

## ÚRSKURÐUR

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 14/1999

Þorbergur Þórðarson

gegn

samkeppnisráði

### I.

Með bréfi, dags. 4. ágúst 1999, er barst áfrýjunarnefnd sama dag, hefur Herbert Guðmundsson, af hálfu Nestors, fyrir hönd Þorbergs Þórðarsonar, útfararstjóra, kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/1999](#), dags. 6. júlí 1999.

Í ákvörðuninni er með vísan til 2. mgr. 14. gr. laga nr. 8/1993 mælt fyrir um fjárhagslegan aðskilnað með tilteknum hætti milli rekstrar Útfararþjónustu Borgarfjarðar og annarrar lögbundinnar starfsemi á vegum sóknarnefndar Borgarnessóknar fyrir 1. janúar 2000.

Áfrýjandi krefst þess að ákvörðun samkeppnisráðs verði breytt til samræmis við ákvörðun ráðsins nr. 32/1996 eins og hún stóð endanlega eftir úrskurð áfrýjunarnefndar og dómstólameðferð, að undanskyldum fyrirmælum um greiðslu markaðsvaxta af stofnframlagi þar sem ekki sé um það að ræða í þessu tilviki. Þá er þess krafist að felldur verði niður frestur sem Útfararþjónustu Borgarfjarðar var gefinn og mælt fyrir um tafarlaugar sannanlegar úrbætur að viðlögðum dagsektum.

Samkeppnisráð krefst þess að ákvörðun nr. 20/1999, verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

## II.

Málavextir eru þeir að í ágúst 1994 fékk áfrýjandi starfsleyfi frá dóms- og kirkjumálaráðuneytinu til að reka útfararþjónustu. Í september 1995 fékk Sóknarnefnd Borgarnessóknar samskonar leyfi. Áfrýjandi og Útfararþjónusta Borgarfjarðar þjóna sama landssvæði.

Með bréfi, dags. 3. desember 1998, barst Samkeppnisstofnun erindi frá Nestor, fyrir hönd áfrýjanda, vegna rekstrar Útfararþjónustu Borgarfjarðar. Með erindi áfrýjanda fylgdu bréf hans til Biskupsstofu og dóms- og kirkjumálaráðuneytisins.

Á fundi samkeppnisráðs 6. júlí 1999 var mál þetta tekið fyrir og afgreitt með ákvörðun nr. 19/1999.

Ákvörðunarorðin hljóða svo:

“ Með vísan til 2. mgr. 14. gr. laga nr. 8/1993 mælir Samkeppnisráð fyrir um að fjárhagslegur aðskilnaður milli rekstrar Útfararþjónustu Borgarfjarðar og annarrar lögbundinnar starfsemi á vegum sóknarnefndar Borgarnessóknar skuli fara fram með eftirfarandi hætti eigi síðar en 1. janúar árið 2000:

1. Öll viðskipti milli Útfararþjónustu Borgarfjarðar og annarrar lögbundinnar starfsemi á vegum sóknarnefndar Borgarnessóknar, t.d. Borgarneskirkjugarðs, skulu vera eins og um viðskipti milli óskyldra aðila sé að ræða.
2. Ef Útfararþjónusta Borgarfjarðar fær fé að láni frá sóknarnefnd Borgarnessóknar skal færa til gjalda og greiða markaðsvexti af þeim lánum.
3. Sóknarnefnd Borgarnessóknar er óheimilt að greiða hugsanlegt rekstrartap Útfararþjónustu Borgarfjarðar.”

Meðferð samkeppnisyfirvalda á erindinu er lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

### III.

Áfrýjandi telur að ekki sé samræmi milli hinnar kærðu ákvörðunar og ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 36/1996 sem fjallaði um Útfararstofu Kirkjugarðanna og niðurstöðu þess máls eftir meðferð fyrir áfrýjunarnefnd og dómstólum. Í hinni kærðu ákvörðun séu hvorki gefin fyrirmæli um stjórnunarlegan aðskilnað né markaðslegan, enda þótt í báðum tilvikum sé um að ræða fyrirtæki sem starfi á grundvelli sérstaks ákvæðis í sérlögum um algeran aðskilnað samkeppnisstarfsemi frá lögboðinni starfsemi.

Áfrýjandi telur að í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar komi fram sá misskilningur að rekstur Útfararþjónustu Borgarfjarðar sé lögbundið verkefni sóknarnefndar. Svo sé alls ekki. Í 21. gr. laga nr. 36/1993 sé þvert á móti strangt og afdráttarlaust ákvæði um að þar sem kirkjugarðsstjórnir reki útfararþjónustu skuli sú starfsemi og fjárhagur henni tengdur vera algerlega aðskilin frá lögboðnum verkefnum kirkjugarðsstjórnar. Mikilvægi þessa ákvæðis hafi m.a. verið áréttað í nefndaráliti allsherjarnefndar Alþings og í framsögu formanns nefndarinnar, þegar frumvarp að þessum lögum var til meðferðar og afgreiðslu.

Áfrýjandi bendir á að þeir aðilar sem nú hafi leyfi kirkjumálaráðherra til reksturs útfararþjónustu séu 16 talsins. Þar af séu aðeins 4 kirkjugarðsstjórnir en í árslok 1996 hafi verið 262 kirkjugarðastofnanir á landinu. Þessi 4 leyfi séu skráð á Útfararstofu Kirkjugarðanna, Fossvogi, á Útfararþjónustu Kirkjugarða Akureyrar ehf., á Sóknarnefnd Garðaprestakalls, Akranesi, og á Sóknarnefnd Borgarnessóknar. Málefni Útfararstofu Kirkjugarðanna, Fossvogi, hafi þegar fengið ítarlega meðferð sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 36/1996. Áfrýjandi telur að eftir meðferð þess máls og skaðabótamál á hendur Kirkjugörðum Reykjavíkurprófastsdæma, sem leiddi til verulegra bótagreiðslna vegna misnotkunar á ráðstöfun kirkjugarðsgjalda í þágu eigin útfararþjónustu, hefði mátt ætla að dregin hefðu verið skýr mörk fyrir þá aðila sem falla undir samkeppnisákvæðið í 21. gr. laga nr. 36/1993. Í því efni er bent á að á Akureyri hafi verið valin sú leið að stofna einkahlutafélag um útfararþjónustuna í þeim tilgangi að ná sömu markmiðum og mælt var fyrir um í Reykjavík. Því kveður áfrýjandi aðeins eftir að leysa þessi mál í Borgarnesi og á Akranesi.

Áfrýjandi kveður ástandið í Borgarfjarðarprófastsdæmi hafa þá sérstöðu að þar séu tvær sjálfseignarstofnanir Þjóðkirkjunnar að keppa á tiltölulega litlum heimamarkaði við útfararstofu Þorbergs, einskorði sig að mestu við sitt hvort þéttbýlið

og beiti aðstöðu sinni með ýmsu móti á svig við áskilnað samkeppnisákvæðis 21. gr. laga nr. 36/1993. Í raun og veru virki þessar tvær stofnanir sem ein í samkeppnislegu tilliti, með sína sameiginlegu sérstöðu eins og hin nánú tengsl við kirkjur og presta og með því að brjóta gegn fyrrgreindri lagagrein, þ.e. 2. mgr. 21. gr. laga nr. 36/1993. Ekki sé vafi á að þessar stofnanir hafa saman afgerandi markaðsyfírráð í Borgarfjarðarprófastsdæmi. Í því samhengi er bent á að tengsl þeirra við kirkjur og starfsmenn þeirra séu langtum nánari en hjá Útfararstofu Kirkjugarðanna, Fossvogi, sem starfi nú í samræmi við fyrirmæli í framhaldi af aðgerðum samkeppnisyfírvalda og dómstóla.

Áfrýjandi bendir á að sóknarnefnd Borgarnessóknar telji hina kærðu ákvörðun nánast marklausa. Blaðaúrklippur þess efnis hafi verið lagðar fram. Undir það mat tekur áfrýjandi. Í fyrsta lagi sé farið rangt með eðli þeirrar starfsemi sem um sé fjallað. Í öðru lagi sé gefinn frestur til 1. janúar 2000 til þess að uppfylla lagaskyldur sem viðkomandi tók á sig við móttöku starfsleyfis í september 1995, en til þess hafi samkeppnisráð enga heimild. Í þriðja lagi sé ekki mælt fyrir um stjórnunarlegan aðskilnað á forsendum sem standist ekki og í fjórða lagi sé ekki mælt fyrir um rofin tengsl á milli útfararþjónustunnar og kirkjunnar í kynningarstarfi. Loks sé ekki gert ráð fyrir neinum farvegi til þess að sannreyna hvort eftir fyrirmælunum yrði farið, ef þau stæðu óbreytt.

Að mati áfrýjanda er áriðandi að gætt sé samræmis í framkvæmd laga. Þau rök að umfang starfsemi sóknarnefndar Borgarnessóknar sé svo lítið að ekki sé nauðsynlegt að mæla fyrir um stjórnunarlegan aðskilnað, stingi í stúf við þetta og gangi þvert á ákvæði kirkjugarðalaganna um algeran aðskilnað. Þar sé ekki gert upp á milli sóknarnefnda og kirkjugarðsstjórna eftir rekstrarumfangi og engin skylda hvíli á þeim til þess að reka útfararþjónustu. Áfrýjandi telur að samkeppnisyfírvöld hafi ekki heimild til þess að draga úr framkvæmd algers aðskilnaðar eftir umfangi rekstrar viðkomandi aðila. Rekstrarleyfi gildi einnig á öllu landinu og umfang rekstrar geti breyst með litlum fyrirvara, t.d. með samstarfi eða samruna fyrirtækja undir eitt rekstrarleyfi.

Samkeppnisráð bendir á að heimildir ráðsins til að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað hjá kirkjugarðsstjórnnum sem reka útfararþjónustu byggji á 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga en ekki ákvæðum kirkjugarðalaga nr. 36/1993. Samkeppnisráð verði því að meta í hverju tilkviku fyrir sig hvaða aðgerðir séu

nauðsynlegar til þess að ná megi fram markmiðum samkeppnislaga í atvinnustarfsemi á sviði útfararþjónustu. Við það mat geti ráðið haft hliðsjón af kirkjugarðalögum og geti þau eftir atvikum stutt við niðurstöðu ráðsins, en það sé hins vegar af og frá að ákvæði þeirra skyldi samkeppnisyfirvöld til að beita valdaheimildum sínum með tilteknum hætti.

Samkeppnisráð bendir á að ákvæði 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga sé heimildarákvæði. Við beitingu þess verði samkeppnisyfirvöld að hafa hliðsjón af þeim samkeppnisþáttum sem fyrir hendi séu í hverju máli fyrir sig, auk ákvæða stjórnsýslulaga. Þegar um sé að ræða öflug fyrirtæki sem hafa ráðandi stöðu á viðkomandi markaði telji samkeppnisráð yfirleitt þörf á því að mæla fyrir um bæði bókhaldslegan og stjórnunarlegan aðskilnað. Þegar umfang viðkomandi reksturs sé lítið eða óverulegt séu aftur á móti gerðar minni kröfur.

Samkeppnisráð telur að 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga veiti ekki heimild til að mæla fyrir um rof á tengslum í kynningar eða markaðsstarfi, líkt og gert var í máli Útfarastofu kirkjugarðanna í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 32/1996. Slík fyrirmæli verði að styðjast við 17. gr. samkeppnislaga. Ólíkt Útfararstofu kirkjugarðanna séu útfararþjónustur Akraneskirkju og Borgarfjarðar ekki í markaðsráðandi stöðu og hafi því í þessu máli ekki verið mælt fyrir um að rofin yrðu tengsl í kynningarstarfi. Að mati ráðsins felist í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu að tvö eða fleiri sjálfstæð fyrirtæki, sem hvert um sig hafi ekki markaðsráðandi stöðu geti sameiginlega haft slíka stöðu ef það séu sérstök tengsl milli fyrirækjanna, t.d. á grundvelli samninga, sem valdi því að fyrirtækin hegði sér í viðskiptum eins og um eitt markaðsráðandi fyrirtæki sé að ræða. Ekkert hafi kom fram í máli þessu sem gefi til kynna að Útfararþjónusta Akraneskirkju og Útfararþjónusta Borgarfjarðar hegði sér í viðskiptum eins og eitt fyrirtæki.

## IV.

### Niðurstöður.

#### 1.

Svo sem fram er komið kvað samkeppnisráð á um fjárhagslegan aðskilnað milli rekstrar Útfararþjónustu Borgarfjarðar og annarrar starfsemi á vegum sóknarnefndar Borgarnessóknar á grundvelli 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga með þeim hætti sem greinir í ákvörðunarorðum hinnar áfrýjuðu ákvörðunar og skyldi aðskilnaðurinn fara fram eigi síðar en 1. janúar árið 2000. Áfrýjandi, Þorbergur Þórðarssonar, útfararstjóri, telur aðskilnað þennan ekki nægjanlegan og er það ástæða kröfugerðar hans hér fyrir áfrýjunarnefndinni.

Í 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga er að finna svofellt ákvæði:

Þegar um er að ræða opinbert fyrirtæki eða fyrirtæki sem starfar að einhverju leyti í skjóli opinbers einkaleyfis eða verndar er samkeppnisráði heimilt að mæla fyrir um fjárhagslegan aðskilnað, annars vegar á milli þess hluta rekstrar fyrirtækisins sem nýtur einkaleyfis eða verndar og hins vegar þess hluta rekstrar sem er í frjálstri samkeppni við aðra aðila. Skal þess gætt að samkeppnisrekstur sé ekki niðurgreiddur af einkaleyfis- eða verndaðri starfsemi.

Í 21. gr. laga nr. 36/1993 um kirkjugarða, greftrun og líkbrennslu segir svo:

Útfararþjónustu mega þeir einir reka sem hafa til þess leyfi dóms- og kirkjumálaráðuneytisins. Ráðherra setur nánari reglur um leyfisveitinguna í reglugerð. Þar sem kirkjugarðsstjórnir reka útfararþjónustu skal sú starfsemi og fjárhagur henni tengdur vera algerlega aðskilin frá lögboðnum verkefnum kirkjugarðsstjórnar.

Þegar litið er til þeirra upplýsinga sem liggja fyrir um þá starfsemi sem tengist sóknarnefnd Borgarnessóknar á vettvangi útfararþjónustu annars vegar og á grundvelli laga 36/1993 hins vegar verður að telja að ákvæðum 2. mgr. 14. gr. samkeppnislaga sé fullnægt til að kveða á um fjárhagslegan aðskilnað, enda er þetta atriði ekki umdeilt í málinu. Þá ber að telja að ákvæði 21. gr. laganna um kirkjugarða, greftrun og líkbrennslu takmarki ekki beitingu 2. mgr. 14. gr. að neinu leyti.

## 2.

Áfrýjunarnefnd fellst á það með samkeppnisráði að ekki hafi verið ástæða til að mæla fyrir um stjórnunarlegan aðskilnað í máli þessu. Ber þá sérstaklega að hafa í huga að höft verða ekki lögð á atvinnufrelsi fyrirtækja nema brýna nauðsyn beri til. Umsvif Útfararþjónustu Borgarnessóknar eru ekki mikil samkvæmt framlögðum ársreikningum og aðrar samkeppnislegar ástæður þykja heldur ekki réttlæta slíka aðgerð eins og hér stendur á. Svipuð sjónarmið leiða einnig til þess að hvorki var rétt né skylt að mæla fyrir um rof á tengslum í kynningar- eða markaðsstarfsemi en slík íhlutun verður að fullnægja ákvæðum 17. gr. samkeppnislaga.

## 3.

Eins og fyrr er rakið telur áfrýjandi hina kærðu ákvörðun vera marklausa vegna galla sem hann tiltekur nánar. Það er fyrr sagt að ákvörðunin verður ekki ómerkt vegna þess að ekki var mælt fyrir um stjórnunarlegan aðskilnað eða vegna þess að ekki var mælt fyrir um rof á tengslum í kynningar- eða markaðsstarfsemi. Ekki veldur það heldur ógildingu ákvörðunar þótt rangt kunni að hafa verið farið með eðli þeirrar starfsemi sem fjallað var um. Hugsanleg mistök af því tagi höfðu engin áhrif á réttmæti þeirrar ákvörðunar sem hér liggur fyrir. Þá er áfrýjunarnefnd samkeppnismála þeirrar skoðunar að samkeppnisráði hafi verið heimilt að mæla fyrir um sérstakan frest til fjárhagslegs aðskilnaðar sem ákveðinn var. Ákvörðun um frest af þessu tagi er í samræmi við meginreglur stjórnsýsluréttar og hann þykir hafa verið ákveðinn hæfilegur með hliðsjón af atvikum. Loks veldur það ekki ógildingu umræddrar ákvörðunar þótt ekki sé ákveðinn neinn farvegur til að sannreyna hvort farið sé eftir þeim fyrirmælum sem ákveðin voru. Samkeppnisyfirvöld geta ávallt ákveðið að láta til skarar skriða að nýju, að sjálfsdáðum eða eftir ábendingum, ef ástæða þykir til. Af þeim sökum var ekki nauðsynlegt að taka frekari ákvarðanir en gert var.

4.

Af þeim ástæðum sem nú hafa verið raktar er ekki unnt að taka kröfur áfrýjandi til greina í máli þessu. Ekki liggja heldur fyrir aðrar ástæður til að ómerkja hinn áfrýjaða úrskurð.

V.

### **Úrskurðarorð.**

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/1999 frá 6. júlí 1999 er staðfest.

Reykjavík, 14. september 1999.

Stefán Már Stefánsson

Anna Kristín Traustadóttir

Erla S. Árnadóttir

Rétt endurrit staðfestir;