

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 7/2008

Orkuveita Reykjavíkur og

Hafnarfjarðarbær

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfum dagsettum 14. maí 2008 hafa Orkuveita Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbær kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 23/2008, frá 17. apríl 2008. Í hinni kærðu ákvörðun beindi Samkeppniseftirlitið, með heimild í 16. gr samkeppnislaga nr. 44/2005, nánar tilteknum fyrirmælum til Orkuveitu Reykjavíkur vegna kaupa fyrirtækisins á hlutum í Hitaveitu Suðurnesja hf. Ákveðið var að sameina kærur þessar og reka sem eitt mál fyrir áfrýjunarnefndinni.

Af hálfu Orkuveitu Reykjavíkur er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að áfrýjanda verði heimilt að eiga 31,23% hlut í Hitaveitu Suðurnesja hf. Til vara er þess krafist að hann fái að halda eftir þeim hlut sem hann eignaðist 28. júní og

2. júlí 2007, þ.e. 16,58%, en að samningur á milli áfrýjanda og Hafnarfjarðarbæjar um sölurétt þess síðarnefnda á allt að 15,4% eignarhlut til áfrýjanda verði ógiltur í samræmi við 1. mgr. 33. gr. samkeppnislaga. Til þrautavara krefst áfrýjandi þess að fá að eiga stærri eignarhlut en 3%. Fari svo að hin kærða ákvörðun verði staðfest þannig að áfrýjanda verði gert að selja eitthvað af núverandi hlut sínum krefst hann þess að sá frestur sem honum var veittur í hinni kærðu ákvörðun til að gera breytingar á eignarhaldi sínu verði framlengdur til [...].¹

Af hálfu Hafnarfjarðarbæjar er þess aðallega krafist að hinni kærðu ákvörðun verði hrundið og breytt þannig að Orkuveitu Reykjavíkur verði heimilað að eiga allt að 31,227% hlut í Hitaveitu Suðurnesja. Til vara er þess krafist að Orkuveitu Reykjavíkur verði heimilað að eiga stærri eignarhlut en 3%. Til þrautavara er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Helstu málavextir

Í hinni kærðu ákvörðun er málavöxtum lýst þannig að með bréfi dags. 6. júlí 2007 hafi Samkeppniseftirlitið hafið rannsókn á viðskiptum með hlutabréf í Hitaveitu Suðurnesja hf. Samkvæmt upplýsingum í fjölmiðlum höfðu stórir hlutir í félaginu skipt um hendur í kjölfar útboðs einkavæðingarnefndar á hlut ríkisins í félaginu, m.a. hafi keppinautur hitaveitunnar komist yfir stóran eignarhlut. Óskaði Samkeppniseftirlitið eftir ýmsum gögnum tengdum viðskiptunum þar sem ástæða væri til að ætla að þessi viðskipti kynnu að raska samkeppni. Veruleg breyting hafði orðið á eigendahópi Hitaveitu Suðurnesja hf. Voru Orkuveita Reykjavíkur og Geysir Green Energy ehf. á meðal stærstu hluthafa félagsins í kjölfar breytinganna en höfðu áður ekki átt neitt. Hafði síðarnefnda fyrirtækið átt besta tilboð í hlut íslenska ríkisins í félagið. Neyttu eigendur Hitaveitu Suðurnesja hf. forkaupsréttar síns á hlutnum í kjölfar sölu ríkisins. Hófust af því nokkrar deilur sem lauk

¹ Trúnaðarmál.

með því að Orkuveita Reykjavíkur, Geysir Green Energy ehf., Hafnarfjarðarbær og Reykjanesbær eignuðust stærstan hluta í Hitaveitu Suðurnesja hf. og komu sér saman um viss meginatriði um stjórn félagsins. Með bréfi dags. 29. ágúst 2007 tilkynnti Samkeppniseftirlitið að til greina kæmi að þessi fyrirtæki færu með sameiginleg yfirráð yfir Hitaveitu Suðurnesja hf. Var því andmælt í svarbréfum aðila.

Samkeppniseftirlitið sendi Grindavíkurbæ, Hafnarfjarðarbæ, Reykjanesbæ, Hitaveitu Suðurnesja hf. og Orkuveitu Reykjavíkur andmælaskjal 25. febrúar 2008 þar sem komist var að þeirri frumniðurstöðu að eignarhlutur Orkuveitu Reykjavíkur í Hitaveitu Suðurnesja hf. raskaði samkeppni.

Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Hinn 16. apríl 2008 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun í málinu. Ákvörðunarorðin eru svohljóðandi:

„Með heimild í 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 beinir Samkeppniseftirlitið eftirfarandi fyrirmælum til Orkuveitu Reykjavíkur:

Orkuveitu Reykjavíkur er óheimilt að eiga meira en 3% eignarhlut í Hitaveitu Suðurnesja.

Orkuveita Reykjavíkur skal gera breytingar á eignarhaldi sínu í Hitaveitu Suðurnesja fyrir [...].² Þar til Orkuveita Reykjavíkur hefur gert breytingar á eignarhaldi sínu í Hitaveitu Suðurnesja er Orkuveitunni óheimilt að hafa áhrif á viðskiptalegar ákvarðanir Hitaveitunnar og taka við frá Hitaveitunni eða miðla til hennar hvers konar upplýsingum sem áhrif geta haft á samkeppni milli fyrirtækjanna.“

² Trúnaðarmál.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 30. maí 2008, athugasemdir Orkuveitu Reykjavíkur 5. júní 2008 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins 18. júní 2008. Af hálfu Hafnarfjarðarbæjar bárust ekki frekari athugasemdir en ítrekuð voru þau sjónarmið sem fram komu í kæru.

III.

Helstu sjónarmið málsaðila

Sjónarmið Orkuveitu Reykjavíkur

Af hálfu áfrýjanda eru gerðar athugasemdir við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Telur áfrýjandi að frestir eftirlitsins til að grípa til íhlutunar samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga vegna meints samruna hafi verið löngu liðnir er áfrýjanda barst erindi eftirlitsins dags. 21. janúar 2008. Er því fram haldið af hálfu áfrýjanda að Samkeppniseftirlitið hafi þá áttað sig á því að frestir til að grípa til íhlutunar á grundvelli 17. gr. laganna væru liðnir og hafi því ákveðið að „bæta við“ meintum brotum á 10. gr. laganna. Samkeppniseftirlitið hafi haft öll gögn varðandi kaup áfrýjanda undir höndum frá því 16. júlí 2007 og því í lófa lagið að taka ákvörðun mun fyrr. Vísar áfrýjandi til 9. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 máli sínu til stuðnings og telur að af þessum sökum beri að ógilda hina kærðu ákvörðun.

Áfrýjandi fellst ekki á að með kaupum á eignarhluta í Hitaveitu Suðurnesja hf. sé hann á einhvern hátt að beita áhrifum sínum innan félagsins til að hamla samkeppni. Telur áfrýjandi að um sé að ræða einhliða athafnir aðila sem falli utan 10. gr. samkeppnislaga. Kaupsamingur hafi verið gerður á milli áfrýjanda og þriðja aðila, sem ekki sé samkeppnisaðili áfrýjanda, hvorki beinn né óbeinn, og hafi sá samningur ekki verið á valdi Hitaveitu Suðurnesja hf. Hlutafjäreign ein og sér geti þannig ekki talist samningur í þeim skilningi að af honum leiði að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún takmörkuð eða henni raskað.

Áfrýjandi bendir á að samningar verði að hafa það að markmiði eða af þeim leiði að samkeppni sé raskað til að um brot á 10. gr. samkeppnislaga sé að ræða. Áfrýjandi telur svo ekki vera um þá samninga sem gerðir hafi verið um kaup á hlut áfrýjanda í Hitaveitu

Suðurnesja hf. Bendir áfrýjandi á að hann hafi ekki getað haft merkjanleg áhrif á háttsemi fyrirtækisins á markaði.

Áfrýjandi telur að með hliðsjón af skiptingu eignarhluta í Hitaveitu Suðurnesja hf. sé ekki unnt að halda því fram að 31,23% eða 16,58% eignarhlutur leiði til töluverðra áhrifa hans á rekstur fyrirtækisins. Hluthafahópur þess samanstandi nú þegar af tveimur stórum aðilum, þ.e. Reykjanesbæ með 34,75% eignarhlut og Geysir Green Energy ehf. með 32% eignarhlut. Sameiginlega geti því þessir tveir aðilar ráðið lögum og lofum í fyrirtækinu. Skipting stjórnarsæta, þar sem hann hafi einn til tvo fulltrúa, geti ekki leitt til þess að hann hafi töluverð áhrif á stjórnun fyrirtækisins.

Áfrýjandi mótmælir þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að almennt orðuð viljayfirlýsing hluthafa í Hitaveitu Suðurnesja hf. frá 11. júlí 2007 veiti honum áhrif á rekstur fyrirtækisins. Viljayfirlýsingin sé ekki skuldbindandi að efni til. Þá verði að hafa í huga þann aðdraganda sem hafi orðið að því að ákveðið hafi verið að rita undir viljayfirlýsinguna en henni hafi verið ætlað að koma á starfsfriði innan fyrirtækisins en ekki að sammælast um yfirráð.

Af hálfu áfrýjanda er ekki mótmælt þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að um samkeppni á tveimur mörkuðum sé að ræða, þ.e. annars vegar smásölu á raforku til almennings og fyrirtækja og hins vegar sölu á raforku til stóriðju. Áfrýjandi telur hins vegar fullyrðingar og ályktanir eftirlitsins um stöðu hans og Hitaveitu Suðurnesja hf. á markaðinum benda til takmarkaðs skilnings á uppbyggingu raforkumarkaðar.

Áfrýjandi mótmælir umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um samþjöppun á markaði og hinn svokallaða HHI stuðul. Hinn takmarkaði mælikvarði sem notast sé við þegar HHI stuðull sé reiknaður út miði að því að meta hver samþjöppun sé á markaði við samruna fyrirtækja. Mál það sem hér sé til umfjöllunar varði ekki samruna og því eigi öll umfjöllun um meinta samþjöppun ekki við í máli þessu.

Áfrýjandi telur Samkeppniseftirlitið misskilja skýrt orðalag 33. gr. samkeppnislaga og telji sig hafa ákveðið mat um gildi samninga. Telur áfrýjandi að ef samningur brjóti í bága við 10. gr. laganna sé hann einfaldlega ógildur.

Til stuðnings kröfu sinni um frest til gera breytingar á eignarhaldi sínu í Hitaveitu Suðurnesja hf. bendir áfrýjandi á að hann þurfi að selja 13,58% hlut í fyrirtækinu. Það sé eignarhlutur sem sé mjög verðmætur.

Sjónarmið Hitaveitu Suðurnesja

Af hálfu áfrýjanda er vísað til þess að í athugasemdum við 16. gr. frumvarps til samkeppnislaga komi m.a. fram að Samkeppniseftirlitið skuli beita úrræðum bæði til breytinga á atferli og skipulagi í hlutfalli við það brot sem framið hafi verið og nauðsynlegt telst til að stöðva það í reynd. Samkeppnisyfirvöldum beri að gæta þess að beita ekki í einstökum málum úrræðum sem séu óþarflega íþyngjandi fyrir viðkomandi fyrirtæki. Það úrræði sem Samkeppniseftirlitið hafi beitt í hinni kærðu ákvörðun sé út af fyrir sig í samræmi við þann fyrirvara sem Orkuveita Reykjavíkur hafi gert í viljayfirlýsingunni dags. 11. júlí 2007, um áskilnað sér til handa um „*rétt til þess að selja eignarhlut sinn komi til takmarkana af hálfu samkeppnisyfirvalda eða dómstóla.*“

Áfrýjandi leggur áherslu á að við mat á því hvort samningar á borð við þann sem Hafnarfjarðarbær og Orkuveita Reykjavíkur hafi gert sín á milli hafi skaðleg áhrif á samkeppni og brjóti þannig gegn 10. gr. samkeppnislaga verði að hafa í huga að það sé ekki í samræmi við ákvæði og markmið samkeppnislaganna að setja samningsfrelsi aðila of þröngar skorður. Það gæti þannig t.a.m. samrýmst tilgangi og markmiði samkeppnislaganna ágætlega ef Orkuveitu Reykjavíkur yrði heimilað að eiga rúmlega 30% hlut ef það sé gert með ítarlegum og tryggilegum skilyrðum um háttsemi Orkuveitu Reykjavíkur innan Hitaveitu Suðurnesja hf. sem tryggi það að ekki verði hætta á að af hljótist röskun á samkeppni á þeim markaði sem um sé að ræða.

Áfrýjandi mótmælir því sjónarmiði Orkuveitu Reykjavíkur að ekki sé kominn á gildur samningur milli aðila. Bendir áfrýjandi á að í kaupsamningnum frá 2. júlí 2007 hafi enginn fyrirvari verið hafður um samþykki samkeppnisyfirvalda.

Sjónarmið Samkeppniseftirlitsins

Um sjónarmið Orkuveitu Reykjavíkur

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því mótmælt að brotið hafi verið gegn stjórnsýslulögum við meðferð málsins. Þeir mánuðir sem hafi liðið frá því að rannsókn hafi hafist og þar til henni hafi lokið geti ekki á nokkurn hátt talist óeðlilega langur tími, enda hafi enginn ónauðsynlegur dráttur orðið málsmeðferðinni.

Vegna fullyrðingar áfrýjanda þess efnis að Samkeppniseftirlitið hafi fyrst með bréfi sínu frá 21. janúar 2008 komið fram með sjónarmið um hugsanlegt brot á 10. gr. samkeppnislaga bendir eftirlitið á að rannsókn málsins hafi hafist með bréfi þess til m.a. áfrýjanda dags. 6. júlí 2007. Hafi viðskipti með hluti í Hitaveitu Suðurnesja hf. verið tekin til skoðunar almennt á grundvelli samkeppnislaga og falli þar undir m.a. ákvæði 8., 10. og 17. gr. samkeppnislaga. Í bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 7. nóvember 2007 til m.a. áfrýjanda hafi verið tekið fram að 10. gr. samkeppnislaga gæti komið til álita. Þá hafi engin samrunaskrá borist Samkeppniseftirlitinu og því hafi enginn frestur samkvæmt 17. gr. laganna byrjað að líða í þessu máli.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að ekki sé fyllilega ljóst af rökstuðningi áfrýjanda hvers vegna hann telji samninga við tiltekna viðsemjendur um kaup hlutabréfa vera einhliða athafnir. Skýra verði hugtakið samningur í 10. gr. laganna rúmt. Þá taki samkeppnislög til hvers konar atvinnustarfsemi án tillits til þess hvort hún sé rekin af einstaklingum, félögum, opinberum aðilum eða öðrum, sbr. 2. gr. samkeppnislaga. Samningar um sölu á eignarhlut í fyrirtæki gegn endurgjaldi geti fallið undir 10. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í málinu liggi fyrir að áfrýjandi hafi á grundvelli samninga við m.a. Hafnarfjarðarbæ keypt umtalsverðan hlut í keppinauti sínum Hitaveitu Suðurnesja

hf. Í bréfi áfrýjanda frá 22. janúar 2008 komi fram að til „*kaupanna hafi verið stofnað á sínum tíma til að treysta Orkuveitu Reykjavíkur sem orkuframleiðanda og til að ná hagkvæmni í rekstri beggja fyrirtækjanna með samstarfi á ýmsum sviðum.*“ Í tengslum við þessi viðskipti á hlutum hafi áfrýjandi gert hluthafasamkomulag við Hafnarfjarðarbæ og Reykjanesbæ en áfrýjandi hafi keypt eignarhluti af þessum aðilum. Með samningi þessum hafi stærstu hluthafar Hitaveitu Suðurnesja hf. sammælt um tiltekna þætti í rekstri fyrirtækisins sem hafi veitt áfrýjanda möguleika til þess að hafa áhrif á stjórnun og rekstur þessa keppinautar síns eins og nánar sé rakið í hinni kærðu ákvörðun. Geti þetta haft augljós áhrif á samkeppni milli Hitaveitu Suðurnesja hf. og áfrýjanda og að mati Samkeppniseftirlitsins sé ljóst að þessir samningar falli undir gildissvið 10. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið telur umfjöllun áfrýjanda þess efnis að umræddir samningar raski ekki samkeppni í skilningi 10. gr. samkeppnislaga, þar sem þeir geti ekki haft merkjanleg áhrif á háttsemi Hitaveitu Suðurnesja hf., byggjast á misskilningi á samkeppnisreglum. Eftirlitið bendir á að frumforsenda þess að virk og eðlileg samkeppni geti ríkt milli keppinauta á tilteknum markaði sé að viðkomandi fyrirtæki séu sjálfstæð. Samningur sem leiði af sér eignarhald fyrirtækis á minni hluta hlutafjár í keppinauti sínum geti haft áhrif á sjálfstæði og þar með samkeppni milli viðkomandi fyrirtækja.

Hvað varðar fullyrðingar áfrýjanda þess efnis að engin sérstök rök hnígi að því að um sé að ræða samninga sem raski samkeppni, m.a. þar sem áfrýjandi hafi nær engin áhrif á rekstur Hitaveitu Suðurnesja hf. með hlut sínum þar sem hann hafi ekki yfirráð yfir fyrirtækinu, vísar Samkeppniseftirlitið til þess að málið sé ekki rekið á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga og í hinni kærðu ákvörðun sé engin afstaða tekin til þess hvort hann hafi náð yfirráðum, sér í lagi eða sameiginlega með öðrum. Það hafi heldur engin áhrif á beitingu 10. gr. laganna í málinu hvort áfrýjandi hafi öðlast umrædd yfirráð. Til skoðunar sé hvort eignarhlutur áfrýjanda raski samkeppni í skilningi ákvæðisins. Slík röskun á samkeppni felist m.a. í því að eignarhlutur áfrýjanda veiti félaginu tækifæri til þess að hafa áhrif á stjórnun keppinautar síns.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi geri ekki athugasemd við markaðsskilgreiningu eftirlitsins og ekki sé heldur að sjá að hann mótmæli því að fákeppni ríki á markaðnum. Hins vegar mótmæli áfrýjandi umfjöllun um samþjöppun á markaðnum og um HHI stuðullinn. Telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi misskilji samkeppnisreglur sem valdi því að röksemdir hans falli falli um sjálfar sig. HHI stuðullinn sé einnig notaður til þess að meta áhrif samkeppnishamlandi samninga.

Samkeppniseftirlitið telur tilvísanir áfrýjanda til þess að sérleyfis- og samkeppnisþættir raforkukerfisins lúti ólíkum lögmálum samkvæmt raforkulögum nr. 65/2003 ekki haggamati eftirlitsins. Þrátt fyrir að raforkulög mæli fyrir um háttsemi dreifiveitna af nokkurri nákvæmni, m.a. hvað varðar verðlagningu, haggi það ekki því að starfsemi áfrýjanda og Hitaveitu Suðurnesja hf. sé í meginatriðum lík.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga geti eftirlitið gripið til aðgerða gegn samningum og hvers konar athöfnum sem brjóti gegn 10. gr. samkeppnislaga. Geti þessar aðgerðir falið í sér hvers konar ráðstafanir sem nauðsynlegar séu til að stöðva brot. Telur Samkeppniseftirlitið að fyrirmæli í hinni kærðu ákvörðun rúmist innan þessarar heimildar.

Um sjónarmið Hafnarfjarðarbæjar

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er vísað til þess að áfrýjandi hafi ekki bent á nein atriði sem haggi við röksemdum eftirlitsins fyrir þeim aðgerðum sem mælt hafi verið fyrir um í hinni kærðu ákvörðun. Ekki fáist séð að hegðunarskilyrði geti leyst þau samkeppnislegu vandamál sem í eignarhluta Orkuveitu Reykjavíkur felist. Aðgerðir Samkeppniseftirlitsins hafi verið lögmætar og fái sjónarmið áfrýjanda um vernd eignarréttar og samingsfrelsi þar engu breytt.

IV. Niðurstaða

1

Málsmeðferð máls þessa er lýst í kæru Orkuveitu Reykjavíkur frá 14. maí 2008 og greinargerð Samkeppniseftirlitsins frá 30. maí 2008 svo og í öðrum gögnum málsins. Helstu atriðin eru þessi:

Með bréfi dags. 6. júlí 2007 hóf Samkeppniseftirlitið rannsókn á viðskiptum með hlutabréf í Hitaveitu Suðurnesja hf. Með bréfum dags. 29. ágúst 2007 gerði Samkeppniseftirlitið grein fyrir því frummati sínu að Hafnarfjarðarbær, Geysir Green Energy ehf., Reykjanesbær, og Orkuveita Reykjavíkur færu með sameiginleg yferráð yfir Hitaveitu Suðurnesja hf. Var þeim tilmælum beint til þessara aðila að tilkynna um samruna eða láta Samkeppniseftirlitinu í té gögn og sjónarmið sem sýndu fram á að 17. gr. samkeppnislaga ætti ekki við. Svarbréf aðila bárust í september 2007. Í þeim var því andmælt að 17. gr. laganna ætti við á þeim grundvelli að tengsl þeirra væru ekki með þeim hætti að telja mætti þá fara með sameiginleg yferráð yfir Hitaveitu Suðurnesja hf. hvorki á grundvelli löggernings né sameiginlegra hagsmuna.

Í byrjun október 2007 var tilkynnt í fjölmiðlum um samruna Reykjavík Energy Invest hf., dótturfélags Orkuveitu Reykjavíkur og Geysir Green Energy ehf., en bæði félögin áttu stóra hluti í Hitaveitu Suðurnesja hf. Hlutur Orkuveitu Reykjavíkur í Hitaveitu Suðurnesja hf. átti að renna inn í hið sameinaða félag. Taldi Samkeppniseftirlitið að með þessu hefðu forsendur rannsóknarinnar breyst verulega.

Fyrir liggur bréf LEX lögmannstofu frá 11. október 2007 þar sem Samkeppniseftirlitinu var tilkynnt um samruna Reykjavík Energy Invest hf. og Geysir Green Energy ehf. en þar segir:

„Orkuveita Reykjavíkur, móðurfélag REI, og GGE eiga hluti í Hitaveitu Suðurnesja hf. Það er einkum það sem gæti vakið athygli samkeppnisyfirvalda. Svo sem fram kemur í 7. gr. samrunasamningsins munu samrunaðilar vinna að skiptingu þess félags þannig að sameinað félag mun aðeins eiga eignarhlut í félagi sem framleiðir rafmagn og selur í heildsölu. Ljóst er að sameiginleg hlutdeild sameinaðs félags er þar óveruleg en Landsvirkjun er með yfirburðastöðu eða um 85% hlutdeild á þeim markaði.“

Í samrunatilkynningunni sem fylgdi bréfinu var þessum ráðagerðum lýst nánar. Kemur m.a. fram að fyrirhuguð uppskipting á Hitaveitu Suðurnesja hf. myndi koma í veg fyrir að samkeppnishömlur leiddu af samrunanum. Ástæða þessa væri sú að með þessum aðgerðum yrði slitið á öll eignatengsl milli Hitaveitu Suðurnesja hf. og Orkuveitu Reykjavíkur á markaðnum fyrir smásölu rafmagns.

Þann 7. nóvember 2007 sendi Samkeppniseftirlitið Orkuveitu Reykjavíkur og fleiri aðilum bréf vegna fyrrgreindra atriða. Var vísað til þess í bréfinu að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hefði verið komin nokkuð á veg þegar tilkynning hefði borist um að borgarráð hefði 2. nóvember 2007 hafnað samruna Reykjavík Energy Invest hf. og Geysir Green Energy ehf. Óskaði Samkeppniseftirlitið eftir tilteknum gögnum og upplýsingum til þess að geta haldið áfram umræddri rannsókn. Var í bréfinu tekið fram að eigna- og stjórnunartengsl orkufyrirtækja gætu komið til skoðunar á grundvelli 8. og 10. gr. samkeppnislaga. Með bréfi Reykjavík Energy Invest hf. frá 21. nóvember 2007 var staðfest að ekkert yrði af sameiningu fyrirtækisins og Geysir Green Energy ehf. Jafnframt voru veittar upplýsingar um þau atriði sem fram komu í bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 7. nóvember 2007.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ljóst af framangreindu að talsverðar hreyfingar voru fyrirhugaðar á eigendahópi Hitaveitu Suðurnesja hf. á þeim tíma er hér skiptir máli sem höfðu eða gátu haft áhrif á hvort fyrrgreindir aðilar færu með sameiginleg yfirráð yfir Hitaveitu Suðurnesja hf. Samkeppniseftirlitið hóf sem áður segir rannsókn sína á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga en þær forsendur breyttust undir rekstri málsins þannig

að ekki var lengur talið líklegt að um sameiginleg yfirráð yfir Hitaveitu Suðurnesja hf. kynni að vera að ræða heldur að eignarhald Orkuveitu Reykjavíkur væri skaðlegt samkeppni samkvæmt 10. gr. sömu laga. Verður ekki betur séð en að Samkeppniseftirlitið hafi breytt stefnu sinni um þetta atriði strax eða fljótlega eftir að tilefni varð til með bréfi 7. nóvember 2007. Telja verður að Samkeppniseftirlitinu hafi verið heimilt að breyta rannsókninni í tilefni af nýjum upplýsingum og laga hana að þeim. Verður ekki talið að ástæða sé til að ómerkja hina kærðu ákvörðun af þessum sökum.

2

Samkvæmt því sem fram kemur í skjölum máls þessa og hinn kærðu ákvörðun eru helstu málavextir þessir:

Með samningum í júní og júlí 2007 keypti Orkuveita Reykjavíkur eignarhluti í Hitaveitu Suðurnesja hf. af Grindavíkurkaupstað, Hafnarfjarðarbæ og Reykjanesbæ og eignaðist þar með 16,5822% hlutafjár í fyrirtækinu. Að auki kemur fram í samningi Orkuveitu Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbæjar dags. 2. júlí 2007 að Hafnarfjarðarbær geti á næstu sex mánuðum ákveðið að selja Orkuveitu Reykjavíkur hlutafé bæjarins í Hitaveitu Suðurnesja hf., allt eða að hluta. Var um að ræða allt að 15,4178% hlut í Hitaveitu Suðurnesja hf. sem Orkuveitu Reykjavíkur var þannig skylt að kaupa ef krafa kæmi fram um það að hálfu Hafnarfjarðarbæjar. Sú krafa hefur síðan komið fram en ekki hefur orðið úr efndum vegna óvissu um úrslit máls þessa.

Fyrir liggur einnig að Hafnarfjarðarbær, Reykjanesbær, Orkuveita Reykjavíkur og Geysir Green Energy ehf. gerðu með sér samkomulag, sem hér verður einnig nefnt hluthafasamkomulag, dags. 11. júlí 2007 sem bar heitið „*Viljayfirlýsing um samstarf neðangreindra aðila í Hitaveitu Suðurnesja hf. (HS hf.)*“. Í því kemur m. a. fram sameiginleg sýn aðila á stjórnun og verkefni Hitaveitu Suðurnesja hf. Þar segir svo um eignarhlut í félaginu:

„Aðilar eru sammála um að hlutur Reykjanesbæjar verði 34,748%, hlutur OR 16,5822%, hlutur HFJ 15,4178% og GGE 32% nema allir aðilar komist að annarri skiptingu eignaraðildar. Aðilum er kunnugt um að HFJ hefur sölurétt á hlut sínum í fyrirtækinu til OR, samtals 15,4178% og yrði eignarhlutur OR þar með 32% eins og nánar er greint frá síðar í viljayfirlýsingu þessari. Gert er ráð fyrir að nokkur sveitarfélög vilji halda 1,252% eignarhlut í HS, samkvæmt gerðum samningum.“

Í samkomulaginu er einnig mælt fyrir um að stjórn Hitaveitu Suðurnesja hf. verði skipuð sjö mönnum, þremur frá Reykjanesbæ, tveimur frá Geysir Green Energy ehf., einum frá Orkuveitu Reykjavíkur og einum frá Hafnarfjarðarbæ. Er tekið fram að stjórnarmaður Orkuveitu Reykjavíkur skuli ekki vera úr hópi stjórnarmanna eða starfsmanna Orkuveitu Reykjavíkur eða tengjast fyrirtækinu með beinum hætti. Fram kemur einnig að í hluthafasamkomulaginu felist að komi til sölu á hlut Hafnarfjarðarbæjar til Orkuveitu Reykjavíkur muni Reykjanesbær og Geysir Green Energy ehf. ekki nýta sér forkaupsréttarheimild sína að þeim hlut „og verður eignarhlutur OR í Hitaveitu Suðurnesja hf. þar með orðinn 32% enda nýti aðrir forkaupsréttarhafar ekki heimild sína á neina samninga heldur.“

Með bréfi dags. 20. desember 2007 til Orkuveitu Reykjavíkur tilkynnti Hafnarfjarðarbær að hann myndi nýta sér umrætt ákvæði um sölurétt á bréfum í Hitaveitu Suðurnesja hf. Var í því sambandi sérstaklega vísað til þess að þessi ákvörðun bæjarins sé jafnframt tekin á grundvelli „hluthafasamkomulagsins“ frá 11. júlí 2007 þar sem fram komi að Reykjanesbær og Geysir Green Energy ehf. muni ekki nýta sér forkaupsréttarheimild sína.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því haldið fram að framangreindir samningar feli það í sér að Orkuveita Reykjavíkur hafi töluverð áhrif á stjórnun Hitaveitu Suðurnesja hf. bæði á grundvelli eignarhluta Orkuveitu Reykjavíkur í Hitaveitu Suðurnesja hf. og þess að með hluthafasamkomulaginu frá 11. júlí 2007 hafi helstu hluthafar í Hitaveitu Suðurnesja hf.

sammælt um mikilvæg atriði sem tengjast eignarhaldi, rekstri og stjórnun Hitaveitu Suðurnesja hf. Hafa beri einnig í huga að Orkuveita Reykjavíkur hafi upplýst að tilgangur kaupanna í Hitaveitu Suðurnesja hf. hafi verið sá að stuðla að samvinnu milli fyrirtækjanna á ýmsum sviðum. Allt sé þetta andstætt samkeppnislögum og gefi ástæðu til íhlutunar samkvæmt lögunum.

Báðir áfrýjendur hafa hins vegar mótmælt hinni kærðu ákvörðun bæði á þeim grundvelli að lagalegar forsendur hennar standist ekki auk þess sem íhlutunin hafi gengið of langt. Er vísað nánar í kafla III um þessar málsástæður og lagarök.

4

Markmið gildandi raforkulaga nr. 65/2003 koma fram í 1. gr. laganna en þau eru að stuðla að þjóðhagslega hagkvæmu raforkukerfi og efla þannig atvinnulíf og byggð í landinu. Enn fremur segir að í þessu skyni skuli:

- 1. Skapa forsendur fyrir samkeppni í vinnslu og viðskiptum með raforku, með þeim takmörkunum sem nauðsynlegar reynast vegna öryggis raforkuafhendingar og annarra almannahagsmuna.*
- 2. Stuðla að skilvirkni og hagkvæmni í flutningi og dreifingu raforku.*
- 3. Tryggja öryggi raforkukerfisins og hagsmuni neytenda.*
- 4. Stuðla að nýtingu endurnýjanlegra orkugjafa og taka tillit til umhverfissjónarmiða að öðru leyti.*

Lögin taka til vinnslu, flutnings (þ.e. flutning til byggða), dreifingar (þ.e. flutnings frá byggð til neytenda), og viðskipta með raforku og mæla raforkulögin nánar fyrir um afmörkun fyrrgreindrar starfsemi sem á sér stað á raforkumarkaði. Gera lögin ráð fyrir því að flutningur og dreifing rafmagns sé háð sérleyfum en að framleiðsla rafmagns og viðskipti með það sé hverjum sem er heimil með tilteknum skilyrðum og að þar með sé um samkeppnisstarfsemi að ræða. Lögunum er síðan skipt niður í kafla þar sem fjallað er um hvern flokkinn fyrir sig. Höfð er hliðsjón af þessari skiptingu við ákvörðun markaða.

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hugtakið staðganga skírskotar til vöru eða þjónustu sem að fullu eða að verulegu leyti getur komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Samkvæmt þessu er markaðurinn skilgreindur með tvennum hætti, þ.e. annars vegar með tilliti til þeirrar vöru eða þjónustu sem um er að ræða og hins vegar með tilliti til þess markaðssvæðis (landssvæðis) sem til greina kemur. Markaðssvæðið er þá ákvarðað út frá sömu meginþingarmíðum, þ.e. svæði þar sem samkeppnisskilyrði eru nægjanlega lík til þess að unnt sé að greina þau frá öðrum svæðum í samkeppnislegu tilliti. Í samkeppnisrétti er það viðtekin venja að skilgreina markaðinn út frá sjónarmiði neytenda með hliðsjón af landsvæði og eiginleika vöru eða þjónustu, verði hennar og notkun og eru sem fyrr segir staðgöngusjónarmið þar aðalatriði sem til skoðunar koma.

Samkvæmt þessu er því rétt að skilgreina tiltekinn markað út frá landsvæði og vörum eða þjónustu og staðgönguvörum eða staðgönguþjónustu eins og þessi atriði horfa við út frá sjónarmiði neytenda. Sá markaður sem verður fyrst og fremst fyrir áhrifum eða er líklegur að verða fyrir áhrifum af tiltekinni aðgerð eða aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækis út frá þessum sjónarmiðum verður samkvæmt þessu talinn falla undir efnislýsingu 4. gr. samkeppnislaga. Skilgreiningar af þessu tagi geta þó ekki orðið nákvæmar. Því verða þær aðeins notaðar til viðmiðunar og verður svo gert hér.

Í hinni kærðu ákvörðun er komist að þeirri niðurstöðu, m.a. með hliðsjón af ákvörðun eftirlitsins í máli nr. 49/2006, *Stofnun Orkusölnunnar ehf.*, að smásala á raforku til almennings og smærri fyrirtækja teljist sérstakur markaður og markaðurinn fyrir sölu á raforku til stórnotenda teljist annar markaður. Þessum markaðsskilgreiningum hefur ekki verið mótmælt. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur hana samrýmast þeim sjónarmiðum sem reifuð hafa verið hér að framan enda má ætla að þessi markaður verði fyrst og fremst fyrir áhrifum ef umræddir gerningar ná óbreyttir fram að ganga. Verður hún því lögð til grundvallar.

Þar sem allt raforkukerfið myndar eitt net sem teygir sig um Ísland telur Samkeppniseftirlitið að sá landfræðilegi markaður sem hér skiptir máli skipti sé landið allt. Á þessa niðurstöðu getur áfrýjunarnefnd samkeppnismála einnig fallist.

6

Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að bæði Orkuveita Reykjavíkur og Hitaveita Suðurnesja hf. selji raforku í mjög miklum mæli til heimila og smærri fyrirtækja. Stærstur hluti samkeppnisrekstrar Orkuveitu Reykjavíkur og Hitaveitu Suðurnesja hf. fari fram á markaðnum fyrir smásölu á raforku til almennings og smærri fyrirtækja. Á þeim markaði eigi Orkuveita Reykjavíkur og Hitaveita Suðurnesja hf. þó nokkra keppinauta og sé Orkusalan þeirra stærst. Fram kemur einnig að sameiginleg hlutdeild Orkuveitu Reykjavíkur og Hitaveitu Suðurnesja hf. sé í kringum 60% á hinum skilgreinda markaði.

Áfrýjunarnefndin telur með þeim rökum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun að hér sé um að ræða samþjappaðan fákeppnismarkað sem sé viðkvæmur fyrir áhrifum.

7

Fallist er á niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins í kafla II í hinni kærðu ákvörðun um að 10. og 16. gr. samkeppnislaga geti verið lagagrundvöllur gegn aðgerðum af því tagi sem í málinu greinir og þar með orðið grundvöllur íhlutunar. Hugtakið samningar og samþykktir í 10. gr. samkeppnislaga ber að skýra rúmt, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 frá 30. október 2004 (Sölufélag garðyrkjumanna svf. o.fl. gegn samkeppnisráði) og þannig að það taki til allra samninga sem eru til þess fallnir að hafa áhrif á samkeppni án tillits til þess hverjir viðsemjendur eru. Í þessu sambandi þykir og ljóst að samningar um sölu eignarhlutar í fyrirtæki geta fallið þarna undir og styður d. liður 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga þá niðurstöðu.

Af greininni leiðir ekki heldur að ógilda þurfi ákvæði í samningum önnur en þau sem eru andstæð ákvæðum hennar. Það er hins vegar skilyrði að það sé markmið samninganna eða samþykktanna eða það leiði af þeim að samkeppni verði raskað.

8

Í hinni kærðu ákvörðun segir að eignarhald Orkuveitu Reykjavíkur að Hitaveitu Suðurnesja hf. megi rekja til sölu ríkisins á hlut sínum í Hitaveitu Suðurnesja hf. Í mars 2007 var tilkynnt að 15% eignarhlutur ríkisins í Hitaveitu Suðurnesja hf. yrði boðinn til sölu. Í fréttatilkynningu vegna tilhögunar sölunnar frá framkvæmdarnefnd um einkavæðingu hafi komið fram að íslensk orkufyrirtæki í opinberri eigu mættu ekki bjóða í hlut ríkisins. Hafi sagt orðrétt: „*Loks mega íslensk orkufyrirtæki í opinberri eigu, þ.e. þau félag sem stunda starfsemi sem fellur undir raforkulög nr. 65/2003, ekki bjóða í eignarhlut íslenska ríkisins. Sama gildir um dótturfélög framangreindra fyrirtækja og önnur félag þar sem þau fara með yfirráð í skilningi samkeppnislaga.*“

Enn fremur liggur fyrir í skjölum málsins bréf lögmanns Orkuveitu Reykjavíkur frá 22. janúar 2008 til Samkeppniseftirlitsins þar sem fram kemur að að gera verði ráð fyrir að til kaupanna hafi verið stofnað á sínum tíma til að treysta Orkuveitu Reykjavíkur sem orkuframleiðanda og til að ná hagkvæmni í rekstri beggja fyrirtækjanna með samstarfi á ýmsum sviðum.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar hefur framangreint þýðingu við mat þeirra atriða sem fjallað er um í liðum 9 og 10.

9

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að eignarhlutur Orkuveitu Reykjavíkur í Hitaveitu Suðurnesja hf. og umrætt hluthafasamkomulag leiði til þess að Orkuveita Reykjavíkur hafi töluverð áhrif á stjórnun Hitaveitu Suðurnesja hf. og að eignarhlutur

Orkuveitu Reykjavíkur sé auk þess til þess fallinn að hafa áhrif á rekstrarafkomu Hitaveitu Suðurnesja hf. Hvort tveggja er til þess fallið að skaða samkeppni.

Þessi áhrif myndu aukast ef kaupin af Hafnarfjarðarbæ næðu fram að ganga en þá yrði hlutur Orkuveitu Reykjavíkur í Hitaveitu Suðurnesja hf. meiri en 30% af heildarhlutafé eins og réttilega er bent á í hinni kærðu ákvörðun.

Áhrifin felast m.a. í því að í samkomulaginu er gert ráð fyrir tiltekinni skiptingu á þorra hluta í Hitaveitu Suðurnesja hf. milli nafngreindra aðila og að þeirri skiptingu verði ekki raskað nema með samkomulagi hlutaðeigandi aðila. Þá gerir samkomulagið ráð fyrir að Orkuveita Reykjavíkur skuli skipa fulltrúa í stjórn Hitaveitu Suðurnesja hf. óháðan Orkuveitu Reykjavíkur. Í því felist að fulltrúinn skuli ekki koma úr hópi starfsmanna Orkuveitu Reykjavíkur. Þrátt fyrir að fulltrúinn sé óháður Orkuveitu Reykjavíkur er hættan sú að greið leið geti myndast fyrir streymi upplýsinga um rekstur Hitaveitu Suðurnesja hf. til Orkuveitu Reykjavíkur, t.d. upplýsingar um kostnað, verð, tilboð í útboðum, fyrirætlanir og annað sem máli skiptir. Loks er kveðið á um samstarf samningsaðila á sviði rannsóknar- og þróunarverkefna og í samfélagslegu tilliti. Síðastgreint atriði er að sönnu almennt ekki andstætt samkeppnislögum eitt og sér en telst þó varhugavert í því samhengi sem þau eru sett fram hér. Síðast en ekki síst ber að nefna þá hlutdeild sem Orkuveita Reykjavíkur fær í hagnaði Hitaveitu Suðurnesja hf. vegna eignaraðildar sinnar. Eignaraðild af því tagi sem í málinu greinir dregur almennt úr vilja til að ástunda samkeppni og á það sérstaklega við á viðkvæmum mörkuðum eins og um ræðir í máli þessu.

Samantekið eru aðalatriðin þau að mati áfrýjunarnefndarinnar að félögin tvö, Orkuveita Reykjavíkur og Hitaveita Suðurnesja hf., hafa sameiginlega sterka stöðu á hinum skilgreinda markaði en þó má þess geta að þriðja fyrirtækið, Orkusalan, sem er dótturfélag Rafmagnsveitna ríkisins, hefur einnig talsverða markaðshlutdeild og því sterka stöðu. Áhrif áfrýjanda Orkuveitu Reykjavíkur í Hitaveitu Suðurnesja hf. með

eignaraðild sinni og fyrir tilstilli hluthafasamkomulagsins á stjórn Hitaveitu Suðurnesja hf. teljast veruleg. Sú samfléttun Orkuveitu Reykjavíkur og Hitaveitu Suðurnesja hf. sem orðin er og stefnt er að er til þess fallin að draga úr hvata til samkeppni á hinum skilgreinda markaði og gera líklegt að eftir standi einungis skaðleg fákeppni á honum. Með þessum athugasemdum má staðfesta þau sjónarmið sem fram koma í kafla II.5 í hinni kærðu ákvörðun um að umrætt eignarhald og tengsl Orkuveitu Reykjavíkur í Hitaveitu Suðurnesja hf. sé til þess fallið að leiða til röskunar á samkeppni í andstöðu við 10. gr. samkeppnislaga.

11

Áfrýjunarnefndin lítur svo á að við beitingu 16. gr. samkeppnislaga skuli meðalhófsreglu gætt enda koma slík sjónarmið út af fyrir sig fram í ákvæðinu. Áfrýjunarnefndin telur svo sem að framan greinir að mikil samþjöppun sé á umræddum markaði og hann því viðkvæmur og talsverð hættu á samræmdum aðgerðum keppinauta. Er ekki líklegt að skilyrði um stjórnarsetu, upplýsingaskipti eða önnur slík atriði geti komið að gagni við þessar aðstæður.

Hins vegar vekur áfrýjunarnefndin athygli á því að 10% eignarhlutur eða stærri skapar tiltekin réttindi fyrir rétthafa í algengustu og mikilvægum félögum, þ.e. hlutafélögum og einkahlutafélögum, sem teljast þýðingarmikil, sbr. t.d. 1. mgr. 8. gr., 1. mgr. 55. gr., 2. mgr. 63. gr. a, 6. mgr. 63. gr., 85. gr., 1. mgr. 97. gr. og 2. mgr. 101. gr. hlutafélagalaga. Svipað er að segja um lög um einkahlutafélög. Er ekki óeðlilegt að miðað sé við þetta mark bæði fyrir þessi og önnur fyrirtæki nema sérstaklega standi á.

Þykir því eftir atvikum rétt að taka mið af þessu þrátt fyrir að hagnaðarhlutdeild og hagnaðarvon sé nokkur í því máli sem hér er til meðferðar. Að virtum þessum sjónarmiðum er það mat áfrýjunarnefndarinnar að Orkuveitu Reykjavíkur sé óheimilt að eiga hlut í Hitaveitu Suðurnesja hf. sem nemur 10% eða meira og er þá miðað við að

engin sérrettindi fylgi slíkum hlut. Orkuveita Reykjavíkur skal gera umrædda breytingu á eignarhaldi sínu í Hitaveitu Suðurnesja hf. fyrir [...].³

12

Varakrafa Orkuveitu Reykjavíkur lýtur að hluta til að því að samningur milli Orkuveitu Reykjavíkur og Hafnarfjarðarbæjar um sölurétt þess síðarnefnda á allt að 14,4% eignarhlut í Hitaveitu Suðurnesja hf. verði ógiltur snertir ekki það úrlausnarefni sem tekið var til meðferðar í hinni kærðu ákvörðun. Af þeim sökum kemur hún heldur ekki til sérstakrar skoðunar fyrir áfrýjunarnefndinni.

13

Úrslit málsa þessa eru því þau að staðfest er niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar með þeim breytingum að Orkuveitu Reykjavíkur er óheimilt að eiga hlut í Hitaveitu Suðurnesja hf. sem nemur 10% eða meira og skal Orkuveita Reykjavíkur gera umrædda breytingu á eignarhaldi sínu í Hitaveitu Suðurnesja hf. fyrir [...].⁴

Úrskurðarorð

Orkuveitu Reykjavíkur er óheimilt að eiga hlut í Hitaveitu Suðurnesja hf. sem nemur 10% eða meira.

Orkuveita Reykjavíkur skal gera umrædda breytingu á eignarhaldi sínu í Hitaveitu Suðurnesja hf. fyrir [...].⁵

Að teknu tilliti til breyttra tímamarka eru ákvörðunarorð Samkeppniseftirlitsins í máli þessu að öðru leyti staðfest.

³ Trúnaðarmál.

⁴ Trúnaðarmál.

⁵ Trúnaðarmál.

Reykjavík, 2. júlí 2008

Stefán Már Stefánsson

Anna Kristín Traustadóttir

Helgi I. Jónsson