

Samkeppniseftirlitið
Borgartúni 26
105 Reykjavík

Reykjavík, 11. mars 2016

Efni: Sjónarmið og athugasemdir Olíudreifingar ehf. við frummatsskýrslu Samkeppniseftirlitsins vegna markaðsrannsóknar á íslenska eldsneytismarkaðinum

Til LEX hefur leitað Olíudreifing ehf. (hér eftir „ODR“) og falið undirritaðri að setja fram sjónarmið og athugasemdir félagsins við frummatsskýrslu Samkeppniseftirlitsins (hér eftir „SE“) vegna yfirstandandi markaðsrannsóknar á íslenska eldsneytismarkaðinum. Í umræddri skýrslu er fjallað um aðstæður og háttsemi á markaðinum sem SE telur hindra samkeppni, almenningi og samfélaginu til tjóns, sem og hvaða aðgerðir komi til greina til þess að ryðja þeim samkeppnishindrunum sem SE telur vera til staðar úr vegi. Skýrslan var birt 30. nóvember 2015 og var hagsmunaaðilum, þar með talið ODR, sem og öðrum upphaflega veittur frestur til að setja fram sjónarmið og athugasemdir til 19. febrúar 2016. Með tölvuskeyti, dags. 12. febrúar 2016, var frestur í því skyni framlengdur til dagsins í dag að beiðni ótilgreinds hagsmunaaðila.

Líkt og fram kemur í nefndri skýrslu starfar ODR á afmörkuðum hluta íslenska eldsneytismarkaðarins og taka sjónarmið félagsins og athugasemdir mið af því. Mun ODR því einvörðungu setja fram sjónarmið og athugasemdir við þá umfjöllun í frummatsskýrslu SE sem varðar þá markaði sem félagið starfar á og starfsemi þess. Í þeirri umfjöllun sem hér fer á eftir verður í *fyrsta lagi* samhengisins vegna fjallað almennt um markaðsrannsóknir og íhlutun á grundvelli þeirra; í *öðru lagi* verður gerð grein fyrir sjónarmiðum og athugasemdum ODR við frummat SE á skilgreiningu markaða og umfjöllun stjórnvaldsins um markaðshlutdeild og samþjöppun; í *þriðja lagi* verður vikið að sjónarmiðum og athugasemdum ODR í tilefni af umfjöllun SE um samstarf á íslenska eldsneytismarkaðinum; í *fjórða lagi* verður fjallað um sjónarmið og athugasemdir ODR við umfjöllun SE um aðgangs- og vaxtahindranir; í *fimmta lagi* verður vikið að ýmsum almennum athugasemdum og sjónarmiðum varðandi það sem fram kemur í skýrslunni og loks verður gerð grein fyrir athugasemdum ODR að því er niðurstöðu samkeppnismatsins, frummat og tillögur SE að mögulegum úrbótum varðar.

I.

Almennt um markaðsrannsóknir

Með hliðsjón af því að í frummatsskýrslu SE kemur fram að stjórnvaldið telji hugsanlegt að grípa til verulega íþyngjandi íhlutunar í starfsemi ODR telur félagið gagnlegt að víkja í stuttu máli almennt að markaðsrannsóknum samhengisins vegna. Markaðsrannsókn er nýtt form rannsóknar en um er að ræða hagfræðilega greiningu á samkeppni á tilteknum markaði. Markaðsrannsóknir byggja á c-lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sem var lögfest með breytingarlögum nr. 14/2011. Í ákvæðinu felst heimild fyrir SE til þess að grípa til nauðsynlegra aðgerða til að efla samkeppni og til að ryðja úr vegi samkeppnishindrunum. Þær aðgerðir sem SE getur gripið til í þessu skyni eru afar víðtækar, en í 16. gr. samkeppnislaga segir að þær geti falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að efla samkeppni og að SE geti beitt nauðsynlegum úrræðum bæði til breytinga á atferli og skipulagi í réttu hlutfalli við þær aðstæður eða háttsemi sem um ræðir.

Athuga ber að ekki er skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að brot gegn ákvæðum samkeppnislaga hafi átt sér stað eða að um samkeppnishamlandi samruna sé að ræða. Til þeirra aðstæðna eða háttsemi sem draga úr skilvirkni markaða geta t.d. talist mikil samþjöppun á viðkomandi markaði, miklar hindranir á því að nýir keppinautar geti hafið atvinnustarfsemi eða hindranir á því að minni keppinautar geti eftt stöðu sína. Ennfremur kunna aðgerðir eða aðgerðaleyfi fyrirtækja eða opinberra aðila sem draga úr skilvirkni markaða að teljast til þess háttar aðstæðna eða háttsemi sem markaðsrannsóknir geta varðað. Nánar er fjallað um markaðsrannsóknir í umræðuskjali SE nr. 2/2012 og í reglum nr. 490/2013 um markaðsrannsóknir SE.

SE framkvæmir markaðsrannsóknir að eigin frumkvæði. Í tilkynningu SE um markaðsrannsókn á eldsneytismarkaðnum kemur fram að ákvörðunin sé byggð á gögnum og upplýsingum sem aflað hefur verið í tengslum við fyrri athuganir, erindi og ábendingar. Þá kemur fram að SE hafi átt fund með aðilum á markaðnum haustið 2012 í því skyni að afla nýjustu upplýsinga um markaðsaðstæður.

Í 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga er fjallað um heimildir SE til þess að grípa inn í aðstæður á markaði í kjölfar markaðsrannsóknar. Í 1. másl. ákvæðisins kemur fram að aðgerðir SE geti falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til þess að efla samkeppni og stöðva brot. Þá kemur fram í 2. másl. ákvæðisins að SE geti beitt nauðsynlegum úrræðum bæði til breytingar á atferli og skipulagi. Er hér um að ræða rýmri heimild til handa SE til þess að bregðast við samkeppnishömlum en framkvæmdastjórn ESB og Eftirlitsstofnun EFTA hafa yfir að ráða.¹

Í 3. másl. 2. mgr. 16. gr. er svo lögfest sérstök meðalhófsregla sem temprar vald stjórnvaldsins þegar ákveðið er að grípa til aðgerða vegna samkeppnishamlandi aðstæðna. Þá er SE einnig bundið af meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Kjarni reglunnar er að stjórnvaldsákvörðun verði að vera til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt. Þegar stjórnvald hefur val um fleiri en eina leið til að ná því markmiði sem að er stefnt ber að velja það úrræði sem vægast er og að gagn getur komið. Þá þarf að gæta hófs í beitingu þess

¹ Alpt. 2010-11, A-deild, þskj. 144.

úrræðis sem valið er. Meðalhófsreglan hefur mikla grundvallarþýðingu þegar stjórnvöld taka íþyngjandi ákvarðanir sem fela í sér inngríp í réttindi borgaranna.²

Í 9. gr. reglna nr. 490/2013 um markaðsrannsóknir segir að SE taki afstöðu til þess að lokinni gagnaöflun og málsmeðferð með hvaða hætti ljúka skuli rannsókninni, þ.e. með einum eða fleiri hætti af eftirtöldu:

- Ákvörðun þar sem 16. gr. laganna er beitt til breytinga á háttsemi og/eða skipulagi fyrirtækja.
- Ákvörðun þar sem 16. gr. laganna er beitt gagnvart samkeppnishamlandi athöfnum opinberra aðila.
- Sérstök rannsókn hafin á mögulegu broti á bannreglum samkeppnislaga eða fyrirmælum í ákvörðunum samkeppnisyfirvalda.
- Ef niðurstöður leiða ekki til bindandi íhlutunar eru þær settar fram í skýrslu sem birt er opinberlega.

Af framangreindu er ljóst að markaðsrannsóknir SE og heimildir þess til að ljúka slíkum rannsóknum með aðgerðum, telji stjórnvaldið ástæðu til, fela í sér möguleika á viðtækri íhlutun og inngrípi af hálfu SE í starfsemi fyrirtækja. Það er því eðlilegt að velta upp þeirri spurningu hvort heimildin sé yfir höfuð réttlætanagerleg eða hvort hún feli í sér óeðlileg afskipti af eignarréttindum, sérstaklega í ljósi þess að SE tekur upp slíkar rannsóknir að eigin frumkvæði og án þess að fyrirtæki á viðkomandi markaði hafi sýnt af sér háttsemi sem brýtur í bága við bannákvæði samkeppnislaga.

Í ummælum í greinargerð með breytingarlögum nr. 14/2011 er sérstaklega vikið að fyrrgreindu og því haldið fram að íhlutun samkeppnisyfirvalda í kjölfar markaðsrannsóknar, sem felst t.d. í breytingu á skipulagi fyrirtækja, feli ekki í sér óeðlileg afskipti af eignarréttindum. Um sé að ræða nauðsynlega aðgerð til þess að vernda mikilvæga almannahagsmuni og ekkert fyrirtæki geti átt kröfu til þess að vera til frambúðar í yfirburðastöðu sem hindri með alvarlegum hætti virka samkeppni. Að auki er vísað til þess að samkeppnisréttur sé í eðli sínu neytendaréttur og að SE beri að horfa til almannahagsmuna við ákvarðanatöku og því ljóst að heimildinni verði ekki beitt án þess að fram hafi farið heildarmat á þeim hagsmunum sem um ræðir. Hins vegar segir að aðeins verði gripið til slíkra aðgerða í undantekningartilvikum og að uppfylla verði þann áskilnað laganna að ekki sé fyrir hendi jafn árangursríkt úrræði sem sé minna íþyngjandi.

Hafa ber í huga að samkeppnislög fela almennt í sér takmörkun á eignarrétti og samningsfrelsi aðila. Vegna þessa eru gerðar ríkar kröfur til íhlutunar samkeppnisyfirvalda, enda kann íhlutun á markaði sem ekki byggir á fullnægjandi hagfræðilegum rökum að draga úr samkeppni fremur en efla. Sökum þessa verður að gaumgæfa vel hvort boðuð íhlutun í hverju tilviki standist ákvæði stjórnarskrár Íslands um vernd eignarréttar, sbr. 72. gr. hennar, og meginreglur stjórnsýsluréttar, sbr. 10. gr. (rannsóknarregla), 11. gr. (jafnræðisregla), 12. gr. (meðalhófsregla) og 13. gr. (réttur til andmæla) stjórnsýslulaga.

Fyrirmynd markaðsrannsókna er sótt erlendis frá. Á bls. 12 í frummatsskýrslu SE er fjallað um að 40 ríki hafi sett sér reglur er heimili samkeppnisyfirvöldum að framkvæma svonefndar markaðsathuganir en misjafnt sé hvaða heimildir til íhlutunar yfirvöld hafi.³ Í athugasemdum með frumvarpi til breytingarlaga nr. 14/2011 er nánar fjallað um þetta form rannsókna. Þar er

² Páll Hreinsson: „Meðalhófsregla stjórnsýslulaga“. Lögberg, 2003.

³ Sjá einnig umræðuskjal SE nr. 2/2012, *Markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins*, 5. mgr.

vísað til þess að samkeppnishömlur geti í vissum tilvikum átt rót sína að rekja til annarra atriða en samruna eða brota fyrirtækja á bannreglum samkeppnislaga, t.d. yfirburðastöðu fyrirtækis á markaði eða háttsemi fyrirtækja á fákeppnismarkaði sem geri þeim auðveldara að stunda þegjandi samhæfingu. Lítur löggjafinn svo á að sú samkeppnisröskun sem kann að verða vegna framangreinds geti verið jafnalvarleg fyrir neytendur og sú takmörkun á samkeppni sem leiðir af brotum á bannreglum samkeppnislaga. Vegna þessa er á það bent í athugasemdum með framangreindu frumvarpi að ýmis ríki hafi tekið upp úrræði í samkeppnislögum sínum sem ætlað sé að vinna gegn samkeppnishömlum af þessum toga.

Í umræddum athugasemdum er m.a. vísað til þess að í norsku samkeppnislögunum sé ákvæði þar sem samkeppnisfyrivöldum sé heimilað að grípa til aðgerða sem eru líklegar til að takmarka samkeppni án þess að brot gegn bannákvæðum laganna hafi átt sér stað. Það kemur þó ekki fram í umfjöllun um norska ákvæðið að það heimilar norskum samkeppnisfyrivöldum aðeins að gefa út almenn stjórnvaldsfyrirmæli til að ráða bót á samningum, skilmálum eða háttsemi sem takmarka eða eru til þess fallin að takmarka samkeppni. Þá er einnig vísað til bandarísks samkeppnisréttar, en á grundvelli laga geta bandarísk samkeppnisfyrivöld bannað eða breytt háttsemi fyrirtækja jafnvel þó hún fari ekki gegn bannreglum bandarískra samkeppnislaga. Loks er í frumvarpinu vísað til bresks samkeppnisréttar.

Raunar er sérstaklega tekið fram í umræðuskjali SE nr. 2/2012 um markaðsrannsóknir að hin nýja heimild eigi ekki síst fyrirmynd í breskum samkeppnisrétti og að við mótun á umræðuskjalinu hafi SE aflað upplýsinga og átt fundi með breskum samkeppnisfyrivöldum. Í umfjöllun SE um markaðsrannsóknir eru hins vegar engin rök færð fyrir því af hverju nær einvörðungu er litið til bresks samkeppnisréttar í þessu samhengi. Í athugasemdum með frumvarpi til breytingarlaganna segir m.a. að í breskum samkeppnisrétti sé að finna víðtækar heimildir til að grípa til aðgerða gegn samkeppnishömlum sem ekki stafa af samruna eða broti fyrirtækja á bannreglum. Bent er á að breska samkeppniseftirlitið hafi vísað til þess að tilgangur markaðsrannsókna sé að kanna hvort samkeppni sé virk á viðkomandi markaði í heild sinni. Ef komist er að þeirri niðurstöðu að aðstæður á markaði raski samkeppni hafa bresk samkeppnisfyrivöld mjög víðtækar heimildir til að grípa til aðgerða, t.d. getur hið breska stjórnvald mælt fyrir um uppskiptingu fyrirtækja ef það er talið nauðsynlegt til að tryggja virka samkeppni.

Heimild til markaðsrannsókna hefur verið til staðar frá árinu 2003 í Bretlandi, en frá þeim tíma hefur verið lokið við 15 markaðsrannsóknir á hinum ýmsu mörkuðum, t.d. varðandi flugvelli, matvöru, auglýsingaþjónustu, hópferðabifreiðar o.fl. Í kjölfar þeirra markaðsrannsókna sem hafa verið framkvæmdar í Bretlandi hefur breska samkeppniseftirlitið í mörgum tilvikum gripið til aðgerða. Í sumum tilvikum hefur eftirlitið gripið til víðtækra aðgerða. Algengast er þó að kveðið sé á um smávægilegri aðgerðir og lúta þær aðallega að því að auka upplýsingagjöf til neytenda og lækka skiptikostnað. Þá hafa bresk samkeppnisfyrivöld oft og tíðum mælst til breytinga á lögum, reglugerðum eða stefnu stjórnvalda. Sömu takmörk eru þó á valdheimildum breskra samkeppnisfirvalda og þeirra íslensku að því er þennan tilgreinda þátt varðar, en þau geta ekki þvingað fram breytingar á lögum, reglugerðum eða stefnu stjórnvalda.

Rétt er að geta þess að aðeins ein markaðsrannsókn breskra samkeppnisfirvalda hefur leitt til þess að lögð var sú kvöð á fyrirtæki að selja eignir, þ.e. ákveðnar rekstrareiningar. Það mál varðaði verulegan skort á samkeppni á flugvallarmarkaði og sterka stöðu British Airways Airports (hér eftir nefnt „BAA“). Var BAA gert að selja flugvelli sína á Gatwick, Stansted og annað hvort flugvöllinn í Edinborg eða flugvöllinn í Glasgow. Var um að ræða kvaðir um sölu

á þremur af sjö flugvöllum í eigu BAA. Töldu bresk samkeppnisyfirvöld að með aðgerðum þessum yrði verulega liðkað fyrir samkeppni til ábata fyrir flugfélög og neytendur.⁴

Í einni ákvörðun breskra samkeppnisyfirvalda hafa verið lagðar á kvaðir tengdar verðákvörðunum (e. *price control*). Í umræddu máli var m.a. kvöð lögð á Yell, aðila í einokunarstöðu sem rekur símaskrá og gular síður í Bretlandi, um hvernig verðum skyldi háttáð við sölu auglýsinga í prentútgáfu af gulum síðum (símaskrá fyrir atvinnurekendur).

Í öðrum tilvikum en fyrrgreindum tveimur hafa aðgerðir breskra yfirvalda verið takmarkaðri og falið í sér minni íhlutun, svo sem að mæla fyrir um betri upplýsingagjöf til neytenda líkt og fyrr greinir. Ennfremur hefur breska samkeppniseftirlitið í einhverjum tilvikum mælst til breytinga á lögum og/eða reglugerðum, líkt og áður var vikið að.

Af fyrrgreindu má ráða að bresk samkeppnisyfirvöld hafa stigið varlega til jarðar þegar kemur að viðarhlutamiklum íhlutunum. Lengst hefur verið gengið í íhlutun þegar um starfsemi einokunaraðila er að ræða, þ.e. aðila sem hefur 100% eða því sem næst 100% markaðshlutdeild.

Í breskum samkeppnisrétti er byggt á því að í kjölfar markaðsrannsókna sé beitt úrræði sem virki. Þá þarf að vera jafnvægi á milli virkni úrræðisins og meðalhófs. Um þetta segir í breskum leiðbeiningum um markaðsrannsóknir sem gefnar voru út af breskum samkeppnisyfirvöldum 2014:

In reaching a decision on what remedial action to take, the CC will seek a comprehensive solution to the AEC and resulting customer detriment. In so doing, it will have regard to the need for solution to be both reasonable and practicable. A consequence of balancing these considerations is that there may be circumstances where the CC judges, for example on the basis of considerations of proportionality, that it should not pursue an effective remedy option that is potentially available to it.⁵

Það kemur í hlut dómstóla að meta hvort meðalhófs hafi verið gætt við málsmeðferð og beitingu mögulegra úrræða í kjölfar markaðsrannsóknar SE ef til kemur. Þegar mannréttindi eru skert með stjórnvaldsákvörðun ber hlutaðeigandi stjórnvald sönnunarbyrðina um að önnur vægari úrræði hafi ekki verið til þess fallin að ná því markmiði sem að var stefnt, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar í máli nr. 354/2000. Þá er stjórnvöldum veitt lítið svigrúm þegar kemur að mati á því hvort valið hafi verið vægasta úrræðið eða hvort því hafi verið beitt af hófi, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 175/2005. Stjórnvaldi er þannig ekki aðeins skylt að líta til þess markmiðs sem starf þess stefnir að, heldur ber því einnig að taka tillit til hagsmuna og réttinda einstaklinga og lögaðila sem athafnir stjórnvaldsins og valdbeiting beinist að. Meðalhófsreglan

⁴ BAA skaut ákvörðun samkeppnisyfirvalda að því er ákveðinn hluta ákvörðunarinnar varðaði, m.a. þvingaða sölu á Standsted flugvelli, til áfrýjunarnefndar (Competition Appeal Tribunal) og áfrýjunardómstóls (Court of Appeal). Ákvörðun samkeppnisyfirvalda var staðfest á báðum stigum og allir flugvellirnir þrír hafa nú verið seldir.

⁵ *Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies*, 2013, bls. 75. Sjá einnig *Market Studies and Market Investigations: Supplemental guidance on the CMA's approach*, 2014., bls. 31-35. Sjá einnig *Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies*, 2013, bls. 71-76.

hefur fyrst og fremst þýðingu þegar ákvörðun eða athöfn stjórnvalds byggist á mati á aðstæðum.⁶

Líkt og áður greinir eru markaðsrannsóknir nýtt form rannsóknar og er yfirstandandi rannsókn á íslenska eldsneytismarkaðinum sú fyrsta sem framkvæmd er af SE. Enn hefur því ekki reynt á íhlutunarheimildir SE að þessu leyti, þ.e. hversu langt má ganga í að beita þeim úrræðum sem samkeppnislög heimila stjórnvaldinu. Að öllu framangreindu virtu telur ODR hins vegar ljóst að viðurhlutamiklum úrræðum á borð við fyrirmæli um uppskiptingu fyrirtækja eða sölu eigna verður einvörðungu beitt af hálfu SE í algjörum undantekningartilvikum og að því gefnu að engin önnur minna íþyngjandi úrræði séu tæk til að ná því markmiði sem að er stefnt.⁷

II.

Skilgreining markaða, markaðshlutdeild og samþjöppun

Í kafla 3 í frummatsskýrslu SE er fjallað um markaðsskilgreiningar og í kafla 5.2 um markaðshlutdeild og samþjöppun. Í inngangi að kafla 3 kemur fram að í markaðsrannsókninni sé greint hvort það séu til staðar aðstæður eða háttsemi á eldsneytismarkaðinum sem hamli samkeppni. Þá segir að meginforsenda fyrir slíkri greiningu sé að bera kennsl á þá markaði sem um ræðir og afmarka þá með skynsamlegum hætti. Ljóst má því vera mikilvægi þess að markaðsskilgreiningar séu eins vandaðar og frekast er kostur. Að sama skapi er ljóst að frumniðurstöður um markaðshlutdeild og samþjöppun gefa ekki rétta mynd ef markaðir eru ekki réttilega skilgreindir. ODR telur skilgreiningar SE á þeim mörkuðum sem félagið starfar á ekki fullnægjandi. Fara athugasemdir félagsins að þessu leyti hér á eftir. Fyrst verður þó vikið stuttlega almennt að skilgreiningu markaða í tengslum við markaðsrannsókn.

II.1. Skilgreining markaða í tengslum við markaðsrannsókn

Allt mat sem fer fram af hálfu samkeppnisyfirlalda á samkeppni á það sammerkt að grundvallast á skilgreiningu á þeim markaði eða mörkuðum sem um er að tefla hverju sinni. Markaðsskilgreiningar eru því grundvallarstoðir alls mats á samkeppni. Í tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB um skilgreiningu markaða⁸ segir m.a. orðrétt:

„Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms ... The main purpose of market definition is to identify in systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face. The objective of defining a market in both its product and geographic dimension is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings' behaviour and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure.“⁹

⁶ Páll Hreinsson: „Meðalhófsregla stjórnvísululaga“. Lögberg, 2003.

⁷ Sjá til hliðsjónar umræðuskjal SE nr. 2/2012, *Markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins*, 14. mgr.

⁸ *Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*, OJ C 372 of 9.12.1997.

⁹ *Tilkynning framkvæmdastjórnarinnar um skilgreiningu markaða*, 2. mgr.

Samkvæmt þessu eru markaðsskilgreiningar m.a. tæki til að greina þær vörur eða þjónustu sem geta beint og með skjótum hætti veitt samkeppnislegt aðhald við vörur eða þjónustu annarra og þannig komið í veg fyrir að hlutaðeigandi hegði sér án tillits til virks samkeppnislags þrýstings.

Afar mikilvægt er að vanda sérstaklega vinnu við markaðsskilgreiningar, enda verða þær skilgreiningar jafnan grundvöllur niðurstöðu rannsóknar hverju sinni.¹⁰ Markaðir eru skilgreindir með tilliti til þess máls sem er til úrlausnar. Aðferðafræði sem beitt er við skilgreiningu á markaði getur þannig verið ólík eftir því hvaða háttsemi er verið að rannsaka.¹¹ Við mat samkeppnisyfirvalda á því hvernig skilgreina beri hlutaðeigandi markað í tilteknu tilviki ber að taka mið af þeim upplýsingum sem liggja fyrir eða settar eru fram af hálfu aðila máls og komast að niðurstöðu með hliðsjón af meintri samkeppnishamlandi háttsemi sem til skoðunar er.

Af framangreindu leiðir að eðlismunur er á skilgreiningu markaða í tengslum við rannsókn á broti annars vegar og markaðsrannsókn hins vegar. Af almennu eðli markaðsrannsókna leiðir að vandasamt getur verið að skilgreina hlutaðeigandi markaði. Ef markaðir eru skilgreindir of vítt eða of þröngt og markaðsrannsókn grundvölluð á slíkri nálgun getur niðurstaðan eðli máls samkvæmt orðið handahófskennd og rannsóknin þar með ekki náð markmiði sínu. Í *breskum leiðbeiningarreglum fyrir markaðsrannsóknir* er fjallað um að það geti verið tilefni til þess í heildstæðri markaðsrannsókn að leggja fleiri en eina skilgreiningu til grundvallar á einum og sama markaðnum en þar segir:

“The geographic market: may be local, regional, national or wider. Imports may be taken into account as well as UK products. Depending on the circumstances of the case and the theory of harm posited, The CC may examine geographic markets at more than one level in the same investigation, eg at both national and local levels.”¹²

Verður að telja að slíkt hið sama geti átt við um skilgreiningu á vöru-og/eða þjónustumörkuðum. Af lestri frummatsskýrslu SE verður ekki betur séð en að SE taki undir framangreind sjónarmið en þar segir á bls. 74:

Varast ber að líta einangrað á greiningu á einstökum meginþáttum heldur þarf að líta á þá heildrænt og í samhengi. T.d. getur SE skilgreint ákveðinn markað í upphafi rannsóknar og síðar í rannsókninni komist að þeirri niðurstöðu að skilgreiningin á viðkomandi markaði hefur verið of víð eða þröng. Mat á því hvort samkeppnishömlur eru til staðar eru því samfelldur ferill til loka rannsóknar.

Í 5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaður talinn sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar. Við markaðsskilgreiningar er almennt litið til eiginleika vöru, verðs hennar og fyrirhugaðra nota. Þá verður aukinheldur að hafa í huga að staðganga þarf ekki að vera gagnkvæm, þ.e. vara X getur verið staðgönguvara vöru Y, en vara Y verður ekki að vera staðgönguvara fyrir vöru X, þannig að unnt sé að skilgreina þær á sama markaði. Þá er einnig þekkt að líta til hins

¹⁰ *Tilkynning framkvæmdastjórnarinnar um skilgreiningu markaða*, 12. mgr.

¹¹ *Tilkynning framkvæmdastjórnarinnar um skilgreiningu markaða*, 12. mgr.

¹² *Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies*, 2013, 146. mgr. Sjá einnig, *Tilkynning framkvæmdastjórnarinnar um skilgreiningu markaða*, 12. mgr.

svokallaða SSNIP-prófs við skilgreiningu markaða. Leiði lítil en varanleg verðhækkun til þess að fjöldi þeirra viðskiptavina sem hætta viðskiptum eða kaupa aðrar vörur í staðinn eru það margir að hlutaðeigandi verðhækkun verður óarðbær, þá má ætla staðgöngu til staðar á milli tveggja vara eða þjónustuflokka.

Líkt og að framan greinir telur ODR skilgreiningar SE á þeim mörkuðum sem félagið starfar á í frummatsskýrslu ekki fyllilega standast skoðun og þau rök sem færð eru fram þeim til stuðnings ekki fullnægjandi. ODR telur að rannsaka þurfi betur hvernig umræddir markaðir skuli skilgreindir enda grundvallast samkeppnismat stjórnvaldsins á þeim.

II.2. Skilgreining á mörkuðum fyrir birgðahald- og dreifingu á eldsneyti

Í köflum 3.4 og 3.5 í frummatsskýrslu SE er fjallað um skilgreiningu markaða fyrir birgðahald annars vegar og dreifingu hins vegar. Að mati ODR eru þær markaðsskilgreiningar sem SE leggur til grundvallar hvað þessa markaði varðar ekki fyllilega réttar líkt og áður greinir. ODR telur því að SE geti ekki tekið afstöðu til þess hvort til staðar séu á viðkomandi mörkuðum aðstæður eða háttsemi sem geti raskað samkeppni almenningi til tjóns fyrr en tekið hefur verið tillit til athugasemda félagsins hvað þetta varðar og fullnægjandi greining farið fram. Verður nú gerð nánari grein fyrir athugasemdum ODR að þessu leyti.

II.2.1 Skilgreining markaða fyrir birgðahald

Að því er skilgreiningu SE á vörumörkuðum **birgðahalds** í kafla 3.4 í frummatsskýrslu vill ODR einkum benda á tvennt.

Í *fyrsta lagi* telur ODR engin rök standa til þess að skipta vörumarkaði birgðahalds í átta undirmarkaði. ODR telur með hliðsjón af framboðsstaðgöngu eðlilegast að skipta honum í þrjá undirmarkaði, þ.e. markað fyrir birgðahald bensíns (að flugvélabensíni meðtöldu), markað fyrir birgðahald gasolíu (að þotueldsneyti meðtöldu) og markað fyrir birgðahald svartolíu. Enn fremur telur ODR hugsanlegt að skipta honum í fimm undirmarkaði, þ.e. markað fyrir birgðahald bensíns, markað fyrir birgðahald gasolíu (gasolía, skipadísilolía og skipagasolía), markað fyrir birgðahald svartolíu, markað fyrir birgðahald þotueldsneytis og markað fyrir birgðahald flugvélabensíns þar sem sérstök sjónarmið eiga að nokkru við um birgðahald þotueldsneytis og flugvélabensíns. Helgast það af því að enginn sérstakur tilkostnaður fylgir því að skipta um einstakar tegundir gasolíu annars vegar og bensíns hins vegar í birgðageymum og með hliðsjón af framboðsstaðgöngu því eðlilegt að birgðahald þeirra tilheyri sama markaði. Þá vill ODR benda á að eftir því sem félagið best veit hefur birgðahaldi á 98 oktana bensíni alfarið verið hætt hér á landi. Það er nú flutt inn í gámum og afgreitt beint til smásala. Ef birgðahald á 98 oktana bensíni er enn við lýði tilheyrir það hins vegar sama markaði og birgðahald fyrir 95 oktana bensín enda var hvort tveggja geymt í sömu tönkum þegar ODR annaðist birgðahald beggja.

Í *öðru lagi* gagnrýnir ODR þá frumniðurstöðu SE að ekki sé nauðsynlegt að taka afstöðu til þess hvort rétt sé að skilgreina sérstakan markað fyrir leigu á birgðarýmum á Íslandi til geymslu á olíu fyrir erlenda viðskiptavini sem stunda viðskipti með olíu á alþjóðlegum mörkuðum. Þar sem um almenna markaðsrannsókn á íslenska eldsneytismarkaðnum er að ræða er nauðsynlegt að skilgreina framangreindan markað sérstaklega. Í þessu sambandi vill ODR áréttta að í ákvörðun SE nr. 19/2013, *Samruni Atlantic Tank Storage ehf., Skeljungs hf. og Birgðastöðvarinnar Miðsandi ehf.*, féllst SE á þá skilgreiningu samrunaaðila að landfræðilegi

markaðurinn vegna leigu á birgðarými olíubirgðastöðvarinnar í Hvalfirði væri stærri en Ísland. Er því ljóst að þörf er á skilgreina þann markað sérstaklega. Öðrum kosti fæst ekki fullnægjandi mynd af aðstæðum á íslenska eldsneytismarkaðinum.

Þá telur ODR að skilgreining á landfræðilegum mörkuðum birgðahalds í kafla 3.4.2 í frummatsskýrslu sé haldin umtalsverðum annmörkum.

Landfræðilegur markaður er það landsvæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki taka þátt í framboði og eftirspurn á viðkomandi vöru eða þjónustu og þar sem samkeppnisskilyrði eru hin sömu eða nægilega svipuð og unnt er að greina svæðið frá nærliggjandi svæðum sem búa að verulegu leyti við önnur samkeppnisskilyrði. Skilgreining á hinum landfræðilega markaði hverju sinni tekur líkt og áður greinir mið af því máli sem til úrlausnar er og er því ekki einhlít. Þegar um markaðsrannsókn er að ræða er því oft rétt að skoða hinn landfræðilega markað út frá mismunandi sjónarhornum í sömu rannsókn ólíkt því sem á við þegar um tiltekið brot á samkeppnisreglum er að ræða.¹³

Að meginstefnu til er landfræðileg afmörkun markaða byggð á mati á staðgöngu vöru eða þjónustu á milli landsvæða. Í tilkynningu framkvæmdastjórnarinnar um skilgreiningu markaða er fjallað um það hvernig beri að meta staðgöngu. Þar kemur fram að við rannsókn á staðgöngu beri að líta til þess hvort verðhækkun hjá einum aðila geti haft þau áhrif að viðskiptavinir leiti til samkeppnisaðila ef það hefur ekki í för með sér verulegan kostnað.¹⁴ Einnig þarf að líta til fleiri sjónarmiða en um það segir í tilkynningunni:

“If necessary, a further check on supply factors will be carried out to ensure that those companies located in differing areas do not face impediments in developing their sales on competitive terms throughout the whole geographic market. This analysis will include an examination of requirements for a local presence in order to sell in that area the conditions of access to distribution channels, costs associated with setting up a distribution network, and the presence or absence of regulatory barriers arising from public procurement, price regulations, quotas and tariffs limiting trade or production, technical standards, monopolies, freedom of establishment, requirements for administrative authorizations, packaging regulations, etc. In short, the Commission will identify possible obstacles and barriers isolating companies located in a given area from the competitive pressure of companies located outside that area, so as to determine the precise degree of market interpenetration at national, European or global level.”¹⁵

Gögn sem geta haft þýðingu við skilgreiningu á hinum landfræðilega markaði eru t.d. gögn um helstu einkenni eftirspurnar, sjónarmið neytenda og samkeppnisaðila, núverandi landfræðilegt mynstur kaupa o.fl.¹⁶

Að mati ODR liggur ekki fullnægjandi rannsókn að baki þeim skilgreiningum á landfræðilegum mörkum sem SE leggur til grundvallar í frummatsskýrslu. Í því sambandi bendir ODR á eftirfarandi atriði.

¹³ *Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies*, 2013, bls. 34

¹⁴ *Tilkynning framkvæmdastjórnarinnar um skilgreiningu markaða*, 29. mgr.

¹⁵ *Tilkynning framkvæmdastjórnarinnar um skilgreiningu markaða*, 30. mgr.

¹⁶ Richard Wish og David Bailey: *Competition Law*, 8. útg. (2015), bls. 42.

Í fyrsta lagi er skilgreining á landfræðilegum mörkuðum í frummatsskýrslunni einvörðungu byggð á svokallaðri „framboðssvæðisgreiningu“, sjá einnig viðauka A.3. Um þetta segir á bls. 56 í skýrslunni:

„Til þess að skilgreina landfræðilega markaði fyrir birgðarými er m.a. stuðst við svokallaða framboðssvæðisgreiningu (e. catchment area analysis) [...]. Með framboðssvæðisgreiningu er reiknað út hvaða landfræðilegu markaði tiltekna birgðastöðvar þjóna að mestu leyti. Stuðst er við sambærilega aðferðafræði og í ákvörðun breska samkeppnisráðsins frá 4. september 2012 um samruna DCC Energy UK Limited og Rontec Investments LLP. Þar var framboðssvæði hvers birgðatanks afmarkað með því að reikna út lengd ríðis frá honum sem samsvaraði því svæði í kringum hvern birgðatank þar sem 80% af því magni sem rennur í gegnum tankinn fór til. Niðurstöðurnar eru nýttar til þess að bera kennsl á landsvæði þar sem líklegt er að samkeppnisleg vandamál geti verið til staðar.“

Í viðauka A.3 kemur svo fram að við skilgreiningu landfræðilegra markaða þurfi þó einnig að taka tillit til annarra þátta og því sé fyrrgreind aðferð aðeins til viðmiðunar. Af umfjöllun um skilgreiningu landfræðilegra markaða birgðahalds í frummatsskýrslu SE fæst hins vegar ekki annað séð en að einvörðungu hafi verið byggt á umræddri aðferð. Þá er á engan hátt rökstutt af hverju umræddri aðferð er beitt fremur en hefðbundnu staðgöngumati. Í því sambandi er eingöngu vísað til ákvörðunar breska samkeppnisráðsins frá 4. september 2012 um samruna DCC Energy UK Limited og Rontec Investemts LLP og því vandséð að sömu sjónarmið geti átt við um skilgreiningu landfræðilegra markaða í markaðsrannsókn en líkt og fram hefur komið verður við skilgreiningu markaða að taka mið af markmiði rannsóknar hverju sinni. Þá má benda á nýlegri ákvörðun breska samkeppnisráðsins frá 24. júní 2014, *Western Isles Road Fuels*, þar sem landfræðilegur markaður fyrir birgðahald var ekki skilgreindur með framangreindum hætti heldur fór fram staðgöngumat. Um skilgreiningu á landfræðilegum markaði segir í umræddri ákvörðun:

Although the OFT has previously found, in the context of a merger between fuel suppliers, that the Western Isles constituted a single relevant geographic market, the CMA is of the preliminary view that a further separation is appropriate in this case.¹⁷

Af framangreindu leiðir að skilgreining á landfræðilegum markaði verður að taka mið af aðstæðum hverju sinni. Báðar framangreindar ákvarðanir varða samruna og eins og hefur verið bent á eru ólíkar skilgreiningar á mörkuðum lagðar til grundvallar. Í ljósi þess að hér er um að ræða almenna markaðsrannsókn verður að telja of þrönga nálgun að miða einvörðungu við eina aðferð við skilgreiningu á landfræðilegum mörkuðum fyrir birgðahald. Þá telur ODR líkt og fyrr greinir með öllu óljóst á hverju öðru SE byggði við skilgreiningu landfræðilegra markaða fyrir birgðahald þar sem í frummatsskýrslunni segir að „m.a. hafi verið stuðst við svokallaða framboðssvæðisgreiningu“.

Í öðru lagi telur ODR ótækt að skilgreina landfræðilega markaði svo þröngt sem SE gerir á grundvelli framangreindrar framboðssvæðisgreiningar og telur hana því ekki gefa rétta mynd. Ekkert mat á staðgöngu fer fram við skilgreiningu á hinum landfræðilegu mörkuðum fyrir birgðahald. ODR telur til að mynda að það sé staðganga á milli þess að geyma eldsneyti á Sauðárkróki og Akureyri svo einfalt dæmi sé nefnt. Flutningskostnaður milli þessara staða er óverulegur og hefur því ekki áhrif á samkeppnisskilyrði á hvoru svæði fyrir sig. Í þessu

¹⁷ Ákvörðun breska samkeppnisráðsins frá 4. júní 2012, *Western Isles Road Fuels*, 3.9. mgr.

sambandi vill ODR benda á að bæði félagið og aðrir sem starfa á markaði fyrir birgðahald eldsneytis hafa til að mynda lokað fjölda birgðastöðva á umliðnum árum og keyrt eldsneyti til viðskiptavina um lengri veg en áður tíðkaðist, enda mun hagkvæmara að keyra frá færri og stærri birgðastöðvum en að starfrækja birgðastöðvar í öllum byggðakjörnum landsins. Þá kalla bættar samgöngur ekki á jafn þéttrið net birgðastöðva og áður. Þessu til stuðnings má nefna að ODR starfrækir enn birgðastöðvar á Sauðárkróki og Siglufirði en þrátt fyrir það er umtalsverðu magni þess eldsneytis sem afgreitt er í næsta nágrenni þeirra stöðva ekið þangað frá Akureyri. Þá hefur engu eldsneyti verið landað á umræddar stöðvar um langt skeið heldur er ekið á þær ef svo ber undir.

Að mati ODR væri mun nærtækara að skilgreina landfræðilega markaði birgðahalds með hliðsjón af staðsetningu innflutningshafna. Aðrar birgðastöðvar eru í raun einvörðungu stuðningur við þær birgðastöðvar sem staðsettar eru við innflutningshafnir og full staðganga á milli þess að aka eldsneyti beint frá birgðastöðvum við innflutningshafnir á afgreiðslustað og frá minni birgðastöðvum.

Í *þriðja lagi* kemur fram í frummatsskýrslunni að ekki hafi verið talin ástæða til þess að skipta vörumörkuðum birgðahalds niður eftir viðskiptavinahópum í rannsókninni. ODR gagnrýnir þá niðurstöðu þar sem það getur haft áhrif á afmörkun landfræðilegra markaða og því í öllu falli rétt að rannsaka það til hlítar. Það getur þannig skipt máli hvort um er að ræða landsvæði þar sem t.d. stóriðja sem þarf mikið eldsneyti er staðsett eða svæði þar sem eftirpurn er minni en slíkt hefur eðli máls samkvæmt áhrif á smkeppnisskilyrði á einstökum svæðum.

Með hliðsjón af framangreindu telur ODR skilgreiningu landfræðilegra markaða fyrir birgðahald þarfnast nánari rannsóknar.

II.2.2. Skilgreining markaða fyrir dreifingu

Að því er skilgreiningu SE á **vörumörkuðum** dreifingar í *kafla 3.5.1* í frummatsskýrslu stjórnvaldsins vill ODR benda á að sú fullyrðing að nær allt eldsneyti sem flutt er til endanotenda sé flutt með olíuflutningabílum er ekki alls kostnar rétt þar sem afgreiðsla með leiðslu til endanotenda er umtalsverð. Það er því ekki rétt að eini staðurinn á landinu þar sem dreifing fari fram með þeim hætti sé frá Helguvík til Keflavíkurflugvallar. Þannig er eldsneyti til að mynda afgreitt beint á skip um lagnir frá 10 birgðastöðvum ODR sem og til 8 fiskimjölsværksmiðja. Í slíkum tilvikum eru það því endanotendur eldsneytisins sem taka við því um lagnir.

ODR er sammála því að hinn **landfræðilegi markaður** fyrir dreifingu eldsneytis með olíuflutningabílum og skipum sé landið allt og að ekki sé ástæða til að greina hann frekar niður, meðal annars með hliðsjón af framboðsstaðgöngu.

II.3. Markaðshlutdeild ODR og samþjöppun á mörkuðum fyrir birgðahald og dreifingu á eldsneyti

Markaður sem er skilgreindur með réttum hætti gerir það mögulegt að leggja mat á efnahagslegan styrk þeirra fyrirtækja sem starfa á honum. Markaðshlutdeild og samþjöppun eru meðal þeirra atriða sem þýðingu hafa við mat á efnahagslegum styrk fyrirtækja. Líkt og að framan greinir telur ODR skilgreiningu SE á mörkuðum nokkuð ábótavant og skekkir það eðli máls samkvæmt mat stjórnvaldsins á markaðshlutdeild og samþjöppun. ODR telur því

niðurstöður stjórnvaldsins hvað þetta varðar ómarktækar. Hvað sem því líður vill ODR þó benda á eftirfarandi atriði.

Í köflum 5.5.2 og 5.5.3 er fjallað um markaðshlutdeild á mörkuðum fyrir birgðahald og dreifingu. Þegar markaðshlutdeild er reiknuð út er meginreglan sú að miða við tekjur. Önnur viðmið geta þó komið til skoðunar. Í leiðbeiningarreglum breskra samkeppnisyfirvalda kemur fram í viðauka A hvenær geti verið réttlætanlegt að miða við önnur viðmið en tekjur en þar segir:

“Market shares can be measured in terms of revenues, volumes, production capacities or inputs. [...] In most contexts, the CC uses actual or projected revenues in the market as the bases for measurement. They are the best „real world“ measure and are particularly pertinent when products differ in quality. But in some cases, unit sales (eg when a new, less expensive product has entered the market) or revenues earned just from recently acquired customers (when long-term contracts or high switching costs are involved) may be better measures of competitive significance than total revenues.”¹⁸

Í frummatsskýrslu SE segir í kafla 5.5.2 að líkt og fram komi í viðauka [B.2] sé markaðshlutdeild á mörkuðum fyrir birgðahald skilgreind eftir gegnumstreymi tankanna en ekki stærð birgðarýmis. Í viðauka B.2 kemur svo fram að einvörðungu hafi verið aflað gagna um árlegt gegnumstreymi í gegnum birgðatanka þeirra aðila sem sinna birgðahaldi á eldsneyti á Íslandi, þ.e. hjá ODR, Skeljungu, Atlantsolíu, EBK og ITS. Þá kemur fram að í framhaldinu hafi verið skilgreint hvaða landfræðilega markaði hver birgðatankur tilheyrði í samræmi við fyrrgreindar markaðsskilgreiningar og markaðshlutdeild svo reiknuð út á þeim grundvelli. ODR fær með vísan til framangreinds ekki með nokkru móti séð að forsendur hafi staðið til þess að ákvarða markaðshlutdeild eftir öðru viðmiði en tekjum eða eftir atvikum stærð birgðarýmis. Í öllu falli hefði að mati ODR verið eðlilegt sem liður í markaðsrannsókn að reikna markaðshlutdeild út á grundvelli fleiri viðmiða og rannsaka svo hvaða viðmiðið gæfi réttasta niðurstöðu. Í öðrum málum sem hafa komið fyrir SE er varða olíumarkaðinn hefur verið miðað við tekjur við ákvörðun á markaðshlutdeild, sjá t.d. ákvörðun SE nr. 21/2004, og fæst því ekki séð af hverju annað viðmið er lagt til grundvallar í frummatsskýrslu SE enda er það ekki útskýrt.

Í kafla 5.5.3 er svo lagt til grundvallar án allrar frekari rannsóknar að markaðshlutdeild á markaði fyrir dreifingu eldsneytis með olíflutningabifreiðum sé hin sama og á mörkuðum fyrir birgðahald. Að mati ODR er varhugavert að fullyrða að svo sé án þess að það sé skoðað sérstaklega.

Í kafla 5.2.5 er að finna ályktanir SE í kjölfar umfjöllunar um markaðshlutdeild á einstökum undirmörkuðum íslenska eldsneytismarkaðarins. Þar kemur fram að litlar breytingar hafi orðið á markaðshlutdeild fyrirtækja á mörkuðum fyrir birgðahald og dreifingu. ODR fær illa séð hvernig unnt er að fullyrða það enda verður ekki ráðið af umfjöllun stjórnvaldsins að þróun markaðshlutdeildar á umræddum mörkuðum hafi verið rannsökuð sérstaklega.

ODR vill ítreka að réttar markaðsskilgreiningar eru forsenda fyrir útreikningi á markaðshlutdeild og samþjöppun á hlutaðeigandi markaði. Þar sem skilgreiningar á mörkuðum fyrir birgðahald og dreifingu eru ófullnægjandi í frummatsskýrslunni eru niðurstöður um markaðshlutdeild ODR og samþjöppun á þeim mörkuðum sem félagið starfar að mati þess ekki marktækar.

¹⁸ Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies, 2013, Annex A, 2. mgr.

III.

Samstarf og sameiginlegt eignarhald

Í kafla 5.5 í frummatsskýrslu SE er fjallað um samstarf og sameiginlegt eignarhald. Í upphafi kaflans kemur fram að eitt einkenni markaða snúi að samstarfi fyrirtækja á viðkomandi markaði og að í umræddum kafla verði vikið að því hvernig samstarfi fyrirtækja á elsneytismarkaði er háttað. Tekið er fram að hugtakið samstarf nái til samvinnu tveggja eða fleiri fyrirtækja í rekstri þeirra. Það nái því bæði til þess þegar fyrirtæki reka saman þriðja fyrirtækið með sameiginlegu eignarhaldi og þegar samvinna þeirra grundvallast á skriflegu eða munnlegu samkomulagi milli fyrirtækjanna um kaup á vöru eða þjónustu hvort af öðru. Þá kemur fram að í frummatsskýrslunni sé samstarf fyrirtækja á eldsneytismarkaði metið heildstætt og leitast eftir að greina áhrif þess. Í kafla 5.5.1 sem fjallar um mat á áhrifum á samkeppni kemur svo fram að til einföldunar verði ufmjöllun að þessu leyti skipt í tvo hluta. Annars vegar samstarf milli fyrirtækja á eldsneytismarkaðinum sem felur í sér vöru- og þjónustukaup og hins vegar samstarf þar sem keppinautar hafa stofnað eða eignast félög saman. Í kafla 5.5.2 er svo að finna lýsingu á samstarfi fyrirtækja á eldsneytismarkaðinum og í kafla 5.5.3 umfjöllun um meint áhrif þess á samkeppni. Loks er ályktun SE af umræddri umfjöllun að finna í kafla 5.5.4. Eftirfarandi athugasemdir og sjónarmið ODR afmarkast við það sem fram kemur í köflum 5.5.3 og 5.5.4 og varðar með beinum hætti starfsemi félagsins og samstarf þess við önnur félög á íslenska eldsneytismarkaðinum.

Þegar í upphafi vill ODR þó taka fram í tilefni af almennri umfjöllun SE um sameiginlegt eignarhald að félagið gæti þess í hvívetna að upplýsingar berist ekki eigenda þess á milli. ODR telur núverandi eignarhald á félaginu því ekki til þess fallið að auka gagnsæi á markaðinum eða draga úr virkri samkeppni með öðrum hætti. Þá er félagið líkt og nánar verður vikið að í kafla IV hér á eftir fullkomlega rekstrarlega og stjórnunarlega aðskilið frá eigendum þess og umrætt eignarhald því að mati ODR ekki til þess fallið að valda útilokun eða hamla fjölgun keppinauta á markaði fyrir smásölu eldsneytis. ODR telur sameiginlegt eignarhald á félaginu hins vegar tvímælalaust til þess fallið að draga úr kostnaði og auka hagkvæmni og vísar til fyrri sjónarmiða félagsins í því sambandi.

ODR vill enn fremur benda á að sú fullyrðing SE á bls. 129 í frummatsskýrslunni að kostnaður vegna dreifingar sé að jafnaði fastur þegar flutt eru eitt til 40 tonn en breytilegur í stökkum, þ.e. þegar flytja þurfi 41-80 tonn af eldsneyti þurfi tvær olíuflutningabifreiðar og svo framvegis, á ekki við rök að styðjast. Kostnaður vegna dreifingar er ekki fastur kostnaður, heldur er hann fall af ekinni vegalengd og afgreiddu magni í hverri ferð. Fullyrðing SE gengur út frá því að einungis sé afgreitt til eins viðskiptavinar í hverri ferð sem á einvörðungu við þegar um heilfarmafgreiðslur er að ræða. Fæstar afgreiðslur eru hins vegar heilfarmafgreiðslur og því verulegt hagræði fólgið í því að afgreiða sem flesta viðskiptavini í hverri ferð. Það hagræði næst því best fram ef dreifingaraðili dreifir eldsneyti fyrir fleiri en einn viðskiptavin.

Í kafla 5.5.3.1.2 er fjallað sérstaklega um samrekstur ODR. Í upphafi kaflans kemur fram að SE telji þrátt fyrir fyrri umfjöllun tilefni til þess að fjalla sérstaklega um tilurð og möguleg áhrif samreksturs keppinauta um ODR á samkeppni, en ODR sé stærsta fyrirtækið í sameiginlegri eigu keppinauta á markaðinum og dreifi öllu eldsneyti og geymi fyrir þá.

Í umfjöllun SE í umræddum kafla er fyrst vikið að ákvörðun samkeppnisráðs nr. 23/1995, *Kaup Ólíufélagsins hf. og Hydro Texaco A/S á hlutum í Ólíuverslun Íslands hf. og stofnun Ólíudreifingar hf.* Í því sambandi er tiltekið að í ákvörðuninni hafi farið fram mat á áhrifum samrekstrarins á samkeppni, mögulegri hagræðingu og samkeppnisaðstæðum á markaðnum. Þá er að finna upptalningu á því sem SE kveður hafa verið forsendurnar fyrir því að heimila samrunann og þar með samreksturinn. Að þeirri upptalningu lokinni kemur svo fram að margar af forsendum ákvörðunarinnar sem taldar voru vega þyngra en neikvæð áhrif samrekstrar á samkeppni eigi ekki lengur við að mati SE eða hafi ekki orðið að veruleika á þessum tuttugu árum síðan ákvörðunin var tekin. Þeirri staðhæfingu er ætlað að undirbyggja þá niðurstöðu SE í umræddum kafla að nauðsynlegt sé að endurmeta þær forsendur sem lágu að baki umræddri ákvörðun samkeppnisráðs.

Í tilefni af þessu vill ODR taka fram að SE getur ekki afturkallað rúmlega 20 ára gamla ákvörðun í samrunamáli þó svo að forsendur eigi ekki lengur við eða hafi ekki orðið að veruleika. Í 3. mgr. 17. gr. e. samkeppnislaga, sbr. einnig 2. mgr. 10. gr. reglna SE nr. 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamáli, er kveðið á um það í hvaða tilvikum SE getur afturkallað ákvörðun um að heimila samruna. Þar segir orðrætt:

„Hafi Samkeppniseftirlitið komist að þeirri niðurstöðu að samruni hafi ekki raskað samkeppni eða heimilað samruna með setningu skilyrða getur Samkeppniseftirlitið afturkallað slíka ákvörðun ef:

- a. ákvörðunin er byggð á röngum upplýsingum sem einhver samrunaaðila ber ábyrgð á eða þegar hún er fengin fram með blekkingum eða*
- b. hlutaðeigandi fyrirtæki brjóta gegn skilyrðum sem samruna hafa verið sett.“*

Til þess að unnt sé að afturkalla ákvörðun um að heimila samruna þarf því að liggja fyrir að hún hafi verið byggð á upplýsingum sem voru beinlínis rangar og að einhver samrunaaðila beri ábyrgð þar á, ákvörðunin hafi verið fengin fram með blekkingum eða að samrunaaðilar hafi brotið gegn skilyrðum sem viðkomandi samruna voru sett. Ekkert af þessu á við í því tilviki sem hér um ræðir og skilyrði til að afturkalla umrædda ákvörðun því fráleitt fyrir hendi.

Að því er þau skilyrði sem sett voru samrunanum varðar er vert að árétta að afturköllun ákvörðunarinnar á grundvelli meintra brota á umræddum skilyrðum sem voru hluti af þeirri rannsókn forvera SE sem lauk með ákvörðun samkeppnisráðs í máli nr. 21/2004, *Ólögmætt samráð Kers hf. (áður Ólíufélagið hf.), Ólíuverslunar Íslands hf., Skeljungs hf. og Bensínorkunnar ehf.*, kemur ekki til álita nú 12 árum síðar. Niðurstaða um þau brot og viðurlög vegna þeirra voru hluti af umræddri ákvörðun og voru starfsemi félagsins með henni auk þess sett frekari skilyrði til að tryggja sjálfstæði þess. Í því sambandi er vert að árétta að fram kemur á bls. 132 í frummatsskýrslu SE að samkvæmt fyrirbyggjandi gögnum sé aðskilnaður móðurfélaganna og ODR til staðar, bæði rekstrarlega og stjórnunarlega. Starfsemi ODR lýtur því í einu og öllu þeim skilyrðum sem henni hafa verið sett.

Þá vekja ummæli SE um að skoða þurfi hvort núgildandi verkefni ODR rúmist innan framangreindrar ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 23/1995 nokkra furðu. Á bls. 134 í skýrslunni kemur fram að samkvæmt fyrirbyggjandi upplýsingum megi ætla að starfsemi ODR taki nú til fleiri og annarra vara eða þjónustu en eingöngu birgðahalds og dreifingar, samkvæmt því sem lagt var upp með í umræddri ákvörðun, sbr. einnig ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004. Þannig sinni fyrirtækið einnig þjónustu er tengist viðhaldi á eldsneytisælum, birgðatönkum og

kynditækjum, bílaþvotti og bremsuprófunartækjum. Jafnframt selji fyrirtækið tæknilega ráðgjöf og búnað er tengist meðhöndlun, geymslu og afgreiðslu á eldsneyti auk fjölda annarra vara. ODR fær ekki með nokkru móti séð hvernig fyrrgreint getur farið gegn umræddum ákvörðunum samkeppnisráðs eða þeim skilyrðum sem starfsemi félagsins voru sett með þeim. Hafi SE upp á annað borð heimilað samruna getur það ekki hamlað því að starfsemi þess félags sem um ræðir þróist þegar frá líður að því gefnu að sú þróun fari ekki gegn þeim skilyrðum sem slíkum samruna kunna að hafa verið sett. Svo er fráleitt í þessu tilviki enda lúta þau skilyrði sem um starfsemi félagsins gilda ekki á nokkurn hátt að því hvaða vörur eða þjónustu því er heimilt að bjóða. Niðurstaða SE um að heimila stofnun ODR var byggð á því að um þjóðhagslega hagkvæma ráðstöfun væri að ræða sem samræmdist markmiði samkeppnislaga og væri til þess fallin að vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. ODR telur að það mat SE hafi ótvírætt verið rétt og að stofnun ODR hafi skilað umtalsverðri hagræðingu á markaðinum án þess að hafa neikvæð áhrif á samkeppni.

Í kafla 5.5.3.2 í skýrslu SE er svo fjallað um vöru- og þjónustukaup. Þar kemur fram að á fákeppnismarkaði eins og á eldsneytismarkaðinum geti nánast hvers konar viðskiptalegt samstarf raskað samkeppni, sér í lagi þegar fyrirtækin eru lóðrétt samþætt eins og raunin er um eldsneytismarkaðinn. Þá er því lýst í hverju sú röskun getur verið fólgin og loks tekið fram að þegar keppinautar eiga í viðskiptum sín á milli með vörur og þjónustu sé mikilvægt að koma í veg fyrir að þær upplýsingar sem fyrirtækið sem selur þjónustuna öðlast, s.s. um umsvif keppinautar í smásölu þegar fyrirtæki selur keppinauti eldsneyti í heildsölu, skaði ekki samkeppni á öðrum stigum eldsneytismarkaðarins. Enn fremur sé mikilvægt að hvatar myndist ekki hjá þeim fyrirtækjum sem eiga í slíku samstarfi til þess að torvelda inngöngu mögulegs keppinautar.

Í tilefni af umfjöllun í umræddum kafla vill ODR í fyrsta lagi taka fram að í því samstarfi sem félagið á í er þess ávallt gætt í hvívetna að viðskiptalega viðkvæmar upplýsingar berist ekki á milli keppinauta og sérstakar ráðstafanir gerðar til að tryggja að slíkt hendi ekki og í öðru lagi áréttu að það samstarf sem félagið á í er ekki á nokkurn hátt til þess fallið að torvelda inngöngu mögulegs keppinautar enda hagfelldast fyrir ODR að selja sem flestum sem mesta þjónustu líkt og nánar verður vikið að síðar. Félagið telur því tvímælalaust að það hagræði sem af umræddu samstarfi hlýst sé miklum mun umfangsmeira en hugsanleg neikvæð áhrif þess á samkeppni líkt og rökstutt hefur verið í þeim beiðnum um undanþágu frá ákvæði 10. gr. samkeppnislaga sem ODR hefur sent SE á grundvelli 15. gr. sömu laga.

Þá verður að mati ODR ekki hjá því komist að benda á að umfjöllun SE í nefndum kafla er í umtalsverðu ósamræmi við umfjöllun stjórnvaldsins um aðgangs- og vaxtahindranir í kafla 5.8 í frummatsskýrslu þess. Í kafla 5.5.3.2 er fjallað í löngu máli um það að vöru- og þjónustukaup keppinauta, sem allir séu lóðrétt samþættir, á eldsneytismarkaðinum hafi alla jafnan neikvæð áhrif á samkeppni. Í kafla 5.8 kveður hins vegar við annan tón og um það fjallað að heftur aðgangur að vörum og þjónustu keppinautar sé til þess fallinn að hafa neikvæð áhrif á samkeppni. Líkt og nánar verður vikið að í athugasemdum og sjónarmiðum ODR vegna þess sem fram kemur í kafla 5.8 hér á eftir er þessi misvísandi afstaða SE og skortur á skýrum svörum að þessu leyti af hálfu stjórnvaldsins til þess fallinn að valda bagalegri óvissu fyrir þau fyrirtæki á íslenska eldsneytismarkaðinum sem leggja sig fram um að haga starfsemi sinni í einu og öllu í samræmi við ákvæði samkeppnislaga.

IV. Aðgangs- og vaxtahindranir

Í kafla 5.8 í frummatsskýrslu SE er fjallað um aðgangs- og vaxtahindranir og þau atriði sem SE telur geta hindrað innkomu nýrra aðila sem hyggja á smásölu eldsneytis eða eftir atvikum komið í veg fyrir að minni smásalar vaxi með því að sækja inn á nýja markaði. Eitt af þeim atriðum sem SE tilgreinir í því sambandi er lóðrétt samþætting starfandi fyrirtækja. Í því sambandi fjallar SE sérstaklega um aðgang að birgðatönkum og dreifingu eldsneytis og telur hvort tveggja fela í sér aðgangs- og vaxtahindrun.

Í tilefni af umfjöllun SE um framangreint í kafla 5.8.3 í skýrslunni vill ODR í upphafi benda á eftirfarandi atriði:

Í *fyrsta lagi* virðist í umfjöllun SE alfarið litið framhjá þeirri staðreynd að ODR er bæði rekstrarlega og stjórnunarlega aðskilið frá eigendum félagsins í samræmi við þau skilyrði sem samkeppnisyfirlönd hafa sett starfsemi félagsins og ætlað er að tryggja sjálfstæði þess. Í því sambandi er vert að árétta aftur sérstaklega að fram kemur á bls. 132 í skýrslunni að samkvæmt fyrirbyggjandi gögnum sé aðskilnaður móðurfélaganna og ODR til staðar, bæði rekstrarlega og stjórnunarlega. ODR hefur því engan hvata til að útiloka eða torvelða aðgang núverandi eða nýrra keppinauta eigenda félagsins í smásölu eldsneytis að þjónustu þess. Þvert á móti hefur ODR hvata til að selja sem mest af þjónustu og til sem flestra. ODR mótmælir því alfarið þeirri staðhæfingu SE á bls. 163 í skýrslunni að hvati fyrirtækisins til þess að útiloka nýja keppinauta á smásölu á smásölu á eldsneyti sé há og vænt tap þeirra af hverjum seldum lítra hjá núverandi eða nýjum keppinautum því mikil. Í tilviki ODR hefur það ekki nokkra einustu þýðingu þar sem fyrirtækið er algjörlega rekstrarlega og stjórnunarlega aðskilið frá móðurfélagunum og viðskiptaákvæðanir þess því einvörðungu byggðar á eigin rekstrarlegu forsendum.

Hvað sem framangreindu líður vill ODR í *öðru lagi* benda á að varast ber að skilgreina aðstöðu sem ómissandi í skilningi samkeppnisréttar nema það sé í reynd ómögulegt fyrir aðila að hefja starfsemi á viðkomandi markaði fái hann ekki aðgang að henni. Á bls. 129 í frummatsskýrslu SE kemur fram í almennt umfjöllun um áhrif sameiginlegs eignarhalds N1 hf. og Olíuverzlunar Íslands hf. á ODR á samkeppni að birgðatankar séu mjög mikilvæg og eftir atvikum ómissandi aðstaða fyrir þá sem vilja starfa á smásölu á smásölu á eldsneyti. Af þeim sökum geti það verið umtalsverð aðgangshindrun ef aðgangur að viðkomandi birgðatanki er ekki fyrir hendi. Í framhaldi af því er vísað til þess að á vissum landfræðilegum mörkuðum geti verið óarðbært eða ómögulegt fyrir nýjan aðila að byggja birgðatank til þess að geta selt eldsneyti í smásölu (bæði til neytenda og stórnotenda) og að sama skapi sé illmögulegt að bjóða samkeppnishæft verð ef eldsneytið er keyrt með olíuflutningabifreið á viðkomandi stað. Séu aðstæður með þeim hætti svipi þeim til náttúrulegrar einokunar og aðstaðan geti því verið ómissandi fyrir þann sem vill starfa á markaðinum. Á bls. 154 í skýrslunni kemur svo fram að til þess að meta hvort starfandi lóðrétt samþætt fyrirtæki hafi strategískt forskot á mögulega keppinauta muni SE fyrst og fremst líta til áhrifa lóðréttar samþættingar á samkeppni og leggja mat á möguleg áhrif þess að öll lóðrétt samþættu fyrirtækin búi yfir aðstöðu sem er nauðsynleg til þess að hefja starfsemi á markaðinum. Af þessu má ráða að SE telji birgðatanka ODR a.m.k. í einhverjum tilvikum vera ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttar án þess að raunveruleg greining á því hvort svo sé í reynd hafi farið fram.

Í kenningu samkeppnisréttar um ómissandi aðstöðu felst að lóðrétt samætt fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu býr yfir aðstöðu sem keppinautar þess þurfa aðgang að til að geta boðið vörur og þjónustu á viðkomandi markaði. Ef fyrirtæki sem yfir slíkri aðstöðu býr synjar keppinautum um aðgang að henni er það brot á þeim skyldum sem á því hvíla sem markaðsráðandi fyrirtæki.¹⁹

Litið er svo á að fjögur skilyrði þurfi að vera uppfyllt svo líta megi á aðstöðu sem ómissandi í þessum skilningi og synjun um aðgang að henni misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í *fyrsta lagi* þarf það fyrirtæki sem býr yfir aðstöðunni að vera markaðsráðandi á viðkomandi markaði. Í *öðru lagi* þarf keppinaut að vera ómögulegt að koma sér upp slíkri aðstöðu. Í *þriðja lagi* þarf sá sem býr yfir aðstöðunni að hafa neitað keppinauti á sama markaði aðgangi að aðstöðunni. Í *fjórða lagi* þarf að vera mögulegt að veita aðgang að aðstöðunni. Þá er litið svo á að ekki megi vera fyrir hendi hlutlægar réttlættingarástæður sem réttlæta synjun á aðgangi.²⁰

Það felst í hugtakinu ómissandi aðstaða að þegar aðrir raunverulegir eða mögulegir valkostir eru fyrir hendi á markaði, þá er ekki hægt að líta á aðstöðu markaðsráðandi fyrirtækis sem ómissandi í þessum skilningi. Það sama á við þegar það væri lagalega og fjárhagslega mögulegt fyrir samkeppnisaðila að koma sér upp eigin aðstöðu.²¹ Tilvísun til smæðar keppinautar nægir ekki til þess að sýna fram á að það sé fjárhagslega óhagkvæmt fyrir hann að koma sér upp eigin aðstöðu eða nýta mögulega aðra valkosti.²²

Til þess að hægt sé að líta á aðstöðu sem ómissandi nægir því ekki að það sé hentugt eða hagkvæmt fyrir keppinauta að fá aðgang að henni, heldur þarf það að vera *nauðsynlegt*.²³ Við mat á því hvað telst nauðsynlegt í þessu samhengi hefur framkvæmdastjórn Evrópu-sambandsins litið til þess hvort keppinautar geti í raun komið upp sinni eigin aðstöðu í fyrirsjáanlegri framtíð.²⁴ Ekki nægir að halda því fram að staða keppinautar verði betri á markaði með því að hann fái aðgang að aðstöðu, heldur þarf synjun á aðgangi að valda því að samkeppni verður annað hvort ómöguleg eða verulega og óhjákvæmilega óhagkvæm.²⁵

Það er því algjört grundvallaratriði til þess að hægt sé að líta á aðstöðu sem ómissandi að sýnt sé fram á það með fullnægjandi hætti að engir aðrir raunverulegir möguleikar séu fyrir hendi í stað þeirrar aðstöðu sem um ræðir og að ekki sé lagalega eða fjárhagslega mögulegt fyrir viðkomandi keppinaut að koma sér upp slíkri aðstöðu. Of víðtæk túlkun á hugtakinu ómissandi aðstaða getur leitt til þess að aðilar á markaði fái tækifæri til þess að misnota nýsköpun og fjárfestingar keppinauta sinna og þannig dregið úr hvata til nýsköpunar og fjárfestinga og á

¹⁹ Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 4. útg. (2011), bls. 486.

²⁰ Þessi skilyrði komu fyrst fram í álitni Advocate General Jacobs í máli C-7/1997, *Oscar Bronner vs. Mediaprint*, frá 28. maí 1998, sjá mgr. 45.

²¹ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005, bls. 65.

²² Mál C-7/1997, *Oscar Bronner vs. Mediaprint*, álit Advocate General Jacobs, frá 28. maí 1998, mgr. 45 og 46.

²³ Richard Wish og David Bailey, *Competition Law*, 8. útg. (2015), bls. 744.

²⁴ *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, OJ C 45/7 of 24.2.2009, mgr. 83.

²⁵ Sjá tilvísun til *Commission's Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector* í Richard Wish og David Bailey, *Competition Law*, 7. útg. (2012), bls. 703.

endanum raskað samkeppni með því að draga úr frumkvæði til þess að stuðla að hagkvæmari nýtingu framleiðsluþátta.

Í þriðja lagi vill ODR og áréttta að sú staðreynd að Atlantsolía kom inn á markað fyrir smásölu bifreiðaeldsneytis árið 2003 og náði á honum fótfestu ber ekki vott um að aðgangur að birgðarými þeirra fyrirtækja sem fyrir eru á markaðinum sé ómissandi aðstaða eða lóðrétt samþætting þeirra feli í sér verulega aðgangshindrun. Í því sambandi er vert að benda á að varast ber að skilgreina atriði of frjállega sem aðgangshindranir enda getur slíkt leitt til þess að ástæða verði talin til aðgerða sem í reynd er engin þörf á og geta verið til þess fallin að draga úr hagkvæmni á markaðinum í andstöðu við markmið samkeppnislaga.²⁶

Í kafla 5.8.3.3 er að finna sögulegt yfirlit möguleika til innkomu. Í upphafi kaflans kemur fram að möguleikar til að hefja smásölu á eldsneyti miðað núverandi markaðsgerð og þegar litið er til sögunnar, virðist að miklu leyti grundvallast á því að nýir aðilar nái að tryggja sér aðgang að birgðatanki, eða tönkum, og dreifingu. Þá kemur fram að möguleikar til innkomu inn á önnur stig markaðarins en smásölu, s.s. heildsölu, birgðageymslu eða dreifingu, með það að markmiði að sinna eftirspurn innanlands virðist vera mjög takmarkaðir miðað við núverandi markaðsgerð. Loks segir að þessu valdi að öll olíufélögin séu lóðrétt samþætt. Sem fyrr einskorðast athugasemdir og sjónarmið ODR við það sem fram kemur í nefndum kafla varðandi lóðréttta samþættingu birgðahalds og dreifingar annars vegar og smásölu hins vegar.

ODR tekur undir það að aðgangur að birgðatanki, eða tönkum, og dreifingu er forsenda innkomu á markað fyrir smásölu eldsneytis hvort og getur viðkomandi hvort heldur sem er reist eigin birgðatank, eða tanka, og annast eigin dreifingu eða keypt umrædda þjónustu af öðrum. ODR er hins vegar alfarið ósammála því að upplýsingar um innkomu nýrra keppinauta gefi til kynna að lóðrétt samþætting starfandi fyrirtækja torveldi aðgang nýrra keppinauta að smásölustiginu þar sem nýliðinn hafði ekki aðgang að birgðatanki/tönkum eða dreifingu.

SE nefnir þrjú dæmi staðhæfingu sinni um framangreint til stuðnings. Í fyrsta lagi nefnir SE innkomu Atlantsolíu árið 2003, í öðru lagi innkomu Íslenskrar olíumiðlunar árið 2005 og í þriðja lagi tilraun Irwing oil til þess að koma inn á markaðinn á tíunda áratugnum.

Að því er innkomu Atlantsolíu varðar telur ODR hana vart geta verið til marks um að lóðrétt samþætting birgðahalds og dreifingar annars vegar og smásölu hins vegar feli í sér aðgangshindrun enda hefur Atlantsolía náð haldgóðri fótfestu á markaðinum. Það að Atlantsolía hafi kosið að reisa sína eigin birgðatanka og annast eigin dreifingu var í öllu falli ekki vegna þess að félagið hefði ekki getað keypt umrædda þjónustu af ODR hefði eftir því verið óskað.

Að því er brotthvarf Íslenskrar olíumiðlunar af markaðinum árið 2007 varðar er ODR ókunnugt um ástæður þess. Af umfjöllun SE verður þó ekki ráðið að það verði rakið til lóðrétrar samþættingar birgðahalds og dreifingar annars vegar og smásölu hins vegar.

²⁶ Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 4. útg. (2011), bls. 90.

Loks telur ODR tilvísun SE til þess að Irwing Oil hafi ekki hafið starfsemi á íslenska eldsneytismarkaðinum og þá tilvitnun í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2004 sem birtist á bls. 155-156 í skýrslunni ekki hafa nokkra þýðingu við mat á því hvort lóðrétt samþætting birgðahalds og dreifingar annars vegar og smásölu hins vegar feli í sér aðgangshindrun að markaðinum. Brot á 10. gr. samkeppnislaga í fortíðinni sem mögulega leiddu til þess að Irwing Oil hóf ekki starfsemi hér á landi er ekki til marks um að lóðrétt samþætting feli í sér aðgangshindrun að markaðinum.

Ekki fæst því með nokkru móti séð að sú staðhæfing SE á bls. 157 í skýrslunni að upplýsingar um tilraunir til innkomu og innkomu nýrra keppinauta gefi til kynna að lóðrétt samþætting starfandi fyrirtækja torveldi aðgang nýrra keppinauta á smásölustiginu eigi við rök að styðjast. Þannig hafa engin haldbær rök verið færð að því að lóðrétt samþætting starfandi fyrirtækja hafi í reynd valdið útilokun.

Að mati ODR hefur í raun ekki enn reynt á það hvort lóðrétt samþætting birgðahalds og dreifingar annars vegar og smásölu hins vegar feli í sér raunverulega aðgangshindrun og mun það fyrst skýrast þegar aðilar sem hafa eingöngu hug á að starfa á markaði fyrir smásölu koma inn á þann markað. Líkt og fram kemur í frummatsskýrslu SE eru nú blikur á lofti um að bandaríska verslunarkeðjan Costco og eftir atvikum fleiri sambærilegir aðilar hafi hug á að hefja þar starfsemi. Að mati ODR væri því verulega varhugavert að grípa til aðgerða nú vegna aðstæðna sem enn hefur ekki reynt á hvort séu í raun til þess fallnar að valda útilokun.

Í kafla 5.8.3.4 í skýrslunni er svo fjallað um hvata og getu til að hindra eða útiloka aðgang nýrra keppinauta. Í upphafi kaflans kemur fram að til þess að fyrirtæki geti hindrað eða útilokað aðgang keppinauts sé nauðsynlegt að það hafi getu til þess og umtalsverðan markaðsstyrk á einu eða fleiri stigum virðisikeðjunnar. Í umfjöllun stjórnvaldsins er hins vegar erfitt að henda reiður á hvort stjórnvaldið telur hvata til að útiloka aðgang nýrra keppinauta stafa af samþættingu heildsölu annars vegar og smásölu hins vegar eða samþættingu birgðahalds og dreifingar annars vegar og smásölu hins vegar eða hvoru tveggja og ekki fæst séð að farið hafi fram greining á hvoru fyrir sig. Þannig er til að mynda á bls. 160 í skýrslunni vísað til þess að Atlantsolía hafi tekið þá ákvörðun að reisa eigin birgðatanka þegar félagið hóf starfsemi til stuðnings því að hvatar starfandi fyrirtækja til að selja nýjum aðilum eldsneyti í heildsölu séu ekki til staðar. ODR fær vart séð hvernig sú staðreynd getur verið þeirri staðhæfingu til stuðnings. Þá telur ODR ekki standast skoðun að fullyrða að ef fyrirtæki á sviði birgðahalds og dreifingar hefðu verið á markaðinum sem hefðu ekki verið í eign lóðrétt samþættra fyrirtækja megi gera ráð fyrir því að Atlantsolía hefði keypt aðgang að viðkomandi birgðarými í stað þess að byggja sína eigin tanka. ODR telur þvert á móti að um viðskiptalega ákvörðun af hálfu félagsins hafi verið að ræða enda óskaði Atlantsolía ekki eftir því að ODR veitti því þjónustu að þessu leyti á þeim tíma. Sem fyrr lúta athugasemdir og sjónarmið ODR varðandi það sem fram kemur í nefndum kafla hins vegar einvörðungu að þeim atriðum sem starfsemi félagsins varða.

Á bls. 163 í skýrslunni er fullyrt að hvati fyrirtækjanna til að útiloka nýja keppinauta á smásölustiginu með því að neita þeim um dreifingu og birgðahald, eða verðleggja hana það hátt að jafngildi neitun, ætti að vera hinn sami, eða jafnvel meiri, og fyrir heildsölu á eldsneyti. Ástæða þess sé sú að vænt álagning vegna birgðageymslu og dreifingar eldsneytis sé enn lægri en vænt heildsöluálagning hvers lítra og því gæti lóðrétt samsett fyrirtæki þurft að taka ákvörðun um hvort það ætti að selja nýjum aðila aðgang að birgðarými (og hugsanlega

dreifingu) en á sama tíma að tapa fé vegna hvers lítra sem keppinauturinn mundi taka af lóðrétt samþætta smásalanum í smásölu eldsneytis. Þá kemur fram að í tilfelli ODR séu enn meiri hagsmunir í húfi en hjá Skeljungi þar sem eigendur þess séu með um og yfir 60% hlutdeild í smásölu eldsneytis af dælu og tap þeirra samanlagt yrði því enn meira en Skeljungs. Í tilefni af þessu vill ODR enn og aftur áréttta að félagið er bæði rekstrarlega og stjórnunarlega aðskilið frá eigendum þess í samræmi við þau skilyrði sem samkeppnisyfirvöld hafa sett og ætlað er að tryggja sjálfstæði þess. Í ljósi þess stenst þessi fullyrðing ekki skoðun enda starfar ODR algjörlega sjálfstætt og lýtur ekki boðvaldi eigenda sinna að því er viðskiptalegar ákvarðanir varðar. Líkt og fyrr greinir kemur fram á bls. 132 í skýrslunni að samkvæmt fyrirliggjandi gögnum sé aðskilnaður móðurfélaganna og ODR til staðar, bæði rekstrarlega og stjórnunarlega. Þessi fullyrðing stangast því auk annars á við niðurstöðu rannsóknar SE. Staðreynd málsins er sú að ODR hefur engan hvata til að útiloka eða torvela aðgang núverandi eða nýrra keppinauta eigenda félagsins í smásölu eldsneytis. Þvert á móti hefur ODR hvata til að selja sem mest af þjónustu og til sem flestra.

Þá vill ODR taka fram að umfjöllun á bls. 163-164 í skýrslunni um að SE telji að fyrir hendi séu vísbendingar um að núverandi stærri keppinautar á smásölustigi telji að fyrir hendi séu vaxtahindranir að ákveðnum landfræðilegum mörkuðum vekur furðu félagsins. Í umræddri umfjöllun kemur fram að því hafi verið haldið fram að fyrirtækin fái ekki eða þeim sé torvelaður aðgangur að birgða- eða dreifikerfi annars keppinautar sem er lóðrétt samþættur og starfi fyrir á smásölustiginu á hlutaðeigandi landfræðilega markaði. Enn fremur kemur fram að á meðan á vinnslu frummatsskýrslunnar hafi staðið hafi SE borist tvö erindi þar sem lóðrétt samþætt fyrirtæki sem selja eldsneyti í smásölu hafi kvartað undan því, í báðum erindunum, að aðgangur að birgða-, afgreiðslu-, og dreifingarkerfi sé hindraður og samkeppnisstaða viðkomandi sé skert vegna háttsemi og yfirráða keppinautar (eða félagi tengdu keppinautnum) á birgðatönkum eða dreifikerfinu á hlutaðeigandi landfræðilega markaði.

Í tilefni af þessu vill ODR áréttta fyrri sjónarmið um að það sé stefna félagsins að bjóða öllum þjónustu sem byggir á hlutlægru gjaldskrá enda hvati þess líkt og fyrr greinir eðli máls samkvæmt að selja sem mest af þjónustu og til sem flestra. ODR hefur hins vegar um langt skeið búið við bagalega óvissu um það að hversu miklu leyti félaginu væri á grundvelli samkeppnislaga og þeirra ákvarðana samkeppnisyfirvalda sem um starfsemi þess gilda heimilt að veita öðrum en eigendum þess þjónustu, sem og hvort sömu sjónarmið eigi við, hvort heldur sem um er að ræða aðila sem einvörðungu starfa eða hafa hug á að starfa á markaði fyrir smásölu eldsneytis, og aðila sem jafnframt starfa á markaði fyrir birgðahald og dreifingu og eru að því leyti keppinautar ODR.

Þannig liggur fyrir að með erindum, dags. 26. nóvember 2007 og 13. nóvember 2013, var óskað eftir undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga á grundvelli 15. gr. sömu laga fyrir þar tilgreindu samstarfi ODR og Skeljungs hf., m.a. vegna leigusamninga um geymslurými teldi SE þörf á slíkri undanþágu. Það er skemmst frá því að segja að umræddar undanþágubeiðnir voru ekki afgreiddar efnislega af hálfu stjórnvaldsins. Með bréfi, dags. 18. desember 2013, var ODR hins vegar tilkynnt að málsmeðferð vegna þeirra væri lokið. Í umræddu bréfi SE er vikið að yfirstandandi markaðsrannsókn á íslenska eldsneytismarkaðinum. Þá kemur fram að það sé mat stjórnvaldsins að ekki séu forsendur til að taka endalega afstöðu til mögulegrar undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga áður en þeirri rannsókn sé lokið. Þá segir orðrétt í bréfinu:

„Samkvæmt 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga tekur Samkeppniseftirlitið ákvörðun um það hvort erindi sem berast stofnuninni gefi nægar ástæður til rannsókna. Í sömu grein segir að eftirlitinu sé heimilt að raða málum í forgangs röð. Að öllu framangreindu virtu, og með hliðsjón af efni umræddrar beiðna um undanþágu, hefur Samkeppniseftirlitið ákveðið að aðhafast ekki frekar á grundvelli erinda yðar í málum þessum. Telst meðferð málanna því lokið.

Rétt er að áréttta að í þessum málalokum felst ekki að tekin sé afstaða til undanþágubeiðnanna né heldur afstaða til einstakra þátta sem eru til skoðunar við markaðsrannsókn Samkeppniseftirlitsins. Að fengnum niðurstöðum markaðsrannsóknar kunna aðstæður á breytast á umræddum markaði. Telji fyrirtæki á eldsneytismarkaði það þjóna hagsmunum sínum geta þau beint nýjum undanþágubeiðnum til Samkeppniseftirlitsins með hliðsjón af niðurstöðum markaðsrannsóknar. Á sama hátt kann Samkeppniseftirlitið að taka þessi mál til frekari skoðunar að af lokinni markaðsrannsókn.

Samkeppniseftirlitið tekur fram að í þessari niðurstöðu flest ekki að veitt hafi verið undanþága af neinu tagi skv. 15. gr. samkeppnislaga.“

Líkt og gefur að skilja var þessi afgreiðsla SE til þess fallin að auka á óvissu um það hvort samstarf ODR við Skeljung hf. um leigu á geymslurými eða eftir atvikum kaup á þjónustu á öðrum grundvelli sé heimilt samkvæmt ákvæðum samkeppnislaga.

Þá er það líkt og fyrr greinir stefna félagsins að bjóða öllum þeim sem þess óska þjónustu. Félagið telur þá stefnu vera til þess fallna að greiða fyrir virkri samkeppni í smásölu eldsneytis og var því í góðri trú um að SE teldi hana samþýðanlega þeim ákvörðunum samkeppnisyfirvalda sem um félagið gilda, m.a. í ljósi eftirfarandi ummæla í skýrslu SE nr. 2/2008, *Óflug uppbygging – Opnun markaða og efling atvinnustarfsemi*:

„Samkeppniseftirlitið telur að til álita geti komið að Olíudreifing og Skeljungur veiti nýjum og smærri keppinautum aðgang að ómissandi birgðastöðvum sínum ef þess er óskað. Með þeim hætti væri hægt að skapa skilyrði fyrir samkeppni á einstökum mörkuðum jafnframt því sem mögulegt væri fyrir smærri keppinauta að auka umsvif sín. Í slíkum tilvikum er mikilvægt að Olíudreifing og Skeljungur verðleggi slíkan aðgang miðað við raunverulegan kostnað sem af honum leiðir. Rétt er hins vegar að olíufélög upplýsi samkeppniseftirlitið um slíka samninga.“

Með bréfi SE, dags. 29. júní 2015, í tilefni af tilkynningu um breytingu á yfirráðum Birgðastöðvarinnar Miðsandi ehf. og olíubirgðastöðvarinnar að Litla Sandi í Hvalfirði, var hins vegar m.a. óskað eftir lýsingu á því hvort og hvernig starfsemi ODR á vöru- og þjónustumarkaði, sem talin er vera leiga á birgðarými til geymslu á olíu fyrir erlenda viðskiptavinum sem stunda viðskipti með olíu á alþjóðlegum mörkuðum, sé í samræmi við þann tilgang félagsins eins og hann hefur verið kynntur samkeppnisyfirvöldum, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 23/1995, sbr. einnig eftir atvikum ákvörðun SE í máli nr. 21/2004. Í tengslum við umrædda beiðni var svo sérstaklega vísað til þess að í bréfi til Samkeppnisstofnunar, dags. 26. apríl 1995, hafi markmiði og hlutverki ODR verið lýst með eftirfarandi hætti:

„Hlutverk sameiginlegs fyrirtækis verður að skipuleggja, stjórna og annast innflutning, birgðahald og dreifingu á fljótandi eldsneyti fyrir Olíufélagið h.f. og Olís. Að auki getur komið til að þetta fyrirtæki veiti olíufélögunum ýmsa sérhæfða þjónustu. Olíufélagin munu leggja til alla dreifingaraðstöðu sína s.s. innflutningshafnir, birgðastöðvar, strandferðaskip, tankbifreiðar og smurolíubifreiðar. Markmiðið er að lágmarka dreifing- og viðhaldskostnað olíufélaganna.“

Sjónarmið af sama meiði er svo að finna í kafla 5.5.3.1.2 í frummatsskýrslu þar sem fjallað er um áhrif samreksturs ODR á samkeppni á íslenska eldsneytismarkaðinum. Þar er á bls. 131 vikið að því að í fyrrgreindri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 23/1995 hafi farið fram mat á áhrifum samrekstrarins á samkeppni, mögulegri hagræðingu og samkeppnisaðstæðum á markaðinum og forsendum þess að samruninn var heimilaður. Í því sambandi er sérstaklega tiltekið að ein af þeim forsendum hafi verið sú að ODR væri þjónustufyrirtæki fyrir móðurfyrirtækin og mundi ekki stunda virka markaðssókn. Þá kemur líkt og fyrr greinir fram á bls. 134 að skoða þurfi hvort nógildandi verkefni ODR rúmist innan ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 23/1995 en samkvæmt fyrirliggjandi upplýsingum megi ætla að starfsemi félagsins taki nú til fleiri og annarra vara eða þjónustu en eingöngu birgðahalds og dreifingar, samkvæmt því sem lagt var upp með í umræddri ákvörðun, sbr. einnig ákvörðun nr. 21/2004.

Sjónarmið SE að því er varða veitingu þjónustu til annarra en eigenda félagsins hafa því verið vægast sagt misvísandi sem leitt hefur til þess að ODR hefur stigið varlega til jarðar í því sambandi að því leyti sem það hefur talið sér stætt með hliðsjón af þeim skyldum sem á því hvíla samkvæmt samkeppnislögum frá því að framangreint bréf SE, dags. 29. júní 2015, barst félaginu og beðið fyrirliggjandi frummatsskýrslu í von um skýr svör í þessu sambandi. Slík svör er hins vegar ekki að finna í frummatsskýrslu stjórnvaldsins heldur eru sjónarmið þess þvert á móti enn misvísandi hvað þetta varðar. ODR óskar því eftir skýrum svörum frá SE um það hvort félaginu sé heimilt með vísan til fyrr greindra forsendna ákvörðunar nr. 23/1995 að veita öllum þeim sem þess óska þjónustu sem og um það hvort sömu sjónarmið eigi við í því sambandi um fyrirtæki sem jafnframt eru keppinautar ODR á markaði fyrir birgðahald og dreifingu annars vegar og fyrirtæki sem eingöngu starfa á markaði fyrir smásölu eldsneytis hins vegar.

Í kafla 5.8.3.5 er fjallað um hagræði af lóðréttri samþættingu. Þar kemur réttilega fram að lóðrétt samþætting geti leitt til hagræðingar fyrir viðkomandi fyrirtæki þar sem hún geti auðveldað fyrirækjum að gera rekstur sinn skilvirkari. Þá kemur fram að SE telji þó ekki einsýnt að samþætting smásölu við dreifingu og birgðahald sé nauðsynleg til þess að ná fram aukinni hagræðingu á eldsneytismarkaðinum. Í því sambandi vísar SE til þess að í svörum allra olíufélaganna við því hvernig ná megi fram aukinni hagræðingu á markaðinum hafi aukið samstarf um birgðageymslu og dreifingu verið tilgreint. Þá kemur fram að SE telji þau rök hins vegar geta átt við óháð því hver hafi eignarhald eða yfirráð yfir þeim eignum og vísar því til stuðnings til þess að ODR starfi „án mikilla formlegra tengsla við eigendur sína“. Þessi röksemdafærsla SE styður að mati ODR enn frekar það sem að framan greinir um rekstrarlegan og stjórnunarlegan aðskilnað ODR frá eigendum félagsins. Þá telur ODR að með því fyrirkomulagi sem gildir um starfsemi félagsins sé einmitt tryggt að lóðrétt samþætting birgðahalds og dreifingar annars vegar og smásölu hins vegar skili því hagræði sem að er stefnt án þess að hafa neikvæð áhrif á samkeppni.

Þá vill ODR í tilefni af ummælum SE á bls. 165 í skýrslunni um að það fyrirkomulag sem sé meginreglan hér á landi, þ.e. að smásalar sjái að öllu leyti um birgðahald og dreifingu, þekkist ekki í nágrannalöndunum, taka fram að lóðrétt samþætting í nágrannalöndum okkar er talin frá olíuhreinsistöð en það stig er ekki fyrir hendi hér á landi. Einmitt að því leyti hafa hvað mestar breytingar átt sér stað erlendis, þ.e. með niðurlagningu úreltra olíuhreinsistöðva. Hvað sem því líður er það ekki rétt að lóðrétt samþætting á eldsneytismarkaði þekkist ekki í nágrannalöndum okkar. Þar sem SE vísar í ríkum mæli til breska eldsneytismarkaðarins í skýrslunni er nærtækt að nefna sem dæmi að þar í landi starfar ESSO á öllum stigum markaðarins og er því algjörlega lóðrétt samþætt. Þá starfar BP bæði á markaði fyrir birgðahald og smásölu. Greenergy starfar svo á öllum stigum markaðarins að smásölu undanskilinni. Hið sama er uppi á teningnum á Norðurlöndunum. Í Danmörku eru tvær olíuhreinsistöðvar sem þjóna öllum markaðinum. Þannig rekur Statoil hreinsistöð í Kalundborg auk þess að starfa á öllum öðrum stigum markaðarins og Shell rekur hreinsistöð í Fredericia auk þess að starfa á öllum öðrum stigum markaðarins. Enn fremur reka OK og UNO-X í sameiningu Samtank sem annast birgðahald en starfa að öðru leyti á öllum stigum markaðarins. Q8 starfar svo einnig á öllum stigum markaðarins. Í Noregi er það svo almennt svo að eitt lóðrétt samþætt olíufélag rekur birgðastöð á hverju svæði og þjónustar önnur samkvæmt skiptasamningum sem allir hafa aðgang að. Það er því beinlínis rangt að lóðrétt samþætting þekkist ekki í nágrannalöndum okkar.

Enn fremur vill ODR mótmæla því sem fram kemur á sömu blaðsíðu um að ODR hafi ekki hvata til að gera skiptasamninga. Líkt og ítrekað hefur komið fram hefur ODR hvata til að selja sem flestum sem mesta þjónustu. Þá væri aukin tíðni skiptasamninga að mati félagsins til hagræðingar fallin. Staðan hefur hins vegar verið sú að ekki hafa fengist svör frá SE við beiðnum um undanþágu frá ákvæði 10. gr. samkeppnislaga á grundvelli 15. gr. sömu laga og því með öllu ójóst hvort og þá að hvaða marki SE telur samstarf fyrirtækja á markaðinum samþýðanlegt ákvæðum samkeppnislaga líkt og áður er vikið að. Ástæðan fyrir því að skiptasamningar hafa ekki tíðkast hér á landi er því fráleitt sú að ODR að hafi ekki þörf fyrir slíka samninga eða skorti hvata til að gera þá.

Í kafla 5.8.5 í skýrslunni er svo að finna ályktun SE um aðgangs- og vaxtahindranir. Þar kemur m.a. fram að það sé mat SE að öll fyrirtækin sem starfi á eldsneytismarkaðinum séu lóðrétt samþætt og njóti, eitt og sér eða í sameiningu, markaðsstyrks þegar litið sé til heildsölu, dreifingar, birgðahalds og smásölu. Þau hafi getu og fjárhagslegan hvata til þess að útiloka aðgang nýrra keppinauta á smásölustigi að markaðinum. Í tilefni af þessu sem og öðru því sem fram kemur í nefndum kafla vill ODR enn og aftur árétt að félagið er rekstrarlega og stjórnunarlega aðskilið frá eigendum þess og fyrrgreindur hvati til að útiloka aðgang nýrra keppinauta á smásölustigi því fráleitt til staðar. ODR telur því þá umgjörð sem starfsemi félagsins hefur verið sköpuð koma í veg fyrir meint skaðleg áhrif lóðréttrar samþættingar birgðahalds og dreifingar annars vegar og smásölu hins vegar á samkeppni.

V.

Almennar athugasemdir og sjónarmið

Í þeirri umfjöllun sem hér fer á eftir verður vikið að ýmsum almennum athugasemdum og sjónarmiðum ODR varðandi einstök atriði sem fjallað er um í öðrum köflum í frummatsskýrslu SE en þeim sem vikið er að hér að framan.

Í kafla 2.3 í frummatsskýrslu er fjallað um markaðsgerð og vöruframboð. Í inngangi kaflans er á mynd 2 á bls. 36 að finna myndræna framsetningu á virðisikeðju eldsneytis á Íslandi. ODR vill benda á að félagið telur ekki ástæðu til að gera greinarmun á olíuflutningabifreiðum og olíuflutningatrúkkum líkt og þar er gert enda jafnan um sömu bifreiðar að ræða sem notaðar eru í báðum tilvikum. Að sama skapi vill ODR benda á að einungis lítill hluti eldsneytis fer alla þá leið sem þarna er tilgreind. Rétt væri því að mati félagsins að setja þílu á milli innflutningshafna og birgðageyma.

Í kafla 2.3.3 er svo fjallað um markaðsgerð og vöruframboð að því er dreifingu og birgðahald varðar. Þar kemur fram á bls. 38 að eftir að erlendir birgjar hafi siglt með eldsneyti á valda innflutningsbirgðatanka sé hluti þess fluttur áfram til valinna minni birgðageymslna með skipum eða olíuflutningabifreiðum. Þá segir að í kjölfarið sæki olíuflutningabifreiðarnar eldsneyti í fyrr greinda birgðageyma og flytji það annað hvort til eldsneytisstöðva eða til einstakra kaupenda. Í þessu sambandi vill ODR áréttta að eldsneyti er ýmist afgreitt á olíuflutningabifreiðar eða olíuflutningabáta auk þess sem það er í sumum tilvikum afgreitt beint til viðskiptavina úr birgðageymum um lagnir.

Þá er á bls. 39 og 89 að finna myndir sem sýna staðsetningu birgðastöðva á Íslandi. Að því er ODR varðar er ranglega tilgreint að félagið starfræki birgðastöðvar á Hólmavík, Blönduósi, Ólafsfirði og Stöðvarfirði. Þá eru birgðastöðvar félagsins á Vopnafirði, Fáskrúðsfirði og Djúpvaggi ekki tilgreindar. Þá er tilgreint að bæði ODR og Icelandic Tank Storage ehf. starfræki birgðastöðvar í Helguvík en þar er einungis ein stöð. Þá er birgðastöð Icelandic Tank Storage ehf. í Hvalfirði ekki sýnd á umræddum myndum né heldur birgðatankar EBK ehf. á Keflavíkurflugvelli. Enn fremur er ekki getið um Fuel East. Í þessu sambandi vill ODR að sama skapi benda á að samkvæmt heimasíðu Umhverfisstofnunar er starfrækir Skeljungur hf. birgðastöðvar í Vestmannaeyjum, Bolungarvík, Seyðisfirði og Raufarhöfn sem ekki eru tilgreindar auk þess sem Skeljungur hf. á að því er ODR best veit birgðastöðvar á Neskaupstað, Akranesi og Rífi sem ekki eru tilgreindar. Þá starfrækir Skeljungur hf. ekki birgðastöð á Grundarfirði heldur leigir þar rými af ODR líkt og fram kom í fyrrgreindri beiðni um undanþágu, dags. 26. nóvember 2007.

Á bls. 40 kemur svo fram að birgðarými Skeljungs hf. á Suður-, Suðaustur-, Norðausturlandi og svæðinu í kringum Skagafjörð sé lítið í samanburði við birgðarými ODR. Í þessu sambandi vill ODR áréttta að birgðastöð félagsins á Sauðárkróki er keyrslustöð. Þá á Skeljungur hf. að því er ODR best veit birgðastöðvar á Siglufirði og Ólafsfirði auk þess sem félagið á hlut í birgðastöð á Raufarhöfn á móti ODR. ODR nýtir þá stöð hins vegar ekki og er hún því einvörðungu rekin og nýtt af Skeljungu hf. Hvað sem líður framangreindu telur ODR rétt að áréttta að birgðarými félagsins fyrir Norðausturland og Norðvesturland er að meginstefnu til á Akureyri en eldsneytið er flutt beint þangað og það svo keyrt til afgreiðslustaða á umræddu landsvæði.

Í kafla 2.4 í frummatsskýrslu er fjallað um þau félög sem starfa á íslenska eldsneytismarkaðinum. Í umfjöllun um N1 hf. í kafla 2.4.1 kemur fram að félagið G. Hannesson ehf. sé í 100% eigu N1 hf. Það er ekki rétt. Umrætt félag er í 100% eigu ODR.

Í kafla 2.4.5 er svo fjallað um ODR. Þar kemur fram að félagið starfræki 37 birgðastöðvar. Þetta er ekki rétt. Hið rétta er að ODR á 24 birgðastöðvar sem hafa starfsleyfi Umhverfisstofnunar.

Í kafla 6.2.1 í skýrslunni er fjallað um greiningu SE á verðmyndun, verðþróun og erlendan samanburð. Þar kemur fram að hlutfall dreifingar og birgðahalds sé mjög lítið bæði að því er uppbyggingu smásöluverðs bensíns og dísilolíu varðar. ODR telur þessa niðurstöðu ótvírætt styðja sjónarmið félagsins um verulega hagræðingu á markaði fyrir dreifingu og birgðahald. Í þessu sambandi vill ODR enn fremur benda á að hlutfall dreifingar og birgðahalds á markaði fyrir sölu eldsneytis til fyrirtækja er mun hærra og fagnar ODR því þeirri niðurstöðu SE að á þeim markaði ríki virk samkeppni.

Í kafla 8 í frummatsskýrslu er fjallað um regluverk og framkvæmd stjórnvalda og vikið að því að hvort tveggja geti haft margvísleg og töluverð áhrif á samkeppni. Í undirkafla 8.4 er fjallað sérstaklega um undanþáguákvæði 15. gr. samkeppnislaga í því sambandi og framkomin sjónarmið um drátt á afgreiðslu beiðna á grundvelli þess. Hvað þetta varðar vísast til þess sem að framan greinir um þá bagalegu óvissu sem dráttur á afgreiðslu framkominna beiðna og síðar sérkennileg afgreiðsla þeirra hefur skapað fyrir ODR.

VI.

Niðurstöður samkeppnismatsins, frummat og mögulegar úrbætur

Í köflum 9-11 í frummatsskýrslu SE eru niðurstöður samkeppnismatsins dregnar saman, frummat stjórnvaldsins sett fram sem og reifaðar mögulegar úrbætur sem að mati þess gætu dregið úr eða jafnvel upprætt þær hömlur sem taldar eru takmarka samkeppni almenningi til tjóns. Í þeirri umfjöllun sem hér fer á eftir fara athugasemdir og sjónarmið ODR varðandi það í umræddum köflum sem viðkemur starfsemi félagsins með beinum hætti.

Í kafla 9 eru raktar helstu niðurstöður samkeppnismats SE. Í kafla 9.2 er fjallað sérstaklega um lóðréttu samþættingu starfandi fyrirtækja. Þar eru taldar upp í fimm tölulíðum aðstæður eða háttsemi sem benda að mati SE til þess að starfandi fyrirtæki á eldsneytismarkaðinum geti haft skaðleg áhrif á samkeppni vegna lóðréttrar samþættingar. Í tilefni af þeirri upptalingu vill ODR áréttta eftirfarandi atriði.

Í *fyrsta lagi* stenst ekki að hvatar starfandi fyrirtækja til þess að veita aðgang að mikilvægri aðstöðu séu keimlíkir. Líkt og áður er rakið er ODR fyllilega aðskilið frá eigendum félagsins bæði rekstrarlega og stjórnunarlega og hvatar þess því fráleitt sambærilegir og hvatar þeirra lóðréttu samþættu fyrirtækja sem ekki háttar þannig til um. ODR hefur enga hvata til þess að útiloka aðila frá því að selja eldsneyti í smásölu með því að neita viðkomandi um geymslu eða dreifingu. Þvert á móti hefur ODR hvata til að selja sem flestum sem mesta þjónustu.

Í *öðru lagi* vísar ODR til athugasemda og sjónarmiða félagsins varðandi skilgreiningu landfræðilegra markaða birgðahalds og mat stjórnvaldsins á markaðshlutdeild og samþjöppun í tilefni af ummælum SE um að öll lóðrétt samþættu fyrirtækin hafi markaðsstyrk á afmörkuðum landfræðilegum mörkuðum. Þá vill félagið jafnframt minna á að það er frummat SE að markaður fyrir dreifingu eldsneytis sé landið allt.

Í *þriðja lagi* hafnar ODR því að vísbendingar séu um að eignarhald ODR á birgðarýmum á tilteknum stöðum hafi gert keppinautum erfitt fyrir að keppa á viðkomandi mörkuðum og vísar til þess sem að framan greinir í því sambandi. ODR telur þvert á móti engin rök hafa verið færð fyrir því að lóðrétt samþætting birgðahalds og dreifingar annars vegar og smásölu hins vegar hafi í reynd valdið útilokun eða sé til þess fallin að gera það í tilviki ODR.

Í kafla 10 er svo vikið að frummati SE. Þar kemur fram að þegar niðurstöðu samkeppnismatsins í kafla 9 séu teknar saman sé það frummat stjórnvaldsins að tiltekna aðstæður eða háttsemi takmarki eða hafi skaðleg áhrif á samkeppni á markaðinum með alvarlegum hætti. Tilgreinir SE sérstaklega þrjú atriði í því sambandi, þ.e. samhæfða hegðun á markaði fyrir smásölu bifreiðaeldsneytis, lóðrétt samþættingu og aðgangshindranir og regluverk og framkvæmd stjórnvalda.

Að því er þetta varðar vill ODR sérstaklega árétta tvennt. Í *fyrsta lagi* telur það tilvist félagsins og eignarhald á því ekki auka á gagnsæi á markaði fyrir smásölu bifreiðaeldsneytis eða stuðla að samhæfðri hegðun á honum með öðrum hætti vegna þeirra skilyrða sem gilda um starfsemi þess. Í *öðru lagi* hefur það af sömu ástæðu enga hvata til að útiloka nýja keppinauta á umræddum markaði með því að neita þeim um aðgang að birgðarými.

Í kafla 11 er svo vikið að mögulegum úrbótum sem SE telur koma til álita til að efla og virkja samkeppni á eldsneytismarkaðinum. Af þeim mögulegu úrbótum sem þar eru nefndar vill ODR sérstaklega víkja að tveimur atriðum.

Í *fyrsta lagi* er í kafla 11.1 vikið að úrbótum í því skyni að tryggja aðgang að heildsölu og birgðarými. Í upphafi kaflans kemur fram að tryggur aðgangur að heildsölu og birgðarými, óháð eignarhaldi á því, geti dregið úr möguleikum á samhæfðri hegðun sem talin er ríkja á markaðinum. Að mati SE er það sem helst hamlar slíkum aðgangi lóðrétt samþætting olíufélaganna og litlir hvatar þeirra til að selja eldsneyti í heildsölu eða veita aðgang að birgðarými. Í tilefni af þessu vill ODR enn og aftur árétta það sem fyrr segir um hvata félagsins. ODR fær því ekki séð að þess staðhæfing geti átt við um aðgang að birgðarými þess.

Þá kemur fram að að því er varðar aðgang smásala (og annarra sem þess óska) að birgðarými komi tvennt til álita. Annars vegar að skylda lóðrétt samþætt fyrirtæki sem hafa markaðsstyrk í geymslu eldsneytis á afmörkuðum mörkuðum til þess að færa rekstur birgðatankanna undir sjálfstæð rekstrarfélög og aðskilja þá þannig frá starfsemi fyrirtækisins. Stjórn þess yrði skipuð einstaklingum sem væru óháðir móðurfélaginu. Það vekur nokkra furðu ODR að ekki skuli tilgreint að þetta er nákvæmlega það fyrirkomulag sem gildir um starfsemi félagsins. ODR er sjálfstætt rekstrarfélag aðskilið frá starfsemi eigenda þess. Þá er stjórn ODR skipuð einstaklingum sem eru óháðir eigendum þess. Í framhaldi af þessu er svo tiltekið að þessu sjálfstæða rekstrarfélagi yrði gert skylt að selja þeim sem þess óska aðgang að birgðarými á viðskiptalegum forsendum. ODR fær ekki séð að slík fyrirmæli séu nauðsynleg hvorki í tilviki þess né annarra ef umræddu fyrirkomulagi yrði komið á hvað starfsemi þeirra varðar. Líkt og ítrekað hefur verið vikið að hefur ODR hvata til þess að selja sem flestum sem mesta þjónustu. Ef umræddu fyrirkomulagi yrði komið á hvað aðra varðar má ætla að hið sama mundi gilda um

Þá. Þá telur ODR ákvæði samkeppnislaga fullnægjandi til að koma í veg fyrir útilokandi háttsemi af hálfu fyrirtækja sem starfa á markaði fyrir birgðahald og fær því ekki séð að forsendur standi til íhlutunar með setningu fyrir mæla af framangreindum toga. Loks kemur fram að samhliða þessu yrði svo kannað hvort þörf væri á að stöðva samrekstur Ólíuverzlunar Íslands hf. og N1 hf. á birgða- og dreifingastigi markaðarins, þ.e. ODR, eða setja honum frekari skilyrði sem miða að því að draga úr aðgangshindrunum og auka samkeppni. ODR fær líkt og fyrr greinir ekki séð að þörf sé á að stöðva umræddan samrekstur eða setja honum frekari skilyrði, einkum með hliðsjón af þeirri niðurstöðu SE að fyrirbyggjandi gögn beri vott um að ODR sé að fullu rekstrarlega og stjórnunarlega aðskilin frá eigendum félagsins. ODR skorar hins vegar sem fyrr segir á SE að veita félaginu skýr svör um það hvort félaginu sé heimilt að veita öllum þeim sem þess óska þjónustu sem og um það hvort sömu sjónarmið eigi við í því sambandi um fyrirtæki sem jafnframt eru keppinautar ODR á markaði fyrir birgðahald og dreifingu annars vegar og fyrirtæki sem eingöngu starfa á markaði fyrir smásölu eldsneytis hins vegar, en líkt og áður greinir hafa sjónarmið stjórnvaldsins verið misvísandi hvað þetta varðar.

Hins vegar kemur fram að til álita komi að skylda starfandi félög til þess að selja olíubirgðastöðvar sínar eða dótturfélaga til aðila sem starfa ekki á smásölumarkaðinum. M.ö.o. væri þeim félögum sem seldu eldsneyti í smásölu ekki heimilt að eiga birðgatanka með beinum eða óbeinum hætti.

Að mati ODR væru aðgerðir sem kveða á um uppskiptingu félagsins eða sölu eigna þess verulega íþyngjandi og vandséð með hliðsjón af samkeppnismati SE að íhlutun af þeim toga standist áskilnað meðalhófsreglu 3. másl. 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig meðalhófsreglu 12. gr. stjórnáskilnaðsreglu. Því til stuðnings vísar ODR til fyrri sjónarmiða um að lóðrétt samþætting birgðahalds og dreifingar annars vegar og smásölu hins vegar sé ekki á nokkurn hátt til þess fallin að valda útilokun í tilviki ODR þar sem félagið er nú þegar fyllilega rekstrarlega og stjórnunarlega aðskilið frá eigendum þess og hefur því ekki þann hvata sem tiltekinn er sem grundvöllur slíkrar íhlutunar. Íhlutun sem felur í sér breytingu á skipulagi skal einungis beitt í algjörum undantekningartilvikum líkt og rakið er í II. kafla hér að framan og engin rök standa til slíkrar íhlutunar í tilviki ODR. Þá verður ekki hjá því komist að benda á að í frummatsskýrslu SE er ekki á nokkurn hátt rökstutt hverju slík íhlutun mundi í reynd skila umfram það fyrirkomulag sem nú gildir um starfsemi félagsins og ekkert mat lagt á það tjón sem slík íhlutun kynni að valda.

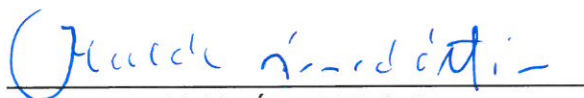
Í *öðru lagi* er svo í kafla 11.2 vikið að aðgerðum í því skyni að draga úr samhæfðri hegðun á markaði fyrir sölu bifreiðaeldsneytis. Fram kemur að þar sé um úrbætur að ræða sem hafa það að markmiði að tryggja sjálfstæði keppinauta og sporna eða vinna þannig gegn því að samhæfð hegðun viðhaldist á markaðinum. Í kafla 11.2.3 er í þessu sambandi vikið að endurskoðun á samrekstri N1 hf. og Ólíuverzlunar Íslands hf. á ODR. Þar kemur fram að vafi sé um að þær forsendur sem lágu til grundvallar ákvörðun samkeppnisráðs nr. 23/1995 geti vegið þyngra en neikvæð áhrif samstarfsins á markaðinum. Því kunni að vera nauðsynlegt að beita heimildum 16. gr. samkeppnislaga vegna þessa samstarfs. Hvað þetta varðar vill ODR taka fram að hvergi í frummatsskýrslunni er rökstutt hver neikvæð áhrif samstarfsins á markaðinn eru í reynd. Líkt og áður er vikið að gætir ODR þess í hvívetna að upplýsingar berist ekki eigenda þess á milli. ODR telur samstarfið því ekki til þess fallið að auka gagnsæi á markaðinum eða draga úr virkri samkeppni með öðrum hætti. ODR fær því ekki með nokkru móti séð hver hin neikvæðu áhrif eru en sú hagræðing sem í samstarfinu felst er hins vegar augljós og vísast til fyrri sjónarmiða í því sambandi.

VII. Lokaorð

Að endingu vill ODR taka fram að félagið telur umtalsverðar breytingar á íslenska eldsneytismarkaðinum vera í sjónmáli. Félagið telur verulegar líkur á því að koma Costco inn á markað fyrir smásölu bifreiðaeldsneytis muni leiða til þess að fleiri sambærilegir aðilar muni sjá hag sinn í að hefja þar starfsemi og markaðurinn því taka verulegum breytingum. Að mati ODR stendur ekkert í vegi fyrir því að slíkar breytingar geti orðið að veruleika án íhlutunar af hálfu SE í starfsemi ODR. Telur ODR því að svo stöddu verulega varhugavert að beita heimildum 16. gr. samkeppnislaga vegna starfsemi félagsins.

Loks vill ODR áréttta beiðni félagsins um skýr svör frá SE um það hvort félaginu sé heimilt með vísan til forsendna ákvörðunar nr. 23/1995 að veita öllum þeim sem þess óska þjónustu sem og um það hvort sömu sjónarmið eigi við í því sambandi um fyrirtæki sem jafnframt eru keppinautar ODR á markaði fyrir birgðahald og dreifingu annars vegar og fyrirtæki sem eingöngu starfa eða hafa hug að starfa á markaði fyrir smásölu eldsneytis hins vegar.

Virðingarfyllst,
f.h. Olíudreifingar ehf.



Hulda Árnadóttir hdl.