

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 10/2013

Isavia ohf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 28. nóvember 2013 hefur Isavia ohf. (hér eftir nefnt áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, nr. 25/2013 frá 1. nóvember 2013, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Í hinni kærðu ákvörðun beitti Samkeppniseftirlitið heimild 16. gr. samkeppnislaga og beindi fyrirmælum til áfrýjanda í því skyni að efla samkeppni í áætlunarflugi til og frá Íslandi.

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Þá er þess krafist af hálfu áfrýjanda að réttaráhrifum ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar nr. 25/2013 verði frestað meðan málið er til meðferðar hjá áfrýjunarnefndinni.

Er nú tekin fyrir krafa áfrýjanda um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Mál þetta varðar úthlutun á afgreiðslutíma til flugfélaga á Keflavíkurflugvelli. Í mars 2013 barst Samkeppniseftirlitinu erindi frá WOW Air ehf. þar sem kvartað var yfir fyrirkomulagi áfrýjanda við úthlutun á afgreiðslutímum (e. slots) á Keflavíkurflugvelli. Í erindinu kom fram að félagið stefndi að því að bjóða upp á áætlunarflug til Bandaríkjanna á næsta ári, en forsenda þess væri að fyrirtækið fengi úthlutað nauðsynlegum afgreiðslutímum til landingar og brottfarar á Keflavíkurflugvelli. Til að þessi aukna samkeppni yrði að veruleika yrði félagið að sitja við sama borð og önnur flugfélög við úthlutun á afgreiðslutímum. Samkeppniseftirlitið óskaði eftir

athugasemddum frá bæði áfrýjanda og Icelandair ehf. vegna kvörtunarinnar. Áfrýjandi mótmælti því að Samkeppniseftirlitið hefði heimild til að beita sér í málinu og að tilefni væri til slíks. Icelandair ehf. lagðist gegn beitingu samkeppnislaga nr. 44/2005 í málinu í athugasemddum sínum.

Í hinni kærðu ákvörðun beitti Samkeppniseftirlitið heimild 16. gr. samkeppnislaga og beindi fyrir mælum til áfrýjanda í því skyni að efla samkeppni í áætlunarflugi til og frá Íslandi. Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru svohljóðandi:

„Fyrirkomulag samræmingarstjóra við úthlutun afgreiðslutíma á Keflavíkurflugvelli hefur skaðleg áhrif á samkeppni og fer gegn markmiði samkeppnislaga nr. 44/2005, sbr. 1. gr. laganna. Með heimild í 16. gr. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið eftirfarandi fyrir mælum til Isavia ohf. sem fer með framkvæmdastjórn Keflavíkurflugvallar:

Við úthlutun afgreiðslutíma á Keflavíkurflugvelli fyrir sumaráætlun 2014 skal WOW Air ehf. njóta forgangs þannig að félagið geti með samkeppnishæfum hætti hafið flug síðdegis samkvæmt áætluninni á milli Keflavíkur og Bandaríkja Norður-Ameríku og um leið tengt síðdegisflugið við morgunflug félagsins til áfangastaða í Evrópu.

Forgangurinn skal fela í sér að WOW Air ehf. eða sá flugrekandi sem annast flug fyrir félagið fái afgreiðslutíma fyrir a.m.k. tvær brottfarir að morgni alla daga vikunnar á milli kl. 7:00 og 8:00 fyrir flug til áfangastaða í Evrópu og tvo brottfarartíma síðdegis á milli kl. 16:00 og 17:30 fyrir flug til áfangastaða í Bandaríkjum Norður-Ameríku.

Isavia ohf. skal einnig gera ráðstafanir til þess að komutímum á Keflavíkurflugvelli verði úthlutað fyrir þessi flug. Þessir afgreiðslutímar og brottfarir og komur þurfa að geta þjónað flugi til áfangastaða utan Schengen svæðisins. Afgreiðslutímarnir skulu vera til viðbótar við aðra afgreiðslutíma sem WOW Air ehf. eða flugrekandi sem annast hefur flug fyrir félagið hefur áður fengið úthlutað innan umræddra tímamarka.

Isavia ohf. skal útbúa leiðbeiningar fyrir samræmingarstjóra Keflavíkurflugvallar þar sem fram kemur með skýrum hætti að hann skuli hafa samkeppnissjónarmið að leiðarljósi við úthlutun afgreiðslutíma. Skulu leiðbeiningarnar m.a. fela það í sér að ef tvær eða fleiri umsóknir berast um sömu afgreiðslutíma á tiltekinni áætlunarflugleið skuli umsókn þess félags þar sem hlutdeild miðað við fjölda farþega er lægri almennt njóta forgangs.

Isavia ohf. skal innan tveggja mánaða frá dagsetningu ákvörðunar þessarar upplýsa Samkeppniseftirlitið um framkvæmd á þessum fyrir mælum.“

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

III

Röksemdir málsaðila

1. Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi bendir á að inngríp Samkeppniseftirlitsins með hinni kærðu ákvörðun veiti aðila, sem úthlutað væri þeim afgreiðslutíma, ekki rétt til aðgangs að tíma á öðrum flugvelli. Þá geti inngríp hér leitt til neikvæðra keðjuverkunaráhrifa og tjóns fyrir þá sem hafa fengið úthlutun. Hin kærða ákvörðun varði ekki aðeins þau tvö flugfélög sem helst sé fjallað um í ákvörðuninni heldur skapi hún einnig óvissu fyrir 18 önnur erlend flugfélög sem áætla flug til Íslands sumarið 2014. Þá bendir áfrýjandi á að kvartandi hafi ekki öðlast rétt til úthlutunar á afgreiðslutíma fyrr en 29. október 2013, þ.e. degi áður en úthlutun hafi farið fram. Þá hafi engar umsóknir legið fyrir frá kvartanda um úthlutun afgreiðslutíma á Keflavíkurflugvelli og hann hafi ekki óskað eftir forgangi sem nýr aðili í samræmi við heimild til þess.

Áfrýjandi bendir á að því hafi verið haldið fram af Samkeppniseftirlitinu að andstæðir hagsmunir aðila séu í málinu. Þessu mótmælir áfrýjandi enda hafi hann þá einu hagsmuni að unnið sé eftir samræmdu regluverki þannig að ekki verði talið að hér á landi sé ekki unnið samkvæmt samræmdum Evrópureglum um úthlutun afgreiðslutíma. Þannig fari saman hagsmunir kæranda og allra flugrekenda sem hingað fljúgi og vinni eftir því samræmda regluverki sem hér sé stuðst við.

Áfrýjandi vísar til þess að af hálfu framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins hafi verið lagt mat á alla þætti þess að breyta fyrirkomulagi úthlutunar á afgreiðslutíma. Niðurstaðan hafi verið sú að breyta ekki reglunum né fyrirkomulaginu en að auka svigrúmið til þess að flugrekendi geti talist „nýr aðili“ skv. gildandi reglugerð. Áfrýjandi telur að í þessari niðurstöðu felist mat framkvæmdastjórnarinnar á því hverjir séu hagsmunir almennings á EES-svæðinu.

Þá bendir áfrýjandi á að félagið hafi ekki heimild til inngrípa í úthlutun samræmingarstjóra sem þegar hafi farið fram og sem hafi verið tilkynnt flugrekendum. Það geti leitt til verulegs tjóns fyrir flugrekendur og þ.a.l skaðabótakröfu á hendur áfrýjanda. Áfrýjandi bendir á að flugrekandi sem hafi fengið tilkynningu um úthlutun frá samræmingarstjóra hafi réttmætar og lögmætar væntingar til þess að mega ráðstafa þeim réttindum í samræmi við ákvæði 9. gr. reglugerð nr. 1050/2008 með ráðstöfunum til að bæta hagkvæmni síns flugs og grípa til ráðstafana sem af því leiða.

Með vísan til framangreinds telur áfrýjandi að hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði ekki byggð á ákvæði b-liðar 16. gr. samkeppnislaga. Í ljósi þeirra ágalla sem hin kærða ákvörðun sé haldin, telji áfrýjandi ógerlegt og óframkvæmanlegt að verða við fyrirmælum Samkeppniseftirlitsins.

Áfrýjandi vísar til 2. mgr. 29. greinar stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, um kröfu sína um frestun réttaráhrifa. Áfrýjandi telur margvíslegar ástæður mæla með frestuninni, m.a.

Þá að ákvörðunin sé íþyngjandi og feli í sér fyrirmæli sem gangi gegn gildandi lögum og reglum á þessu sviði, sem aftur geti haft í för með sér skaðabótaskyldu á hendur áfrýjanda. Til stuðnings kröfu sinni vísar áfrýjandi m.a. í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2010, Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Áfrýjandi telur að sömu eða sambærileg sjónarmið eigi við í þessu máli.

2. Málástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið bendir á að í máli þessu sé heimild 16. gr. samkeppnislaga beitt gagnvart áfrýjanda. Ástæða þessarar íhlutunar séu aðgerðir sem áfrýjandi beri ábyrgð á og takmarki með alvarlegum hætti samkeppni í áætlunarflugi til og frá landinu. Á þeim markaði njóti Icelandair ehf. mikilla yfirburða og kalli almannahagsmunir á að unnið sé gegn hindrunum sem torveldi keppinautum að efla stöðu sína og auka þar með samkeppni almenningi og þjóðfélaginu öllu til hagsbóta. Vísar Samkeppniseftirlitið til ýmissa samkeppnismála hér landi þar sem yfirburðir Icelandair ehf. hafi verið til umfjöllunar. Þá vísar Samkeppniseftirlitið til skýrslu eftirlitsins nr. 2/2008, Öflug uppbygging – Opnun markaða og efling atvinnustarfsemi, og umfjöllunar í skýrslunni um áætlunarflug til og frá Íslandi.

Samkeppniseftirlitið bendir á að WOW Air ehf. hafi kvartað til eftirlitsins vegna fyrirkomulags áfrýjanda við úthlutun á afgreiðslutímum á Keflavíkurflugvelli og talið að fyrirkomulag áfrýjanda væri samkeppnishamlandi. Með afgreiðslutíma sé átt við tíma sem flugfélög fái úthlutað á flugvöllum til að lenda og hleypa farþegum frá borði, fá nauðsynlega flugafgreiðslu og taka farþega um borð og fara aftur á loft. Reglugerð samgönguráðherra nr. 1050/2008 gildi um úthlutun afgreiðslutíma en við úthlutun afgreiðslutíma á Keflavíkurflugvelli sé litið á flugvöllinn sem flugvöll með skammtaðan afgreiðslutíma í merkingu 3. gr. reglugerðar nr. 1050/2008. Það feli meðal annars í sér að flugfélög sem fái úthlutað afgreiðslutíma og fljúgi samkvæmt áætlun í a.m.k. 80% tilvika innan áætlunartímabilsins haldi úthlutaðum tímum einnig á næsta tímabili. Hafi þetta verið nefnt „hefðarréttur“ en Samkeppniseftirlitið telur að hefðarrétturinn víki fyrir beitingu samkeppnislaga, sbr. 10. gr. reglugerðarinnar. Athugun Samkeppniseftirlitsins hafi leitt í ljós að Icelandair ehf. hafi ekki aðeins notið forgangs við úthlutun á fyrirliggjandi afgreiðslutímum heldur jafnframt notið forgangs við úthlutun á nýjum afgreiðslutímum á álagstímum sem komu til úthlutunar síðastliðið sumar þegar afkastageta Keflavíkurflugvallar hafi verið aukin og nýtt flugstæði á flugvöllinum tekið í notkun. Við þá úthlutun telur eftirlitið að ekki hafi verið litið til samkeppnissjónarmiða sem þó sé eitt af þeim sjónarmiðum sem beri að líta til.

Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins hafi verið sú að það fyrirkomulag við úthlutun afgreiðslutíma á Keflavíkurflugvelli sem viðhaft sé hafi skaðleg áhrif á samkeppni og fari gegn markmiði samkeppnislaga. Að mati Samkeppniseftirlitsins hindri fyrirkomulagið innkomu nýrra aðila inn á markaði fyrir áætlunarflug frá Íslandi og sé þess vegna til þess fallið að valda flugfarþegum tjóni.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að meginreglan sé að kæra fresti ekki réttaráhrifum ákvarðana stjórnvalda, sbr. 1. mgr. 29. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Samkvæmt 2. mgr. 29. gr. laganna sé æðra stjórnvaldi þó heimilt að fresta réttaráhrifum kærðrar ákvörðunar meðan kæra sé til meðferðar þar sem ástæður mæli með því.

Samkeppniseftirlitið bendir á að þegar æðra stjórnvald meti hvort taka eigi kröfu um frestun á réttaráhrifum til greina verði ávallt að leggja heildstætt mat á andstæð sjónarmið sem vegast á í hverju máli. Við mat á því hvort fresta eigi réttaráhrifum beri að líta til réttmætra hagsmuna allra aðila málsins.

Samkeppniseftirlitið telur að í þessu máli sé ekki skilyrði fyrir frestun réttaráhrifa. Bendir eftirlitið á að almennt mæli það gegn því að fresta réttaráhrifum ákvörðunar þegar fleiri en einn aðili séu að máli og þeir eigi gagnstæðra hagsmuna að gæta. Ljóst sé að WOW Air ehf. og Icelandair ehf. hafi öndverðra hagsmuna að gæta. Hafi WOW Air ehf. samkeppnislega hagsmuni af því að ekki sé haggð við réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar því ella séu áform félagsins um aukna samkeppni í uppnámi.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að mikilvægir almannahagsmunir mæli gegn því að réttaráhrifum ákvörðunar sé frestað. Samkeppniseftirlitið bendir á að erindi WOW Air ehf. hafi borist í mars 2013. Hafi frá þeim tíma verið kappkostað af hálfu eftirlitsins að afla sjónarmiða og upplýsinga frá málsaðilum til að leiða það til niðurstöðu á sem skemmstum tíma. Hafi hin kærða ákvörðun verið tekin þann 1. nóvember 2013. Áfrýjandi hafi þá strax lýst því yfir að félagið ætlaði ekki að fara að fyrirmælum í hinni kærðu ákvörðun sem hafi sett áætlanir WOW Air ehf. og þar með möguleika á aukinni samkeppni í Norður-Ameríkuflugi í uppnám.

V

Niðurstaða

Samkvæmt 29. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 er meginreglan sú að stjórnsýslukæra fresti ekki réttaráhrifum ákvörðunar. Í 2. mgr. sömu greinar segir þó að æðra stjórnvaldi sé heimilt að fresta réttaráhrifum kærðrar ákvörðunar meðan kæra er til meðferðar þar sem ástæður mæli með því. Litið hefur verið svo á að ákvæði þetta hafi

einkum þýðingu í þeim tilvikum er ákvörðun felur í sér breytta réttarstöðu fyrir aðila, svo sem boð eða bann, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 2/2010. Jafnframt skiptir máli hversu íþyngjandi ákvörðun er miðað við þá almennu hagsmuni sem eru í húfi, svo og hvort langur tími muni líða þar til endanlegur úrskurður er kveðinn upp. Á hinn bóginn er ríkjandi það sjónarmið að almennt mæli það á móti því að réttaráhrifum verði frestað þegar fleiri en einn aðili eru að máli og þeir eiga andstæðra hagsmuna að gæta.

Eins og áður greinir varðar mál þetta úthlutun á afgreiðslutíma til flugfélaga á Keflavíkurflugvelli, en með erindi frá WOW Air ehf. 14. mars 2013 kvartaði félagið til Samkeppniseftirlitsins yfir fyrirkomulagi áfrýjanda við úthlutun á afgreiðslutímum á flugvelli. Í hinni kærðu ákvörðun beitti Samkeppniseftirlitið heimild 16. gr. samkeppnislaga og beindi fyrirmælum til áfrýjanda í því skyni að efla samkeppni í áætlunarflugi til og frá Íslandi. Þá var áfrýjanda gert að upplýsa Samkeppniseftirlitið um framkvæmd á þeim fyrirmælum sem fólust í ákvörðunarorðum innan tveggja mánaða frá dagsetningu hennar. Ákvörðunin Samkeppniseftirlitsins er dagsett 1. nóvember 2013.

Icelandair ehf. hefur einnig kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 25/2013, sbr. mál nefndarinnar nr. 11/2013, og gerir sömuleiðis kröfu um að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað á meðan málið er til meðferðar hjá áfrýjunarnefndinni.

Óumdeilt er að fyrrgreind ákvörðun Samkeppniseftirlitsins felur í sér breytingu á réttarstöðu aðila og kann að valda áfrýjanda tjóni. Ákvörðunin er einnig íþyngjandi fyrir áfrýjanda þar sem hann getur þurft að endurskipuleggja komu- og brottfarartíma hérlendis og erlendis með skömmum fyrirvara. Að auki skapar hún óvissu fyrir erlend flugfélög sem áforma áætlunarflug til Íslands sumarið 2014.

Að virtum gögnum málsins og þeim sjónarmiðum sem að ofan eru rakin, en einnig þegar til þess er horft að úrlausnarefnið í máli þessu er vandasamt og án fordæma hjá áfrýjunarnefndinni, er það mat nefndarinnar að rétt sé að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins, nr. 25/2013, á meðan málið er til meðferðar hjá áfrýjunarnefndinni.

Hinn 9. janúar 2014 var Ingimundur Einarsson dómstjóri við Héraðsdóm Reykjavíkur skipaður ad hoc sem formaður áfrýjunarnefndarinnar vegna vanhæfis formanns og varaformanns nefndarinnar við úrlausn þessa máls. Af þeim ástæðum hefur mál þetta dregist hjá nefndinni.

Úrskurðarorð:

Réttaráhrifum ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins frá 1. nóvember 2013 í máli nr. 25/2013 er frestað á meðan málið er til meðferðar hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Reykjavík, 22. janúar 2014.

Ingimundur Einarsson, formaður ad hoc

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson