



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Miðvikudagur, 16. apríl 2008  
Ákvörðun nr. 23/2008

## **Kaup Orkuveitu Reykjavíkur á hlut í Hitaveitu Suðurnesja**

### **I.**

#### **Málavextir og málsmeðferð**

Með bréfi, dags. 6. júlí 2007, hóf Samkeppniseftirlitið rannsókn á viðskiptum með hlutabréf í Hitaveitu Suðurnesja (HS). Samkvæmt upplýsingum í fjölmiðlum höfðu stórir hlutir í félaginu skipt um hendur í kjölfar útboðs einkavæðingarnefndar á hlut ríkisins í félaginu. Í fjölmiðlum kom m.a. fram að keppinautur HS hefði komist yfir stóran eignarhlut. Óskaði Samkeppniseftirlitið eftir ýmsum gögnum tengdum viðskiptunum þar sem stofnunin taldi ástæðu til að ætla að þessi viðskipti kynnu að raska samkeppni.

Veruleg breyting hafði orðið á eigendahópi HS. Voru Orkuveita Reykjavíkur (OR) og Geysir Green Energy (GGE) á meðal stærstu hluthafa félagsins í kjölfar breytinganna en höfðu áður ekki átt neitt. Hafði GGE átt besta tilboð í hlut íslenska ríkisins í félagið. Neyttu eigendur HS hins vegar forkaupsréttar síns á hlutnum í kjölfar sölu ríkisins. Hófust af því nokkrar deilur sem lauk með því að OR, GGE, Hafnarfjarðarbær og Reykjanesbær eignuðust lunga alls hlutafjár í HS og komu sér saman um viss meginatriði um stjórn félagsins.

Með bréfi, dags. 29. ágúst sl., tilkynnti Samkeppniseftirlitið að stofnunin teldi að til greina kæmi að Hafnarfjörður, Reykjanesbær, GGE og OR færu með sameiginleg yferráð yfir HS. Var því andmælt í svarbréfum aðila.

Sjónarmið GGE var að finna í bréfi, dags. 12. september 2007. Í bréfinu sagði m.a. að tvær blokkir hefðu myndast innan HS sem tekist hefðu á um yferráðin, annars vegar Hafnarfjarðarbær og OR og hins vegar GGE og Reykjanesbær. Var undirrituð viljayfirlýsing um framtíð HS til þess að setja niður deilurnar. Taldi GGE að einfalt samkomulag af því tagi fullnægði ekki þeim skilyrðum sem gera yrði til samkomulags sem stofnaði til sameiginlegra yferráða enda væri ekki að finna nein ákvæði um neitunarvald eða annað þess háttar í hluthafasamkomulaginu. Bréf



barst frá Reykjanesbæ, dags. 13. september 2007, í hverju tekið var undir sjónarmið GGE.

Í bréfi OR frá 19. september 2007 kom fram að enginn aðila málsins gæti haft úrslitaáhrif á ákvarðanatöku, hvorki í skjóli meirihluta né með beitingu neitunarvalds. Taldi félagið jafnframt að sá löggerningur sem í gildi væri milli fjögurra stærstu hluthafa HS hefði ekki mjög skuldbindandi gildi svo sem merkja mátti af orðalagi hans.

Í byrjun október 2007 var tilkynnt í fjölmiðlum um samruna Reykjavík Energy Invest (REI), dótturfélags OR og GGE, en bæði félögin áttu stóra hluti í HS. Hlutur OR í HS átti að renna inn í hið sameinaða félag. Breyttust því forsendur rannsóknar Samkeppniseftirlitsins verulega. Með bréfi, dags. 7. nóvember 2007, óskaði Samkeppniseftirlitið því enn eftir gögnum vegna rannsóknar málsins. Var í bréfinu tekið fram að eigna- og stjórnunartengsl orkufyrirtækja gætu komið til skoðunar á grundvelli 8. og 10. gr. samkeppnislaga. Hefði orðið af samruna GGE og REI hefði sameinað félag átt afar stóran hlut í HS og þar með OR óbeint. Þrátt fyrir að félögin sameinist ekki er ljóst að hlutur OR í HS er afar stór.

Með bréfi OR frá 21. nóvember 2007 var greint frá því að ekkert yrði af sameiningu REI og GGE.

Í lok ársins 2007 var tilkynnt að Hafnarfjarðarbær hygðist nýta sér rétt til sölu á þorra hlutar síns í HS til OR en um þann sölurétt hafði verið samið um mitt árið. Af þeim sökum sendi Samkeppniseftirlitið Hafnarfjarðarbæ og OR bréf, dags. 21. janúar sl., með ósk um frekari gögn. Í bréfinu kom jafnframt fram að til greina kæmi að taka ákvörðun í málinu á grundvelli 8. og/eða 10. gr. samkeppnislaga. Barst svar OR þann 22. janúar sl. en svar barst ekki frá Hafnarfjarðarbæ. Í svarbréfi OR kemur meðal annars eftirfarandi fram:

*„Fyrirætlanir verðandi meirihluta eru ekki kunnar en gera verður 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.“*

Samkeppniseftirlitið sendi Grindavíkurbæ, Hafnarfjarðarbæ, Reykjanesbæ, HS og OR andmælaskjal þann 25. febrúar 2008. Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að eignarhlutur OR í HS raskaði samkeppni. Gaf Samkeppniseftirlitið aðilum frest til þess að koma að athugasemdum fram til 10. mars 2008.

Með bréfi, dags. 7. mars sl., greindi OR frá því að í ljósi andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins hefðu forsendur væntanlegra kaupa á 95% eignarhlut Hafnarfjarðarbæjar í HS raskast verulega. Í bréfinu var og upplýst að OR hefði tilkynnt Hafnarfjarðarbæ að ekki væri unnt að svo stöddu að ganga til samninga um umrædd kaup. Einnig var greint frá því að í hluthafasamkomulaginu frá 11. júlí 2007 hafi verið tiltekið að kæmu fram takmarkanir af hálfu samkeppnisyfirlalda myndu aðilar samkomulagsins leita leiða varðandi eignarhald



á HS. Þá kom einnig fram í bréfinu að nú þegar væri hafin vinna til að finna lausn á þessu máli. Í ljósi þessa var óskað eftir frekari fresti til þess að koma að sjónarmiðum við andmælskjalið.

Með tölvubréfi, dags. 7. mars sl., óskaði Hafnafjarðarbær einnig eftir frekari fresti til að koma að sjónarmiðum við andmælskjalið. Var ástæða þeirrar beiðni sögð vera sú að bærinn, OR, GGE og Reykjanesbær ættu í viðræðum sem gætu leitt til niðurstöðu um annað eignarfyrirkomulag í HS.

Í bréfi OR frá 25. mars 2008 var greint frá því að viðræður hafi átt sér stað milli GGE, Hafnafjarðarbæjar, OR og Reykjanesbæjar um breytingar til að tryggja að eignarhald á HS samræmist samkeppnislögum. Engin niðurstaða hafi hins vegar náðst í þeim viðræðum. Tekið var fram að OR telji sér ekki stætt á því að kaupa meira hlutafé af Hafnafjarðabæ í HS þar til Samkeppniseftirlitið hafi lokið afgreiðslu máls þessa. Þá sagði að stjórnarmaður sá sem situr í stjórn HS fyrir hönd OR sé algerlega óháður OR og hafi hann ekki samband við OR og upplýsi félagið ekki um það sem gerist á stjórnarfundum OR. OR hafi því engin áhrif á daglega stjórn HS og engin hætta sé á því að upplýsingar flæði milli fyrirtækjanna. Hlutur OR í HS sé því aðeins fjárfesting.

Í svarbréfi GGE frá 26. mars 2008 kom fram að félagið teldi málefni HS hafa verið í uppnámi vegna þeirra hræringa sem urðu eftir sölu ríksins á hlut sínum og að því hafi verið undirrituð viljayfirlýsing um málefni félagsins til þess að binda enda á deilur um HS. Aðilar hennar hafi hins vegar verið meðvitaðir um þau samkeppnislegu vandamál sem aðkoma OR að HS skapaði. Sökum þessa hafi fyrirvari um takmarkanir eða hindranir af hálfu samkeppnisyfirvalda komið fram í umræddri viljayfirlýsingu GGE, OR, Hafnafjarðarbæjar og Reykjanesbæjar. Þá kom fram að GGE telji umrædda viljayfirlýsingu ekki vera skuldbindandi og félagið kunni að framkvæma tilteknar aðgerðir sem fari gegn efnisinntaki hennar. Þá sagði í svarinu:

*„Eins og að ofan greinir hefur umbjóðandi okkar ekki haft neitt samstarf við Orkuveitu Reykjavíkur í þessu máli. Umbjóðandi okkar getur að mörgu leyti fallist á þau sjónarmið sem fram koma í andmælskjali Samkeppniseftirlitsins. Þannig liggur fyrir að aðkoma Orkuveitu Reykjavíkur að HS skapar ákveðin samkeppnisleg vandkvæði. Felast þau m.a. í því að Orkuveita Reykjavíkur öðlast tengsl við annan af sínum helstu keppinautum.“*

Telur GGE að hvorki félagið né HS hafi aðhafst nokkuð sem brýtur í bága við 10. eða 17. gr. samkeppnislaga. Aðkoma OR að HS hafi verið í óþökk félagsins.

Athugasemdir Hafnafjarðarbæjar bárust 1. apríl 2008. Í þeim var fyrst og fremst fjallað um samningssamband OR og Hafnafjarðar. Þannig kom meðal annars fram að í samningi um fyrirhugaðar breytingar á eignarhaldi væri ekki að finna neinn áskilnað eða fyrirvara um afstöðu Samkeppniseftirlitsins.



Hafnarfjarðarbær vísaði einnig til þess að Samkeppniseftirlitið teldi 30% hlut OR í HS raska samkeppni á raforkumarkaði, sbr. andmælaskjal þess. Þá var jafnframt bent á að Samkeppniseftirlitinu væri heimilt skv. 16. gr. samkeppnislaga að beita ýmis konar úrræðum til lausnar samkeppnislegra vandamála og skyldi stofnunin jafnan velja hið minnst íþyngjandi úrræði sem náð getur því markmiði sem að er stefnt. Telur Hafnarfjarðarbær því að Samkeppniseftirlitið eigi ekki að ógilda samninga OR og Hafnarfjarðar um kaup þess fyrrnefnda á hlut þess síðarnefnda í HS. Hins vegar telur Hafnarfjarðarbær að

*„...fyrirmæli um sölu á einhverjum hluta af eignarhlut OF í HS sé útaf fyrir sig í samræmi við þann fyrirvara sem OR gerði 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“. Reyndar stóð aldrei annað til en að OR seldi hluta sinn í HS sbr. minnisblað stjórnarformanns REI eftir fund 22. september 2007 ...“.*

Einnig er bent á að ákvæði samkeppnislaga megi ekki setja samningsfrelsi aðila of þröngar skorður.

Í bréfi Grindavíkurkaupstaðar frá 12. mars 2008 voru færð fyrir því rök að samningur sveitarfélagsins um sölu á hlutafé í HS hafi ekki brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Kom einnig fram að ef Samkeppniseftirlitið teldi þörf á íhlutun í málinu ætti hún að vera í formi skilyrða eða með því að mæla fyrir um sölu OR á hlutabréfum í HS eins og gert sé ráð fyrir í viljayfirlýsingunni frá 11. júlí 2007.

## II.

### Niðurstaða

Í máli þessu liggur fyrir að talsverðar breytingar hafa átt sér stað á eignarhaldi Hitaveitu Suðurnesja (HS). Í þeim felst m.a. að Orkuveita Reykjavíkur (OR) hefur orðið stór hluthafi í HS en þessi fyrirtæki eru keppinautar á raforkumarkaði. Í þessu máli verður tekið til skoðunar hvort umrædd viðskipti fari gegn 10., sbr. 8. gr. samkeppnislaga. Verður fyrst vikið að efnisinnihaldi þeirra ákvæða samkeppnislaga.

#### 1. Ákvæði 8. og 10. gr. samkeppnislaga

Í 8. gr. samkeppnislaga segir að hlutverk Samkeppniseftirlitsins sé m.a.:

*„að fylgjast með þróun á samkeppnis- og viðskiptaháttum á einstökum mörkuðum í íslensku viðskiptalífi og kanna stjórnunar- og eignatengsl á milli fyrirtækja; skal þetta gert m.a. í því skyni að meta hvort í íslensku viðskiptalífi sé að finna einkenni hringamyndunar, óæskilegra tengsla eða valdasamþjöppunar sem takmarkað geta samkeppni; stofnunin skal birta skýrslur um athuganir sínar og grípa til aðgerða til að stuðla að virkri samkeppni þar sem það er nauðsynlegt.“*

Í greinargerð með ákvæðinu er vísað í greinargerð með sambærilegu ákvæði í eldri samkeppnislögum nr. 8/1993, en í greinargerðinni segir:



*„Mikilvægt er að samkeppnisyfirvöld framkvæmi slíkar athuganir og hafi til þess skýra heimild. Slíkar athuganir geta leitt til þess að samkeppnisráð birti skýrslur um athuganir á mörkuðum sem verði öllum aðgengilegar og geti stuðlað að opinberri umræðu um samkeppnismál. Einnig geta slíkar athuganir leitt til þess að samkeppnisyfirvöld grípi til aðgerða til að stuðla að virkri samkeppni.“ Þrátt fyrir það að í greinargerðinni komi fram að athuganirnar geti leitt til skýrslubirtinga eða aðgerða af hálfu samkeppnisyfirvalda er aðeins kveðið á um það í ákvæðinu sjálfu að samkeppnisráð skuli „fylgjast með“ og „kanna“, en ekki er kveðið á um það hvað gera skal við upplýsingarnar. Því er lagt til að bætt verði við ákvæðið lið þess efnis að Samkeppniseftirlitið skuli birta skýrslur um athuganir sínar og grípa til aðgerða til að stuðla að virkri samkeppni þar sem það er nauðsynlegt.“*

Með þessari breytingu á samkeppnislögum var til þess ætlast að Samkeppniseftirlitið grípi til aðgerða gegn tengslum milli fyrirtækja sem hamlað geta samkeppni.

Ljóst er að ákvæði 10. og 16. gr. samkeppnislaga veita heimild til þess að grípa til aðgerða gegn stjórnunar- og/eða eignatengslum sem raskað geta samkeppni. Í 1. mgr. 10. gr. laganna segir:

*„Allir samningar og samþykktir milli fyrirtækja, hvort heldur þær eru bindandi eða leiðbeinandi, og samstilltar aðgerðir sem hafa að markmiði eða af þeim leiðir að komið sé í veg fyrir samkeppni, hún sé takmörkuð eða henni raskað eru bannaðar.“*

Ef samningar hafa að markmiði eða af þeim leiðir að samkeppni sé raskað geta þeir farið í bága við ákvæði 10. samkeppnislaga. Ef samningar hafa það að markmiði að raska samkeppni teljast þeir ólögmætir við það eitt og þarf ekki að sýna fram að þeir hafi í raun haft í för með sér skaðleg áhrif á samkeppni. Um er að ræða samkeppnishamlandi markmið í þessum skilningi þegar samningur felur í sér augljósar samkeppnishömlur, t.d. samráð keppinauta um verð. Ef samningur felur ekki í sér slíkar augljósar hömlur verður að taka til athugunar hvort slíkar hömlur geti leitt af viðkomandi samningi.<sup>1</sup>

Túlka ber 10. gr. samkeppnislaga með hliðsjón af samsvarandi ákvæðum í EES/EB-samkeppnisrétti. Litið er svo á að gerningar sem leiða af sér eignarhald fyrirtækis á minnihluta hlutafjár í keppinaut sínum séu ólögmætir ef hluturinn leiðir til þess að þar með geti eigandi haft áhrif á háttsemi keppinautar síns, en með því mætti hamlá gegn samkeppni á þeim mörkuðum sem þeir keppa á.<sup>2</sup> Er

<sup>1</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar í sameinuðu máli nr. m.a. T-374/94 ENS v Commission [1998] II-3141.

<sup>2</sup> Sjá hér dóm dómstóls EB í sameinuðum málum nr. 142 og 156/84 BAT v Commission [1987] ECR 4487: „Although the acquisition by one company of an equity interest in a competitor does not in itself constitute conduct restricting competition, such an acquisition may nevertheless serve as an instrument for influencing the commercial conduct of the companies in question so as to restrict or distort competition on the market on which they carry on business.“



Þetta í ósamræmi við kröfur samkeppnisréttarins um sjálfstæði keppinauta.<sup>3</sup> Er sérstaklega varhugavert í þessu sambandi ef eignarhluturinn leiðir til þess að fyrirtæki fær fulltrúa í stjórn keppinautarins. Jafnvel þótt hlutnum fylgi ekki réttur til að skipa fulltrúa í stjórn getur hann leitt af sér samkeppnishömlur ef staða hlutaðeigandi fyrirtækja á markaðnum styður slíka ályktun.<sup>4</sup> Í tilvikum þar sem aðeins er um fjárfestingar að ræða og eignarhlutdeild felur ekki í sér stjórnunarréttindi eða möguleika til að hafa áhrif á viðskiptastefnu (e. *passive investment*) er almennt litið svo á að ekki sé ástæða til þess að hafa áhyggjur af hlutafjáreign af þessu tagi. Fræðimenn hafa þó varað við því að eignarhlutur af þessu tagi í keppinauti geti raskað samkeppni ef viðkomandi fyrirtæki starfa á fákeppnismarkaði.<sup>5</sup>

Í þessu samhengi má nefna að í bandarískum samkeppnisrétti er einnig litið svo á að minnihluta eignarhlutur í keppinauti geti raskað samkeppni. Þannig hefur Hæstiréttur Bandaríkjanna t.d. fallist á að minnihlutaeign í keppinaut geti varðað við bannreglu sambærilega 10. gr. samkeppnislaga.<sup>6</sup> Hafa bandarískir dómstólar bent á að slík minnihlutaeign geti haft áhrif á og dregið úr getu fyrirtækja til að keppa hvert við annað, ekki síst þegar eignarhlutinum fylgir réttur til að tilnefna fulltrúa í stjórn.<sup>7</sup> Þá hefur og verið vísað til þess að slíkur eignarhlutur fyrirtækis í keppinaut geti haft umtalsverð áhrif á ákvarðanir og hegðun viðkomandi fyrirtækja gagnvart hvoru öðru á markaðnum. Eignarhluturinn geti skapað gagnkvæmt tillit og dregið verulega úr því samkeppnislega aðhaldi sem fyrirtækin veita hvort öðru á markaðnum.<sup>8</sup> Þá er og bent á að þetta geti haft slæm áhrif á viðskiptavinum og starfsanda í fyrirtækinu sem keppinautur eignast hlut í og með þeim hætti dregið úr samkeppnishæfni þess félags. Slíkur eignarhlutur geti og stuðlað að samráði eða þegjandi samhæfingu og þar með skaðlegri fákeppni á viðkomandi markaði.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 172/80 *Zuchner* [1981] ECR 2021.

<sup>4</sup> Braun, W. David og Ritter, Lennart. *European Competition Law. A Practitioners guide*. Þriðja útgáfa 2004, bls. 700: „*Equity stakes that do not confer the right of representation on the board of directors nor give the holder power to veto important corporate decisions will not of themselves infringe Article 81, but may do so if the parties' market shares and the structure of the relevant market together with other agreements between the provides an instrument of influencing the commercial conduct of the companies in question.*”

<sup>5</sup>. Sjá t.d. Gilo D., Moshe Y. og Spiegel Y., *Partial Ownership and Tacit Collusion*, The Erwin Schrödinger International Institute for Mathematical Physics, Vienna, mars 2005.

<sup>6</sup> U.S. v. *Fist Nat'l Bank and Trust*, 376 U.S. 665, 671-72 (1064) þar sem bannið var leitt af reglu 1. gr. Sherman laganna.

<sup>7</sup> Sjá t.d. *F.&M. Schaefer Corp. v C. Schmidt & Sons*, 597 F.2d 814, 818 (2d Cir. 1979): „*Whether or not Schimdt's acquisition of a 29 percent interest in Schaefer will give it control of Schaefer ... the acquisition would most likely give Schmidt the power to designate one or more members of Schaefer's board of directors. Through such designees, Schmidt would have access to the confidential trade information of one of its leading competitors, including its marketing, pricing, advertising, and the new product plans, and could possibly steer Schaefer in direction that would favour Schimdt's at the expense of Schaefer.*”

<sup>8</sup> Sjá *Areeda & Hovenkamp*, *Antitrust Law*, fimmta bindi, önnur útgáfa 2003, bls. 281: „*An acquisition of part of the stock of a competitor may affect the situation and competitive decisions of either company. The acquired firm might be prejudiced, or the competitive zeal of each firm might be reduced. Indeed, these effects could be realized even at a fairly small ownership percentages. For example, if GM were a 10 percent shareholder in Ford, it might not have enough shares to assert significant control, but it might be inclined to be far less aggressive against a firm in whom it had a significant investment. Further, Ford's management might be less aggressive so as not to offend a large shareholder.*”

<sup>9</sup> Sjá *Areeda & Hovenkamp*, *Antitrust Law*, fimmta bindi, önnur útgáfa 2003, bls. 282: „*... stock acquisition effects some sharing of profits, reduces incentives for „cheating”, makes departures from agreed behaviour harder to conceal, and thus seals the bargain of express collaboration. These forces might also make tacit understandings more attractive to the parties.*”





## 2. Áhrif OR á stjórnun HS

Aðdragandi aðkomu OR að HS má rekja til sölu ríkisins á hlut sínum í HS. Í mars 2007 var tilkynnt að 15% eignarhlutur ríkisins í HS yrði boðinn til sölu. Í fréttatilkynningu vegna tilhögunar sölunnar frá framkvæmdarnefnd um einkavæðingu kom fram að íslensk orkufyrirtæki í opinberri eigu mættu ekki bjóða í hlut ríkisins. Orðrétt sagði: „Loks mega íslensk orkufyrirtæki í opinberri eigu, þ.e. þau félög sem stunda starfsemi sem fellur undir raforkulög nr. 65/2003, ekki bjóða í eignarhlut íslenska ríkisins. Sama gildir um dótturfélög framangreindra fyrirtækja og önnur félög þar sem þau fara með yfirråd í skilningi samkeppnislaga.“ Mun þessu skilyrði hafa verið ætlað að tryggja samkeppni á raforkumarkaði.

Þann 3. maí 2007 keypti GGE eignarhlut ríkisins í HS. Í kjölfarið keypti GGE hluti í HS af ýmsum sveitarfélögum og á félagið nú yfir 30% eignarhlut í HS. Eins og fram kom opinberlega leiddu þessi viðskipti til deilna milli hlutahafa HS og áttu sér síðan stað frekari breytingar á eignarhaldi HS.

Með samningum sem gerðir voru í júní og júlí 2007 keypti OR eignarhluti í HS af Grindavíkurkaupstað, Hafnarfjarðarbæ og Reykjanesbæ. Á grundvelli þessara samninga eignaðist OR 16,58% hlutfjár í Hitaveitunni.

Í samningi OR og Hafnarfjarðarbæjar, dags. 2. júlí 2007, kemur fram að bærinn geti á næstu sex mánuðum ákveðið að selja OR hlutfé bæjarins í HS, allt eða að hluta. Var um að ræða allt að 15,4% hlut sem OR var skylt að kaupa. Einnig gerðu OR og Hafnarfjarðarbær sama dag með sér viljayfirlýsingu þar sem aðilarnar lýstu því yfir að þeir, sem hluthafar í HS, muni ekki beita atkvæðavægi sínu á hluthafafundi til þess að breyta samþykktum HS gagnvart forkaupsréttarákvæði, nema fyrir lægi samþykki hvors aðila um sig. Einnig er í yfirlýsingunni fjallað um möguleika á auknu samstarfi á sviði vatnsveitu og fráveitu.

Fyrir liggur einnig að Hafnarfjarðarbær, Reykjanesbær, OR og GGE gerðu með sér hluthafasamkomulag, dags. 11. júlí 2007, sem bar heitið „Viljayfirlýsing um samstarf neðangreindra aðila í Hitaveitu Suðurnesja hf. (HS hf.)“. Er samkomulaginu skipt upp í fimm kafla undir eftirfarandi fyrirsögnum:

- Um stjórnun félagsins og framtíðarsýn
- Eignarhlutur og stjórnskipan
- Gagnkvæmur forkaupsréttur
- Samstarf um rannsóknar- og þróunarverkefni og samfélagslegan stuðning
- Sérákvæði

Í hluthafasamkomulaginu kemur fram sameiginleg sýn aðila á stjórnun og verkefni HS og er tiltekið í samkomulaginu hver skuli vera tilgangur félagsins. Í samkomulaginu er einnig fjallað 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."*

Síðan er í samkomulaginu mælt fyrir um að stjórn HS verði skipuð sjö mönnum, þremur frá Reykjanesbæ, tveimur frá GGE, einum frá OR og einum frá Hafnarfjarðarbæ. Er tekið fram að stjórnarmaður OR skuli ekki vera úr hópi stjórnarmanna eða starfsmanna OR. Síðan segir að komi til hlutafjárútkningar í HS „skal tekin sameiginleg ákvörðun um skiptingu hluta þeirra sem fyrir eru eða hvort nýir aðilar skulu teknir að HS." Þá er í samkomulaginu mælt fyrir um gagnkvæman forkaupsrétt á bréfum í HS. Í hluthafasamkomulaginu kemur einnig þetta fram:

*„Viljayfirlýsingin þessi er gerð á þeim grunni að lög um OR heimili fyrirtækinu að eiga hlut í HS hf. og að önnur lög, m.a. samkeppnislög, standi þar ekki í vegi. Komi til takmarkana eða hindrana að hálfu samkeppnisyfirvalda eða dómstóla munu aðilar sameiginlega leita leiða varðandi eignarhald HS. hf. svo sem að fá nýja eignaraðila að félaginu. OR áskilur sér rétt til þess að selja eignarhlut sinn komi til takmarkana af hálfu samkeppnisyfirvalda eða dómstóla."*

Fram kemur einnig að í hluthafasamkomulaginu felist að komi til sölu á hlut Hafnarfjarðarbæjar til OR muni Reykjanesbær og GGE 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."

Í framhaldinu var það ætlun aðila að gera annað hluthafasamkomulag. Samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins hefur seinna hluthafasamkomulagið ekki verið undirritað.

Með bréfi, dags. 20. desember sl., til OR tilkynnti Hafnarfjarðarbær að hann myndi nýta sér umrætt ákvæði um sölurétt á bréfum í HS. 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 GGE muni ekki nýta sér forkaupsréttarheimild sína.

Framangreindir samningar leiða til þess að OR hefur töluverð áhrif á stjórnun HS. Leiðir þetta beint af stærð eignarhluta OR í HS. Ljóst er einnig að með hluthafasamkomulaginu hafa helstu hluthafar í HS sammælst um mikilvæg atriði sem tengjast eignarhaldi, rekstri og stjórnun HS. Sökum þessa verða aðrir aðilar samkomulagsins að taka ákveðið tillit til hagsmuna og viðhorfa OR varðandi málefni HS og öfugt. Að mati Samkeppniseftirlitsins er augljóst að þessi áhrif munu aukast þegar sala Hafnarfjarðarbæjar er frágengin en hlutur OR í HS verður þá meiri en 30% af heildarhlutafé. Fyrir utan það sem þegar hefur verið nefnt má gera ráð fyrir að eignarhlutur OR í HS geri félaginu kleift að koma tveimur





fulltrúum í stjórn. Hér ber og að hafa í huga að OR hefur upplýst að tilgangur kaupanna í HS hafi verið sá að stuðla að samvinnu milli fyrirtækjanna á ýmsum sviðum.

Við mat á samkeppnislegum áhrifum af framangreindum gerningum er rétt að líta til eðli þeirra markaða sem OR og HS starfa á.

### 3. Skilgreining markaðarins

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að skoða verður viðkomandi markaði út frá að minnsta kosti tveimur sjónarhornum. Annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðnum og hins vegar landfræðilega markaðnum. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki verið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Með raforkulögum nr. 65/2003 hófst markaðsvæðing raforkumarkaðarins á Íslandi. Í því fólst meðal annars að komið var á ákveðnu kerfi framleiðenda, heildsala, endurseljenda, flytjenda og dreifenda raforku. Mæla raforkulögin nánar fyrir um afmörkun þeirrar starfsemi sem á sér stað á raforkumarkaði. Gera lögin ráð fyrir því að flutningur og dreifing rafmagns sé háð sérleyfum en að framleiðsla og sala rafmagns sé hverjum sem er heimil og þar með sé um samkeppnisstarfssemi að ræða.

Raforkumarkaði er í raforkulögum skipt í fjóra flokka: framleiðslu, flutning, dreifingu og sölu. Er eðlilegt að hafa hliðsjón af þeirri skiptingu við ákvörðun markaða.

Einu félagi hefur verið falið að sjá um alla rafmagnsflutninga á Íslandi. Í því felst að félaginu er skylt að sjá um að allar virkjanir landsins séu tengdar sama flutningskerfinu nema lög standi til annars. Flutningskerfinu er ætlað að flytja rafmagnið til dreifiveita og er því einnig skylt að tengja þær flutningskerfinu. Dreifiveitur hafa sérleyfi á dreifingu rafmagns innan ákveðins svæðis. Hlutverk dreifiveitna er að koma rafmagni til endanotenda innan ákveðins landfræðilegs svæðis. Með öðrum orðum sinnir flutningsfyrirtækið flutningi rafmagns frá virkjunum og að byggðum svæðum Íslands. Þar taka dreifiveiturnar við rafmagninu og koma því til endanotenda. Í framleiðslu og sölu rafmagns skal eins og áður sagði ríkja samkeppni og er, að ákveðnum skilyrðum uppfylltum hverjum sem er heimilt að stunda þá starfsemi. Ástæða þess að dreifing og flutningur rafmagns er sérleyfisstarfsemi er sú að um náttúrlega einokun er að ræða.

Í ákvörðun nr. 49/2006 *Stofnun Orkusölnunnar ehf.* tók Samkeppniseftirlitið afstöðu til markaðsskilgreininga á orkumarkaði. Kemur þar meðal annars fram að smásala á raforku til almennings og smærri fyrirtækja teljist sérstakur markaður. Hið sama gildi um markaðinn fyrir sölu á rafmagni til stórnotenda. Miða ber við sömu markaðsskilgreiningu í þessu máli.



þar sem allt raforkukerfið myndar eitt net sem teygir sig um Ísland allt telur Samkeppniseftirlitið að sá landfræðilegi markaður sem máli skipti í málinu sé landið allt.

#### 4. Staða OR og HS á markaðnum

OR og HS sinna bæði raforkusölu. Selja félögin mjög mikið til heimila og smærri fyrirtækja. Stærstur hluti samkeppnisrekstrar OR og HS fer þannig fram á markaðnum fyrir smásölu á raforku til almennings og smærri fyrirtækja. Á þeim markaði eiga OR og HS nokkra keppinauta en stærstur þeirra er Orkusalan. Jafnframt keppa fyrirtækin um að selja rafmagn til stærri iðnrekanda. Á honum er eini keppinautur félaganna Landsvirkjun sem reyndar hefur mun stærri markaðshlutdeild en félögin tvö.

Í áðurnefndri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 49/2006 er fjallað um markaðsgerð og eðli samkeppni á umræddum mörkuðum. Telja verður að horfa megi til þeirrar umfjöllunar þar sem aðstæður á markaði hafi ekki breyst svo neinu nemi. Ljóst er að fákeppni ríkir á umræddum mörkuðum og kemur fram í ákvörðun nr. 49/2006 að OR og HS hafi saman umtalsverða markaðshlutdeild á markaðnum fyrir smásölu rafmagns. Einnig er rökstutt að aðgangshindranir séu að umræddum mörkuðum. Varðandi smásölumarkaðinn er m.a. bent á þetta:

*„Jafnvel þó að mögulegt sé að komast yfir rafmagn til endursölu má ætla að erfitt sé að komast inn á markaðinn fyrir smásölu á rafmagni til einstaklinga þar sem ætla má að heimilin í landinu skipti almennt ekki mikið um raforkumásala. Fyrir stóran hluta almenna markaðarins er viðskiptakostnaðurinn við að kanna verð orkufyrirtækja og að skipta hærrí en sem nemur ávinningnum af skiptingunni. Þetta er ekki óþekkt erlendis frá.<sup>10</sup> Rétt er að geta þess að kostnaðurinn við að skipta um raforkumásala kann að vera hlutfallslega hærrí á Íslandi en erlendis þar sem víðast hvar tíðkast að kynda heimili með rafmagni sem gerir það að verkum að rafmagnskostnaður sem hlutfall af útgjöldum heimilanna er hærrí erlendis. Hvatinn til þess að leita hagstæðari rafmagnsverða ætti að aukast með hækkandi hlutdeild orkuverðs af heimilisútgjöldum.“*

Staða OR og HS á markaðnum fyrir smásölu á raforku til almennra nota<sup>11</sup> er enn sterk. Á þeim markaði má ætla að félögin hafi nú sameiginlega markaðshlutdeild í kringum 60%. Undanfarið hafa félögin verið að hasla sér völl í sölu raforku til stóriðju. Er sala félaganna til stóriðjuvera orðin umtalsverð.<sup>12</sup>

Jafnframt starfa fyrirtækin á smærri dreifisvæðum með stærri hópi viðskiptamanna en keppinautar þeirra. Njóta HS og OR því umtalsverðrar stærðarhagkvæmni umfram keppinautana. Telur Samkeppniseftirlitið líkur á því að OR mundi ein og sér teljast markaðsráðandi á markaðnum fyrir smásölu á

<sup>10</sup> Jón Þór Sturluson (2003) bendir þannig í *Topics in the Industrial Organization of Electricity Markets* á að þrátt fyrir töluverða verðdreifni rafmagns hafi neytendur í Svíþjóð veigrað sér við því að skipta um raforkusala.

<sup>11</sup> Þ.e. annarra nota en stóriðju.

<sup>12</sup> Byggt er á gögnum af heimasíðu Orkustofnunar, Norrænni skýrslu um raforkumál, *Capacity for Competition* sem aðgengileg er á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins og öðrum gögnum sem stofnun hefur fengið í hendur við rannsóknir mála á raforkumarkaði.



rafmagni til almennra notenda en ekki þarf þó hér að taka lokaafstöðu til þess. Til samans hefðu félögin tvö yfirburðarstöðu á þessum markaði.

HS og OR sinna ýmis konar starfsemi annarri en smásölu rafmagns og dreifingu. Félögin framleiða bæði rafmagn og hafa jafnframt með höndum rekstur hitaveitu sem einnig er sérleyfisstarfsemi.

Ljóst er að samþjöppun á markaði skiptir hér einnig máli. Samkeppnishömlur sem leiða af samningum eða samstilltum aðgerðum eru enn skaðlegri eftir því sem meiri samþjöppun er á viðkomandi markaði.<sup>13</sup> Er í því sambandi gagnlegt að líta til hins svokallaða HHI stuðuls (Herfindahl-Hirschman stuðull), sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og Heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Stuðullinn mælir hversu mikil samþjöppun fyrirtækja er á tilteknum markaði. Hann getur verið allt frá núll og upp í tíuþúsund, en stuðullinn er reiknaður sem summa ferningstalna markaðshlutdeildar hvers félags. Framkvæmdastjórn EB telur að sé HHI hærra en 1.800 – 2.000 stig teljist markaður mjög samanþjappaður.<sup>14</sup> Í ákvörðun nr. 49/2006 kemur fram að á markaðnum fyrir smásölu rafmagns sé mikil samþjöppun og HHI stuðullinn vel yfir 3000 stig. Ekki hefur dregið úr þessari samþjöppun.

## 5. Samkeppnisleg áhrif eignarhlutar OR í HS

Eignarhlutur OR í HS og umrætt hluthafasamkomulag leiðir til þess að OR hefur töluverð áhrif á stjórnun HS, sbr. umfjöllun hér að framan. Þessi áhrif munu enn aukast þegar kaupin af Hafnarfjarðarbæ eru frágengin en hlutur OR í HS verður þá meiri en 30% af heildarhlutafé. Verður að gera ráð fyrir að eignarhlutur OR í HS geri félaginu kleift að koma tveimur fulltrúum í stjórn.

Núverandi samkomulag aðila gerir ráð fyrir að OR skuli skipa fulltrúa í stjórn HS óháðan OR. Í því felst að fulltrúinn skuli ekki koma úr hópi starfsmann OR. Þrátt fyrir að fulltrúinn sé óháður OR er ekkert því til fyrirstöðu að hann miðli upplýsingum um rekstur HS til OR. Með því geta viðkvæmar viðskiptaupplýsingar, þ.m.t. upplýsingar um kostnað, verð, tilboð í útboðum, fyrirætlanir og annað sem máli skiptir borist OR sem getur þá tekið mið af þeim við eigin áætlanagerð. Ljóst er einnig að á fákeppnismörkuðum koma óháðir fulltrúar í stjórn almennt ekki í veg fyrir samkeppnishamlandi samráð milli keppinauta, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004 *Ólögætt samráð Kers hf., Olíuverzlunar Íslands hf. og Skeljungs*. Þar sem á markaðnum fyrir smásölu á rafmagni til almennings eru

<sup>13</sup> Sjá t.d. Bellamy & Child, European Community Law of Competition, sjötta útgáfa 2008, bls. 180: „Where the market is concentrated, the effect on competition of restrictive or cooperative provisions involving major competitors is enhanced; this has been important, and even critical, to a number of decisions. ... The Herfindahl-Hirschmann Index (HHI) ... may be useful means of assessing market concentration.”

<sup>14</sup> Sjá Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, OJ 2001 C3/2: „In addition to the market position of the parties and the addition of market shares, the market concentration, i.e. the position and number of competitors, may have to be taken into account as an additional factor to assess the impact of the cooperation on market competition. As an indicator the Herfindahl-Hirschman Index (“HHI”), which sums up the squares of the individual market shares of all competitors(22), can be used: With an HHI below 1000 the market concentration can be characterised as low, between 1000 and 1800 as moderate and above 1800 as high.” Sjá einnig Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. OJ C 031 , 05/02/2004 P. 0005 - 0018



aðeins fá fyrirtæki, og fæst mjög burðug, verður að telja þann möguleika afar óæskilegan. HS og Orkusalan eru þau fyrirtæki sem helst hafa bolmagn til að veita OR samkeppni um smásölu á rafmagni til almennings. Sterk tengsl OR við annan af sínum helstu keppinautum verða að teljast verulega hamlandi samkeppni.

Líta ber einnig til þess að það leiðir af kenningum hagfræðinnar að eign félags í keppinaut dregur úr hvata þess til að keppa. Í máli því sem hér er til skoðunar mun hlutur OR í HS verða til þess að OR hefur beina fjárhagslega hagsmuni af því að samkeppnin sé sem minnst á milli OR og HS. Verðmæti hlutar OR í HS er enda beinlínis háð því að OR beiti sér ekki af fullum krafti í samkeppnis við HS. Er í reynd öfugt samband á milli þess hversu hraustlega er keppt og hver ávöxtun fjárfestingarinnar verður. Eftir því sem hlutur OR verður stærri aukast þessi áhrif enda myndi þá stærri hluti hagnaðar HS renna til OR. Þessi hagfræðilega niðurstaða er óháð möguleikanum á því að hafa stjórnunarleg áhrif í gegnum eignarhlutinn. Af reglum íslensks félagaréttar og samþykktum HS leiðir að slík áhrif felast í hlut OR í HS. Er OR þannig heimilt að bera upp tillögur á hluthafafundum og taka þar þátt í atkvæðagreiðslum ásamt því sem nægilega stór eignarhlutur leiðir til þess að OR getur kosið fulltrúa sinn í stjórn HS og þannig tekið þátt í ákvörðunum sem standa nær daglegum rekstri þess en þær ákvarðanir sem teknar eru á hluthafafundum.

Náið samstarf OR og HS getur haft veruleg áhrif til þess að draga úr samkeppni á raforkumarkaðnum þar sem um tvo af öflugustu keppinautum á þeim markaði er að ræða. Þá eru félögin með sterka stöðu í dreifingu rafmagns og vatns. Þeir markaðir sem hér um ræðir eru samanþjappaðir fákeppnismarkaðir. Ljóst má vera að samstarf félaga með svo sterka stöðu á fákeppnismarkaði getur haft verulega hamlandi áhrif á samkeppni. Í þessu samhengi ber að líta til þess að OR hefur lýst því yfir að tilgangur þess að kaupa hlut í HS hafi verið að „*treysta Orkuveitr Reykjavíkur sem orkuframleiðanda og til að ná hagkvæmni í rekstri beggja fyrirtækjanna með samstarfi á ýmsum sviðum.*“ Við þær aðstæður sem hér hefur verið líst verður að ætla að nánast allt viðskiptalegt samstarf og upplýsingaskipti séu til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti.<sup>15</sup>

Hafa ber þó í huga að Orkusalan, sem er dótturfélag RARIK og keppinautur OR og HS, hefur einnig töluverða markaðshlutdeild. Aftur á móti er félagið nokkuð öðruvísi upp byggt þar sem framleiðsluhluti þess samanstendur að meginstefnu til af vatnsaflsvirkjunum en ekki jarðvarmavirkjunum. Þá eru viðskiptavinir Orkusölnunnar ekki á jafn þéttbýlum stöðum sem leiðir til þess að dreifikerfi móðurfélagsins RARIK eru óhagkvæmari en dreifikerfi HS og OR. Þessi ólíka uppbygging félaganna leiðir til þess að OR og HS ættu að hafa möguleika á því að ná til sín umframhagnaði með því að samhæfa aðgerðir sínar.

<sup>15</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-141/94 *Thyssen Stahl AG v. Commission* [1999] 4 CMLR 810: „As regards the structure of the market, the Court finds that, in 1989, 10 of the undertakings engaged in the Poutrelles Committee monitoring accounted for two-thirds of apparent consumption. Given such an oligopolistic market structure, which can reduce competition ipso facto, it is all the more necessary to protect the decision-making independence of undertakings as well as residual competition.“ Sjá einnig t.d. Ross, *Principles of Antitrust Law*, bls. 189: „[T]he exchange of almost any information can significantly facilitate price agreements in an oligopolistic industry prone to collusion.“



Má af því sem hér greinir ráða að eignarhald OR á hlut í HS veldur aukinni samþjöppun á markaði sem þegar er afar samþjappaður. Verður að ætla að svo stór eignarhlutur sem OR hefur þegar eignast hafi hamlandi áhrif á samkeppni og að stærri hlutur myndi hafa aukin áhrif á sömu átt.

#### 5.1 Um athugasemdir aðila

Í athugasemdum Hafnarfjarðarbæjar kemur fram að öll gögn málsins, skýrsla stýrihóps Reykjavíkurborgar, 72. gr. stjórnarskrárinnar og sjónarmið um samningsfrelsi leiði til þess að það geti „undir engum kringumstæðum þjónað tilgangi og markmiði samkeppnislagna að banna OR að eiga um 30% hlut í HS ef það er gert með ítarlegum og tryggilegum skilyrðum um háttsemi OR...”. Jafnframt telur sveitarfélagið að einungis sé um fjárfestingu að ræða.

Athugasemdir bárust frá OR með bréfi, dags. 25. mars. Í bréfinu kemur fram að OR muni ekkert aðhafast varðandi kaupin á hlut Hafnarfjarðarbæjar í HS þar til niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í máli þessu liggur fyrir. Þá kemur fram í bréfinu að fulltrúi OR í stjórn HS hafi engin verulega tengsl við OR og upplýsi stjórnendur OR ekki um það sem gerist á stjórnarfundum HS. Hafi því OR engin áhrif á daglegan rekstur HS. Telur OR að sá 16,58% eignarhlutur sem OR hafði tryggt sér í HS áður en Hafnarfjarðarbær virkjaði kaupskyldu félagsins sé aðeins í fjárfestingarskyni.

Grindavíkurbær telur óljóst hver þáttur sveitafélagsins er í hinu ætlaða ólögmæta athæfi. Telur sveitarfélagið ljóst að sala þess á 10% hlut í HS fari ekki á svig við 10. gr. samkeppnislaga hvort sem hún er skoðuð sérstaklega eða í samhengi við sölu Reykjanesbæjar og Hafnarfjarðarbæjar á hlutum til OR. Bendir Grindavík á að eignarhald eins félags á hlutafé í fyrirtæki á sama markaði teljist almennt ekki hamla samkeppni. Viðurkennir félagið þó að slíkir hlutir geti í einstökum tilvikum valdið samkeppnislegum vandkvæðum. Telur Grindavíkurbær að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á að svo sé í andmælaskjali sínu. Þá bendir Grindavík á að engar frekari skuldbindingar hafi falist í kaupsamningi sveitarfélagsins við OR en þær sem lutu að sölu hlutar Grindavíkur til Orkuveitu Reykjavíkur. Er það skoðun sveitarfélagsins að almennt þurfi meira að koma til en aðeins samningur um kaup eða sölu hlutabréfa til þess að um brot á 10. gr. samkeppnislaga sé að ræða. Vísar Grindavíkurbær þar meðal annars í mál *BT og MCI*<sup>16</sup> og *Olivetti-Digital* málið<sup>17</sup>. Þá bendir Grindavíkurbær á hvernig meðferð málsins horfir við sveitarfélaginu.

Engar efnislegar athugasemdir við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins frá 25. febrúar koma fram í athugasemdum GGE, dags. 26. mars, sem mál þetta varða. Verður því ekki fjallað frekar um þær.

Samkeppniseftirlitið getur ekki samþykkt það sjónarmið Hafnarfjarðarbæjar að eignarétti eða samningsfrelsi séu settar of þröngar skorður í máli þessu. Eignarétturinn nýtur stjórnarskrárverndar en skv. ákvæði 72. gr. stjórnarskrár

<sup>16</sup> OJ L223, 27/08/1994 P.0036-0055

<sup>17</sup> OJ L 309, 02/12/1994 P. 0024-0031



Lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, er óheimilt að svipta menn eignum sínum bótalaust. Almennt er litið svo á að heimilar séu hömlur á eignaréttindi enda séu þær í samræmi við almannahag. Er það einmitt markmið og tilgangur samkeppnislaga. Fær Samkeppniseftirlitið því ekki séð hvernig þessi sjónarmið eigi að leiða til annarrar niðurstöðu en þeirrar að eign OR á stórum hlut í HS sé samkeppnishamlandi.

Samkeppniseftirlitið getur ekki tekið undir þá afstöðu OR og Hafnarfjarðarbæjar að 16,58% eignarhlutur geti talist þess háttar fjárfesting að hún fari ekki í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Svo stórum eignarhlut mundi að jafnaði fylgja stjórnarsæti og veruleg áhrif á hluthafafundum. Er það enda svo að OR hefur yfir að ráða einum stjórnarmanni í HS. Fullyrðir OR að viðkomandi stjórnarmaður upplýsi félagið ekki um málefni HS og sé óháður félaginu með öllu. Vera kann að slík stjórnunaráhrif teldust hvorki koma í veg fyrir samkeppni né raska henni. Hér er þó rétt að hafa í huga sérstakt eðli raforkumarkaðarins, sem er afar samþjappaður, og þá staðreynd að um er að ræða tvö af öflugustu fyrirtækjum landsins í sölu á raforku til einstaklinga og lítilla og meðalstórra fyrirtækja. Þá eru félögin einnig í samkeppni um viðskipti við stóriðju. Þar sem félögin eru svo svipuð að uppbyggingu og keppa hvort við annað á helstu mörkuðum sem þau starfa á verður að telja að veruleg hætta sé á því að samkeppni sé raskað með stjórnunarlegum áhrifum OR á HS.

Samkeppniseftirlitið getur fallist á að eignarhald eins félags í keppinaut þurfi ekki ávallt að fara gegn samkeppnislögum. Líta ber hins vegar til þess að Samkeppniseftirlitinu er skylt skv. 8. gr. samkeppnislaga að taka til rannsóknar eigna- og stjórnunartengsl og grípa til aðgerða þeirra vegna ef ástæða er til. Hér skiptir og máli að framkvæmdastjórn EB telur að samningar um hlutabréfakaup geti fallið undir Rómarsamninginn, sbr. mál BT og MCI sem Grindavíkurbær vísaði til.<sup>18</sup> Olivetti-Digital málið sem sveitarfélagið vísaði jafnframt til er nokkuð frábrugðið því sem hér um ræðir þar sem fulltrúi Digital hafði setið í stjórn sem hafði lítið með daglegan rekstur félagsins að gera og engan aðgang að trúnaðarupplýsingum. Íslenskur félagaréttur gerir ekki ráð fyrir þess háttar fyrirkomulagi. Þá eignaðist Digital aðeins um 8% hlut og gat ekki farið yfir 10% samkvæmt þeim samningum sem gerðir voru. Enn fremur var um töluvert ólík félög að ræða. Samkeppniseftirlitið telur eðlilegra að draga þá ályktun af þessum tveimur málum að stór eignahlutur sem getur haft í för með sér aðgang að trúnaðarupplýsingum, stjórnunarleg áhrif og verulega samtíðun hagsmuna keppinauta leiði til þess að brotið sé gegn 10. gr. samkeppnislaga.

## 5.2 Niðurstaða

OR hefur gert samninga sem leiða til þess að félagið getur eignast rúmlega 30% hlut í HS. Jafnframt liggur fyrir að gert hefur verið hluthafasamkomulag sem styrkir þau áhrif sem OR getur haft í HS. Virtir saman veita þessir gerningar OR möguleika á að hafa til langframa veruleg áhrif á stjórnun og rekstur HS og falla

---

<sup>18</sup> Í úrskurðinum sagði í 44. efnisgrein: „As a general rule, both the Commission and the Court of Justice have taken the view in the past that Article 85 (1) does not apply to agreements for the sale or purchase of shares as such. However, it might do so, given the specific contractual and market contexts of each case, if the competitive behaviour of the parties is to be coordinated or influenced.”





Þessir gerningar undir 10. gr. samkeppnislaga. OR og HS eru tvö af öflugustu orkufyrirtækjum á Íslandi. Uppbygging félaganna er áþekkt og keppa félögin jafnan um sömu viðskiptavinina. Á það við á flestum sviðum sem félögin starfa á. Félögin starfa á fákeppnismarkaði þar sem umtalsverð samþjöppun er fyrir hendi. Stór eignarhluti OR í HS og áhrifin sem leiða af hluthafasamkomulaginu munu því hafa töluverð neikvæð áhrif á samkeppni þeirra í milli. Bæði með því að félögin kunna að laga háttsemi sína frekar hvort að öðru en eins með því að upplýsingaskipti þeirra í milli kunna að fara fram. Þá hafa fulltrúar OR rétt til setu á hluthafafundum HS, greiða þar atkvæði og koma með tillögur. Að þessu virtu telur Samkeppniseftirlitið ljóst að umræddir gerningar fari gegn 10. gr. samkeppnislaga, sbr. 8. gr. laganna.

## 6. Íhlutun

Hafnarfjarðarbær gerir í athugasemdum sínum ítarlega grein fyrir sjónarmiðum sínum um hugsanlega íhlutun Samkeppniseftirlitsins. Kemur þar fram að stofnunin skuli beita vægustu úrræðum sem mögulegt er að beita til þess að ná því markmiði sem ákvörðuninni sé ætlað að ná. Í því felst að mati Hafnarfjarðarbæjar að OR greiði Hafnarfirði fyrir hlutinn í HS og taki við bréfum í félaginu en verði skyldað af Samkeppniseftirlitinu til þess að selja bréfin þegar í stað. Grindavíkurbær telur 33. gr. samkeppnislaga óhentuga í tilvikum sem þessum, þar sem fyrst og fremst sé ætlað að koma í veg fyrir að t.d. samningar um verð eða vöruframboð verði efndir samkvæmt efni sínu. Kemur fram að ef Samkeppniseftirlitið telji þörf á íhlutun í málinu eigi hún að vera í formi skilyrða eða með því að mæla fyrir um sölu OR á hlutabréfum í HS eins og gert sé ráð fyrir í viljayfirlýsingunni frá 11. júlí 2007. OR hefur eins og áður greinir haldið því fram að 16,58% eignarhlutur sem OR hafði tryggt sér í HS áður en Hafnarfjarðarbær virkjaði kaupskyldu félagsins sé aðeins í fjárfestingarskygni.

Samningar sem brjóta í bága við 10. gr. samkeppnislaga geta varðað viðurlögum skv. 37. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið gripið til aðgerða gegn samningum og hvers konar athöfnum sem brjóta í bága við m.a. 10. gr. samkeppnislaga.

Eins og að framan greinir er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að framangreindir gerningar sem gera OR kleift að hafa áhrif á starfsemi og stjórnun HS raski samkeppni og fari gegn 10. gr. samkeppnislaga. Líkt og mál þetta er vaxið og með hliðsjón af aðstæðum öllum og þeim sjónarmiðum sem fram koma í ákvörðun þessari telur Samkeppniseftirlitið ekki nauðsynlegt að beita heimildum 37. gr. samkeppnislaga. Hins vegar er nauðsynlegt að aflétta þeim samkeppnishömlum sem stafa af eignarhaldi OR í HS. Í því sambandi ber að hafa í huga að samningar sem brjóta í bága við 10. gr. samkeppnislaga eru ógildir skv. 1. mgr. 33. gr. laganna. Hins vegar leiðir af 16. gr. og 2. mgr. 33. gr. laganna að Samkeppniseftirlitinu er falið ákveðið mat um gildi samninga og þörf á úrræðum sökum þeirra. Hin samkeppnislegu vandkvæði þessa máls stafa ekki af efni umræddra gerninga sem slíkra heldur af þeirri staðreynd að þeir veita OR möguleika til þess að hafa samkeppnishamlandi afskipti af helsta keppinaut sínum. Í ljósi þessa blasir við að eðlilegasta ráðstöfunin skv. 16. gr. samkeppnislaga er að beina þeim fyrirmælum til OR að minnka eða selja alfarið hlut sinn í HS. Hefur



Í því sambandi þýðingu að það úrræði sáu aðilar hluthafasamkomulagsins fyrir sem lausn á samkeppnislegum vandkvæðum sem upp gætu komið. Er því ótvírætt að þetta úrræði samræmist vel meðalhöfsreglu stjórnslulaga.

Kemur þá til skoðunar hvort nauðsynlegt sé að beina þeim fyrirmælum til OR að selja allan hlut sinn í HS. Telur Samkeppniseftirlitið að eignarhald fyrirtækis á litlum hlut í fjárfestingarskyni í keppinaut sínum fari ekki gegn samkeppnislögum ef hluturinn stuðlar ekki að samkeppnishamlandi upplýsingaskiptum eða samhæfðri hegðun á markaðnum. Þá telur Samkeppniseftirlitið að rúmlega 16% hlutur í HS sé meiri en svo að einungis sé um fjárfestingu að ræða heldur hljóti töluverð stjórnunaráhrif að fylgja slíkum hlut, sbr. einnig hér að framan. Á markaði þar sem veruleg samþjöppun er til staðar og því mikil hætta á samræmdum aðgerðum keppinauta er varhugavert að játa keppinautum að eiga hlut hver í öðrum. Þeim mun stærri sem hlutur OR er í HS þeim mun stærri hlutur hagnaðar HS rennur til OR. Til þess að eignarhluturinn raski ekki samkeppni þarf hann að vera svo lágur að hvorki fylgi honum stjórnunaráhrif né slík hagnaðarhlutdeild að hætt sé við að hún hafi áhrif á ákvarðanatöku stjórnenda fyrirtækis. Að virtum öllum framangreindum sjónarmiðum er það mat Samkeppniseftirlitsins að OR eigi ekki að vera heimilt að eiga stærri eignarhlut í HS en sem nemur 3%. Rétt þykir að gefa OR ákveðið svigrúm til þess að breyta eignarhaldi sínu á HS. Takmarka verður eins og hægt er að OR geti ekki á því tímabili haft samkeppnishamlandi afskipti af HS.

#### **Ákvörðunarorð:**

**„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 [...]¹⁹.**

**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.“**

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson

---

<sup>19</sup> Fellt út vegna trúnaðar.