afnám mikilvægra samkeppnishafsta, sem samrunaaðilarnir hafa sett hver öðrum, og minnkandi samkeppnisþrýsting á samkeppnis-aðilana sem eftir eru, leitt af sér verulegar hindranir á virkri samkeppni, jafnvel þó að ekki séu líkur á samræmingu á milli aðila í fákeppni.“*

Þetta veitir jafnframt staðfestingu fyrir því að ákvæðið taki nú til hinna svonefndu ósamræmdu áhrifa sem til verða í fákeppnisumhverfi.<sup>69</sup> Að því gefnu verður að ætla að framkvæmdastjórn EB geti nú gripið til aðgerða gagnvart samrunum, enda þótt ekki sé fyrir hendi markaðsráðandi staða samrunaaðila.

Ósamræmd áhrif á fákeppnismarkaði hafa verið metin af hálfu framkvæmdastjórnar EB í nokkrum málum. Sýnt hefur verið fram á að í 70% ákvarðana framkvæmdastjórnar EB eftir gildistöku nýju reglugerðarinnar hafa ósamræmd áhrif ekki hlotið skoðun þar sem enn er verið að meta hvaða breytingar

samrunar hafi á markaðsráðandi stöðu, og hefur þetta verið túlkað á þann hátt að framkvæmdastjórnin hafi horfið frá því að beita kenningunni um skadleg ósamræmd (einhliða) áhrif en þess í stað reitt sig einvörðungu á kenninguna um markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis.<sup>70</sup> Helsta ástæða þessa er talin vera sú að í fjölda mála þar sem að samkeppni er talin hindra virka samkeppni umtalsvert vegna ósamræmdra áhrifa er einnig um að ræða myndun eða aukningu á markaðsráðandi stöðu.<sup>71</sup> Framkvæmdin í beitingu hins nýja ákvæðis á fyrsta árinu frá gildistöku þess, leiddi í ljós að líkt og áður var fyrirbyggjandi dómafordæmum um markaðsráðandi stöðu beitt við úrlausn mála.<sup>72</sup> Af þessum sökum má allt eins telja að meirihluti samrunamála í framtíð muni snúast um mat á því hvort samfylkingar myndi eða efli markaðsráðandi stöðu.

### 5.3 Ósamræmd áhrif í ljósi niðurstaðna samrunamála

Framkvæmdastjórn EB hefur nú þegar beitt hinum nýja mælikvarða í 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar. Samrunamatíð hefur í nokkrum málum snúist að verulegu leyti um það hvort um ósamræmd áhrif sé að ræða, þ.e. þegar markaðshlutdeild nær ekki þeim mörkum að teljast vera markaðsráðandi staða, eins og t.d. í máli *Syngenta CP/Advanta* og *Oracle/PeopleSoft*, en í þeim málum framkvæmdi framkvæmdastjórnin nána skoðun á afleiðingum samruna enda þótt að sameinuð fyrirtæki nyttu ekki markaðsráðandi stöðu.<sup>73</sup> Niðurstöðurnar í hvorugu málinu voru þó á þann veg að samruna væri hafnað. Líklegt má telja að málum sem þessum fjölgi, þ.e. málum þar sem sambærileg skoðun vegna ákvæðis 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar fer fram.

<sup>68</sup> Lindsay, bls. 48.

<sup>69</sup> Fountoukakos og Ryan, bls. 290.

<sup>70</sup> Baxter, S., og Dethmers, F., 'Unilateral Effects under the European Merger Regulation: How Big is the Gap?', (2005) 26(7) ECLR 380 („Baxter og Dethmers“), bls. 381.

<sup>71</sup> Faull og Nikpay, bls. 482.

<sup>72</sup> Faull og Nikpay, bls. 482.

<sup>73</sup> Mál COMP/M.3465, *Syngenta CP/Advanta*, 17. ágúst 2004, og mál COMP/M.3216, *Oracle/Peoplesoft*, 26. október 2004, sbr. Baxter og Dethmers, bls. 384.

Í máli *T-Mobile Austria/Tele.ring* beitti framkvæmdastjórnin aðallega kenningunni um ósamræmd áhrif, en þó samhliða beitingu kenningarinnar um samræmd áhrif.<sup>74</sup> Fjórði stærsti og næst stærsti aðilinn á viðkomandi markaði hugðust sameinast, en fyrir lá að samruninn myndi ekki leiða til markaðsráðandi stöðu. Meðal þess sem að framkvæmdastjórnin hélt fram í niðurstöðu sinni var að samruninn myndi leiða til brotthvarfs þess aðila af markaði sem byði hagstæðustu verð og þess samkeppnislega aðhalds sem samrunaaðilar sýndu hvorir öðrum fyrir samruna. Ekki kom þó til þess að málið hlyti frekari umfjöllun, þar sem að T-Mobile bauðst til þess að undirgangast tiltekin skilyrði í þeim tilgangi að auðvelda það að samruninn yrði heimilaður. Málinu svipaði mjög til atvika og niðurstöðu í máli *Linde/BOC*.<sup>75</sup> Sá samruni var metinn bæði með hliðsjón af ósamræmdum og samræmdum áhrifum, en skaðlegu samkeppnisáhrifin voru m.a. talin stafa af brotthvarfi áhrifamikils keppinautar, verulegra aðgangstakmarkana og minna vöruframboði. Hins vegar bauðst Linde einnig til að undirgangast skilyrði, líkt og í *T-Mobile Austria/Tele.ring*, sem á endanum leiddi til þess að ekkert varð af frekari málarekstri. Svipaðar lyktir urðu í málum *Axalto/Gemplus* og *Thomson Corporation/Reuters Group*.<sup>76</sup> Ekki er þó talið að lesa megi of mikið út úr þessum niðurstöðum, enda hafi ekki reynt til fulls í þessum málum á kenninguna um ósamræmd áhrif þar sem að ekkert málanna var leitt til lykta með venjulegum hætti af framkvæmdastjórninni eða hlaut frekari skoðun af hálfu yfirvalda.<sup>77</sup> Niðurstöðurnar í málunum gefa þó vissar vísbendingar um

hvernig framkvæmdastjórnin mun beita hinu nýja ákvæði.

Í tilteknum málum hefur framkvæmdastjórnin hvort tveggja beitt fyrir sig kenningunum um ósamræmd áhrif og markaðsráðandi stöðu. Sumir hafa talið slíka beitingu óásættanlega vegna óvissu um réttarframkvæmd en einnig vegna þess að slíkt dragi úr vægi beitingar á kenningunni um ósamræmd áhrif.<sup>78</sup>

#### 5.4 Samræmd áhrif

Eins og að framan greinir getur samruni haft önnur skaðleg áhrif heldur en ósamræmd áhrif. Meðal þess eru samræmd áhrif. Slík áhrif geta birst á samþjöppuðum markaði, þar sem að fyrirtækin eru háð hver öðru og haga sér til samræmis við það, þ.e. samræmd hegðun sem skaðar samkeppni en byggist þó ekki á samningi.<sup>79</sup> Myndun eða efling á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu getur orðið til þess að hindra verulega virka samkeppni, enda aukast líkurnar við þær aðstæður á því að markaðsaðilar geti samræmt hegðun sína og hækkað verð, án þess þó að samið sé um slíkt, sbr. 39. tl. leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samrunum. Hagfræðingar hafa kallað þetta „þegjandi samsæri“.<sup>80</sup>

Þrátt fyrir að breytingar hafi verið gerðar á samrunareglugerðinni eru samræmdu áhrifin enn óvissuþáttur, en mikilvægt er að greint sé með nákvæmum hætti við hvaða aðstæður má vænta þess að slík samræmd áhrif geti myndast.<sup>81</sup> Almenn er þó búist við því að hið breytta ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar muni skýra hugtakið um samræmd áhrif frekar.<sup>82</sup>

Í *Airtours* málinu voru hin svokölluðu

<sup>74</sup> Mál COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/Tele.ring*, 26. apríl 2006, sbr. Killick og Schulz, bls. 464.

<sup>75</sup> Mál COMP/M.4141, *Linde/BOC*, 6. júní 2006, sbr. Killick og Schulz, bls. 464.

<sup>76</sup> Mál COMP/M.3998, *Axalto/Gemplus*, 19. maí 2006, og COMP/M.4726, *Thomson Corporation/Reuters Group*, 19. feb. 2008.

<sup>77</sup> Killick og Schulz, bls. 465.

<sup>78</sup> Baxter og Dethmers, bls. 382.

<sup>79</sup> Furse, bls. 143.

<sup>80</sup> Faull og Nikpay, bls. 484.

<sup>81</sup> Furse, bls. 144.

<sup>82</sup> Kokkoris, I., 'The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours Case – the Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test', (2005) 26(1) ECLR 37 („Kokkoris“), bls. 44.

samræmdu áhrif til umfjöllunar, sbr. framangreint. Leitt hefur verið að því líkum að ef ekki hefði komið til umbóta á reglu 3. mgr. 2. gr., þá hefði reynst erfiðara fyrir framkvæmdastjórnina að grípa til aðgerða gagnvart samrunum á grundvelli markaðsráðandi stöðu, eins og gert var í *Airtours* málinu.<sup>83</sup> Eftirlit með slíkum samrunum virðist nú með hinu breytta ákvæði auðveldara enda ekki lengur nauðsyn á að sýna fram á að markaðsráðandi staða hafi myndast, þó að enn sem komið er hafi ekki mikil reynsla hlotist af breyttu ákvæði.<sup>84</sup>

### 5.5 Leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar EB um lárétta samruna

Árið 2004 birti framkvæmdastjórn EB leiðbeiningarreglur um mat á láréttum samrunum (e. Horizontal Merger Guidelines). Þetta var fyrsta útgáfa leiðbeininganna, sem veita eiga leiðsögn um nýju samrunareglugerðina. Í leiðbeiningunum er lýst þeim aðferðum sem framkvæmdastjórn EB hyggst beita við mat á láréttum samrunum.

Í stuttu máli er í leiðbeiningunum að finna umfjöllun um meginatriði í stefnu EB um samrunaeftirlit, leiðarvísi um gildissvið 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar og hvernig meta eigi markaðshlutdeild og samkeppnishamlandi hegðun vegna ósamræmdra og samræmdra áhrifa. Leiðbeiningarnar hafa neytendavernd að leiðarljósi, sbr. 8. tl. þeirra.

Þráttfyriraðleiðbeiningarreglurnargreiði götuna fyrir mati á ósamræmdum áhrifum, þá er rétt að vekja athygli á þeim orðum í leiðbeiningunum, að framkvæmdastjórnin gerir ráð fyrir því að meirihluti mála þar sem að samruni verður ekki talinn samrýmast sameiginlega markaðinum muni lúta að því

álitaefni hvort markaðsráðandi staða er fyrir hendi, sbr. 4. tl. leiðbeininganna. Sumir hafa talið að þetta þýði í raun að breytingarnar á ákvæði 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar muni hafa takmörkuð áhrif.

### 5.6 Viðmiðunarmörk íhlutunar

Í kjölfar breytinga á reglunni um efnislegt mat í samrunareglugerðinni má velta fyrir sér hvort samkeppnisfyrivöld muni grípa til íhlutunar vegna samruna í meira mæli en áður var. Því er þannig farið við samrunamat, að þegar að hin skaðlegu áhrif samruna eru orðin meiri en ákveðið viðmið, þá telja samkeppnisfyrivöld ástæðu til þess að grípa til aðgerða gagnvart samrunanum. Slík viðmið má kalla „viðmiðunarmörk íhlutunar“.

Eins og vikið hefur verið að hér að framan er ekki að sjá að reglugerðarbreytingin hafi haft veruleg áhrif á dómaframkvæmd dómstóla EB eða á beitingu framkvæmdastjórnar EB á ákvæðinu. Út frá því má álykta að a.m.k. enn sem komið er hafi viðmiðunarmörk íhlutunar ekki breyst. Aftur á móti hefur verið talið, með vísan til aðfaraorða nýju samrunareglugerðarinnar, að framkvæmdastjórnin hafi ekki haft í hyggju að lækka umrædd viðmiðunarmörk að því er markaðshlutdeild varðar, en hafi þess í stað viljað sýna fram á að ákvæði 3. mgr. 2. gr. tæki til sérhverrar tegundar samruna, m.a. samruna sem hefðu í för með sér ósamræmd áhrif.<sup>85</sup>

Hvort gripið verður í framtíð til aðgerða gagnvart fleiri samrunum en áður mun velta á því hvort samrunar sem einungis hindra virka samkeppni, þ.e. leiða hvorki til markaðsráðandi eða sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu, verða ógiltir. Áður nefndar leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samrunum gefa þó til kynna að sú verði raunin.

<sup>83</sup> Furse, bls. 151.

<sup>84</sup> Furse, bls. 151.

<sup>85</sup> Faulf og Nikpay, bls. 474.



### 5.7 Aukið réttaröryggi?

Ljóst er af aðfaraorðum nýju samrunareglugerðarinnar að litið er svo á að hin breytta regla í 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar muni efla réttaröryggi. Í 25. tl. aðfaraorða reglugerðarinnar segir að allar samfylkingar sem hindri verulega virka samkeppni skuli lýstar ósamrýmanlegar sameiginlega markaðinum. Slík yfirlýsing ætti að vera til þess fallin að draga úr óvissu um gildissvið ákvæðis 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar. Með sama hætti ætti það einnig að lágmarka hættuna á því að framkvæmdastjórnin geri þau mistök að ógilda samruna sem virðast ekki hamla samkeppni.<sup>86</sup> Þó telja sumir að réttaróvissa verði áfram til staðar á samþjöppuðum fáiþessamarkaði (þegar ekkert fyrirtæki hefur yfirburðastöðu á markaði), enda hafi eldri útgáfa ákvæðisins ekki náð til þeirra aðstæðna og fyrirtæki hafi því enga tryggingu fyrir því hvernig samrunar á slíkum mörkuðum verða metnir.<sup>87</sup>

### 5.8 Er vafinn um gildissviðið úr sögunni?

Eins og gefur að skilja er afar æskilegt að ekki leiki vafi á því hvert gildissvið 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar sé, þ.e. ef slíkur vafi hefur á annað borð verið til staðar. Að mati ýmissa aðila er hvers kyns vafi nú úr sögunni, enda er orðalag nýja ákvæðisins nægilega vítt að það nái til hvers kyns samkeppnishamlandi aðstæðna sem rýra stöðu neytenda, svipað og hið aðurnefnda bandaríska SLC ákvæði.<sup>88</sup> Leitt er að því líkum að þar sem að ákvæði 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar sé ætlað að ná til hvers kyns samruna sem hindri samkeppni umtalsvert, séu megin áhrif breytinganna þær að víkka gildissvið ákvæðisins.<sup>89</sup> Í þessu sambandi ber þó engu síður að hafa í huga að ekki

hefur verið sýnt fram á með ótvíræðum hætti að gildissvið ákvæðisins hafi verið þrengra en nú er talið. Þessi túlkun byggist helst á ályktunum sem dregnar eru af niðurstöðum samrunamála, án þess þó að neitt fordæmi liggi fyrir í þá veru.

### 5.9 Eru breytingarnar líklegar til að hafa áhrif í framtíð?

Tiltölulega fá ár eru liðin frá gildistöku breytinganna á samrunareglugerðinni. Jafnvel má gera ráð fyrir að breytinganna verði ekki áþreifanlega vart fyrr en á næstu árum, þegar fleiri dómar og ákvarðanir á þessu sviði hafa litið ljós. Hvort tilhneiging verði sú að fleiri samrunar en áður verði ógiltir á grundvelli breytts ákvæðis 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar, mun tíminn því leiða í ljós.

Búist er við því að megin breytingarnar í framkvæmd muni tengjast samrunum á fáiþessamörkuðum, þar sem ósamræmd áhrif geta myndast.<sup>90</sup> Mun minni breytingar, ef þá nokkrar, eru sjáanlegar á einokunarmörkuðum, enda er þar unnt að beita kenningunni um markaðsráðandi stöðu.<sup>91</sup> Hvernig kenningunni um ósamræmd áhrif verður beitt í framkvæmd er enn ekki unnt að svara. Því hefur verið haldið fram að þeirri kenningu verði unnt að beita til þess að koma í veg fyrir samruna sem fækka samkeppnisaðilum úr fjórum í þrjá, en þar sem sameiginleg markaðsráðandi staða er ekki til staðar.<sup>92</sup> Dæmi um slíkar aðstæður er að finna í máli *Volvo/Scania*, þar sem samrunaaðilar höfðu tiltölulega litla markaðshlutdeild, en þar var þó kenningunni um ósamræmd áhrif ekki beitt, enda þótt að slík beiting hefði verið tæk og gefið ákvörðuninni meiri þýðingu.<sup>93</sup> Að sama skapi er búist við því að framkvæmdastjórn

<sup>86</sup> Fountoukakos og Ryan, bls. 290.

<sup>87</sup> Riesenkampff, bls. 727.

<sup>88</sup> Fountoukakos og Ryan, bls. 289.

<sup>89</sup> Faull og Nikpay, bls. 472.

<sup>90</sup> Baxter og Dethmers, bls. 388.

<sup>91</sup> Horner, bls. 39.

<sup>92</sup> Killick og Schulz, bls. 459.

<sup>93</sup> Mál COMP/M.1672, *Volvo/Scania*, 15. mars 2000, sbr. Faull og Nikpay, bls. 473.

EB muni koma í veg fyrir samruna sem fækki markaðsaðilum úr þrjá í tvo, í þeim tilvikum þegar sameiginleg markaðsráðandi staða er ekki til staðar.<sup>94</sup>

Með hliðsjón af beitingu nýju reglunnar á fyrstu árum eftir gildistöku hennar, má almennt telja líkur á því að kenningin um markaðsráðandi stöðu verði megin mælikvarði þegar samrunar verða metnir. Áherslan muni því liggja í beitingu þeirra aðferða sem notast hefur verið við fram til þessa, m.a. að byggt verði á fordæmum sem mynduðust fyrir gildistöku nýja ákvæðisins, bæði hvað varðar ósamræmd og samræmd áhrif.<sup>95</sup>

## 6. ÓGILDINGARREGLAN Í ÍSLEN- SKUM SAMKEPPNISRÉTTI

Núgildandi samkeppnislög, nr. 44/2005, leystu af hólmi lög nr. 8/1993. Við gildistöku laga nr. 44/2005 var ógildingarregluna vegna samruna að finna í 1. mgr. 17. gr. laganna. Í upphafi þess ákvæðis sagði:

*Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkt getur stofnunin ógilt samruna sem þegar hefur átt sér stað.*

Ljóst má vera að efnislegt innihald þessa hluta 1. mgr. 17. gr. laga nr. 44/2005 var það sama og ákvæðis 3. mgr. 2. gr. áður gildandi samrunareglugerðar EB nr. 4064/89, sbr. framangreint. Efnislegasamhljóðaákvæði var áður að finna í 1. mgr. 18. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. 10. gr. breytingarlaga nr. 107/2000.

Í athugasemdum við frumvarp til laga nr. 44/2005 er tekið fram að með frumvarpinu séu gerðar breytingar sem nauðsynlegt sé

að gera vegna innleiðingar reglugerðar EB nr. 139/2004. Samrunareglugerðin hafði þá verið tekin upp í EES-samninginn með ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 79/2004 frá 8. júní 2004 um breytingu á XIV. viðauka, bókun 21 og bókun 24 við EES-samninginn.<sup>96</sup> Þó er tiltekið í athugasemdunum að samrunareglugerðin taki til allra samruna fyrirtækja sem ná þeim veltumörkum er koma þar fram, en vegna þess hve umrædd veltumörk eru há sé harla ólíklegt að ESA, eftirlitsstofnun EFTA, taki nokkurn tímann til meðferðar samrunamál sem falli undir reglugerðina. Ákvæðum EES-samningsins um samruna verði því í raun aðeins beitt af framkvæmdastjórn EB. Af þeim sökum virðist löggjafinn hafa metið það svo á þeim tíma, sem að ekki væri ástæða til þess að aðlaga fyrrgreint ákvæði að breytingum á samrunareglugerðinni, heldur var ógildingarákvæði laganna haldið efnislega óbreyttu. Athygli vekur, að samt sem áður hafði fimm árum áður verið talin þörf á því að aðlaga ákvæðin um samruna í íslensku samkeppnislögnum að ákvæðum þágildandi samrunareglugerðar EB í þeim tilgangi að gæta samræmis milli evrópsks og íslensks samkeppnisréttar. Eins og nánar verður fjallað um síðar var síðan þremur árum eftir gildistöku laga nr. 44/2005 talin ástæða til þess að innleiða breytt ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar í íslenskan rétt. Að þessu virtu kemur á óvart að við gildistöku laga nr. 44/2005 hafi ekki verið talin þörf á því að laga ákvæði 17. gr. laganna að umræddu ákvæði samrunareglugerðarinnar.

<sup>94</sup> Horner, bls. 37.

<sup>95</sup> Faull og Nikpay, bls. 480.

<sup>96</sup> Sbr. reglugerð nr. 813/2006 um innleiðingu reglugerðar ráðsins (EB) nr. 139/2004 frá 20. janúar 2004 um eftirlit með

samfylkingum fyrirtækja. Sjá ennfremur frumvarp til samkeppnislaga nr. 44/2005, Alþt. 2004-2005, A-deild, 590. mál, þskj. 883.

### 6.1 Aðlögun samrunaákvæða samkeppnislaga að nýrri samrunareglugerð EB

Í sumarbyrjun 2008 samþykkti Alþingi svo breytingar á samkeppnislögjöfnum sem m.a. var ætlað að aðlaga frekar að samrunareglugerð EB nr. 139/2004. Með upphaflegu frumvarpi til breytingarlaganna hafði verið ætlunin að leiða í lög ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar og var ögn rýmra orðalag notað heldur en í samrunareglugerðinni, m.a. var ekki notast við orðið „umtalsvert“ þegar talað um að samruni þyrfti að hindra virka samkeppni og einnig var nánari grein gerð fyrir markaðsráðandi stöðu með því að tala um eflingu eða styrkingu markaðsráðandi stöðu „eins eða fleiri fyrirtækja“.<sup>97</sup> Í upphafi umrædds ákvæðis frumvarpsins sagði nánar tiltekið:

*Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni, einkum með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist, getur stofnunin ógilt samruna sem þegar hefur átt sér stað.*

Greinilegteraðhöfundumfrumvarpsinsþótti tími kominn til að aðlaga samrunaákvæði laganna að samrunareglugerð EB. Í athugasemdum við frumvarpið var sérstaklega tiltekið að frumvarpið miðaði að því að styrkja ákvæði um samruna í íslenskum lögum og færa þau nær reglum EES- og EB-réttar, sérstaklega í ljósi þess að íslenskur samkeppnisréttur hefur frá upphafi tekið mið af EES- og EB-rétti.

Í athugasemdum við málgreinina í frumvarpinu (c-lið 17. gr.) var tillagan studd þeim rökum, að ljóst væri að samruni gæti undir vissum kringumstæðum raskað samkeppni þrátt fyrir að hann skapaði hvorki né styrkti markaðsráðandi stöðu eins eða

fleiri fyrirtækja, en gildandi samrunareglur heimiluðu einungis inngríp í samruna sem styrkti eða myndaði markaðsráðandi stöðu. Samrunareglugerðin veitti víðtæka heimild til að gripa inn í samruna og miðaði ekki lengur við markaðsráðandi stöðu. Breytingunni á lögnum væri ætlað að hafa sömu áhrif. Af þessu má telja ljóst að umræddu ákvæði var ætlað að endurspegla ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar EB.

Í nefndaráliti viðskiptanefndar Alþingis um frumvarpið, frá 23. maí 2008, er að segja má skipt um gir hvað þetta varðar.<sup>98</sup> Að áliti nefndarinnar þótti umrædd breytingartillaga í frumvarpinu matskennd og því var lagt til að orðalagi ákvæðisins yrði breytt á þann veg að skýrt yrði kveðið á um það í hverju hið aukna svigrúm stofnunarinnar til efnislegs mats fælist, eins og það var orðað í nefndarálitinu. Ekki er að finna frekari rökstuðning við þennan hluta breytingartillögunnar í álitinu. Tillaga nefndarinnar var síðan lögfest sem ný 17. gr. c samkeppnislaga, sbr. 3. gr. breytingarlaganna nr. 94/2008, en fyrsti hluti málgreininnar hljóðar þannig:

*Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, getur stofnunin ógilt samruna.*

Við samanburð á lögfesta ákvæðinu og ákvæðinu í frumvarpinu, sem líkt og áður sagði tók mið af 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar, má sjá að orðið „einkum“ hefur verið tekið út, en þess í stað tiltekið síðar í sömu setningu „eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti“. Setningin

<sup>97</sup> Sjá c-lið 3. gr. í frumvarpi til laga um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005, með síðari breytingum, Alþt. 2007-2008, A-deild, 384. mál, þskj. 628.

<sup>98</sup> Nefndarálit um frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum nr. 44/2005, með síðari breytingum, Alþt. 2007-2008, A-deild, 384. mál, þskj. 1102.

er ekki byggð upp með skýrum hætti, en þó verður að ætla að þarna sé átt við það ef samruni verður til þess að samkeppni raskist með umtalsverðum hætti.

### 6.2 Fullkomnu samræmi ekki náð

Telja verður að ekki sé ljóst hvaða áhrif þessi breyting muni hafa, enda ekki farið að reyna á regluna í dómaframkvæmd. Viðskiptanefnd og löggjafinn voru ekki á því að rétt væri að orða regluna með sama hætti og í samrunareglugerðinni, sem aftur þýðir það að fullkomnu samræmi við EB-rétt er ekki náð að þessu leyti. Fyrri hluti ákvæðisins er eins orðaður og við gildistöku laga nr. 44/2005, þ.e. markaðsráðandi stöðu er greinilega enn ætlað að vera mælikvarðinn á áhrif samruna, þrátt fyrir framangreindar breytingar á samrunareglugerð EB. Þó er heimilt að ógilda samruna ef hann verður til þess að raska samkeppni á markaði að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

EKKI verður með góðu móti séð hvernig þessi breyting getur verið til þess fallin að skýra það í hverju hið aukna svigrúm Samkeppniseftirlitsins til efnislegs mats felist, sbr. framangreint nefndarálit. Þó er tekið fram í álitinu að um aukið svigrúm stofnunarinnar sé að ræða, sem sýnir fram á að gildissvið ákvæðisins er a.m.k. að einhverju leyti víðara en áður gildandi ákvæði laganna. Hins vegar má álykta, út frá þeim orðum nefndarálitsins að breytingartillagan eigi rót sína að rekja til þess að upphafleg tillaga hafi þótt matskennd, að nefndin hafi með breytingartillögunni viljað þrengja þær ógildingarheimildir sem upphafleg tillaga mælti fyrir um. Að sama skapi er ljóst að 17. gr. c samkeppnislaga verður vegna þeirra breytinga sem gerðar voru á frumvarpinu ekki lögð að jöfnu við 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar. Hversu langt þetta nær og hvort þetta muni í raun takmarka mat samkeppnisyfirvalda á samrunum er erfitt að segja með vissu fyrir um, en enn sem komið er hefur ekki reynt á

túlkun ákvæðisins fyrir dómi. Ef niðurstaðan er sú að sökum téðra breytinga á frumvarpinu sé ekki samræmi milli ógildingarreglunnar í íslensku lögnum og samrunareglugerð EB, m.ö.o. umfang ógildingarheimildar í landsrétti er annað en í EB-rétti, virðist sem að samkeppnisyfirvöld hér á landi muni í framtíð að ákveðnu leyti eiga í erfiðleikum með að beita sömu nálgun í samrunamati og framkvæmdastjórn og dómstólar EB. Vart verður séð að fyrirvaralaust verði unnt að skýra nógildandi 17. gr. c samkeppnislaga með hliðsjón af þeim fordæmum sem verða munu til í framtíð í evrópskum samkeppnisrétti á grundvelli 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar nr. 139/2004.

## 7. LOKAORÐ

Helsti ókosturinn við áður gildandi ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðar EB var sá að reglan tók ekki mið af því hvaða áhrif samruni hefði á samkeppni, heldur miðaðist þess í stað við það hvort markaðsráðandi staða væri fyrir hendi. Þrátt fyrir þær breytingar sem urðu á reglunni samfara gildistöku nýrrar samrunareglugerðar er almennt búist við því að mælikvarðinn um markaðsráðandi stöðu muni eftir sem áður verða megin viðmiðið við samrunamat í framtíðinni. Draga má þessa ályktun út frá því sem fram kemur í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samrunum. Gera verður þó þann fyrirvara við þá ályktun, að hún sækir ekki beina stöð í dómaframkvæmd, enda voru breytingarnar á reglugerðinni gerðar fyrir einungis fáeinum árum síðan. Þeir dómur í samrunamálu sem hafa verið kveðnir upp frá árinu 2004 sýna hins vegar fram á að viðmiðið um markaðsráðandi stöðu er enn mikið notað, þó að áhrifamiðuðu mati sé beitt í meira mæli en áður. Það eitt og sér getur verið vísbending um að breytingarnar á 3. mgr. 2. gr. reglugerðarinnar hafi í raun litla þýðingu.

Veigamestu breytingarnar sem hin breytta matsregla er talin hafa í för með sér lúta að hinum svokölluðu ósamræmdu áhrifum. Þó svo að framkvæmdastjórn EB hafi talið að áður gildandi ákvæði 3. mgr. 2. gr. samrunareglugerðarinnar tæki einnig til ósamræmdra áhrifa, þá gaf fyrri reynsla af beitingu ákvæðisins til kynna að engan veginn væri hægt að ganga út frá því sem gefnu. Enda þótt bent hafi verið á *Airtours* dóminn í því sambandi, segirekkt beinlínis um það í dóminum að reglugerðarákvæðið taki ekki til ósamræmdra áhrifa.

Frá því að samrunareglugerðin tók gildi árið 2004 hefur enn ekki litið dagsins ljós ákvörðun eða dómur í samrunamáli, þar sem láréttur samruni hefur verið ógiltur eingöngu á grundvelli ósamræmdra áhrifa. Hefur það skýrst af því að þegar komið hefur í ljós í samrunamáli að ósamræmd áhrif kunni að vera fyrir hendi, hefur samruni í viðkomandi máli einnig verið talinn leiða til eða efla markaðsráðandi stöðu. Framkvæmdastjórn EB hefur, eins og dæmi sanna, beitt kenningunni um ósamræmd áhrif samhliða öðrum kenningum. Ekki liggur því enn fyrir hvort unnt verður að beita breyttri matsreglu í þeim tilvikum þegar markaðsráðandi staða eða sameiginleg markaðsráðandi staða (samræmd áhrif) eru ekki fyrir hendi, en ósamræmd áhrif hafa myndast. Af þessum sökum er ekki heiglum hent að svara því afdráttarlaust hvort umræddar breytingar á matsreglu samrunareglugerðarinnar hafi verið nauðsynlegar. Dómaframkvæmd dómstóla EB á næstu árum mun vonandi varpa frekara ljósi á gildi og þýðingu breytinganna, sem og hvort að fleiri samrunar en áður verða álitnir hindra samkeppni.

Líkt og að framan greinir var leitast við að innleiða sömu reglu í íslensk lög. Í meðferð Alþingis á frumvarpi til breyttra samkeppnislaga árið 2008 var ákveðið að gera tiltekna breytingar á upphaflegu ákvæði frumvarpsins, þar sem að það þótti

of matskennt. Ekki liggur fyrir hvaða áhrif þessi breyting mun hafa við framkvæmd samrunamats hér á landi. Engu að síður er ljóst að fullkomnu samræmi við EB-rétt er ekki náð að þessu leyti.

## HEIMILDASKRÁ

### *Bækur og bókakafnar*

- Bengtsson, C., o.fl., 'The Substantive Assessment of Mergers', í riti Drauz, G., og Jones, W., *EU Competition Law, Volume II – Mergers and Aquisitions*, Claeyes & Casteels, 2006, bls. 239.
- Cook, C. J., og Kerse, C. S., *EC Merger Control*, Sweet & Maxwell, fjórða útgáfa, 2005.
- Faull, J., og Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, önnur útgáfa, 2007.
- Furse, M., *The Law of Merger Control in the EC and the UK*, Hart Publishing, 2007.
- Killick, J., og Schulz, A., 'Horizontal and Vertical Mergers in the Reformed EC Merger Control', í riti Amato, G., og Ehlermann, C. (aðalritstj.), *EU Competition Law – A Critical Assessment*, Hart Publishing, 2007, bls. 435.
- Levy, N., 'Dominance versus SLC: A Subtle Distinction?', í riti Drauz, G., og Reynolds, M. (eds.), *EC Merger Control – A Major Reform in Progress*, Oxford University Press, 2003, bls. 143.
- Lindsay, A., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet & Maxwell, önnur útgáfa, 2006.
- Varona, E. N., o.fl., *Merger Control in the European Union*, Oxford University Press, önnur útgáfa, 2005.

### *Tímaritsgreinar*

- Baxter, S., og Dethmers, F., 'Unilateral Effects under the European Merger Regulation: How Big is the Gap?', (2005) 26(7) *European Competition Law Review* 380.
- Diaz, F., 'The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?', (2004) 27(2) *World Competition* 177.
- Ehlermann, C., Völcker, S., og Gutermuth, G., 'Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation', (2005) 28(2) *World Competition* 193.
- Fountoukakos, K., og Ryan, S., 'A New Substantive Test for EU Merger Control', (2005) 26(5) *European Competition Law Review* 277.
- Horner, N., 'Unilateral Effects and the EC Merger Regulation – How The Commission Had its Cake and Ate it Too', [2006] 2(1) *Hanse Law Review* 23.
- Maudhuit, S., og Soames, T., 'Changes in EU Merger Control: Part 2', (2005) 26(2) *European Competition Law Review* 75.
- Kokkoris, I., 'The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours Case – the Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test', (2005) 26(1) *European Competition Law Review* 37.
- Riesenkampff, A., 'The New E.C. Merger Control Test under Article 2 of the Merger Control Regulation', (2004) 24(3) *Northwestern Journal of International Law & Business* 715.
- Röller, L., og Mano, M., 'The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control', (2006) 2(1) *European Competition Law Review* 9.
- Stirati, G., 'The Appraisal of Collective Dominance and Efficiency Gains under the Substantive Test of the New EU Merger Regulation', (2004) 1(3) *Erasmus Law and Economics Review* 249.
- Thompson, R., 'Goodbye to 'the Dominance Test'? Substantive Appraisal under the New UK and EC Merger Regimes', [2003] 2(4) *Competition Law Journal* 332.

### *Dómar*

Sameinuð mál C-68/94 og C-30/95, *France v Commission of the European Communities* („Kali & Salz“), [1998] ECR I-1375.

Mál T-2/93, *Air France v Commission of the European Communities*, [1994] ECR II-323.

Mál T-342/99, *Airtours plc v Commission of the European Communities*, [2002] ECR II-2585.

Mál T-87/05, *Energias de Portugal, SA (EDP) v Commission of the European Communities*, [2005] ECR II-3745.

*FTC v H.J. Heinz Co.*, 116 F. Supp. 2d 190 (2000 U.S. Dist.), revised 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001) („Baby Foods“).

### *Ákvarðanir framkvæmdastjórnar EB*

Mál COMP/M.1672, *Volvo/Scania*, 15. mars 2000.

Mál COMP/M.3216, *Oracle/Peoplesoft*, 26. október 2004.

Mál COMP/M.3410, *Total/Gaz de France*, 8. október 2004.

Mál COMP/M.3465, *Syngenta CP/Advanta*, 17. ágúst 2004.

Mál COMP/M.3593, *Apollo/Bakelite*, 11. apríl 2005.

Mál COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech*, 13. júlí 2005.

Mál COMP/M.3696, *E.ON/MOL*, 21. desember 2005.

Mál COMP/M.3916, *T-Mobile Austria/Tele.ring*, 26. apríl 2006.

Mál COMP/M.3998, *Axalto/Gemplus*, 19. maí 2006.

Mál COMP/M.4141, *Linde/BOC*, 6. júní 2006.

Mál COMP/M.4726, *Thomson Corporation/Reuters Group*, 19. febrúar 2008.

### *Löggjöf EB*

Samningurinn um stofnun Efnahagsbandalags Evrópu, frá 25. mars 1957, með síðari breytingum (Rómarsamningurinn).

Reglugerð ráðsins (EB) nr. 4064/89 frá 21. desember 1989 um eftirlit með samfylkingum fyrirtækja, [1989] OJ L395/1.

Reglugerð Ráðsins (EB) nr. 139/2004 frá 20. janúar 2004 um eftirlit með samfylkingum fyrirtækja (samrunareglugerð EB), [2004] OJ L24/1.

### *Aðrar heimildir*

Alþt. 2004-2005, A-deild.

Alþt. 2007-2008, A-deild.

Leiðbeiningar ICN um samruna, útbúnaar í tilefni af 5. ársfundi ICN í Höfðaborg í apríl 2006, [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference\\_5th\\_capetown\\_2006/ICNMergerGuidelinesWorkbook.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/ICNMergerGuidelinesWorkbook.pdf).

Leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samrunum samkvæmt samrunareglugerð EB (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council regulation on the control of concentrations between undertakings - Horizontal Merger Guidelines), [2004] OJ C31/5.

Minnisblað með skýringum, sem fylgdi frumvarpi framkvæmdastjórnar EB til samrunareglugerðar EB, [2003] OJ C20/4.