

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 5/2019

Festi hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dagsettri 27. nóvember 2019, hefur Festi hf., hér eftir nefnt áfrýjandi, kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, frá 14. nóvember 2019, er varðar beiðni óháðs kunnáttumanns, samkvæmt sátt sem gerð var þann 30. júlí 2018 milli Samkeppniseftirlitsins og N1 hf. (nú Festi hf.), um sérfræðiaðstoð.

Áfrýjandi krefst þess að felld verði úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. nóvember 2019, þar sem óháðum kunnáttumanni samkvæmt áðurnefndri sátt, dags. 30. júlí 2018, var heimilað að afla sér utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar vegna mats á skilmálum og verðskrá Olúdreifingar ehf. eftir viðmiðum sáttarinnar.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að kröfum áfrýjanda verði hafnað.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Samkeppniseftirlitið og N1 hf. (nú Festi hf.) gerðu þann 30. júlí 2018 með sér sátt vegna samruna N1 hf. og Festi hf. (nú Hlekkur ehf.). Með sáttinni undirgekkst áfrýjandi ákveðin skilyrði fyrir samrunanum með það að markmiði að bregðast við

Þeirri röskun á samkeppni sem samruninn hefði annars leitt til. Í skilyrðum sáttarinnar er m.a. kveðið á um sölu tiltekinna eigna á eldsneytis- og dagvörumarkaði, heildsölu á eldsneyti og aukið aðgengi að þjónustu dótturfélags áfrýjanda, Olíudreifingar ehf.

Til þess að fylgja eftir skilyrðum sáttarinnar og tryggja að markmiðum hennar yrði náð var í sáttinni kveðið á um eftirlit óháðs kunnáttumanns, sbr. 30. gr. sáttarinnar. Þann 31. ágúst 2018 samþykkti Samkeppniseftirlitið tilnefningu áfrýjanda á Lúðvíki Bergvinssyni, lögmanni, til að hafa eftirlit með sáttinni sem óháðs kunnáttumanns. Kveðið er á um hlutverk og verkefni kunnáttumanns í 30. gr. sáttarinnar en auk þess var gerður sérstakur verksamningur við kunnáttumann þann 30. ágúst 2018.

Með tölvupósti, dags. 6. september 2019, óskaði kunnáttumaðurinn eftir aðstoð sérfræðings við mat á skilmálum og verðskrá Olíudreifingar ehf., sbr. 5. mgr. 30. gr. sáttarinnar. Í erindi kunnáttumanns kom fram að hann skorti m.a. þá þekkingu á olíuviðskiptum, olíudreifingu og fjárhagslegum atriðum sem nauðsynleg væru til að meta hvort skilmálar Olíudreifingar ehf. féllu að sáttinni og hvort verðskrá félagsins væri í takt við markmið sáttarinnar með tilliti til raunverulegs kostnaðar. Forsenda þess að hann gæti tekið afstöðu til skilmálanna væri að kostnaðargreina þau atriði sem verðskráin grundvallaðist á.

Að fengnum sjónarmiðum áfrýjanda og frekari rökstuðningi kunnáttumanns féllst Samkeppniseftirlitið á beiðnina með ákvörðun, dags. 14. nóvember 2019. Áfrýjandi kærði fyrrgreinda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þann 27. nóvember 2019.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst þann 6. desember 2019. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust 16. desember 2019

og svar Samkeppniseftirlitsins við athugasemdum áfrýjanda bárust þann 20. desember 2019.

Með tölvupósti, dags. 17. febrúar 2020, var kallað eftir viðbótargögnum frá Samkeppniseftirlitinu og bárust þau nefndinni sama dag.

IV

Röksemdir málsaðila

Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi vísar til 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 varðandi heimild til kæru en þar komi fram að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæti kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Bent sé á að hin kærða ákvörðun beinist að áfrýjanda sem þurfi að sæta eftirliti óháðs kunnáttumanns og beri jafnframt allan kostnað vegna starfa kunnáttumanns og vegna utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar hans. Áfrýjandi hafi því lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins svo og af mögulegri eftirfylgni kunnáttumanns við sátt Samkeppniseftirlitsins og áfrýjanda frá 30. júlí 2018.

Samkvæmt fyrrgreindri sátt sé áfrýjanda gert að tryggja aukið aðgengi að þjónustu Olíudreifingar ehf. og þá með þeim hætti að áfrýjandi, sem annar af tveimur eigendum félagsins, beiti áhrifum sínum með tilteknum hætti þannig að aðgengi nýrra seljenda eldsneytis að birgðarými og þjónustu Olíudreifingar ehf. verði greiðara. Í þeim tilgangi hafi áfrýjanda m.a. verið gert að leggja fram á hluthafafundi Olíudreifingar ehf. tiltekna tillögu til að fyrrgreindum markmiðum sáttarinnar yrði náð og styðja hana. Tillagan hafi verið samþykkt á hluthafafundi Olíudreifingar ehf. þann 11. apríl 2019 en þar komi m.a. fram að félagið skuli setja sér verðskrá sem byggji á kostnaði við veitta þjónustu og að veittir afslættir skuli byggja á viðskiptalegum forsendum, s.s. auknu hagræði við að afgreiða mikið magn í einu. Einnig komi fram í tillögunni að öll þjónusta Olíudreifingar ehf. skuli standa hverjum sem er til boða, þ.m.t. dreifing og birgðahald og að óheimilt sé að setja ómálefnaleg skilyrði fyrir veitingu þjónustunnar. Auk þess sé kveðið á um sjálfstæði Olíudreifingar ehf. gagnvart hluthöfum félagsins og vernd trúnaðarupplýsinga.

Samkvæmt áður nefndri sátt Samkeppniseftirlitsins og N1 hf. frá 30. júlí 2018 skuli óháður kunnáttumaður hafa eftirlit með sáttinni og er hlutverk hans að hafa almennt

eftirlit með því að skilyrðum í sáttinni sé fylgt eftir og að markmiðum hennar verði náð, sbr. 30. gr. sáttarinnar. Þá komi fram í 5. mgr. 30. gr. sáttarinnar að kunnáttumaður geti farið þess á leit við Samkeppniseftirlitið, ef upp koma óvænt tilvik, að hann fái utanaðkomandi sérfræðiaðstoð. Skuli kunnáttumaður þá senda Samkeppniseftirlitinu rökstudda beiðni þar um og eigi slík beiðni við rök að styðjast beri áfrýjanda að greiða allan kostnað vegna þeirrar sérfræðiaðstoðar.

Áfrýjandi bendir á að í rökstuðningi kunnáttumanns frá 24. október 2019 fyrir beiðni um sérfræðiaðstoð sé vísað til þess almenna eftirlits sem kunnáttumanni beri að hafa með því að skilyrðum sáttarinnar sé fylgt eftir og markmiðum hennar verði náð. Vísað sé til þess að eitt af skilyrðum sáttarinnar sé að aukið verði við aðgengi nýrra aðila/endurseljenda á eldsneytismarkaði að allri þjónustu Olíudreifingar ehf. Varðandi nauðsynlega eftirfylgni kunnáttumanns með þeim skilyrðum sem fram koma í sáttinni og varði starfsemi Olíudreifingar ehf., nefni kunnáttumaður m.a. að leggja þurfi faglegt mat á fyrirliggjandi drög að verðskrá Olíudreifingar ehf. og bera þau saman við raunverulegan kostnað við að veita þjónustuna. Þá þurfi að meta magnafslætti en sérstök ákvæði séu í sáttinni þar að lútandi auk þess sem leggja þurfi mat á gjald vegna birgðarýmis. Þá telur kunnáttumaður að einnig þurfi að horfa til þess hvort tiltekin tæknileg atriði hafi þau áhrif að þau dragi úr aðgengi að þjónustu Olíudreifingar ehf. Telur kunnáttumaður að nauðsynlegt sé að afla utanaðkomandi sérfræðipækkingar til að leggja mat á fyrrgreind atriði svo og mýmörg önnur atriði til að tryggt verði að nauðsynlegu eftirliti með skilyrðum sáttarinnar varðandi framkvæmd og verðlagningu á þjónustu Olíudreifingar ehf. verði haldið uppi.

Áfrýjandi telur að þau atriði sem kunnáttumaður nefnir til stuðnings beiðni sinni um utanaðkomandi sérfræðiaðstoð svipi í reynd til upptalningar á því almenna eftirliti sem kunnáttumanni beri að hafa samkvæmt sáttinni. Kunnáttumaður nefni ekki neitt sérstakt tilefni eða ástæðu fyrir beiðninni. Vakin sé athygli á því að kunnáttumaður hafi nú þegar heimild til að óska eftir gögnum frá Olíudreifingu ehf. og séu starfsmenn félagsins fullfærir að veita nauðsynlegar skýringar hvað varðar gjaldskrá Olíudreifingar ehf. og öll önnur atriði þannig að kunnáttumaður geti sinnt almennu eftirliti sínu. Ekki verði heldur ráðið af beiðni kunnáttumanns hvaða skjöl það séu sem hann hafi undir höndum frá Olíudreifingu ehf. sem þarfnist skoðunar og yfirferðar utanaðkomandi sérfræðings. Telur áfrýjandi að starfsmenn Olíudreifingar ehf. geti gert kunnáttumanni

grein fyrir efni umræddra skjala með fullnægjandi hætti og lagt fram frekari gögn sé þess óskað. Áfrýjandi bendir jafnframt á að fyrir liggi að Olíudreifing ehf. hafi sett sér ákveðnar reglur um úthlutun birgðarýmis og útfært staðlaða þjónustusamninga ásamt gjaldskrá og þó þau skjöl séu útbúin og staðfærð með hliðsjón af sáttinni sé eðli málsins samkvæmt ekki um nýjungar að ræða í starfsemi félagsins. Olíudreifing ehf. hafi fram til þessa miðað gjaldskrá sína við kostnað og því kalli sáttin ekki á stórkostlega breytingu á gjaldskránni. Nýjungarnar séu fyrst og fremst reglur og samningsskilmálar sem kunnáttumaður eigi að geta tekið afstöðu til án utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar.

Áfrýjandi bendir á að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að heimila sérfræðiaðstoð byggji fyrst og fremst á því að kunnáttumaður hafi lýst því yfir að hann telji sig bresta þekkingu til þess að leggja mat á ákveðin atriði og telji Samkeppniseftirlitið ekki ástæðu til þess að bera á það bríður. Telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið dragi af þessu þá ályktun að um sé að ræða aðstæður sem ekki hafi verið unnt að sjá fyrir við gerð sáttarinnar. Áfrýjandi vekur athygli á því að ekki komi fram í hinni kærðu ákvörðun né öðrum gögnum málsins þær breytingar sem gera þurfi á starfsemi Olíudreifingar ehf. vegna sáttarinnar og því liggi ekki fyrir hvaða breytingar þurfi að rannsaka sérstaklega. Áfrýjanda sé kunnugt um að Olíudreifing ehf. hafi unnið að því að endurskoða verklag, m.a. varðandi úthlutun birgðarýmis, en áfrýjanda sé ekki kunnugt um að einhverjar meiriháttar breytingar hafi orðið á gjaldskrá eða þjónustu Olíudreifingar ehf. Það sé því engan veginn ljóst hvaða breytingar ætlunin sé að taka til skoðunar en rétt sé að taka fram að samkvæmt hluthafasamkomulagi um starfsemi Olíudreifingar ehf. hafi ávallt verið byggt á því að þjónusta félagsins sé veitt á kostnaðargrunni. Þau viðmið sem felast í sáttinni kollvarpi ekki verðstefnu Olíudreifingar ehf. heldur feli aðeins í sér auknar kröfur til verðlagningar. Olíudreifing ehf. hafi veitt þriðja aðila þjónustu áður en sáttin frá 30. júlí 2018 kom til og ekkert bendi til þess að þjónusta, verð eða skilmálar Olíudreifingar ehf. séu í andstöðu við sáttina. Áfrýjandi bendir jafnframt á að í sáttinni sé beinlínis mælt fyrir um að skilmálar og gjaldskrá skuli útbúin með tilteknum hætti. Það geti því ekki talist óvæntar aðstæður að Olíudreifing ehf. telji sig þurfa að yfirfara gjaldskrá og skilmála félagsins til að tryggja að fullnægt sé þeim áskilnaði sem gerður sé í sáttinni.

Áfrýjandi leggur á það áherslu að ekkert óvænt hafi komið upp varðandi starfsemi Olíudreifingar ehf. er fallið geti undir sáttina. Við gerð sáttarinnar hafi verið fyrirséð að ganga þyrfti úr skugga um að samningar og verðskrá félagsins væru í samræmi við

áskilnað sáttarinnar. Áfrýjanda sé ekki kunnugt um að viðskiptavinir Olíudreifingar ehf. hafi kvartað sérstaklega undan verðlagningu félagsins eða samningum við félagið. Telur áfrýjandi því ekki ástæðu til að ætla annað en að samningsskilmálar félagsins séu sanngjarnir og verð sanngjörn.

Þá bendir áfrýjandi á að kunnáttumaður hafi gengist undir hæfismat af hálfu Samkeppniseftirlitsins þar sem ætla verði að metið hafi verið almennt og sérstakt hæfi hans til að sinna eftirliti í samræmi við skipunarbréf hans. Kunnáttumaður sé lögfræðingur og hafi m.a. verið valinn til starfans umfram endurskoðanda og í því vali felist óhjákvæmilega ákveðin afstaða Samkeppniseftirlitsins til eðlis eftirlitsins og sérfræðiþekkingar kunnáttumanns. Að mati áfrýjanda sé ekki ástæða til þess að ætla annað en að kunnáttumaður eigi að geta lagt mat á skilmála og verðskrá Olíudreifingar ehf., eftir atvikum að fengnum skýringum starfsmanna félagsins, án sérstakrar utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar.

Að mati áfrýjanda er ekkert fram komið í málinu sem bendi til þess að þörf sé á því að kunnáttumaður afli sér utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar vegna athugunar hans á starfsemi Olíudreifingar ehf. Beiðni kunnáttumanns um sérfræðiaðstoð beri það heldur ekki með sér að vaknað hafi hjá honum grunur um að brotið hafi verið gegn sáttinni. Kunnáttumaður hafi ekki bent á nein sérstök rannsóknarefni né tilgreint hvaða þætti nauðsynlegt sé að skoða sérstaklega. Ekkert í sáttinni gefi til kynna að kunnáttumanni sé ætlað að fara yfir öll skjöl og gögn sem til séu í fórum áfrýjanda eða þeirra sem falla undir sáttina. Slíkt eftirlit væri óhóflega viðurhlutamikið, algjörlega ástæðulaust og auk þess fram úr hófi kostnaðarsamt. Verði ekki annað séð en að fyrirhuguð rannsókn kunnáttumanns falli undir almennt eftirlit hans. Gera verði þá kröfu til eftirlits kunnáttumanns að það sé til þess fallið að ná markmiðum sáttarinnar en sé ekki óhóflega íþyngjandi.

Áfrýjandi bendir á að Olíudreifing ehf. hafi látið kunnáttumanni í té ákveðin gögn um starfsemi félagsins, m.a. drög að samningi um geymslu eldsneytis auk viðauka sem hafi að geyma reglur um aðgang að birgðarýmum, forgang viðskiptavina og lágmarkskröfur til eldsneytis. Telur áfrýjandi að í reynd blasi við að kunnáttumaður hafi fullnægjandi þekkingu til að leggja efnislegt mat á inntak reglnanna og hefur áfrýjandi engar athugasemdir við að hann geri það. Staðreyndin sé sú að kunnáttumaður hafi kynnt sér þá skilmála og reglur sem fyrir hendi séu og átt í samskiptum við starfsmenn

Oliudreifingar ehf. vegna þessa og ætti hann því að geta tekið afstöðu til þeirra. Hvað varðar gjaldskrá Oliudreifingar ehf. þá hafi ekki verið sýnt fram á að einhver vandkvæði fylgi gjaldskránni og sé ekki ástæða til að ætla annað en að verðskrá félagsins endurspegli kostnað í starfsemi þess og fullnægi þeim kröfum sem gerðar séu til hennar í sáttinni. Þess utan bendi fjöldi viðskiptavina Oliudreifingar ehf. eindregið til þess að verðskrá félagsins sé eðlileg eins og á stendur en grundvallaratriði sé eftir sem áður að ekkert bendi til þess að gjaldskráin sé óeðlileg þó Samkeppniseftirlitið hafi látið að öðru liggja.

Áfrýjandi telur að kunnáttumaður hafi fullnægjandi möguleika á því að sinna eftirliti sínu án utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar eins og sakir standa. Hvorki kunnáttumaður né Samkeppniseftirlitið hafi bent á atvik eða atriði sem teljast megi óvænt eða með þeim hætti að sátt Samkeppniseftirlitsins og áfrýjanda mæli fyrir um að heimilt sé að skipa sérfræðing til aðstoðar kunnáttumanni.

Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið krefst þess að kröfum áfrýjanda verði hafnað þar sem ekki séu forsendur til þess að fallast á kröfur hans í málinu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að skilyrði í samrunamálum verði að vera þess eðlis að þau eyði þeim samkeppnishömlum sem ella hefðu stafað af samruna, sbr. t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 18/2001 og 6/2006. Er í þessu sambandi einnig eðlilegt að hafa hliðsjón af ESB/EES rétti við túlkun á samrunaákvæðum samkeppnislaga sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 277/2012. Þá komi fram í tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB frá árinu 2008 um skilyrði í samrunamálum að slík skilyrði verði að afstýra allri þeirri röskun á samkeppni sem stafi af viðkomandi samruna auk þess sem skilyrðin verði að vera heildstæð og árangursrík frá almennu sjónarmiði. Þá komi fram í 30. gr. aðfararorða samrunareglugerðar ESB að meðalhóf þurfi að vera á milli skilyrða sáttar annars vegar og þeirra samkeppnislegu vandamála sem þeim er ætlað að leysa. Af því leiði að skilyrði í samrunamálum geti ekki haft annan tilgang en þann að afstýra tilteknum skaðlegum áhrifum af fyrirhuguðum samruna. Jafnframt sé nauðsynlegt að framkvæmd og

eftirfylgni með skilyrðum stuðli raunverulega að því að markmið viðkomandi sáttar nái fram að ganga.

Í samræmi við ákvæði 1. mgr. 30. gr. sáttar Samkeppniseftirlitsins og áfrýjanda frá 30. júlí 2018 tilnefndi áfrýjandi óháðan kunnáttumann til að hafa almennt eftirlit með því að skilyrðum sáttarinnar yrði fylgt eftir og að markmiðum hennar yrði náð. Samkeppniseftirlitið féllst á tilnefningu áfrýjanda á kunnáttumanni og var gerður sérstakur verksamningur milli hans og áfrýjanda. Í b-lið 2. mgr. 30. gr. sáttarinnar komi fram að kunnáttumaður skuli m.a fylgjast með því að ákvæðum um aukinn aðgang að þjónustu Olíudreifingar ehf. sé fylgt eftir í samræmi við III. kafla sáttarinnar og viðauka við hana.

Kunnáttumaður hafi farið þess á leit við Samkeppniseftirlitið að honum verði veitt heimild til að leita utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar og sé beiðni hans rökstudd með vísan til þess að hann skorti þá sérþekkingu sem nauðsynleg sé til þess að leggja mat á skilmála og verðskrá Olíudreifingar ehf. Í 5. mgr. 30. gr. sáttarinnar er fjallað um heimild kunnáttumanns til að óska eftir sérfræðiaðstoð en þar segi að komi upp óvænt tilvik sem krefjast þess að kunnáttumaður leiti utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar skuli hann senda Samkeppniseftirlitinu rökstudda beiðni þess efnis. Leita skuli sjónarmiða áfrýjanda til slíks erindis en það sé hins vegar í höndum Samkeppniseftirlitsins að taka ákvörðun um hvort orðið verði við slíkri beiðni.

Samkeppniseftirlitið bendi á að kunnáttumaður hafi upplýst, að í því skyni að ná fram markmiði sáttarinnar, um aukið aðgengi að brigðarými og þjónustu Olíudreifingar ehf., telji hann nauðsynlegt að kanna frekar hvort núverandi fyrirkomulag Olíudreifingar ehf. uppfylli kröfur sáttarinnar. Til þess að fá svör við þeim spurningum telji kunnáttumaður fyrir það fyrsta nauðsynlegt að kannað verði hvernig verðmyndun á þjónustu Olíudreifingar ehf. varðandi geymslu og dreifingu á eldsneyti til endurseljenda sé háttað. Í annan stað þurfi að skoða verðmyndun á þjónustu vegna birgðageymslu, reglur um afsláttarkjör og áhrif þeirra á samkeppni.

Vakin sé athygli á því að Olíudreifing ehf. hafi nýverið kynnt kunnáttumanni samning/reglur um aðgang að birgðastöðvum félagsins þar sem sé að finna tæknilegar útfærslur á aðgenginu. Sumar þessara reglna kalli á ákveðna tæknilega þekkingu kunnáttumanns til að hann geti tekið afstöðu til þess hvort þessar aðgengisreglur verði

samræmdar ákvæðum sáttarinnar. Samkeppniseftirlitið telur það blasa við að reglurnar sem ætlunin sé að setja byggja á ákveðnum forsendum sem kunnáttumaður hafi ekki þekkingu til að greina eða skilja til fulls. Hafi kunnáttumaður í því sambandi bent á þætti sem snúa að verðmyndun á þjónustu Olíudreifingar ehf., eignarhald Olíudreifingar ehf. og möguleg áhrif þess á verðmyndun og loks hvort einhverjar þeirra reglna sem ætlað sé að gildi um þjónustu Olíudreifingar ehf. séu í reynd tæknilegar viðskiptahindranir varðandi aðgengi að þjónustu félagsins.

Að mati Samkeppniseftirlitsins sé mikilvægt með hliðsjón af fyrirliggjandi sátt og þeim breytingum sem gera þarf á grundvelli hennar á starfsemi Olíudreifingar ehf., að gengið sé úr skugga um að skilmálar og verðskrá félagsins styðji með fullnægjandi hætti við þau markmið sem liggja til grundvallar sáttinni og viðauka við hana. Þá liggja fyrir að kunnáttumaður telji sig breyta þekkingu og reynslu til að tryggja framangreint. Hafi Samkeppniseftirlitið ekki forsendur til að véfengja það mat enda ljóst að þekking kunnáttumanns sé á öðru sviði. Því telji Samkeppniseftirlitið að uppi séu óvæntar aðstæður og tilvik sem kalli á nauðsynlega sérfræðiaðstoð til handa kunnáttumanni í samræmi við ákvæði 5. mgr. 30. gr. sáttarinnar.

Samkeppniseftirlitið telur að efnisleg sjónarmið í kæru áfrýjanda séu einkum af tvennum toga. Annars vegar að heimild kunnáttumanns til að afla sérfræðiaðstoðar sé bundin við það orðalag sem fram komi í 5. mgr. 30. gr. sáttarinnar, þar sem kveðið sé á um að ef upp komi „óvænt tilvik,“ sem krefjist þess að kunnáttumaður leiti utanaðkomandi aðstoðar, skuli orðið við því. Hins vegar virðist áfrýjandi skýra verkefni kunnáttumanns þröngt og að verkefni hans séu nánast tæmandi talin í tilteknum greinum sáttarinnar. Þannig virðist málalátbúnaður áfrýjanda byggja á því að skýra verði 5. gr. sáttarinnar með þeim hætti að eftirlit kunnáttumanns takmarkist við það hvort tilteknar reglur hafi verið settar en ekki hvert efni þeirra sé þrátt fyrir að ákvæðið geri kröfu um að reglurnar uppfylli ákveðin skilyrði.

Hvað síðarnefnda atriðið varðar þá telur Samkeppniseftirlitið það liggja í augum uppi að leggja þurfi sjálfstætt mat á það hvort reglur og skilmálar Olíudreifingar ehf. uppfylli skilyrði sáttarinnar. Í þeim efnum sé ekki hægt að byggja eingöngu á orðum áfrýjanda, sem annars eiganda Olíudreifingar ehf., um að kröfur sáttarinnar og viðaukans varðandi efni reglnanna séu fullnægjandi. Þannig segir í kæru áfrýjanda að Olíudreifing ehf. hafi hingað til miðað gjaldskrá sína við kostnað og því hafi sáttin ekki kallað á

stórkostlega breytingu á gjaldskránni. Telji áfrýjandi að kunnáttumaður eigi að geta tekið hjálparlaust afstöðu til þeirra viðbóta sem leitt hafi af sáttinni. Samkeppniseftirlitið telur blasa við að framfylgd eftirlits á grundvelli sáttarinnar verði ekki látin ráðast af fullyrðingum þess sem sætir eftirliti um að viðkomandi útfærslur séu í samræmi við markmið sáttarinnar.

Hvað fyrirnefnda atriðið snertir þá telur Samkeppniseftirlitið augljóst að framkvæmd sáttarinnar missi marks ef þau atriði sem standa utan fagþekkingar kunnáttumanns, sama hvaða sérþekkingu viðkomandi kunnáttumaður hefur hverju sinni, verði ekki skoðuð frekar nema slíkt hafi ekki verið mögulegt að sjá fyrir við gerð sáttarinnar. Ef slíkur skilningur yrði ofan á þyrfti Samkeppniseftirlitið að viðhafa það verklag að skipa marga óháða kunnáttumenn hverju sinni til að tryggja að þekking þeirra tæki til allra hugsanlegra atriða sem varðað gætu efni og framkvæmd sáttar. Slíkt fæli í sér gríðarlegan kostnað og óhagræði fyrir aðila sáttarinnar.

Þá fæst sú afstaða áfrýjanda sem birtist í kærinni ekki samræmst þeim skilningi sem hingað til hefur verið lagður til grundvallar í málinu af hálfu allra aðila. Má í því samhengi vísa til tveggja atriða. Í fyrsta lagi ákvæða verksamnings áfrýjanda og kunnáttumanns þar sem vísað sé til tiltekinna atriða í dæmaskyni sem kunni að koma upp við framkvæmd sem ekki sé hægt að tala um að falli undir það að vera „óvænt tilvik“ í þeim skilningi sem áfrýjandi leggur nú í hugtakið. Fyrrgreindur verksamningur sýni raunar svo ekki verði um villst að áfrýjandi taldi blasa við að sá kunnáttumaður sem yrði tilnefndur þyrfti ef þörf væri á, að njóta liðsinnis annarra sérfræðinga, þ.m.t. endurskoðanda, við hin ýmsu athugunarefni. Í öðru lagi var við gerð kostnaðarlíkans vegna verðmyndunar á verði eldsneytis í heildsölu áfrýjanda engum mótbárum hreyft við því af hálfu áfrýjanda að kunnáttumaður fengi sérfræðiaðstoð við gerð slíks líkans. Gerð þess líkans var á engan hátt tengd einhverju „óvæntu tilviki“ í þeim þrönga skilningi sem áfrýjandi byggir nú á. Þau sjónarmið sem áfrýjandi byggir nú á varðandi túlkun á fyrrgreindu orðalagi sáttarinnar séu því ekki í samræmi við fyrri samskipti og yfirlýsingar áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið og kunnáttumann um eftirlit hans með framkvæmd sáttarinnar.

Samkeppniseftirlitið telur að öll fyrri samskipti og framkvæmd vegna málsins beri þess vitni að það hafi verið sameiginlegur skilningur Samkeppniseftirlitsins, áfrýjanda og kunnáttumanns að með „óvæntum tilvikum“ væri einfaldlega verið að vísa til atvika

þegar kunnáttumann skorti nauðsynlega þekkingu, en ekki að tilvik teldist einungis óvænt ef alls ekki hefði mátt sjá þau fyrir við undirritun sáttarinnar.

Af hálfu áfrýjanda hefur einnig verið vísað til þess að í sátt Samkeppniseftirlitsins og Haga hf. vegna kaupa Haga hf. á Olíuverzlun Íslands hf. sé orðið „óvænt“ ekki að finna í sambærilegu ákvæði þeirrar sáttar og því beri að skýra sátt áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins með öðrum hætti en fyrrgreinda sátt Samkeppniseftirlitsins og Haga hf. Þessu mótmælir Samkeppniseftirlitið sem röngu og haldlausu. Fyrir liggir að við undirritun sáttar Samkeppniseftirlitsins og Haga hf. hinn 11. september 2018 hafi nokkur reynsla verið komin á framkvæmd sáttarinnar við áfrýjanda og varðandi skýringum á einstökum ákvæðum hennar. Þessi skilningur, sbr. einnig verksamning áfrýjanda og kunnáttumanns, hafi leitt til þess að orðalag síðari sáttarinnar var uppfært til samræmis við efnislega framkvæmd sáttarinnar við áfrýjanda.

Fallist áfrýjunarnefnd á hina nýju túlkun áfrýjanda á orðalagi sáttarinnar, þvert á skilning Samkeppniseftirlitsins, telur Samkeppniseftirlitið engu að síður að upp hafi komið „óvænt tilvik“ í framangreindum skilningi. Fyrir liggir að kunnáttumanni hafa borist sjónarmið frá félagi sem hafi átt í viðræðum við áfrýjanda um heildsöluviðskipti og m.a. fengið tilboð í slík viðskipti. Að mati fyrirsvarsmanna þess félags, sem áður störfuðu hjá eldsneytisfyrirtækjum og hafi því nokkra reynslu af markaðnum, var tilboð áfrýjanda í heildsöluviðskipti þess eðlis að þeim sem endurseljendum var ókleift að keppa við smásölu áfrýjanda, en fyrirliggjandi sátt gerir kröfu um að verð í heildsölu áfrýjanda skuli taka mið af því að slík samkeppni geti átt sér stað, sbr. 3. gr. sáttarinnar. Tilboð áfrýjanda, samanstóð af tveimur þáttum, þ.e. áætluðu verði hans án virðisaukaskatts og áætluðu verði Olíudreifingar ehf. vegna afhendingar á eldsneyti á nokkrum stöðum á landinu. Samkeppniseftirlitið telur að það basi við að athugunar sé þörf á síðarnefnda þættinum. Þá hafi áfrýjandi í samskiptum við endurseljendur haft uppi fyrirvara um að verðskrá Olíudreifingar ehf. „geti tekið breytingum til hækkunar eða lækkunar, t.d. ef nýtt magn kemur inn í kerfið, sem geti leitt til aukinnar hagkvæmni.“ Þessi sjónarmið áfrýjanda kalli að mati Samkeppniseftirlitsins einnig á athugun af hálfu kunnáttumanns. Þá beri einnig að líta til þess að fleiri aðilar hafi kvartað yfir hinni nýju verðskrá og reglum Olíudreifingar ehf.

Með vísan til þess sem að framan er rakið gerir Samkeppniseftirlitið kröfu um að ákvörðun þess frá 14. nóvember 2019 þar sem óháðum kunnáttumanni var heimilað að

afla sér utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar vegna mats á skilmálum og verðskrá Olíudreifingar ehf., verði staðfest.

V

Niðurstaða

1

Í 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 er skilgreint valdsvið áfrýjunarnefndar samkeppnismála og kemur þar fram að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæti kæru til nefndarinnar. Ekki er ágreiningur með málsaðilum um að hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 14. nóvember 2019 sætir kæru til áfrýjunarnefndar enda verður ekki annað ráðið en að uppfyllt séu að öllu leyti ákvæði 9. gr. samkeppnislaga varðandi kæru til nefndarinnar.

2

Þann 30. júlí 2018 gerðu Samkeppniseftirlitið og N1 hf. (nú Festi hf.) með sér sátt samkvæmt 17. gr. f. samkeppnislaga vegna samruna N1 hf. og Festi hf. (nú Hlekkur ehf.). Var talið að samruninn kæmi að óbreyttu til með að raska með umtalsverðum hætti samkeppni á þeim mörkuðum sem félögin störfuðu. Með hliðsjón af þeirri niðurstöðu var talið nauðsynlegt að grípa til ákveðinnar íhlutunar af hálfu Samkeppniseftirlitsins, m.a. með því að setja skuldbindandi skilyrði fyrir samruna félaganna og voru þau skilyrði tekin upp í áður nefnda sátt. Markmið sáttarinnar og þeirra skilyrða sem komu fram í henni var að efla og vernda virka samkeppni á þeim mörkuðum sem félögin starfa og bregðast við þeirri röskun á samkeppni sem samruninn myndi annars leiða til.

Í sáttinni koma m.a. fram fyrimæli sem ætlað er að hafa þann tilgang að auka aðgengi að eldsneyti í heildsölu svo og að birgðarými eldsneytis og þjónustu Olíudreifingar ehf. Í III. kafla sáttarinnar er að finna ákvæði um aukinn aðgang að þjónustu Olíudreifingar ehf. og samþykkti áfrýjandi, sem annar eigenda félagsins, m.a. að beita atkvæðisrétti sínum innan Olíudreifingar ehf. á þann hátt að aðgengi nýrra seljenda eldsneytis að birgðarými og þjónustu hjá félaginu yrði greiðara. Þá skuldbatt áfrýjandi sig til að beita áhrifum sínum innan Olíudreifingar ehf. til þess að félagið setti reglur sem tryggðu nýjum aðilum aðgang að þjónustu Olíudreifingar ehf. og að þær reglur tryggðu að öll þjónusta félagsins yrði veitt nýjum aðilum án mismununar og á sanngjörnum og

eðlilegum kjörum. Því til viðbótar samþykkti áfrýjandi að beita áhrifum sínum innan Olíudreifingar ehf. til þess að félagið setti sér verðskrá sem byggði á málefnalegum og viðskiptalegum forsendum og sem væri í samræmi við markmið sáttarinnar. Auk þess samþykkti áfrýjandi að leggja fram og styðja á hluthafafundi Olíudreifingar ehf. ákveðna tillögu, sem er viðauki við sáttina, er varðar breytta starfshætti Olíudreifingar ehf. í því skyni að tryggja fyrrgreind markmið sáttarinnar.

3

Í 30. gr. sáttar Samkeppniseftirlitsins og áfrýjanda frá 30. júlí 2018 kemur fram að áfrýjandi skuli tilnefna óháðan kunnáttumann sem hafi það hlutverk að hafa almennt eftirlit með því að skilyrðum sáttarinnar verði fylgt eftir og markmiðum hennar verði náð. Tilnefning kunnáttumanns er háð samþykki Samkeppniseftirlitsins og skal skipun kunnáttumanns vera til fimm ára. Áfrýjandi skal bera allan kostnað af starfi kunnáttumanns og eftir atvikum einnig þann kostnað sem til fellur vegna utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar. Í 30. gr. sáttarinnar eru tilgreind nokkur atriði sem talin eru meðal verkefna kunnáttumanns og snúa þau fyrst og fremst að því að fylgjast með því að skilyrðum sáttarinnar sé fylgt eftir og að markmiðum hennar verði náð. Eitt þeirra verkefna sem sérstaklega er tilgreint er að kunnáttumanni beri að fylgjast með því að ákvæðum sáttarinnar um aukinn aðgang að þjónustu Olíudreifingar ehf. sé framfylgt í samræmi við ákvæði III. kafla sáttarinnar og viðauka við hana. Þá er jafnframt tekið fram að kunnáttumanni beri að vekja athygli Samkeppniseftirlitsins á því ef hann telji, að beint eða óbeint, sé unnið gegn því að markmiðum sáttarinnar sé náð og tekin dæmi að það gætu t.d. verið óútskýrðar tafir eða óvönduð vinnubrögð við að framfylgja fyrirmælum sáttarinnar.

Áfrýjandi er skylt að veita kunnáttumanni allar nauðsynlegar upplýsingar og aðstoð sem hann óskar eftir auk þess sem áfrýjandi skal tryggja að Olíudreifing ehf. veiti kunnáttumanni allar nauðsynlegar upplýsingar og aðstoð sem hann óskar eftir. Í 5. mgr. 30. gr. sáttarinnar segir síðan orðrétt:

„Komi upp óvænt tilvik sem krefjast þess að kunnáttumaður leiti utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar skal hann senda Samkeppniseftirlitinu rökstudda beiðni þess efnis. Samkeppniseftirlitið skal leita sjónarmiða N1 um beiðni kunnáttumanns. Eigi beiðni kunnáttumanns við rök að styðjast skal N1 greiða kostnað við þá sérfræðiaðstoð sem aflað verður.“

Áfrýjandi gerði verksamning við kunnáttumann þann 30. ágúst 2018 og var samningurinn borinn undir Samkeppniseftirlitið í samræmi við ákvæði 7. mgr. 30. gr. sáttarinnar frá 30. júlí 2018. Tekin eru upp í verksamninginn ákvæði sáttarinnar um helstu hlutverk kunnáttumanns auk þess sem sérstaklega var tekið fram í samningnum að kunnáttumaður skuli liðsinna og veita þeim leiðbeiningar sem vilja eiga heildsöluviðskipti við áfrýjanda eða Olíudreifingu ehf. Þá er í verksamningnum tekið fram að áfrýjandi hafi fengið samþykki Samkeppniseftirlitsins fyrir því að ákveðinn tilgreindur löggiltur endurskoðandi verði kunnáttumanni innan handar varðandi þau álitafni þar sem kunnátta endurskoðandans kunni að nýtast sérstaklega. Er í því sambandi sérstaklega nefnt að þekking endurskoðandans kunni að nýtast við mat á heildarverðskrá áfrýjanda svo og varðandi sölufæri sjálfsafgreiðslustöðva og Kjarvalsverslana. Þá er tekið fram að kunnáttumaður hafi ákvörðunarvald um það hvort og að hvaða leyti hann feli fyrrgreindum endurskoðanda að annast einstaka þætti sem varða starf kunnáttumanns en hann sé ekki skuldbundinn til að leita aðstoðar viðkomandi endurskoðanda. Í grein 2.5 í áðurnefndum verksamningi áfrýjanda og kunnáttumanns er sérstaklega tekið fram að ef kunnáttumaður ákveði að kalla til sérstaka ráðgjafa eða aðstoðarmenn vegna starfa sinna sem óháður kunnáttumaður skuli áfrýjandi gera sjálfstæðan verksamning við viðkomandi varðandi greiðslu launa og afmörkun verkefnis í samræmi við sátt áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins og efni þess samnings, sem kunnáttumaður samþykkir sérstaklega.

4

Kunnáttumaður hefur með sérstöku erindi til Samkeppniseftirlitsins óskað eftir því að fá utanaðkomandi sérfræðiaðstoð vegna starfa sinna sem kunnáttumanns samkvæmt áðurnefndri sátt frá 30. júlí 2018 og verksamningi frá 30. ágúst 2018. Til stuðnings beiðni sinni um sérfræðiaðstoð hefur kunnáttumaður vísað til þess að hann hafi ekki nægilega sérþekkingu varðandi ákveðin atriði er lúta að mati á reglum, skilmálum og verðskrá Olíudreifingar ehf. Telur kunnáttumaður nauðsynlegt að fá utanaðkomandi sérfræðiaðstoð þannig að hægt sé að ganga úr skugga um að fullnægt sé þeim viðmiðum og skilyrðum sem fram koma í sáttinni varðandi aðgengi að birgðarýmum, verðskrá og þjónustu Olíudreifingar ehf. að öðru leyti.

5

Að mati áfrýjunarnefndarinnar er ljóst af ákvæðum 30. gr. sáttarinnar frá 30. júlí 2018 svo og þeim verksamningi sem áfrýjandi gerði við kunnáttumann 30. ágúst 2018 að gert var ráð fyrir því að til þess gæti komið að kunnáttumaður þyrfti að afla sér utanaðkomandi sérfræðiaðstoðar varðandi ákveðna þætti sem snéru að framkvæmd þess eftirlits sem honum var ætlað að hafa með höndum, sbr. 5. mgr. 30. gr. sáttarinnar og grein 2.5 í verksamningnum. Þá má einnig ráða af orðalagi fyrrgreindra ákvæða að kunnáttumanni er jafnframt ætlað að hafa nokkuð rúmar heimildir til að leggja mat á nauðsyn þess að kalla eftir utanaðkomandi aðstoð sérfræðinga eða sérstakra ráðgjafa vegna starfa sinna. Það mat takmarkast þó af eðli og markmiðum þeirra verkefna sem kunnáttumanni er ætlað að sinna samkvæmt fyrrgreindri sátt og verksamningi áfrýjanda og kunnáttumanns. Matið tekur ennfremur mið af sérfræðipækkingu kunnáttumanns sjálfs.

Kunnáttumaður hefur metið það svo að hann skorti þekkingu til að leggja mat á ákveðin atriði er lúta að mati á reglum, skilmálum og verðskrár Olíudreifingar ehf. og þá með hliðsjón af því hvort fyrrgreind gögn samrýmist þeim skilyrðum og markmiðum er fram koma í sáttinni frá 30. júlí 2018, m.a. um að bæta og auka aðgengi að birgðarými eldsneytis og þjónustu Olíudreifingar ehf. Óumdeilt er að fyrrgreint atriði er meðal þeirra verkefna sem falla undir hlutverk kunnáttumanns, sbr. grein 1.2 í verksamningi áfrýjanda og kunnáttumanns frá 30. ágúst 2018 og skiptir þá ekki máli að mati áfrýjunarnefndarinnar hvort talið verði að það falli undir almennt eftirlit kunnáttumanns samkvæmt sáttinni frá 30. júlí 2018. Kunnáttumaður hefur sjálfur metið það svo að nauðsynlegt sé að fá utanaðkomandi sérfræðiaðstoð til að ganga úr skugga um hvort fyrrgreindar reglur, skilmálar og verðskrá Olíudreifingar ehf. falli að skilyrðum og markmiðum sáttarinnar.

Áfrýjunarnefndin telur að ekki sé ástæða til að ætla annað en að kunnáttumaður hafi að lokinni skoðun og yfirferð á þeim gögnum sem hér um ræðir lagt mat á þekkingu sína hvað þetta varðar og þá með hliðsjón af því hvort hann gæti tekið afstöðu til gagnanna samkvæmt framansögðu.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar verður ákvæði 5. mgr. 30. gr. sáttarinnar um forsendur þess að kunnáttumaður óski eftir utanaðkomandi sérfræðiaðstoð ekki túlkað svo þröngt að það taki einungis til þeirra tilvika sem talin séu „óvænt“ í þeim skilningi að

Þau hafi ekki verið unnt að sjá fyrir við gerð sáttarinnar. Fyrrgreint ákvæði verður m.a. að skoða í ljósi ákvæða þess verksamnings sem áfrýjandi gerði við kunnáttumann 30. ágúst 2018 og sem staðfestur var af Samkeppniseftirlitinu. Ljóst var af þeim samningi að ráð var fyrir því gert að upp gætu komið þær aðstæður varðandi störf kunnáttumanns að ástæða væri fyrir hann að óska eftir utanaðkomandi aðstoð til að geta sinnt eftirliti sínu samkvæmt sáttinni með fullnægjandi hætti og í samræmi við markmið hennar.

Almennt verður einnig að mati áfrýjunarnefndarinnar að horfa til mikilvægis þess að kunnáttumaður geti sinnt hlutverki sínu og þeim skyldum sem á hann eru lagðar varðandi eftirlit með skilyrðum og markmiðum sáttarinnar frá 30. júlí 2018. Ekki er tilefni til að draga í efa það mat kunnáttumanns að utanaðkomandi sérfræðiaðstoð sé nauðsynleg til að því eftirliti sem hér um ræðir verði sinnt með fullnægjandi hætti.

6

Samkvæmt því sem að framan er rakið er ekki fallist á röksemdir áfrýjanda um að fella beri úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 14. nóvember 2019 um að heimila kunnáttumanni, samkvæmt sátt sem gerð var þann 30. júlí 2018 milli Samkeppniseftirlitsins og áfrýjanda, að leita sérfræðiaðstoðar vegna mats á skilmálum og verðskrá Olíudreifingar ehf. eftir viðmiðum sáttarinnar. Ber því að hafna kröfu áfrýjanda í máli þessu.

Úrskurðarorð

Kröfu áfrýjanda í máli þessu er hafnað.

Reykjavík, 11. mars 2020.

Björn Jóhannesson formaður

Brynhildur Benediktsdóttir

Stefán Már Stefánsson