

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 6/2007

Icelandair Group hf. og Bláfugl ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi, dags. 24. júlí 2007, hafa Icelandair Group ehf. og Bláfugl ehf. (áður hf.) kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 35/2007, frá 28. júní 2007. Í hinni kærðu ákvörðun ákvað eftirlitið að breyta skilyrðum sem sett voru í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/2005 vegna samruna FL Group hf., Bláfugls hf. og Flugflutninga ehf. eins og þar nánar greinir.

Af hálfu áfrýjenda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara er þess krafist að fyrri málsgrein ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar verði felld úr gildi.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Helstu málavextir

Upphaf máls þessa má rekja til þess að í febrúar 2005 var samkeppnisyfirvöldum tilkynnt um samruna Flugleiða hf. (varð FL Group hf., nú Icelandair Group hf.), Bláfugls hf. (nú ehf.) og Flugflutninga ehf., sbr. 18. gr. samkeppnislaga. Í kjölfar athugunar samkeppnisyfirvalda á samkeppnislegum áhrifum samrunans var það mat þeirra að tilefni væri til íhlutunar vegna hans. Áttu sér stað viðræður milli samkeppnisyfirvalda og fulltrúa samrunaaðila sem leiddu til sáttar milli aðila. Sáttin fól í sér að samrunaðilar myndu hlíta þeim skilyrðum sem fram komu í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 20/2005. Áttu skilyrðin einkum að tryggja að Bláfugl hf. og Flugflutningar ehf. störfuðu að öllu leyti sjálfstætt á markaðnum og að samruninn raskaði ekki samkeppni. Í 11. gr. ákvörðunarorðanna kom m.a. fram að samkeppnisráð myndi í síðasta lagi 1. júlí 2007 taka afstöðu til þess á ný hvort breyttar aðstæður á markaði fyrir flugflutninga milli Íslands og áfangastaða erlendis gæfu tilefni til endurskoðunar.

Í þeim tilgangi að meta hvort aðstæður á markaði fyrir flugflutninga milli Íslands og áfangastaða erlendis hefðu breyst með þeim hætti að ástæða væri til að taka skilyrði framangreindrar ákvörðunar nr. 20/2005 til endurskoðunar taldi Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að óska eftir upplýsingum frá Icelandair Group, f.h. Icelandair og Icelandair Cargo annars vegar og frá Bláfugli hf. og Flugflutningum ehf. hins vegar. Var fyrirspurnarbréf sent þessum aðilum þann 24. maí 2007 og þeim jafnframt gefinn kostur á að koma að athugasemdum sínum um aðstæður á markaðnum og hvort þeir teldu þörf á því að endurskoða umrædda ákvörðun. Svör bárust með bréfum dags. 8. júní 2007. Að mati Samkeppniseftirlitsins var svarbréfunum hins vegar verulega áfátt. Þá sendi eftirlitið beiðni um upplýsingar til Iceland Express ehf. og Avion Group hf. Að mati eftirlitsins var upplýsingum hins fyrrnefnda fyrirtækis ábótavant og er hin kærða ákvörðun var tekin höfðu enn ekki borist upplýsingar frá hinu síðarnefnda.

Með bréfi, dags. 20. júní 2007, tilkynnti Samkeppniseftirlitið áfrýjendum að gagnaöflun hefði orðið tafsamari en ætla mætti og að til álita kæmi að taka ákvörðun í máli þessu og framlengja um þrjá mánuði endurskoðunarfresti ákvörðunar nr. 20/2005.

Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir. Hinn 28. júní 2007 var ákvörðun tekin í málinu. Ákvörðunarorð Samkeppniseftirlitsins hljóða svo:

„Skilyrði í 7. gr. ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 20/2005 orðist svo:

Meðal annars til að stuðla að því að 1. og 2. gr. ákvörðunarorðs þessa nái fram að ganga verður Bláfugli hf. og (eftir atvikum) Flugflutningum ehf. skylt fram til 1. október 2007 að kaupa flugafgreiðslu og tengda þjónustu af öðrum flugafgreiðsluaðila en Flugþjónustunni á Keflavíkurflugvelli ehf., enda séu verð og viðskiptakjör þess aðila vegna þjónustunnar sambærileg því sem Bláfugli ehf. kynni að bjóðast hjá Flugþjónustunni á Keflavíkurflugvelli ehf.

Skilyrði í 11. gr. ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 20/2005 orðist svo:

Samkeppniseftirlitið mun í síðasta lagi 1. október 2007 taka afstöðu til þess á ný hvort breyttar aðstæður á markaði fyrir flugflutninga milli Íslands og áfangastaða erlendis gefi tilefni til að framangreind skilyrði verði tekin til endurskoðunar. Brot á skilyrðum sem sett eru í ákvörðun þessari varða stjórnvaldssekt og/eða refsingu samkvæmt viðurlagakafla samkeppnislaga.“

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 17. ágúst 2007, athugasemdir áfrýjenda 29. ágúst 2007 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins 3. september 2007.

III.

Helstu málsástæður málsaðila

Málsástæður áfrýjenda

Af hálfu áfrýjenda er aðallega á því byggt að Samkeppniseftirlitið hafi ekki heimild til að framlengja íhlutun í samruna aðila með þeim hætti sem gert hafi verið í hinni kærðu ákvörðun. Heimild fyrir slíkri ákvörðun sé hvorki að finna í lögum né sátt aðilanna. Ákvæði 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga feli í sér heimild samkeppnisyfirvalda til íhlutunar og tilkynntir samrunar séu lögmætir ef samkeppnisyfirvöld grípi ekki til sérstakrar íhlutunar innan tilskilins tíma eða sú íhlutun falli úr gildi. Samkvæmt heimildinni megi Samkeppniseftirlitið setja samruna skilyrði sem uppfylla verði. Þá sé einsýnt að ákvörðun um setningu slíkra skilyrða verði að taka innan þeirra tímafresta sem fram komi í 17. gr. samkeppnislaga. Í því felist jafnframt að hafi samruna verið sett skilyrði sé ekki hægt að breyta þeim í óhag aðilanum nema afturköllun samkvæmt 25. gr. stjórnisýslulaga sé heimil eða sambærileg skilyrði uppfyllt. Áfrýjendur benda á að í hinni kærðu ákvörðun komi fram að með henni sé ákvörðun nr. 20/2005 breytt. Augljóst sé að þeirri ákvörðun sé breytt áfrýjendum í óhag þar sem í það minnsta í einu tilfelli hefði skilyrði (7. gr.) sem hamli viðskiptafrelsi þeirra fallið sjálfkrafa niður þann 1. júlí 2007 auk þess sem önnur hefði átt að endurskoða í síðasta lagi á því tímamarki.

Áfrýjendur mótmæla þeim sjónarmiðum Samkeppniseftirlitsins að það geti í samrunamálum ávallt tekið nýja ákvörðun ef það telji að bæta þurfi úr eða auka við þá ákvörðun sem fyrir liggir. Þetta sé í ósamræmi við ákvæði 17. gr. samkeppnislaga þar sem efnislega komi fram að eftirlitið geti ekki gripið til íhlutunar í samruna eftir þá tímafresti sem komi fram þar. Þessi skilningur gangi gegn sjónarmiðum um lagalegu vissu og réttmætar væntingar sem samrunareglur samkeppnislaga, eins og aðrar lagareglur sem hafi áhrif á réttindi og skyldur borgaranna, byggjast á. Áfrýjendur hafi mátt treysta því að eftirlitið myndi ljúka skoðun sinni fyrir 1. júlí 2007 og að ákvörðun yrði ekki breytt þeim í óhag.

Áfrýjendur telja hina kærðu ákvörðun ekki reista á málefnalegum grundvelli og benda á að Samkeppniseftirlitið hafi ekki hafið rannsókn sína fyrr en með bréfi til áfrýjenda um fimm vikum áður en það átti að taka afstöðu til endurskoðunar skilyrðanna. Eftirlitið geti ekki réttlætt framlengingu afgreiðslufresta með eigin ákvörðun um að hefja rannsókn og upplýsingaöflun svo seint.

Áfrýjendur mótmæla að upplýsingagjöf þeirra hafi verið svo ófullnægjandi að það réttlæti að framlengja íhlutun í samruna aðila. Þær upplýsingar sem áfrýjendur hafi gefið hafi verið fullnægjandi og/eða aðgengilegar á auðveldan hátt. Hvað varðar upplýsingar frá Iceland Express ehf. annars vegar og Avion Group (Air Atlanta) hf. hins vegar þá verði að hafa í huga að hinir fyrrnefndu aðilar séu samkeppnisaðilar áfrýjenda.

Áfrýjendur benda á að ekki liggi fyrir í málinu hvort hin kærða ákvörðun hafi verið borin undir stjórn Samkeppniseftirlitsins en í 5. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sé kveðið á um að allar meiri háttar efnislegar ákvarðanir skuli bera undir stjórn eftirlitsins til samþykktar eða synjunar. Í athugasemdum áfrýjenda við greinargerð Samkeppniseftirlitsins kemur fram að þeir telja nauðsynlegt að fyrir liggi fundargerð stjórnar frá þeim fundi sem hin kærða ákvörðun hafi verið tekin, þeim sé annars ómögulegt að grennslast fyrir um það hvort að hæfisreglur stjórnarsýslulaga hafi verið virtar. Verði ekki betur séð en að skortur á upplýsingum um þá stjórnarmenn sem hafi tekið hina kærðu ákvörðun sé brot á andmælarétti áfrýjenda og geti eitt og sér valdið ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar

Áfrýjendur telja að í málinu hafi ekki farið fram fullnægjandi rannsókn, sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Samkeppniseftirlitið hafi tekið íþyngjandi ákvörðun um að framlengja gildistíma skilyrða sem takmarka atvinnufrelsi og eignarrétt kæranda án fullnægjandi gagna. Rannsóknarregla stjórnarsýslulaga gildi jafnt um tímabundnar ákvarðanir sem aðrar.

Til stuðnings varakröfu sinni um að fyrri málsgrein hinnar kærðu ákvörðunar verði felld úr gildi benda áfrýjendur á að skilyrði 7. gr. ákvörðunar nr. 20/2005 hafi verið tímabundið. Samkeppniseftirlitið hafi enga heimild til að framlengja þessa tímabundnu skuldbindingu, hvað þá með þeim einhliða hætti sem gert hafi verið. Hagkvæmni

samruna aðila hafi m.a. verið metið á grundvelli þess að umrædd skuldbinding myndi falla niður sjálfkrafa á tilsettum tíma. Sjónarmið um réttaröryggi útiloki með öllu að eftirlitið geti breytt slíku skilyrði tveimur árum seinna, eftir að samruninn hafi verið samþykktur og sé að fullu leyti genginn í gegn.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því fram haldið að það hafi haft heimild til þess að taka hina kærðu ákvörðun. Samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga geti eftirlitið ógilt samkeppnishamlandi samruna eða sett honum skilyrði. Samkvæmt orðanna hljóðan taki sá frestur sem tilgreindur er í 4. mgr. 17. gr. laganna aðeins til ógildingar samruna. Hvergi í ákvæðinu sé vísað til ákvörðunar sem feli í sér setningu skilyrða. Þá snúi ákvæði 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga, þess efnis að skilyrði beri að uppfylla innan tilskilins tíma, einungis að framkvæmd viðkomandi samrunafyrirtækja á þeim skilyrðum sem sett séu en fjalli ekki um frest samkeppnisyfirvalda til þess að setja slík skilyrði. Ákvörðun nr. 20/2005 hafi verið tekin innan þess þriggja mánaða frests sem mælt sé fyrir um í ákvæðinu. Samkeppniseftirlitið telur úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 11/1996 og 2/1997 fela það í sér að því sé ávallt heimilt í samrunamálum að taka nýja ákvörðun ef það telur að bæta þurfi úr eða auka við þá ákvörðun sem fyrir liggur, svo lengi sem ákvörðunin rúmist innan þess almenna ramma sem fyrri ákvörðun markar. Þá sé ljóst, samkvæmt þessum úrskurðum, að tímafrestir 17. gr. gildi ekki um slíkar breytingar á eldri samrunaákvörðunum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að skilyrði þau sem samkeppnisráð setti í ákvörðun nr. 20/2005 um samruna áfrýjenda eigi að tryggja að samruninn muni ekki raska samkeppni. Þessi skilyrði hefðu, í samræmi við heimild 17. gr. samkeppnislaga, að öllu leyti getað verið varanleg og án endurskoðunarákvæðis. Hins vegar hafi verið óskað eftir því að samkeppnisyfirvöld myndu eftir ákveðinn tíma taka til skoðunar hvort aðstæður á markaði hefðu breyst með þeim hætti að það réttlætti breytingar á umræddum skilyrðum. Hafi það leitt til þess endurskoðunarákvæðis sem fram komi í 11. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar 20/2005, sbr. einnig 7. gr. ákvörðunarorða. Af 11. gr. ákvörðunarorða leiði engin fyrirmæli eða fyrirheit um að umræddum skilyrðum verði breytt eða þau felld niður

heldur kalli einungis á nýtt efnislegt mat. Hafi áfrýjendur því ekki getað haft neinar réttmætar væntingar um að fyrir 1. júlí 2007 yrði vegna samruna þeirra tekin ívilnandi ákvörðun vegna þeirra skilyrða sem á þeim hvíla.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að það hafi brugðist við í málinu fyrir 1. júlí 2007 og tekið hina kærðu ákvörðun. Vegna vandkvæða við gagnaöflun hafi hins vegar ekki verið mögulegt fyrir eftirlitið að ljúka hinu efnislega mati sínu fyrir umrætt tímamark og því nauðsynlegt að lengja frestinn um þrjá mánuði. Til grundvallar þessari ráðstöfun hafi legið málefnaleg rök.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þá málsástæðu áfrýjenda að hin kærða ákvörðun feli það í sér að ákvörðun nr. 20/2005 sé breytt þeim í óhag. Áfrýjendur hafi ekki, líkt og um önnur skilyrði ákvörðunar 20/2005, getað haft réttmætar væntingar um niðurstöðu hins efnislega endurmats. Þeir hafi einungis getað haft væntingar um að slíkt mat færi fram .

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að að hin kærða ákvörðun hafi verið borin undir stjórn þann 28. júní 2007, í samræmi við ákvæði 5. gr. samkeppnislaga, og hafi allir stjórnarmenn samþykkt hana. Hvað varðar þá málsástæðu áfrýjenda sem fram komi í athugasemdum þeirra, þess efnis að skortur á upplýsingum um þá stjórnarmenn sem hafi tekið hina kærðu ákvörðun sé brot á andmælarétti þeirra, þá bendir Samkeppniseftirlitið á að hvorki fyrir eftirlitinu eða í kærðu til áfrýjunarnefndar hafa áfrýjendur byggt á því að andmælaréttur hafi verið brotinn eða að um vanhæfi stjórnarmanna hafi verið að ræða.

Samkeppniseftirlitið mótmælir fullyrðingum áfrýjenda þess efnis að málsmeðferð þess hafi ekki verið með vönduðum hætti. Sá tími sem til stefnu hafi verið við rannsókn málsins þegar gagnaöflun hafi hafist 24. maí 2007 hafi með engu móti verið óeðlilegur í ljósi ætlaðs umfangs málsins. Hefði gagnaöflun gengið með eðlilegum og hefðbundnum hætti þá hefði unnt að ljúka málinu innan þess frests sem tilgreindur sé í ákvörðun samkeppnisráðs.

Hvað varðar þá málsástæðu áfrýjenda að Samkeppniseftirlitinu hafi ekki verið heimilt að taka hina kærðu ákvörðun þar sem ekki hafi verið búið að upplýsa málið með fullnægjandi hætti þá vísar eftirlitið til þess að rannsóknarregla 10. gr. stjórnsýslulaga leggi þá skyldu á stjórnvöld að þau sjái til þess að málsatvik stjórnsýslumáls séu nægjanlega upplýst áður en ákvörðun sé tekin í þeim. Gagnaöflun sem fram fór í þeim tilgangi að kanna hvort ástæða væri til þess að endurskoða skilyrði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 20/2005 hafi gengið illa. Af þeim sökum hafi málið ekki verið nægjanlega vel upplýst til þess að taka efnislega ákvörðun um endurskoðun skilyrða. Af þessu leiði óhjákvæmilega að fyrir hafi legið í málinu að ekki hafi verið unnt að taka efnislega ákvörðun fyrir 1. júlí 2007.

IV.

Niðurstaða

1

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/2005 kemur fram að Bláfugl hf. (nú ehf.) sé fraktflugfélag sem sinni aðallega flutningum fyrir hraðsendingafyrirtækið UPS innan Evrópu. Félagið sinni einnig fraktflugi milli Íslands og Evrópu í samstarfi við Flugflutninga ehf. Flugflutningar ehf. sinni sömuleiðis fragtflutningum til og frá Íslandi. Enn fremur að FL Group hf. sé móðurfélag 13 dótturfélaga sem starfi aðallega á sviði flutninga, flugrekstrar og ferðapjónustu. Á meðal dótturfélaga FL Group hf. sé Flugleiðir-Frakt ehf. sem einnig starfi á sviði flugfragtar.

2

Með tveimur samningum um kaup á hlutafé, báðum dags. 8. febrúar 2005, keyptu FL Group hf. annars vegar 84,24% af útgefnu hlutafé í Bláfugli hf. og hins vegar allt útgefið hlutafé í Flugflutningum ehf. Samkeppnisyfirvöld töldu þessa samninga fela í sér samruna í skilningi 4. mgr. 18. gr. samkeppnislaga. Viðræður Samkeppnisstofnunar og fulltrúa samrunaaðila leiddu til sátta í samræmi við 18. gr. reglna um málsmeðferð

samkeppnisyfirvalda nr. 922/2001 (sbr. nú 22. gr. reglna nr. 880 frá 27. september 2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins). Sáttin fól í sér ýmiss skilyrði sem fram komu í ákvörðunarorði ákvörðunar Samkeppnisráðs nr. 20/2005 frá 16. júní 2005.

3

Í forsendum ákvörðunar nr. 20/2005 segir að tilgangurinn með skilyrðunum sé að tryggja að full og óskoruð samkeppni muni ríkja milli Flugleiða-Fraktar ehf. annars vegar og Bláfugls hf. og Flugflutninga ehf. hins vegar. Þá segir: *“Til að stuðla að þessu verður þessum fyrirtækjum bannað að hafa með sér hvers konar samvinnu sem takmarkað getur samkeppni. Einnig eiga skilyrðin að tryggja að Bláfugl og Flugflutningar starfi að öllu leyti sjálfstætt á markaðnum og að samruninn raski ekki samkeppni.”*

4

Hér er ástæða til að geta nokkurra atriða úr ákvörðunarorðum ákvörðunar nr. 20/2005 til að varpa skýrara ljósi á það ágreiningsatriði sem hér er til umfjöllunar:

„Til að koma í veg fyrir röskun á samkeppni, með vísan til markmiðs samkeppnislaga, og til að tryggja virka samkeppni á mörkuðum fyrir fraktflutninga í flugi til og frá Íslandi er kaupum FL Group hf. á Bláfugli hf. og Flugflutningum ehf. sett eftirfarandi skilyrði á grundvelli 18. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993:

1. gr.

FL Group hf. skal tryggja að fullur rekstrarlegur og stjórnunarlegur aðskilnaður verði á milli Flugleiða-Fraktar ehf. annars vegar og Bláfugls hf. og Flugflutninga ehf. hins vegar. Skulu Bláfugl hf. og Flugflutningar ehf. rekin sem sérstakar lögpersónur eða lögpersóna komi til samruna þessara fyrirtækja. Stjórnarmenn og starfsmenn Flugleiða-Fraktar ehf. og Icelandair ehf. skulu ekki sitja í stjórn eða varastjórn Bláfugls hf. og Flugflutninga ehf. Á sama hátt er stjórnarmönnum og starfsmönnum Bláfugls hf. og Flugflutninga ehf. óheimilt að

sitja í stjórn eða varastjórn Flugleiða-Fraktar ehf. og Icelandair ehf. Hið sama gildir um þá sem eru makar umræddra stjórnarmanna og starfsmanna, skyldir þeim eða mægðir í beinan legg eða systkini þeirra. Ákvæði þessarar málsgreinar koma ekki í veg fyrir að sömu einstaklingar sitji í stjórnnum og varastjórnnum Bláfugls hf. og/eða Flugflutninga ehf. [...]

2. gr.

Flugleiðum-Frakt ehf. annars vegar og Bláfugli hf. og Flugflutningum ehf. hins vegar er óheimilt að hafa með sér hvers konar samvinnu eða grípa til samstilltra aðgerða um eftirfarandi atriði á markaðnum fyrir fraktflutninga milli Íslands og áfangastaða erlendis:

1. Viðskiptakjör
2. Eðli þjónustu og þjónustuframboð
3. Markaðsmál, viðskiptastefnu og viðskiptaáætlanir
4. Viðskiptavini og sölusvæði. [...]

4. gr.

Verð og viðskiptakjör Flugleiða-Fraktar ehf., Bláfugls hf. og Flugflutninga ehf. skulu vera almenn, gagnsæ og hlutlæg þannig að aðilar sem eiga í sams konar viðskiptum við umrædd félög skulu njóta sambærilegra viðskiptakjara. Almennar upplýsingar um verð og viðskiptakjör skulu vera aðgengilegar hjá félögunum [...]

7. gr.

Meðal annars til að stuðla að því að 1. og 2. gr. ákvörðunarorðs þessa nái fram að ganga verður Bláfugl hf. og (eftir atvikum) Fragtflutningum ehf. skylt fram til 1. júlí 2007 að kaupa flugafgreiðslu og tengda þjónustu af öðrum flugafgreiðsluaðila en Flugþjónustunni á Keflavíkurflugvelli ehf. [...]

11. gr.

Samkeppnisráð mun í síðasta lagi 1. júlí 2007 taka afstöðu til þess á ný hvort breyttar aðstæður á markaði fyrir flugflutninga milli Íslands og áfangastaða erlendis gefi tilefni til að framangreind skilyrði verði tekin til endurskoðunar. Brot á skilyrðum sem sett eru í ákvörðun þessari varða stjórnvaldssekt og/eða refsingu skv. viðurlagakafla samkeppnislaga.”

5

Eins og nánar er rakið hér að framan greinir aðila máls þessa á um hvort skilyrði séu fyrir hendi til að breyta ákvæðum 7. gr. og 11. gr. ákvörðunarorða samkeppnisráðs nr. 20/2005 með þeim hætti sem gert var með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 35/2007.

6

Í 1. gr. samkeppnislaga er kveðið á um að lögin hafi það markmið að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Markmiðinu á m.a. að ná með því að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum. Í samræmi við þetta kveður 17. gr. laganna svo á að telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist geti stofnunin ógilt samruna sem þegar hefur átt sér stað. Samkeppniseftirlitið geti einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tilskilins tíma.

Svonefnd sátt í máli því sem liggur til grundvallar máli þessu verður í sjálfu sér að fullnægja ákvæðum samkeppnislaga, þ. á m. verður hún að vera til þess fallin að ná markmiðum samkeppnislaga eins og raunar var skýrlega tekið fram í forsendum og ákvörðunarorðum hennar. Af þessu leiðir að sátt í samkeppnismáli getur ekki orðið eðlisólík venjulegri ákvörðun í samkeppnismáli þar sem m.a. eru sett tiltekin skilyrði.

Á samkeppnisyfirvöldum hvílir rannsóknarskylda og þeim ber að rannsaka mál og taka ákvörðun í því svo fljótt sem unnt er. Það fer hins vegar mjög eftir eðli og umfangi viðkomandi stjórnslumáls hvaða kröfur verði gerðar í því efni og hverjar geti orðið afleiðingar vanrækslu ef um það er að tefla.

Samkeppniseftirlitið varð sjálft bundið við þann frest sem um getur í 7. og 11. gr. umræddrar sáttar. Það þýðir almennt að Samkeppniseftirlitinu bar að haga endurskoðun sinni þannig að fullnægjandi rannsókn um grundvöll endurskoðunar á skilyrðum sáttarinnar lægi fyrir áður en sá frestur rann út sem getið er í sáttinni.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur hins vegar svo á að 11. gr. fyrrgreindra ákvörðunarorða feli ekki í sér að áfrýjandi hafi haft réttmætar ástæður til að ætla að ekki gæti komið til framlengingar á umræddu tímamarki hvernig sem á stæði. Þvert á móti eru forsendur og aðfararorð sáttarinnar alveg skýr um að tilgangi samkeppnislaga verði að ná. Áfrýjendum bar einnig að leitast við að þau markmið næðust.

Með hliðsjón af þessu lítur áfrýjunarnefndin svo á að ástæður sem varða áfrýjanda sjálfan svo og ófyrirsjáanleg atvik geti réttlætt framlengingu fresta af þessu tagi. Við mat á þessu verður og að hafa í huga að Samkeppniseftirlitið getur ávallt tekið nýja ákvörðun í máli áfrýjanda ef telja má að forsendur sáttarinnar hafi breyst þannig að virk samkeppni sé ekki lengur fyrir hendi svo sem gert er ráð fyrir í sáttinni.

Ákvörðun 20/2005 var tekin 16. júní 2007. Fyrir þann tíma hafði farið fram rannsókn á ætluðum áhrifum samrunans. Eins og áður segir átti endurskoðun skilyrðanna að liggja fyrir í síðasta lagi þann 1. júlí 2007.

Samkeppniseftirlitið sendi bréf til áfrýjenda, Icelandair Group hf. og Bláfugls ehf., þann 24. maí 2007 þar sem fyrirtækin voru krafín um nánar tilgreindar skýringar og upplýsingar. Nokkru síðar eða þann 7. júní 2007 voru fyrirtækin Avion Group og Iceland Express ehf. einnig krafín um upplýsingar. Upphaflegt svar áfrýjenda barst með bréfi dags. 8. júní 2007 til Samkeppniseftirlitsins.

Áfrýjunarnefndin fellst á það með Samkeppniseftirlitinu að fullnægjandi skýringar og upplýsingar hafi ekki borist frá áfrýjendum með fyrrgreindu bréfi 8. júní 2007 varðandi skipan stjórna og stjórnarsetu einstakra manna í stjórnnum áfrýjenda fyrr en með tölvubréfi þann 19. júní 2007 eftir ítrekun. Enn fremur fellst áfrýjunarnefndin á að fullnægjandi svör við spurningu um almennar breytingar á verði og viðskiptakjörum Flugleiða-Fragtar ehf. á tilteknu tímabili hafi heldur ekki borist fyrr en 27. júní 2007. Í þessu sambandi telur áfrýjunarnefndin ótvírætt að áfrýjanda bar að kappkosta að gefa sem fyllstar skýringar án tafar miðað við þær upplýsingar sem um var krafið.

Samkeppniseftirlitið telur að fullnægjandi upplýsingar hafi ekki legið fyrir frá Iceland Express ehf. og Avion Group ehf. er hin kærða ákvörðun var tekin. Telja verður þó að áfrýjendur beri ekki ábyrgð á þessu. Fremur má segja að Samkeppniseftirlitið hefði átt að byrja rannsókn sína fyrr en raun varð á þannig að gert væri ráð fyrir einhverjum tögum eða raski vegna upplýsinga frá þriðja aðila. Þó þykir ekki fram komið að Samkeppniseftirlitið hafi byrjað rannsókn sína svo seint að henni mætti ekki ljúka á tilskildum tíma.

Samantekið telur áfrýjunarnefndin að áfrýjendur beri a.m.k. að hluta til ábyrgð á því að endurskoðun dróst fram yfir þann frest sem tiltekinn var í sáttinni. Strax af þeirri ástæðu voru málefnalegar forsendur fyrir því að víkja frá því tímamarki sem ákveðið var í 7. og 11. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar nr. 20/2005. Áfrýjunarnefndin telur að ákveði 17. gr. samkeppnislaga um fresti til að ákveða íhlutun vegna samruna eigi hér ekki við.

Loks telur áfrýjunarnefndin að hinn nýi frestur sem settur hefur verið í hinni kærðu ákvörðun sé eðlilegur með hliðsjón af umfangi þess máls sem hér er til umfjöllunar og sumarleyfum. Ákvörðun um frest þennan telst því ekki fara gegn meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga.

11

Í kæru áfrýjanda var m.a. bent á að ekki lægi fyrir að umrædd ákvörðun hefði verið borin undir stjórn Samkeppniseftirlitsins. Sagði enn fremur að ef misbrestur hefði orðið á þessu ylli það ógildingu ákvörðunarinnar. Í greinargerð S amkeppniseftirlitsins frá 17. ágúst 2007 kemur fram að umrædd ákvörðun hafi verið borin undir stjórn Samkeppniseftirlitsins þann 28. júní 2007. Áfrýjendur hafa þó í athugasemdum sínum frá 29. ágúst 2007 gert þær athugasemdir að ekki liggi fyrir í málinu fundargerð Samkeppniseftirlitsins og sé þeim því ekki mögulegt að gæta andmælaréttar.

Áfrýjendur kröfðust ekki framlagningar umræddrar fundargerðar strax í upphafi og þeir hafa heldur ekki véfengt sérstaklega réttmæti umræddra upplýsinga. Með hliðsjón af þessu og því að málsástæða áfrýjenda varðandi ætlað brot á andmælarétti kom ekki þegar fram í kæru þeirra til áfrýjunarnefndarinnar er ekki unnt að fallast á að málið varði ógildingu á þeim grunvelli einum að fundargerð liggi ekki fyrir í málinu.

12

Í 11. gr. umræddrar sáttar er þess getið að Samkeppnisráð muni í síðasta lagi 1. júlí 2007 taka afstöðu til þess hvort (...) *framangreind skilyrði* verði tekin til endurskoðunar. Af þessu orðalagi leiðir að 7. gr. ásamt því tímamarki sem þar er getið gat komið til endurskoðunar. Af þessum sökum verður að hafna varakröfu áfrýjenda.

Niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála er því sú að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 35/2007, frá 28. júní 2007, er staðfest

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 35/2007, frá 28. júní 2007, er staðfest.

Reykjavík, 11. september 2007

Stefán Már Stefánsson

Erla S. Árnadóttir

Brynhildur Benediksdóttir