

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 2/2018

Isavia ohf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dagsettri 24. júlí 2018, hefur Isavia ohf., hér eftir nefnt áfrýjandi, kært bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins, frá 17. júlí 2018, þar sem áfrýjanda er gert, með vísan til 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, að stöðva tímabundið gjaldtöku, sem hófst þann 1. mars 2018, á fjarstæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar [hér eftir nefnd FLE].

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða bráðabirgðaákvörðun verði felld úr gildi og til vara að ákvörðuninni verði breytt á þann veg að gjaldtaka, sem hófst þann 1. mars 2018, á fjarstæðum við FLE, skuli vera óbreytt á gildistíma bráðabirgðaákvörðunarinnar. Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða bráðabirgðaákvörðun frá 17. júlí sl. verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála taldi vafa leika á því hvort umrædd bráðabirgðaákvörðun væri kæránleg skv. 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og var það álitaefni tekið sérstaklega til úrskurðar. Í þeim þætti málsins var þess krafist af hálfu áfrýjanda að kæra á bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins, dags. 17. júlí 2018, yrði tekin til efnismeðferðar hjá áfrýjunarnefndinni. Af hálfu Samkeppniseftirlitsins var þess krafist að kærinni yrði vísað frá.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafnaði kröfu Samkeppniseftirlitsins um frávísun málsins með úrskurði, dags. 23. ágúst 2018.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Mál þetta má rekja til þess að í maí 2017 stóð Ríkiskaup fyrir útboði fyrir hönd áfrýjanda þar sem aðstaða og aðgengi hópþreifreiða að svokölluðum nærstæðum við FLE var boðin út ásamt aðstöðu til miðasölu í flugstöðinni. Við útboðsferlið var tilkynnt að hafin yrði gjaldtaka fyrir notkun svokallaðra ytri rútustæða (fjarstæða) sem hópferðabifreiðir nota í atvinnustarfsemi sinni til þess að bjóða farþegaflutninga til og frá flugstöðinni.

Gjaldskrá áfrýjanda fyrir notkun ytri rútustæða (fjarstæða) var kynnt þann 1. desember 2017 og skyldi gjaldskráin taka gildi 1. mars 2018. Samkeppniseftirlitið hóf rannsókn á málinu í kjölfar kvörtunar frá Allrahanda GL, sem eftirlitinu barst þann 10. janúar 2018 en kvörtunin sneri að útboði áfrýjanda á aðstöðu fyrir hópferðabifreiðar á nærstæðum, verðlagningu áfrýjanda fyrir hópferðabifreiðar á fjarstæðum og ójafnræði í gjaldtöku með því að undanskilja Strætó bs. frá gjaldtöku.

Samkeppniseftirlitið tilkynnti áfrýjanda með bréfi, dags. 6. febrúar 2018, að kvörtunin yrði tekin til meðferðar og gaf áfrýjanda kost á að koma á framfæri sjónarmiðum sínum og upplýsingum um málið. Þar kom einnig fram að krafist væri bráðabirgðaákvörðunar í málinu.

Við rannsókn málsins kallaði Samkeppniseftirlitið eftir sjónarmiðum og afstöðu 37 hópferðafyrirtækja varðandi gjaldtöku áfrýjanda á fjarstæðum við FLE þar sem óskað var eftir mati fyrirtækjanna á áhrifum gjaldtökunnar á framlegð og rekstur þeirrar starfsemi er snéri að akstri farþega til og frá FLE. Alls veittu 17 fyrirtæki efnisleg svör við fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins.

Eftir frekari samskipti áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins tilkynnti áfrýjandi um breytingar á fyrirhugaðri gjaldtöku fyrir notkun á fjarstæðum auk þess sem ákveðið var að gjaldið yrði lægra á sex mánaða aðlögunartímabili, þ.e. frá 1. mars 2018 til

31. ágúst 2018. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. febrúar 2018, til Allrahanda GL, kynnti stofnunin að það teldi á þessu stigi ekki forsendur til að grípa til bráðabirgðaráðstafana í málinu. Fram kom að Samkeppniseftirlitið kynni að taka að nýju til skoðunar hvort atvik væru með þeim hætti að beiting ákvörðunar til bráðabirgða væri óhjákvæmileg. Með bréfi, dags. 4. maí 2018, til áfrýjanda benti Samkeppniseftirlitið á að tilefni gæti verið til að taka ákvörðun til bráðabirgða í málinu en að beðið væri nánari skýringa frá áfrýjanda sem kynnu að hafa áhrif á frummat Samkeppniseftirlitsins. Frekari skýringar bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfum áfrýjanda, dags. 7. maí 2018 og 7. júní 2018.

Þann 17. júlí 2018 birti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda bráðabirgðaákvörðun ásamt andmælaskjali þar sem gerð var grein fyrir frummati Samkeppniseftirlitsins. Fram kom í frummati Samkeppniseftirlitsins að gjaldtaka áfrýjanda væri mun meiri en réttlætanlegt geti talist og því um ósanngjarnt söluverð á aðstöðu að ræða í skilningi a- og b- liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Ákvörðunarorð Samkeppniseftirlitsins hljóða svo:

Með heimild í ákvæði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 tekur Samkeppniseftirlitið eftirfarandi ákvörðun til bráðabirgða:

1.

Samkeppniseftirlitið telur að Isavia ohf. hafi sennilega brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga.

2.

Með vísan til ákvæða 16. gr. samkeppnislaga er Isavia ohf. gert að stöðva tímabundið gjaldtöku, sem hófst þann 1. mars 2018, á fjarstæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar.

3.

Bráðabirgðaákvörðun þessi gildir til 31. desember 2018. Brot á þessari ákvörðun varðar viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga.

Áfrýjandi skilaði athugasemdum við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins þann 10. september sl.

Um málsatvik að öðru leyti er til vísað til kærur og annarra gagna málsins.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála þann 5. september sl. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust nefndinni þann 14. september sl. og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim barst þann 20. september 2018.

Áfrýjunarnefndin leitaði umsagnar tveggja aðila, Hópbíla hf. og Hópbifreiða Kynnisferða ehf. Umsögn Hópbíla hf. barst nefndinni 14. september sl. og umsögn Hópbifreiða Kynnisferða ehf. þann 17. september sl.

Af hálfu áfrýjanda var óskað eftir að málið yrði flutt munnlega fyrir nefndinni. Áfrýjunarnefndin taldi ekki tilefni til þess að fram færi munnlegur málflutningur í málinu.

IV

Röksemdir málsaðila.

Málsástæður og lagarök áfrýjanda.

Áfrýjandi byggir á því að lagaskilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 hafi ekki verið fyrir hendi til töku bráðabirgðaákvörðunar Samkeppniseftirlitsins þann 17. júlí sl.

Áfrýjandi vísar til þess að engar þær breytingar hafi orðið á aðstæðum, hvorki í eða við FLE né á samkeppnismörkuðum sem málið varða frá því að Samkeppniseftirlitið tilkynnti Allrahanda GL þann 28. febrúar sl. að ekki væri ástæða til að taka bráðabirgðaákvörðun í málinu þar til hin kærða ákvörðun var tekin 17. júlí sl. Hafi verið skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar í upphafi hafi átt að taka slíka ákvörðun strax en ekki löngu síðar og því sé ljóst að lagaskilyrði b-liðar 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga hafi ekki verið fyrir hendi. Áfrýjandi telur að þegar Samkeppniseftirlitið breytti fyrri afstöðu sinni hafi því borið að tilkynna áfrýjanda það með skýrum og skilmerkilegum hætti. Það hafi ekki verið gert og

telur áfrýjandi að með því hafi verið brotið gegn málsmeðferðarreglum Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2205 sem og meginreglum stjórnisýsluréttar.

Áfrýjandi byggir jafnframt á því að réttaráhrif hinnar kærðu ákvörðunar gangi langt út fyrir réttaráhrif þeirrar stjórnisýsluákvörðunar sem Samkeppniseftirlitið hefur boðað að muni verða tekin í málinu. Með bráðabirgðaákvörðuninni sé gjaldtaka á fjarstæðum við FLE algjörlega stöðvuð og áfrýjanda sé þannig með öllu bannað að innheimta gjald fyrir afnot af fjarstæðum á gildistíma hennar. Í forsendum ákvörðunarinnar komi hins vegar fram að það sé frummat Samkeppniseftirlitsins að gjaldtaka fyrir fjarstæðin sé meiri en réttlætanlegt geti talist og því ósanngjörn í skilningi a-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga, þ.e. að gjaldtakan sé of há en ekki óheimil. Telur áfrýjandi að endanleg efnisleg niðurstaða Samkeppniseftirlitsins verði ekki að gjaldtaka á fjarstæðum verði bönnuð enda myndi slík niðurstaða bæði fela í sér eignaupptöku og skerðingu á stjórnarskrárvörðum rétti áfrýjanda til að hafa tekjur af eignum sínum. Lagaskilyrði a-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga séu því ekki fyrir hendi.

Þá telur áfrýjandi að hin kærða bráðabirgðaákvörðun leiði til mismunar og raski stöðunni á þeim markaði sem er til rannsóknar þar sem á gildistíma hennar þurfi sum hópferðafyrirtæki að greiða fyrir aðstöðu við FLE en önnur ekki. Þau fyrirtæki sem urðu hlutskörpust í útboði sem haldið var í maí 2017 og hafa aðstöðu á nærstæðum þurfi að greiða gjald fyrir þá aðstöðu í samræmi við tilboð þeirra í útboðinu. Réttaráhrif bráðabirgðaákvörðunarinnar séu hins vegar þau að þau fyrirtæki er nýta fjarstæðin þurfi ekki að greiða gjald fyrir afnotin á gildistíma ákvörðunarinnar.

Í kæru sinni vísar áfrýjandi til þess að bráðabirgðaákvörðunin sé mjög íþyngjandi fyrir hann og fyrirsjáanlegt að hún muni standa að óbreyttu í að minnsta kosti 6 mánuði. Það hafi í för með sér verulegt tjón fyrir áfrýjanda. Telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi ekki gætt að ákvæðum 4. mgr. 14. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins við töku ákvörðunarinnar og þar með brotið gegn fyrirmælum reglna nr. 880/2005, sérstaklega í ljósi þess að um íþyngjandi ákvörðun var að ræða. Einnig sé um að ræða brot gegn grundvallarreglu stjórnisýsluréttar um andmælarétt sem lögfest er í 13. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993.

Áfrýjandi byggir ennfremur á því að sé vafi um tilefni til að beita bráðabirgða- eða þvingunarúrræðum eigi stjórnvald ekki að grípa til íþyngjandi úrræða er víkja frá hefðbundinni málsmeðferð. Vísar áfrýjandi í því sambandi m.a. til dóms Hæstaréttar Íslands í máli 288/2006 þar sem m.a. var lagt mat á það hvort slíkur vafi væri uppi varðandi ætlað brot að ekki væri heimilt að svipta viðkomandi réttindum til bráðabirgða. Telur áfrýjandi að hér eigi að fara fram sambærilegt mat á því hvort heimilt sé að taka bráðabirgðaákvörðun með réttaráhrifum er gangi mun lengra en réttaráhrif endanlegrar stjórnvaldsákvörðunar Samkeppniseftirlitsins getur falið í sér. Ákvæði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga sé undantekningarákvæði og sæti þar af leiðandi þröngri lögskýringu og eigi það sérstaklega við í ljósi þess hversu íþyngjandi bráðabirgðaákvörðunin er.

Áfrýjandi telur mál þetta varða mjög flókið úrlausnarefni þar sem m.a. þurfi að meta hvort um yfirverðlagningu (e. excessive pricing) sé að ræða og því þörf á nákvæmri greiningu samkeppnisyfirvalda á því hvort forsendur kostnaðargrunns áfrýjanda séu eðlilegar að teknu tilliti til umfangs þeirrar starfsemi og aðstöðu sem til skoðunar sé. Telur áfrýjandi að í málinu sé grundvallarágreiningur um hvaða lagareglur og skuldbindingar ráði því með hvaða hætti áfrýjandi hagi gjaldtöku í flugtengdri og óflugtengdri starfsemi á flugvellingum. Telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á að lagarök eða eiginleg greining styðji fullyrðingar þess um að um óeðlilega verðlagningu sé að ræða en sönnunarbyrðin hvað það varðar hvíli á Samkeppniseftirlitinu.

Samkeppniseftirlitið geti ekki slakað á málsmeðferðar- og sönnunarreglum stjórnarsýsluréttar þegar tekin sé bráðabirgðaákvörðun. Lögmætisreglan sem og aðrar almennar efnisreglur stjórnarsýsluréttar séu í fullu gildi við töku slíkrar ákvörðunar. Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á það tölulega að forsendur áfrýjanda til grundvallar gjaldtökunni, eða þær breyttar, bæði kostnaðargrunnur og aðrar forsendur, geti falið í sér eða feli í sér yfirverðlagningu, heldur sé eingöngu fullyrt að svo sé samkvæmt frummati Samkeppniseftirlitsins. Telur áfrýjandi að órökstutt mat geti ekki verið grundvöllur fyrir svo íþyngjandi ákvörðun sem feli í sér verulega takmörkun á stjórnarskrárvörðum eignarétti og leiði til tjóns fyrir áfrýjanda og röskunar á samkeppni.

Áfrýjandi mótmælir þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að sennilegt sé að gjaldtaka áfrýjanda fari gegn ákvæðum a-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Ekki sé nægilegt til að meta hvort um yfirverðlagningu sé að ræða með því að bera gjöldin saman við sambærileg gjöld í nágrannalöndunum. Efnahagslegt virði þjónustu felst ekki alltaf eingöngu í þeim kostnaði sem seljandi leggur í hana. Hér sé um að ræða mikilvæga innviði sem miklar fjárfestingar hafa verið lagðar í og ljóst að mikil þörf sé á frekari fjárfestingum næstu árin. Stæðin séu við hlið flugstöðvar er áfrýjandi rekur og á því byggi verðmæti þeirra. Mikil eftirspurn sé eftir stæðunum enda hafi þau fyrirtæki sem nýta sér stæðin við flugstöðina miklar tekjur af henni. Fræðimenn hafi litið svo á að það sé erfiðleikum bundið að meta hvað sé viðeigandi verð fyrir aðgang að ómissandi aðstöðu. Telur áfrýjandi að rannsókn Samkeppniseftirlitsins á kostnaðargrunni áfrýjanda sé ófullnægjandi en á því sé byggt að hlutlægar og almennt viðurkenndar aðferðir séu notaðar við forsendur kostnaðargrunnsins. Í athugasemdum Samkeppniseftirlitsins komi ekki fram hvernig kostnaðargrunnurinn ætti að vera heldur er látið við það eitt sitja að lýsa því yfir að Samkeppniseftirlitið sé ósammála forsendum kostnaðargrunns áfrýjanda.

Áfrýjandi byggir á því að gjaldtaka af bílastæðum styðjist við lögmæta heimild enda ekki ágreiningur um það í málinu hvort gjaldtakan sé heimil heldur einungis um hversu hátt gjaldið eigi að vera að teknu tilliti til fjárfestinga, rekstrarkostnaðar og stöðu áfrýjanda á viðkomandi markaði. Það geti aldrei verið endanleg efnisleg niðurstaða í stjórnvaldsákvörðun Samkeppniseftirlitsins að gjaldtaka verði bönnuð. Enginn af þeim markaðsaðilum sem nýti fjarstæðin við FLE eigi lögmætar væntingar til þess að greiða ekkert fyrir þá aðstöðu sem áfrýjandi lætur þeim í té.

Áfrýjandi hafnar því að misskilnings hafi gætt um efni hinnar kærðu ákvörðunar. Ljóst sé að ákvörðuninni hafi verið ætlað að stöðva gjaldtöku tímabundið á svokölluðum fjarstæðum við FLE hvað sem líður síðari skýringum Samkeppniseftirlitsins. Vísar áfrýjandi í því sambandi m.a. til orðalags í fréttatilkynningu Samkeppniseftirlitsins í kjölfar ákvörðunarinnar svo og til tölvupósts Samkeppniseftirlitsins til lögmanns áfrýjanda þar sem fram kom að áfrýjanda væri gert að stöðva tímabundið gjaldtöku á fjarstæðum við FLE. Áfrýjandi bendir jafnframt á bréf Allahanda GL til Samkeppniseftirlitsins frá 23.

ágúst s.l. þar sem sjá megi að Allahanda GL hafi lagt sama skilning í efni bráðabirgðaákvörðunarinnar og áfrýjandi hafi gert.

Samkvæmt skýrleikareglu stjórnsluréttar verði stjórnvaldsákvörðun að vera efnislega bæði ákveðin og skýr svo aðili geti skilið hana og metið réttarstöðu sína. Verði niðurstaðan sú að ekki hafi verið ætlunin að stöðva alfarið gjaldtökuna þá sé ákvörðunin ógild sökum óskýrleika. Vísar áfrýjandi í þessu samhengi m.a. til úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar nr. 11/1996.

Áfrýjandi kveðst hafa brugðist við bráðabirgðaákvörðuninni með því að stöðva alla gjaldtöku við fjarstæðin og þá þegar mátti Samkeppniseftirlitinu vera það ljóst hvaða skilning áfrýjandi legði í ákvörðunina og hefði eftirlitið þá átt að bregðast við, t.d. með því að taka nýja ákvörðun eða afturkalla ákvörðunina. Ekki sé fullnægjandi að leiðrétta misskinning um verulega íþyngjandi ákvörðun með því að hringja í lögmann áfrýjanda og láta þar í ljós skoðun á efni ákvörðunarinnar. Byggir áfrýjandi á því að telji áfrýjunarnefnd samkeppnismála óvissu ríkja um þýðingu ákvörðunarinnar þá eigi ákvörðunin að vera ógild þegar af þeirri ástæðu einni.

Vegna röksemda Samkeppniseftirlitsins um að ekkert banni áfrýjanda að leggja á nýtt gjald sem styðjist við kostnaðarlegar og málefnalegar forsendur þá bendir áfrýjandi á að það geti reynst erfitt þar sem helsta deiluatríði málsins sé hvað teljist vera málefnalegar forsendur við gjaldtökuna. Telur áfrýjandi að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins feli ekki sér fullnægjandi leiðbeiningar um það hvernig eftirlitið telji að haga beri gjaldtöku áfrýjanda á fjarstæðum. Þá gerir áfrýjandi athugasemdir við frummat Samkeppniseftirlitsins hvað þetta varðar.

Þá telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið rökstyðji ekki hvernig aðstaðan sem leiði af meintri mismunun uppfylli skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar. Samkeppniseftirlitið fjalli eingöngu um þetta skilyrði varðandi yfirverðlagningu, þ.e. að þar sem gjaldtaka áfrýjanda sé svo há hafi hún skaðleg áhrif á rekstrarforsendur þeirra fyrirtækja sem nýti fjarstæðin. Þar sem eftirlitið rökstyðji þetta ekki nánar telur áfrýjandi að bráðabirgðaákvörðunin byggji ekki á sjónarmiðum um mismunun.

Áfrýjandi telur röksemdir Samkeppniseftirlitsins varðandi nauðsyn á töku hinnar kærðu ákvörðunar með öllu ófullnægjandi. Athugasemdir hagsmunaaðila og kvartanda séu sjónarmið er eftirlitið geti haft til hliðsjónar en ekki sé nægilegt að vísa eingöngu til þeirra sjónarmiða er þar koma fram enda samræmist slíkt ekki stjórnarsýslulögum. Er það mat áfrýjanda að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn meginreglum stjórnarsýslulaga við úrvinnslu á þeim gögnum er borist hafa frá hagsmunaaðilum. Þá hafi Samkeppniseftirlitið lagt trú sína á ýmis sjónarmið hagsmunaaðila sem séu órökstudd með öllu og slíkt sé ekki fullnægjandi sem rökstuðningur varðandi nauðsyn þess að taka hina kærðu bráðabirgðaákvörðun.

Áfrýjandi vísar einnig til málsmeðferðarreglna samkeppnisdeildar ESB þar sem fram kemur að einungis megi taka ákvörðun til bráðabirgða ef það er nauðsynlegt í þágu almannahagsmuna og þar sé sérstaklega tekið fram að það megi ekki vera vegna hagsmuna einstakra fyrirtækja. Telur áfrýjandi að í röksemdum Samkeppniseftirlitsins um nauðsyn á töku bráðabirgðaákvörðunar sé nánast eingöngu vísað til hagsmuna einstakra fyrirtækja en á engan hátt til almannahagsmuna. Ekki hafi því verið sýnt fram á að nauðsynlegt hafi verið að taka hinu kærðu ákvörðun.

Telur áfrýjandi að skylda hvíli á Samkeppniseftirlitinu til að rannsaka mál fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar. Að mati áfrýjanda er rannsókn eftirlitsins ófullnægjandi með öllu sérstaklega í ljósi þess hversu íþyngjandi ákvörðunin er.

Áfrýjandi telur samkvæmt framansögðu að bráðabirgðaákvörðunin sé haldin slíkum form- og efnisannmörkum að áfrýjanda sé brýnt að fá hana fellda úr gildi þegar í stað þar sem hann verði fyrir meiri réttarspjöllum þurfi hann að bíða endanlegrar niðurstöðu.

Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið bendir á að skv. 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga er Samkeppniseftirlitinu heimilt að taka ákvarðanir til bráðabirgða ef sennilegt þykir að tiltekin háttsemi fari gegn samkeppnislögum. Að mati Samkeppniseftirlitsins getur efnisleg prófun á ákvörðun til bráðabirgða ekki sætt sömu lögmálum og prófun á endanlegri ákvörðun, þ.e. ekki þarf að sanna að brot á samkeppnislögum

hafi átt sér stað heldur sé nægilegt samkvæmt fyrrgreindu lagaákvæði að sennilegt þyki að um brot sé að ræða og að líklegt sé að bið eftir endanlegri niðurstöðu leiði til röskunar á samkeppni.

Bent er á að heimildin til að taka ákvarðanir til bráðabirgða sæki að vissu marki fyrirmynd sína til EES/ESB samkeppnisréttar og sé áþekk þeirri er framkvæmdastjórn ESB hefur samkvæmt 8. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 nema hvað reglan í íslensku lögunum sé orðuð með rýmri hætti. Þá er af hálfu Samkeppniseftirlitsins vísað til að samkvæmt dómaframkvæmd ESB er talið nægilegt að sýna fram á sennilegt brot á samkeppnisreglum, sem byggja á greiningu og rannsókn samkeppnisyfirvalda á staðreyndum og lagarökum, sem sé ekki jafn ítarleg og þegar um endanlega stjórnvaldsákvörðun sé að ræða. Jafnvel sé nægilegt að gögn málsins gefi það til kynna við fyrstu sýn að um brot sé að ræða. Hitt megin skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga sé að líklegt sé að samkeppni verði raskað á meðan málsmeðferð stendur yfir sem ekki verði afstýrt með endanlegri ákvörðun eða málið þoli að öðru leyti ekki bið. Til samanburðar segir í 8. gr. reglugerðar EB ráðsins nr. 1/2003 að fyrir hendi verði að vera þörf á skjótum aðgerðum vegna hættu á að samkeppni verði fyrir umtalsverðum og óbætanlegum skaða. Orðalag íslensku laganna geri ekki eins ríkar kröfur og t.a.m. sé ekki mælt fyrir um að röskun á samkeppni þurfi að vera umtalsverð. Telur Samkeppniseftirlitið að ekki séu forsendur til að túlka fyrrgreind skilyrði þrengra en lagt er til grundvallar í EES/ESB samkeppnisrétti.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að í hinni kærðu ákvörðun hafi komið fram það frummat eftirlitsins að gjaldtaka áfrýjanda, sem kynnt var 1. desember 2018 og tók gildi 1. mars 2018, fæli sennilega í sér óhóflega verðlagningu (okur) í skilningi a-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Einnig var það mat eftirlitsins að áfrýjandi hefði gerst sekur um samkeppnishamlandi mismunun og brotið þannig gegn c-lið 2. mgr. 11. gr. laganna. Áfrýjandi sé markaðsráðandi fyrirtæki og í samkeppnisrétti hvíli rík skylda á slíkum aðilum að grípa ekki til ráðstafana er geti raskað með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni er ríki á markaðinum. Vísar Samkeppniseftirlitið í þessu samhengi til úrskurðar í máli áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008 en þar tók áfrýjunarnefndin fram að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geti orðið að öðru jöfnu því ríkari eftir því sem þau eru sterkari á markaði. Einnig er vísað til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála

nr. 8/2006 og nr. 1/2003. Áfrýjandi sé opinbert fyrirtæki í eigu ríkisins, í markaðsráðandi stöðu og njóti jafnframt einokunarstöðu í rekstri þeirra flugvalla sem geti þjónað millilandaflugi til og frá Íslandi. Sé áfrýjandi því í þeirri stöðu að geta haft veruleg áhrif á starfsemi þeirra fyrirtækja sem sinna þjónustu við flugstöðina, m.a. hópferðafyrirtækja sem sinna farþegaflutningum til og frá flugstöðinni. Ríkar skyldur hvíli því á áfrýjanda samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að við mat á því hvort beitt sé óhóflegri verðlagningu í skilningi samkeppnislaga þurfi að horfa til og bera saman annars vegar söluverð á vöru eða þjónustu og hins vegar kostnaðinn við að framleiða hana eða veita hana. Reynist sá munur óhóflegur þarf að meta það hvort verð sé ósanngjarnt í samanburði við sambærilega þjónustu eða hvort verðið sé ósanngjarnt í sjálfu sér. Í dómaframkvæmd ESB hafi verið fallist á að samkeppnisyfírvöld verði að hafa ákveðið svigrúm fyrir mat að þessu leyti.

Samkeppniseftirlitið telur að af þeim gögnum er áfrýjandi hefur lagt fram verði ekki annað séð en verðlagningin samkvæmt gjaldskrá áfrýjanda sé margfalt hærri en sá kostnaður er til fellur við að veita þjónustuna. Aðferðafræði áfrýjanda sé að þessu leyti að öllum líkindum ósanngjörn gagnvart viðskiptavinum hans í skilningi samkeppnislaga. Af áætluðum tölum megi sjá að verðið sé rúmlega 30 sinnum hærra en kostnaðurinn og telur Samkeppniseftirlitið að slíkt teljist fáheyrt í viðskiptum sem þessum. Erfiðlega hafi gengið að fá nákvæmar upplýsingar frá áfrýjanda um forsendur verðlagningarinnar og kostnaðargrunn hans. Eftirlitið geti ekki fallist á forsendur áfrýjanda um skiptingu á sameiginlegum kostnaði, niðurfærslu eldri mannvirkja og fjárbindingu. Telur eftirlitið að verðlagning áfrýjanda sé a.m.k. tvö- eða þreföld á við þann kostnað er fellur til við að veita umrædda þjónustu og aðstöðu.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þau sjónarmið áfrýjanda að engin greining hafi verið gerð er styðji það mat eftirlitsins að um óeðlilega verðlagningu hafi verið að ræða. Vísað er til andmælskjals eftirlitisins þar sem m.a. er fjallað um kostnaðarliði og kostnaðargrunn áfrýjanda en þar er með rökstuddum hætti hafnað aðferðafræði áfrýjanda við dreifingu á sameiginlegum kostnaði, niðurfærslu á eldri mannvirkjum og fjárbindingu. En jafnvel þó fallist væri á kostnaðargrunn áfrýjanda væri eftir sem áður um ólögsmæta óhóflega verðlagningu

að ræða samkvæmt mati eftirlitsins. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að kostnaðurgrunnur áfrýjanda hafi verið útbúinn eftirá og ekki legið fyrir er gjaldtakan hófst. Samkeppniseftirlitið hafi farið vel yfir þær tölulegu upplýsingar er bárust frá áfrýjanda og metið stöðuna allt til ársins 2025 eins og áfrýjandi hafi óskað eftir að yrði gert og það breyti ekki fyrrgreindri afstöðu eftirlitsins.

Samkvæmt rökstuddu frummati Samkeppniseftirlitsins sé áfrýjandi í einokunarstöðu og hafi í hendi sér við hvaða samkeppnisaðstæður þau hópferðafyrirtæki búi er annist farþegaflutninga til og frá FLE. Ljóst sé að Samkeppniseftirlitið hafi réttilega komist að þeirri niðurstöðu að sennilegt sé að umrædd gjaldtaka áfrýjanda á fjarstæðum við FLE fari gegn ákvæði a-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það sé ekki hlutverk eftirlitsins að leiðbeina áfrýjanda um hvernig honum beri að haga gjaldtöku sinni. Verðlagning áfrýjanda hafi verið tekin til skoðunar með hliðsjón af ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga og birtist afstaða eftirlitsins í sérstöku andmælaskjali þar sem fjallað er um það með ítarlegum hætti hvort verðlagning áfrýjanda standist kostnaðarlega forsendur. Eðli málsins samkvæmt feli slíkt rökstutt frummat í sér mikilvæga leiðbeiningu fyrir áfrýjanda og var honum því í lófa lagið að breyta verðlagningu sinni til samræmis við fyrrgreint frummat eftirlitsins.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hafi sennilega með ólögmetum hætti mismunað aðilum í sambærilegum viðskiptum í skilningi c-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Slík háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja sé óheimil ef hún byggir ekki á raunverulegum málefnalegum forsendum. Til að ákvæðið eigi við þurfi í fyrsta lagi að vera um ólíka skilmála að ræða í sams konar viðskiptum. Í öðru lagi að samkeppnisstaða viðskiptaaðila veikist. Í þriðja lagi þurfi að kanna hvort hlutlægar ástæður séu fyrir hendi sem réttlæti mismunun. Fram komi í hinni kærðu ákvörðun að a.m.k. tvö fyrirtæki hafi ekki sætt gjaldtöku og skilmálum vegna notkunar á stæðum með sama hætti og aðrir mögulegir keppinautar í fólksflutningum, þ.e. Strætó bs. og Crew ehf. Áfrýjandi víki ekki að þessu sennilega broti sínu í kæru sinni.

Samkeppniseftirlitið bendir á að bann við mismunun í c-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga sé birtingarmynd hinnar almennu jafnræðisreglu um að

sambærileg mál skuli hljóta sömu úrlausn nema málefnaleg sjónarmið leyfi annað. Sökum einokunaraðstöðu áfrýjanda verði að gera ríkar kröfur til hans um að hann beiti ekki viðskiptavini sína ómálefnalegri mismunun.

Varðandi skilyrði b-liðar 3. mgr. 16. samkeppnislaga þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að það hafi aflað upplýsinga frá fjölda hópferðafyrirtækja er nota fjarstæðin við FLE til að meta áhrif gjaldtökkunnar á rekstur þeirra. Niðurstaða þeirrar könnunar bendi til þess að lækkun á tekjum fyrirtækjanna yrði að meðaltali 30% þegar gjaldið væri að fullu komið á en 19-20% á aðlögunartímabilinu. Fyrirtækin hefðu ekki möguleika á að velta gjaldtöknunni út í verðlag þar sem þau væru bundin af samningum 1 – 2 ár fram í tímann sem gerði það að verkum að þeim væri ókleift að hækka verð. Ef gjaldinu yrði velt út í verðlag kæmi það jafnframt til með að bitna á almennum neytendum. Þá hefði gjaldtakan sérstaklega mikil áhrif á það fyrirtæki er sinnir fólksflutningum frá FLE á gististaði í Reykjanesbæ en rekstrarforsendur þess fyrirtækis hefðu í raun brostið við gjaldtökuna. Önnur fyrirtæki hafi einnig lýst því að gjaldtakan hefði veruleg áhrif á rekstur þeirra. Því er alfarið hafnað að við töku hinnar kærðu ákvörðunar hafi einungis verið horft til hagsmuna einstakra fyrirtækja en ekki almannahagsmuna. Líklegt sé að sú óhóflega gjaldtaka er hér um ræðir muni á endanum bitna á neytendum í formi hærra verðs. Telur Samkeppniseftirlitið að það ógni almannahagsmunum að opinbert fyrirtæki í einstakri yfirburðastöðu velti óhóflegum álögum yfir á almenning án þess að þar búi að baki málefnalegar og kostnaðarlegar forsendur. Telur Samkeppniseftirlitið því augljóst að skilyrði b-liðar 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar sé uppfyllt.

Bent er á að bráðabirgðaákvörðunin hafi verið tekin sex mánuðum eftir að Samkeppniseftirlitinu barst erindi frá Allrahanda GL og rétt rúmum mánuði eftir að áfrýjandi skilaði inn upplýsingum og gögnum sem Samkeppniseftirlitið hafi ítrekað kallað eftir. Samkvæmt handbók samkeppniseftirlitsdeildar framkvæmdastjórnar ESB er að meðaltali gert ráð fyrir að bráðabirgðaákvörðun geti legið fyrir á bilinu þremur til átta mánuðum eftir að fullbúið erindi hefur borist.

Samkeppniseftirlitið telur að málsmeðferð þess og efnisleg umfjöllun sé á allan hátt fullnægjandi og vísar til þess að eðli bráðabirgðaákvörðunar leiði óhjákvæmilega

til þess að vægari kröfur verði gerðar til rannsóknar og málsmeðferðar slíkra ákvarðana en endanlegra ákvarðana.

Samkeppniseftirlitið vekur athygli á að misskilningur ríki hjá áfrýjanda varðandi efnislegt innihald hinnar kærðu ákvörðunar. Samkeppniseftirlitið hafi ítrekað leiðrétt misskilning áfrýjanda um þetta atriði en eftir sem áður haldi áfrýjandi þessum sjónarmiðum sínum til streitu. Með ákvörðuninni var einungis verið að stöðva gjaldtöku í samræmi við ákvörðun áfrýjanda sem kynnt var þann 1. desember sl. og hófst 1. mars sl. enda talið að innheimta þeirra gjalda fæli sennilega í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Bráðabirgðaákvörðunin feli hins vegar ekki í sér að áfrýjanda sé með öllu óheimilt að innheimta gjald fyrir fjarstæðin við FLE. Því er hafnað að ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar hafi verið óskýr. Þau séu ekki matskennd né til þess fallin að orka tvímælis. Orðalag ákvörðunarinnar gefi ekki á neinn hátt tilefni til ógildingar vegna óskýrleika. Þá er því einnig hafnað að eftirlitið hefði átt að afturkalla hina kærðu ákvörðun eða taka nýja ákvörðun þegar ljóst var að áfrýjandi hefði stöðvað gjaldtöku á fjarstæðum. Það hafi verið ákvörðun áfrýjanda að stöðva alla gjaldtöku en ekkert í hinni kærðu ákvörðun eða ályktunarorðum hennar hafi gefið tilefni til þess. Bráðabirgðaákvörðunin gangi því ekki út fyrir réttaráhrif endanlegrar stjórnarsýsluákvörðunar heldur sé liður í málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi geti ekki borið fyrir sig að réttarstaða hans sé óljós. Taka verði tillit til reglunnar um réttmætar væntingar en sú regla taki mið af stjórnarsýslureglum í EES/ESB rétti. Væntingar verði að vera hlutlægt séð réttlætanlegar og byggjast á því að stjórnvald hafi gefið nákvæm fyrirheit.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þau sjónarmið áfrýjanda að hin kærða bráðabirgðaákvörðun leiði til röskunar á samkeppni. Áfrýjandi geti hafið gjaldtöku á fjarstæðum við FLE og gripið til aðgerða til að jafna samkeppnisstöðu ef hann telur henni raskað m.a. gagnvart þeim fyrirtækjum sem hafa aðstöðu á nærstæðum. Samkeppniseftirlitið hafi sent áfrýjanda bréf 28. ágúst sl. þar sem honum var bent á að það væri á hans valdi að bregðast við athugasemdum þeirra fyrirtækja sem hefðu aðstöðu við nærstæðin hvað þetta varðaði.

V.

Niðurstaða

1

Hin kærða bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí sl. var tekin á grundvelli 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Með fyrrgreindri ákvörðun var ákveðið að stöðva tímabundið gjaldtöku áfrýjanda, sem hófst þann 1. mars 2018, á svonefndum fjarstæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar þar sem talið var sennilegt að áfrýjandi hafi brotið gegn banni 11. gr. samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Var í forsendum fyrrgreindrar bráðabirgðaákvörðunar Samkeppniseftirlitsins vísað til þess að talið væri sennilegt að áfrýjandi hafi brotið gegn a-lið 2. mgr. 11. gr. laganna með óhóflegri verðlagningu á ytri rútustæðum og c-lið sömu lagagreinar með því að mismuna viðskiptaaðilum í sams konar viðskiptum með ólíkum skilmálum þannig að samkeppnisstaða þeirra væri veikt.

Til stuðnings fyrrgreindri ákvörðun vísaði Samkeppniseftirlitið m.a. til þess að ákvörðunin hafi verið tekin til að tryggja rekstrarhæfi og þar með samkeppnishæfi þeirra fyrirtækja sem aka farþegum til og frá fjarstæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar og að nauðsynlegt hafi verið að grípa til þessarar ákvörðunar til þess að koma í veg fyrir að þeir samkeppnishagsmunir sem væru undirliggjandi væru að engu orðnir þegar meðferð málsins lyki.

2

Af gögnum málsins má ráða að fyrrgreind bráðabirgðaákvörðun átti sér nokkurn aðdraganda. Við útboð Ríkiskaupa fyrir hönd áfrýjanda á aðstöðu og aðgangi hópferðabifreiða að svokölluðum nærstæðum við FLE í maí 2017 kom fram að áfrýjandi hefði ákveðið að hefja gjaldtöku á ytri rútustæðum (fjarstæðum) við flugstöðina, en ekki hafði áður verið innheimt gjald fyrir afnot af þeim stæðum. Ekki kom fram við útboðið hvenær ætti að hefja gjaldtökuna né hver upphæð gjaldsins yrði. Það var síðan 1. desember 2017 sem áfrýjandi tilkynnti að gjaldtaka hæfist 1. mars 2018 og var þá jafnframt kynnt fjárhæð þess gjalds sem yrði innheimt fyrir afnotin sem tók mið af stærð þeirra hópferðabifreiða sem kæmu til með að nýta stæðin. Þann 10. janúar 2018 barst Samkeppniseftirlitinu kvörtun

sem m.a. sneri að fyrirhugaðri gjaldtöku áfrýjanda á fjarstæðunum. Var þess m.a. krafist að Samkeppniseftirlitið tæki bráðabirgðaákvörðun um að stöðva fyrirhugaða gjaldtöku áfrýjanda þar sem hún færi í bága við tilgreind ákvæði samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið tók málið til rannsóknar og kallaði eftir gögnum og upplýsingum frá áfrýjanda auk þess sem leitað var eftir upplýsingum frá þeim sem talið var að hefðu hagsmuni að gæta vegna málsins. Eftir fundi áfrýjanda með Samkeppniseftirlitinu ákvað áfrýjandi að gera breytingar á áður tilkynntri gjaldskrá auk þess sem ákveðið var að gjaldið yrði lægra á sex mánaða aðlögunartímabili, þ.e. frá 1. mars 2018 til 31. ágúst 2018.

Þann 17. júlí 2108 birti Samkeppniseftirlitið fyrrgreinda bráðabirgðaákvörðun sína ásamt sérstöku andmælaskjali þar sem gerð var grein fyrir frummati Samkeppniseftirlitsins. Í frummatinu kom m.a. fram að það væri mat Samkeppniseftirlitsins að í gjaldskrá áfrýjanda fyrir fjarstæðin fælist óhófleg verðlagning. Gjaldtakan væri mun meiri en gæti talist réttlætanleg og því væri um ósanngjarnt söluverð á aðstöðu að ræða í skilningi a-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

3

Í 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 14. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er Samkeppniseftirlitinu veitt sérstök heimild til að taka ákvarðanir til bráðabirgða um einstök mál. Skilyrði slíkra ákvarðana er að talið sé sennilegt að sú háttsemi eða þær aðstæður sem til athugunar eru af hálfu Samkeppniseftirlitsins fari gegn ákvæðum samkeppnislaga eða ákvörðunum teknum á grundvelli þeirra. Jafnframt er það skilyrði fyrir bráðabirgðaákvörðun samkvæmt fyrrnefndu lagaákvæði að bið eftir endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins leiði til röskunar á samkeppni sem verði afstýrt með endanlegri ákvörðun eða málið þoli að öðru leyti ekki bið. Bráðabirgðaákvörðun skal gilda í tiltekinn tíma og má endurnýja ef það er talið nauðsynlegt.

Bráðabirgðaákvörðunum er samkvæmt framansögðu einungis ætlað að gilda tímabundið meðan stjórnarsýslumál eru til meðferðar hjá viðkomandi stjórnvaldi. Það leiðir af eðli og markmiðum slíkra ákvarðana að þær skal taka um leið og viðkomandi stjórnvald telur að skilyrði fyrir beitingu slíks úrræðis séu fyrir hendi. Með hliðsjón af framansögðu verður að telja að stjórnvöldum sé ekki að öllu leyti

skylt að fylgja ákvæðum stjórnarsýslulaga við undirbúning á töku slíkra ákvarðana. Því eru venjulega ekki gerðar eins strangar kröfur varðandi málsmeðferð af hálfu viðkomandi stjórnvalds hvað þessar ákvarðanir varðar og almennt gildir um þær stjórnarsýsluákvarðanir sem binda endi á meðferð máls.

Engu að síður ber stjórnvöldum að gæta að grundvallarreglum stjórnarsýsluréttarins við töku þessara ákvarðana, m.a. rannsóknarreglu og andmælareglu. Þannig þurfa stjórnvöld að staðreyna með fullnægjandi rannsókn hvort skilyrði fyrir töku slíkra ákvarðana séu fyrir hendi. Í slíkri rannsókn kann jafnframt að vera nauðsynlegt að afla ítarlegra upplýsinga frá þeim sem ákvörðunin beinist að eða öðrum sem málið varðar auk þess sem gefa skal hlutaðeigandi tækifæri til að koma á framfæri sjónarmiðum sínum til málsins áður en ákvörðun er tekin, sbr. 4. mgr. 14. gr. málsmeðferðarreglna nr. 880/2005.

4

Í kæru áfrýjanda til áfrýjunarnefndar vegna fyrrgreindrar bráðabirgðaákvörðunar frá 17. júlí 2018, er þess aðallega krafist að ákvörðunin verði felld úr gildi en til vara að ákvörðuninni verði breytt á þann veg að gjaldtaka, sem hófst 1. mars 2018 á fjarstæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar skuli vera óbreytt á gildistíma ákvörðunarinnar.

Til stuðnings kröfum sínum hefur áfrýjandi fyrst og fremst vísað til þess að skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga fyrir töku fyrrgreindrar bráðabirgða-ákvörðunar séu ekki uppfyllt auk þess sem verulegir annmarkar séu á ákvörðuninni, bæði á formi og efni hennar. Einnig vísar áfrýjandi til þess að ágallar séu á meðferð málsins af hálfu Samkeppniseftirlitsins sem eigi að leiða til þess að fella beri ákvörðunina úr gildi eða henni sé breytt í samræmi við varakröfu áfrýjanda.

5

Samkvæmt framansögðu snýr úrlausnarefni þessa máls annars vegar að því hvort skilyrðum 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 fyrir að taka hina kærðu bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí sl. hafi verið fullnægt og hins vegar hvort einhverjir þeir annmarkar sé á ákvörðuninni, hvort heldur á formi eða efni hennar eða meðferð málsins að öðru leyti, sem gefi tilefni til að fella ákvörðunina úr gildi eða breyta henni í samræmi við kröfugerð áfrýjanda.

6

Áfrýjandi hefur vísað til þess að engin breyting hafi orðið á aðstæðum, hvorki í eða við FLE né á samkeppnismörkuðum frá því að Samkeppniseftirlitið tilkynnti Allrahanda GL þann 28. febrúar 2018 að ekki væri tilefni til að taka bráðabirgðaákvörðun í málinu og þar til hin kærða ákvörðun var tekin 17. júlí 2018. Vísar áfrýjandi til þess að hafi skilyrði verið fyrir töku hinnar kærðu ákvörðunar hafi borið að taka þá ákvörðun strax en ekki löngu síðar.

Það leiðir af eðli og tilgangi bráðabirgðaákvörðana að þær ber að taka um leið og tilefni gefst til og skilyrði fyrir töku slíkra ákvarðana eru fyrir hendi. Mat á fyrrgreindum atriðum er lagt í hendur viðkomandi stjórnvalds, í þessu tilviki Samkeppniseftirlitsins. Það var mat Samkeppniseftirlitsins þann 28. febrúar sl. þegar rannsókn málsins var tiltölulega skammt á veg komin að ekki væri tilefni til töku bráðabirgðaákvörðunar á því stigi en þess var þá jafnframt getið að það útilokaði það ekki að síðar kynni að vera ástæða til að taka slíka ákvörðun.

Ekki er tilefni til að gera athugasemdir við fyrrgreint mat Samkeppniseftirlitsins sem taldi með hliðsjón af þeim upplýsingum sem það hafði að ekki væri tilefni til að grípa til ákvörðunar til bráðabirgða fyrr en rannsókn eftirlitsins væri lengra komin og að fengnum frekari upplýsingum og gögnum frá áfrýjanda og hagsmunaaðilum vegna málsins. Er það einnig í samræmi við það sem fram kom af hálfu Samkeppniseftirlitsins í fyrrgreindu bréfi frá 28. febrúar sl. að ekki væri útilokað að síðar kynni að vera ástæða til að taka ákvörðun til bráðabirgða í málinu.

7

Vegna röksemda áfrýjanda um að við töku hinnar kærðu ákvörðunar frá 17. júlí sl. hafi verið brotið gegn málsmeðferðarreglum Samkeppniseftirlitsins svo og meginreglum stjórnarsýslulaga, skal tekið fram að ekki verður annað séð en að Samkeppniseftirlitið hafi sinnt rannsóknarskyldu sinni hvað það varðar að ganga úr skugga um hvort þau skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga fyrir beitingu bráðabirgðaúrreðis væru uppfyllt áður en fyrrgreind ákvörðun var tekin. Þá gefa gögn málsins, þ.á m. bréf áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins, dags. 7. júní sl., jafnframt til kynna að áfrýjandi hafi notið andmælaréttar áður en ákveðið var að taka hinu kærðu ákvörðun. Ekkert er því fram komið í málinu sem gefur tilefni til

að ætla að Samkeppniseftirlitið hafi ekki réttilega gætt að málsmeðferðarreglum eftirlitsins eða fyrrgreindum meginreglum stjórnisýsluréttarins við töku hinnar kærðu ákvörðunar.

8

Áfrýjandi vísar einnig til þess að réttaráhrif hinnar kærðu ákvörðunar gangi lengra en réttaráhrif þeirrar stjórnisýsluákvörðunar sem Samkeppniseftirlitið hefur boðað að muni verða tekin í málinu. Telur áfrýjandi að ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar verði ekki skilin á annan veg en þann, að óheimilt sé með öllu að innheimta gjald fyrir afnot af fjarstæðum á gildistíma ákvörðunarinnar. Telur áfrýjandi að þegar af þessari ástæðu beri að ógilda hina kærðu ákvörðun.

Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar kemur fram að áfrýjanda sé gert að stöðva tímabundið gjaldtöku, sem hófst 1. mars 2018, á fjarstæðum við FLE. Samkeppniseftirlitið hafnaði því að skilja bæri fyrrgreint orðalag á þann veg að það fæli í sér að áfrýjanda væri með öllu óheimilt að innheimta gjald fyrir afnot af fjarstæðunum. Eingöngu sé verið að vísa til þeirrar gjaldtöku áfrýjanda sem hófst 1. mars 2018.

Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar er sérstaklega vísað til þeirrar gjaldtöku sem hófst 1. mars 2018. Með hliðsjón af því og þeim samskiptum sem áttu sér stað milli málsaðila vegna málsins áður en fyrrgreind ákvörðun var tekin, þar sem fram kom að athugasemdir væru gerðar við fjárhæð gjaldsins en ekki að því hvort gjaldtaka væri heimil, verður að telja að áfrýjanda hafi mátt vera það ljóst að ekki bar að skilja ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar með þeim hætti að óheimilt væri með öllu að innheimta gjald fyrir fjarstæðin á gildistíma ákvörðunarinnar. Þá átti áfrýjandi þess einnig kost að senda Samkeppniseftirlitinu fyrirspurn hafi hann talið hina kærðu ákvörðun óskýra eða í ósamræmi við það sem áður hafði komið fram í samskiptum aðila vegna málsins.

Ekki er því fallist á að réttaráhrif hinnar kærðu ákvörðunar gangi lengra en réttaráhrif þeirrar stjórnvaldsákvörðunar sem Samkeppniseftirlitið hefur boðað að verði tekin í málinu eða að ógilda eigi hina kærðu ákvörðun sökum óskýrleika.

9

Eins og áður hefur komið fram eru skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga fyrir töku bráðabirgðaákvæðana tvíþætt og þurfa bæði skilyrðin að vera uppfyllt til að heimilt sé að taka slíkar ákvæðanir. Ljóst er af orðalagi fyrrgreinds lagaákvæðis og tilgangi þess að ekki eru gerðar eins strangar sönnunarkröfur til bráðabirgðaákvæðana og gerðar eru til endanlegra stjórnisýsluákvæðana Samkeppniseftirlitsins. Er það jafnframt í samræmi við sjónarmið sem talin eru gilda í EES/ESB samkeppnisrétti. Þannig er nægilegt samkvæmt lagaákvæðinu að það sé talið sennilegt að sú háttsemi eða aðstæður sem eru til athugunar af hálfu Samkeppniseftirlitsins fari gegn ákvæðum samkeppnislaga og að líklegt sé að bið eftir endanlegri ákvörðun eftirlitsins leiði til röskunar á samkeppni. Ekki er gerður áskilnaður um að fyrir liggi sönnun um brot á samkeppnislögum eða ákvörðunum teknum á grundvelli þeirra né að bið eftir endanlegri ákvörðun leiði ótvírætt til röskunar á samkeppni. Bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí sl. ber að skoða með hliðsjón af fyrrgreindum sjónarmiðum.

10

Áfrýjandi er opinbert hlutafélag í eigu íslenska ríkisins. Ekki er um það deilt að félagið sé í markaðsráðandi stöðu og jafnframt í ákveðinni einokunarstöðu þegar kemur að rekstri þeirra flugvalla sem þjóna millilandaflugi til og frá Íslandi. Áfrýjunarnefndin fellst í öllum aðalatriðum á þá skilgreiningu og röksemdir sem fram koma af hálfu Samkeppniseftirlitsins í kafla II.1 í andmælaskjali eftirlitsins frá 17. júlí sl. varðandi skilgreiningu markaða og stöðu áfrýjanda á þeim og telur sennilegt að við það megi miða. Áfrýjandi er jafnframt umráðamaður þeirrar aðstöðu við FLE sem lýtur að þjónustu við þau fyrirtæki sem sinna farþegaflutningum með akstri hópferðabifreiða til og frá flugstöðinni, hvort heldur er á svokölluðum nærstæðum eða fjarstæðum.

Almennt hvíla mjög ríkar skyldur samkvæmt samkeppnisrétti á markaðsráðandi fyrirtækjum um að haga starfsemi sinni með þeim hætti að ekki sé raskað samkeppni með óeðlilegum hætti á þeim markaði sem þau starfa á eða hafa aðkomu að. Þessar skyldur geta að öðru jöfnu orðið því ríkari eftir því sem þau eru sterkari á markaði. Þá verður einnig að gera ríkar kröfur til markaðsráðandi fyrirtækja um að þau leggi fram ítarleg og fullnægjandi gögn og/eða skýringar sem

liggja til grundvallar þeim ákvörðunum þeirra sem viðbúið er að geti haft viðtæk áhrif á markaði hverju sinni.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar verður ekki séð, svo ótvírætt megi telja, að ákvæði laga nr. 76/2008 um stofnun opinbers hlutafélags um rekstur Keflavíkurflugvallar o.fl. víki til hliðar þeim skyldum sem hvíla á áfrýjanda samkvæmt framansögðu eða komi í veg fyrir beitingu samkeppnislaga í því máli sem hér um ræðir.

Það er niðurstaða frummats Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí sl. að sú gjaldtaka sem áfrýjandi hóf þann 1. mars 2018 á fjarstæðum við FLE hafi falið í sér óhóflega verðlagningu sem hafi farið gegn a-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Hafa ber í huga að þegar áfrýjandi hóf gjaldtöku á svokölluðum fjarstæðum við FLE þann 1. mars sl. var viðbúið að fyrrgreind ákvörðun áfrýjanda kæmi til með að hafa umtalsverð áhrif á rekstrarforsendur þeirra fyrirtækja sem nýttu og kæmu til með að nýta umrædd stæði við flugvöllinn. Í þessu sambandi verður einnig að hafa í huga að tiltölulega skammur tími leið frá því að tilkynnt var um gjaldtökuna og þar til hún hófst. Gat augljóslega verið erfitt um vik fyrir viðkomandi fyrirtæki að bregðast við þessum breyttu aðstæðum.

Áfrýjanda mátti vera það ljóst, ekki síst í ljósi stöðu sinnar á markaði, að mikilvægt væri að þær forsendur sem byggju að baki verðlagningunni og kostnaðargrunnur vegna gjaldtökunnar væri skýr og ótvíræður. Við rannsókn Samkeppniseftirlitsins, í kjölfar kvörtunar sem eftirlitinu hafði borist, var kallað eftir upplýsingum frá áfrýjanda er lágu til grundvallar gjaldtökunni, og að fengnum þeim upplýsingum var það mat Samkeppniseftirlitsins að gjaldskrá áfrýjanda væri margfalt hærri en sá kostnaður sem fellur til við að veita þjónustuna. Fyrirliggjandi gögn gefa til kynna að ágreiningur sé milli Samkeppniseftirlitsins og áfrýjanda um þann kostnaðargrunn sem áfrýjandi hefur lagt fram til grundvallar gjaldtöku vegna fjarstæðanna.

Með hliðsjón af fyrirliggjandi gögnum málsins er það mat áfrýjunarnefndar samkeppnismála að áfrýjandi hafi ekki gert viðhlítandi grein fyrir þeim kostnaði sem til fellur við að veita fyrrgreindra þjónustu við fjarstæðin og liggur til grundvallar þeirri gjaldtöku sem hófst þann 1. mars s.l. og því séu nægjanlegar líkur leiddar að því að gjaldtakan sé óhófleg. Með vísan til þeirrar niðurstöðu verður að

telja sennilegt að fyrrgreind gjaldtaka áfrýjanda á fjarstæðum er hófst 1. mars sl. hafi farið gegn ákvæði a-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga og því sé skilyrði a-liðar 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga fyrir töku fyrrgreindrar bráðabirgðaákvörðunar frá 17. júlí sl., uppfyllt.

Að fenginni ofangreindri niðurstöðu um að skilyrði a-liðar 3. mgr. 16. gr. laga nr. 44/2005 sé uppfyllt er ekki þörf á því að taka afstöðu til þess hvort sennilegt sé að áfrýjandi hafi með ólöglætum hætti mismunað aðilum í sambærilegum viðskiptum í skilningi c-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

11

Samkeppniseftirlitið hefur við rannsókn málsins kallað eftir upplýsingum frá fjölda fyrirtækja sem nýta fjarstæðin við FLE. Þá hefur Samkeppniseftirlitið einnig kallað eftir sjónarmiðum og upplýsingum frá þeim fyrirtækjum sem urðu hlutskörpust í útboði Ríkiskaupa varðandi aðstöðu og aðgang að nærstæðum við FLE. Var þetta gert í þeim tilgangi að ganga úr skugga um hvaða áhrif fyrrgreind gjaldtaka áfrýjanda á fjarstæðum við FLE kæmi til með að hafa á rekstur viðkomandi fyrirtækja og þá jafnframt hvort bið eftir endanlegri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins í málinu kæmi til með að leiða til röskunar á samkeppni eða málið þyldi að öðru leyti ekki bið, sbr. skilyrði b-liðar 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Athugun Samkeppniseftirlitsins hefur leitt í ljós að fyrrgreind gjaldtaka áfrýjanda á fjarstæðunum sem hófst 1. mars sl. hefur haft umtalsverð áhrif á rekstur þeirra fyrirtækja sem nýta fjarstæðin. Þá má ætla að verði þessum kostnaði að hluta eða öllu leyti velt út í verðlag viðkomandi fyrirtækja hafi það umtalsverð áhrif á almenna neytendur. Þá verður heldur ekki horft framhjá því að mörg þessara fyrirtækja eru bundin af samningum við sína viðskiptavini nokkuð fram í tímann og eiga ekki kost á því að velja þessum kostnaði út í verðlagið. Telja verður með hliðsjón af þeim gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað frá hagsmunaaðilum að líkur séu fyrir því að bið eftir endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu leiði til röskunar á samkeppni og þannig sé uppfyllt skilyrði b-liðar 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga til töku hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2018.

Áfrýjandi og umsagnaraðilar hafa vísað til þess að hin kærða ákvörðun hafi leitt til mismunar og röskunar á samkeppni gagnvart þeim fyrirtækjum er hafa aðstöðu og aðgang að nærstæðum á grundvelli útboðs Ríkiskaupa í maí 2017. Bráðabirgðaákvörðunin hafi gert það að verkum að þau hópferðafyrirtæki sem stundi fólksflutninga til og frá FLE og nýti eingöngu fjarstæðin þurfi ekkert gjald að greiða meðan bráðabirgðaákvörðunin sé í gildi en á sama tíma þurfti þau fyrirtæki sem nýti nærstæðin að greiða hlutfall af tekjum sínum til áfrýjanda í samræmi við niðurstöðu útboðsins í maí 2017.

Meðan ekkert gjald er innheimt fyrir notkun á fjarstæðum við FLE kann það að hafa í för með sér ólögmæta mismunun og röskun á samkeppni þeirra hópferðafyrirtækja sem hafa með höndum farþegaflutninga til og frá FLE og þá eftir því hvort þau nýti nærstæðin eða fjarstæðin. Til þess er hins vegar að líta að Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjanda bréf 28. ágúst sl. þar sem athygli var vakin á því að það væri á valdi áfrýjanda að bregðast við fyrrgreindu ástandi og þá með því að innheimta sanngjarnt gjald fyrir afnot af fjarstæðunum. Áfrýjandi hefur átt þess kost að bregðast við fyrrgreindum tilmælum Samkeppniseftirlitsins, ekki síst þegar það er haft í huga að ekki verður séð að ágreiningur sé um að gjaldtaka vegna fjarstæðanna sé heimil.

12

Samkvæmt öllu framansögðu fellst áfrýjunarnefndin á það mat Samkeppniseftirlitsins að uppfyllt hafi verið skilyrði til töku ákvörðunar til bráðabirgða samkvæmt 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, vegna þeirrar gjaldtöku áfrýjanda sem hófst þann 1. mars 2018, á fjarstæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar.

Verður því aðal- og varakröfum áfrýjanda í máli þessu hafnað.

Úrskurðarorð

Kröfu áfrýjanda um að bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2018, þar sem áfrýjanda var gert að stöðva tímabundið gjaldtöku, sem hófst þann 1. mars 2018, á fjarstæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar, er hafnað.

Varakröfu áfrýjanda um að bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2018 verði breytt á þann veg að gjaldtaka, sem hófst þann 1. mars 2018, á fjarstæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar, skuli vera óbreytt á gildistíma bráðabirgðaákvörðunarinnar, er hafnað.

Reykjavík, 22. október 2018.

Björn Jóhannesson, formaður

Brynhildur Benediktsdóttir

Stefán Már Stefánsson