

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.

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 Flugstöð Leifs Eiríkssonar, skuli vera óbreytt á gildistíma bráðabirgðaákvörðunarinnar.

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

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að kæra á bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins, dags. 17. júlí 2018, verði tekin til málsmeðferðar hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að kæru áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Mál þetta á rætur að rekja til þess að í maí 2017 stóð Ríkiskaup fyrir útboði fyrir hönd áfrýjanda þar sem aðstaða og aðgengi hópþifreiða að svokölluðum nærstæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar var boðin út ásamt aðstöðu til miðasölu í flugstöðinni. Við útboðsferlið var tilkynnt að hafin yrði gjaldtaka fyrir notkun svokallaðra ytri stæða sem hópferðabifreiðir nota í atvinnustarfsemi sinni til þess að bjóða farþegaflutninga til og frá flugstöðinni.

Gjaldskrá áfrýjanda fyrir notkun ytri stæða var kynnt þann 1. desember 2017 og skyldi gjaldskráin taka gildi 1. mars 2018. Samkeppniseftirlitið hóf skoðun á málinu í kjölfar kvörtunar sem eftirlitinu barst þann 10. janúar 2018 en kvörtunin sneri að skipulagi og fyrirhugaðri gjaldtöku.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 6. febrúar 2018, var áfrýjanda gefinn kostur á að koma á framfæri sjónarmiðum og upplýsingum um málið og þess getið að krafist væri bráðabirgðaákvörðunar í málinu. Eftir samskipti áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins tilkynnti áfrýjandi um breytingar á fyrirhugaðri gjaldtöku og að gjaldið yrði lægra á aðlögunartíma frá 1. mars 2018 til 31. ágúst 2018. Með bréfi, dags. 28. febrúar 2018, kynnti Samkeppniseftirlitið þeim er kvartaði til nefndarinnar 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 geti verið til að taka ákvörðun til bráðabirgða en að beðið væri nánari skýringa frá áfrýjanda sem kynnu að hafa áhrif á frummat Samkeppniseftirlitsins. Frekari skýringar bárust með bréfum frá áfrýjanda, dags. 7. maí og 7. júní 2018.

Þann 17. júlí 2018 birti Samkeppniseftirlitið bráðabirgðaákvörðun fyrir áfrýjanda 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.

Málavöxtum er að öðru leyti lýst í kæru og greinargerðum aðila.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni.

Eins og fram hefur komið taldi áfrýjunarnefndin vafa leika á að bráðabirgðaákvörðun þessi væri kæránleg til nefndarinnar. Var málsaðilum veittur frestur til að tjá sig um það atriði sérstaklega.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins og viðbótarsjónarmið áfrýjanda bárust nefndinni 2. ágúst 2018. Aðilum var jafnframt gefinn kostur á andsvörum við greinargerð hvors annars og bárust andsvör þeirra þann 10. ágúst 2018.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni.

IV

Röksemdir málsaðila

Málsástæður og lagarök áfrýjanda.

Áfrýjandi kærir bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins á grundvelli 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og byggir á því að heimild sé til að kæra fyrrgreinda ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Vísar áfrýjandi til þess að af úrskurði nefndarinnar í máli 3/2009 verði ráðið að meta skuli hverju sinni hvort tilefni sé til að taka fyrir kæru á bráðabirgðaákvörðun, m.a. á grundvelli þess hvort það sé nauðsynlegt fyrir áframhaldandi meðferð þess máls sem til meðferðar er.

Áfrýjandi byggir á því að réttaráhrif bráðabirgðaákvörðunarinnar gangi langt út fyrir réttaráhrif þeirrar stjórnarsýsluákvörðunar sem Samkeppniseftirlitið hefur boðað að muni verða tekin í málinu. Með bráðabirgðaákvörðuninni sé gjaldtaka algjörlega stöðvuð og áfrýjanda 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 gjaldtakan 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. Endanleg efnisleg niðurstaða Samkeppniseftirlitsins verður því aldrei sú 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.

Þá byggir áfrýjandi á því að réttaröryggi áfrýjanda sé ekki nægilega tryggt með heimild til að kæra endanlega efnisákvörðun í málinu í ljósi þess hversu langt bráðabirgðaákvörðunin gengur og með hliðsjón af tímalengd hennar. Vísar áfrýjandi einnig til þess hversu miklar og alvarlegar fjárhagslegar afleiðingar bráðabirgðaákvörðunin hefur fyrir áfrýjanda auk alvarlegra áhrifa á samkeppnisaðila á þessum markaði.

Áfrýjandi bendir jafnframt á það að stjórnarsýslulög nr. 37/1993 séu almenn lög sem kveði á um lágmarksréttindi. Miklar kröfur séu gerðar til rannsókna í samkeppnislögum nr. 44/2005 og því megi búast við að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins taki langan tíma. Sú bráðabirgðaákvörðun er

Samkeppniseftirlitið tók í málinu sé af því tagi að telja verði nauðsynlegt að heimilt sé að kæra slíka ákvörðun með vísan til sjónarmiða um réttaröryggi og réttarvernd.

Þá byggir áfrýjandi á að bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins raski stöðunni á þeim markaði sem er til rannsóknar þar sem á gildistíma hennar þurfi sum hópferðafyrirtæki að greiða fyrir aðstöðu en önnur ekki.

Eðli og efni bráðabirgðaákvörðunarinnar sé slíkt að hún geti ekki talist formákvörðun sem áfrýjandi hafi ekki hagsmuni af að bera undir áfrýjunarnefndina. Það sé eitt af markmiðum kæruheimilda að unnt sé að bera undir æðra stjórnvald hvort lægra sett stjórnvald hafi farið út fyrir valdheimildir sínar og ekki verði séð að það skipti máli að lögum hvort þar sé um að ræða bráðabirgðaákvörðanir eða endanlegar efnislegar ákvarðanir.

Þá byggir áfrýjandi á því að Samkeppniseftirlitið hafi ekki gætt að ákvæðum 4. mgr. 14. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins við töku bráðabirgðaákvörðunarinnar. Með þessu hafi Samkeppniseftirlitið brotið gegn fyrirmælum reglna nr. 880/2005, sérstaklega í ljósi þess að um íþyngjandi ákvörðun var að ræða, sem og grundvallarreglu íslenska stjórnarsýsluréttar um andmælarétt sem lögfest er í 13. gr. stjórnarsýslulaga.

Áfrýjandi byggir enn fremur 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 og vísar m.a. til dóms Hæstaréttar Íslands í máli 288/2006 þar sem dómurinn lagði m.a. 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 lengra en réttaráhrif endanlegrar stjórnvaldsákvörðunar Samkeppniseftirlitsins getur falið í sér.

Áfrýjandi telur 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 byggir á því að bráðabirgðaákvörðunin sem tekin var á grundvelli 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga sé þess eðlis að hún verði ekki kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Hafi áfrýjunarnefndin í fyrri úrskurðum sínum talið að mikið þurfi að koma til svo vikið sé frá þeirri meginreglu að aðeins endanlegar ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins séu kærnanlegar til nefndarinnar. Vísar Samkeppniseftirlitið þar til úrskurða í málum áfrýjunarnefndarinnar nr. 9/2011, 8/1999, 4/2008 og 3/2009. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé ekki nauðsynlegt fyrir áframhaldandi meðferð stjórnslumáls að bráðabirgðaákvörðanir séu kærnanlegar til kærnefndar þar sem aðilar máls njóti andmæla- og upplýsingaréttar og geti skotið endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og eftir atvikum dómstóla.

Samkeppniseftirlitið hafnar stjórnarmiðum áfrýjanda um að bráðabirgðaákvörðunin hafi í för með sér verulega röskun á samkeppni. Hin kærða bráðabirgðaákvörðun hafi verið tekin til að tryggja rekstarhæfi og samkeppnishæfni aðila á þessum markaði og um sé að ræða nauðsynlega aðgerð svo undirliggjandi hagsmunir verði ekki að engu orðnir þegar málsmeðferð lýkur.

Samkeppniseftirlitið vekur athygli á að misskilningur ríki hjá áfrýjanda varðandi efnislegt innihald ákvörðunarinnar en einungis sé 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 óheimilt að innheimta gjald fyrir fjarstæðin. Bráðabirgðaákvörðunin gangi því ekki út fyrir réttaráhrif endanlegrar stjórnsluákvörðunar heldur sé liður í málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að ákvörðunin sé það íþyngjandi að áfrýjanda sé nauðsynlegt að fá hana endurskoðaða og bendir því til stuðnings á niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar í málum 4/2008 og 3/2009 þar sem málum var vísað frá þrátt fyrir að málsaðilar legðu mikla áherslu á hversu íþyngjandi ákvarðanirnar væru fyrir þau fyrirtæki er þar áttu í hlut. Vísað er til þess að áfrýjandi getur látið

reyna á öll sjónarmið sín ef til áfrýjunar kemur á endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í þessu máli.

Samkeppniseftirlitið telur að ekkert í þessu máli leiði til þess að víkja eigi frá skýrum fordæmum áfrýjunarnefndar samkeppnismála um að bráðabirgða-ákvörðanir Samkeppniseftirlitsins séu ekki kærnanlegar enda slíkt ekki nauðsynlegt fyrir áframhaldandi meðferð málsins.

V

Niðurstaða

1

Í 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 er skilgreint valdsvið áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í 1. mgr. 9. gr. segir að ákvörðanir Samkeppniseftirlitsins skuli sæta kæru til nefndarinnar. Þar kemur einnig fram að 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.

2

Fyrrgreint ákvæði 9. gr. samkeppnislaga um að ákvörðanir Samkeppniseftirlitsins sæti kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála hefur verið skýrt á þann hátt að það taki fyrst og fremst til stjórnsluákvæðana á fyrsta stjórnslustigi sem bindi endi á viðkomandi deilumál, sbr. 2. mgr. 26. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993. Má í þessu sambandi m.a. vísa til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 8/2007, 4/2008 og 3/2009. Talið hefur verið að frá þessu verði ekki vikið nema nauðsynlegt þygi fyrir áframhaldandi meðferð þess máls sem til meðferðar er. Þannig þarf að meta það hverju sinni hvort nauðsynlegt sé fyrir áframhaldandi meðferð viðkomandi máls að áfrýjunarnefnd samkeppnismála, sem æðra stjórnvald, taki til meðferðar þær ákvörðanir Samkeppniseftirlitsins sem ekki feli í sér endanlega ákvörðun, þar á meðal bráðabirgðaákvörðanir sem teknar eru á grundvelli 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga.

3

Í 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 14. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er því 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 að bið eftir endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins leiði til röskunar á samkeppni sem ekki 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.

4

Bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 17. júlí 2018 um að stöðva tímabundið gjaldtöku áfrýjanda, sem hófst þann 1. mars 2018, á ytri rútustæðum (fjarstæðum) við Flugstöð Leifs Eiríkssonar grundvallaðist á 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga þar sem talið var sennilegt að áfrýjandi hafi brotið gegn banni 11. gr. samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Var í forsendum fyrrgreindrar ákvörðunar vísað til þess að sennilegt væri 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 sumra þeirra veiktist. Samkeppniseftirlitið hefur vísað til þess að ákvörðunin hafi verið tekin til að tryggja rekstrarhæfi og þar með samkeppnishæfi þeirra fyrirtækja sem flytja farþega til og frá ytri rútustæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar og að nauðsynlegt hafi verið að taka þessa ákvörðun svo þeir hagsmunir sem eru undirliggjandi væru ekki að engu orðnir þegar meðferð málsins lyki.

5

Vegna röksemda áfrýjanda um að við töku bráðabirgðaákvörðunarinnar frá 17. júlí 2018 hafi verið brotið gegn ákvæðum 4. mgr. 14. gr. reglna nr. 880/2015 tekur áfrýjunarnefndin fram að ekki verði annað séð en að réttilega hafi verið gætt að

fyrirgreindum formreglum af hálfu Samkeppniseftirlitsins við töku ákvörðunarinnar.

6

Í hinni kærðu bráðabirgðaákvörðun frá 17. júlí 2018 kemur fram að líklegt þyki að bið eftir endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins muni leiða til röskunar á samkeppni sem ekki verði afstýrt með endanlegri ákvörðun. Eðli málsins samkvæmt markar fyrirgreind ákvörðun til bráðabirgða ekki endalok þess stjórnslumáls sem til rannsóknar er af hálfu Samkeppniseftirlitsins. Með hliðsjón af eðli og inntaki bráðabirgðaákvörðana verður hins vegar að telja að þeim sé ekki ætlað að ganga lengra en endanlegum ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins. Bráðabirgðaákvörðanir Samkeppniseftirlitsins geta hins vegar haft í för með mikil áhrif og breytingar á þeim aðstæðum á samkeppnismarkaði sem til athugunar eru hverju sinni og því viðbúið að þær hafi víðtækar afleiðingar fyrir þá sem þær beinast að svo og aðra með beinum eða óbeinum hætti.

Við mat á því hvort nauðsynlegt sé að bráðabirgðaákvörðun sæti kæru til æðra stjórnvalds er eðlilegt að m.a. sé litið til eðlis viðkomandi ákvörðunar, s.s. hvort um sé að ræða ákvörðun sem lýtur einvörðungu að formi viðkomandi stjórnslumáls eða hvort ákvörðun feli í sér efnisákvörðun sem þýðingu hafi. Er þá að líta til þess hversu íþyngjandi ákvörðunin er fyrir þann eða þá sem hún beinist að og þá m.a. með tilliti til þess hvort afleiðingar hennar séu að einhverju eða öllu leyti afturkræfar. Fyrir liggur að áfrýjandi stöðvaði alla gjaldtöku á ytri rútustæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar við birtingu fyrirgreindrar bráðabirgðaákvörðunar Samkeppniseftirlitsins. Áfrýjandi hefur hins vegar boðað að verði ákvörðuninni hnekk't í kærumeðferð eða fyrir dómstólum muni gjald verða innheimt fyrir það tímabili sem stöðvunin tekur til. Sú ákvörðun áfrýjanda hefur verið tilkynnt þeim fyrirtækjum sem nýta sér ytri rútustæði við Flugstöð Leifs Eiríkssonar. Samkeppniseftirlitið telur hins vegar að fyrirgreind áform áfrýjanda fari gegn markmiði og tilgangi umræddrar bráðabirgðaákvörðunar.

Telja verður að fyrirgreind bráðabirgðaákvörðun, sem ætlað er að kveða á um ákveðið réttarástand í rúma fimm mánuði, sé verulega íþyngjandi í garð áfrýjanda og hafi umtalsverð fjárhagsleg áhrif á starfsemi hans. Þá er einnig til þess að líta að óvissa ríkir um að hve miklu leyti þær afleiðingar sem ákvörðunin hefur í för með

sér eru afturkræfar, s.s. varðandi möguleika áfrýjanda til gjaldtöku á ytri rútustæðum við Flugstöð Leifs Eiríkssonar á gildistíma ákvörðunarinnar.

7

Samkvæmt framansögðu og með hliðsjón af réttaráhrifum fyrrgreindrar bráðabirgðaákvörðunar og hagsmunum áfrýjanda af því að fá endurskoðun á fyrrnefndri ákvörðun er það mat áfrýjunarnefndar samkeppnismála að kærueimild sé fyrir hendi í því máli er hér um ræðir.

Úrskurðarorð

Kröfu Samkeppniseftirlitsins um að kæru Isavia ohf. frá 24. júlí 2018 á bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins, dags. 17. júlí 2018 varðandi gjaldtöku á ytri rútustæðum (fjarstæðum) við Flugstöð Leifs Eiríkssonar, verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála er hafnað.

Reykjavík, 23. ágúst 2018.

Björn Jóhannesson, formaður

Brynhildur Benediktsdóttir

Stefán Már Stefánsson