

## ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

### Úrskurður í máli nr. 9/2015

**Já hf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

#### I

##### Kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 30. júlí 2015 hefur Já hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 3. júlí 2015, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í ákvörðuninni komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að halda áfram málsmeðferð vegna ætlaðra brota áfrýjanda á samkeppnislögum nr. 44/2005 á tímabilinu 2009 til 2011.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að málinu verði um leið vísað frá Samkeppniseftirlitinu.

Samkeppniseftirlitið krefst þess aðallega að málinu verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Til vara er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

#### II

##### Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu í ákvörðun nr. 31/2014 að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins og var lögð á hann stjórnvaldssekt. Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 7/2014, Já hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, var framangreind ákvörðun Samkeppniseftirlitsins felld úr gildi.

Í byrjun apríl 2015 óskaði Samkeppniseftirlitið umsagnar Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) vegna úrskurðar áfrýjunarnefndar í máli nr. 7/2014. Í umsögn PFS kemur fram það mat stofnunarinnar að afleiðingar þess að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi verið felld úr gildi væru að yfirgnæfandi markaðsráðandi staða áfrýjanda á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer hafi verið fest í sessi án allra kvaða um veitingu aðgangs að gagnagrunni félagsins. Taldi PFS þörf á aðgerðum Samkeppniseftirlitsins.

Í framhaldinu tilkynnti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda að það hefði til athugunar hvort rétt væri að hefja nýja rannsókn. Við mat á því óskaði Samkeppniseftirlitið eftir nánar tilgreindum gögnum og upplýsingum. Var umsögn PFS einnig send áfrýjanda.

Í svarbréfi áfrýjanda gerði hann athugasemdir við túlkun Samkeppniseftirlitsins á niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þá mótmælti áfrýjandi því að Samkeppniseftirlitið hefði heimild til að hefja rannsókn á ný, þar sem framangreindur úrskurður hafi falið í sér endanlegar lyktir málsins á stjórnslustigi.

Með bréfi, dagsettu 3. júlí 2015, tilkynnti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda að það hefði ákveðið að taka málið upp að nýju og rannsaka það með fullnægjandi hætti og taldi að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála kæmi ekki í veg fyrir það.

Að öðru leyti vísast um málavexti til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins og úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

### III

#### **Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni**

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 20. ágúst 2015. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust áfrýjunarnefndinni 27. ágúst s.á. Samkeppniseftirlitið upplýsti áfrýjunarnefndina að það teldi ekki ástæðu til að gera frekari athugasemdir.

### IV

#### **Röksemdir málsaðila**

##### **1. Málsástæður og lagarök áfrýjanda**

Áfrýjandi vísar til þess að í 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga segi að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæti kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Af úrskurðaframkvæmd áfrýjunarnefndarinnar megi leiða að jafnvel þótt ákvörðun stjórnvalds sé ekki ákvörðun sem „bindi enda á viðkomandi deilumál“ þá hafi nefndin tekið afstöðu til ágreiningsefna sem nauðsynlegt sé að leyst sé úr fyrir áframhaldandi meðferð máls hjá Samkeppniseftirlitinu. Áfrýjandi telur með vísan til framangreinds og þess hversu íþyngjandi áframhaldandi meðferð málsins er fyrir áfrýjanda, brýnt að áfrýjunarnefndin úrskurði um það hvort Samkeppniseftirlitinu sé stætt að lögum að taka málið til efnislegrar meðferðar að nýju. Telur áfrýjandi það vera forsendu fyrir áframhaldandi meðferð málsins hjá eftirlitinu að afstaða áfrýjunarnefndarinnar um þetta atriði liggja fyrir.

Áfrýjandi byggir á því að mál Samkeppniseftirlitsins á hendur honum, þ.e. stjórnarsýslulegri meðferð málsins, vegna ætlaðra brota gegn 11. gr. samkeppnislaga á árunum 2009 til 2011 hafi lokið með úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 7/2014. Sá úrskurður feli m.ö.o. í sér endanlegar lyktir þess máls á stjórnarsýslustigi og bindi hendur Samkeppniseftirlitsins. Skorti Samkeppniseftirlitið því lagaheimild til að taka upp rannsókn á hendur áfrýjanda vegna sömu atriða og úrskurðurinn hafi lotið að. Í þessu sambandi telur áfrýjandi engum vafa undirorpið að ákvörðun eftirlitsins teljist efnisniðurstaða. Um leið hafnar áfrýjandi því sjónarmiði Samkeppniseftirlitsins að ákvörðun þess hafi verið ógilt á grundvelli „formannmarka“.

Bendir áfrýjandi á að í úrskurðarorðinu komi fram að „hin kærða ákvörðun er felld úr gildi“, en ekki að málinu sé vísað til nýrrar meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu. Hafi úrskurðurinn átt að hafa önnur réttaráhrif en að fela í sér bindandi efnisúrlausn málsins telur áfrýjandi að það hefði, að réttu lagi, átt að koma fram í úrskurðarorðinu. Telur áfrýjandi að leggja verði til grundvallar að úrskurðurinn hafi þau réttaráhrif sem efni hans beri með sér, þ.e. að hann feli í sér endanlega og bindandi efnisúrlausn málsins á stjórnarsýslustigi. Það aftur komi í veg fyrir að Samkeppniseftirlitið geti aðhafst frekar vegna þeirra atvika sem úrskurðurinn taki til. Framangreinda ályktun leiði af almennum reglum stjórnarsýsluréttar um stjórnarsýslusamband milli lægra stjórnvalds og æðra og um bindandi áhrif úrlausnar þess síðarnefnda gagnvart hinu fyrrnefnda.

Einnig telur áfrýjandi ljóst að hefði ógilding áfrýjunarnefndarinnar á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verið reist á „formannmarka“, líkt og eftirlitið byggir á, hefði áfrýjunarnefndin tekið það skýrt fram í forsendum úrskurðarins, sbr. 5. tl. 31. gr. stjórnarsýslulaga, eins og áfrýjunarnefndin hefur gert þegar málum hefur verið vísað aftur til eftirlitsins vegna formannmarka. Stjórnarsýsluframkvæmd áfrýjunarnefndarinnar hafi því verið alveg skýr þegar mál eru felld úr gildi á grundvelli formannmarka.

Einnig telur áfrýjandi að túlkun Samkeppniseftirlitsins á úrskurðinum fái ekki stoð í forsendum hans. Þegar forsendur úrskurðarins séu virtar heildstætt verði skýrlega ráðið að nefndin leggi efnislegt mat á kröfur, röksemdir og sönnunarfærslu aðila. Telur áfrýjandi ljóst að áfrýjunarnefndin hafi tekið efnislega afstöðu til ætlaðra brota áfrýjanda og hafi hafnað kröfum Samkeppniseftirlitsins á grundvelli sönnunarskorts, sem eftirlitið hafi verið látið bera hallann af á grundvelli almennra reglna um sönnunarbyrði og sönnunarmat.

Áfrýjandi bendir einnig á að í úrskurði áfrýjunarnefndar sé ekki vikið að rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga og broti gegn henni, svo sem hið æðra setta stjórnvald hefði gert ef niðurstaðan væri reist á því.

Þá hafnar áfrýjandi því að tilvísanir Samkeppniseftirlitsins til EES/ESB samkeppnisréttar hafi þýðingu í málinu.

Telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitinu sé óheimilt að aðhafast gagnvart honum vegna ætlaðra brota á tímabilinu 2009 til 2011 enda feli úrskurður æðra setta stjórnvaldsins í sér endanlegar lyktir málsins á stjórnarsýslustigi. Því skorti lagaheimild fyrir hinni kærðu ákvörðun.

## 2. **Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins**

Samkeppniseftirlitið byggir aðallega á því að vísa beri málinu frá áfrýjunarnefnd og bendir á að samkvæmt 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga sæti ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins kærur til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Það sé meginregla í stjórnarsýslurétti að aðeins ákvarðanir sem binda endi á mál verði kærðar til æðra stjórnvalds, sbr. 2. mgr. 26. gr. stjórnarsýslulaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ákvörðun um að hefja rannsókn máls sé ekki stjórnarsýsluákvörðun sem sæti kærur. Engu breyti þó rannsóknin geti verið íþyngjandi fyrir viðkomandi aðila. Áfrýjandi muni í hinni nýju rannsókn njóta allra þeirra réttinda sem stjórnarsýslulög tryggi honum. Jafnframt liggja ekki fyrir hver endanleg niðurstaða muni verða í nýja stjórnarsýslumálinu. Þá beri að hafa í huga að aðdragandi að hinni nýju rannsókn hafi verið vandaður. Kallað hafi verið eftir sjónarmiðum hagsmunaaðila og áfrýjanda hafi, umfram skyldu, verið gefin kostur að tjá sig áður en ákvörðun hafi verið tekin um að hefja nýtt mál.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að þegar stjórnvaldsákvörðun sé felld úr gildi sé meginreglan sú að hún telst ógild frá öndverðu. Hvorki í stjórnarsýslulögum eða samkeppnislögum sé lagt bann við því að Samkeppniseftirlitið taki sama mál til meðferðar að nýju eftir að ákvörðun þess hafi verið ógilt af áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinu eldra máli hafi verið lögð stjórnvaldssekt á áfrýjanda. Þegar svo beri undir verði að telja að tilteknir þættir í Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) gildi um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins og vísar m.a. til dóms Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-3002/2013, Ker ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu um það.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að í a. lið 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga sé kveðið á um að hlutverk Samkeppniseftirlitsins sé að framfylgja boðum og bönnum laganna. Samkeppniseftirlitinu sé þess vegna rétt að taka málið fyrir að nýju telji eftirlitið tilefni til að rannsaka frekar hvort áfrýjandi hafi brotið gegn banni 11. gr. laganna og 54. gr. EES-samningsins enda sé ekki tekin efnisleg afstaða til þess í úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 7/2014.

Bendir Samkeppniseftirlitið á að í forsendum úrskurðar í máli nr. 7/2014 séu gerðar athugasemdir við rannsókn eftirlitsins. Í úrskurðinum hafi ekki verið tekin efnisleg afstaða til þess hvort áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu heldur hafi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verið felld úr gildi á grundvelli gallaðrar rannsóknar þ.e. á grundvelli formannmarka. Fyrir liggja að af hálfu Samkeppniseftirlitsins hafi einungis verið ákveðið að

hefja rannsókn á ný með það fyrir augum að bæta úr þeim annmörkum sem voru á hinni upphaflegu rannsókn. Þeirri rannsókn sé ekki lokið.

## V

### Niðurstaða

#### 1

Samkvæmt 9. gr. samkeppnislaga sæta ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins kærur til áfrýjunarnefndarinnar. Að meginstefnu til eru það eingöngu ákvarðanir eftirlitsins, sem binda enda á mál, sem kærnanlegar eru.

Einnig hefur verið leyst úr atriðum sem varða aðgang að gögnum á meðan enn hefur ekki verið leyst endanlega úr ætluðum samkeppnislagabrotum. Styðst sú framkvæmd við sérstök rök sem lúta að því að aðili geti gætt réttinda sinna undir rannsókn mála.

Þá hefur nefndin leyst úr málum sem varða niðurfellingu og forgangsöröðun mála en í báðum tilvikum háttar þannig til að mál tekur enda ýmist varanlega eða að minnsta kosti tímabundið. Gefast því ekki önnur tækifæri til að endurskoða ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins í þeim tilvikum.

#### 2

Í þessu máli liggur fyrir að Samkeppniseftirlitið hefur hafið á ný rannsókn á meintri misnotkun áfrýjanda á markaðsráðandi stöðu. Meðal annars hefur verið aflað umsagnar Póst- og fjarskiptastofnunar. Þá kemur fram í málflutningi Samkeppniseftirlitsins að tilgangur rannsóknarinnar sé að skoða betur þá þætti sem ekki voru taldir liggja nægjanlega vel fyrir í fyrra skiptið þegar mál þetta kom fyrir áfrýjunarnefndina.

#### 3

Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru í ljósi framangreinds ekki sérstök rök til að víkja frá þeirri almennu reglu að einungis sæti kærur til nefndarinnar þær ákvarðanir sem binda enda á mál. Verður því þegar af þeim ástæðum að vísa kærur áfrýjanda frá nefndinni, en ekki verður að öðru leyti tekin afstaða til þeirra efnislegu málsraka áfrýjanda sem að framan eru rakin. Bíður slíkt frekari meðferðar málsins, þegar og ef til hennar kemur.

**Úrskurðarorð:**

Kröfu áfrýjanda er vísað frá áfrýjunarnefnd.

Reykjavík, 22. desember 2015.

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson