

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 3/2009

Teymi hf. og

IP-fjarskipti ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi dagsettu 2. febrúar 2009 hefur Teymi hf. kært bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008 frá 26. janúar 2009. Með bréfi dagsettu 3. febrúar sama ár hafa IP-fjarskipti ehf. (Tal) kært sömu ákvörðun. Áður hafði Teymi hf. sent áfrýjunarnefnd samkeppnismála bréf dagsett 28. janúar 2009 þar sem þess var krafist að réttaráhrifum bráðabirgðaákvörðunar Samkeppniseftirlitsins yrði frestað. Ákveðið var að sameina kærur þessar og reka sem eitt mál fyrir áfrýjunarnefndinni.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála taldi vafa leika á því hvort umrædd bráðabirgðaákvörðun væri kæránleg samkvæmt 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og var það atriði því tekið til úrskurðar sérstaklega.

Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri bráðabirgðaniðurstöðu að sennilegt væri að fyrirtækin Teymi hf., Og fjarskipti ehf. (hér eftir Vodafone) og IP-fjarskipti ehf. (hér eftir Tal) hefðu haft samráð um að Tal ætti að draga úr samkeppni við Vodafone. Taldi Samkeppniseftirlitið að framangreint færi sennilega í bága við ákvörðun eftirlitsins nr. 36/2008 og ákvæði 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Jafnframt taldi eftirlitið að sennilegt væri að tiltekin ákvæði í samningi Tals og Vodafone um aðgang Tals að GSM farsímaneti Vodafone væru andstæð framangreindri ákvörðun og ákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Í ákvörðunarorðum var fulltrúum Teymis hf. gert að víkja úr stjórn Tals eigi síðar en föstudaginn 30. janúar 2009. Þá voru tiltekin ákvæði í samningi Tals við Vodafone um aðgang Tals að farsímaneti Vodafone lýst ógild.

Af hálfu beggja áfrýjenda er þess krafist að hin kærða bráðabirgðaákvörðun verði felld úr gildi og lagt verði fyrir Samkeppniseftirlitið að taka málið til efnislegrar meðferðar. Þá er þess krafist að réttaráhrifum ákvörðunarinnar verði frestað á meðan málið er rekið fyrir áfrýjunarnefndinni.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess aðallega krafist að kærðu áfrýjenda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Til vara er þess krafist að réttaráhrifum verði ekki frestað á meðan málið er rekið fyrir áfrýjunarnefndinni.

II.

Helstu málavextir

Í hinni kærðu bráðabirgðaákvörðun er málavöxtum lýst svo að með bréfum Samkeppniseftirlitsins til Teymis hf., Vodafone, Tals og Capital Plaza ehf., dags. 9. janúar 2009, hafi fyrirtækjunum verið gerð grein fyrir því að eftirlitið teldi að tilefni gæti verið til að taka bráðabirgðaákvörðun, sbr. ákvæði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga, vegna mögulegra brota á ákvörðun eftirlitsins nr. 36/2008 og ákvæðum samkeppnislaga. Í bréfunum kom fram rökstutt frummat Samkeppniseftirlitsins á því að í fyrsta lagi væri grunur um að Tal, Vodafone og Teymi hf. hefðu ákveðið með sér tilteknar

markaðsaðgerðir, í öðru lagi að vísbendingar væru um að vísvitandi hafi verið stefnt að því að gera Tal gjaldþrota og að Teymi hf. eða Vodafone myndu í kjölfarið taka félagið yfir, og í þriðja lagi að ákvæði í samningi milli Vodafone og Tals um sýndarnetsaðgang að GSM farsímaneti Vodafone gætu mögulega takmarkað samkeppnislegt sjálfstæði Tals. Greint var frá því að Samkeppniseftirlitinu hefði borist erindi frá Símanum, dags. 5. janúar 2009, þar sem því er haldið fram að ákvæði framangreinds samnings færi gegn ákvæði 10. og 11. gr. samkeppnislaga og ákvörðun nr. 36/2008 en erindi Símans fylgdi með bréfum eftirlitsins til umræddra aðila. Bárust Samkeppniseftirlitinu umsagnir frá fyrirtækjunum og er gerð grein fyrir umsögnum þeirra, sem og framangreindu bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun.

Hinn 29. janúar 2009 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun til bráðabirgða. Ákvörðunarorð Samkeppniseftirlitsins hljóða svo:

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

1.

Teymi hf., Vodafone (Og fjarskipti ehf.) og Tal (IP-fjarskipti ehf.) brutu gegn ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008 og ákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Með vísan til ákvæða 16. gr. og 17. gr. e. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið eftirfarandi fyrirmælum til eigenda IP-fjarskipta ehf., þ.e. Teymis hf. og Capital Plaza ehf.:

1. Núverandi fulltrúar Teymis hf., þ.e. Þórdís J. Sigurðardóttir og Ólafur Þór Jóhannesson, skulu víkja úr stjórn IP-fjarskipta ehf., eigi síðar en föstudaginn 30. janúar 2009. Ákvörðun þessi hefur ekki áhrif á aðra stjórnarmenn í IP-fjarskiptum ehf.

2. Í stað núverandi fulltrúa Teymis hf. skulu skipaðir í stjórn IP-fjarskipta ehf. tveir óháðir einstaklingar sem tilnefndir verða af Samkeppniseftirlitinu. Um réttindi og skyldur þeirra sem stjórnarmanna fer samkvæmt lögum nr. 138/1994

um einkahlutafélög, þ. á m. um heimildir þeirra til þess að taka ákvarðanir um hagsmuni félagsins. Skulu þeir jafnframt starfa í samræmi við ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008.

3. Samkeppniseftirlitið mun leita álits Teymis hf. á þeim einstaklingum sem tilnefndir verða í stjórn IP-fjarsskipta ehf.

2.

Ákvæði g. liðar gr. 1.4, gr. 5.3 og gr. 6.3 í samningi IP-fjarsskipta ehf. við Og fjarsskipti ehf., dags. 11. apríl 2008, um sýndarnetsaðgang IP-fjarsskipta ehf. að GSM farsímaneti Og fjarsskipta ehf. eru andstæð ákvörðun nr. 36/2008 og ákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt ákvæði 33. gr. samkeppnislaga eru þau ákvæði ógild.

3.

Bráðabirgðaákvörðun þessi gildir til 1. september 2009. Brot á þessari ákvörðun varðar viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga.“

Málavöxtum er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun.

Eins og fram hefur komið taldi áfrýjunarnefndin vafa leika á að bráðabirgðaákvörðun þessi væri kæránleg til nefndarinnar. Var málsaðilum því veitt færi á að tjá sig sérstaklega um það atriði. Fyrir lá þó að áfrýjendur höfðu fjallað sérstaklega um kærueimild í kærur sínum.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins og viðbótarsjónarmið áfrýjenda bárust nefndinni 6. febrúar 2009.

III.

Helstu málsástæður málsaðila

Málsástæður áfrýjanda Teymis hf.

Af hálfu áfrýjanda er bent á að íhlutun sú sem felist í 1. gr. ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar sé svo alvarleg að nauðsynlegt sé að viðurkenna málskotsheimild áfrýjanda í þetta sinn. Umrædd ákvörðunarorð svipti hann öllum möguleikum á því að tryggja hagsmuni sína sem hluthafa í IP fjarskiptum ehf. Fyrir liggir að deilur séu á milli hluthafa í félaginu um fjárhagsmálefni þess og rekstrarstefnu. Um sé að ræða félag sem hafi til þessa átt í verulegum rekstrarerfiðleikum og hafi áfrýjandi lagt því til umtalsverða fjármuni. Þá beri og að líta til þess að áfrýjandi hafi gert það að tillögu sinni að öll stjórn félagsins yrði skipuð óháðum aðilum á meðan málið væri til rannsóknar. Gildistími ákvörðunarinnar sé ennfremur óvenjulangur eða ríflega sjö mánuðir. Verulegir annmarkar séu á meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu og beri því brýna nauðsyn til endurskoðunar ákvörðunarinnar af æðra stjórnvaldi. Þá vísar áfrýjandi til hins almenna markmiðs stjórnarsýslulaga að stuðla að auknu réttaröryggi í stjórnarsýslunni. Stjórnarsýslukæra geti verið mjög áhrifaríkt úrræði í þessu skyni. Við skýringu 9. gr. samkeppnislaga beri því að hafa í huga að kærueimild sú sem kveðið sé á um lögum grundvallist á sjónarmiðum um aukið réttaröryggi og réttarvernd borgaranna og beri því að skýra hana rúmt.

Málsástæður áfrýjanda IP-fjarskipta ehf. (Tals)

Af hálfu áfrýjanda er vísað til þess að íhlutun sú sem felist í hinni kærðu ákvörðun sé svo alvarleg fyrir áfrýjanda að nauðsynlegt sé að viðurkenna málskotsheimild. Hætta sé á að starfsemi og rekstur áfrýjanda verði settur í verulegt uppnám þar sem Samkeppniseftirlitið virðist ekki hafa haft hagsmuni hans að leiðarljósi í hinni kærðu ákvörðun. Þá sé gildistími ákvörðunarinnar óvenjulangur eða ríflega sjö mánuðir. Verulegir annmarkar séu á meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu og brýna nauðsyn beri til endurskoðunar ákvörðunarinnar af æðra stjórnvaldi. Þá vísar áfrýjandi til þess að við skýringu lagaheimilda sem mæli fyrir um kærueimild beri að hafa í hug að úrræði þau sem almenningi standi til boða við að fá ákvarðanir stjórnvalda endurskoðaðar séu

almennt grundvölluð á sjónarmiðum um aukið réttaröryggi og réttarvernd borgaranna og ýmsu hagræði af slíkri málsmeðferð. Beri því að skýra kæruheimildir það rúmt að þær nái því markmiði sem liggja til grundvallar þessu réttarúrræði. Áfrýjandi líti svo á að kæruheimild 9. gr. samkeppnislaga nái einnig til bráðabirgðaákvæðana Samkeppniseftirlitsins og þrengri túlkun á ákvæðinu feli í sér alvarlega takmörkun á þessu réttarúrræði og þeim réttindum sem því sé ætlað að vernda.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er vísað til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2007 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segi að 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga taki fyrst og fremst til stjórnisýsluákvæðana sem bindi endi á viðkomandi deilumál, sbr. einnig úrskurð nefndarinnar í máli nr. 17/2005 *Skýrr hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Að mati eftirlitsins bindi bráðabirgðaákvörðun ekki endi á stjórnisýslumál sem sé til umfjöllunar enda sé bráðabirgðaákvörðun í eðli sínu tímabundið úrræði samkvæmt 4. mgr. 16. gr. og beri Samkeppniseftirlitinu samkvæmt ákvæðinu að taka endanlega ákvörðun innan tímamarka. Sökum þessa eðlis ákvæðana til bráðabirgða hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála vísað kærur á slíkum ákvörðunum frá, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 8/1999 og nr. 4/2008. Þessir úrskurðir séu skýrir um að meginreglan sé sú að bráðabirgðaákvæðanir séu ekki endanlegar ákvæðanir og því ekki kærnanlegar til áfrýjunarnefndarinnar. Þessi regla sé eðlileg en hafa verið í huga að niðurstaða endanlegrar ákvörðunar geti orðið önnur en niðurstaða bráðabirgðaákvörðunar. Ráðist það af því að gerðar séu aðrar og vægari kröfur til málsmeðferðar og rannsóknar á nauðsyn bráðabirgðaákvörðunar en til hefðbundinnar stjórnvaldsákvörðunar. Skilyrði sem þurfi að uppfylla til þess að heimilt sé að taka bráðabirgðaákvörðun samkvæmt ákvæði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga sé að sennilegt viðkomandi háttsemi fari gegn samkeppnislögum eða ákvörðunum teknum á grundvelli þeirra laga. Þannig fari ekki fram sambærileg rannsókn eins og þegar um sé að ræða endanlega ákvörðun. Það geti leitt til þess að niðurstaða endanlegrar ákvörðunar verði önnur en niðurstaða bráðabirgðaákvörðunar. Að framangreindu virtu blasi við að bráðabirgðaákvörðun bindi ekki endi á stjórnisýslumál heldur sé um að ræða hluta af málsmeðferð samkeppnisfirvalda.

Að mati Samkeppniseftirlitsins sé ekki nauðsynlegt fyrir áframhaldandi meðferð stjórnáskilnaðarmáls að bráðabirgðaákvörðanir séu kærnanlegar til áfrýjunarnefndar. Ljóst sé að þegar bráðabirgðaákvörðanir séu teknar sé ekki um að ræða endanlega stjórnvaldsákvörðun. Aðilar máls muni njóta fulls andmæla- og upplýsingaréttar. Þá muni þeir geta skotið endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og eftir atvikum dómstóla.

Að auki bendir Samkeppniseftirlitið á að hin kærða ákvörðun hafi verið tekin til að tryggja betur samkeppnislegt sjálfstæði Tals meðan á málsmeðferð standi, sbr. grundvallarforsendur ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008 um að Tal ætti að stunda alfarið samkeppni með sjálfstæðum hætti. Ljóst sé að rökstuddur grunur sé um brot á samkeppnislögum. Sökum þess sé eðlilegt að samkeppnisyfirvöld tryggi, að því marki sem þeim er heimilt, óskerta samkeppni á meðan málsmeðferð stendur.

Samkeppniseftirlitið mótmælir sjónarmiðum áfrýjenda þess efnis að gildistími ákvörðunarinnar sé óvenjulangur og að verulegir annmarkar séu á meðferð málsins. Bendir eftirlitið á að með nýjum stjórnarmönnum muni Tal starfa í samræmi við lög nr. 138/1994 um einkahlutafélög og ákvæði samkeppnislaga. Hluthafar í Tali munu áfram njóta þeirra réttinda sem þeir hafi samkvæmt einkahlutafélagalögum. Þá hafi ákvörðunarorð bráðabirgðaákvörðunarinnar, um að tiltekin ákvæði í samningi Tals við Vodafone séu lýst ógild, engin óheppileg áhrif á rekstur Tals heldur þvert á móti. Gildistími ákvörðunarinnar sé sjö mánuðir sem sé, miðað við reynslu af málsmeðferð í svo umfangsmiklu máli, lágmarkstími til að ljúka slíku máli. Þá séu engir slíkir annmarkar á málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins að áfrýjendur hafi ekki notið upplýsinga- eða andmælaréttar.

IV.

Niðurstaða

Í 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 segir að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins skuli sæta kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Skrifleg kæra skuli berast innan fjögurra vikna frá því að aðila máls var tilkynnt um ákvörðunina og að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála skuli liggja fyrir innan sex vikna frá málskoti.

Ákvæði þetta tekur fyrst og fremst til stjórnsluákvarðana sem binda enda á viðkomandi deilumál, sbr. úrskurði nefndarinnar í máli nr. 17/2002 frá 23. nóvember 2002 og máli nr. 4/2008 frá 4. mars 2008. Bráðabrigðaákvörðun eins og sú sem í málinu greinir er eðli málsins samkvæmt ekki endanleg ákvörðun. Frá fyrrgreindri aðalreglu verður ekki vikið nema nauðsynlegt þyki fyrir áframhaldandi meðferð þess máls sem til meðferðar er. Þau sjónarmið þykja ekki eiga við í máli þessu. Verður af þessum sökum að vísa kærnum áfrýjenda frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Úrskurðarorð:

Kærnum áfrýjenda er vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Reykjavík, 10. febrúar 2009

Páll Sigurðsson

Anna Kristín Traustadóttir

Erla S. Árnadóttir