

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 11/2013

Icelandair ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 29. nóvember 2013 hefur Icelandair ehf. (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 Isavia ohf. 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 Isavia ohf. við úthlutun á afgreiðslutímum (e. slots) á Keflavíkurflugvelli. Í erindinu kom fram að félagið stefndi að því að bjóða upp á áætlunarflug til Bandaríkjana 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 athugasemdum frá bæði áfrýjanda og Isavia ohf. vegna kvörtunarinnar. Isavia ohf.

mótmælti því að Samkeppniseftirlitið hefði heimild til að beita sér í málinu og að tilefni væri til slíks. Áfrýjandi lagðist gegn beitingu samkeppnislaga nr. 44/2005 í málinu í athugasemdum sínum.

Í hinni kærðu ákvörðun beitti Samkeppniseftirlitið heimild 16. gr. samkeppnislaga og beindi fyrir mælum til Isavia ohf. 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 sumar áætlun 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 samkvæmt 2. mgr. 29. gr. stjórnslulaga sé æðra stjórnvaldi heimilt að fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar meðan kæra sé til meðferðar

þar sem ástæður mæli með því. Áfrýjandi telur ljóst að ástæður mæli með því að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað í málinu. Um sé að ræða gífurlega íþyngjandi ákvörðun sem mæli fyrir um boð um breytingar á löglega settum stjórnvaldsfyrirmælum og telur áfrýjandi líklegt að hún verði ógilt, enda hafi Samkeppniseftirlitið enga heimild til þeirrar íhlutunar sem felist í ákvörðuninni.

Áfrýjandi vísar til þess að þá afgreiðslutíma sem úthluta eigi samkvæmt ákvörðuninni til WOW Air ehf., þurfi að taka af honum enda hafi þeim afgreiðslutímum þegar verið úthlutað til hans. Eins munu fyrirmæli Samkeppniseftirlitsins um forgang til aðila með lægri markaðshlutdeild fela í sér að áfrýjandi muni ávallt missa sína afgreiðslutíma, þó þeir grundvallist á hefðarreglunni, ef aðilar með lægri markaðshlutdeild sækji um þá. Þetta hafi gríðarlegt tjón í för með sér fyrir áfrýjanda og geri það að verkum að allt leiðakerfi hans sé í lausu lofti, enda allsendis óljóst, og í sumum tilvikum ómögulegt, að hann fái lendingartíma sem passi við þá nýju tíma sem hann þurfi að fá úthlutað á Keflavíkurflugvelli, nái ákvörðunin fram að ganga. Þrátt fyrir að ákvörðunin yrði síðar felld úr gildi og breytingar Samkeppniseftirlitsins á reglugerð nr. 1050/2008 afturkallaðar, yrði tjón áfrýjanda gríðarlegt, enda fengi hann ólíklega hentuga lendingartíma á öðrum flugvöllum. Það yrði því ómögulegt að ráða bót á tjóni áfrýjanda, þó ákvörðunin yrði síðar felld úr gildi af áfrýjunarnefnd samkeppnismála og yrði kærheimild kæranda því þýðingarlaus án frestunar réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar. Telur áfrýjandi að þegar aðstæður séu með þessum hætti þá mæli það með frestun réttaráhrifa ákvörðunar samkvæmt athugasemdum við 29. gr. í frumvarpi til stjórnsýslulaga.

Áfrýjandi bendir á að hin kærða ákvörðun hafi ekki aðeins í för með sér mikið tjón og umtalsverða röskun á leiðakerfi félagsins, heldur setji hún úthlutun afgreiðslutíma á Keflavíkurflugvelli alla úr skorðum. Þannig gætu félög aldrei treyst því að halda úthlutuðum afgreiðslutímum, því þau gætu ávallt misst þá ef flugfélög með lægri markaðshlutdeild sækju um þá.

Áfrýjandi vísar til þess að samkvæmt athugasemdum við 29. gr. frumvarps til stjórnsýslulaga, hafi ákvæðið mesta þýðingu varðandi ákvarðanir sem feli í sér breytta réttarstöðu fyrir aðila, svo sem boð og bann. Þetta feli í sér að fyrst og fremst beri að líta til þess hvort ákvörðun feli í sér breytta réttarstöðu fyrir aðila sem sé honum íþyngjandi. Ljóst sé að hin kærða ákvörðun feli í sér breytta réttarstöðu áfrýjanda, sem íþyngi honum mjög, en hann missi bæði ákveðna afgreiðslutíma, sem hann hafi áunnið sér á grundvelli hefðarreglunnar, sem og muni hann missa aðra afgreiðslutíma ef félög með lægri markaðshlutdeild sækji um þá. Þá leiði ákvörðunin til breyttrar réttarstöðu

allra flugfélaga sem fljúgi til og frá Keflavíkurflugvelli, þar sem þau geti öll misst afgreiðslutíma sína ef flugfélög með lægri markaðshlutdeild sæki um þá.

Einnig telur áfrýjandi að það sé í þágu almannahagsmuna að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað. Það geti enda ekki talist í þágu almannahagsmuna að gjörbylta öllu fyrirkomulagi úthlutunar afgreiðslutíma á Keflavíkurflugvelli, þannig að leiðakerfi allra flugfélaga verði í lausu lofti. Slíkt muni ekki aðeins fela í sér tjón fyrir flugfélögin, heldur allan almenning. Einu andstæðu hagsmunirnir sem Samkeppniseftirlitið geti með einhverju móti vísað til, séu meintir hagsmunir WOW Air ehf.

2. Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið bendir á að í máli þessu sé heimild 16. gr. samkeppnislaga beitt gagnvart Isavia ohf. Ástæða þessarar íhlutunar séu aðgerðir sem Isavia ohf. beri ábyrgð á og takmarki með alvarlegum hætti samkeppni í áætlunarflugi til og frá landinu. Á þeim markaði njóti áfrýjandi 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 áfrýjanda hafa 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 Isavia ohf. við úthlutun á afgreiðslutímum á Keflavíkurflugvelli og talið að fyrirkomulagið 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 áfrýjandi 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 flugvellingum 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. stjórnslulaga 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 ber að líta til réttmætra hagsmuna allra aðila málsins.

Samkeppniseftirlitið telur ólíklegt að fyrirmæli í hinni kærðu ákvörðun feli í sér að áfrýjandi missi afgreiðslutíma. Í því sambandi vísar Samkeppniseftirlitið til niðurstöðu eftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun og forsendna þeirrar niðurstöðu. Samkeppniseftirlitið telur að í niðurstöðunni felist ekki að fallið sé frá núverandi fyrirkomulagi við úthlutun afgreiðslutíma, þ. á m. hefðarreglunni, nema að takmörkuðu leyti. Þannig sé WOW Air ehf. veittur forgangur að a.m.k. tveimur afgreiðslutímum á milli 7:00 og 8:00 á morgnana og á milli 16:00 og 17:30 síðdegis. Þá sé kveðið á um að Isavia ohf. skuli útbúa leiðbeiningar fyrir samræmingarstjóra Keflavíkurflugvallar og að þær skuli meðal annars fela það í sér að ef tvær eða fleiri umsóknir berast um sömu afgreiðslutíma, sem ekki séu bundnir hefðarrétti, á tiltekinni áætlunarleið skuli umsókn þess félags þar sem hlutdeild miðað við fjölda farþega sé lægri almennt njóta forgangs.

Samkeppniseftirlitið bendir á að almennt mæli það gegn töku ákvörðunar um frestun réttaráhrifa þegar fleiri en einn aðili séu að máli og þeir eigi gagnstæðra hagsmuna að gæta. Ljóst sé að WOW Air ehf. og áfrýjandi hafi öndverðra hagsmuna að gæta. Hafi WOW Air ehf. mikla 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. Isavia ohf. hafi þá strax lýst því yfir að félagið ætlaði ekki að fara að fyrirmælum í hinni kærðu ákvörðun. Hafi það sett áætlanir WOW Air ehf. og þar með möguleika á aukinni samkeppni í Norður-Ameríkuflugi í uppnám.

V

Niðurstaða

Samkvæmt 29. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 er meginreglan sú að stjórnisýslukæra fresti ekki réttaráhrifum ákvörðunar. Í 2. mgr. sömu greinar segir þó að æðra stjórnvaldi sé heimilt að fresta réttaráhrifum kærðar 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 Isavia ohf. við úthlutun á afgreiðslutímum á flugvöllinum. Í hinni kærðu ákvörðun beitti Samkeppniseftirlitið heimild 16. gr. samkeppnislaga og beindi fyrirmælum til Isavia ohf. í því skyni að efla samkeppni í áætlunarflugi til og frá Íslandi. Þá var Isavia ohf. 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.

Isavia ohf. hefur einnig kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 25/2013, sbr. mál nefndarinnar nr. 10/2013, og gerir sömuleiðis kröfu um að réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað á meðan málið er til meðferðar hjá áfrýjunarnefndinni. Hefur

áfrýjunarnefndin þegar fallist á þá kröfu Isavia ohf. Með hliðsjón af því þykir óhjákvæmilegt að verða einnig við kröfu áfrýjanda í máli þessu og fresta réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar 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