

Mánudagur, 14. júlí 2003

202. fundur samkeppnisráðs

Ákvörðun nr. 22/2003

**Erindi Iceland Express ehf. vegna meintrar
misnotkunar Icelandair ehf. á markaðsráðandi stöðu**

I.	ATHUGUN SAMKEPPNISSTOFNUNAR.....	3
II.	ERINDI ICELAND EXPRESS	4
III.	MÁLSMEDFERÐ OG MÁLAVEXTIR	7
IV.	NIÐURSTÖÐUR.....	42
1.	Skilgreining markaðarins	43
1.1.	Sjónarmið málsaðila.....	43
1.2.	Mat samkeppnisráðs.....	44
2.	Staða Icelandair á markaðnum.....	45
2.1.	Markaðshlutdeild	47
2.2.	Sætaframboð á skilgreindum mörkuðum.....	51
2.3.	Aðrir áhrifaþættir	52
2.3.1.	Leiðakerfi Icelandair og Keflavíkurflugvöllur sem tengistöð	54
2.3.2.	Amadeus bókunarkerfið	56
2.3.3.	Vildarklúbbur Icelandair	57
2.3.4.	Innanlandsflug og flug til Færeyja og Grænlands.....	58
2.3.5.	Fraktflutningar	59
2.3.6.	Leiguflug og þjónusta við flugvélar.....	59
2.3.7.	Ferðaskrifstofur.....	60
2.3.8.	Rekstur hópferðabifreiða	60
2.3.9.	Hótelrekstur.....	61
2.3.10.	Bílaleiga	61
2.4.	Aðgangur að markaðnum og möguleg samkeppni	62
2.5.	Niðurstaða.....	66
3.	Misnotkun á markaðsráðandi stöðu	67
3.1.	Skaðleg undirverðlagning	68
3.2.	Flugrekstur í erlendum samkeppnisrétti.....	81
3.2.1.	Bandaríkin.....	81
3.2.2.	EB/EES-samkeppnisréttur	86
3.2.3.	Skýrsla norrænna samkeppnisyfirvalda	88
3.2.4.	Þýskaland	93
3.3.	Niðurstaða.....	94

4.	Vor- og Netsmellir Icelandair	98
4.1.	Kostnaðargreining.....	98
4.1.1.	Áhrif vildarpunkta.....	100
4.1.2.	Fargjöld Icelandair með hliðsjón af staðfærðum kostnaði.....	102
4.2.	Forsendur og markmið Vor- og Netsmella	103
4.2.1.	Aðdragandi.....	103
4.2.2.	Verð á fargjöldum með hliðsjón af kostnaði þeim tengdum.....	106
4.2.3.	Framboð á ódýrustu fargjöldunum til Kaupmannahafnar og London	108
4.2.4.	Samanburður við ódýrustu fargjöldin í apríl 2002 og apríl 2001	110
4.3.	Niðurstaða.....	111
5.	Heimild til að mæta samkeppni	114
6.	Verðlækkun á viðskiptafargjöldum.....	117
7.	Samandregin niðurstaða.....	118
V.	ÁKVÖRÐUNARORÐ.....	122

I. Athugun Samkeppnisstofnunar

Þann 9. janúar 2003 hóf fyrirtækið Iceland Express ehf. starfsemi hér á landi. Fyrirtækið annast skipulagningu á daglegu áætlunarflugi milli Íslands og Danmerkur (Kaupmannahafnar) annars vegar og Íslands og Englands (London) hins vegar. Verð á ódýrustu fargjöldum hjá fyrirtækinu á þessum leiðum eru frá 14.460 kr. til Kaupmannahafnar og frá 14.160 kr. til London.

Í lok janúar sl. kynnti Icelandair ehf. tilboðið Vorsmelli þar sem, að sögn forsvarsmanna félagsins, væru þúsundir sæta í boði til Kaupmannahafnar og London á 14.900 kr. Það vakti athygli Samkeppnisstofnunar að umrætt tilboð Icelandair náði aðeins til þeirra flugleiða sem Iceland Express myndi sinna. Með bréfi stofnunarinnar til Icelandair, dags. 4. febrúar sl., var fyrirtækinu því tilkynnt að stofnunin myndi hefja athugun á því hvort framangreint tilboð kynni að brjóta í bága við 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Í því sambandi var óskað eftir ítarlegum upplýsingum frá Icelandair.

Meðal þeirra upplýsinga sem óskað var eftir frá Icelandair var lýsing á aðdraganda og markmiði félagsins með umræddu tilboði. Þá var beðið um upplýsingar um áætlað heildarframboð á þeim sætum sem seld yrðu á umræddum kjörum og hvort sambærilegt tilboð hefði einnig verið kynnt erlendis. Þá var óskað eftir rökstuðningi fyrir því hvers vegna umrædd kjör Icelandair á flugfargjöldum giltu ekki fyrir aðra áfangastaði Icelandair í Evrópu.

Ennfremur var óskað upplýsinga um tíðni ferða og sætaframboð hjá Icelandair á umræddum áætlunarleiðum frá ársbyrjun 2001 til ársloka 2002 auk upplýsinga um breytingar á ferðatíðni, hefðu þær orðið. Þá var óskað upplýsinga um fjölda seldra farmiða og tekjur Icelandair vegna sölu á þeim á umræddum áætlunarleiðum sundurliðað eftir mánuðum fyrir árin 2001 og 2002. Þá var beðið um að seldir farmiðar á þessum áætlunarleiðum væru sundurliðaðir eftir verðflokkum, þ.e. fjöldi og heildartekjur í hverjum flokki fyrir sömu tímabil. Jafnframt var beðið um sömu flokkun fyrir farmiða selda á Íslandi.

Þá var óskað upplýsinga um sem nákvæmasta sundurliðun á kostnaði Icelandair fyrir hvert flug á umræddum áætlunarleiðum, þ.e. sundurliðun á beinum útlögðum kostnaði, öðrum beinum kostnaði og óbeinum kostnaði fyrir árin 2001 og 2002.

Loks var óskað eftir afriti af öllum minnisblöðum, skýrslum, bréfum, tölvupósti og þess háttar sem tengdust umræddum tilboðum og/eða viðbrögðum Icelandair við innkomu Iceland Express inn á markaðinn.

II. Erindi Iceland Express

Þann 14. febrúar 2003 barst Samkeppnisstofnun erindi ásamt fylgiskjölum frá Gunnari Jónssyni hrl., f.h. Iceland Express. Í erindinu er vísað til framangreindrar athugunar stofnunarinnar. Auk þess segir að það sé mat Iceland Express að sá dráttur sem kynni að verða á rannsókn málsins og aðgerðum samkeppnisyfirvalda í kjölfar niðurstöðu geti valdið fyrirtækinu miklu tjóni. Er því farið fram á að Samkeppnisstofnun taki ákvörðun til bráðabirgða í málinu, sbr. heimild í 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga. Erindinu fylgdi greinargerð Iceland Express, einnig dags. 14. febrúar 2003. Í erindinu og greinargerðinni er aðdraganda og undirbúningi stofnunar Iceland Express lýst og greint frá sjónarmiðum fyrirtækisins um það hvernig Icelandair hafi með ýmsum aðgerðum markvisst reynt að hindra innkomu Iceland Express á markaðinn. Við framsetningu á sjónamiðum Iceland Express hér á eftir verður jöfnum höndum stuðst við það sem fram kemur í erindi lögmanns félagsins og umræddri greinargerð eftir því sem við á.

Um aðdragandann segir að rúmlega eitt og hálf ár sé liðið frá því fyrst hafi verið greint opinberlega frá fyrirætlunum um stofnun nýs áætlunarfélags í millilandaflugi. Síðastliðið haust hefði verið greint frá því að félagið hygðist fljúga til Kaupmannahafnar og London og þann 16. október sl. hefði verið greint frá því hver fargjöldin yrðu á umræddum leiðum, þ.e. frá 14.660 kr. til Kaupmannahafnar og frá 14.160 kr. til London. Formleg kynning á starfseminni hefði síðan farið fram í desember og sala á farmiðum hefði hafist þann 9. janúar sl. Fyrsta áætlunarflug hefði verið 27. febrúar 2003.

Þá segir að sama dag og Iceland Express hefði kynnt umrætt verð á fargjöldum hefði Icelandair skýrt frá nýjum tegundum fargjalda á lágu verði sem félagið hygðist bjóða yfir vetrartímamann til Evrópuborga, sk. Netsmellum. Um væri að ræða sölu á 3.000 sætum til allra áfangastaða félagsins í Evrópu og Bandaríkjunum yfir vetrartímamann á verði frá 19.800–24.920 kr. Að mati Iceland Express sé ljóst að ef umræddum sætafjöldi væri skipt jafnt á allar ferðir Icelandair væru tvö sæti til boða í hverri ferð. Þá hefði vakið athygli að lágstu tilboðin á 19.800 kr. hefðu verið til sömu áfangastaða og Iceland Express hygðist fljúga til. Jafnframt væru boðnir svokallaðir vildarpunktur með kaupum á hverjum Netsmelli til London og Kaupmannahafnar. Í þessu sambandi kemur fram það mat Iceland Express að verðgildi hvers vildarpunkts sé um ein króna. Því til stuðnings er bent á að algengt flugfargjald til Evrópu sem ekki sé á tilboðsverði kosti 35.000–43.000 kr. og 38.000 vildarpunkta þurfi til að fá sambærilega farmiða til áfangastaða félagsins í Evrópu. Sé miðað við sömu áfangastaði og Iceland Express hugðist fljúga til hafi Netsmellurinn því í raun kostað 14.800 kr. (sic) Til samanburðar er nefnt að áður en ljóst hafi verið að Iceland Express myndi hefja starfsemi hafi verð á lágsta fargjaldi Icelandair til Kaupmannahafnar verið 28.900 kr. eða svipað verð og

einnig hafi verið í boði til annarra áfangastaða í Evrópu. Einstöku sinnum hafi þó verið boðin sérstök tilboð á vegum Netklúbbs Icelandair á um 20.000 kr. án skatta en slík tilboð hafi verið bundin við ákveðna brottfarar- og komudaga sem ekki væri hægt að breyta eða fá tilboðin endurgreidd.

Þann 27. október sl. eða 11 dögum eftir að Icelandair hefði tilkynnt um sölu á umræddum 3.000 Netsmellum hefði félagið upplýst að þegar væru 2.000 Netsmellir seldir. Svo virðist því sem Icelandair hafi þá þegar verið búin að ákveða að fjölga Netsmellum til Kaupmannahafnar og London þar sem félagið hefði upplýst að nokkur hundruð sæti væru laus til þessara borga fram að jólum en eftir jól væri nóg til af sætum. Áréttað sé að Icelandair hafi kynnt Netsmelli til annarra Evrópuborga á 5.000 kr. hærra fargjaldi. Ekki liggi fyrir hversu mikið sætaframboð hafi verið á Netsmellum til þessara borga og hvort það hafi verið í samræmi við framboðið til Kaupmannahafnar og London.

Þann 17. desember sl. hafi nafn Iceland Express fyrst verið gert opinbert og jafnframt skýrt nánar frá rekstraráætlunum og þjónustu fyrirtækisins, m.a. að sala á farmiðum myndi hefjast 9. janúar sl. Allan janúarmánuð og fram í febrúar hafi Icelandair beitt styrk sínum til að mæta hinni nýju samkeppni, m.a. með því að auglýsa svo til eingöngu Netsmelli með áherslu á nægt framboð til Kaupmannahafnar og London. Skilmálar Netsmella hafi miðast við að viðskiptavinir kaupi þá sem allra fyrst. Sölutímabil þeirra sé þegar Iceland Express sé að hefja starfsemi sína og viðkvæmast fyrir undirboðum hins markaðsráðandi aðila.

Í byrjun febrúar hafi Icelandair svo kynnt ný fargjöld, svokallaða Vorsmelli, fyrir 14.900 kr. til Kaupmannahafnar og London og fyrir 19.800 kr. til annarra áfangastaða í Evrópu. Með því hafi Icelandair verið að jafna lægstu fargjöld Iceland Express og gott betur þar sem margvísleg þjónusta sé innifalin í fargjöldum Icelandair sem ekki sé í boði hjá Iceland Express, s.s. matur, dagblöð og kvikmyndasýningar.

Þá segir að mikið framboð sé af Vor- og Netsmellum til Kaupmannahafnar og London hjá Icelandair. Miðað við þann tíma sem tilboðin hafi staðið, þ.e. frá 16. október sl. sé ljóst að þúsundir eða tugþúsundir fargjalda hafi verið seld á verði sem gefi Icelandair að jafnaði um 10.000 kr. í tekjur. Ljóst sé að stór hluti af þessum tekjum hafi verið notaður til auglýsinga á fargjöldunum þannig að segja megi að sætin hafi nánast verið gefin. Til samanburðar er nefnt að á sama tíma fyrir um ári hafi ekkert fargjald verið í boði hjá Icelandair sem hafi gefið félaginu minna en 25.000 kr. í tekjur, og ef marka megi auglýsingar félagsins frá þeim tíma megi ætla að framboð slíkra fargjalda hafi verið mjög lítið.

Ennfremur segir í erindinu að Icelandair hafi nýlega gert íslenskum námsmönnum á Norðurlöndum tilboð sem hafi verið til þess fallin að hindra að þeir eigi viðskipti við

Iceland Express. Boðnir hafi verið farmiðar til þriggja mánaða sumardvalar á Íslandi fyrir um 20.000 kr. en sambærileg fargjöld hafi kostað 55.000 kr. í fyrra. Skilyrði fyrir tilboðinu væri að farmiðarnir væru keyptir fyrir 28. febrúar sl. eða degi eftir að áætlunarflug Iceland Express hafi byrjað. Þá segir að Iceland Express hafi borist fjöldi ábendinga um að Icelandair hafi í miklum mæli auglýst fargjöld á lágu verði í fjölmiðlum í Danmörku og í Suður-Svíþjóð í janúar sl. Sé það rétt sé það enn ein staðfestingin á því að Icelandair reyni að ná til sín viðskiptum með lágum verðtilboðum sem ekki hafi verið í boði áður.

Iceland Express nefnir jafnframt að félaginu hafi borist mörg dæmi um að Icelandair hafi boðið óvenju lágt verð á fargjöldum til skipulagðra hópa sem hafi ætlað sér að ferðast til Kaupmannahafnar og London. Er það mat Iceland Express að Icelandair hafi ekki áður boðið hóptilboð sem eigi sér hliðstæðu við þau sem hér um ræðir. Í þessu sambandi eru nefnd dæmi um þrjá hópa sem leitað hafi tilboða bæði hjá Icelandair og Iceland Express. Allir hóparnir hefðu tekið tilboðum Icelandair sem hefðu verið lægri en tilboð Iceland Express. Aðstandendur hópanna hefðu nefnt það við Iceland Express að það hefði haft áhrif á val þeirra á tilboðunum að Icelandair væri þegar í rekstri en Iceland Express ekki byrjað að fljúga.

Í erindi Iceland Express er vísað til ákvæða samkeppnislaga, m.a. 11. gr. laganna þar sem fjallað er um misnotkun fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu. Slík staða sé talin vera fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni og starfað að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, sbr. 4. gr. laganna. Með vísan til þessa telji Iceland Express augljóst að Icelandair sé í ráðandi stöðu á markaðnum fyrir farþegaflug til og frá Íslandi en félagið flytji meira en 75% allra farþega til og frá landinu. Þá hafi félagið ekki búið við samkeppni í áætlunarflugi um nokkurt skeið að öðru leyti en því að yfir hásumarið hafi erlend flugfélög boðið upp á ferðir til Íslands fyrir erlenda ferðamenn en ekki lagt sérstaka áherslu á íslenska markaðinn. Icelandair hafi því nánast verið í einokunarstöðu hér á landi um langt árabíl. Að mati Iceland Express felur hegðun Icelandair í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Um sé að ræða alvarlegar samkeppnishamlandi aðgerðir sem ætlað sé að koma í veg fyrir að Iceland Express nái fótfestu á markaðnum, enda engar rekstrarlegar forsendur fyrir tilboðum Icelandair. Félagið beiti fjárhagslegum styrk sínum til að bjóða fargjöld á sömu leiðum og Iceland Express á lægra verði en nokkru sinni áður og jafnframt á lægra verði en boðið sé á öðrum leiðum félagsins. Þá er það mat Iceland Express að umrædd tilboð Icelandair séu lægri en svo að tekjur standi undir kostnaði af ferðunum.

Iceland Express telur að Icelandair hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með sk. skaðlegri undirverðlagningu sem feli það í sér að fyrirtæki í slíkri stöðu reyni að losna við keppinaut af markaðnum með því að selja vöru á verði undir svokölluðu meðaltali breytilegs kostnaðar. Iceland Express telji að þau tilboð sem Icelandair hafi

boðið, þegar ljóst varð að fyrirtækið myndi mæta samkeppni, séu lægri en kostnaður félagsins af ferðunum. Slík undirverðlagning leiði að lokum til hærra vöruverðs, minni gæða og færri valkosta fyrir neytendur.

Að mati Iceland Express þurfi það verð sem Icelandair bjóði viðskiptavinum sínum að byggjast á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum og ekki ákvarðast þannig að borgað sé með ferðum. Umrætt tilboð Icelandair sem mál þetta snúist um hafi aðeins þann tilgang að vinna gegn því að neytendum bjóðist nýir valkostir og að samkeppni nái að hasla sér völl.

Loks segir í erindinu að verði ekkert aðhafst vegna hegðunar Icelandair muni það hafa veruleg viðskipti af Iceland Express. Núna fari í hönd sá árstími sem sé mikilvægastur við farmiðasölu og fullyrða megi að háttsemi Icelandair hafi nú þegar valdið Iceland Express verulegu tjóni. Þar sem rannsókn Samkeppnisstofnunar og ákvörðun samkeppnisráðs í kjölfarið geti tekið verulegan tíma er farið fram á það að stofnunin taki ákvörðun til bráðabirgða í málinu með vísan til 8. gr. samkeppnislaga. Þó varlega verði að fara í beitingu þeirrar heimildar telji Iceland Express að atvik í þessu máli séu svo skýr og hagsmunir svo ríkir að rétt sé að stofnunin beiti heimildinni en haldi rannsókn sinni áfram. Ljóst sé að bið leiði af sér frekari röskun á samkeppni, jafnvel með þeim afleiðingum að hún leggist af.

III.

Málsmeðferð og málavextir

1.

Samkeppnisstofnun bærust umbeðnar upplýsingar og athugasemdir við erindi Iceland Express frá Icelandair með tveimur bréfum ásamt fylgiskjölum, dags. 21. febrúar sl. Um er að ræða svar Árna Vilhjálmssonar hrl. vegna fyrirspurnar stofnunarinnar og Óttars Pálssonar hdl. vegna erindis Iceland Express.

Í umsögn Icelandair segir að með hliðsjón af erindi Iceland Express og bréfi Samkeppnisstofnunar sé ljóst að mál þetta snúist um það hvort Icelandair hafi með hegðun sinni brotið samkeppnislög með skaðlegri undirverðlagningu, mismunað viðskiptavinum sínum eða með öðrum hætti leitast við að útiloka Iceland Express frá markaðnum.

Net- og Vorsmellir

Að mati Icelandair varði framangreind álitæfni aðallega verðlagningu félagsins á svokölluðum Vor- og Netsmellum. Aðdragandi þessara fargjalda sé sá að árum saman hafi Icelandair lagt mikla áherslu á að draga úr kostnaði félagsins. Icelandair starfi á alþjóðamarkaði þar sem samkeppni sé mikil og fari harðnandi. Verð á farmiðum hafi

því farið lækkandi. Vegna þessa hafi miklar breytingar verið gerðar á skipulagi félagsins, s.s. með stofnun sérstakra fyrirtækja um ákveðna rekstrarþætti og breyttri vinnutilhögun í flestum deildum.

Til að lækka kostnað hafi Icelandair m.a. lagt áherslu á aukna notkun Internetsins við sölu á farmiðum. Ákvörðun um að bjóða ódýrari farmiða með skipulögðum hætti á Netinu hafi verið tekin árið 2000 og svo hrint í framkvæmd árið 2001. Á miðju ári 2002 hafi svo verið ákveðið að gera miklar breytingar á fargjaldakerfi Icelandair til að auka enn frekar sölu á Netinu. Þann 16. október sl. hafi svo verið kynnt ný fargjöld, sk. Netsmellir, sem eingöngu séu boðnir til sölu á Netinu. Netsmellir séu hluti af fargjaldakerfi Icelandair. Þeir séu auglýstir eins og önnur fargjöld og gildi til allra áfangastaða. Verð á Netsmellunum hafi verið nokkuð lægra en áður hafi verið í boði og lægst til þeirra áfangastaða þar sem framboð af sætum sé mest, þ.e. Kaupmannahafnar og London.

Tekið er fram að umræddar breytingar hafi ekkert með Iceland Express að gera. Margir hafi veitt Icelandair samkeppni í flugi til og frá Íslandi á liðnum árum, s.s. erlend flugfélög eins og Go Fly, LTU, Aero Lloyd, Corsair o.fl. Þá flytji íslenskar ferðaskrifstofur stóran hluta af ferðamönnum með leiguflugi. Auk þessa séu ýmis félög sem hafi ætlað sér að hefja flug til og frá Íslandi en ekki látið verða af því, s.s. Atlanta, Íslandsflug, Ryanair, Go Fly, Maersk, Air Greenland og HMY Airways.

Ólíkt Netsmellum séu Vorsmellir, sem kynntir hafi verið 31. janúar sl., tímabundið tilboð sem takmarkist við meðlimi Netklúbbs Icelandair. Tvennt hafi ráðið því að ákveðið hafi verið að bjóða Vorsmellina. Í fyrsta lagi samkeppni frá Iceland Express en á þessum tíma hafi fréttir fjölmiðla bent til þess að félagið hefði selt farmiða fyrir um 200–300 milljónir króna. Í öðru lagi hafi verið lítil eftirspurn verið eftir ferðum á Norður-Atlantshafsmarkaði en sá markaður sé í mikilli lægð núna, m.a. vegna hættu á hryðjuverkum og yfirvofandi stríðs í Írak. Þá hafi slæmt efnahagsástand í Bandaríkjunum sín áhrif.

Icelandair ítrekar að með Vorsmellum hafi verið brugðist við samkeppni á flugleiðunum á milli Íslands og Kaupmannahafnar annars vegar og Íslands og London hins vegar. Með tilkomu kvartanda hafi framboð aukist á þessum tveimur leiðum um 54 þúsund sæti á tímabilinu frá byrjun mars til loka maí 2003. Til samanburðar hafi heildarsala Icelandair á sama tímabili í fyrra á þessum leiðum verið tæplega 34 þúsund sæti. Það hafi því verið eðlilegt að fargjöld lækkuðu. Tekið sé fram að Vorsmellir hafi einnig verið boðnir til annarra áfangastaða Icelandair. Í þeim tilvikum hafi verið um að ræða sambærilega lækkun frá lægsta netfargjaldi og boðin var til Kaupmannahafnar og London.

Markaðurinn

Að því er varði þann þjónustumarkað sem líta beri til í þessu máli segir að það sé mat Icelandair að hann sé farþegaflutningar til og frá Íslandi. Af ákvörðunum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins megi ráða að hver flugleið geti verið sérstakur markaður. Framkvæmdastjórnin hafi beitt svokallaðri „brottfararstaður/komustaður“ nálgun. Samkvæmt því sé hver brottfarar- og áfangastaður sérstakur markaður í augum neytandans. Ekki sé aðeins litið til beins flugs milli þessara staða heldur einnig annarra samgöngumöguleika, s.s. með bílum, lestum og skipum. Fjölmarginn hafi áhrif á það hvort þessir samgöngumátar komi í stað flugs, s.s. ferðatíðni og verð. Þá sé einnig greint á milli mismunandi farþega. Þannig séu „tímabundnir“ farþegar og „ótímabundnir“ á mismunandi mörkuðum.

Í þessu sambandi eru nefnd tvö dæmi um ákvarðanir framkvæmdastjórnarinnar þar sem í öðru málinu hafi verið talið að flugleiðin milli Heathrowflugvallar í London og Dublin á Írlandi væri sérstakur markaður og utan þess markaðar félli flug frá öðrum flugvöllum og samgöngur landleiðina milli þessara staða. Þá hafi Evrópudómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu í dómi í samrunamáli árið 1994 að farþegaflug milli Parísar og London væri sérstakur markaður og farþegaflug á milli Lyon og London væri annar markaður þar sem staðganga milli þessara leiða væri ekki fyrir hendi.

Samkvæmt þessu sé ljóst að áfangastaðir flugs frá Keflavíkflugvelli aðgreini markaðinn í þessu máli. Þannig verði að telja að flugleiðin milli Keflavíkur og London annars vegar og leiðin milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar hins vegar séu sérstakir markaðir í skilningi samkeppnisréttarins. Þetta séu þeir markaðir sem hafi þýðingu við úrlausn þessa máls. Hvað landfræðilegan markað varði sé ljóst að hann sé Ísland og þeir áfangastaðir sem eigi í hlut.

Á öðrum stað í máli Icelandair þar sem einnig er vikið að skilgreiningu markaðarins segir að fyrirtækið byggi á því að hér sé a.m.k. um þrjá aðskilda markaði að ræða að því er varðar hvora borgina fyrir sig, þ.e. Kaupmannahöfn og London. Þannig sé markaðurinn frá Íslandi og til Íslands sitthvor markaðurinn. Þriðji markaðurinn sé flug um Íslands milli einstakra borga í Norður-Ameríku annars vegar og viðkomandi áfangastaðar hins vegar.

Í umfjöllun Icelandair um markaðshlutdeild segir að það sé rétt að félagið hafi 75% hlutdeild þegar miðað sé við sætaframboð milli Íslands og Evrópu. Hlutdeildin sé þó lægri þar sem 40% af farþegum félagsins séu tengifarþegar. Þá segir að á markaðnum fyrir farþegaflug frá Íslandi hafi Icelandair búið við töluverða samkeppni. Eru í því sambandi nefndar ýmsar ferðaskrifstofur og flugfélög, bæði innlend og erlend. Þá hafi hlutur Icelandair af ferðum Íslendinga yfir sumarið verið á bilinu 50–60%. Loks segir að ef miðað sé við árið 2003 sé ljóst að Icelandair hafi fengið töluverða samkeppni en

um tíu erlend flugfélög með framboð upp á 400 þúsund sæti muni fljúga til og frá landinu á þessu ári.

Um skaðlega undirverðlagningu

Icelandair hafnar því að tilboð félagsins á ferðum til Kaupmannahafnar og London hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu í skilningi samkeppnislaga. Ekkert af tilboðunum sé lægra en sem nemi meðaltali breytilegs kostnaðar af þeirri þjónustu sem veitt sé. Þannig sé meðaltal breytilegs ferðatengds kostnaðar aðeins um [...] kr.¹ á hvern farþega þegar lægsta Vorsmellstilboðið sé 10.110 kr. til Kaupmannahafnar og 10.430 kr. til London. (verð án skatta.) Þetta sé eðlilegt þar sem fastur kostnaður hjá áætlunarflugfélögum sé hár auk þess sem umfram flutningsgeta sé mikil. Við slíkar aðstæður sé algengt að verð fyrir einstök sæti sé lágt en þó yfir meðaltali breytilegs kostnaðar. Þá segir að ekki getið komið til þess að Icelandair verði gert að selja sæti á verði sem sé yfir meðaltali heildarkostnaðar. Áætlunarflugfélögum sé óhjákvæmilegt að selja sæti á verði sem sé lægra en meðaltal heildarkostnaðar. Ástæðan sé sú að þegar flugvél fari af stað megi líta svo á að öll óseld sæti séu ónýt framleiðsluvara. Viðbótarkostnaður við hvern farþega sé lítill og því geti afar lágt fargjald fyrir síðasta selda sætið verið betra en ekki neitt. Þess vegna sé tilhneiging til að lækka verð ef umframframboð sé af sætum á markaðnum. Þegar Iceland Express hafi boðað innkomu sína á markaðinn hafi orðið ljóst að framboð á leiðunum til Kaupmannahafnar og London myndi aukast verulega á tímabilinu frá byrjun mars til loka maí nk. Framboð sem væri langt umfram þann sætafjölda sem Icelandair hefði selt á þessum leiðum á sama tímabili í fyrra. Við slíkar aðstæður sé fyrirséð og beinlínis óhjákvæmilegt að verð lækki.

Þá segir að Icelandair hafi ekki aukið sætaframboð til að mæta aukinni eftirspurn vegna Vorsmella. Kostnaður vegna viðbótarfarþega sem kaupir Vorsmell sé því eingöngu farþegatengdur og mun lægri en tekjurnar sem félagið fái vegna sölunnar.

Icelandair heimilt að mæta samkeppni

Af framangreindu sé ljóst að aðgerðir Icelandair hafi ekki falið í sér skaðlega undirverðlagningu. Burtséð frá því sé það mat félagsins að því sé ávallt heimilt að mæta samkeppni jafnvel þótt niðurstaða málsins verði sú að verð á fargjöldunum hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu. Vorsmellur Icelandair sé tilboð sem sé nokkuð hærra en verð kvartanda á umræddum leiðum og því ekki um brot á ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga að ræða. Að því er varði Netsmelli sé verð á þeim talsvert hærra en á fargjöldum Iceland Express. Verð á Netsmellum geti því aldrei falið í sér skaðlega undirverðlagningu í skilningi samkeppnisréttarins. Þá hafi Netsmellirnir verið kynntir áður en upplýsingar um fargjöld Iceland Express hafi legið fyrir.

¹ Fellt út vegna trúnaðar.

Icelandair mótmælir því að verð á fargjöldum félagsins þurfi að byggjast á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum. Krafa um slíkt af hálfu Iceland Express hljóti að vera á misskilningi byggð því líta verði svo á að samkeppnislög geri slíka kröfu aðeins við aðstæður þegar tiltekin hegðun markaðsráðandi fyrirtækis færi annars gegn bannákvæði 11. gr. laganna. Með öðrum orðum, við þær aðstæður að háttsemi feli í sér brot nema hún verði réttlætt sérstaklega með vísan til hlutlægra forsendna. Slíkur áskilnaður eigi hins vegar ekki almennt við. Þar sem ekki verði talið að verðákvæðanir Icelandair feli í sér skaðlega undirverðlagningu samkvæmt því sem rakið hafi verið verði heldur ekki talið að sérstakrar réttlætningar sé þörf.

Vildarpunktur

Icelandair hafnar því að verðmæti hvers vildarpunkts sé ein króna. Einn punktur sé aðeins einnar krónu virði við þröngt afmarkaðar aðstæður, þ.e. þegar ferð til áfangastaðar X kosti annað hvort 100 kr. eða 100 punkta og einstaklingur sem þurfi að komast til áfangastaðar X eigi nákvæmlega 100 punkta. Óhjákvæmilegt sé að taka tillit til þess við mat á verðgildi punktanna. Mestu máli skipti þó að mati Icelandair að afar ólíklegt verði að telja að fyrirheit um vildarpunkta hafi áhrif á eftirspurn þeirra sem greiði lægstu flugfargjöldin á þeim leiðum sem um sé að ræða. Hjá þessum farþegum ráði hið auglýsta verð úrslitum.

Verðmismunur

Icelandair hafnar því að fyrirtækið hafi með umræddum tilboðum mismunað viðskiptavinum sínum í sams konar viðskiptum. Í 11. gr. samkeppnislaga segi að misnotkun geti m.a. falist í því að viðskiptavinum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt. Skilyrði ákvæðisins séu tvíþætt, annars vegar að viðskiptavinum sé mismunað á ákveðinn hátt og hins vegar að sú mismunur hafi áhrif á samkeppnisstöðu þeirra. Að mati Icelandair sé hvorugt skilyrðið uppfyllt í því máli sem hér um ræðir.

Sú mismunur sem hér um ræði geti annars vegar falið í sér að boðið sé mismunandi verð til farþega á ólíkum flugleiðum og hins vegar mismunandi verð til farþega á sömu leiðum. Hið fyrra eigi t.d. við um það þegar mismunandi fargjöld séu boðin til Kaupmannahafnar annars vegar og Parísar hins vegar. Síðara tilvikið eigi við um það þegar sætaframboð í sömu flugvél sé boðið á mismunandi kjörum, þ.e. í mismunandi fargjaldaflokkum. Í engu tilviki sé um „mismunur“ í skilningi 11. gr. samkeppnislaga að ræða þar sem fargjöld Icelandair séu almenn og standi öllum til boða. Lægsta verð sé fyrirfram ákveðið og auglýst og allir eigi jafna möguleika á því að kaupa það. Að öðru leyti sé verði stýrt þannig að einstakar ferðir skili sem mestum tekjum. Ennfremur sé ljóst að viðskipti við farþega sem fljúgi til Kaupmannahafnar séu ekki „sams konar viðskipti“ í skilningi 11. gr. samkeppnislaga og við farþega sem fljúgi til Parísar. Þetta sé augljóst vegna þess að milli þessara tveggja leiða sé óveruleg staðgang. Ólíklegt verði að telja að það sé raunhæfur kostur fyrir farþega sem þurfi

að komast til Kaupmannahafnar að ferðast til Parísar og öfugt. Þessar tvær flugleiðir séu aðskildir markaðir í skilningi samkeppnisréttarins.

Algennt sé að viðskiptavinir greiði mismunandi verð fyrir sambærilega vöru eða þjónustu. Fyrir því geti verið margar ástæður og sumar fullkomlega réttlætanager. Verði Icelandair talið hafa mismunað viðskiptaaðilum í skilningi 11. gr. samkeppnislaga með því að bjóða lægri fargjöld til Kaupmannahafnar og London en annarra borga í Evrópu vilji fyrirtækið benda á að slík mismunun sé réttmæt vegna hárrar ferðatíðni og sætaframboðs á þessum leiðum. Vegna eftirspurnarinnar sé ferðatíðni til og frá London og Kaupmannahöfn afar há eða að lágmarki 13 ferðir á viku til Kaupmannahafnar en 10 til London. Yfir sumarið fjölgi ferðum enn frekar. Flugleiðirnar til og frá London og Kaupmannahöfn séu mikilvægustu markaðir Icelandair. Vegna staðsetningar þessara áfangastaða og mikilvægis þeirra í alþjóða viðskiptum íslenskra fyrirtækja sé mest eftirspurn eftir dýrustu sætunum (Saga Business Class) þangað. Vegna tiltölulega hás hlutfalls farþega á viðskiptafarrými á þessum leiðum sé meðalfargjald tiltölulega hátt og því svigrúm til að bjóða ódýrari ferðir en til annarra Evrópulanda.

Að mati Icelandair feli framangreindar skýringar í sér hlutlægar ástæður sem réttlæti verðlagningu félagsins á umræddum flugleiðum. Vegna þess bresti skilyrði til að líta svo á að Icelandair hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga, sbr. c-lið 2. mgr.

Sértækar aðgerðir

Icelandair mótmælir því að þann 16. október 2002 hafi verið birtar fréttir um þau fargjöld sem Iceland Express hygðist bjóða á umræddum flugleiðum. Rétt sé að á blaðamannafundi umræddan dag hafi Icelandair kynnt ný heilsársfargjöld til Evrópu, þar með talið Netsmelli. Iceland Express hafi hins vegar strax lýst því yfir að félagið myndi mæta tilboðum Icelandair. Verðhugmyndir Iceland Express hafi hins vegar ekki verið kynntar fyrr en 19. október 2002.

Þá hljóti það að vera á misskilningi byggt að auglýsingaherferð Icelandair hafi sérstaklega verið beint gegn Iceland Express. Í því sambandi er nefnt að kostnaður Icelandair vegna auglýsinga á íslenska sölusvæðinu í janúar og febrúar 2003 sé lægri en á sama tímabili árið 2002. Fyrir tímabilið frá október 2002 til og með febrúar 2003 sé kostnaðurinn hins vegar sambærilegur og á sama tímabili árið áður. Frá árinu 2000 hafi Icelandair lagt áherslu á auglýsingar á lægstu verðtilboðum hverju sinni en það sé algennt hjá flugfélögum í Evrópu. Ekki beri á öðru en Iceland Express noti sömu aðferð. Að því er varði Vorsmelli þá hafi þeir aðeins verið kynntir félögum í Netklúbbum í gegnum tölvupóst en því fylgi ekki auglýsingakostnaður.

Rangt sé að Icelandair hafi aldrei boðið sambærileg fargjöld og þau sem nú séu í boði. Fjöldmörg dæmi séu um að sambærileg tilboð hafi verið gerð. (Umsögninni fylgdu fylgiskjöl því til staðfestingar.)

Ennfremur segir að það sé ekki óeðlilegt að Icelandair beini markaðsstarfi sínu sérstaklega að flugleiðunum til Kaupmannahafnar og London. Það sé eðlilegt þar sem eftirspurnin sé mest á þessum leiðum og líklegast að samkeppni verði hvað hörðust. Óhugsandi sé að Icelandair taki ekki virkan þátt í þeirri samkeppni. Burtséð frá því verði varla séð að lýsingar kvartanda á markaðsstarfi Icelandair fái staðist. Að athuguðu máli virðast umræddir áfangastaðir ekki skipa stærri sess í auglýsingum Icelandair en aðrar borgir í Evrópu sem Netsmellir gildi fyrir.

Með vísan til framangreinds hafnar Icelandair því að hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína með sértækum ólögætum aðgerðum gagnvart Iceland Express.

Um hópafslátt og námsmannaafslátt

Icelandair hafnar því að fyrirtækið hafi lækkað verulega tilboð til hópa eftir að Iceland Express hafi komið inn á markaðinn. Fjöldmörg dæmi séu um að Icelandair hafi boðið sambærileg kjör og þau sem Iceland Express hafi vísað til í erindi sínu. Í þessu sambandi er vísað til fyrri sjónarmiða Icelandair um verðlagningu. Þá séu hópafslættir gjarnan veittir til að fylla upp í laus sæti og þá aðallega utan háannatímans. Þar sem sætaframboð sé mest í flugi til og frá Kaupmannahöfn og London sé gjarnan svigrúm fyrir hópafslætti á þeim leiðum. Í þessu samhengi sé nauðsynlegt að hafa í huga að samkeppnislög banni ekki markaðsráðandi fyrirtækjum að veita afslátt ef hann byggir á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum, s.s. magnaflátt sem veittur sé vegna þess kostnaðarlega hagræðis sem hæglega geti fylgt auknum viðskiptum. Að því er varði umfjöllun kvartanda um tilboð til námsmanna erlendis sé ekkert í þeirri umfjöllun sem gefi tilefni til sérstakrar umræðu. Þykir þó rétt að taka fram að þess séu mörg dæmi að Icelandair hafi gert námsmönnum erlendis sambærileg tilboð og þau sem vísað sé til í kvörtun Iceland Express. Að öðru leyti vísist almennt til þess sem áður hafi komið fram.

2.

Til viðbótar við framangreinda umsögn barst Samkeppnisstofnun tölvuskeyti, dags. 26. febrúar sl. frá Óttari Pálssyni hdl. en þar segir að Icelandair vilji koma að frekari rökstuðningi fyrir því af hverju fargjöld félagsins til Kaupmannahafnar og London hafi verið lægri en fargjöld til annarra borga í Evrópu undanfarna mánuði.

Eins og áður hafi komið fram séu ferðir á þessum flugleiðum tíðar til þess að mæta þörfum farþega sem ferðist í viðskiptaerindum. Þessir farþegar geri kröfu um að geta samdægurs ferðast til London og Kaupmannahafnar og aftur til baka, og jafnframt að sá kostur standi til boða alla daga vikunnar. Eðli málsins samkvæmt séu því fleiri

„tóm“ sæti að fylla á þessum leiðum. Ennfremur sé nauðsynlegt að koma því á framfæri að m.a. vegna alls þess sem Kaupmannahöfn og London hafi upp á að bjóða til skemmtunar og afþreyingar hafi verið unnt að auka við eftirspurn á þessum leiðum með því að lækka fargjöld. Þannig séu þess skýr dæmi að tekjur Icelandair hafi aukist við það að lækka meðalfargjöld á almennu farrými án þess að auka við kostnað með því að fjölga ferðum og/eða sætaframboði. Með öðrum orðum, markaðurinn hafi stækkað við lækkun fargjalda.

3.

Með tölvupóstskeytum, dags. 24., 27. og 28. febrúar 2003, óskaði Samkeppnisstofnun eftir ýmsum tölulegum upplýsingum frá Icelandair til viðbótar við fyrri gögn sem borist höfðu frá félaginu. Um var m.a. að ræða sambærilegar upplýsingar og getið var um hér að framan fyrir aðrar flugleiðir en Kaupmannahöfn og London. Þá var óskað eftir nánari upplýsingum um Vorskelli og Netsmelli, s.s. fjölda seldra sæta auk upplýsinga um fjölda bókana fram í tímann. Umbeðnar upplýsingar bárust stofnuninni frá Icelandair með bréfum, dags. 25., 27. og 28. febrúar 2003.

4.

Með bréfi Árna Vilhjálmssonar hrl., dags. 12. mars 2003, var Samkeppnisstofnun tilkynnt að Icelandair hefði hætt að selja Vorskelli til Kaupmannahafnar og London á 14.900 kr. Jafnframt var tilkynnt í bréfinu að Icelandair hygðist ekki bjóða sambærileg tilboð á þessum leiðum fyrr en í fyrsta lagi eftir páska. Þá barst stofnuninni bréf, dags. 13. mars sl., frá Óttari Pálssyni hdl. f.h. Icelandair þar sem greint er frá því að félagið muni láta tímabundið af auglýsingum fargjalda á 19.800 kr. til Kaupmannahafnar og London, þ.e. á ódýrustu Netsmellunum, nema á heimasíðu félagsins og með tölvupósti til viðskiptavina. Ennfremur segir í bréfinu að markmiðið með þessari ákvörðun sé að tryggja að málið verði nægilega rannsakað áður en ákvörðun verði tekin í því.

5.

Með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 17. mars sl., var Iceland Express tilkynnt að í ljósi þess að Icelandair myndi hætta sölu á Vorskellum eða sambærilegum fargjöldum og halda að sér höndum við markaðssetningu og kynningu á ódýrustu Netsmellunum til Kaupmannahafnar og London teldi stofnunin að ekki væri ástæða til að taka bráðabirgðaákvörðun í málinu, sbr. 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga. Framangreind bréf Icelandair, dags. 21. febrúar sl. og 12. og 13. mars sl., voru því send Iceland Express til umsagnar.

Samkeppnisstofnun bárust umbeðnar athugasemdir, dags. 4. apríl sl., frá Herði F. Harðarsyni hrl. f.h. Iceland Express. Í svarinu er í upphafi vísað til skilgreiningar Icelandair á markaðnum. Er það mat Iceland Express að Icelandair telji að ófullkomin staðganga sé milli einstakra áfangastaða sem áætlunarferðir félagsins taki til og því

beri að líta á hvern og einn áfangastað sem sérstakan markað. Iceland Express geti ekki fallist á þessa túlkun og vísar í því sambandi til leiðbeininga sem Framkvæmdastjórn EB hafi gefið út um skilgreiningar á mörkuðum. Af leiðbeiningunum sé ljóst að eftirspurn eftir staðgönguvöru skipti miklu máli þegar skilgreina eigi markaðinn. Við mat á eftirspurn eftir staðgönguvöru hafi verið stuðst við svokallað „Snip-próf“ (Significant Non-transitory Increase in Price) sem sé viðurkennt í alþjóðlegum samkeppnisrétti auk þess sem íslensk samkeppnisyfirkvæðing hafi vísað til þess í ákvörðunum sínum. Í prófinu felist að reynt sé að meta hver verði viðbrögð viðskiptavina við lítilli en varanlegri verðhækkun á vöru eða þjónustu.

Við skilgreiningu þjónustumarkaðar í flugi verði að líta til landfræðilegrar legu Íslands. Stór hluti þeirra sem ferðist til og frá Íslandi geri það sér til skemmtunar. Þannig séu t.d. helgar- og vikuferðir til stórborga eins og Parísar, London, Barcelona og Kaupmannahafnar ákaflega vinsælar. Það sé t.d. ljóst að verðlækkun á ferðum til Parísar myndi auka vinsældir Parísar og um leið draga úr vinsældum annarra áfangastaða. Þá verði að hafa í huga að það skipti þá sem þurfi að taka tengiflug til fjarlægari staða almennt litlu máli frá hvaða flugvelli tengiflugið sé tekið, að því gefnu að um sambærilegt verð og gæði á þeim flugum sé að ræða. Að mati Iceland Express sé staðgang milli einstakra áfangastaða Icelandair veruleg og því beri að líta á áætlunarferðir til og frá Íslandi sem einn markað.

Í athugasemdum Icelandair sé staðfest að félagið hafi um 75% af sætaframboði milli Íslands og Evrópu þó hlutfallið sé eitthvað lægra yfir sumartímenn. Jafnvel þó einstakir undirmarkaðir verði skilgreindir eins og Icelandair fari fram á sé það mat Iceland Express að Icelandair sé einnig í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum. Þetta sjáist best af því að í umsögnum félagsins til Samkeppnisstofnunar virðist ekki hafa verið gerð tilraun til að skilgreina markaðshlutdeild félagsins á þeim flugleiðum sem Iceland Express hafi hafið starfsemi á.

Við mat á stöðu Icelandair verði að líta til afar hárrar markaðshlutdeildar félagsins í áætlunarflugi til og frá landinu, hversu lengi félagið hafi notið þeirrar hlutdeildar og fjárhagsstyrks umfram Iceland Express. Að mati Iceland Express sé enginn vafi á því að Icelandair hafi þá stöðu á markaði og þann efnahagslega styrkleika að félagið geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda í skilningi 4. gr. samkeppnislaga.

Sú skilgreining á markaðsráðandi stöðu sem sé að finna í 4. gr. samkeppnislaga feli í sér beina skírskotun til samkeppnisréttar EB. Í almennum athugasemdum í greinargerð með samkeppnislögum nr. 8/1993 sé að finna nánari umfjöllun um það hvenær fyrirtæki teljist vera í markaðsráðandi stöðu. Þar sé vísað til þeirra viðmiða sem mótuð hafi verið í dómum dómstóls EB og ákvörðunum framkvæmdastjórnarinnar. Talið hafi verið að 57% markaðshlutdeild og þar yfir sé

almennt nægileg ein og sér til þess að fyrirtæki teljist markaðsráðandi. Sé markaðshlutdeild á bilinu 40–45% séu taldar verulegar líkur á því að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu og að litlar upplýsingar þurfi til viðbótar til að fullnægjandi sönnun sé á því að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/1997, *Samruni innanlandsflugs Flugleiða hf og Flugfélags Norðurlands hf.*, hafi verið talið óumdeilt að Flugleiðir hf. væru í markaðsráðandi stöðu í áætlunarflugi, jafnt innanlands sem utan. Jafnframt hafi verið vísað til þess að Flugleiðir hefðu um 80% markaðshlutdeild í áætlunarflugi til og frá Íslandi og enn hærri hlutdeild í fraktflugi, auk þess sem „Flugleiðasamstæðan“ hefði sterka stöðu á tengdum mörkuðum. Til þessa beri að líta við mat á stöðu Icelandair á þeim markaði sem Iceland Express hafi hafið starfsemi á.

Þá er í athugasemdum Iceland Express fjallað um meinta misnotkun Icelandair á markaðsráðandi stöðu. Rakin er hegðun Icelandair við aðdraganda stofnunar Iceland Express sem þegar hefur verið fjallað um, s.s. Vorsmellstilboðin, verðlagningu á ódýrustu Netsmellunum, tilboð til námsmanna erlendis o.fl. Til viðbótar er einnig fjallað um önnur dæmi um atvik og hegðun Icelandair sem séu til þess fallin að koma í veg fyrir að Iceland Express nái fótfestu á markaðnum.

Nýlega hafi Icelandair aukið sætaframboð til Kaupmannahafnar og London með því að taka í notkun stærstu flugvél félagsins á þessum leiðum en þó eingöngu á sömu brottförum og Iceland Express. Um sé að ræða flugvél af gerðinni Boeing 757-300, með einkennisstafina TF-FIX en sú vél taki 39 farþegum fleiri en aðrar vélar félagsins. Þetta sé gert þrátt fyrir að helstu röksemdir félagsins fyrir lækun fargjalda á umræddum leiðum séu þær að aukið sætaframboð kalli á slíkar aðgerðir.

Þá hafi Icelandair lækkað fargjöld á viðskiptafarrými um 35%. Eingöngu sé um að ræða verðlækun á farmiðum til Kaupmannahafnar og London og jafnframt aðeins á sömu brottförum og hjá Iceland Express, þ.e. í morgunflugi til Kaupmannahafnar og síðdegisflugi til London.

Iceland Express telji ljóst að framboð Icelandair á ódýrum flugsætum til Kaupmannahafnar og London sé ekki fyrirfram ákveðið heldur taki alfarið mið af verði sem Iceland Express bjóði í einstakar brottfarir. Stefna Icelandair virðist vera sú að geta ávallt boðið ódýrustu Netsmellina þegar fargjöld Iceland Express séu lægri en 20.000 kr. Þegar Iceland Express hafi lokið við sölu á sætum í ódýrari flokkunum hækki Icelandair fargjöld sín í þeim brottförum en gæti þess að vera ávallt lægri en fargjöld Iceland Express. Iceland Express telji ljóst að með þessu sé ætlun Icelandair að raska þeim tekjuáætlunum sem Iceland Express byggir starfsemi sína á. Nánari grein verði gerð fyrir þessari hegðun Icelandair síðar.

Þá segir að verulegum fjármunum hafi verið varið í auglýsingar á framangreindum tilboðum Icelandair. Samkvæmt upplýsingum IMG hafi félagið birt auglýsingar fyrir um 5 milljónir hér á landi í janúar og álíka mikið í febrúar. Auglýsingarnar lutu svo til eingöngu að Netsmellunum og megináhersla hafi verið lögð á lágsta verðið til Kaupmannahafnar og London.

Iceland Express dragi ekki í efa heimild Icelandair til að bregðast við samkeppni en þær aðgerðir sem hér hafi verið raktar séu langt umfram slíkar heimildir markaðsráðandi fyrirtækis. Þegar litið sé til aðgerðanna í heild sinni verði að telja ljóst að tilgangur þeirra sé aðeins sá að koma í veg fyrir að nýjum keppinaut takist að festa sig í sessi á umræddum markaði. Aðgerðirnar séu fjölþættar og afar umfangsmiklar og augljóst sé að þeim sé beint gegn Iceland Express.

Séu aðgerðirnar virtar í samhengi liggi fyrir að lágstu fargjöld Icelandair til London og Kaupmannahafnar hafi á örskömmum tíma lækkað úr 28.900 kr. í 14.900 kr. Þá virðist ljóst að sú ákvörðun hafi verið tekin hjá Icelandair að bjóða ávallt lágstu fargjöldin þegar Iceland Express hafi á boðstólum flugsæti undir 20.000 kr. Engin takmörk virðist vera fyrir því hve mörg sæti séu seld á þessu verði. Þegar Iceland Express hafi lokið við sölu á lágstu fargjöldum og hafið sölu á dýrari fargjöldum sé þess gætt af hálfu Icelandair að hækka fargjöld í umræddar ferðir en þess þó gætt að fargjöldin séu lægri en hjá Iceland Express.

Svarinu fylgdi samantekt þar sem dæmi eru tekin af einstökum brottförum. Nefndar eru sem dæmi brottfarir 25. júní og 6. júlí en þá sé fargjald Iceland Express til Kaupmannahafnar 29.660 kr. Fargjald Icelandair sé þá 24.200 kr. Fargjald Iceland Express til London þessa sömu daga sé hins vegar 21.660 kr. en þá sé fargjald Icelandair 19.520 kr. Fargjöld til annarra áfangastaða Icelandair umrædda daga séu hins vegar mun hærri, eða 24.670 kr. til Amsterdam, 27.710 kr. til Óslóar, 27.960 kr. til Stokkhólms og 36.470 kr. til Frankfurt.

Þá eru nefndar brottfarir frá Íslandi dagana 16., 17. og 18. apríl og heimkoma 20. og 21. apríl. Fargjöld Iceland Express til Kaupmannahafnar umrædda daga séu 27.160 kr. og 29.160 kr. til London. Fargjöld Icelandair á sömu brottförum eru hins vegar 19.700 kr. til Kaupmannahafnar og 23.920 kr. til London.

Með þessum aðgerðum telji Iceland Express að Icelandair leitist við að eyðileggja þær tekjuáætlanir sem rekstur Iceland Express sé reistur á. Það sé ekkert leyndarmál að rekstur Iceland Express standi ekki undir sér með sölu á ódýrustu fargjöldunum eingöngu. Eigi reksturinn að skila hagnaði þurfi jafnframt að selja dýrari fargjöld. Með því að bjóða því sem næst ótakmarkaðan fjölda af flugsætum á ódýrustu fargjöldum og gæta þess að vera ávallt örlítið fyrir neðan verðlagningu Iceland

Express á öðrum fargjöldum leitist Icelandair við að koma í veg fyrir að Iceland Express selji dýrari fargjöldin.

Engar rekstrarlegar forsendur geti verið fyrir þessum aðgerðum Icelandair. Við skoðun á árshlutauppgjöri Flugleiða fyrstu þrjá mánuði ársins 2002 sé ljóst að þegar fjölda fluttra farþega sé deilt í rekstrarkostnað félagsins sé kostnaður á hvern farþega tæpar 60.000 kr. Tekjur af hverjum farþega miðað við sömu reikningsforsendur séu rúmar 50.000 kr. Sé aðeins miðað við beinar tekjur af farþegaflutningum séu þær rúmar 33.000 kr. á hvern farþega.

Þá segir að í umsögnum Icelandair til Samkeppnisstofnunar sé leitast við að færa rök fyrir því að ekki sé um skaðlega undirverðlagningu að ræða í skilningi samkeppnislaga. Hafi þar einkum verið vísað til þess að lægstu fargjöldin sem Icelandair hafi boðið undanfarið séu yfir meðaltali breytilegs kostnaðar. Hafa verði í huga í þessu sambandi að hlutfall breytilegs kostnaðar við hvern flugfarþega sé lágt enda þekkt að fastur kostnaður vegi þungt í starfsemi af þessu tagi. Þegar metið sé hvort um skaðlega undirverðlagningu sé að ræða verði að líta til alls kostnaðar og eðlilegt að miða við meðaltal slíks kostnaðar á hverri flugleið. Þessu til stuðnings er í athugasemdunum vísað til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 13/2000 þar sem fjallað hafi verið um skaðlega undirverðlagningu Sementsverksmiðjunnar hf. á sementi.

Í því máli hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að almennt sé litið svo á innan samkeppnisréttarins að um skaðlega undirverðlagningu sé að ræða þegar markaðsráðandi fyrirtæki selji vöru á lægra verði en sem nemi svokölluðu meðaltali breytilegs kostnaðar sem falli til við að framleiða viðkomandi vöru. Einnig sé litið svo á að um skaðlega undirverðlagningu gæti verið að ræða ef markaðsráðandi fyrirtæki selji vöru á verði sem sé undir meðaltali heildarkostnaðar, þ.e. föstum og breytilegum kostnaði. Eigi þetta sjónarmið einkum við ef sýnt þyki að verðlagningin sé liður í að útiloka keppinauta frá markaðnum. Undir vissum kringumstæðum geti aðstæður á markaði leitt til þeirrar niðurstöðu að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis geti verið skaðleg jafnvel þótt að verðið hafi ekki verið undir þeim kostnaði sem fellur til við framleiðsluna.

Að mati Iceland Express eigi þessi sjónarmið fullkomlega við um það mál sem hér sé til skoðunar og í fullkomnu samræmi við framkvæmd samkeppnisreglna innan ESB. Eins og áður hafi verið getið sé öll samkeppni af hinu góða og eðlilegt að samkeppnisyfirvöld fari varlega í að grípa til aðgerða á mörkuðum þar sem hörð verðsamkeppni ríki. Almennt megi ætla að slík samkeppni komi neytendum til góða. Verðákvæðanir markaðsráðandi fyrirtækja við tilkomu nýrra aðila á markaði geti hins vegar auðveldlega komið í veg fyrir samkeppni. Fáí slík fyrirtæki óáreitt að beita fjárhagsstyrk og sterkri stöðu á markaði til að hrekja keppinauta af markaði sé ljóst að verð muni að nýju hækka og neytendur bera skaða af.

Allt séu þetta þekktar staðreyndir sem óþarfi sé að rekja nánar. Iceland Express telji ljóst af því sem að framan sé rakið að umfang þeirra aðgerða sem gripið hafi verið til af hálfu Icelandair sé fullnægjandi sönnun þess að gripið hafi verið til umræddra aðgerða í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að Iceland Express næði fótfestu á markaðnum. Verulegar verðlækkningar, aukning á sætaframboði, aukinn kraftur í markaðssetningu og aðrar beinar aðgerðir sem vísað hafi verið til hér að framan og sé ætlað að eyðileggja þær tekjuáætlanir sem rekstur Iceland Express sé reistur á beri þess skýr merki. Þá veki athygli að fargjöld til annarra áfangastaða en Iceland Express fljúgi til séu umtalsvert dýrari og aðgerðum Icelandair því augljóslega eingöngu beint að Iceland Express.

Iceland Express telji ljóst, burtséð frá sönnun um ásetning Icelandair að útiloka Iceland Express frá markaðnum, að aðgerðir Icelandair hafi þau áhrif að Iceland Express neyðist til að hætta starfsemi. Kostnaður Iceland Express fyrir hvert flugsæti sé talsvert lægri en hjá Icelandair enda sé yfirbygging Iceland Express lítil og þjónusta við farþega takmarkaðri en hjá Icelandair. Þrátt fyrir þessa staðreynd sé ljóst að sala á lægstu fargjöldunum eingöngu nægi ekki til að standa undir kostnaði Iceland Express. Fáir Icelandair óáreitt að haga verðákvörðunum sínum með þeim hætti sem að framan sé lýst sé ljóst að grundvelli sé kippt undan starfsemi Iceland Express. Ljóst sé að fjárhagslegur styrkur Icelandair sé nægur til að halda þessum aðgerðum áfram nægilega lengi til að þvinga Iceland Express út af markaðnum.

Í niðurlagi umsagnar Iceland Express er vísað til markmiðs samkeppnislaga þar sem fram komi að stefnt sé að því að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með að vinna að hagkvæmari nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Þessu markmiði skuli m.a. ná með því að auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum. Icelandair hafi um áratugaskeið verið markaðsráðandi á íslenskum flugmarkaði og hafi lengi vel verið „laust“ við alla samkeppni svo heitið geti. Félagið hafi því fjárhagslega burði til þess að taka á sig tap um tíma til að útiloka nýja keppinauta frá markaðnum. Aðgerðir Icelandair gagnvart Iceland Express beri það með sér að þeim sé ætlað að koma í veg fyrir að Iceland Express nái að festa sig í sessi á markaði fyrir áætlunarflug til og frá Íslandi. Slíkt framferði brjóti í bága við meginmarkmið og ákvæði samkeppnislaga og sé til þess fallið að draga verulega úr samkeppni á íslenskum flugmarkaði og valda íslenskum neytendum tjóni.

Með vísan til þess sem að framan sé rakið sé farið fram á það að heimildir samkeppnislaga til að stöðva aðgerðir Icelandair verði nýttar og félaginu jafnframt gert að greiða sektir samkvæmt 52. gr. laganna. Það sé Iceland Express afar mikilvægt að rannsókn málsins verði hraðað sem frekast sé kostur enda rekstur Iceland Express viðkvæmastur nú á þessum fyrstu stigum starfseminnar. Þá beri að líta til þess að sala

á sumarferðum standi sem hæst og hver vika sem líði án íhlutunar samkeppnisyfirvalda geti skipt Iceland Express sköpum.

6.

Samkeppnisstofnun bárust athugasemdir frá Icelandair með bréfi, dags. 7. maí 2003. Í athugasemdunum segir að Icelandair leggi áherslu á að niðurstaða málsins varði verulega hagsmuni félagsins, ekki aðeins vegna núverandi samkeppni heldur einnig vegna fyrirsjáanlegrar samkeppni við önnur flugfélög í framtíðinni. Óskað er eftir að Icelandair verði ekki aðeins gefinn kostur á að koma athugasemdum sínum skriflega á framfæri heldur einnig að undangenginni frumathugun samkeppnisyfirvalda, sbr. heimild í 4. mgr. 16. gr. reglna um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda nr. 922/2001, og eftir atvikum munnlega fyrir samkeppnisráði, sbr. heimild í 21. gr. sömu reglna.

Um valdbærni íslenskra samkeppnisyfirvalda

Icelandair vilji vekja athygli á að Iceland Express hafi sent formlega kvörtun til Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) vegna sömu háttsemi Icelandair og sé til rannsóknar í þessu máli. Icelandair telji óviðunandi að félagið standi frammi fyrir því að verja hendur sínar fyrir tveimur aðskildum stjórnvöldum. Því sé æskilegt að skera úr um valdmörk milli íslenskra samkeppnisyfirvalda og ESA, sbr. 55. og 56. gr. EES samningsins og reglugerð nr. 593/1993 með síðari breytingum, sem m.a. lögfesti bókun 4 við samninginn milli EFTA-rikkanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, og sömuleiðis á milli ESA og framkvæmdastjórnar Evrópubandalagsins, sbr. 56. gr. EES samningsins. Telja verði að meginreglan sé sú að framkvæmdastjórnin fari með mál sem áhrif hafi á viðskipti milli sammingsaðilanna og að það eigi við hér. Að mati Icelandair sé mikilvægt að mál þetta verði rannsakað og rekið af einu stjórnvaldi.

Markaðir sem máli skipta og staða aðila

Icelandair vísar í fyrri skilgreiningu um að markaðir þessa máls séu flugleiðirnar milli Kaupmannahafnar og Keflavíkur annars vegar og London og Keflavíkur hins vegar. Icelandair hafnar þeirri skilgreiningu sem fram hafi komið í athugasemdum Iceland Express að áætlunarferðir til og frá Íslandi séu einn markaður. Sú skilgreining sé ekki í samræmi við hefðbundin sjónarmið í íslenskum og evrópskum samkeppnisrétti. Á milli einstakra áætlunarleiða sé ekki staðganga í skilningi 4. gr. samkeppnislaga.

Að mati Icelandair kunni það að skipta máli við úrlausn málsins að Iceland Express hafi ekki flugrekstrarleyfi samkvæmt IX. kafla loftferðalaga nr. 60/1998. Félagið sé ekki flugfélag í skilningi laganna. Iceland Express muni hins vegar hafa gert samning við breska flugrekandann Astraeus Ltd. sem fljúgi áætlunarflug í eigin nafni á flugleiðunum til og frá Kaupmannahöfn og London. Verði því ekki annað ráðið en hinn raunverulegi keppinautur Icelandair í þessu máli sé ekki Iceland Express heldur erlent flugfélag, Astraeus.

Fyrir liggja upplýsingar um ætlaða markaðshlutdeild Icelandair í áætlunarflugi til og frá Íslandi. Hafa beri í huga að síðan Iceland Express hóf starfsemi hafi verulega dregið úr markaðshlutdeild Icelandair á skilgreindum mörkuðum. Sé borin saman markaðshlutdeild Icelandair og Iceland Express í fyrsta rekstrarmánuði þess félags, þ.e. í mars 2003, komi í ljós að Icelandair hafi selt um [...]² sæti til Kaupmannahafnar (þar af séu um [...]³ seldur hérlendis) en Iceland Express 6.500; Icelandair hafi selt um [...]⁴ sæti til London (þar af um [...]⁵ seldur hérlendis) en Iceland Express 6.500.⁶ Samkvæmt þessu sé ljóst að Iceland Express hafi um [...]⁷ markaðshlutdeild á flugleiðinni til og frá Kaupmannahöfn og tæplega [...]⁸ á flugleiðinni til og frá London. Sé litið til farmiðasölu Iceland Express á Íslandi sé hlutdeild Iceland Express enn meiri, líklega [...]⁹ á markaðnum til og frá Kaupmannahöfn en [...]¹⁰ á markaðnum til og frá London.¹¹

Icelandair leggi enn fremur áherslu á að sérhvert flugfélag sem sé stofnsett í Evrópu teljist til hugsanlegra keppinauta félagsins á flugleiðum milli Íslands og annarra áfangastaða í Evrópu. Þetta stafir af því að flugsamgöngur séu frjálssar innan Evrópska efnahagssvæðisins og þessum flugfélögum sé frjálst að stofna til starfsemi hér í skjóli 31. gr. EES-samningsins, sbr. lög nr. 2/1993. Allar helstu markaðsforsendur séu þekktar og lágmarksfjárfesting óveruleg, eins og t.d. megi ráða af innkomu Iceland Express á markaðinn. Þessi félög hafi með litlum tilkostnaði, á skömmum tíma og án sérhæfðra eða takmarkaðra framleiðsluþátta náð verulegri markaðshlutdeild á verðmætustu leiðunum til og frá Íslandi.

Þá segir að til viðbótar við þau dæmi um þá samkeppni sem Icelandair hafi mætt við bæði innlend og erlend flugfélög og rakin hafi verið í fyrri umsögn félagsins hafi bæst við samkeppni við Air Greenland sem nýlega hafi hafið reglubundið flug á flugleiðinni milli Akureyrar og Kaupmannahafnar og Aero Lloyd á flugleiðinni milli Keflavíkur og Berlínar. Þá er nefnt að Icelandair sé kunnugt um að fulltrúar Ryanair, sem sé á meðal stærstu flugrekenda í heimi, hafi nýlega átt í viðræðum við íslensk flug- og ferðamálayfirvöld vegna hugmynda um að hefja reglubundið áætlunarflug milli Íslands og nokkurra áfangastaða í Evrópu.

² Fellt út vegna trúnaðar.

³ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶ Útreikningar á seldum sætum Iceland Express miðist við uppgefna 71% sætanýtingu og að daglega hafi verið flogið fram og til baka til beggja áfangastaða.

⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹ Þessi áætlun sé miðuð við að Iceland Express selji um 90% sinna farmiða á Íslandi. Það hlutfall sé einnig byggt á áætlun Icelandair og taki mið af því að markaðsstarf Iceland Express hafi einkum farið fram á Íslandi.

Við mat á styrk Icelandair á markaði beri að hafa framangreind atriði í huga. Í ljósi þeirra sé vafasamt að Icelandair sé í þeirri stöðu að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skipti og að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, sbr. orðalag 4. gr. samkeppnislaga. Icelandair sé ekki í ráðandi stöðu á flugleiðunum Keflavík til og frá Kaupmannahöfn og London í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Þegar af þeirri ástæðu bresti skilyrði til að fallist verði á kröfur um þá íhlutun sem fram komi í erindi Iceland Express. Þrátt fyrir það þyki rétt að koma eftirfarandi sjónarmiðum á framfæri vegna þeirra ávirðinga um ólögmeða háttsemi sem settar hafi verið fram af hálfu Iceland Express.

Um meinta skaðlega undirverðlagningu

Í athugasemdum Icelandair segir að í fyrri umsögn sinni hafi félagið tekið undir það sjónarmið Iceland Express að viðmið skaðlegrar undirverðlagningar væri þegar markaðsráðandi fyrirtæki reyndi að losna við keppinaut með því að ákveða verð á vöru sem væri lægra en meðaltal breytilegs kostnaðar. Nú telji Iceland Express hins vegar að miða eigi við meðaltal heildarkostnaðar á hverri flugleið. Iceland Express beri þó engin haldbær rök fyrir að nota það viðmið um skaðlega undirverðlagningu í skilningi 11. gr. samkeppnislaga.

Verði Icelandair talið markaðsráðandi á skilgreindum mörkuðum eigi að meta lögmeði hegðunar félagsins eftir því hverjar séu tekjur þess af fargjöldum í hlutfalli við meðaltal breytilegs kostnaðar af þeirri þjónustu sem í staðinn kemur. Ekki sé um skaðlega undirverðlagningu að ræða nema tekjur af fargjöldum séu undir meðaltali breytilegs kostnaðar af flugi. Er í þessu sambandi vísað til þeirrar meginreglu sem mörkuð hafi verið í dómi Evrópudómstólsins frá 1991 í máli AKZO gegn framkvæmdastjórninni og hlotið hafi staðfestingu í síðari málum, sbr. dóm frá 1996 í máli Tetra Pak gegn framkvæmdastjórninni. Þá er vísað til þess að í ákvörðun danska Konkurrencestyrelsen í máli MetroXpress Danmark A/S gegn Berlingske Gratisaviser A/S frá 29. maí 2002 hafi umrætt viðmið verið notað.

Í bandarískum rétti, sem óneitanlega sé fyrirmynd evrópskrar samkeppnislöggjafar í þessum efnum, hafi dómstólar verið illfáanlegir til að víkja frá viðmiðinu um meðaltal breytilegs kostnaðar í hlutfalli við verð. A.m.k. í einu máli þar sem markaðsráðandi flugfélag hafi átt í hlut hafi reynt á þetta, sbr. mál United States gegn American Airlines þar sem því félagi hafi verið gefin skaðleg undirverðlagning að sök á tilteknum flugleiðum til og frá Dallas. Atvik þess máls hafi um margt verið sambærileg við þau atvik sem hér eigi við. Háttsemi American Airlines hafi verið sögð felast í því að reyna að ná og viðhalda markaðsráðandi stöðu á umræddum flugleiðum með því að jafna tilboð frá lágfargjaldaflugfélögum, bæta við ferðum eða notast við stærri flugvélar, og auka við framboð af ódýrum sætum. Dómurinn hafi hins vegar sýknað American Airlines þar sem verð hafi ávallt verið hærra en meðaltal breytilegs kostnaðar. Þá hafi í dómnum verið vísað til fjölda heimilda sem taldar voru

styðja það að skaðleg undirverðlagning markaðsráðandi flugfélags ráðist af því hvort tekjur af flugmiðum séu undir meðaltali breytilegs kostnaðar.

Í ljósi markmiðs samkeppnislaga að efla virka samkeppni milli fyrirtækja sé varasamt í vafatilvikum að komast að þeirri niðurstöðu að lágt verð teljist skaðlegt. Öll óvissa um heimildir til verðlagningar geti dregið úr hvata markaðsráðandi fyrirtækja til að taka virkan þátt í samkeppni. Ef líkur séu á að hörð verðsamkeppni af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis leiði til þess að það verði sakað um brot á samkeppnislögum og jafnvel sektað, þótt viðkomandi fyrirtæki hafi ekki haft það að markmiði að útiloka keppinauta frá markaði, þá sé líklegt að fyrirtækið beiti sér minna í samkeppni en ella. Afleiðingin sé sú að almennt dragi úr samkeppni á markaði. Fyrirtæki sem verðleggi vörur sínar eða þjónustu yfir breytilegum kostnaði fái eitthvað upp í fastan kostnað. Því sé afar erfitt fyrir utanaðkomandi að leggja á það mat hvenær slík verðlagning hafi ólögmætan tilgang. Af þeim sökum sé það mat Icelandair að markalína leyfilegrar og bannaðrar verðlagningar er taki mið af hlutfallinu milli tekna og meðaltali breytilegs kostnaðar sé best til þess fallin að þjóna markmiðum samkeppnislaga um að efla samkeppni milli fyrirtækja. Þá er vísað til þess sem áður hafi komið fram að Icelandair hafi aldrei boðið fargjöld á verði sem sé undir meðaltali breytilegs kostnaðar.

Miða ber við meðalverð á tilteknu tímabili en ekki lægstu verð einstakra flugsæta

Við mat á því hvort verðlagning Icelandair sé skaðleg í skilningi samkeppnislaga sé ennfremur rétt að leggja áherslu á að ekki verði aðeins tekið mið af lægsta verði félagsins heldur eigi að miða við meðaltal flugfargjalda á ákveðnu tímabili.

Verð markaðsráðandi fyrirtækis undir kostnaði geti eitt og sér ekki ráðið úrslitum óháð fjölda þeirra framleiðslu- eða þjónustueininga sem um sé að ræða og þess tíma sem verðið sé í boði. Í dæmaskyni megi nefna að jafnvel þótt Icelandair byði 10 flugsæti til Kaupmannahafnar og London ókeypis, eða 50 sæti á 1.000 kr. hvert sæti, hefði það ómerkjanleg áhrif á samkeppnisstöðu Iceland Express vegna þess hve fjöldinn sé takmarkaður.

Samkvæmt framangreindu sé ljóst að ekki nægi að líta eingöngu til ódýrustu flugfargjalda Icelandair heldur þurfi að miða við meðalverð á tilteknu tímabili. Spurningin sé því hvort meðaltekjur fyrir hvert sæti á flugleiðunum til og frá Kaupmannahöfn og London á ákveðnu tímabili standi undir meðaltali breytilegs kostnaðar af hverju sæti á sömu leiðum og á sama tímabili. Sé þetta skilyrði uppfyllt hafi verð einstakra flugfarmiða enga þýðingu. Að mati Icelandair sé þessi nálgun í samræmi við afstöðu bandarískra og danskra samkeppnisyfirvalda. Þannig segi t.d. í skýrslu danskra samkeppnisyfirvalda (Konkurrenceredegørelse 2002) að sé flugfélag markaðsráðandi á ákveðinni flugleið megi félagið ekki verðleggja þjónustu sína svo lágt að keppinautarnir séu þvingaðir út af markaðnum. Þess vegna verði að gera þá

kröfu til hins markaðsráðandi flugfélags að samanlagðar tekjur standi að lágmarki undir meðaltalskostnaði (d. *gennemsnitkostningur*) á viðkomandi flugleið. Sé það skilyrði uppfyllt geti félagið bæði selt mjög dýra og mjög ódýra farmiða á flugleiðinni. Í áðurnefndu máli *United States gegn American Airlines* hafi jafnframt verið tekið mið af meintu undirboðsverði á ákveðnu tímabili án þess að sérstakt tillit hafi verið tekið til lægstu fargjalda.

Samkvæmt þeim gögnum sem Icelandair hafi þegar lagt fyrir samkeppnisyfirvöld komi fram að félagið hafi umtalsverða framlegð af flugleiðunum til og frá Kaupmannahöfn og London. Félagið bjóði því ekki verð undir kostnaði á þessum flugleiðum og hafi því ekki gerst sekt um skaðlega undirverðlagningu í skilningi 11. gr. samkeppnislaga.

Sú krafa verður ekki gerð að fargjöld séu yfir meðaltali heildarkostnaðar

Hvað sem framangreindu líði vilji Icelandair ítreka það sjónarmið að undir engum kringumstæðum verði sú krafa gerð að fargjöld félagsins þurfi að vera yfir meðaltali heildarkostnaðar. Slík niðurstaða væri í beinni andstöðu við dóma Evrópudómstólsins í áðurnefndum málum AKZO og Tetra Pak. Við rekstur áætlunarflugs sé óhjákvæmilegt að selja sæti undir meðaltali heildarkostnaðar. Ástæðuna megi rekja til þess í fyrsta lagi að fastur kostnaður sé mjög hár í hlutfalli við breytilegan kostnað, sérstaklega ef til svo skamms tíma sé litið að ákvörðun um að fljúga verði vart breytt. Þá hafi flugsæti ekkert „geymsluþol“, þ.e. ef vél fer í loftið með auð sæti þá verður aldrei hægt að nýta þá vannýttu afkastagetu. Þá sé „verðmismunun“ mjög algeng og raunar nær algild regla. Flugfélög noti yfirleitt flókin tekjustýringarkerfi þar sem verði á miðum með mismunandi skilmálum og framboði á sætum í hverjum flokki sé sífellt verið að breyta til að hámarka tekjur. Breytingar ráðist m.a. af því hve mikið hafi þegar selst og spám um hve mikið muni seljast miðað við mismunandi forsendur. Þessar spár byggist m.a. á framboði keppinauta og væntingum um viðbrögð þeirra við aðgerðum fyrirtækisins.

Í ljósi þessa sé ekki óeðlilegt að flugfélag selji hluta af sætum í hverri flugferð á verði sem sé lægra en sem nemi meðalkostnaði. Varla sé hægt að segja að verð sé óeðlilega lágt nema lægstu fargjöld séu lægri en svokallaður jaðarkostnaður á sæti, þ.e. breytilegur farþegatengdur kostnaður að frádregnum farþegatengdum tekjum sem sé vænt framlegð af sölu annars en farmiðans til viðkomandi farþega. Fargjöld Icelandair standist þessi viðmið í öllum tilvikum.

Að mati Icelandair megi segja að hver flugferð samanstandi af mörgum „afurðum“, þ.e. ferðum einstaklinga sem sættist á mismunandi skilmála og stundum mismunandi þjónustu. Engu skipti fyrir afkomu félagsins nákvæmlega hvernig framlegðin af hverri ferð verði til. Sama framlegð geti fengist með því að fljúga með hálfótoma vél þar sem flestir farþeganna borgi hátt viðskiptafargjald og fulla vél þar sem flestir farþeganna

greiði lágt verð. Ákvörðun um flug milli tveggja áfangastaða sé rökrétt og eðlileg ef hægt sé að selja nægilega mikið af öllum þessum „afurðum“ til að meðalverðið sé hærra en meðalkostnaður af fluginu. Ávallt sé hagkvæmt að bæta við farþega sem sé reiðubúinn að greiða meira en hreinan viðbótarkostnað félagsins vegna hans verði sala á miða til hans ekki talin hindra að annar og dýrari miði seljist í staðinn. Þetta sé kjarninn í tekjustýringu allra flugfélaga.

Ólögmatúr ásetningur eða eðlileg og lögleg viðbrögð við samkeppni (e. meeting competition defence)?

Þá segir að Icelandair geti ekki fallist á það sem fram hafi komið í máli Iceland Express að aðgerðir Icelandair hafi aðeins þann tilgang að koma í veg fyrir að nýjum keppinauti takist að festa sig í sessi á umræddum markaði. Að mati Icelandair felist skaðleg undirverðlagning í verðákvörðunum markaðsráðandi fyrirtækis sem hafi það að megin markmiði að valda keppinautum skaða fremur en að skila framlegð. Sé þá alla jafna átt við að markaðsráðandi fyrirtæki grípi til aðgerða sem dragi úr hagnaði þess til skamms tíma í von um að keppinautur leggi upp laupana. Hið markaðsráðandi fyrirtæki búi síðan við minni samkeppni í framtíðinni, það miklu minni að ávinningurinn af takmarkaðri samkeppni til lengri tíma litið geri meira en að vege upp skammtímatap eða minni hagnað.

Það sé staðreynd að skilin milli aðgerða er stafi af ólögmatum ásetningi og eðlilegra viðbragða við samkeppni séu gjarnan óljós. Þar sem samkeppnislögum sé ætlað að stuðla að virkri samkeppni sé varasamt að setja markaðsráðandi fyrirtækjum of þröngar skorður í þessum efnun. Í þessu sambandi er vísað til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 13/2000 þar sem fram hafi komið að setning ákvæða til að hindra skaðlega undirverðlagningu og beiting þeirra sé flókin og vandmeðfarin. Samkvæmt hagfræðikenningum eigi samkeppni á fullkomnum markaði að leiða til þess að vara sé seld á verði sem endurspeglir kostnað við framleiðslu hennar auk hóflegar álagningar. Samkeppnin eigi þannig að þvinga fyrirtæki til að draga úr kostnaði til að geta lækkað verð með tilheyrandi ávinningi fyrir neytendur og þjóðfélagið allt. Verðsamkeppni sé þannig kjarni alls samkeppnisréttar og reglur um skaðlega undirverðlagningu megi ekki takmarka möguleika markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í heilbrigðri verðsamkeppni. Af þessu sé ljóst að erfitt geti verið að ákvarða hvar heilbrigð verðsamkeppni endi og skaðleg undirverðlagning byrji.

Mælikvarðinn

Við mat á því hvort aðgerðir Icelandair hafi verið umfram heimildir félagsins til að mæta samkeppni sé nauðsynlegt að skilgreina mælikvarða sem dragi mörkin milli heimilda markaðsráðandi fyrirtækis til að bregðast við samkeppni annars vegar og ólögmatra aðgerða er miða að því að bola keppinaut út af markaði hins vegar. Hegðun Icelandair verði svo að bera saman við þann mælikvarða. Í erindi Iceland Express sé hvergi leitast við að skilgreina slíkan mælikvarða eða að hegðun Icelandair

sé borin saman við hann. Að mati Icelandair verði hins vegar ekki komist að niðurstöðu í málinu nema þessari aðferðafræði sé beitt. Við skilgreiningu á mælikvarðanum beri að miða við að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að bregðast við nýrri og aukinni samkeppni á markaði. Einhvers staðar liggi hins vegar mörk leyfilegrar og bannaðrar háttsemi. Að mati Icelandair sé verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis skaðleg í skilningi samkeppnislaga þegar hún þjóni þeim tilgangi að skaða keppinaut þannig að hann þurfi frá að hverfa og að enginn komi í hans stað. Önnur háttsemi sé leyfileg. Miklu skipti í þessu sambandi að leggja mat á hvort háttsemi geti talist skynsamleg frá viðskiptalegum sjónarhóli að þeirri forsendu gefinni að samkeppni á markaði sé komin til að vera. Eða réttara sagt, hvort háttsemi geti ekki talist skynsamleg nema hún hafi þau áhrif að keppinautur þurfi frá að hverfa og enginn komi í hans stað.

Af dómaframkvæmd verði þó ráðið að gera verði enn strangari kröfur en þetta. Í dómum Evrópudómstólsins í máli AKZO annars vegar og Tetra Pak hins vegar gegn framkvæmdastjórninni hafi því verið slegið föstu að verð undir meðaltali heildarkostnaðar en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar mætti telja skaðlegt ef það væri liður í áætlun um að útrýma keppinaut af markaðnum. Það hvíli síðan á samkeppnisyfirvöldum að sýna fram á, þ.e. færa fullnægjandi sönnur á, að slík áætlun liggi fyrir og að skaðleg háttsemi sé hluti af henni.

Einstök dæmi úr bréfi Iceland Express borin saman við mælikvarðann

Þá er vísað til þeirra dæma sem fram koma í erindi Iceland Express um meinta misnotkun Icelandair á markaðsráðandi stöðu. Í aðalatriðum er um að ræða sömu dæmi og áður hafa verið rakin og Icelandair hefur þegar gert athugasemdir við. Um er að ræða eftirfarandi dæmi:

1. Kynningu Netsmella
2. Vildarpunkta
3. Vorsmelli
4. Tilboð til námsmanna og hópa
5. Auglýsingar
6. Aukið sætaframboð
7. Lækkun á Saga Class farmiðum
8. Framboð á ódýrum flugsætum

Að því er varði fyrstu fimm liðina er það mat Icelandair að síðara erindi Iceland Express bæti litlu við það sem áður hafi komið fram í máli félagsins. Fyrri sjónarmið Icelandair varðandi þessi atriði eru ítrekuð lið fyrir lið.

Aukið sætaframboð. Það sé rangt að Icelandair hafi aukið sætaframboð í ferðum til Kaupmannahafnar og London með því að taka í notkun stærstu vél félagsins af

gerðinni Boeing 757-300 (TF-FIX). Enginn munur sé á notkun þessarar vélar á umræddum leiðum fyrir og eftir innkomu Iceland Express á markaðinn. Þessi vél sé og hafi fyrst og fremst verið notuð á umræddum flugleiðum en þegar eftirspurn sé meiri á aðra staði sé hún notuð þar. Ef hvergi sé sérstök þörf fyrir þessa vél sé henni flogið á þá áfangastaði sem ódýrast sé að fljúga til. Icelandair fullyrði að innkoma Iceland Express hafi engu breytt um notkun þessarar flugvélar. Ástæða sé að geta þess að í sumar sem endranær aukist verulega ferðatíðni í flugáætlun Icelandair. Ferðum til Kaupmannahafnar verði t.d. fjölgað úr 13 í 25 á viku. Það sé í samræmi við árstíðabundnar breytingar á flugáætlun undanfarinna ára. Fjóra daga vikunnar verði tvær brottfarir síðdegis með um klukkustundar millibili. Lægsta verð Icelandair muni einkum standa til boða í þær ferðir en ekki morgunflugið þar sem brottför sé á svipuðum tíma og áætlun Iceland Express. Þetta sé því ekki vísbending um að lægsta verð Icelandair sé sett til höfuðs áætlun Iceland Express.

Lækkun verðs á viðskiptafarrými. Að því er varði lækkun Icelandair á farmiðum á viðskiptafarrými þá séu það m.a. viðbrögð vegna samkeppni frá Iceland Express. Rétt sé að taka fram að farmiðar Iceland Express séu ekki bundnir sambærilegum takmörkunum um dvöl aðfararnótt sunnudags og farmiðar Icelandair á almennu farrými. Frá sjónarhóli farþega sé því veruleg staðganga á milli farmiða Icelandair á viðskiptafarrými og almennra farmiða. Það verð sem hér um ræði sé engu að síður langt umfram hæsta verð sem Iceland Express bjóði og sé því óhugsandi að Icelandair hafi gerst sekt um ólögmæta háttsemi með því. Verðlækkunarir á viðskiptafarrými séu almennar og standi öllum til boða.

Framboð á ódýrum flugsætum. Um framboð á ódýrum flugsætum hjá Icelandair segir að vitaskuld taki verðstýring Icelandair m.a. mið af framboði Iceland Express á ódýrum flugsætum. Hins vegar sé fráleitt að líta svo á, eins og gert sé í erindi Iceland Express, að markmiðið með þessu sé að raska tekjuáætlunum Iceland Express. Markmiðið sé að auka tekjur Icelandair. Það kunnir vel að vera að verðstýring Icelandair raski tekjuáætlunum Iceland Express. Það bendi hins vegar frekar til galla í tekjuáætlunum félagsins en ólögmætrar hegðunar Icelandair. Iceland Express hafi mátt gera ráð fyrir að innkoma félagsins á markaðinn hefði áhrif á samkeppnisverð Icelandair. Hafi svo ekki verið geti það sjálfu sér um kennt að tekjuáætlanir fái ekki staðist. Þau dæmi sem Iceland Express nefni um að verð Icelandair sé ávallt undir verði Iceland Express gefi ekki rétta mynd af aðstæðum á markaði. Til að sýna fram á óréttmæti fullyrðinga félagsins um að Icelandair bjóði því sem næst ótakmarkaðan fjölda af flugsætum á ódýrustu fargjöldunum og gæti þess að vera ávallt örlítið fyrir neðan verðlagningu Iceland Express á öðrum fargjöldum hafi Icelandair tekið saman einföld dæmi um ferðaáætlanir þar sem verð félagsins sé hærra en verð Iceland Express. Í nokkrum tilvikum sé um umtalsverðan mun að ræða.

Icelandair hafnar því að engar rekstrarlegar forsendur geti verið fyrir aðgerðum félagsins. Fullyrðing Iceland Express þar um sé fundin með því að deila fjölda fluttra farþega í rekstrarkostnað félagsins en sá útreikningur getur af sér þá niðurstöðu að kostnaður á hvern farþega sé tæpar 60.000 kr. Aðferð Iceland Express sé m.ö.o. sú að finna kostnað á hvern flugfarþega með því að dreifa kostnaði allrar Flugleiðasamstæðunnar, sem sé alhliða ferðaþjónustufyrirtæki, niður á flugfarþega Icelandair. Slíkir útreikningar hafi af augljósum ástæðum enga þýðingu við úrlausn þessa máls og gefi ekki tilefni til frekari athugasemda af hálfu Icelandair.

Hvað sem þessu líði megi ljóst vera að Icelandair muni haga verðlagningu sinni þannig að hún skili félaginu sem mestum tekjum af einstökum flugleiðum en upplýsingar um ferðaáætlanir (og þar með gróflega sætafjölda) liggi fyrir með umtalsverðum fyrirvara. Í því sambandi muni samkeppni, yfirstandandi eða líkleg, frá öðrum flugfélögum ávallt hafa áhrif. Það liggi í hlutarins eðli að tekjustýringarkerfi flugfélaga taki m.a. mið af framboði keppinauta á sætum í hverjum verðflokki á hverri flugleið. Ekkert í lögum skyldi Icelandair til að taka sérstakt tillit til tekjuáætlana keppinauta sinna eða banni félaginu að „raska“ þeim. Það eigi við um Iceland Express sem og aðra keppinauta.

Icelandair hafnar því sem fram komi í máli Iceland Express að aðgerðir félagsins séu fjölþættar og afar umfangsmiklar og að þeim sé augljóslega beint gegn Iceland Express. Icelandair bendir á að þar sem aðgerðirnar geti ekki snert neinn annan en Iceland Express væri afar erfitt að átta sig á því í hverju heimildir markaðsráðandi fyrirtækis til að bregðast við samkeppni felist verði tekið undir þessi sjónarmið.

Séu framangreindar aðgerðir bornar saman við áðurnefndan mælikvarða, þ.e. ef lagt sé mat á hvort einstök tilvik sem Iceland Express tilgreini sem dæmi um ólögmdæta háttsemi Icelandair geti ekki talist skynsamleg frá viðskiptalegum sjónarhóli nema áhrifin séu þau að keppinautur þurfi frá að hverfa og enginn komi í hans stað, komi skýrlega í ljós að svo sé ekki. Ekkert þeirra dæma sem vikið sé að hér að framan sé þess eðlis að geta talist beinlínis óskynsamlegt frá viðskiptalegum sjónarhóli nema samkeppni á markaði verði útrýmt um lengri tíma. Gildi þá einu hvort einstök dæmi séu borin saman við þann mælikvarða eða markaðshegðun Icelandair í heild. Þá sé að mati Icelandair fráleitt að líta svo á að umrædd dæmi verði talin hluti af áætlun er hafi það að markmiði að útrýma Iceland Express. Í gögnum málsins liggi ekkert fyrir um slíka áætlun enda sé engin slík áætlun til.

Eins og bent hafi verið á hafi Iceland Express með afar litlum tilkostnaði, á mjög skömmum tíma og án sérhæfðra eða takmarkaðra framleiðsluþátta náð verulegri markaðshlutdeild á verðmætustu leiðunum til og frá landinu. Því sé ljóst að takmarkanir að þeim markaði sem um ræðir séu óverulegar. Allt eins sé líklegt að önnur flugfélög muni hefja hér samkeppni við Icelandair með svipuðum hætti síðar,

hver svo sem örlög Iceland Express verði. Þessi aðstaða mæli eindregið gegn því að Icelandair geti hagnast á því að beita skaðlegri undirverðlagningu hvort sem lítið sé til lengri eða skemmri tíma. Það styðji að samkeppni Icelandair við Iceland Express sé eingöngu rekin á lögmætum viðskiptalegum forsendum.¹²

Þá segir að ekki verði betur séð en að Iceland Express geri sér grein fyrir þessu enda segi orðrétt í erindi félagsins að það telji í öllu falli ljóst, burtséð frá sönnun um ásetning Icelandair til að útiloka Iceland Express frá markaði, að aðgerðir Icelandair séu til þess fallnar að hafa þau áhrif að Iceland Express neyðist til að hætta starfsemi. Ómögulegt sé að hafa samúð með þessu sjónarmiði Iceland Express. Neyðist félagið til að hætta starfsemi, eins og það virðist spá fyrir um, stafi það ekki af ólögmætri hegðun Icelandair heldur af eigin óskilvirkni. Samkeppnislögum sé ekki ætlað að halda hlífiskildi yfir óskilvirkum fyrirtækjum. Þeim verði því ekki beitt til að styðja við eða bæta fyrir annmarka á rekstri Iceland Express, en sá virðist einmitt vera megintilgangurinn með kvörtun félagsins. Ekki stoði fyrir fyrirtækið að halda því fram, án þess að styðja það gögnum, að kostnaður þess á hvert flugsæti sé talsvert lægri en hjá Icelandair vegna takmarkaðrar yfirbyggingar og þjónustu við farþega. Aðrir rekstrarþættir geti haft afgerandi áhrif, s.s. stofnfjármögnun, traust viðskiptavina og vanhugsáðar tekjuáætlanir. Vegna samanburðar við Icelandair skuli áréttað að eftir umtalsverðan niðurskurð kostnaðar í rekstri félagsins á undanförunum árum sé kostnaðaruppbygging Icelandair í dag í meginatriðum sambærileg við það sem tíðkist hjá svokölluðum lágfargjaldaflugfélögum.

Verð Icelandair aldrei niður fyrir verð Iceland Express

Þess sé áður getið að við ákvörðun þess hvort verðlagning Icelandair sé skaðleg í skilningi 11. gr. samkeppnislaga beri að líta til meðalverðs á tilteknu tímabili. Það veki hins vegar athygli að jafnvel lægsta verð Icelandair hafi aldrei farið niður fyrir lægsta verð Iceland Express. Það virðist óumdeilt í málinu, en þegar Iceland Express sé búið að „reikna“ lægsta verð Icelandair niður í 14.800 kr. sé það sambærilegt verð og lægstu fargjöld Iceland Express. Samkvæmt því hafi Icelandair aldrei gengið lengra en svo að mæta verði Iceland Express án þess að um undirboð sé að ræða. Það sé því óhugsandi að Icelandair hafi farið út fyrir heimildir sínar til að mæta samkeppni en þær séu ótvíræðar að mati félagsins. Icelandair hafi því ekki gerst brotlegt við samkeppnislög.

¹² Til frekari stuðnings sé því við að bæta að Icelandair og önnur félög innan Flugleiðasamstæðunnar hafi veitt Iceland Express ýmiskonar þjónustu á sviði flugrekstrar. Sem dæmi annist Icelandair öryggisþjálfun flugþjónustuliða Iceland Express. Iceland Express leigi húsnæði af Flugþjónustunni á Keflavíkurlflugvelli ehf. og muni hafa gert ýmsa aðra samninga við það félag. Þá muni Tækniþjónustan á Keflavíkurlflugvelli ehf. hafa gert viðhaldssamning við Astraeus til langs tíma.

Um verðmismunun

Að mati Icelandair verði ekki séð að í erindi Iceland Express sé Icelandair nokkurs staðar beinlínis gefið að sök að mismuna viðskiptavinum. Þó sé bent á að fargjöld til annarra áfangastaða en þeirra sem Iceland Express fljúgi til séu hærri. Jafnframt sé vísað til ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar í máli Eurofix Ltd. og Bauco Ltd. gegn Hilti og látið að því liggja að þau sjónarmið sem þar komi fram eigi við í máli þessu. Því beri að hafna. Sú málsgrein ákvörðunarinnar sem vísað sé til í bréfi Iceland Express lýsi allt annarri aðstöðu og markaðshegðun en hér sé um að ræða. Hún eigi engan veginn við nú.

Atvik í Hilti málinu lýsi allt öðrum veruleika en þeim sem blasi við í samkeppni Icelandair við Iceland Express á hinum skilgreindu mörkuðum. Tilvitnuð ákvörðun styðji því ekki málalíbúnað Iceland Express.

Icelandair leggi áherslu á að þó fargjöld til Kaupmannahafnar og London kunni í einhverjum tilvikum að vera lægri en verð til annarra áfangastaða félagsins felist ekki í því ólögmet mismunun í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Komi einkum tvennt til: Annars vegar að fargjöld Icelandair séu almenn og standi öllum til boða, öfugt t.d. við umrætt tilboð Hilti sem aðeins gildi fyrir helstu viðskiptavini keppinauta þess. Hins vegar að fargjöld Icelandair raski ekki samkeppnisstöðu milli fyrirtækja. Um þetta sé sérstaklega fjallað í bréfi Icelandair til Samkeppnisstofnunar frá 21. febrúar 2003 og vísist nánar til þess er þar segi.

Að mati Icelandair sé ástæða að taka fram að vitaskuld sé ekkert óeðlilegt við að verð lækki við aukna samkeppni og verð sé almennt lægra á flugleiðum þar sem samkeppni sé hörð eða líkleg en á þeim leiðum þar sem hún sé takmörkuð eða ólíkleg. Það liggi sem áður segi í hlutarins eðli að tekjustýringarkerfi flugfélaga taki m.a. mið af framboði keppinauta á sætum í hverjum verðflokki á hverri flugleið. Sú krafa verði aldrei gerð til Icelandair, bregðist félagið við samkeppni á einum markaði með því að lækka verð, að það lækki þá verð á öðrum mörkuðum einnig. M.ö.o., lækki Icelandair verð á einum markaði vegna samkeppni eigi félagið yfir höfði sér ásakanir um ólögmetna mismunun í garð viðskiptavina á öðrum mörkuðum.

Loks skuli tekið fram að Icelandair sé ekki gefið að sök að mismuna flugfarþegum innan einstakra leiða og sé því óþarft að ræða það sérstaklega hér. Til hliðsjónar við framangreint skuli þó á það bent að samkeppnisyfirvöld hafi ekki talið tilefni til að beita íhlutun gagnvart „verðmismunun“ flugfélaga sem leiði af tekjustýringu. Hagfræðileg greining sýni í langflestum tilfellum fram á að „verðmismunun“ á flugmarkaði sé þjóðhagslega hagkvæm í þeim skilningi að hún auki samanlagðan framleiðendaábata og neytendaábata.

Sönnunarbyrði og sönnunarkröfur

Icelandair vekur athygli á að Iceland Express hafi m.a. í máli þessu gert kröfu um að Icelandair verði gert að greiða sektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga. Sektorheimildir samkeppnisráðs samkvæmt umræddu lagaákvæði séu verulega íþyngjandi og í ljósi þess sé það skoðun Icelandair að ekki sé nokkrum vafa undirorpið að verði tekið undir sjónarmið Iceland Express í máli þessu felist í því áskanir um refsiverða háttsemi í skilningi 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmálans, sbr. lög nr. 62/1994. Þetta stafi einkum af þeirri fjárhæð stjórnvaldssekta sem samkeppnisráði sé heimilt að leggja á fyrirtæki vegna brota gegn bannákvæðum samkeppnislaga en jafnframt af tilganginum sem álagningu þeirra sé ætlað að þjóna. Af framangreindu leiði einnig að viðurlög þau er samkeppnislög heimili samkeppnisráði að leggja á vegna brota gegn 11. gr. laganna séu refsingar í víðum skilningi þess orðs. Afleiðingin sé sú að sönnunarkröfur í málum sem þessum jafnist á við þær kröfur sem gera verði til sönnunar um sekt í refsimálum, þ.e. í lögfullri sönnun felst að hafið sé yfir allan skynsamlegan vafa að brot hafi átt sér stað.

Telji samkeppnisyfírvöld að Icelandair hafi brotið gegn samkeppnislögum hvíli því á þeim eftir atvikum að sanna þannig að hafið verði yfir allan skynsamlegan vafa í fyrsta lagi að verðlagning Icelandair á tilteknu tímabili hafi verið undir tilskildu hlutfalli af kostnaði fyrirtækisins. Í öðru lagi að Icelandair hafi gerst sekt um aðgerðir er hafi verið liður í fyrirfram markaðri áætlun um að útrýma samkeppni frá Iceland Express og í síðasta lagi að Icelandair hafi mismunað viðskiptavinum í sambærilegum viðskiptum og með því raskað samkeppnisstöðu þeirra.

Svari Icelandair fylgdu tvö fylgiskjöl. Annars vegar fylgdi bréf samgönguráðuneytisins til Samtaka ferðaþjónustunnar, dags. 21. janúar 2003, þar sem fjallað er um lagalega ábyrgð á tryggingum farþega með Reykjavík Express ehf. Hins vegar fylgdu nokkur dæmi Icelandair um ferðaáætlanir þar sem fargjöld félagsins eru hærri en fargjöld Iceland Express.

7.

Samkeppnisstofnun sendi umsögn Icelandair til Iceland Express með bréfi, dags. 9. maí sl. þar sem félaginu var gefinn kostur á að koma að athugasemdum. Bréf Iceland Express, dags. 13. maí sl., barst stofnuninni þar sem segir að þeim sjónarmiðum sem fram komi í umsögn Icelandair hafi að mestu þegar verið svarað í fyrri umsögnum Iceland Express vegna málsins. Þó þyki rétt að gera athugasemdir við nokkur atriði í umsögn Icelandair. Að öðru leyti vísist til umsagnar Iceland Express frá 4. apríl 2003.

Skilgreining markaðarins

Að því er varði skilgreiningu markaðarins segir að Iceland Express hafi þegar gert athugasemdir við mat Icelandair á markaðnum og vísist til þeirra. Til viðbótar vilji félagið geta þess að margt bendi til að vegna lægra farmiðaverðs til Kaupmannahafnar

og London hafi farþegum á þessum leiðum fjölgað en fækkað á sama tíma til annarra áfangastaða. Iceland Express telji að samanburður á fjölda farþega til einstakra áfangastaða Icelandair eftir að Iceland Express hafi hafið starfsemi við fjölda farþega á sama tíma í fyrra staðfesti að veruleg staðganga sé á milli einstakra áfangastaða Icelandair. Í þessu sambandi er vísað til ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB frá júlí 1999 í máli gegn Virgin/British Airways. Þar komi fram að ferðir til og frá Bretlandi sem fólk fari í sér til skemmtunar og afþreyingar tilheyri sama markaði í skilningi samkeppnisréttar þar sem staðganga sé á milli þeirra ferða.

Iceland Express hafnar þeim gögnum sem Icelandair leggur til grundvallar mati á markaðshlutdeild. Icelandair gefi sér af fjöldi farþega hjá Iceland Express sé talsvert meiri en rauntölur segi til um. Miðað sé við að sætanýting hjá Iceland Express í mars hafi verið 71% eða um 13.000 seld sæti. Rétt sé að [...] ¹³ farþegar hafi flogið með Iceland Express í mars. Vegna þessa standist ekki þær forsendur sem gengið sé út frá í umsögn Icelandair. Þessar rangfærslur skipti þó ekki máli þar sem Icelandair teljist engu að síður vera markaðsráðandi á þeim mörkuðum sem félagið skilgreini. Þar eigi að líta á stöðu Icelandair við tilkomu Iceland Express.

Þá segir að Icelandair hafi staðfest að félagið hafi að jafnaði um 75% af sætaframboði milli Íslands og Evrópu. Vísað er til fyrri athugasemda um fjárhagslegan styrk Icelandair, styrkrar stöðu á öllum áætlunarleiðum og tengdum mörkuðum. Hafa beri í huga í þessu sambandi að eðlilegt sé að markaðshlutdeild Icelandair hafi lækkað á þeim mörkuðum sem Iceland Express starfi á. Það geti hins vegar ekki leitt til þess að Icelandair teljist ekki lengur markaðsráðandi á umræddum leiðum enda sé Iceland Express að stíga sín fyrstu skref í samkeppni við Icelandair og hafi ekki náð að festa sig í sessi. Niðurstaða í þá veru gerði það að verkum að Icelandair væri heimilt að neyta augljóss aflsmunar til að útiloka nýja keppinauta frá einstökum mörkuðum í skjóli þess að félagið hafi tímabundið tapað nokkurri markaðshlutdeild.

Iceland Express hafnar því alfarið að hugsanleg eða jafnvel fyrirhuguð samkeppni erlendra flugfélaga, s.s. Ryanair, geti haft áhrif á mat samkeppnisyfirvalda á stöðu Icelandair. Á meðan slík samkeppni sé ekki fyrir hendi verði augljóslega ekki til hennar litið.

Skaðleg undirverðlagning

Iceland Express hafnar því að félagið hafi ekki fært nein rök fyrir því að um skaðlega undirverðlagningu geti verið að ræða í tilvikum þar sem vara eða þjónusta sé seld undir meðaltali heildarkostnaðar. Sjónarmið Iceland Express þess efnis hafi verið studd ýmsum rökum enda séu þau í fullu samræmi við fræðikenningar samkeppnisréttar og framkvæmd jafnt hér á landi sem innan ESB. Áður hafi m.a.

¹³ Fellt út vegna trúnaðar.

verið vísað til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 13/2000 þar sem fram komi með afar skýrum hætti að um skaðlega undirverðlagningu geti verið að ræða ef markaðsráðandi fyrirtæki selji vöru á verði sem sé undir meðaltali heildarkostnaðar. Þessi sjónarmið séu í samræmi við framkvæmd samkeppnisreglna innan ESB og hafi í fyrri athugasemdum verið vísað til dóma því til staðfestingar.

Icelandair hafi vísað til fordæma úr bandarískum rétti því til stuðnings að miða beri við meðaltal breytilegs kostnaðar í stað meðaltal heildarkostnaðar. Iceland Express hafnar því að tilvitnaður dómur United States gegn American Airlines geti haft fordæmisgildi í málinu. Í því sambandi er vísað til ræðu sem William J. Kolasky aðallögfræðingur í deild samkeppnismála í bandaríska dómsmálaráðuneytinu hafi flutt á árlegri ráðstefnu um alþjóðalög og samanburðarlög í London hinn 17. maí 2002. Þar hafi komið fram að afstaða til skaðlegrar undirverðlagningar í evrópskum og bandarískum rétti sé ekki sú sama. Af ræðu lögfræðingsins megi ráða að meira þurfi til að koma samkvæmt bandarískum rétti en evrópskum til að undirverðlagning teljist vera skaðleg. Miðað sé við að sú hegðun sem um ræði þurfi að uppfylla tvenns konar skilyrði til að um skaðlega undirverðlagningu geti verið að ræða. Verðlagning þurfi fyrir það fyrsta að vera undir tilteknum skilgreindum kostnaðarviðmiðum og í öðru lagi þurfi að vera tiltekin líkindi fyrir því að það fyrirtæki sem sæti rannsókn muni geta náð ágóðamissi af slíkri verðlagningu til baka þegar samkeppni hafi verið rutt úr vegi. Dómstóll EB hafi ekki talið að þetta síðara skilyrði þurfi að vera uppfyllt og þá hafi lögfræðingurinn vakið athygli á því að dómstóll EB hafi, gagnstætt því sem flestir dómstólar í Bandaríkjunum hafi gert, haldið því opnu í málum af þessu tagi að miðað verði við meðaltal heildarkostnaðar í stað meðaltal breytilegs kostnaðar.

Iceland Express vísi til þess að við setningu íslensku samkeppnislaganna og síðari breytingar á þeim hafi í verulegum atriðum verið litið til evrópskra samkeppnisreglna. Í greinargerð með samkeppnislögum sé að finna beinar tilvísanir í samkeppnisreglur ESB og fordæmi framkvæmdastjórnar og dómstóls EB. Af þessum sökum standi það hérlandum samkeppnisyfirvöldum nær að líta til þeirra reglna sem mótaðar hafi verið innan ESB en frávika frá þeim reglum sem rekja megi til bandarísks réttar.

Iceland Express árétti að hlutfall breytilegs kostnaðar við hvern flugfarþega sé lágt enda þekkt að fastur kostnaður vegi þungt í starfsemi af þessu tagi. Verði fallist á sjónarmið Icelandair hvað þennan þátt varði þá sé ljóst að Icelandair geti verðlagt þjónustu sína tímabundið langt undir heildarkostnaði með þeim afleiðingum að engar forsendur séu fyrir nýja keppinauta til að ná fótfestu á umræddum mörkuðum.

Af umsögn Icelandair verði ráðið að félagið telji forsendu þess að samkeppnisráð geti komist að þeirri niðurstöðu að um skaðlega undirverðlagningu hafi verið að ræða að samkeppnisyfirvöld sanni að félagið hafi gert áætlun um að útrýma keppinaut sínum. Iceland Express vísi slíkum kenningum alfarið á bug enda fari þær þvert á þær

grundvallarreglur sem fram til þessa hafi gilt við mat á brotum sem þessum. Þá sé ljóst að í 11. gr. samkeppnislaga sé ekki gert að skilyrði að einhver slík huglæg skilyrði séu fyrir hendi enda í flestum tilvikum afar erfitt um sönnun ef vilji brotlegra aðila standi til að leyna ásetningi til verksins. Umfang og eðli aðgerða Icelandair beri það hins vegar með sér að gripið hafi verið til þeirra í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að Iceland Express nái fótfestu á markaðnum.

Þá megi víða sjá þess stað í málum hérlendra samkeppnisyfirvalda að ekki þurfi að sýna fram á að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis hafi í raun haft áhrif á samkeppni til að um brot geti verið að ræða á 11. gr. samkeppnislaga. Nægjanlegt sé að aðgerðin sé líkleg til að hafa umrædd áhrif. Afar rík skylda hvíli á markaðsráðandi fyrirtæki til þess að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geti með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríki á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni. Þá hafi jafnframt verið talið að misnotkun þurfi ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggist á hinum efnahagslega styrkleika sem felist í markaðsráðandi stöðu.

Að því er varði vildarpunktakerfi Icelandair vilji Iceland Express vekja athygli á því að frelsi markaðsráðandi fyrirtækja til að viðhalda slíkum afsláttarkerfum sé takmarkað. Þannig hafi flugfélagið SAS t.d. þurft að leggja af slíkt vildarkerfi á þeim flugleiðum innan Svíþjóðar þar sem samkeppni sé fyrir hendi. Sömu sjónarmið hafi komið fram í dómum dómstóls EB og ákvörðunum framkvæmdastjórnar EB.

Að lokum vilji Iceland Express vekja athygli á ákvörðun samkeppnisyfirvalda í Þýskalandi í máli sem um margt sé líkt því máli sem hér um ræði. Um sé að ræða ákvörðun vegna aðgerða þýska flugfélagsins Lufthansa gagnvart flugfélaginu Germania á flugleiðinni Frankfurt-Berlín. Síðarnefnda flugfélagið hafi hafið starfsemi á umræddri leið í nóvember 2001 og hafi þá boðið ferðir á 99 € aðra leiðina. Lufthansa hefði áður selt miða fram og til baka á sömu leið fyrir 485 € en lækkað verðið niður í 200 € við tilkomu þessa nýja keppinautar. Talið hafi verið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu hefði verið að ræða þar sem ferðir hefðu verið seldar undir kostnaðarverði og að slík hegðun gæti eingöngu verið tilraun til að koma í veg fyrir að keppinauturinn næði fótfestu á umræddum markaði. Þá hafi sérstaklega verið vísað til þess að hegðun Lufthansa væri ekki einungis til þess fallin að koma í veg fyrir samkeppni á umræddri flugleið heldur myndi hún fæla nýja keppinauta frá öðrum leiðum ef hún yrði látin óátalin. Lufthansa hafi verið gert að haga verðlagningu sinni á umræddri leið þannig að þeirra verð væri alltaf 35 € herra (þó ekki herra en 134 €) en verð Germania fyrir aðra leiðina. Umrætt bann hafi gilt til tveggja ára. Áfrýjunardómstóllinn í Düsseldorf hafi staðfest þessa ákvörðun með þeirri breytingu einni að lækka umræddan verðmun í 30,5 €.

Hröð málsmeðferð

Iceland Express mótmælir því að Icelandair verði gefinn kostur á að koma að athugasemdum sínum skriflega á framfæri að undangenginni frumathugun samkeppnisyfirvalda. Samkvæmt 1. mgr. 16. gr. reglna nr. 922/2001 sé samkeppnisyfirvöldum einungis skylt að skila af sér frumathugun ef íþyngjandi ákvörðun kunnri að verða tekin í málum sem séu að öllu leyti rekin að eigin frumkvæði samkeppnisyfirvalda. Þau skilyrði séu augljóslega ekki uppfyllt í þessu máli. Samkvæmt 4. mgr. 16. gr. reglnanna sé samkeppnisyfirvöldum heimilað að birta frumathugun í málum þrátt fyrir að skilyrði 1. mgr. 16. gr. séu ekki uppfyllt ef atvik þyki óskýr eða æskilegt af öðrum orsökum að upplýsa málið frekar. Þetta ákvæði sé undantekningarákvæði frá venjulegri málsmeðferð og við mat á því hvenær því skuli beitt verði m.a. að horfa til 9. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 um hraða málsmeðferð. Iceland Express hafi ríka hagsmuni af því að málinu verði hraðað sem mest þar sem háttsemi Icelandair valdi félaginu tjóni á hverjum degi sem líði fram að íhlutun samkeppnisyfirvalda. Þess sé krafist að málið verði lagt fyrir samkeppnisráð til ákvörðunar svo fljótt sem unnt sé.

Iceland Express hafni því einnig að Icelandair verði veitt heimild til að flytja málið munnlega fyrir samkeppnisráði. Samkvæmt 21. gr. reglna nr. 922/2001 skuli málsmeðferð fyrir samkeppnisráði vera skrifleg. Tilvik í því máli sem hér sé til meðferðar séu ekki að neinu leyti svo sérstök að það kalli á frávik frá meginreglu um skriflegan flutning mála fyrir samkeppnisráði. Icelandair hafi þegar fengið rúman tíma til að koma að athugasemdum og leggja fram gögn vegna kvörtunar Iceland Express. Ákvörðun um munnlegan flutning málsins fyrir samkeppnisráði sé til þess eins fallin að tefja afgreiðslu málsins.

Niðurlag

Iceland Express árétti að Icelandair hafi um áratugaskeið verið markaðsráðandi fyrirtæki á íslenskum flugmarkaði og hafi lengi vel verið „laust“ við alla samkeppni svo heitið geti. Fyrirtækið hafi því fjárhagslega burði til þess að taka á sig tap um tíma til að útiloka nýja keppinauta frá markaðnum. Aðgerðir Icelandair gagnvart Iceland Express beri það með sér að þeim sé ætlað að koma í veg fyrir að félagið nái að festa sig í sessi á markaði fyrir áætlunarflug til og frá Íslandi. Slíkt framferði brjóti í bága við meginmarkmið og ákvæði samkeppnislaga og sé til þess fallið að draga verulega úr samkeppni á íslenskum flugmarkaði og valda íslenskum neytendum tjóni.

Þeim sjónarmiðum Icelandair að aðgerðir félagsins á umræddum flugleiðum geti ekki talist óskynsamlegar frá viðskiptalegum sjónarhóli sé vísað á bug. Þá sé ljóst að fullyrðingar um að allt eins líklegt sé að ný félög hefji samkeppni við Icelandair ef Iceland Express hrökklist frá markaðnum séu afar hæpnar. Nægi þá að líta til þeirrar stöðu sem ríkt hafi á þessum markaði til margra áratuga. Þá sé ljóst að takist

Icelandair að hrekja Iceland Express af markaðnum muni það án efa verða til þess að fæla hugsanlega keppinauta frá áætlunum um starfsemi hér á landi.

Með vísan til þess sem að framan sé rakið og fram hafi komið í fyrri athugasemdum sé þess krafist að heimildir samkeppnislaga til að stöðva aðgerðir Icelandair verði nýttar og félaginu jafnframt gert að greiða sektir samkvæmt 52. gr. laganna.

Svari Iceland Express fylgdu einnig athugasemdir við samanburð Icelandair á fargjöldum félaganna, sbr. fylgiskjal nr. 2 í bréfi Icelandair til Samkeppnisstofnunar frá 7. maí sl. Segir að Iceland Express hafi kannað þessi sömu fargjöld sem Icelandair tilgreini. Um sé að ræða fimm flug Icelandair frá Keflavík til Kaupmannahafnar og fjögur flug frá Keflavík til London. Við samanburðinn sé það að athuga að Icelandair velji svo til eingöngu ferðir sem ná yfir meira en viku en fargjaldareglur Icelandair séu þannig að þegar ferð taki lengri tíma en viku hækki fargjald alla jafna. Það sé í styttri ferðum, svokölluðum helgarferðum, sem sé eitt algengasta form ferðalaga sem Icelandair hafi verið að bjóða svipuð eða lægri fargjöld en Iceland Express. Samanburður Icelandair gefi því engan veginn rétta mynd af fargjaldaframboði félagsins. Þar að auki komi í ljós við könnun á fargjöldunum nokkrum dögum síðar að í þremur tilvikum hafi verið hjá Icelandair verið lækkað umtalsvert. Þá sé vert að benda sérstaklega á villandi tölu sem gefin sé upp fyrir ferð til London frá 27. maí til 1. júní. Fram hafi komið á bókunarvef Icelandair að þarna sé ekki um beint flug til London að ræða, heldur tengiflug frá Glasgow með British Midland en vitaskuld megi ætla að við slíkar kringumstæður þurfi að greiða hærri verð. Þá segir ennfremur að við athugun á bókunarvef Icelandair komi í ljós að ekkert hafi dregið úr framboði félagsins af fargjöldum fyrir rúmlega 19 þús. kr. og að þetta framboð gildi langt fram á haust, en þó eingöngu á flugleiðunum til Kaupmannahafnar og London.

8.

Samkeppnisstofnun sendi athugasemdir Iceland Express til Icelandair með bréfi, dags. 15. maí 2003. Stofnuninni bárust athugasemdir Icelandair með bréfi, dags. 31. maí 2003. Í athugasemdunum eru ítrekuð fyrri sjónarmið um skilgreiningu markaðarins. Að því er varði tilvísun Iceland Express til ákvörðunar framkvæmdastjórnar Evrópubandalagsins í máli Virgin/British Airways segir að sú ákvörðun varði afsláttarfyrirkomulag British Airways gagnvart ferðaskrifstofum en atvik þess máls eigi ekki að öðru leyti við hér. Ekki verði annað ráðið en að grundvallarmisskilnings gæti í bréfi Iceland Express um það hvernig samkeppnismarkaðir séu skilgreindir í ákvörðuninni. Skilgreining framkvæmdastjórnarinnar sé í samræmi við skilgreiningu Icelandair en í ósamræmi við skilgreiningu Iceland Express. Í ákvörðuninni sé vörumarkaðurinn skilgreindur þannig að „vörurnar“ séu flug til og frá flugvöllum í Bretlandi. Þessi „hópur vara“ samanstandi af mismunandi vörumörkuðum sem nánar séu skilgreindir eftir brottfarar- og áfangastöðum farþeganna og að hvaða leyti tími og verð hafi áhrif.

Þessi skilgreining sé í samræmi við aðrar ákvarðanir og dóma sem Icelandair hafi áður vísað til í þessu samhengi.

Icelandair hafnar því að lægra farmiðaverð til Kaupmannahafnar og London hafi haft þau áhrif að farþegum á þessum leiðum hafi fjölgað en fækkað á sama tíma til annarra áfangastaða. Samanburður á fjölda farþega til einstakra áfangastaða Icelandair eftir að Iceland Express hafi hafið starfsemi við fjölda farþega á sama tíma í fyrra staðfesti ekki að veruleg staðganga sé á milli einstakra áfangastaða. Þau dæmi um verð á fargjöldum sem Icelandair hafi lagt fyrir Samkeppnisstofnun staðfesti að á þeim tíma sem um ræðir hafi farþegum ekki fækkað til annarra áfangastaða miðað við sama tíma í fyrra.

Að því er varði athugasemdir Iceland Express við þá markaðshlutdeild sem Icelandair hafi byggt á upplýsingum um sætanýtingu þá hafi umræddar upplýsingar stafað frá Iceland Express. Séu þessar forsendur rangar sé ekki við Icelandair að sakast. Hvað sem því líði sé ljóst að samkeppnisyfirvöld geti aflað upplýsinga um markaðshlutdeild Iceland Express á þeim mörkuðum sem hér skipti máli. Icelandair fullyrði að við slíka skoðun yrði staðfest það sem máli skipti, þ.e. að sú hlutdeild sé á skömmum tíma orðin veruleg og fari vaxandi.

Þá segir að það sé alþekkt í samkeppnisrétti að við mat á markaðsstyrk félags verði ekki aðeins litið til markaðshlutdeildar heldur verði einnig að líta til m.a. hugsanlegrar samkeppni sem þó sé ekki orðin að veruleika. Hugsanleg og fyrirhuguð samkeppni geti því haft áhrif á mat samkeppnisyfirvalda á stöðu Iceland Express.

Í ljósi þessa þyki rétt að ítreka fyrri sjónarmið um að sérhvert flugfélag sem stofnað hafi til starfsemi innan Evrópska efnahagssvæðisins teljist til hugsanlegra keppinauta Icelandair á flugleiðum milli Íslands og annarra áfangastaða í Evrópu. Óþarft sé að minna á að flest hafi þessi flugfélög fjárhagslega yfirburði gagnvart Icelandair. Framhjá þessu verði ekki litið við greiningu á markaðsstyrk félagsins.

Þá er vísað til þess sjónarmiðs Iceland Express að við mat á því hvort Icelandair hafi gerst sekt um skaðlega undirverðlagningu og þar með brot á 11. gr. samkeppnislaga beri að taka mið af því hvort fargjöld hafi verið seld undir meðaltali heildarkostnaðar. Að mati Icelandair verði ekki stuðst við meðaltal heildarkostnaðar sem kostnaðarviðmið nema verð sé liður í áætlun um að ryðja keppinauti af markaði. Ástæða sé til að taka fram að hér sé ekki um „kenningu“ Icelandair að ræða eins og Iceland Express haldi fram og því er mótmælt að þessi málsástæða fari „þvert á þær grundvallarreglur sem fram til þessa hafa gilt við mat á brotum sem þessum.“ Hér sé einfaldlega verið að vísa til sjónarmiða sem almennt hafa verið viðurkennd í

evrópskum samkeppnisrétti frá því að Evrópudómstóllinn sló þeim föstum í dómi frá 1991 á bls. I-3359 í máli AKZO gegn framkvæmdastjórninni.

Í málinu þótti m.a. sannað að AKZO hefði haft í hótunum gagnvart keppinauti sínum um að lækka verð undir kostnað ef keppinauturinn yrði ekki við því að halda viðskiptum sínum utan þeirra markaða sem AKZO starfaði á. Þær hótanir sem hér sé vísað til og AKZO hafði viðhaft hafi verið settar fram á fundum aðila árið 1979. Hótanirnar hafi verið staðreyndar fyrir dómi með framburði eins af stjórnendum AKZO og jafnframt hafi mátt ráða þær af minnisblaði framkvæmdastjóra félagsins sem legið hafi fyrir í málinu.

Icelandair fullyrði að félagið hafi ekki viðhaft slíkan ásetning gagnvart Iceland Express. Ljóst sé að engin sönnunargögn af þeim toga liggi fyrir enda engum slíkum ásetningi eða gögnum um hann til að dreifa. Bresti því skilyrði fyrir samkeppnisyfirvöld til að komast að þeirri niðurstöðu að Icelandair hafi gerst sekt um skaðlega undirverðlagningu og þar með brot gegn 11. gr. samkeppnislaga nema sýnt verði fram á að félagið hafi verðlagt sig undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Svo sé ekki.

Því sé hins vegar við að bæta að af samanburði á meðalfargjöldum Icelandair á flugleiðunum til og frá Kaupmannahöfn og London og meðaltali heildarkostnaðar á farþega á sömu leiðum verði ráðið að verð félagsins sé ekki aðeins yfir meðaltali breytilegs kostnaðar heldur einnig yfir meðaltali heildarkostnaðar. Fargjöld Icelandair séu samkvæmt þessu yfir þeim kostnaði sem af ferðunum hljótist óháð því hvort meðaltal breytilegs kostnaðar eða meðaltal heildarkostnaðar sé lagt til grundvallar við mat á skaðlegri undirverðlagningu. Það hljóti að taka af öll tvímæli um það að Icelandair hafi ekki gerst sekt um ólögmdæta háttsemi gagnvart Iceland Express.

Iceland Express hafi ekki andmælt sjónarmiðum Icelandair um að við mat á því hvort verðlagning sé skaðleg skuli tekið mið af meðalverði Icelandair á ákveðnu tímabili. Því sé vísað til fyrri umfjöllunar um þetta atriði í bréfi, dags. 7. maí 2003.

Þá segir að Iceland Express hafi ekki andmælt þeim sjónarmiðum sem Icelandair hafi sett fram um heimild félagsins til að mæta samkeppni. Enn hafi ekki verið bent á þá hegðun Icelandair sem ekki gæti talist skynsamleg í viðskiptalegu tilliti án þess að afleiðing hennar yrði sú að Iceland Express yrði knúið til að hverfa af markaði og enginn kæmi í þess stað. Ekkert sem fram hafi komið í málinu bendi til þess að Icelandair hafi haft ólögmdætan ásetning um að ryðja Iceland Express úr vegi á þeim mörkuðum sem máli skipta; markaðshegðun Icelandair sé þvert á mótí fyllilega í samræmi við það sem búast megi við af fyrirtæki á samkeppnismarkaði.

Það skuli ennfremur áréttað að Icelandair sé heimilt að mæta samkeppni. Í því felist m.a. að aldrei verði komist að þeirri niðurstöðu að félagið hafi gerst sekt um skaðlega undirverðlagningu nema sýnt sé fram á að verð þess sé lægra en verð Iceland Express. Svo sé ekki. Verðstefna Icelandair rúmist því ótvírætt innan heimilda félagsins til að bregðast við samkeppni.

Þá segir að Iceland Express hafi leitast við að sýna fram á ólögmætan ásetning Icelandair með því að nefna dæmi um markaðshegðun Icelandair. Í tvígang hafi Icelandair svarað þessum ávirðingum þar sem leiðréttar hafi verið rangfærslur í málatilbúnaði Iceland Express og teflt fram sjónarmiðum er sýni fram á svo varla verði um villst að hegðun Icelandair hafi í þessum tilvikum verið í fullkomnu samræmi við það sem búast megi við af fyrirtæki í samkeppni, m.ö.o. að enginn ólögmætur ásetningur hafi legið þar að baki. Iceland Express hafi að sama skapi tvisvar haft tækifæri til að gera athugasemdir við útskýringar Icelandair að þessu leyti. Það vekir því óneitanlega athygli að félagið hafi ekki minnst á þessar útskýringar í málatilbúnaði sínum fyrir samkeppnisyfirdum.

Frá því sé þó ein undantekning, sbr. fylgiskjal með bréfi Iceland Express, dags. 13. maí 2003, þar sem athugasemdir séu gerðar við samanburð Icelandair á fargjöldum, sbr. verðsamanburð Icelandair á ákveðnum ferðum sem lagt hafi verið fram sem fylgiskjal með bréfi félagsins, dags. 7. maí 2003. Iceland Express geri athugasemdir við samanburðinn í fyrsta lagi með vísan til þess að svo til eingöngu séu valdar ferðir sem ná yfir meira en viku. Þá komi fram í máli Iceland Express að fargjaldareglur Icelandair séu þannig að þegar ferð taki lengri tíma en viku hækki fargjaldið alla jafna. Þetta sé rangt. Ódýrustu Netsmellirnir séu jafnan bundnir takmörkunum um þriggja vikna hámarksdvöl. Það sé því ekki rétt að fargjald hækki alla jafna við það að ferð taki lengri tíma en viku. Minnt sé á að hjá Icelandair gildi svokölluð „sunnudagaregla“ á almennu farrými en í henni felist að fargjald sé bundið því skilyrði að farþegi dveljist yfir sunnudag. Því megi ljóst vera að það sé Iceland Express mjög í hag að nota ferðir sem taki lengri tíma en viku við þennan samanburð.

Þá segir að Iceland Express geri einnig athugasemd við það að við könnun á fargjöldum Icelandair nokkrum dögum eftir að könnun Icelandair hafi farið fram hafi verð Icelandair lækkað umtalsvert í þremur tilfellum. Í þessu sambandi skuli þess getið að í tveimur öðrum tilfellum hafi verð hækkað. Hvað sem því líði skýrist þessi munur einfaldlega af því að vegna tekjustýringar Icelandair auk gengisbreytinga geti skattar og þar með lægsta fáanlega verð viðskiptavinar breyst dag frá degi. Hinn mikli munur vegna ferðar til London 6. júlí 2003 en heim 15. sama mánaðar skýrist þó af því að eftir fargjaldakönnun Icelandair, en áður en fargjaldakönnun Iceland Express fór fram, hafi 70 manna hópur afpantað flug og við það hafi aftur opnast fyrir lægri fargjöld.

Þá geri Iceland Express „villandi tölu“ úr samanburði Icelandair að sérstöku umtalsefni en sú tala hafi verið gefin upp fyrir ferð til London frá 27. maí til 1. júní. Fundið sé að því að þarna sé ekki um beint flug að ræða heldur flug með millilendingu í Glasgow. Icelandair bendi hins vegar á að umrætt verð hafi verið ódýrasta verð sem stóð til boða á vegum félagsins til og frá London umrædda daga. Við leit Iceland Express sem framkvæmd var nokkrum dögum síðar hafi komið upp enn dýrara fargjald, og þá einnig með millilendingu í Glasgow. Það að við þessar leitir hafi komið upp flug með millilendingu þýði einfaldlega að aðeins hafi fengist enn dýrari farmiðar í beint flug þessa daga.

Samkvæmt framangreindu eigi sjónarmið Iceland Express um samanburð Icelandair á fargjöldum ekki rétt á sér. En vitaskuld sé auðvelt fyrir Samkeppnisstofnun að kanna þau fargjöld sem í boði séu á hverjum tíma ef talið verði að upplýsingar þar að lútandi skipti máli fyrir úrlausn málsins. Í ljósi þess þykir ekki ástæða til að víkja frekar að þessu eða nefna fleiri dæmi um það að fargjöld Icelandair séu hærri en fjargjöld Iceland Express.

Þá segir að í bréfi Iceland Express sé því haldið fram að á sama tíma og fallist er á heimildir Icelandair til að mæta samkeppni að „umfang og eðli“ aðgerða Icelandair beri það með sér að gripið hafi verið til þeirra í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að Iceland Express nái fótfestu á markaðnum. Þar sem skýringum Icelandair í fyrri bréfum hafi ekki verið hafnað eða gerðar við þær athugasemdir sé félaginu alls ómögulegt að gera sér grein fyrir hvað átt sé við.

Þá er í svari Icelandair vísað til ýmissa gagna sem félagið hafi lagt fram sem styðji málatilbúnað þess. Þessi gögn færi frekari stoðir undir að Icelandair hafi ekki farið út fyrir eðlileg mörk í samkeppni gagnvart Iceland Express. Umrædd gögn gefi tilefni til að benda m.a. á að tíðni ferða og sætaframboð Icelandair til Kaupmannahafnar og London hafi ekki aukist við innkomu Iceland Express á markaðinn. Þá séu meðalfargjöld Icelandair til og frá umræddum áfangastöðum í fullu samræmi við fargjöld til annarra áfangastaða í Evrópu. Þannig sé t.d. meðalfargjald í mars og apríl 2003 hæst á flugleiðinni til og frá Kaupmannahöfn sé tekið mið af þeim áfangastöðum sem Samkeppnisstofnun hafi sérstaklega óskað upplýsinga um.

Ennfremur skuli ítrekað það sem áður hafi komið fram um samanburð á meðalfargjöldum Icelandair á flugleiðunum til og frá Kaupmannahöfn og London og meðaltali heildarkostnaðar á farþega á sömu leiðum þar sem fram komi að verð Icelandair sé yfir meðaltali heildarkostnaðar. Rétt þyki að leggja sérstaka áherslu á þetta atriði því af því leiði að ekki séu skilyrði fyrir íhlutun gagnvart Icelandair jafnvel þótt fallist yrði á kostnaðarviðmið Iceland Express og haldlausar fullyrðingar um ólögmetan ásetning Icelandair.

Þá segir að Iceland Express hafi hafnað sjónarmiðum Icelandair sem byggð séu á bandarískri samkeppnislöggjöf og dómaframkvæmd en á sama tíma vísi félagið til ákvörðunar þýskra samkeppnisyfirlinga frá því í febrúar 2002 í máli Lufthansa. Atvik og aðstæður í því máli séu í grundvallaratriðum frábrugðin því sem hér eigi við enda viðbrögð Lufthansa við nýrri samkeppni á flugleiðinni Frankfurt-Berlín allt önnur en hér eigi við. Þannig megi nefna sem dæmi að Lufthansa hafi ekki aðeins lækkað verð í einu vetfangi um 60% frá því sem það hafi áður verið heldur hafi félagið boðið nýjan fargjaldaflokk sem hvað skilmála varðaði hafi tekið nákvæmt mið af fargjaldaskilmálum keppinautarins Germania. Það sem mestu máli skipti sé þó að þýsk samkeppnisyfirlingur hafi komist að þeirri niðurstöðu að fargjöld Lufthansa, sem ekki hafi nægt til að standa straum af kostnaði af umræddri flugleið, stæðust ekki próf um að vera skynsamleg í viðskiptalegu tilliti. Sú staðreynd og atvik öll yrðu aðeins skýrð þannig að tilgangurinn væri sá að ryðja keppinauti út af markaði með það fyrir augum að hækka síðan verð í kjölfarið. Reynslan hefði sýnt að þann leik hefði Lufthansa áður leikið. Samkvæmt þessu hafi verið talin skilyrði til íhlutunar gagnvart verðstefnu Lufthansa.

Í ljósi alls þess sem fyrir liggir í málinu sé varla nokkrum vafa undirorpið að Icelandair hafi ekki gerst sekt um ólögmeða háttsemi gagnvart Iceland Express. Félagið hafi ekki brotið samkeppnislög með verðlagningu á flugleiðunum til og frá Kaupmannahöfn og London og/eða sértækum aðgerðum gagnvart keppinauti sínum.

9.

Samkeppnisstofnun sendi Iceland Express athugasemdir Icelandair til upplýsinga með bréfi, dags. 2. júní 2003. Með bréfi stofnunarinnar frá 16. júní 2003 og tölvupósti frá 24. júní 2003 var ýmissa upplýsinga óskað til viðbótar frá Icelandair, s.s. um fjölda seldra Netsmella og Vorsmella til annarra áfangastaða en Kaupmannahafnar og London auk nánari upplýsinga um það verð sem áður gildi á ódýrustu fargjöldunum til Kaupmannahafnar og London og ýmissa annarra áfangastaða. Þá var beðið um upplýsingar varðandi notkun á stærstu flugvél í flugflota Icelandair, TF-FIX sl. 15 mánuði. Þá var einnig óskað nánari upplýsinga varðandi sundurliðun á kostnaði auk upplýsinga um tekjur á flugleiðunum til Kaupmannahafnar og London á árunum 1999 og 2000. Umbeðnar upplýsingar bárust stofnuninni með bréfum, dags. 18., 25., 27. og 30. júní 2003. Auk framangreindra gagna og upplýsinga frá málsaðilum hefur verið aflað ýmissa opinberra gagna auk upplýsinga frá erlendum samkeppnisyfirlingum. Að því marki sem samkeppnisráð telur þessi gögn og upplýsingar skipta máli fyrir athugun þessa er þeirra getið í ákvörðun þessari.

IV. Niðurstöður

Á fundi samkeppnisráðs, þann 14. júlí 2003, var ákvörðun tekin í máli þessu. Þátt í fundinum tóku Kirstín Þ. Flygenring, Atli Freyr Guðmundsson, Karitas Pálsdóttir, Ragnheiður Bragadóttir og Sigurbjörn Þorbergsson.

Í byrjun febrúar 2003 hóf Samkeppnisstofnun athugun á því hvort Icelandair hefði brotið samkeppnislög með tilboði um svokallaða Vorsmelli á flugfargjöldum til Kaupmannahafnar og London fyrir 14.900 kr. Tilfni athugarinnar var það að með umræddum tilboðum var Icelandair að bjóða sambærileg fargjöld til sömu áfangastaða og nýr keppinautur fyrirtækisins í farþegaflugi, Iceland Express, hafði boðið. Þessi lágu tilboð Icelandair giltu hins vegar ekki til annarra áfangastaða félagsins í Evrópu. Nokkru seinna barst Samkeppnisstofnun erindi frá Iceland Express þar sem færð eru rök fyrir því að Icelandair reyni með háttsemi sinni að hrekja Iceland Express af markaðnum með verðlagningu sem eigi sér ekki kostnaðarlegar forsendur. Auk Vorsmella gerir Iceland Express athugasemdir við fargjöld Icelandair til Kaupmannahafnar og London undir heitinu Netsmellir auk ýmissa annarra aðgerða félagsins við innkomu Iceland Express á markaðinn. Er það mat félagsins að Icelandair hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína sem feli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Af hálfu Icelandair er á því byggt að félagið hafi ekki misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Félagið hafi verið að mæta samkeppni frá nýjum keppinauti með eðlilegum hætti. Verðlagning félagsins feli ekki í sér skaðlega undirverðlagningu og viðskiptavinum sé ekki mismunað í sambærilegum viðskiptum. Icelandair hafnar því að félagið hafi gerst brotlegt við ákvæði samkeppnislaga.

Í athugasemdum sínum vísar Icelandair til þess að Iceland Express hafi sent Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) formlega kvörtun um meint brot á samkeppnisreglum EES-samningsins vegna þeirra atvika sem mál þetta fjallar um. Eru að hálfu Icelandair settar fram efasemdir um valdbærni íslenskra samkeppnisyfirvalda í máli þessu. Samkeppnisráð fer með framkvæmd á samkeppnislögum og ESA á m.a. 53. og 54. gr. EES-samningsins. Í 3. mgr. 9. gr. í bókun 4 við samninginn milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls segir að hafi ESA ekki átt frumkvæði að málsmeðferð geti yfirvöld EFTA-ríkjanna beitt 1. mgr. 53. gr. og 54. gr. EES-samningsins. Af þessu leiðir að hafi ESA hafð málsmeðferð geta innlend samkeppnisyfirvöld ekki beitt samkeppnisreglum EES-samningsins í sama máli. Ákvæði þetta tekur hins vegar ekki til samkeppnislaga sem gilda í hverju ríki fyrir sig. Í máli þessu er samkeppnisráð að beita íslenskum samkeppnislögum en ekki ákvæðum EES-samningsins. Ákvæði samningsins koma ekki í veg fyrir það.

1.

Skilgreining markaðarins

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Til þess að hegðun fyrirtækis geti fallið undir 11. gr. samkeppnislaga verður fyrirtækið að vera markaðsráðandi. Í því skyni að meta hvort fyrirtæki er markaðsráðandi þarf að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum. Samkvæmt 4. gr. laganna er markaður sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgönguþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að líta verður á viðkomandi markað frá tveimur sjónarhornum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn.

Með viðkomandi vörumarkaði er átt við markað fyrir allar vörur og þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta eru vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

1.1. Sjónarmið málsaðila

Af hálfu Icelandair kemur fram að farþegaflutningar til og frá Íslandi sé sá þjónustumarkaður sem um sé að ræða í máli þessu. Af ákvörðunum framkvæmdastjórnar EB megi ráða að hver flugleið geti verið sérstakur markaður. Framkvæmdastjórnin hafi beitt svokallaðri „brottfararstaður/komustaður“ nálgun (e. *point of origin/point of destination*). Samkvæmt því sé hver brottfarar- og áfangastaður sérstakur markaður í augum neytandans. Ekki sé aðeins litið til beins flugs milli þessara staða heldur einnig annarra samgöngumöguleika, s.s. með bílum, lestum og skipum. Fjöldmargt hafi áhrif á það hvort þessir samgöngumáttar komi í stað flugs, s.s. ferðatíðni og verð. Þá sé einnig greint á milli mismunandi farþega. Þannig séu „tímabundnir“ (e. *time-sensitive*) farþegar og „ótímabundnir“ (e. *non-time-sensitive*) á mismunandi mörkuðum.

Samkvæmt framangreindu sé að mati Icelandair ljóst að áfangastaðir flugs frá Keflavíkurlugvelli aðgreini markaðinn í þessu máli. Þannig verði að telja að flugleiðirnar á milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og Keflavíkur og London hins vegar séu sérstakir markaðir í skilningi samkeppnisréttarins. Þetta séu þeir markaðir sem hafi þýðingu við úrlausn þessa máls. Hvað landfræðilegan markað varði sé ljóst að hann sé Ísland og þeir áfangastaðir sem eigi í hlut.

Í málflutningi Iceland Express er lögð áhersla á að eftirspurn eftir staðgönguþjónustu skipti miklu máli við skilgreiningu á markaðnum. Hvað markaðsskilgreiningu í millilandaflugi áhræri þurfi að horfa til legu Íslands. Það er mat félagsins að við val á flugi, hvort heldur um sé að ræða flug til skemmtiferða eða flug sem tengist öðru flugi, sk. tengiflugi, skipti verð miklu máli. Þannig beini menn ferðum sínum til ólíkra staða eftir því hvað flugið kostar. Margt bendi til þess að lægri fargjöld til Kaupmannahafnar og London hafi haft þau áhrif að farþegum á þessum leiðum hafi fjölgað en fækkað á sama tíma til annarra áfangastaða. Samanburður á fjölda farþega til einstakra áfangastaða Icelandair eftir að Iceland Express hafi hafið starfsemi miðað við sama tíma í fyrra staðfesti að veruleg staðganga sé á milli einstakra áfangastaða Icelandair. Með vísan til þess telur Iceland Express að staðganga á milli flugs til einstakra áætlunarstaða Icelandair sé veruleg og því beri að líta á áætlunarflug til og frá Íslandi sem einn markað.

1.2. Mat samkeppnisráðs

Í eldri ákvörðunum samkeppnisráðs í málum þar sem fjallað hefur verið um flug hefur viðkomandi flugleið verið skilgreind sem sérstakur markaður.¹⁴ Þessi mál hafa hins vegar varðað áætlunarflug á flugleiðum innanlands. Eins og Icelandair hefur bent á er í EB-samkeppnisrétti stuðst við sk. brottfararstaður/komustaður nálgun við skilgreiningu markaða í flugi.¹⁵ Samkvæmt þessari nálgun er hver samsetning brottfarar- og komustaðar sérstakur markaður frá sjónarhóli neytandans. Metið er hvort nægjanleg staðganga sé milli beins flugs og annarra samgönguleiða milli viðkomandi staða. Er í því sambandi horft til tengiflugs, lesta og bíla. Gerður er einnig greinamunur milli sn. tímabundinna og ótímabundinna farþega. Hinir fyrri leggja áherslu á að komast á áfangastað á sem skemmstum tíma og vilja hafa möguleika á því að breyta farmiðum sínum með skömmum fyrirvara. Almennt séð falla farþegar í viðskiptaerindum undir þennan flokk. Ótímabundnir farþegar horfa hins vegar meira til verðs og eru tilbúnir að einhverju marki að leggja á sig tímafreakari ferðalög ef þau eru ódýrari en beint flug.

Í ljósi framangreinds og með hliðsjón af landfræðilegri legu landsins telur samkeppnisráð að gagnvart þeim farþegum sem leið eiga frá Íslandi til Kaupmannahafnar eða London sé markaðurinn beint áætlunarflug milli Keflavíkurflugvallar og umræddra áfangastaða. Hið sama gildir um farþega sem leið eiga frá þessum borgum til Íslands. Engin sjónamið hafa verið sett fram í málinu sem benda til þess að tengiflug geti verið valkostur. Í ljósi samgöngumöguleika milli framangreindra áfangastaða er ekki ástæða í málinu að skipta markaðnum eftir því hvort um tímabundna eða ótímabundna farþega er að ræða. Hafa verður hins vegar í

¹⁴ Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 26/1999, *Vetraráætlun Flugfélags Íslands hf. veturinn 1999–2000*, var flugleiðin milli Reykjavíkur og Egilsstaða skilgreind sem sérstakur markaður, sbr. og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 16/1999, *Flugfélag Íslands hf. gegn samkeppnisráði*.

¹⁵ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 5. júlí 2002 *Re The Agreement between Deutsche Lufthansa AG and Austrian Airlines AG* [2003] 4 CMLR 7.

huga í málinu að Icelandair hefur m.a. vegna aukinnar ferðatíðni yfirburði gagnvart Iceland Express á þessari flugleið varðandi samkeppni um tímabundna farþega, sbr. nánar síðar.

Að mati samkeppnisráðs má hins vegar að vissu leyti taka undir sjónarmið Iceland Express um skilgreiningu á þjónustumarkaðnum í þessu máli, þ.e. að hann sé áætlunarflug til og frá Íslandi. Aðallega á þetta við þegar farþegar eru að fara til einhvers annars áfangastaðar en þeirra sem Icelandair flýgur til og þurfa á tengiflugi að halda. Þá skiptir verðið til hins endanlega áfangastaðar miklu máli auk ferðatíma, ferðatíðni og annarra þjónustupáttanna. Í slíkum tilvikum kann því að vera staðganga á milli flugs til Kaupmannahafnar og London annars vegar og annarra nálægra áfangastaða í Evrópu hins vegar, s.s. Amsterdam, Glasgow, Óslóar eða Stokkhólms þar sem tengiflug frá þessum stöðum getur í mörgum tilvikum þjónað sama tilgangi og tengiflug frá Kaupmannahöfn og London. Þá má ætla að fyrir þá sem hyggja á skemmtiferð með flugi geti verð haft áhrif á hvaða áfangastaður verði fyrir valinu. Ferðir til annarra áfangastaða bæði í Evrópu og Norður-Ameríku kunna því í einstökum tilvikum að vera á sama markaði og ferðir til Kaupmannahafnar og London.

Þrátt fyrir framangreint er ekki ástæða til að breyta þeirri markaðsskilgreiningu sem Icelandair leggur til í málinu þar sem óljóst er um umfang þessarar hugsanlegu staðgöngu. Hins vegar er ljóst af þessu að markaðir fyrir flug frá Keflavík til annarra áfangastaða erlendis eru tengdir hverjir öðrum. Tengsl milli markaðanna byggja einnig á eðli framboðshliðar markaðsins. Þannig er t.d. auðvelt fyrir Icelandair að breyta notkun flugvéla sinna og auka t.d. framboð á flugsætum eða auka ferðatíðni á hinum skilgreindu mörkuðum. Af þessu leiðir að við mat á stöðu Icelandair á hinum skilgreindu mörkuðum verður einnig að hafa hliðsjón af stöðu félagsins á hinum tengdu mörkuðum.

Af framansögðu leiðir að þjónustu og landfræðilegu markaðir þessa máls eru:

- Áætlunarflug milli Keflavíkur og London
- Áætlunarflug milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar

2.

Staða Icelandair á markaðnum

Í málinu er ágreiningur milli málsaðila hvort Icelandair sé í markaðsráðandi stöðu. Í umfjöllun Icelandair um markaðshlutdeild segir að það sé rétt að Icelandair hafi 75% hlutdeild þegar miðað sé við sætaframboð milli Íslands og Evrópu. Hlutdeildin sé þó lægri þar sem 40% af farþegum félagsins séu tengifarþegar. Hlutur Icelandair af ferðum Íslendinga yfir sumarið hafi verið á bilinu 50–60%. Þá segir að á markaðnum fyrir farþegaflug frá Íslandi hafi Icelandair búið við töluverða samkeppni. Eru í því sambandi nefndar ýmsar ferðaskrifstofur og flugfélög, bæði innlend og erlend. Air

Greenland hafi t.d. nýlega hafið reglubundið flug á flugleiðinni milli Akureyrar og Kaupmannahafnar og Aero Lloyd á flugleiðinni milli Keflavíkur og Berlínar. Þá sé Icelandair kunnugt um að Ryanair, sem sé meðal stærstu flugrekenda í heimi, hafi nýlega átt í viðræðum við íslensk flug- og ferðamálayfirvöld vegna hugmynda um reglubundið áætlunarflug milli Íslands og nokkurra áfangastaða í Evrópu. Því sé ljóst að ef miðað sé við árið 2003 hafi Icelandair fengið töluverða samkeppni en um tíu erlend flugfélög með framboð upp á 400.000 þúsund sæti muni fljúga til og frá landinu á þessu ári.

Þá kemur fram í máli Icelandair að hafa verði í huga að síðan Iceland Express hafi hafið starfsemi á skilgreindum mörkuðum hafi markaðshlutdeild Icelandair minnkað verulega. Er það mat félagsins að í mars sl. hafi Iceland Express verið með um 33% markaðshlutdeild þegar miðað sé við fjölda seldra sæta til Kaupmannahafnar og um 40% hlutdeild þegar miðað sé við fjölda seldra sæta til London. Þá er það mat Icelandair að ef aðeins væri litið til farmiðasölu Iceland Express á Íslandi væri hlutdeildin þess síðarnefnda meiri.

Þá kemur fram það mat Icelandair að þar sem flugsamgöngur séu frjálssar innan Evrópska efnahagssvæðisins teljist öll flugfélög sem stofnsett séu í Evrópu til hugsanlegra keppinauta félagsins á flugleiðum milli Íslands og annarra áfangastaða í Evrópu. Innkoma Iceland Express inn á markaðinn bendi til að flugfélög geti með litlum tilkostnaði og á skömmum tíma náð verulegri markaðshlutdeild á verðmætustu leiðunum til og frá Íslandi.

Í ljósi framangreinds sé vafasamt að Icelandair sé í þeirri stöðu að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skipti og að það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Icelandair sé ekki í ráðandi stöðu á umræddum flugleiðum í skilningi 11. gr. samkeppnislaga og því bresti skilyrði til að fallist verði á kröfur Iceland Express um íhlutun samkeppnisyrvalda.

Til stuðnings því mati sínu að Icelandair sé í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum sem hér hafa verið skilgreindir hefur Iceland Express í erindi sínu vísað til þess að Icelandair flytji meira en 75% allra farþega til og frá Íslandi í áætlunarflugi. Þessarar stöðu hafi félagið notið um margra ára skeið og hafi félagið ekki búið við samkeppni að öðru leyti en því að erlend flugfélög hafi yfir hásumarið flutt til og frá landinu erlenda ferðamenn. Þá er það mat Iceland Express að hugsanleg samkeppni af því tagi sem lýst sé í máli Icelandair geti ekki haft áhrif á mat samkeppnisyrvalda á stöðu félagsins á skilgreindum mörkuðum.

Iceland Express hafnar þeim upplýsingum um sætafjölda sem Icelandair noti sem viðmið um áætlaða markaðshlutdeild í mars sl. Þessar forsendur skipti þó ekki máli

þar sem líta verði á stöðu Icelandair á skilgreindum mörkuðum við tilkomu Iceland Express. Það geti ekki komið til að Icelandair sé ekki í markaðsráðandi stöðu þó hlutdeild félagsins frá því Iceland Express kom inn á markaðinn hafi lækkað. Slík niðurstaða hefði þau áhrif að Icelandair væri heimilt að nota styrkleika sinn til að útiloka nýja keppinauta í skjóli þess að félagið hefði tímabundið tapað nokkurri markaðshlutdeild.

Samkeppnisráð bendir hér á að samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga telst fyrirtæki vera markaðsráðandi þegar það hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Er þessi skilgreining efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur í Hoffman-La Roche málinu.¹⁶ Í dómnum segir einnig að tilvist markaðsráðandi stöðu megi ráða af mörgum atriðum sem, skoðuð ein og sér, ráða ekki úrslitum en ein mjög mikilvæg vísbending sé mjög há markaðshlutdeild.¹⁷ Önnur atriði sem áhrif geta haft er t.d. fjárhagslegur styrkleiki viðkomandi fyrirtækis, hagkvæmni stærðar þess og mikið vöru eða þjónustuúrval.¹⁸ Verður nú litið til þessara atriða.

2.1. Markaðshlutdeild

Þegar Iceland Express hóf áætlunarflug á þeim tveimur flugleiðum sem hér eru til umfjöllunar, þ.e. annars vegar á flugleiðinni milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar og hins vegar á leiðinni milli Keflavíkur og London, var Icelandair eini keppinautur félagsins á þessum mörkuðum. Icelandair hefur eitt flugfélaga stundað áætlunarflug allt árið á þessum flugleiðum um margra ára skeið. Þetta hefur félagið gert í samstarfi við SAS á leiðinni milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar, Ósló og Stokkhólms.

Þegar markaðshlutdeild er ákvörðuð er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur vegna sölu á þeirri vöru og/eða þjónustu sem um ræðir á síðasta heila almannaksári, sbr. t.d. ársreikninga eða árshlutauppgjör eða nánari sundurliðun á tekjum eftir því sem við á í hverju máli. Ljóst er eins og áður sagði að þar til starfsemi Iceland Express hófst hafði Icelandair um nokkurt skeið verið eina flugfélagið sem sinni áætlunarflugi allt árið á flugleiðunum á milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og Keflavíkur og London hins vegar. Öðrum keppinautum í heilsársflugi var ekki til að dreifa. Hluta ársins 2000 og 2001 mættu Flugleiðir samkeppni á þessum flugleiðum frá m.a. breska flugfélaginu Go Fly og sn. Flugfrelsi Samvinnuferða-Landsýnar, sbr. nánar hér á eftir. Ljóst er að frá árinu 2002 var Icelandair með 100% markaðshlutdeild á hinum skilgreindu mörkuðum. Til að átta sig

¹⁶ Mál nr. 85/76 Hoffman-La Roche v Commission [1979] ECR 3451.

¹⁷ Úr mgr. nr. 39. „*The existence of a dominant position may derive from several factors which, taken separately, are not necessarily determinative but among these factors a highly important one is the existence of very large market shares.*“

¹⁸ Sjá t.d. Richard Whish, Competition Law, 2001 bls. 158-161.

á stærð markaðarins á ársgrundvelli er í töflum nr. 1 og 2 sýndar tekjur Icelandair vegna sölu á farmiðum og fjöldi farþega til og frá Kaupmannahöfn og London, fyrir árið 2002.

Tafla 1: Fjöldi farþega og tekjur í þús. kr. vegna sölu Icelandair á farmiðum á flugleiðinni til og frá Kaupmannahöfn fyrir árið 2002.

	Farþ.fj.	Tekjur
Samtals	[...] ¹⁹	[...]

Tafla 2: Fjöldi farþega og tekjur í þús. kr. vegna sölu Icelandair á farmiðum á flugleiðinni til og frá London fyrir árið 2002.

	Farþ.fj.	Tekjur
Samtals	[...] ²⁰	[...]

Eins og fram kemur í töflu 1 voru farþegar Icelandair á flugleiðinni til og frá Kaupmannahöfn tæplega [...] ²¹ þúsund og tekjur voru rúmlega [...] ²² kr. árið 2002. Fjöldi farþega á flugleiðinni til og frá London var hins vegar tæplega [...] ²³ þúsund manns og tekjur tæplega [...] ²⁴ kr. það ár, sbr. töflu nr. 2.

Eins og áður er getið hefur Icelandair haldið því fram að félagið sé ekki í ráðandi stöðu á skilgreindum mörkuðum, m.a. vegna þess að Iceland Express hafi þar náð talsverðri markaðshlutdeild. Vegna þessa er að mati samkeppnisráðs rétt að gera einnig grein fyrir hlutdeild Iceland Express eftir að félagið hóf starfsemi.

Iceland Express hóf starfsemi á skilgreindum mörkuðum rétt fyrir mánaðamótin febrúar/mars sl. Í því sambandi er rétt að taka til skoðunar markaðshlutdeild á tveimur fyrstu mánuðum þar sem eru fyrirliggjandi upplýsingar frá báðum félögunum, þ.e. mars og apríl sl. Í töflum nr. 3 og 4 eru upplýsingar um tekjur og markaðshlutdeild félaganna beggja fyrir fyrstu tvo mánuðina sem Iceland Express starfaði á skilgreindum mörkuðum.

¹⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

²¹ Fellt út vegna trúnaðar.

²² Fellt út vegna trúnaðar.

²³ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

Tafla 3: Fjöldi farþega og tekjur í þús. kr. ásamt markaðshlutdeild vegna sölu Icelandair og Iceland Express á farmiðum á flugleiðinni til og frá Kaupmannahöfn fyrir mars og apríl árið 2003.

	Farþ.fj.	Tekjur	Hlutdeild
Icelandair	[...] ²⁵	[...]	[...] % ²⁶
Iceland Express	[...]	[...]	[...] %
Samtals	[...]	[...]	100,0%

Tafla 4: Fjöldi farþega og tekjur í þús. kr. ásamt markaðarhlutdeild vegna sölu Icelandair og Iceland Express á farmiðum á flugleiðinni til og frá London fyrir mars og apríl árið 2003.

	Farþ.fj.	Tekjur	Hlutdeild
Icelandair	[...] ²⁷	[...]	[...] % ²⁸
Iceland Express	[...]	[...]	[...] %
Samtals	[...]	[...]	100,0%

Eins og fram kemur í töflu 3 var markaðshlutdeild Icelandair rúmlega [...] % ²⁹ á flugleiðinni til og frá Kaupmannahöfn á umræddu tímabili. Iceland Express hefur því haft rúmlega [...] % ³⁰ hlutdeild á fyrstu tveimur mánuðunum í starfsemi sinni. Að því er varðar flugleiðina til London hefur Iceland Express hins vegar haft rúmlega [...] % ³¹ hlutdeild, sbr. töflu nr. 4. Ólíklegt verður að telja að hlutdeild fyrirtækisins verði eins há yfir sumarmánuðina og hún var fyrstu tvo mánuðina þar sem Icelandair eykur sætaframboð sitt á umræddum flugleiðum yfir sumartímamann en Iceland Express helst óbreytt.

Eins og nefnt hefur verið kemur fram í dómum dómstóls EB að markaðshlutdeild sé ein veigamesta vísbendingin um það hvort viðkomandi fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu. ³² Þó dómstóllinn hafi eðlilega ekki sett fram neina skýra reglu um það hvaða hlutdeild dugi til þess að fyrirtæki teljist hafa slíka stöðu má segja að niðurstöður hans bendi til þess að því hærri sem hlutdeildin er því líklegra sé að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Einnig skiptir miklu hver hlutdeild keppinauta er. Ef talsverður munur er á hlutdeild þeirra og viðkomandi fyrirtækis er það talin vera vísbending um markaðsráðandi stöðu. Dómstóll EB hefur litið svo á að há markaðshlutdeild geti ein og sér sýnt markaðsráðandi stöðu fyrirtækis nema fyrir hendi séu sérstakar kringumstæður sem bendi til annars. Af dómi dómstóls EB í AKZO málinu má ráða

²⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

³¹ Fellt út vegna trúnaðar.

³² Sjá t.d. mál nr. 85/76, *Hoffman-La Roche v Commission*, [1979] ECR 461.

að 50% hlutdeild eða meira sem fyrirtæki hefur haft í ákveðinn tíma teljist ein og sér sýna fram á markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu sérstakar kringumstæður (e. *exceptional circumstances*) sem bendi til annars.³³ Í Hoffman-La Roche málinu var fyrirtækið talið vera markaðsráðandi á markaðnum fyrir A-vítamín. Hlutdeild þess var 47%. Þótti skipta máli að hlutdeild keppinautanna var tiltölulega lítil (næst stærsti var með 27%, þriðji stærsti með 18% og sá fjórði með 7% hlutdeild). Fyrirtækið þótti einnig hafa markaðsráðandi stöðu á öðrum markaði þar sem hlutdeild þess var milli 40–45%. Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins lítur almennt svo á að markaðsráðandi staða verði til þegar fyrirtæki hafi náð á milli 40–45% hlutdeild á viðkomandi markaði að uppfylltum ákveðnum skilyrðum.³⁴

Sé stuðst við framangreind viðmið má vera ljóst að markaðshlutdeild Icelandair á skilgreindum mörkuðum sé það há að hún gefi ótvíræða vísbendingu um að félagið sé í markaðsráðandi stöðu. Jafnframt skiptir máli að Icelandair hefur um langa hríð haft yfirburði á þessum mörkuðum.

Eins og fram kom í töflum 3 og 4 hér að framan var heildarfjöldi farþega til Kaupmannahafnar í mars og apríl sl. tæplega [...]³⁵ þús. og til London rúmlega [...]³⁶ þús. í sömu mánuðum. Þar af voru farþegar Icelandair tæplega [...]³⁷ þús. til Kaupmannahafnar en rúmlega [...]³⁸ þús. til London. Til samanburðar má geta þess að fjöldi farþega hjá Icelandair til og frá Kaupmannahöfn var að jafnaði um [...]³⁹ þús. í mars og apríl árin 2000, 2001 og 2002. Fjöldi farþega félagsins til London var í sömu mánuðum þessi ár hins vegar [...]⁴⁰ þús. Að mati samkeppnisráðs gefur þetta til kynna að tilkoma Iceland Express hafi í raun stækkað markaðinn frekar en að farþegum Icelandair hafi fækkað.

Er þetta t.a.m. svipuð þróun og átti sér stað þegar breska flugfélagið Go Fly sem nánar er fjallað um í kafla 2.4. hér á eftir keppti við Icelandair á flugleiðinni Keflavík til og frá London í júní til september árið 2000 og frá apríl til október 2001. Alls flutti Go Fly á þessari flugleið um [...]⁴¹ farþega árið 2000 en [...]⁴² farþega árið 2001. Þrátt

³³ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. C-62/86 *AKZO Chemie BV. v. Commission* [1991] ECR-3359. Þar segir: „*With regard to market shares the Court has held that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position [...]. That is the situation where there is a market share of 50% such as that found to exist in this case.*“

³⁴ Í tíundu skýrslu framkvæmdastjórnarinnar um samkeppnismál segir m.a.: „*A dominant position can generally be said to exist once a market share to the order of 40% to 45 % is reached. Although this share does not in itself automatically give control of the market, if there are large gaps between the position of the firm concerned and those of its closest competitors and also other factors likely to place it at an advantage as regards competition, a dominant position may well exist.*“

³⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴¹ Fellt út vegna trúnaðar.

fyrir þessa innkomu Go Fly fjölgaði farþegum t.a.m. hjá Icelandair árið 2000 þá fjóra mánuði sem Go Fly sinnti áætlunarfluginu um 22% frá árinu áður eða úr tæplega [...] ⁴³ þús. farþegum í rúmlega [...] ⁴⁴ þús. farþega. Sé miðað við tímabilið sem Go Fly flaug árið 2001 er farþegafjöldi Icelandair svipaður og hann var fyrir sama tímabil árið áður eða um [...] ⁴⁵ þús. farþegar. Þess má geta að farþegafjöldi Icelandair á þessu tímabili árið 1999 var um [...] ⁴⁶ þús. farþegar. Að mati samkeppnisráðs gefur þetta vísendingar um að markaðurinn hafi stækkað verulega þegar Go Fly hóf áætlunarflug og að stór hluti af farþegum félagsins hafi í raun verið viðbót við markaðinn.

2.2. Sætaframboð á skilgreindum mörkuðum

Í flugrekstri má segja að sætaframboð og fjöldi floginna ferða sé besta vísendingin um afkastagetu flugfélaga á einstökum flugleiðum. Við mat á því hvort nýr keppinautur geti veitt Icelandair samkeppnislegt aðhald er gagnlegt að líta til þess hverjir séu möguleikar hans til að ná til sín auknum viðskiptum með auknu framboði á sætum eða fjölgun ferða. Að því er varðar flugleiðina til Kaupmannahafnar hefur Icelandair yfir vetrarmánuðina, þ.e. frá byrjun september til aprílloka daglega boðið tvö flug, annars vegar morgunflug og hins vegar síðdegisflug. Yfir sumarmánuðina hefur ferðum hins vegar fjölgað í þrjár til fjórar ferðir á dag. Framboð yfir vetrarmánuðina hefur að jafnaði verið um 390–400 ⁴⁷ sæti á dag hvora leið en um 650–670 ⁴⁸ sæti hvora leið yfir sumarmánuðina. Icelandair hefur að jafnaði boðið upp á eitt til tvö flug á dag yfir vetrarmánuðina til London en svo fjölgað ferðum í tvö flug yfir sumarið. Framboð yfir vetrarmánuðina hefur að jafnaði verið um 280–300 ⁴⁹ sæti hvora leið á dag en um 330–370 ⁵⁰ sæti yfir sumarið. Iceland Express flýgur eina ferð að morgni til Kaupmannahafnar og síðdegisflug með sömu flugvél til London. Framboð á sætum í vél félagsins er alltaf það sama eða 148 sæti í hverri ferð.

Ljóst er af þessum samanburði að sætaframboð Icelandair er umtalsvert meira á skilgreindum mörkuðum en sætaframboð Iceland Express, sérstaklega á flugleiðinni til Kaupmannahafnar. Yfir sumarmánuðina er framboð Iceland Express t.d. innan við 25% af því sem það er hjá Icelandair. Þá er ljóst að Icelandair hefur svigrúm til að

⁴² Fellt út vegna trúnaðar.

⁴³ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁷ Er hér miðað við sætaframboð til Kaupmannahafnar eins og það var að jafnaði frá september 2001 til apríl 2002 annars vegar og frá september 2002 til apríl 2003 hins vegar.

⁴⁸ Er hér miðað við sætaframboð til Kaupmannahafnar eins og það var frá byrjun maí til ágústloka 2001 annars vegar og sama tímabil árið 2003 hins vegar.

⁴⁹ Er hér miðað við sætaframboð til London eins og það var frá byrjun maí til ágústloka 2001 annars vegar og sama tímabil árið 2003 hins vegar.

⁵⁰ Er hér miðað við sætaframboð til London eins og það var frá byrjun maí til ágústloka 2001 annars vegar og sama tímabil árið 2003 hins vegar.

nýta flugflota sinn til að fjölga ferðum eða jafnvel setja inn stærri flugvél til að mæta aukinni eftirspurn.

Að mati samkeppnisráðs styrkir hin mikla ferðatíðni Icelandair á umræddum flugleiðum stöðu félagsins. Að því er varðar flugleiðina til Kaupmannahafnar er að öllu jöfnu flogið þangað 14 ferðir á viku yfir vetrarmánuðina en á sumrin er ferðum fjölgað í 25. Til London eru hins vegar í boði 10 ferðir yfir veturinn en á sumrin er ferðum fjölgað í 14. Ljóst er að svo há ferðatíðni veitir Icelandair umtalsvert forskot í samkeppninni við Iceland Express. Ekki aðeins það að sætaframboð er mun meira eins og rakið er hér að framan heldur gefur þetta viðskiptavinum félagsins miklu meiri möguleika varðandi hvaða tíma dagsins þeir velja til brottfarar. Telja verður að þessi háa ferðatíðni veiti Icelandair sérstaklega forskot í samkeppni um þá farþega sem ferðast á viðskiptafarrými en eins og félagið hefur sjálft lýst yfir hentar ferðatilhögun á þessum leiðum þeim farþegum vel þar sem þeir geti t.d. farið út að morgni og komið til baka með kvöldflugi sama dag.

Að mati samkeppnisráðs skapar hið mikla sætaframboð og ferðatíðni Icelandair félaginu umtalsvert forskot á keppinautinn Iceland Express. Það, ásamt hárrí markaðshlutdeild, styður það að Icelandair sé í ráðandi stöðu á skilgreindum mörkuðum.

2.3. Aðrir áhrifapættir

Þó að mikil markaðshlutdeild og forskot í sætaframboði og ferðatíðni séu mjög mikilvægar vísbendingar um markaðsyfirráð er engu að síður nauðsynlegt að fjalla nánar í þessu máli um aðra þætti sem hafa áhrif á stöðu Icelandair gagnvart Iceland Express á hinum skilgreindu mörkuðum.

Fyrst er að líta til fjárhagslegs styrkleika Icelandair. Rekstrartekjur Flugleiðasamsteypunnar, þ.e. Flugleiða hf. og dótturfyrirtækja voru 39 milljarðar króna árið 2002 en 38 milljarðar árið 2001. Eigið fé Flugleiða í árslok 2002 var 8,6 milljarðar kr. en 6,4 milljarðar við lok árs 2001. Iceland Express var stofnað af fjórum einstaklingum og er hlutafé í fyrirtækinu [...] ⁵¹ kr. Icelandair hefur því augljósa yfirburði að þessu leyti gagnvart keppinauti sínum.

Næst ber að nefna að auk áætlunarflugs á skilgreindum mörkuðum er Icelandair eina flugfélagið sem býður upp á reglubundið áætlunarflug frá Íslandi til áfangastaða í Evrópu og Norður-Ameríku allt árið. Alls rekur Icelandair nú 12 þotur í millilandaflugi, þar af tvær fraktvélar. Icelandair flutti á árinu 2002 alls um 1,2 milljónir farþega en þar af voru um 730 þúsund farþegar til og frá Íslandi. Alls

⁵¹ Fellt út vegna trúnaðar.

fækkaði farþegum um 11,7% frá árinu áður en til og frá Íslandi fjölgaði þeim um 2,7% þrátt fyrir 15% minna sætaframboð.

Leiðakerfi Icelandair nær til margra áfangastaða beggja vegna Atlantshafsins þar sem Keflavíkurflugvöllur er miðstöð tengiflugs milli þessara staða. Þá ber að horfa til þess að Icelandair er hluti af fyrirtækjasamsteypu Flugleiða (hér nefnt Flugleiðasamsteypan) ásamt tólf öðrum fyrirtækjum á sviði ferðaþjónustu og flugrekstrar. Hjá Flugleiðasamsteypunni starfa alls um 2.200 manns og þar af starfa um 1.000 hjá Icelandair. Auk áætlunarflugs á milli landa sem sinnt er af Icelandair sinna dótturfélög Flugleiða öðrum rekstri á borð við leiguflug og fraktflug á alþjóðamarkaði, áætlunarflugi innanlands og þjónustu við flugrekstur og ferðaþjónustu á Íslandi. Eftirfarandi eru fyrirtæki sem frá síðustu áramótum tilheyra þessari fyrirtækjasamsteypu:

- Icelandair ehf.
- Flugleiðir – Frakt ehf.
- Flugleiðir – Leiguflug hf. (nú Loftleiðir Icelandic ehf.)
- Flugfélag Íslands hf.
- Flugþjónustan Keflavíkurflugvelli ehf.
- Tækniþjónustan Keflavíkurflugvelli ehf.
- Ferðaskrifstofa Íslands hf. (Úrval-Útsýn og Plúsferðir)
- Íslandsferðir ehf.
- Amadeus Ísland hf.
- Kynnisferðir ferðaskrifstofanna sf.
- Flugleiðahótel hf.
- Bílaleiga Flugleiða ehf.
- Fjárvakur – fjármálaþjónusta ehf.

Mörg framangreindra dótturfélaga Flugleiða eru mjög öflug á þeim mörkuðum sem þau starfa á. Þótt hvert þeirra sé sjálfstætt starfa þau eins og fyrr segir á tengdum sviðum og eins og kemur fram í ársskýrslu Flugleiða fyrir árið 2002 hefur félagið sótt fram á einstökum sviðum með það til hliðsjónar hvaða áhrif það hafi á heildarstarfsemina. Þar segir jafnframt í umfjöllun um þann starfsvettvang sem félagið starfi á að stefna og sókn í millilandaflugi hafi mikil áhrif á bílaleigu og ferðamarkað á Íslandi. Þá hafi sókn í leiguflugi og fraktflugi sömuleiðis hagstæð áhrif á kostnað í áætlunarflugi þar sem möguleiki er að samnýta millilandaflugvélar, viðhaldsaðstöðu, áhafnir og annað starfsfólk. Það lækki framleiðslukostnað í öllum greinum flugrekstrarins. Þessu ber saman við umfjöllun í nýlegri skýrslu norrænna samkeppnisyfirvalda, sem greint er frá í kafla 3.2.3., um m.a. ytri hagkvæmni (e. *externalities*) í flugrekstri vegna netrekinnar starfsemi (e. *network industry*) og sérstaklega sk. hagkvæmni rekstrarumsvifa (e. *economies of scope*), en hún felst í því

að kostnaður við að bjóða tvenns konar mismunandi þjónustu er lægri þegar eitt fyrirtæki annast verkið en þegar það er í höndum tveggja aðila. Í árskýrslum Flugleiða 2000 og 2001 er einnig lögð áhersla á jákvæð samlegðaráhrif flugrekstrar og annarar starfsemi félagsins.

Að þessu virtu er það álit samkeppnisráðs að við mat á styrk Icelandair á skilgreindum mörkuðum sé einnig nauðsynlegt að taka til nánari skoðunar hver séu áhrif annars áætlunarflugs til og frá landinu auk tengdrar starfsemi hjá félögum innan Flugleiðasamsteypunnar á sviði ferðaþjónustu.

Í eftirfarandi undirköflum er í fyrsta lagi gerð grein fyrir leiðakerfi Icelandair og því markaðssamstarfi sem félagið hefur átt í við SAS (Scandinavian Airlines System). Því næst er fjallað um starfsemi annarra áðurnefndra dótturfélaga Flugleiða á sviði ferðaþjónustu og lagt mat á stöðu þeirra gagnvart helstu keppinautum á þeim mörkuðum sem þau starfa. Þeirra upplýsinga sem settar eru fram hér á eftir og varða Flugleiðir eða dótturfélög hefur aðallega verið aflað í nýlegum ársskýrslum Flugleiða eða á heimasíðum félaganna nema annað sé tekið fram.

2.3.1. Leiðakerfi Icelandair og Keflavíkurflugvöllur sem tengistöð

Auk áætlunarflugs á skilgreindum mörkuðum til Kaupmannahafnar og London býður Icelandair upp á reglubundið áætlunarflug til átta annarra áfangastaða í Evrópu og allt að fimm í Norður-Ameríku. Að því er varðar áfangastaði í Evrópu er flogið allt árið til Amsterdam, Glasgow, Óslóar, Parísar, Stokkhólms og Frankfurt en á sumrin bætast við Barcelona og Milanó. Af borgum í Norður-Ameríku er nú flogið allt árið til Baltimore, Boston og Minneapolis. Yfir sumartímann og hluta vetrar er flogið til New York og á veturna er einnig flogið til Orlando. Með reglubundnu áætlunarflugi til allra framangreindra áfangastaða hefur Icelandair byggt upp leiðakerfi í áætlunarflugi milli fjölmargra áfangastaða í Evrópu og Norður-Ameríku þar sem Keflavíkurflugvöllur er miðstöð fyrir tengiflug á milli þessara staða. Segja má að leiðakerfið virki þannig að komutíma flugvéla frá Evrópu og brottfarartíma véla vestur um haf sé stillt saman og með sama hætti sé komutíma frá Ameríku og brottfarartíma til Evrópu einnig stillt saman. Að því er segir á heimasíðu Icelandair gerir þetta það að verkum að félagið geti boðið mjög stuttan ferðatíma á um 70 flugleiðum yfir Atlantshafið í tengiflugi um Ísland. Icelandair hefur sagt að þetta leiðakerfi hafi tryggt Íslendingum „óviðjafnanlegar flugsamgöngur þegar höfð er í huga smæð heimamarkaðarins sem félagið þjónar.“

Icelandair rekur m.ö.o. leiðakerfi sem á ensku er nefnt „*hub-and-spoke*“ kerfi, sem byggist á tengingu allra helstu flugleiða við einn flugvöll (Keflavík) sem miðdepil. Eins og nánar er útskýrt í kafla 3.2.3. hefur slíkt fyrirkomulag sérstaka þýðingu í sambandi við sk. hagkvæmni ferðatíðnar (e. „*economies of density*“) og venjulega hefur það í för með sér svo mikla hagkvæmni fyrir það flugfélag sem að slíku

leiðakerfi býr að það veitir því umtalsvert markaðsforskot á flugleiðum frá viðkomandi flugvelli. Áætlunarflug til svo margra áfangastaða eykur nýtingu farkosta félagsins og styrkir þjónustunet þess auk þess sem fastir kostnaðarliðir félagsins dreifast þannig á fleiri framleiðsluþætti. Annað áætlunarflug Icelandair, en til þeirra áfangastaða sem til umfjöllunar eru í þessu máli, styrkir því stöðu félagsins sem áætlunarflugfélags og um leið stöðu Icelandair á hinum skilgreindu mörkuðum. Ummæli í ársskýrslu Flugleiða fyrir árið 2002 staðfesta raunar þessa staðreynd, en þar segir m.a. að leiðakerfi félagsins í millilandaflugi sé einstakt. Með því að sækja á Norður-Atlantshafsmarkað milli Evrópu og Norður-Ameríku og leiða hluta hans yfir hafið, í tengiflugi um Ísland, skapi félagið mikla ferðatíðni í flugi til og frá landinu. Þetta hafi orðið grundvöllur sóknar íslenskrar ferðaþjónustu á alþjóðamarkaði og þar hafi fyrirtæki Flugleiða verið í forustu.

Öðru áætlunarflugi til og frá Íslandi en því sem hér hefur verið getið er ekki til að dreifa utan þess að Air Greenland hóf nýlega áætlunarflug á milli Akureyrar og Kaupmannahafnar. Er hér um að ræða áætlunarflug yfir sumarmánuðina og enn sem komið er hefur lítil reynsla fengist sem gefur vísendingu um það hvort hér verði um samkeppni til langs tíma að ræða. Þá býður ferðaskrifstofan Terra Nova-Sól hf. upp á flug til sex áfangastaða í Evrópu í samstarfi við nokkur erlend flugfélög. Um er að ræða flug til Berlínar, Vínarborgar, Frankfurt, München og Parísar í samstafi við Aero Lloyd, Condor og Corsair. Sætaframboð er takmarkað og er að jafnaði flogið einu sinni til tvisvar í viku yfir sumartímamann frá júní til september. Ennfremur býður flugfélagið LTU-Airways upp á reglulegt áætlunarflug tvisvar í viku á sumrin til Íslands frá Düsseldorf og München. Á Íslandi hefur Terra Nova-Sól umsjón með bókun farþega í umrætt áætlunarflug. Hvað sem þessu líður er þó ljóst að Icelandair hefur yfirburðastöðu í flugi til og frá Evrópu enda liggur fyrir að félagið hefur 75% af öllu sætaframboði milli Íslands og Evrópu.

Til viðbótar því leiðakerfi Icelandair sem hér hefur verið lýst hefur félagið gert tvo samninga um markaðssamstarf við skandinavíska flugfélagið SAS. Annars vegar er um að ræða samning frá 1993 sem tekur til flugs Icelandair á milli Keflavíkur og Óslóar, Kaupmannahafnar og Stokkhólms og áframflugs SAS til nokkurra annarra borga í Evrópu sem Icelandair flýgur ekki beint til. Hins vegar er samningur í gildi frá 1999 sem tekur til flugs milli áður nefndra áfangastaða og áfangastaða í Bandaríkjunum sem eru Boston, Baltimore, Minneapolis og Orlando. Samningarnir fela í sér svokallað „*code share*“ samstarf eða samning um samkennd flug sem þýðir að þau flug sem samningarnir taka til eru kennd við bæði flugfélögin. Þetta þýðir t.d. að Icelandair getur selt farmiða frá Keflavík til einhvers af áfangastöðum SAS í Evrópu sem samningurinn tekur til í tengiflugi um Kaupmannahöfn eins og um eigið flug félagsins væri að ræða. Á sama hátt getur SAS í Kaupmannahöfn selt miða til Íslands og til einhvers af framangreindum áfangastöðum Icelandair í Bandaríkjunum í tengiflugi um Keflavík eins og um eigið flug SAS væri að ræða. Komið hefur fram í

máli forsvarsmanna Icelandair að ávinningur félagsins af samningunum sé fyrst og fremst sá að geta notið markaðsstyrks SAS sem búi yfir mjög stóru markaðs- og söluneti.⁵² Þá kemur fram á heimasíðu Icelandair þar sem m.a. er fjallað um leiðakerfi félagsins að með samstarfinu við SAS fái Icelandair aðgang að öflugasta sölukerfi í Skandinavíu. Þessu mati ber fyllilega saman við viðhorf norrænna samkeppnisyfirvalda, sem lýst er í kafla 3.2.3., um m.a. þá hagkvæmni umsvifa sem hlýst venjulega af því þegar flugfélag eykur framboð og fjölbreytni í leiðakerfi sínu. Að mati samkeppnisráðs er því ljóst að samstarfið við SAS stækkar og bætir þjónustunet Icelandair og styrkir markaðsstöðu félagsins á skilgreindum mörkuðum, sérstaklega þó flugleiðinni til og frá Kaupmannahöfn.

2.3.2. Amadeus bókunarkerfið

Eitt af dótturfélögum Icelandair er Amadeus Ísland hf. sem er hluti af Amadeus Global Travel Distribution S.A. sem rekur bókunar- og dreifikerfi fyrir flugfélög og ferðaþjónustufyrirtæki um allan heim.⁵³ Amadeus Global Travel Distribution er nú stærsta og öflugasta kerfi sinnar tegundar í heimi. Í kerfinu er hægt að bóka sæti hjá 470 flugfélögum sem spanna 95% alls sætaframboðs í áætlunarflugi í heiminum. Þá er í kerfinu m.a. að finna upplýsingar um og möguleika til bókunar á gistirými á um 60.000 hótélum auk upplýsinga um bílaleigubíla á rúmlega 24.000 stöðum vítt og breitt um heiminn. Þá er Amadeus í fararbroddi um þróun vefbókunarvéla í ferðaþjónustu og núna nota 40 flugfélög vefbókunarvél félagsins, þ. á m. Icelandair. Öll farseðlaútgáfa Icelandair og ferðaskrifstofa á Íslandi kemur frá Amadeus bókunarkerfinu. Iceland Express notar ekki Amadeus kerfið.

Ljóst er að aðgangur að bókunarkerfi eins og Amadeus hefur verið mjög mikilvægur fyrir flugfélög. Tilkoma farseðlakaupa í gegnum Internetið hefur þó að einhverju leyti dregið úr þýðingu Amadeus. Hins vegar verður t.d. að líta til þess að þrátt fyrir að flugfélög hafi í auknum mæli farið að nota Internetið til að selja farseðla hefur nýlega verið greint frá því í Bandaríkjunum að yfir 90% af allri farmiðasölu þar í landi fari fram í gegnum Amadeus og önnur samskonar bókunarkerfi.⁵⁴ Icelandair hefur upplýst að um [...] %⁵⁵ af farseðlum keyptum hér á landi séu keyptir í gegnum heimasíðu félagsins en hlutfallið sé minna annars staðar. Því er ljóst að viðskipti í gegnum Amadeus eru mjög mikilvæg fyrir félagið og skapa því forskot. Þannig má t.d. nánast ganga að því sem gefnu að erlendir ferðalangar sem kaupa flugmiða til landsins í gegnum ferðaskrifstofur muni ferðast með Icelandair því það er eina flugfélagið sem birtist í Amadeus kerfinu sem býður upp á reglulegt áætlunarflug til Íslands.

⁵² Sbr. m.a. frétt í Morgunblaðinu frá 20. október 2000 „Ameríkuflugið samkennt Flugleiðum og SAS.“

⁵³ Slík kerfi eru nefnd á ensku Computer Reservation Systems (CRSs)

⁵⁴ Reuters, 9. júní 2003.

⁵⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

Mikilvægi tölvubókunarkerfa og það samkeppnisforskot sem þau skapa hefur komið skýrt fram í erlendum samkeppnisrétti. Eins og gerð verður grein fyrir síðar var samkeppni komið á í innanlandsflugi í Bandaríkjunum 1978. Stóru flugfélögin sem fyrir voru á markaðnum höfðu mikla yfirburði sem gerðu nýjum keppinautum erfitt að komast inn. Eignarhald þeirra á tölvubókunarkerfum var talið þýðingarmikið í því sambandi.⁵⁶ Mikilvægi tölvubókunarkerfa og þýðing þeirra fyrir samkeppni í flugrekstri er einnig viðurkennd í EES/EB-samkeppnisrétti.⁵⁷

2.3.3. Vildarklúbbur Icelandair

Vildarkjör eða vildarpunktar (e. *frequent flyer programmes*) voru fyrst teknir upp af bandaríska flugfélaginu American Airlines á áttunda áratug sl. aldar. Núorðið tíðkast hjá flestum stærri flugfélögum að bjóða þeim farþegum sem ferðast oft með viðkomandi félagi ákveðin vildarkjör sem öðrum bjóðast ekki. Segja má að um sé að ræða afslátt frá söluverði án þess þó að um beina verðlækkun sé að ræða þegar viðskiptin eiga sér stað. Afslátturinn er þess í stað veittur í formi ýmissar frírrar þjónustu sem þarf ekki endilega að vera sú sama og viðskiptavinurinn hefur keypt. Fyrirkomulagið er yfirleitt þannig að viðskiptavinur öðlast svokallaða vildarpunkta við kaup á farmiðum, mismarga eftir tegund fargjalds. Þegar ákveðnum punktafjölda er náð á viðskiptavinurinn ýmist möguleika á að nýta punktana við kaup á flugmiða eða hugsanlega annarri ferðatengdri þjónustu, s.s. bílaleigubíl eða hótalgistingu. Telja verður að slík vildarkjör til farþega feli í sér svokölluð tryggðarkjör, þ.e. afsláttur eða önnur viðskiptakjör sem aðeins nýtast kaupanda eftir að hann hefur átt allmikil viðskipti við seljandann.⁵⁸ Í skýrslu sinni um samkeppni í flugrekstri, sbr. kafla 3.2.3., benda norræn samkeppnisyfírvöld sérstaklega á vildarklúbba og tryggðarkerfi flugfélaga og telja almennt að þau efli það markaðsforskot sem þau flugfélög hafa sem búa yfir sk. „*hub-and-spoke*“ leiðakerfi.

Vildarklúbbur Icelandair er eitt stærsta tryggðarkerfi sem rekið er af fyrirtæki hér á landi en um 100.000 Íslendingar eru meðlimir í klúbbum. Starfsemi klúbbsins virkar þannig að í hvert skipti sem viðskiptavinur kaupir farmiða með Icelandair safnar hann vildarpunktum, mismunandi mörgum eftir verðgildi ferðarinnar.⁵⁹ Þegar tilteknum punktafjölda er náð á hann svo rétt á að nýta þá til úttektar á flugmiðum eða ýmissi annarri þjónustu sem er í boði hjá dótturfélögum Flugleiða, s.s. hótalgistingu eða bílaleigubíl. Vildarklúbburinn hefur einnig gert samninga við fjölmörg fyrirtæki hér á

⁵⁶ Goh, *European Air Transport Law and Competition*, bls. 180. Einnig er vitnað til ummæla Alfred Kahn sem var einn þeirra embættismanna sem gegndu lykilhlutverki í breytingunni á bandaríska flugmarkaðinum 1978: „*No one counted on the muscle of the big carriers, which protected their own markets and devoured most smaller entrants. Their biggest weapons were computerised reservation systems, lifeline of travel agents.*“

⁵⁷ Sjá t.d. Bellamy & Child, *European Community Competition Law*, bls. 1115–1117.

⁵⁸ Sjá t.d. *Predatory Practices in the U.S. Airline Industry*, Clinton V. Oster, jr., Indiana University og John S. Strong, College of William and Mary, 15. janúar 2001.

⁵⁹ Fyrir einn farmiða fram og til baka á almennu farrými fást að jafnaði 3–5 þús. punktar, mismunandi eftir áfangastöðum. Um 38–60 þús. punkta þarf til að fá eina ferð fram og tilbaka.

landi sem og fyrirtæki í ferðaþjónustu erlendis. Hér er bæði um að ræða samninga þar sem viðskipti við umrædd fyrirtæki veita ferðapunkta og samninga þar sem möguleiki er á að nýta punktana.

Að mati samkeppnisráðs veitir þetta tryggðarkerfi Icelandair umtalsvert forskot gagnvart Iceland Express, ekki síst í samkeppni um viðskiptavinum sem ferðast oft í viðskiptaerindum. Icelandair hefur hins vegar haldið því fram að afar ólíklegt verði að telja að fyrirheit um vildarpunkta hafi áhrif á eftirspurn þeirra sem greiði lægstu flugfargjöldin á þeim leiðum sem um sé að ræða. Hjá þessum farþegum ráði hið auglýsta verð úrslitum.

Samkeppnisráð getur ekki fallist á það sjónarmið. Í auglýsingum Icelandair á Netsmellum, sem eru lægstu almennu fargjöldin, er lögð mikil áhersla á að upplýsa um hversu marga punkta fargjöldin gefi. Þá er ávallt tekið fram stórum stöfum í auglýsingum að 1.000 auka punktar fáið þegar bókað er á Netinu. Hafa ber í huga að í tengslum við lægstu Vor- og Netsmellina eru veittir jafnmargir punktar og við sölu á almennum fargjöldum eða mun fleiri punktar en Icelandair hefur áður veitt í tengslum við Nettillboð. Þá vegur verðmæti punkta all miklu meira þegar um er að ræða lægri fargjöld en hin hærri. Ganga verður út frá því að Icelandair myndi ekki veita og kynna vildarpunkta nema þeir væru taldir hafa mikilvæga markaðslega þýðingu. Að mati samkeppnisráðs bendir allt til þess að þessi mikla áhersla á punkta í auglýsingum á Netsmellum hafi haft tilskilin áhrif. Þannig hefur, allt frá því að Netsmellir voru fyrst auglýstir í október sl., komið fram í auglýsingunum að „90.000 Íslendingar safn[i] punktum í Vildarklúbbum“. Aftur á móti bregður svo við að í auglýsingu í Morgunblaðinu, þann 27. febrúar 2003, segir í Netsmellsauglýsingunni „Allt að 100.000 Íslendingar safna punktum í Vildarklúbbum“. Samkeppnisráð getur því ekki fallist á það með Icelandair að vildarpunktar hafi ekki áhrif á þá sem velja lægstu fargjöldin.

2.3.4. Innanlandsflug og flug til Færeyja og Grænlands

Flugfélag Íslands sem er að fullu í eigu Flugleiða annast áætlunarflug innanlands en flýgur einnig til Færeyja og Grænlands. Helstu áætlunarleiðir félagsins innanlands eru flugleiðirnar frá Reykjavík til Akureyrar, Ísafjarðar og Egilsstaða en samkvæmt upplýsingum sem fram koma í ársskýrslu Flugleiða fyrir 2002 ferðast um 90% af farþegum félagsins á þessum leiðum. Auk framangreindra flugleiða sinnir félagið flugi frá Akureyri til Grímseyjar, Vopnafjarðar og Þórshafnar. Þá annast félagið sjúkraflyg og hefðbundið leiguflyg á Íslandi, Grænlandi og að hluta til í Evrópu. Ekki er um önnur flugfélög að ræða sem sinna áætlunarflugi á framangreindum leiðum. Íslandsflug flýgur þó einnig áætlunarflug frá Reykjavík til nokkurra áfangastaða. Þeir eru Vestmannaeyjar, Sauðárkrúkur, Höfn, Bildudalur og Gjögur. Reglubundið áætlunarflug annarra flugfélaga innanlands er ekki fyrir hendi utan þess sem Flugfélag Vestmannaeyja býður upp á flug á milli Bakkaflugvallar og Vestmannaeyja.

Samkvæmt upplýsingum frá Flugmálastjórn var heildarfjöldi farþega á þeim áætlunarflugvöllum sem Flugfélag Íslands flýgur til um 267 þús. árið 2002. Sambærilegur fjöldi á flugvöllum sem Íslandsflug flýgur til var tæplega 78 þús. farþegar. Af þeim sem fljúga til og frá Vestmannaeyjum eru þó einnig farþegar Flugfélags Vestmannaeyja ehf. sem sinnir áætlunarflugi milli Eyja og Bakka. Fjöldi farþega sem ferðuðust um Bakkaflugvöll árið 2002 voru um 25 þús. Heildarfjöldi farþega á öðrum flugvöllum utan Reykjavíkur var hins vegar um 3 þúsund. Af þessum upplýsingum má draga þá ályktun að staða Flugfélags Íslands sé mjög sterk á þeim mörkuðum sem félagið starfar á.

2.3.5. Fraktflutningar

Flugleiðir-Frakt er eitt af dótturfélögum Flugleiða. Samkvæmt upplýsingum sem koma fram á heimasíðu félagsins er það stærsti farmflytjandi í flugi til og frá Íslandi. Auk þess að flytja frakt með öllum áætlunarflugvélum Icelandair notar félagið tvær vélar sem sinna flutningum til og frá Liége í Belgíu annars vegar og New York í Bandaríkjunum hins vegar. Af öðrum aðilum sem sinna flutningum með flugi frá Íslandi flýgur Íslandsflug fraktflug samkvæmt áætlun með einni vél fimm daga vikunnar frá Keflavík til Brussel og Edinborgar í samvinnu við DHL International.⁶⁰ Þá er flugfélagið Bláfugl (e. *Bluebird Cargo*) með reglulegt áætlunarflug með frakt frá Keflavík til nokkurra áfangastaða í Evrópu um Edinborg og Lúxemburg.

2.3.6. Leiguflug og þjónusta við flugvélar

Loftleiðir Icelandic (áður Flugleiðir-Leiguflug) hóf rekstur árið 2002. Félagið sinnir leiguflugi á alþjóðamarkaði og hafði á sínu fyrsta starfsári yfir að ráða fimm Boeing flugvélum. Í ársskýrslu Flugleiða fyrir árið 2002 kemur fram að starfsemin byggji á aðkeyptri þjónustu frá Icelandair og öðrum einingum innan Flugleiðasamstæðunnar. Með því að leggja mikla áherslu á að leigja út flugvélar yfir vetrartímann geti Loftleiðir Icelandic hjálpað Icelandair að koma á markað flugvélum sem ekki er þörf fyrir í leiðakerfi áætlunarflugs yfir vetrarmánuðina.

Flugleiðir reka tvö fyrirtæki á Keflavíkurflugvelli sem annast þjónustu bæði við flugvélar Icelandair og annarra flugfélaga. Annars vegar er um að ræða Flugþjónustuna Keflavíkurflugvelli sem m.a. starfrækir flugvélaafgreiðslu, fraktmiðstöð, flugeldhús og veitingadeild í Flugstöð Leifs Eiríkssonar hf. Hins vegar starfar á flugvellingum Tækniþjónustan Keflavíkurflugvelli sem sér um viðhald og skoðanir á flugvélum Icelandair. Félagið hefur á síðustu árum jafnframt nýtt umframafkastagetu sína til að sinna viðhaldsverkefnum fyrir önnur flugfélög.

⁶⁰ Kemur fram á heimasíðu félagsins, www.islandsflug.is.

Ljóst er að með framangreindri starfsemi á sviði fraktflugs og ýmissi þjónustu við önnur flugfélög nær félagið að nýta betur fastafjármuni sem tengjast áætlunarflugi Icelandair, sbr. einnig ummæli í ársskýrslu Flugleiða. Það er raunar almennt viðurkennt af fræðimönnum að aukin fjölbreytni í þjónustuframboði flugfélaga sé líkleg til þess að stuðla að aukinni hagkvæmni og styrkja markaðsstöðu, sbr. umfjöllun í kafla 3.2.3. um hagkvæmni rekstrarumsvifa o.fl. Ljóst er að þessi starfsemi styrkir stöðu Icelandair á hinum skilgreindu mörkuðum.

2.3.7. Ferðaskrifstofur

Eitt af dótturfélögum Flugleiða er Ferðaskrifstofa Íslands sem skipuleggur og selur ferðir bæði innanlands og til útlanda. Félagið sem er stærsta ferðaskrifstofa landsins rekur nokkrar skrifstofur undir mismunandi heitum sem hver um sig hefur sérhæft sig á ákveðnum sviðum ferðaþjónustu. Um er að ræða Úrval-Útsýn sem selur svokallaðar sólarlanda- og borgarferðir, Plúsferðir sem hafa lagt áherslu á ódýrari fjölskylduferðir til sólarlanda og Ferðaskrifstofu Íslands sem aðallega þjónar íslenskum viðskiptaferðalöngum. Alls þjónuðu skrifstofurnar 68 þús. farþegum, ýmist í leiguflugi, áætlunarflugi eða í viðskiptaferðum árið 2002. Þá rekur ferðaskrifstofan Iceland Travel umsvifamikla þjónustu við erlenda ferðamenn hér á landi. Sú ferðaskrifstofa sem næst kemur Ferðaskrifstofu Íslands að stærð er Heimsferðir ehf. en sú skrifstofa flutti um 30 þús. farþega árið 2002.⁶¹ Önnur stór ferðaskrifstofa er Terra Nova-Sól. Af þessu er ljóst að Ferðaskrifstofa Íslands nýtur styrkrar stöðu á þeim mörkuðum sem félagið starfar. Í þessu sambandi má einnig geta þess að í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 1/1997, *Yfirtaka Flugleiða hf. á Ferðaskrifstofu Íslands hf.*, voru kaupum Flugleiða á ferðaskrifstofunni sett skilyrði á grundvelli þágildandi samrunaákvæðis samkeppnislaga. Ekki fæst séð að frá þeim tíma sem ákvörðunin var tekin að þær breytingar hafi orðið á umræddum markaði sem gefi vísbendingar um að markaðsleg staða félagsins hafi versnað.

Auk þess að reka ferðaskrifstofu hér á landi reka Flugleiðir fyrirtækið Íslandsferðir sem starfrækir söluskrifstofur sem selja erlendum ferðamönnum ferðir til Íslands. Skrifstofurnar eru í Þýskalandi, Hollandi, Sviss, Ítalíu, Frakklandi, Spáni, Danmörku, Svíþjóð og Noregi.

Framangreind starfsemi samstæðunnar í sölu á ferðum til og frá Íslandi styrkir augljóslega stöðu Icelandair almennt og á hinum skilgreindu mörkuðum þessa máls.

2.3.8. Rekstur hópferðabifreiða

Kynniferðir ferðaskrifstofanna eru einn stærsti skipuleggjandi dagsferða með hópferða- og sérleyfisbifreiðum fyrir einstaklinga og hópa hér á landi og jafnframt eitt stærsta fyrirtæki hér á landi sem sinnir rekstri hópferða- og sérleyfisbifreiða en

⁶¹ Kemur fram á heimasíðu félagsins, www.heimsferdir.is.

fyrirtækið er með sérleyfi á leiðinni milli Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar og Reykjavíkur.⁶² Í ákvörðunum samkeppnisráðs þar sem fjallað hefur verið um markað fyrir akstur á sérleiðum, hópferðum og dagsferðum hefur verið fjallað um stöðu Kynnisferða á slíkum mörkuðum. Þannig hefur fyrirtækið verið skilgreint markaðsráðandi á áðurnefndri sérleið⁶³ auk þess sem fyrirtækið var á sínum tíma skilgreint í ráðandi stöðu á markaðnum fyrir dagsferðir frá Reykjavík að Gullfossi og Geysi.⁶⁴ Kynnisferðir reka 24 áætlunarbíla af mismunandi stærðum og voru farþegar í ferðum félagsins samtals um 64 þúsund árið 2002.

Dótturfélag Kynnisferða er Sæferðir ehf. í Stykkishólmi. Auk þess að eiga og reka tvö farþegaskip, reka Sæferðir ferjuna Baldur, sem annast flutninga á farþegum, bifreiðum og varningi yfir Breiðafjörð.

2.3.9. Hótelrekstur

Flugleiðir reka Flugleiðahótel sem er stærsta fyrirtæki í hótelrekstri hér á landi en félagið rekur tvær hótelkeðjur. Annars vegar er um að ræða keðju átta heilsárshótela undir heitinu Icelandair Hotels og hins vegar keðju fimmtán sumarhótela undir merkjum Hótel Eddu. Af þessum 23 hótelum rekur félagið sjálft 17 hótel þegar mest er á sumrin en 6 hótel eru rekin af samstarfsaðilum á landsbyggðinni undir merkjum Flugleiðahótela. Tvö stærstu Icelandair hótelin eru jafnframt stærstu hótelin á Íslandi. Annars vegar er um að ræða Nordica Hótel (áður Hótel Esja) með 284 herbergi og Hótel Loftleiðir með 220 herbergi. Hótel Saga og Hótel Ísland sem Bændasamtökin reka eru þau hótel sem næst koma Flugleiðahótelum að stærð í herbergjafjölda en samanlagt eru þau með 335 herbergi. Því næst kemur rekstraraðili Grand Hótel og Hótel Reykjavíkur með samtals 178 herbergi. Til samanburðar má einnig geta þess að heildarframboð gistirýmis á hótelum hér á landi árið 2002 var rúmlega 2.900 herbergi.⁶⁵

2.3.10. Bílaleiga

Bílaleiga Flugleiða er stærsta bílaleiga landsins. Í ársskýrslu Flugleiða fyrir árið 2002 er þess getið að á árinu 2003 sé stefnt að því að um 750 bílar verði í notkun hjá fyrirtækinu á þeim tíma sem umsvifin verði sem mest, þar af um þriðjungur jeppar og aðrir fjórhjóladrifsbílar. Þá er í ársskýrslunni vitnað til könnunar Ferðamálaráðs frá árinu 2001 þar sem fram komi að 36% erlendra ferðamanna nýti sér þjónustu bílaleigunnar. Félagið starfar undir merkjum alþjóðlegu bílaleigukeðjunnar Hertz, sem

⁶² Samkvæmt lögum nr. 73/2001 um fólksflutninga, vöruflutninga og efnisflutninga hér á landi hefur sérleyfi það í för með sér að handhafi þess hefur rétt til að stunda reglubundna fólksflutninga á fyrirfram skilgreindri leið og er aðgangur annarra takmarkaður á sérleyfisleiðinni.

⁶³ Sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2002, *Kvörtun Allrahanda Ísferða ehf. vegna ferða Kynnisferða sf. frá Flugstöð Leifs Eiríkssonar.*

⁶⁴ Sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/2001, *Erindi Allrahanda Ísferða ehf. er varðar samkeppni Kynnisferða sf. í dagsferðum fyrir ferðamenn frá Reykjavík samkvæmt áætlun.*

⁶⁵ Kemur fram í riti Hagstofunnar, Gistinætur 2002. Birt á heimasíðu Hagstofunnar, www.hagstofa.is.

er stærsta og elsta bilaleigufyrirtæki heimsins með afgreiðslu í meira en 150 löndum og með yfir 7.000 afgreiðslustöðvar um allan heim. Til samanburðar má geta þess að þær bilaleigur sem koma næstar Bílaleigu Flugleiða að stærð hvað fjölda bílaleigubíla áhrærir eru Höldur ehf. (Bílaleiga Akureyrar) með [...] ⁶⁶ skráða bíla, Auto Reykjavík hf. (AVIS) með [...] ⁶⁷ bíla og ALP ehf. með [...] ⁶⁸ bíla. ⁶⁹

2.4. Aðgangur að markaðnum og möguleg samkeppni

Í málinu leggur Icelandair áherslu á að sérhvert flugfélag sem stofnsett er í Evrópu teljist til hugsanlegra keppinauta félagsins. Þetta stafi af því að flugsamgöngur séu frjálssar innan EES svæðisins. Þannig standi engar lagalegar hindranir í vegi nýrra keppinauta. Að mati Icelandair séu allar helstu markaðsforsendur þekktar og lágmarksfjárfesting óveruleg. Innkoma Iceland Express sýni þetta. Það fyrirtæki hafi með litlum tilkostnaði á skömmum tíma og án sérhæfðra framleiðsluþátta náð verulegri markaðshlutdeild á verðmætustu leiðunum til og frá landinu. Í þessu sambandi bendir Icelandair einnig á fjölmiðlafréttir um hugsanlega innkomu nýrra keppinauta á markaðinn og bendir jafnframt á þau flugfélög sem flogið hafa til landsins yfir sumartímann. Framangreind atriði telur Icelandair leiða til þess að fyrirtækið sé ekki í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreindu mörkuðum.

Ljóst er að við mat á því hvort fyrirtæki telst vera í markaðsráðandi stöðu verður að horfa til þess hvort um er að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað sem takmarka möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér þar völl. Aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinauti erfitt að komast inn á viðkomandi markað. Þessar hindranir geta t.d. verið af lagalegum toga, þær geta falist í nauðsyn að ná lágmarks stærð svo rekstur verði hagkvæmur og í miklum óendurkræfum kostnaði ef innkoma á markaðinn misheppnast. Dæmi um slíkan kostnað er kostnaður við markaðssetningu og kostnaður við rannsóknir og þróun. Ef engar eða litlar aðgangshindranir eru að markaðnum þarf há markaðshlutdeild ekki að fela í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Jafnvel fyrirtæki með háa hlutdeild getur ekki á slíkum markaði hegðað sér án þess að taka tillit til keppinauta sinna. Það helgast af því að ef fyrirtækið hækkar verð í því skyni að ná fram einokunarhagnaði þá kallar það á að nýr keppinautur komi inn á markaðinn. Markaðir sem eru alveg opnir í þessum skilningi er nefndir í hagfræði „*contestable markets*“.⁷⁰ Hér á landi hefur þetta verið kallað „opnir markaðir“. Jafnvel þó fyrirtæki sé með 100% hlutdeild eru slíkir markaðir sagðir jafn skilvirkir og markaðir þar sem mörg fyrirtæki keppa. Hin stöðuga samkeppnisógn af hugsanlegum nýjum keppinautum heldur verðinu niðri og tryggir hagkvæmni. Málflutningur Icelandair verður ekki skilinn öðruvísi en

⁶⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶⁹ Byggt á upplýsingum frá Umferðarstofu.

⁷⁰ Sjá hér t.d. skilgreiningu OECD í Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law.

fyrirtækið haldi því fram að það búi við samkeppni af þessum toga sem leiði til þess að há hlutdeild fyrirtækisins feli ekki í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu.

Að mati samkeppnisráðs er ljóst að flugrekstur er alþjóðleg atvinnugrein og lögmál flugrekstrar og flugmarkaðarins eru hin sömu eða svipuð í öllum ríkjum sem búa við markaðshagkerfi. Sökum þessa telur samkeppnisráð eins og önnur norræn samkeppnisyfirkvöld að mjög gagnlegt sé við mat á samkeppni á flugmörkuðum að hafa hliðsjón af reynslu Bandaríkjamanna á þessu sviði.⁷¹ Fjallað verður almennt um reynsluna í Bandaríkjunum í kafla 3.2.1. hér á eftir. Í þessu samhengi verður hins vegar að taka hér fram að á árinu 1978 felldu Bandaríkjamenn niður allar formlegar takmarkanir á aðgangi bandarískra flugfélaga inn á flugmarkaðinn með það að markmiði að koma á samkeppni í innanlandsflugi. Á þessum tíma töldu bæði þarlend yfirkvöld og hagfræðingar að eftir niðurfellingu opinberra hindrana væru nánast engar efnahagslegar aðgangshindranir inn á markaðinn og hann væri það sem nefnt er „*highly contestable*“. Því var þannig haldið fram að þessi markaður einkenndist af mjög lágum óafturkræfum kostnaði. Var í því sambandi einnig horft til þess að flugvélar væru eðli málsins samkvæmt mjög hreyfanleg framleiðslutæki og sveigjanlegar í rekstri. Á grundvelli þessa var í raun litið svo á að nánast hvaða flugfélag sem er gæti hafið samkeppni á hvaða flugleið sem er og slík samkeppnisógn myndi veita starfandi flugfélögum á einstökum flugleiðum mikið aðhald. Þannig væri mjög auðvelt fyrir nýja flugrekendur að koma inn á markaðinn ef flugfélag sem starfandi væri á markaðnum reyndi að ná fram einokunarhagnaði. Af þessu var einnig talið leiða að ekki væri mikil þörf á afskiptum samkeppnisyfirkvalda af þessum markaði. Reynslan varð hins vegar önnur. Hún hefur sýnt að efnahagslegar aðgangshindranir að markaðnum voru verulega vanmetnar. Möguleiki starfandi flugfélaga til að bregðast nánast undireins við innkomu nýs aðila með verðlækkunum eða auknu framboði höfðu meiri þýðingu en ætlað var.⁷² Fjallað er um þessa þróun í nýlegri skýrslu bandarískra samgönguyfirkvalda sem ásamt samkeppnisyfirkvöldum er ætlað að tryggja samkeppni á þessum markaði. Í skýrslunni segir að eftir að frelsi var komið á hafi mörg ný flugfélög hafið samkeppni en fæst þeirra hafi haldið velli og hafi það verið í ósamræmi við væntingar. Stóru flugfélögin sem reki tengistöðvar hafi notið mikillar stærðarhagkvæmni sem veitt hafi þeim umtalsvert samkeppnisforskot. Jafnframt verði ný flugfélög fyrir kostnaði sem þau ná ekki til baka ef innkoma heppnast ekki. Einnig geti ný flugfélög ekki að vild farið inn og út af viðkomandi

⁷¹ Sjá hér nýlega skýrslu norrænna samkeppnisyfirkvalda: Competitive Airlines – Towards a more vigorous competition policy in relation to the air travel market, nr. 1/2002.

⁷² Þetta kemur skýrt fram í nefndri skýrslu norrænna samkeppnisyfirkvalda um flugmarkaðinn. Í skýrslunni segir: „*Prior to and shortly after US deregulation, it was generally thought that aviation markets would in general be highly contestable, as it would be easy for any carrier to relocate aircraft and personell so as to service a new route. In practice, it has turned out that the barriers to entry are much more important than previously believed. Incumbent airlines can lower their fares and/or increase their capacity practically overnight, so as to reduce the revenue of rival new entrants. Any potential new entrant would, of course, be aware of this, and hesitate to challenge the incumbent carrier even if the latter may be making considerable profit in the current (monopolised) situation.*“

flugmarkaði þar sem það myndi draga úr tiltrú viðskiptavina. Slík auðveld inn- og útganga af markaði er hins vegar lykilatriði í því hvort hann telst vera opinn „*contestable*“. Jafnframt hafa tryggðarkerfi eins og vildarpunktur/vildarkerfi veitt starfandi flugfélögum forskot. Með hliðsjón af þessari reynslu er það mat bandarískra yfirvalda að miklar efnahagslegar aðgangshindranir séu að flugmarkaðnum og að kenningin um virkt samkeppnislegt aðhald hugsanlegra nýrra keppinauta hafi ekki reynst rétt.⁷³ Í skýrslu norrænna samkeppnisyfirvalda er einnig rætt um þessar aðgangshindranir að flugmarkaðnum, sbr. umfjöllun hér á eftir.

Varðandi stöðu Icelandair og mögulega samkeppni er fyrst vert að benda á að til skamms tíma voru miklar formlegar aðgangshindranir að flugmarkaðnum, bæði í millilandaflugi og innanlandsflugi. Þar til fyrir u.þ.b. 10–15 árum var áætlunarflug milli landa í Evrópu að verulegu leyti bundið opinberum sérleyfum og ríkti þá almennt einokun eða fákeppni á einstökum flugleiðum. Hér á landi nutu Flugleiðir, forveri Icelandair, velvildar og fulltingis stjórnvalda. Félagið var það sem á ensku hefur verið kallað „flag carrier“ og var handhafi nær allra sérleyfa bæði í millilanda- og innanlandsflugi. Flugleiðir voru þess vegna því sem nær í einokunarstöðu um áratugaskeið. Á grundvelli EES-samningsins hafa sérleyfi á áætlunarflugi milli landa og innanlands nú verið felld úr gildi nema í undantekningartilvikum þegar leyfi í innanlandsflugi hafa verið boðin út. Lagalegar hindranir til flugrekstrar umfram almennar og sértækar kröfur sem lúta að öryggi og neytendavernd eru því ekki lengur til staðar á flugmarkaðnum.

Ljóst er því að Icelandair er ekki lengur verndað á grundvelli opinberra aðgangshindrana. Sú staðreynd að öll evrópsk flugfélög hafi rétt að lögum til að hefja samkeppni við Icelandair á hinum skilgreinda markaði dugir þó ekki ein og sér til þess að unnt sé að líta svo á að fyrirtækið búi við það mikla ógn af nýjum keppinautum að það teljist ekki vera markaðsráðandi. Jafnframt er að því leyti ekki unnt að byggja á því einu og sér að nýr keppinautur hafi hafið starfsemi á markaðnum. Eins og áður segir hófu fjölmargir nýir keppinautar starfsemi á bandaríska flugmarkaðnum en flestir hrökkluðust síðan út af markaðnum. Það að nýr keppinautur hefji starfsemi segir ekkert um vægi efnahagslegra aðgangshindrana á markaðnum. Aðalatriðið er að meta hina raunverulegu aðgangshindranir á hinum skilgreinda markaði þegar til lengri tíma er litið. Framangreind umfjöllun sýnir að Icelandair nýtur alls þess forskots sem felur í sér aðgangshindrun fyrir nýjan keppinaut.

Að mati samkeppnisráðs bendir sú staðreynd, að þau tvö flugfélög sem efndu til samkeppni við Icelandair hluta ársins 2000 og 2001 skuli hafa hætt starfsemi, til þess að miklar aðgangshindranir séu á markaðnum. Á árinu 2000 hóf breska flugfélagið Go Fly flug á flugleiðinni milli Íslands og London. Félagið flaug á þessari flugleið

⁷³ *Enforcement policy regarding unfair exclusionary conduct in the air transportation industry*, útgefið af US Department of Transportation þann 17. janúar 2001.

fjórum sinnum í viku frá 25. maí til 27. september 2000. Flogið var frá Íslandi kl. 2 að nóttu og til Íslands um kl. 23:00 að staðartíma. Virðist sem farþegar Go Fly á árinu 2000 hafi að stórum hluta verið viðbót við markaðinn og að mati Go Fly hafi 75–80% farþega þeirra verið farþegar sem ella hefðu ekki komið til landsins.⁷⁴ Á árinu 2001 flaug Go Fly daglega til Íslands frá lokum mars til 15. september. Í upphafi árs 2002 lýsti félagið því yfir að það myndi hætta flugi til Íslands. Í Morgunblaðinu 7. júní 2001 er greint frá viðtali við forstjóra Flugleiða við tímaritið EuroBusiness. Þar hafi forstjórinn sagt „að félagið komi ekki til með að taka þátt í verðsamkeppni við lágfargjaldafélög eins og GO og sætti sig við að láta slík félög bjóða lægri fargjöld en Flugleiðir. Flugleiðir munu áfram treysta á hefðbundið áætlunarflug með háu þjónustustigi.“ Þessi ummæli gefa til kynna að Icelandair hafi ekki talið mikla samkeppnisógn af Go Fly.

Á árinu 2000 bauð ferðaskrifstofan Samvinnuferðir-Landsýn upp á nýja flugþjónustu sem fyrirtækið nefndi Flugfrelsi. Í þessu fólst að Samvinnuferðir-Landsýn buðu flug til 10 borga í Evrópu í samvinnu við t.d. flugfélögin Atlanta og Íslandsflug. Flogið var tvisvar sinnum í viku til London og Kaupmannahafnar. Hófst flugið í lok maí og var áætlað að það stæði fram á haust. Í kynningu á þessari þjónustu var lögð áhersla á lágt verð og að engar takmarkandi reglur giltu um fargjöldin, t.d. voru engir skilmálar um lengd ferða. Í maí 2000 töldu Samvinnuferðir-Landsýn góðar viðtökur neytenda ástæður til kanna grundvöll fyrir því að bjóða upp á Flugfrelsi allt árið.⁷⁵ Það var hins vegar ekki gert. Í janúar 2001 var greint frá því að sumarið eftir yrði aftur boðið upp á Flugfrelsi en verð á farmiðum yrði 30% hærra. Hins vegar var hætt við flug til London vegna mikils sætaframboðs á þeirri leið. Heildarsætaframboð í Flugfrelsi hafði á árinu 2000 verið 25 þúsund sæti en var áætlað á þessum tíma að það yrði 12 til 15 þúsund.⁷⁶ Í maí 2001 tilkynntu Samvinnuferðir-Landsýn að félagið hefði rift flugsamningi við Atlanta og samið þess í stað við Flugleiðir og með þessu hefði sætaframboð félagsins verið minnkað um 3000 sæti. Í lok ársins 2001 urðu Samvinnuferðir-Landsýn gjaldþrota og hætti fyrirtækið starfsemi sinni.

Í ljósi þessa er það mat samkeppnisráðs að aðgangshindranir á skilgreindum mörkuðum séu miklar. Ekki er hægt að fallast á það sjónarmið Icelandair að þar sem flugsamgöngur séu frjálsar innan EES svæðisins og að Iceland Express hafi komist inn á markaðinn með lágmarkstilkostnaði styðji það að aðgangur að markaðnum sé óheftur. Þvert á móti sýna misheppnuð innkoma flugfélagsins Go Fly á markaðinn fyrir áætlunarflug til London á árunum 2000 og 2001 og Flugfrelsi Samvinnuferða-Landsýnar á flugleiðinni til Kaupmannahafnar og London árið 2000 sem m.a. leiddi til gjaldþrots þess fyrirtækis að aðgangshindranir að markaðnum séu miklar. Þetta er

⁷⁴ Sjá viðtal við ferðamálastjóra í Morgunblaðinu 11. júlí 2000. Viðtal við talsmann Go Fly í Morgunblaðinu 1. október 2000.

⁷⁵ Sjá frétt í Morgunblaðinu 26. maí 2000.

⁷⁶ Sjá frétt í Morgunblaðinu 9. janúar 2000.

reyndar sama niðurstaða og samkeppnisyfirvöld erlendis hafa komist að í seinni tíð, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir í kafla 3.2.1. um flugrekstur í Bandaríkjunum og kafla 3.2.3. um niðurstöður skýrslu norænna samkeppnisfirvalda þar sem fjallað er um samkeppnismál í flugrekstri. Í fyrstu eftir að flug var gefið frjálst í Bandaríkjunum var talið að auðvelt væri fyrir ný flugfélög að komast inn á markaðinn ef þau félög sem fyrir væru á markaðnum reyndu að ná fram einokunarhagnaði. Eins og nánar verður greint frá í þessum köflum hér á eftir hefur flugmarkaðurinn í Bandaríkjunum ekki þróast í samræmi við þessa tilgátu. Þvert á móti hafa flugmarkaðir, bæði í Bandaríkjunum og Evrópu einkennst af miklum aðgangshindrunum. Er sú niðurstaða í samræmi við niðurstöðu samkeppnisráðs að því er varðar aðgangshindranir að þeim mörkuðum sem um ræðir í þessu máli.

2.5. Niðurstaða

Icelandair hefur um áratugaskeið haft yfirburðarhlutdeild í áætlunarflugi á milli Íslands og Evrópu en markaðshlutdeild er einn veigamesti mælikvarði á markaðsstöðu fyrirtækis. Þegar Iceland Express hóf áætlunarflug á þeim flugleiðum sem hér eru til umfjöllunar var engum keppinauti til að dreifa öðrum en Icelandair. Umsvif félagsins á umræddum flugleiðum hafa lengi verið allmikil en tekjur þess af sölu farmaða á þeim leiðum árið 2002 voru [...] ⁷⁷ milljarðar kr. og farþegafjöldi tæplega [...] ⁷⁸ þúsund. Í mars og apríl sl. var Icelandair með [...] % ⁷⁹ hlutdeild í Kaupmannahafnarflugi og [...] % ⁸⁰ hlutdeild í flugi til London. Ef litið er til annarra þátta en markaðshlutdeildar, s.s. framboðinna sæta miðað við áætlun Icelandair á sl. ári þá má ætla að félagið hafi um 72–82% framboðinna sæta til Kaupmannahafnar eftir því hvort um vetrar- eða sumaráætlun er að ræða og 66–70% sæta til London. Ef litið er til heildarstarfsemi Flugleiðasamsteypunnar sem rekur auk Icelandair 12 fyrirtæki á sviði ferðaþjónustu og flugrekstrar, þjónustu- og leiðakerfis Icelandair sem hefur Keflavíkurflugvöll sem tengistöð, Amadeus bókunarkerfisins, Vildarklúbbs Icelandair auk fleiri þátta sem ítarlega hefur verið fjallað um hér að framan er ljóst að mati samkeppnisráðs að félagið er í yfirburðastöðu gagnvart Iceland Express. Að mati ráðsins nýtur Icelandair á grundvelli þess sem hér hefur verið rakið forskots á markaðnum sem felur í sér aðgangshindrun fyrir nýjan keppinaut. Þó að opinberar aðgangshindranir hafi að langmestu leyti verið felldar niður hefur reynslan erlendis og hér á landi sýnt að miklar efnahagslegar aðgangshindranir eru að flugmarkaðnum. Keppinautar sem hér hafa reynt að ná fótfestu hafa, þegar undan eru skilin erlend leigufélög sem fljúga hingað tímabundið yfir sumarið, horfið af markaðnum. Að mati samkeppnisráðs hefur Icelandair alla burði til að halda þeirri stöðu að vera með stærri hlutdeild en keppinauturinn á hinum skilgreindu mörkuðum. Þau atriði sem hér hafa verið rakin og nánar er fjallað um fyrr í þessari greinargerð valda því að

⁷⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

⁷⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁷⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

samkeppnisráð telur að fyrirtækið sé í einstakri yfirburðastöðu á þeim mörkuðum sem mál þetta tekur til.

3.

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Eins og fram hefur komið er því haldið fram í máli þessu að Icelandair hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með ýmsum aðgerðum sem hafi haft það að markmiði að draga úr eða eyða samkeppni frá Iceland Express. Er í því sambandi fullyrt að sn. Vor- og Netsmellir Icelandair á umræddum mörkuðum hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu. Jafnframt er því haldið fram að tilteknum öðrum tilboðum Icelandair hafi verið beint gegn Iceland Express. Þá bendir Iceland Express á að Icelandair hafi aukið sætaframboð á leiðunum til og frá Kaupmannahöfn og London með því að nota stærstu flugvél félagsins, þó eingöngu á sömu brottfarartímum og Iceland Express fljúgi. Einnig er vísað til þess að nýverið hafi Icelandair lækkað verð á Saga Class farmiðum um 35% en eingöngu á sömu flugleiðum og sömu brottfarartímum og flugvélar Iceland Express fljúgi á. Icelandair mótmælir því að fyrirtækið hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og byggir á því að aðgerðir fyrirtækisins í málinu feli í sér lögmæta og eðlilega samkeppni.

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Ákvæðið er byggt á 54. gr. EES-samningsins og er því ljóst að við skýringu ákvæðisins verður að hafa hliðsjón af EES-samkeppnisrétti. Ummæli í lögskýringargögnum leiða til sömu niðurstöðu. Ákvæði 54. gr. EES-samningsins er efnislega samhljóða 82. gr. Rómarsamnings (RS). Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga hljóðar svo:

„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð.

Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:

- a. beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir,*
- b. settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns,*
- c. viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt,*
- d. sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.“*

Eins og tilvitnaður lagatexti ber með sér er upptalning um það í hverju misnotkun geti verið fólgin ekki tæmandi. Í máli þessu verður almennt að hafa í huga að í samkeppnisrétti hvílir rík skylda á markaðsráðandi fyrirtækjum að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á

markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 34/2001 *Kvörtun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um síma- og gagnaflutningsþjónustu*.⁸¹ Þessi sérstaka skylda helgast m.a. af þeirri staðreynd að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Sökum efnahagslegs styrks markaðsráðandi fyrirtækja geta tilteknað aðgerðir þeirra haft skaðleg áhrif á samkeppni og hagsmuni viðskiptavina og neytenda. Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.⁸²

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. Misnotkunin þarf því ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggji á hinum efnahagslega styrkleika sem felst í markaðsráðandi stöðu.⁸³ Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis hafi þau áhrif að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.⁸⁴ Hafa verður í huga að brot á 11. gr. er ekki háð því að sýnt sé fram á að viðkomandi aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis hafi í raun haft áhrif á samkeppni. Það er nægjanlegt að aðgerðin sé líkleg til að hafa umrædd áhrif.⁸⁵

3.1. Skaðleg undirverðlagning

Við mat á ásökunum Iceland Express er fyrst nauðsynlegt að hafa í huga að samkeppnislög banna ekki markaðsráðandi fyrirtækjum að bregðast við samkeppni með því að lækka verð ef sú verðlækkun byggir á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum eða bregðast við samkeppni á annan hátt, sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2000, *Erindi Malbikunarstöðvarinnar Hlaðbær-Colas hf. um meinta undirverðlagningu Sementsverksmiðjunnar hf. á sementi til nota við stækkun flughlaða við Flugstöð Leifs Eiríkssonar*. Þvert á móti er það í samræmi við markmið samkeppnislaga og hagstætt neytendum að markaðsráðandi fyrirtæki taki með virkum hætti þátt í heilbrigðri verðsamkeppni eða bæti og auki vöru- eða þjónustuframboð. Á hinn bóginn verður að líta til þess að vel þekkt er í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki geta á grundvelli styrks síns gripið til verðlækkana eða annarra aðgerða sem miða að því að koma keppinautum út af markaðnum eða hindra að nýr keppinautur

⁸¹ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

⁸² Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

⁸³ Sjá hér mál nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: Í málinu benti dómstóllinn á þetta: „Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality [...] between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 [nú 82 .gr.] of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved,...“

⁸⁴ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v. Commission* [1979] ECR 461.

⁸⁵ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 6-7/73 *Commercial Solvents v. Commission* [1974] ECR 223.

geti haslað sér völl á markaðnum. Slíkar aðgerðir geta verið margvíslegar en almennt má segja að megingiltgangur þeirra sé að draga úr hagnaði þess keppinautar sem þeim er beint gegn þannig að hann neyðist til þess að hverfa af markaðnum. Þá geta samkeppnishamlandi aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis leitt til þess að nýr aðili skirrist við að hefja samkeppni á markaðnum þar sem sú samkeppni yrði of kostnaðarsöm og reksturinn því óarðbær. Frá sjónarhóli hins markaðsráðandi fyrirtækis geta slíkar aðgerðir verið rökréttar þar sem fyrirtækið getur búist við því að geta hækkað verð aftur eftir að hafa eytt eða raskað samkeppni á viðkomandi markaði. Byggt er á þeirri forsendu í samkeppnisrétti að óæskilegt sé að markaðsráðandi fyrirtæki geti í skjóli efnahagslegs styrkleika selt vöru eða þjónustu á óhæfilega lágu verði eða á annan hátt mætt samkeppni á ómálefnalegum forsendum í þeim tilgangi að raska heilbrigðri samkeppni. Jafnvel þó neytendur njóti þess til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á mjög lágu verði er talið að sú röskun á samkeppni sem óeðlileg verðlækkun veldur leiði þegar til lengri tíma er litið til herra verðs til neytenda, minni gæða og til þess að valkostum neytenda fækki.

Í máli þessu er deilt um það hvort aðgerðir Icelandair hafi falið í sér svonefnda skaðlega undirverðlagningu (e. *predatory pricing*). Ágreiningur er milli málsaðila um hvað felist í skaðlegri undirverðlagningu og við hvað eigi að styðjast við mat á því hvort um slíka hegðun sé að ræða. Í því sambandi verður að líta til þess að hugtakið skaðleg undirverðlagning hefur ekki verið skilgreint í löggjöf sem gildir hér á landi, hvorki í samkeppnislögum eða í EES-samningnum. Sá mælikvarði sem gildir að lögum er hvort viðkomandi verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis feli í sér misnotkun á þeirri stöðu í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Verðlækkunum markaðsráðandi fyrirtækja sem raskað geta samkeppni hefur hins vegar m.a. af fræðimönnum og samkeppnisyfirvöldum víða um heim verið gefið heitið skaðleg undirverðlagning.⁸⁶ Er þannig um að ræða fræðiheiti í samkeppnisrétti sem notað er til að lýsa tiltekinni verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækis. Ekki er kunnugt um eina einhlíta og tæmandi skilgreiningu á þessu hugtaki. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2000 kemur fram að það mat ráðsins að í skaðlegri undirverðlagningu felist sú hegðun markaðsráðandi fyrirtækis að selja vöru eða þjónustu á lækkuðu verði til ákveðinna viðskiptavina og verðlækkunin er gerð í því skyni eða kann að hafa þau áhrif að hindra keppinautum aðgang að markaðnum eða hrekja keppinauta af markaðnum.⁸⁷ Síðan er í þessari ákvörðun gerð nánari grein fyrir því sem ráðið telur vera efnisinnihald skaðlegrar undirverðlagningar. Einnig var fjallað um skaðlega undirverðlagningu í ákvörðun ráðsins nr. 4/1999, *Erindi Islandia ehf. um*

⁸⁶ Þessari tegund af misnotkun á markaðsráðandi stöðu hefur einnig verið gefið heitið „*abusive exclusionary pricing practices*“.

⁸⁷ Til samanburðar má horfa til þess að fræðimenn hafa sagt að skaðleg undirverðlagning geti falist í:

- Sértekri verðlækkun.
- Verðlagningu sem skilar ekki hagnaði eða skilar varla (e. *barely*) hagnaði.
- Verðlagningu sem er beint gegn tilteknum keppinaut.

Sjá: Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 2001 bls. 724.

endurgjaldslausu Internetsþjónustu Landssíma Íslands hf. og Skímu ehf, sbr. einnig úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/1999. Þá var og fjallað um undirverðlagningu í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 7/1995, *Kvörtun yfir viðskiptaháttum Bónusar sf. og Baugs hf.* Í því máli kom fram að undirverðlagning í smásölu eins og hún birtist þar hafi ekki verið skaðleg samkeppni.

Áður en vikið er að atvikum þessa máls telur samkeppnisráð að rétt sé, í ljósi m.a. ágreinings málsaðila, að fjalla á ný og eftir atvikum nánar almennt um þau tilvik þar sem verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis gagnvart keppinauti getur falið í sér brot á 11. gr. Verður fyrst fjallað almennt um slíkar verðlækkanir markaðsráðandi fyrirtækja og kannað hvort rétt sé í máli þessu að breyta eða hverfa frá fyrri viðmiðunum um lögmæti verðlækkunar markaðsráðandi fyrirtækja. Síðan verður tekið til athugunar hvort sérstök sjónarmið geti gilt í flugrekstri.

Í upphafi verður fyrst að líta til dóms dómstóls EB í Hoffman-La Roche málinu en það mál fjallaði um afslætti markaðsráðandi fyrirtækis sem gerðu keppinautum erfitt að komast inn á markaðinn. Í dómnum kemur fram að hugtakið misnotkun á markaðsráðandi stöðu er hlutlægt hugtak sem tengist hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sem hefur þau áhrif að hindra þá samkeppni sem ríkir á markaðnum eða vöxt hennar.⁸⁸ Eins og nefnt var sagði dómstóll EB í Michelin málinu að á markaðsráðandi fyrirtækjum hvíli sérstök skylda að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geta virkri samkeppni.⁸⁹

Í AKZO málinu frá 1991 var skotið til dómstóls EB ákvörðun framkvæmdastjórnar EB þar sem komist hafði verið að þeirri niðurstöðu að markaðsráðandi fyrirtæki (AKZO) hefði misnotað stöðu sína með því að bjóða verð undir kostnaði í því skyni að koma keppinauti út af markaði.⁹⁰ Fyrir framkvæmdastjórninni hafði AKZO haldið því fram að við mat á því hvort verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis væri ólögmæt ætti að beita sn. Areeda og Turner reglu. Regla þessi er nefnd eftir bandarískum fræðimönnunum sem birtu hana árið 1975 í grein sem hefur haft umtalsverð áhrif í bandarískum samkeppnisrétti, sbr. nánar síðar. Í reglunni felst í aðalatriðum að ef verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis veldur því að verð sé undir meðaltali

⁸⁸ Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461. Málsgrein nr. 91: „ *The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.*“

⁸⁹ Mál nr. 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3451. Málsgrein nr. 57: „... *A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.*“

⁹⁰ Mál nr. C-62/86 [1991] ECR-3359

breytilegs kostnaðar teljist hún vera ólögmæt. Verð yfir meðaltali breytilegs kostnaðar teljist hins vegar lögmæt. Í ákvörðun sinni féllst framkvæmdastjórnin ekki á þetta og sagði m.a. að í 82. gr. Rs. (áður 86. gr.) felist engin regla sem skilgreini með nákvæmum hætti með tilvísun til kostnaðar hvenær verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis teljist vera ólögmæt. Taldi framkvæmdastjórnin að líta yrði til markmiðs viðkomandi fyrirtækis með verðlækkun sem ráða mætti af skjölum fyrirtækisins og hegðun á markaði. Fyrir dómstólnum áréttaði framkvæmdastjórnin þetta sjónarmið sitt og sagði að regla sem einungis byggði á kostnaðarviðmiði væri ekki í samræmi við það markmið samkeppnisreglna að vinna gegn röskun á virkri samkeppnislegri gerð markaðarins. Taldi framkvæmdastjórnin að slík kostnaðarregla tæki ekki nægjanlegt tillit til markmiðs verðlækkunar og slík verðlækkun gæti haft samkeppnishamlandi tilgang hvort sem viðkomandi fyrirtæki verðleggi yfir eða undir kostnaði.⁹¹ Athugun á kostnaði gæti hins vegar verið mikilvæg í því skyni að meta hvort tiltekin verðlækkun sé eðlileg eða ekki.⁹² AKZO hélt því hins vegar fram að framkvæmdastjórninni bæri að miða alfarið við hlutlæga reglu sem byggði á kostnaði fyrirtækisins.⁹³

Í niðurstöðu dómstólsins um þetta atriði vísaði hann fyrst til ofangreindra ummæla dómsins í Hoffman-La Roche málinu um að misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé hlutlægt hugtak sem tengist hegðun markaðaráðandi fyrirtækis sem hefur þau áhrif að

⁹¹ Málsgrein nr. 64 í dómnum: „According to the Commission, Article 86 does not make costs the decisive criterion for determining whether price reductions by a dominant undertaking are abusive (point 77). Such a criterion does not take any account of the general objectives of the EEC competition rules as defined in Article 3(f) of the Treaty and in particular the need to prevent the impairment of an effective structure of competition in the common market. A mechanical criterion would not give adequate weight to the strategic aspect of price-cutting behaviour. There can be an anti-competitive object in price-cutting whether or not the aggressor sets its prices above or below its own costs, whatever the manner in which those costs are understood (point 79).“

⁹² Málsgrein nr. 65 í dómnum: „A detailed analysis of the costs of the dominant undertaking might, however, according to the Commission, be of considerable importance in establishing the reasonableness or otherwise of its pricing conduct. The exclusionary consequences of a price-cutting campaign by a dominant producer might be so self-evident that no evidence of intention to eliminate a competitor is necessary. On the other hand, where the low pricing could be susceptible of several explanations, evidence of an intention to eliminate a competitor or restrict competition might also be required to prove an infringement. (point 80)“

⁹³ Málsgreinar nr. 66-68 í dómnum: „66. AKZO disputes the relevance of the criterion of lawfulness adopted by the Commission, which it regards as nebulous or at least inapplicable. It maintains that the Commission should have adopted an objective criterion based on its costs.

67. In that respect, it states that the question of the lawfulness of a particular level of prices cannot be separated from the specific market situation in which the prices were fixed. There is no abuse if the dominant undertaking endeavours to obtain an optimum selling-price and a positive coverage margin. A price is optimum if the undertaking may reasonably expect that the offer of another price or the absence of a price would produce a less favourable operating profit in the short term. Furthermore, a coverage margin is positive if the value of the order exceeds the sum of the variable costs.

68. According to AKZO, a criterion based on an endeavour to obtain an optimal price in the short term cannot be rejected on the grounds that it would jeopardize the viability of the undertaking in the long term. It is only after a certain time that the undertaking in question could take measures to eliminate the losses or withdraw from a loss-making branch of business. In the meantime the undertaking would have to accept "optimum orders" in order to reduce its deficit and to ensure continuity of operation.“

hindra þá samkeppni sem ríkir á markaðnum eða vöxt hennar.⁹⁴ Af þessu leiði að 82. gr. Rs. banni markaðsráðandi fyrirtæki að hrekja keppinaut út af markaðnum með því að beita öðrum aðferðum en þeim sem teljast til eðlilegrar samkeppni („*competition on the basis of quality*“). Í ljósi þessa taldi dómstóllinn að ekki væri unnt að líta svo á að öll verðsamkeppni sé lögmæt.⁹⁵ Síðan skilgreindi dómstóllinn tvær tegundir af verðlagningu sem fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu:

- Annars vegar sé um misnotkun að ræða þegar markaðsráðandi fyrirtæki selur vöru á lægra verði en sem nemur svokölluðu meðaltali breytilegs kostnaðar sem fellur til við að framleiða viðkomandi vöru.
- Hins vegar geti verið um misnotkun að ræða ef markaðsráðandi fyrirtæki selur vöru á verði sem er undir meðaltali heildarkostnaðar, þ.e. föstum og breytilegum kostnaði, en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar. Jafnframt verður að liggja fyrir að verðlagningin sé liður í áætlun um að útiloka keppinaut frá markaðnum.

Tók dómstóllinn fram að þetta væru viðmiðin sem beita ætti í þessu máli.⁹⁶

Í þessu samhengi skal nefnt að með breytilegum kostnaði er almennt átt við þann hluta heildarkostnaðar sem eykst í hlutfalli við aukið framleiðslumagn.⁹⁷ Fastur

⁹⁴ Málsgrein nr. 69 í dómnum: „*It should be observed that, as the Court held in its judgment in Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission [1979] ECR 461, paragraph 91, the concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and through recourse to methods which, different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.*“

⁹⁵ Málsgrein nr. 70 í dómnum: „*It follows that Article 86 prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby strengthening its position by using methods other than those which come within the scope of competition on the basis of quality. From that point of view, however, not all competition by means of price can be regarded as legitimate.*“

⁹⁶ Málsgreinar 71-73 í dómnum: „*Prices below average variable costs (that is to say, those which vary depending on the quantities produced) by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor must be regarded as abusive. A dominant undertaking has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position, since each sale generates a loss, namely the total amount of the fixed costs (that is to say, those which remain constant regardless of the quantities produced) and, at least, part of the variable costs relating to the unit produced.*

⁷² *Moreover, prices below average total costs, that is to say, fixed costs plus variable costs, but above average variable costs, must be regarded as abusive if they are determined as part of a plan for eliminating a competitor. Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them.*

⁷³ *These are the criteria that must be applied to the situation in the present case.*“

⁹⁷ Breytilegur kostnaður skiptist í; a. *Stighækkandi kostnað*, sem hækkar hlutfallslega meira en framleiðslan.; b. *Hlutfallskostnað*, sem vex í sama hlutfalli og framleiðslan; c. *Stiglækkandi kostnað*, sem vex hlutfallslega minna en framleiðslan.

kostnaður breytist hins vegar ekki þótt framleiðslan sé aukin eða minnkuð.⁹⁸ Rétt er þó að hafa í huga að þó svo kostnaður sé fastur og breytist ekki í hlutfalli við framleitt magn getur hann samt sem áður tekið breytingum með tímanum af öðrum orsökum. Oft getur verið erfitt að greina á milli þess hvort kostnaður er fastur eða breytilegur. Þó er almennt viðurkennt að mörkin séu háð því til hve langs tíma sé litið. Þannig er álitnið að þegar til lengri tíma er litið sé allur kostnaður breytilegur en fastur ef miðað er við skamman tíma.

Samkvæmt framangreindri reglu dómstóls EB í AKZO málinu er það í fyrsta lagi ljóst að ef markaðsráðandi fyrirtæki selur á verði sem er undir meðtali breytilegs kostnaðar þá er slík verðlækkun ólögumæt og þarf ekkert annað að koma til. Þó það sé ekki tekið fram í dómnum hafa fræðimenn talið að þessi regla sé ekki undantekningalaus. Markaðsráðandi fyrirtæki geti selt undir þessum kostnaði ef sannfærandi málefnaleg rök mæla með því, t.d. sala á gömlum birgðum.⁹⁹ Í öðru lagi getur verðlækkun verið ólögumæt ef hún er undir meðaltali heildarkostnaðar en yfir breytilegum kostnaði. Þá þarf hins vegar til viðbótar að sýna fram á að þessi verðlagning sé liður í áætlun í að koma keppinauti út af markaðnum („*determined as part of a plan for eliminating a competitor*“). Í þessu felst að sanna þarf að markaðsráðandi fyrirtæki hafi haft það að markmiði að útiloka keppinaut frá markaðnum. Þetta markmið má ráða af skjölum viðkomandi fyrirtækis eða öðrum sýnilegum sönnunargögnum. Markmiðið má einnig ráða af hegðun fyrirtækisins á markaðnum. Niðurstaða dómstólsins í AKZO málinu sýnir að ef markaðsráðandi fyrirtæki lækkar verð undir heildarkostnað einungis á þeim sviðum eða aðeins gagnvart þeim viðskiptavinum þar sem samkeppni gætir geti það falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Sértekar verðlækkanir af þessum toga geta þannig falið í sér sönnun fyrir samkeppnishamlandi markmiði fyrirtækisins.¹⁰⁰

Af dómnum í AKZO málinu má einnig ráða að dómstóllinn hafnaði því að taka upp í EB-samkeppnisrétti Areeda og Turner regluna sem talsvert hefur verið byggt á í bandarískum rétti.

Af hálfu Ícelandair virðist því haldið fram að í dómi dómstóls EB í AKZO málinu felist tæmandi upptalning á því hvað telst vera skaðleg undirverðlagning í skilningi samkeppnisréttarins. Þannig kemur fram í máli félagsins að það teldist vera í beinni andstöðu við m.a. umræddan dóm ef sú krafa yrði gerð að flugfargjöld verði seld yfir meðaltali heildarkostnaðar. Samkeppnisráð telur það ranga túlkun á þessum dómi dómstóls EB að í honum felist tæmandi upptalning á þeim tilvikum þar sem

⁹⁸ Fastur kostnaður skiptist í; a. *Kýrrstöðukostnað*, sem greiða þarf, jafnvel þótt allri framleiðslu sé hætt.; b. *Framleiðsluundirbúningskostnað*, sem fellur til við framleiðslu fyrstu einingarinnar.

⁹⁹ Sjá t.d. Richard Whish, *Competition Law* bls. 649.

¹⁰⁰ Sjá hér t.d. Philip Andrews, *Is Meeting Competition a Defence to Predatory pricing?—The Irish Sugar Decision suggests a New Approach*, [1998] E.C.L.R. 49.

markaðsráðandi fyrirtæki getur misnotað markaðsráðandi stöðu með verðlækkunum. Í dómnum kom einungis til skoðunar sala markaðsráðandi fyrirtækis undir kostnaðarverði og í honum segir að framangreind viðmið eða reglur séu þær sem beita eigi í þessu tiltekna máli („*These are the criteria that must be applied to the situation in the present case*“). Því er ekki unnt að draga þá ályktun af dómnum að verðlagning yfir kostnaðarverði geti ekki falið í sér misnotkun. Ummæli dómstóls EB í nýlegra máli gefa heldur ekki til kynna að skilja eigi AKZO málið með þeim hætti sem Ícelandair gerir.¹⁰¹ Í þessu sambandi verður einnig að líta til þess að tveir aðallögsögumenn dómstóls EB hafa lýst þeirri skoðun að AKZO málið feli ekki í sér tæmandi skilgreiningu á því hvað teljist vera skaðleg undirverðlagning heldur hafi í dómnum verið skilgreindar tvær tegundir slíkrar háttsemi.¹⁰² Jafnframt má líta til þess að framkvæmdastjórn EB hefur lýst því viðhorfi að sala yfir kostnaðarverði geti falið í sér skaðlega undirverðlagningu.¹⁰³

Varðandi fordæmisgildi AKZO málsins verður einnig að horfa til þess að í málinu var verið að fjalla um skaðlega undirverðlagningu í iðnaðarframleiðslu. Ólík kostnaðaruppbygging í öðrum atvinnugreinum, eins og t.d. fjarskiptum, getur kallað á aðra nálgun en fram kemur í AKZO málinu.¹⁰⁴ Nánar verður fjallað um þetta atriði síðar.

Varðandi það hvort misnotkun á markaðsráðandi stöðu geti falist í verðlækkunum sem ekki eru undir kostnaði verður einnig að líta til *Compagnie Maritime Belge* málsins fyrir dómstóli EB.¹⁰⁵ Málið fjallaði um samkeppni í sjóflutningum á tilteknum siglingaleiðum milli Evrópu og Vestur-Afríku. Markaðsráðandi aðili (Cewal)¹⁰⁶ hafði brugðist við innkomu nýs keppinutar á tilteknum siglingaleiðum m.a. með sértækum verðlækkunum sem beindust að hinum nýja keppinauti. Cewal hafði yfir 90% hlutdeild á markaðnum. Verð Cewals var lækkað til jafns við verð nýja keppinutarins

¹⁰¹ Tetra Pak II málið, mál nr. C-333/94P, [1996] ECR I-5951. Í mgr. 41 sagði dómstóllinn þetta: „*In AKZO this Court did indeed sanction the existence of two different methods of analysis for determining whether an undertaking has practised predatory pricing.*“

¹⁰² Sjá álit Ruiz-Jarabo Colomer í Tetra Pak II málinu, mál nr. C-333/94P, [1996] ECR I-5951 og álit Fennelly í sameinuðum málum nr. 395-396/96P *Compagnie Maritime Belge Transports and others v. Commission* [2000] 4 C.M.L.R. 1076. Í álitu Ruiz-Jarabo Colomer segir um AKZO málið að þessu leyti; „*the Court considered that competition based on pricing was not always legitimate and went on to identify two types of predatory pricing contrary to Article 86*“.

¹⁰³ Sjá t.d. XV skýrslu framkvæmdastjórnar EB um samkeppnismál.

¹⁰⁴ Sjá hér t.d. tilkynningu framkvæmdastjórnar EB: *Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector*, O.J. C265/2 (1998).

¹⁰⁵ Sameinuð mál nr. 395-396/96P [2000] 4 C.M.L.R. 1076. Sjá einnig t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969.

¹⁰⁶ Cewal (Associated Central West Africa Lines) var hópur kaupskipaútgerða sem ráku með heimild í reglugerð ráðsins nr. 4056/86 samsiglingarkerfi (liner conference) milli Zaire (nú Kongo), Angóla og ýmissa hafna í Norður-Evrópu. Framkvæmdastjórn EB hafði talið í ákvörðun sinni að meðlimir Cewal hefðu sameiginlega markaðsráðandi stöðu. *Compagnie Maritime Belge* var ein þeirra útgerða sem aðild áttu að Cewal og skaut fyrirtækið ásamt fleiri aðildarútgerðum ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar vegna misnotkunar Cewal til dómstóla EB.

einungis fyrir flutninga með þeim skipum sem sigldu á sömu dögum og skip keppinautarins. Verð þetta var hins vegar ekki undir kostnaði. Framkvæmdastjórn EB hafði talið þetta misnotkun á markaðsráðandi stöðu og beitt sektum. Undirréttur EB staðfesti þá niðurstöðu. Þeim dómi var skotið til dómstóls EB.

Af hálfu Cewals var því m.a. haldið fram fyrir dómstóli EB að markaðsráðandi fyrirtækjum væri almennt heimilt að mæta samkeppni með verðlækkunum ef verð er ekki undir kostnaði. Verð Cewal hafi ekki verið undir kostnaði og því hafi ekki verið um misnotkun að ræða. Var þessu til stuðnings vísað til AKZO málsins. Talsverða leiðbeiningu er að hafa af álitu Fennelly aðallögsögumans í málinu. Í álitinu vísaði hann til þeirra ummæla dómstóls EB í AKZO málinu að ekki sé öll verðsamkeppni lögmæt. Varaði hann við því að láta lögmæti verðlækkunar markaðsráðandi fyrirtækis ráðast alfarið af kostnaði þar sem það gæti dregið úr virkni samkeppnisreglna. Hann vísaði einnig til dóms dómstóls EB í Tetra Pak II málinu þar sem fram kemur að innihald þeirrar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum verði að skoða í ljósi atvika í hverju máli fyrir sig þar sem samkeppni er takmörkuð („*that the actual scope of the special responsibility imposed on a dominant undertaking must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show a weakened competitive situation*“).¹⁰⁷ Aðallögsögumaðurinn taldi hins vegar að undir venjulegum kringumstæðum hafi almenn verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis, sem ekki fer undir kostnað, ekki skaðleg áhrif á samkeppni. Öðru máli geti gegnt um það þegar viðkomandi fyrirtæki hafi einstaka yfirburðastöðu á markaðnum, sérstaklega á markaði þar sem unnt er að lækka verð með tiltölulega litlum kostnaði, og grípi til sértækra verðlækkana í þeim skýra tilgangi að eyða samkeppni. Ef fallist væri á það að undir slíkum kringumstæðum væri öll verðlækkun yfir kostnaði lögmæt gæti það gert viðkomandi fyrirtæki kleift að eyða allri samkeppni með sértækum verðlækkunum sem til lengri tíma myndu gera fyrirtækinu mögulegt að hækka verð og halda nýjum keppinautum frá markaðnum sem myndu óttast að fá sömu meðferð.¹⁰⁸ Aðallögsögumaðurinn fjallaði einnig um sérstaka kostnaðaruppbyggingu í

¹⁰⁷ Úr mgr. 131 í álitu Fennelly: „... In AKZO the Court observed (paragraph 70) that 'not all competition by means of price [could] be regarded as legitimate', having regard to the special obligations of dominant undertakings. However, it would, in my opinion, potentially significantly impair the pursuit of the objective of Article 3(g) of the Treaty of ensuring the establishment of an internal market in which competition is not distorted, if the Court were to regard a threshold such as total average (or long-run marginal) costs as an absolute yardstick against which all possible abusive or exclusionary pricing practices had to be assessed. The Court in Tetra Pak II approved the view taken by the Court of First Instance in that case '... that the actual scope of the special responsibility imposed on a dominant undertaking must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show a weakened competitive situation'“.

¹⁰⁸ Málsgrein nr. 132 í álitu Fennelly: „I would, on the other hand, accept that, normally, non-discriminatory price cuts by a dominant undertaking which do not entail below-cost sales should not be regarded as being anti-competitive. In the first place, even if they are only shortlived, they benefit consumers and, secondly, if the dominant undertaking's competitors are equally or more efficient, they should be able to compete on the same terms. Community competition law should thus not offer less efficient undertakings a safe haven against vigorous competition even from dominant undertakings. Different considerations may, however, apply where an undertaking which enjoys a position of

skipaflutningum, sbr. nánar síðar. Að mati aðallögsögumannsins var ljóst miðað við atvik málsins að Cewal hafði misnotað stöðu sína.¹⁰⁹

Í dómi dómstóls EB var varðandi þessi atriði fyrst áréttað, að í upptalningu 82. gr. RS. á því hvað telst vera misnotkun sé ekki lýst með tæmandi hætti í ákvæðinu.¹¹⁰ Jafnframt var ítrekað að við vissar kringumstæður geti misnotkun átt sér stað ef fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu styrkir þá stöðu sína með þeim hætti að sú markaðsráðandi staða sem þannig náist dragi alvarlega úr samkeppni.¹¹¹ Einnig var vísað til fyrri ummæla dómsins þess efnis að þá sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum verði að skoða í ljósi atvika í hverju máli fyrir sig þar sem samkeppni hafi verið takmörkuð.¹¹² Dómstóllinn benti síðan á að sérstakar aðstæður væru á viðkomandi markaði. Afleiðing þeirra geti verið sú að þegar fyrirtæki hefur markaðsráðandi stöðu á viðkomandi sjóflutningamarkaði væri ólíklegt að viðskiptavinir þess leituðu eftir þjónustu nýs keppinautar nema hann byði lægra verð.¹¹³ Af þessu leiði að ef markaðsráðandi fyrirtæki grípur til sértækra verðlækkana til að jafna verð keppinautarins hefur það í för með sér tvíþættan ávinning fyrir

dominance approaching a monopoly, particularly on a market where price cuts can be implemented with relative autonomy from costs, implements a policy of selective price cutting with the demonstrable aim of eliminating all competition. In those circumstances, to accept that all selling above cost was automatically acceptable could enable the undertaking in question to eliminate all competition by pursuing a selective pricing policy which in the long run would permit it to increase prices and deter potential future entrants for fear of receiving the same targeted treatment.“

¹⁰⁹ Úr mgr. 137 í álitni Fennelly „ ... *To my mind, Article 8[2] cannot be interpreted as permitting monopolists or quasi-monopolists to exploit the very significant market power which their superdominance confers so as to preclude the emergence either of a new or additional competitor. Where an undertaking, ... , enjoys a position of such overwhelming dominance verging on monopoly, comparable to that which existed in the present case at the moment when G & C entered the relevant market, it would not be consonant with the particularly onerous special obligation affecting such a dominant undertaking not to impair further the structure of the feeble existing competition for them to react, even to aggressive price competition from a new entrant, with a policy of targeted, selective price cuts designed to eliminate that competitor. Contrary to the assertion of the appellants, the mere fact that such prices are not pitched at a level that is actually (or can be shown to be) below total average (or long-run marginal) costs does not, to my mind, render legitimate the application of such a pricing policy.*“

¹¹⁰ Málsgrein nr. 112 í dómnum: „*It is settled case-law that the list of abusive practices contained in Article 86 of the Treaty is not an exhaustive enumeration of the abuses of a dominant position prohibited by the Treaty (Case 6/72 Europemballage and Continental Can v Commission [1973] ECR 215, paragraph 26)*“

¹¹¹ Málsgrein nr. 113 í dómnum: „*It is, moreover, established that, in certain circumstances, abuse may occur if an undertaking in a dominant position strengthens that position in such a way that the degree of dominance reached substantially fetters competition (Europemballage and Continental Can, paragraph 26).*“

¹¹² Málsgrein nr. 114 í dómnum: „*Furthermore, the actual scope of the special responsibility imposed on a dominant undertaking must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show that competition has been weakened (Case C-333/94 P Tetra Pak v Commission [1996] ECR I-5951, paragraph 24).*“

¹¹³ Málsgrein nr. 116 í dómnum: „*It is clear from the eighth recital in the preamble to Regulation No 4056/86 that the authorisation to fix rates was granted to liner conferences because of their stabilising effect and their contribution to providing adequate efficient scheduled maritime transport services. The result may be that, where a single liner conference has a dominant position on a particular market, the user of those services would have little interest in resorting to an independent competitor, unless the competitor were able to offer prices lower than those of the liner conference.*“

fyrirtækið. Það kemur helsta og mögulega eina keppinaut sínum út af markaðnum og það getur látið aðra viðskiptavinum borga hærra verð fyrir þjónustu sem sætir ekki samkeppni.¹¹⁴ Dómstóllinn vísaði einnig til þess að viðkomandi aðili hefði 90% markaðshlutdeild og aðeins einn keppinauti og fyrir lægi að tilgangur hans með aðgerðunum væri að koma nýja keppinautum út af markaðnum.¹¹⁵ Staðfesti dómstóllinn niðurstöðu undirréttar EB að um misnotkun hafi verið að ræða.

Að mati samkeppnisráðs má í fyrsta lagi draga þá ályktun af þessum dómi að þær skyldur sem hvíla á markaðsráðandi fyrirtækjum varðandi verðlagningu þeirra geta verið mismunandi eftir markaðsstyrk þeirra og hversu samkeppni er takmörkuð á viðkomandi markaði. Lögmati tiltekinna verðlagningar getur því ráðist af atvikum í hverju máli fyrir sig. Í álitni aðallögsögumansins segir skýrlega að þær skyldur séu sérstaklega ríkar þegar fyrirtæki er í einstakri yfirburðastöðu. Í því samhengi má hafa í huga að áfrýjunardómstóll í samkeppnismálum í Bretlandi (Competition Appeal Tribunal) hefur í dómi lýst því yfir að hann fylgi þessu álitni aðallögsögumansins.¹¹⁶ Jafnframt verður að draga þá ályktun af þessum dómi dómstóls EB að skaðleg undirverðlagning geti falist í sértækum verðlækkunum sem beinast gegn keppinauti jafnvel þó verðlagningin sé ekki undir kostnaði. Þetta eigi sérstaklega við þegar viðkomandi fyrirtæki er í einstakri yfirburðastöðu á viðkomandi markaði.

Dómur sænska Markaðsdómstólsins frá 1998 bendir einnig til þess að rétt geti verið að gera strangari kröfur til verðlækkana fyrirtækja í yfirburðastöðu. Í því máli var verðlækkun sænska Póstsins, sem aðeins beindist að þeim sviðum þar sem fyrirtækið mætti samkeppni frá nýjum keppinauti, talin fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Ekki var um það að ræða að verðlækkun væri undir kostnaðarverði.¹¹⁷

¹¹⁴ Málsgrein nr. 117 í dómnum: „*It follows that, where a liner conference in a dominant position selectively cuts its prices in order deliberately to match those of a competitor, it derives a dual benefit. First, it eliminates the principal, and possibly the only, means of competition open to the competing undertaking. Second, it can continue to require its users to pay higher prices for the services which are not threatened by that competition.*“

¹¹⁵ Málsgrein nr. 119 í dómnum: „*It is sufficient to recall that the conduct at issue here is that of a conference having a share of over 90% of the market in question and only one competitor. The appellants have, moreover, never seriously disputed, and indeed admitted at the hearing, that the purpose of the conduct complained of was to eliminate G & C from the market.*“

¹¹⁶ Dómur frá 15. janúar 2002 í máli nr. 1001/1/1/01 *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading*. Í dómnum segir m.a. „*We for our part accept and follow the opinion of Mr Advocate General Fennelly in Compagnie Maritime Belge ... that the special responsibility of a dominant undertaking is particularly onerous where it is a case of a quasi-monopolist enjoying “dominance approaching monopoly”, “superdominance” or “overwhelming dominance verging on monopoly”.*“

¹¹⁷ Dómur Markaðsdómstólsins (Marknadssdomstolen) í Svíþjóð í máli nr. A3/98, *Posten Sverige AB* gegn Konkurrensverket. Nánar tiltekið lá fyrir í málinu að Posten Sverige hafði yfir 90% markaðshlutdeild og var eina fyrirtækið á sænska póstmakadnum sem annaðist allar tegundir pósthjónustu. Fyrirtækið CityMail hóf samkeppni við Posten Sverige í fjöldasendingum. Í maí 1996 kynnti CityMail áætlanir um að auka þjónustu og fara að dreifa fjöldasendingum um allt Stokkhólmssvæðið og síðar á árinu að hefja þessa þjónustu í Gautaborg og Malmö. Posten Sverige brást við þessu með því að lækka verð sitt á landssvæðunum sem CityMail ætlaði að sinna. Ekki var um að ræða verð undir kostnaði. Sænska samkeppnisstofnunin (Konkurrensverket) taldi að með

Hér má einnig líta til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 17/1999, *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf.* Í því máli var Landssími Íslands talinn hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína með afslætti sem aðeins var veittur á þeim markaði þar sem fyrirtækið var í samkeppni við Tal án þess að geta lagt fram kostnaðarlegar forsendur fyrir þessari verðlækkun. Ekki var um það að ræða í málinu að umrædd þjónusta Landssímans væri seld undir kostnaðarverði. Málinu var skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og síðar dómstóla. Byggði Landssíminn m.a. á því að rangt hafi verið að líta til afsláttarkjara á öðrum mörkuðum en þeim sem til umfjöllunar var í málinu. Jafnframt var því haldið fram að fyrirtækinu væri almennt heimilt að mæta nýrri samkeppni með þessum hætti og um hafi verið að ræða eðlilegan magnafslátt. Að mati Landssímans hvíldi engin skylda á markaðsráðandi fyrirtækjum að rökstyðja slík kjör. Á þetta var ekki fallist, sbr. dóm Hæstaréttar frá 8. nóvember 2001 í máli nr. 120/2001. Í dómi Hæstaréttar segir að þótt markaðsráðandi fyrirtæki geti að öðru jöfnu gripið til ýmiss konar aðgerða í samkeppni sé óhjákvæmilegt að meta hin umdeildu afsláttarkjör í ljósi yfirburðastöðu Landssímans á GSM-markaðnum. Landssími Íslands hafi ekki viljað svara því hvert fyrirtækið teldi vera kostnaðarlegt hagræði af því að veita afslátt sérstaklega á sviði GSM-þjónustu og fyrirtækið telji ekki þörf slíkra upplýsinga til að meta réttmæti afsláttarkjaranna. Taldi Hæstiréttur að Landssíminn yrði „*að bera halla af skorti á upplýsingum um það, að annað hafi vakað fyrir honum með veitingu stórnotendaáskriftar og magnafsláttar en að styrkja og viðhalda með einhverjum hætti markaðsráðandi stöðu sinni á sviði GSM-þjónustu.*“

Til stuðnings sjónarmiðum sínum vísar Icelandair til bandaríksks samkeppnisréttar í þessu máli. Við túlkun samkeppnislaga getur verið gagnlegt að hafa hliðsjón af langri

þessum verðlækkunum hefði Posten misnotað markaðsráðandi stöðu sína og bannaði þær. Posten hafði óskað eftir því að samkeppnisstofnunin myndi lýsa því yfir að fyrirtækinu væri almennt heimilt að lækka verð þar sem samkeppni kæmi upp. Þessu var hafnað þar sem slík verðlækkun gæti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Posten skaut málinu til héraðsdómstóls Stokkhólms (Tingsrätten). Samkeppnisstofnunin hélt því fram í málinu að gera yrði mjög ríkar kröfur til markaðshögðunar Posten. Í því sambandi benti dómstóllinn á þetta: „*Tingsrätten delar oppfattningen att stränga krav måste ställas på hur Posten möter nyttillkommen konkurrens på marknaden, i vart fall så länge denna konkurrens utövas av nyetablerede företag som befinner sig i ett uppbyggnadsskede. Risken är annars att syftet med avregleringen förfelas. Det nyss sagda innebär enligt tingsrättens mening att Posten kan anses missbruka sin dominerande ställning om man möter konkurrens genom ett selektivt sänka sina priser till strax över eller i nivå med konkurrentens utan att sänkningen är kostnadsmotiverad.*“ Dómstóllinn staðfesti hluta af ákvörðunum samkeppnisstofnunarinnar. Tiltekin verðlækkun var talin vera misnotkun á markaðsráðandi stöðu en önnur ekki þar sem Posten hafði í málinu getað sýnt fram á kostnaðarlega útreikninga á henni. Dómstóllinn lýsti sig hins vegar sammála því að Posten væri ekki almennt séð heimilt að lækka verð til að mæta samkeppni. Bæði Posten og Samkeppnisstofnunin skutu málinu til Markaðsdómstólsins sem er æðsti dómstóll á sviði samkeppnismála í Svíþjóð. Varðandi þær skyldur sem hvíla á Posten benti Markaðsdómstóllinn á þetta: „*Posten har, som en följd av sin tidigare monopolställning, en stark marknadsdominans och möter konkurrens enbart från City Mail och ett antal lokalt verksamma distributionsföretag. Mot bakgrund härav finner Marknadsdomstolen att särskilt höga krav måste ställas på Postens uppträdande i konkurrenshänseende.*“ Dómstóllinn taldi að allir afslættir Posten hefðu verið misnotkun á markaðsráðandi stöðu á þeim tíma sem þeir voru teknir upp m.a. á þeirri forsendu að ekki lágu þá til grundvallar kostnaðarleg rök.

réttarframkvæmd í Bandaríkjunum enda á nútíma samkeppnisréttur þar upphaf sitt. Íslensk samkeppnislög sækja hins vegar beina fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar og ljóst er að evrópskur samkeppnisréttur og bandarískur hafa ekki þróast með nákvæmlega sama hætti varðandi lögmæti aðgerða markaðsráðandi fyrirtækja. Í þeim tilvikum þar sem réttarframkvæmd er ólík gengur EES/EB-samkeppnisréttur framur hér á landi.

Því má halda fram að mesti munurinn milli bandaríks og EES/EB-samkeppnisréttar sé varðandi kröfur til verðlækkana markaðsráðandi fyrirtækja. Eins og áður sagði birtu fræðimennirnir Areeda og Turner grein í Bandaríkjunum þar sem þeir lögðu til nýja skilgreiningu á því hvenær verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis telst vera lögmæt.¹¹⁸ Í reglu þeirra er m.a. gert ráð fyrir að verð yfir jaðarkostnaði fyrirtækis við að framleiða vöru eigi almennt að teljast lögmæt. Öll verðlagning undir þessu viðmiði teljist hins vegar ólögmæt. Fræðimennirnir töldu hins vegar að oft væri erfitt í raun að finna út hver væri jaðarkostnaður fyrirtækja og því yrði þess í stað að styðjast við meðaltal breytilegs kostnaðar og væri öll verðlagning undir því kostnaðarviðmiði ólögmæt en hærra verð lögmæt.¹¹⁹ Þessi regla er umdeild en hefur haft mikil áhrif á dómaframkvæmd í Bandaríkjunum þar sem margir alríkisdómstólar virðast gera þá kröfu að verðlagning verði að vera undir meðaltali breytilegs kostnaðar til þess að hún teljist ólögmæt.¹²⁰ Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur hins vegar hafnað því að skilgreina ákveðið kostnaðarviðmið.¹²¹ Þess í stað hefur rétturinn beitt almennu viðmiði og sagt að sýna verði fram á að verð sé fyrir neðan „hæfilegt“ kostnaðarviðmið („*the plaintiff must prove that the prices complained are below an appropriate measure of its rival's costs*“).¹²² Af þessu leiðir að verðlagning yfir

¹¹⁸ P. Areeda & D. Turner, Predatory Pricing and Related Practices under §2 of the Sherman Act, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975).

¹¹⁹ Areeda-Turner reglunni er lýst með þessum hætti:

„1. With respect to a monopolist's general (non-discriminatory) price in the market in which it has monopoly power:

(A) A short-run profit-maximizing price is nonpredatory ...

(B) A price at or above full cost is nonpredatory ...

(C) A price at or above reasonably anticipated short-run marginal cost is nonpredatory ...

(D) Unless at or above full cost, a price below reasonably anticipated short-run marginal cost is predatory, and the monopolist may not defend on the grounds that the price was “promotional” or merely met an equally low price of a competitor.

2. Recognizing that marginal cost data are often unavailable, we conclude that:

(A) A price at or above reasonably anticipated average variable cost should be presumed lawful.

(B) A price below reasonably anticipated average variable cost should be conclusively presumed unlawful.

Sjá m.a. Areeda & Hovenkamp, Antitrust Law Volume III, 2002 bls. 288.

¹²⁰ Sjá t.d. Antitrust Law and Economics, Gellhorn & Kovacic, 1994 bls. 137-144. Sullivan & Harrison, Understanding Antitrust and Its Economic Implications, 1993 bls. 250-255. Sjá einnig umfjöllun United District Court for the District of Kansas í dómi frá 27. apríl 2001, *United States v AMR Corporation, American Airlines Inc and AMR Eagle Holding Corporation*, mál nr. 99-1180-JTM.

¹²¹ *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corporation*, 509 U.S. 209 (1993). Í dómnum segir „*We again decline to resolve the conflict among the lower courts over the appropriate measure of cost.*“

¹²² *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corporation*, 509 U.S. 209 (1993).

kostnaði telst að öllum líkindum ekki brot á Sherman lögnum í Bandaríkjunum og ósennilegt er að verð á milli meðaltali breytilegs kostnaðar og heildarkostnaðar teljist ólöglegt.¹²³ Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur í sama máli sagt að til viðbótar því að sanna að verðlagning sé undir kostnaði verði einnig að sýna fram á möguleika fyrir hið markaðsráðandi fyrirtæki til að ná til baka tapi sem það kann að hafa orðið fyrir með því að beita undirverðlagningu (nefnt „*recoupment*“)¹²⁴. Í Tetra Pak II málinu fyrir dómstóli EB var því haldið fram að þessi regla ætti að gilda í EB-samkeppnisrétti. Dómstóll EB taldi hins vegar að ekki þyrfti að færa sönnur á þetta í þessu máli.¹²⁵ Af framangreindu má ljóst vera að nokkur munur er á bandarískum og EES/EB-samkeppnisrétti varðandi kröfur til verðlagningar markaðsráðandi fyrirtækja.¹²⁶

Ljóst er einnig að umdeilt er meðal hagfræðinga hvort verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis sem ekki er undir kostnaðarverði geti talist hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Sumir hagfræðingar halda því fram að inngríp undir slíkum kringumstæðum verndi einungis óhagkvæm fyrirtæki og skaði í raun hagsmunum neytenda.¹²⁷ Aðrir hagfræðingar leggja hins vegar áherslu á að markaðsráðandi fyrirtæki geti raskað samkeppni þótt verðlagning sé yfir kostnaði ef fyrirtæki hefur sterk tök á markaðnum og innkoma nýs aðila sé ólíkleg ef keppinauti er venjulega þröngvað út af markaðnum.¹²⁸ Enn aðrir vara hins vegar við þröngum skilgreiningum á kostnaði og horfa verði til þess hvort um sé að ræða „stratægiska“ hegðun af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem skoða verði í hverju máli fyrir sig.¹²⁹ Til eru hagfræðingar sem efast um að unnt sé með skynsamlegum hætti að skilgreina undirverðlagningu með hliðsjón af kostnaði. Þeir halda því fram að um undirverðlagningu sé að ræða þegar

¹²³ Sjá Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law Volume III*, 2002 bls. 289-291. Í einstaka málum hefur í Bandaríkjunum verið beitt sjónarmiðum sem líkjast meira hinum evrópsku sjá t.d. dóm Ninth Circuit alríkisdómsins í *William Inglis v. ITT Continental Baking Co.*, 668 F.2d. Sumir bandarískir fræðimenn hafa haldið því fram að regla Hæstaréttar Bandaríkjanna í Brooke málinu sé of þröng og lagt áherslu á að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis yfir kostnaði geti verið mjög skaðleg fyrir samkeppni: Edlin, *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, *Yale Law Journal*, vol. 111, 941-991, janúar 2002.

¹²⁴ Orðað svo í dómnum: „*had ... a dangerous probability of recouping its investment in below-cost pricing.*“

¹²⁵ Mál nr. C-333/94P, [1996] ECR I-5951.

¹²⁶ Sett hefur verið fram gagnrýni á framkvæmd framkvæmdastjórnar og dómstóla EB og lagt til að bandarískum viðmiðunum verði beitt í evrópski framkvæmd með þeirri breytingu þó að miðað verði við meðtal heildarkostnaðar en ekki meðtal breytilegs kostnaðar: Mastromanolis: *Predatory Pricing Strategies in the European Union*: [1998] ECLR 211.

¹²⁷ Sjá t.d. William Baumol: *Predation Criteria in the Swedish Postal Zone Price Case-A Reply*. [2000] E.C.L.R. 225. Í þessari grein er fjallað með mjög gagnrýnum hætti um mál Posten Sverige.

¹²⁸ Januz Ordovery & Robert Willing: *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*. 91 *Yale L.J* 8 (1981).

¹²⁹ Sjá t.d. Scherer/Ross: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin, 1990 bls. 468-479. Scherer hefur einnig haldið þessu fram að „... *above-cost pricing, too low to allow small rivals to expand in the market and thereby to achieve economies of scale*“ geti haft samkeppnishamlandi áhrif: Scherer, *Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment*, (1976) 89 *Harv. L. Rev.* 868.

markaðsráðandi fyrirtæki lækkar verð og ljóst er að sú verðlækkun leiðir aðeins til aukins hagnaðar ef keppinautur hrökklast út af markaðnum.¹³⁰

Hvað sem þessum skoðanaágreiningi meðal hagfræðinga líður er ljóst að m.a. dómstóll EB hefur hafnað þeirri skoðun að markaðsráðandi fyrirtæki sé ávallt heimilt að mæta samkeppni með verðlækkun sem er yfir kostnaði. Draga má sömu ályktun af dómi Hæstaréttar í Landssímamálinu. Verður því að leggja þetta til grundvallar við túlkun á 11. gr. samkeppnislaga.

Af framangreindri umfjöllun dregur samkeppnisráð þá ályktun að ekki hafi verið skilgreint til hlítar í EB/EES-samkeppnisrétti hvenær verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis getur falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Jafnframt verði við mat á lögmæti tiltekinnar verðlagningar að hafa hliðsjón af atvikum og aðstæðum í hverju máli fyrir sig og að kröfur til markaðsráðandi fyrirtækja að þessu leyti geti verið mismunandi eftir því hversu veikburða samkeppnin er á viðkomandi markaði. Framangreind umfjöllun veitir einnig þær leiðbeiningar í fyrsta lagi að verðlagning undir meðaltali breytilegs kostnaðar felur í sér misnotkun markaðsráðandi fyrirtækis á stöðu sinni. Í öðru lagi er verðlagning yfir meðaltali breytilegs kostnaðar en undir heildarkostnaði misbeiting á markaðsráðandi stöðu þegar jafnframt er unnt að sýna fram á að verðlagningin sé liður í að koma keppinauti út af markaðnum. Önnur kostnaðarviðmið geta þó átt við þegar kostnaðaruppbygging er frábrugðin því sem tíðkast í iðnaðarframleiðslu. Í þriðja lagi getur því verið um brot að ræða þegar verðlagning er yfir kostnaði. Það á þó fyrst og fremst við þegar fyrirtæki í einstakri yfirburðastöðu beitir sértækum verðlækkunum. Að mati samkeppnisráðs verður að hafa sterklega í huga við beitingu 11. gr. samkeppnislaga gagnvart verðlagningu sem er yfir kostnaði að of rúm túlkun þeirrar reglu getur dregið úr æskilegri verðsamkeppni.

Með hliðsjón af framansögðu er einnig ljóst að unnt er að áréttta þau almennu viðmið sem fram komu í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2000.

3.2. Flugrekstur í erlendum samkeppnisrétti

Áður en tekin verður afstaða til þess hvort tilboð Icelandair á umræddum flugleiðum hafi falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga er að mati samkeppnisráðs gagnlegt að gera stuttlega grein fyrir þeim sjónarmiðum sem komið hafa upp erlendis varðandi samkeppni á flugmarkaði, þ.m.t. skaðlegri undirverðlagningu.

3.2.1. Bandaríkin

Í Bandaríkjunum var opinberum hindrunum gegn samkeppni í innanlandsflugi rutt úr vegi þegar á árinu 1978. Þar í landi er því fyrir hendi alllög reynsla af umfjöllun

¹³⁰ Bishop og Walker: *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell 2002, bls. 233.

yfirvalda um samkeppnismál í flugrekstri m.a. um meinta undirverðlagningu og aðrar aðgerðir markaðsráðandi flugfélaga sem miða að því að hrekja lágfargjaldaflugfélög og aðra nýja keppinauta af markaði eða tefja fyrir framgangi þeirra. Jafnframt liggja fyrir ýmsar rannsóknir bandarískra fræðimanna á þessu efni. Verður hér á eftir vikið að nokkrum atriðum sem ráða má af fyrirliggjandi gögnum um þetta efni.¹³¹

Bandarískar rannsóknir hafa leitt í ljós að aðstæður í flugrekstri eru þannig að líkur á því að skaðleg undirverðlagning eða önnur skaðleg markaðshegðun (e. *predatory practices*) eigi sér stað eru meiri en í flestum öðrum atvinnugreinum.¹³² Auk hagrænna sérkenna flugrekstrar á þetta sér m.a. þá skýringu hversu algengt er að flugfélög séu í markaðsráðandi stöðu út frá flugvöllum sem eru þungamiðjan í leiðakerfi þeirra (e. *hub airports*). Byggist þetta á því að eftir að samkeppni í innanlandsflugi var gefin frjáls varð þróunin sú að í stað leiðakerfa sem byggðust einkum á flugi frá einum stað til annars (e. *point-to-point service*), tóku flugfélög að efla starfsemi sína á ákveðnum flugvöllum og skipuleggja leiðakerfið út frá þeim, eins og teina á hjóli sem tengjast ákveðnum miðpunkti, en á ensku eru slík leiðakerfi nefnd *hub-and-spoke*. Urðu slík leiðakerfi fljótt ríkjandi hjá öllum helstu flugfélögum. Í Bandaríkjunum er algengt að tvö eða fleiri flugfélög séu í samkeppni á flugleiðum sem tengja saman meginflugvelli (e. *hub airports*) sem leiðakerfi félaga byggist á. Á öðrum flugleiðum út frá meginflugvöllum (e. *hub routes*) er hins vegar algengt að aðeins sé í boði þjónusta þess félags sem er þar í ráðandi stöðu. Skortur á samkeppni á síðarnefndu leiðunum er talinn hafa neikvæð áhrif fyrir farþega, enda hafa rannsóknir sýnt að fargjöld eru almennt hærri á slíkum leiðum en á leiðum þar sem samkeppni ríkir. Þá telja bandarísk yfirvöld að þegar flugfélag hefur komið sér fyrir með leiðakerfi sem byggist á ákveðnum flugvelli, mæti aðrir aðilar sem vilji bjóða þaðan flug verulegum aðgangshindrunum. Að mati yfirvalda eru stærri flugfélög ólíkleg til þess að veita ríkjandi félögum samkeppni á slíkum leiðum. Hins vegar sé kostnaðarskipan lágfargjaldaflugfélaga hagstæðari og gætu þau því hugsanlega veitt samkeppni, þrátt fyrir hagræði sem ráðandi félög búa við. Innkoma lágfargjaldaflugfélaga á markaðinn sé því eina raunhæfa vonin um samkeppni á þessum flugleiðum. Í ljósi þessarar stöðu freistist ráðandi félög þó oft til þess að misnota stöðu sína á markaðnum með hegðun sem hrekur lágfargjaldaflugfélög frá

¹³¹ Eftirfarandi umfjöllun byggir á skýrslu bandaríska samgönguráðuneytisins sem ásamt dómsmálaráðuneytinu hefur eftirlit með samkeppni á flugmarkaðnum: *Enforcement policy regarding unfair exclusionary conduct in the air transportation industry*, útgefið af US Department of Transportation þann 17. janúar 2001. Einnig hefur verið horft til tilkynningar samkeppnisdeildar bandaríska dómsmálaráðuneytisins: *Statement of Joel I. Klein, Assistant Attorney General, Antitrust Division of the US Department of Justice, Before the Committee on Commerce, Science and Transportation US Senate, Concerning Antitrust Issues in the Airline Industry*, 27. júlí 2000. Jafnframt hefur m.a. verið litið til: *Predatory Practices in the U.S. Airline Industry*, Clinton V. Oster, jr., Indiana University og John S. Strong, College of William and Mary, 15. janúar 2001 og *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, Patrick Bolton, Joseph F. Brodley og Michael H. Riordan, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 88. Þá hefur verið höfð hliðsjón af gögnum í máli bandaríska samkeppnisyfirvalda gegn American Airlines, sbr. umfjöllun síðar.

¹³² Sjá m.a. *Predatory Practices in the U.S. Airline Industry*.

samkeppni á sömu flugleiðum og fælir um leið aðra aðila frá því að leggja út í slíka samkeppni.¹³³

Í rannsóknum bandarískra yfirvalda og fræðimanna eru nefnd fjölmörg dæmi sem gefa til kynna að algengt hafi verið að markaðsráðandi flugfélög hafi brugðist við innkomu lágfargjaldaflugfélaga á markað þeirra með því að lækka fargjöld og auka framboð á sætum á lágum fargjöldum, ýmist með eða án breytinga á flugáætlunum. Rannsóknir gefa þó til kynna að viðbrögðin hafi verið mismunandi eftir styrk hins nýja keppinautar. Þegar nýi keppinauturinn hefur ekki búið yfir miklum fjárhagslegum styrk, hafi markaðsráðandi félög oftast brugðist harkalega við með verulegri lækkun fargjalda og auknu framboði lágfargjalda. Viðbrögðin hafa hins vegar verið önnur og mildari þegar öflugri aðilar með víðtækt dreifikerfi, s.s. flugfélagið Southwest, hafa sótt inn á markaði þeirra. Gefi þetta til kynna að í fyrrnefndu tilvikunum hafi ekki fyrst og fremst verið stefnt að því að veita nýjum keppinautum heilbrigða samkeppni, heldur beinlínis að því að hrekja þá af markaði.¹³⁴ Ennfremur gefa skýrslur bandarískra yfirvalda og rannsóknir fræðimanna til kynna ýmis dæmi um að í kjölfar verðlækkana og annarra viðbragða markaðsráðandi flugfélaga, sem leiddu til þess að nýir keppinautar drógu sig til baka, hafi hinn ráðandi aðili hækkað fargjöld verulega. Þannig hafi viðkomandi félög náð til baka þeim herkostnaði, sem aðgerðir þeirra til að ryðja burt keppinauti fólu í sér.¹³⁵ Er það mat bandarískra yfirvalda að aðstæður í flugrekstri séu með þeim hætti að skaðleg markaðshegðun geti oft verið rökrétt viðbrögð markaðsráðandi flugfélaga og séu því líkur á að slík viðbrögð komi fram. Þurfi yfirvöld því að vera vakandi við slíkar aðstæður til þess að tryggja að neytendur njóti góðs af samkeppni.

Eins og fram hefur komið telst það m.a. vera skaðleg undirverðlagning ef markaðsráðandi fyrirtæki býður vöru eða þjónustu á verði sem er undir tilteknu kostnaðarverði. Bandarísk samkeppnisyfirköld hafa hins vegar ekki gefið út skýra viðmiðun um það hvaða kostnaðarþætti skuli leggja til grundvallar í slíku mati. Þau leggja áherslu á að engin ein regla geti talist rétt í öllum atvinnugreinum eða við allar markaðsaðstæður. Hins vegar er lögð áhersla á að útgangspunkturinn sé staða hins markaðsráðandi fyrirtækis á markaðnum. Eftir því sem markaðsstyrkur fyrirtækisins er meiri, því meiri möguleika hafi það til þess að hækka verð og ná til baka tapi vegna verðlækkunar, þegar það hefur hrakið nýja keppinauta af markaðnum. Aðstæður verði síðan að skoða í einstökum tilvikum.

Varðandi mat á því hvaða kostnaðarliði skuli leggja til grundvallar hafa bandarísk yfirvöld og ýmsir fræðimenn lagt áherslu á að í flugrekstri séu að mörgu leyti

¹³³ Sjá fyrrnefnda tilkynningu bandaríska dómsmálaráðuneytisins, *Statement of Joel I. Klein Assistant Attorney General, Antitrust Division*, frá 27. júlí 2000, bls. 2-4.

¹³⁴ Sjá fyrrnefnda skýrslu bandaríska samgönguráðuneytisins frá 17. janúar 2001, *Enforcement policy regarding unfair exclusionary conduct in the air transportation industry*, bls. 48-49.

¹³⁵ Sjá m.a. fyrrnefnda skýrslu bandaríska samgönguráðuneytisins, bls. 57-60.

sérstakar aðstæður sem taka verði tillit til. Sérstaklega er bent á að ólíkt verksmiðjum og öðrum fasteignum séu flugvélar, sem eru mikilvægustu og dýrustu fastafjármunir flugfélaga, hreyfanlegar eignir og mjög sveigjanlegar í rekstri, að því leyti að auðvelt sé og algengt að færa þær úr einu verkefni í annað, eftir því sem best hentar aðstæðum. Þótt stór hluti rekstrarkostnaðar flugfélaga sé þannig fjármagnskostnaður af þessum eignum og því „fastur“ kostnaður í hefðbundnum skilningi, sé réttara að meðhöndla hann sem breytilegan, þar sem flugfélög geti að verulegu leyti komist hjá því að greiða slíkan kostnað vegna t.d. óarðbærra flugleiða, með því að beina flugflota sínum í arðbærari verkefni.

Í flugrekstri er breytilegur kostnaður bæði farþegatengdur og ferðatengdur. Flugfélög bregðast við breyttum markaðsaðstæðum, s.s. við innkomu nýs aðila á markað, með því m.a. að breyta og aðlaga flugáætlanir og stýra nýtingu fargjaldaflokka. Í þessu ljósi er það skoðun bandarískra samkeppnisyfirvalda að við mat á því hvort um skaðlega undirverðlagningu sé að ræða sé ekki nægjanlegt að líta á farþegatengdan kostnað, heldur þurfi einnig að taka tillit til ferðatengds kostnaðar. Almennt er raunar varað við því að nota þrönga skilgreiningu á viðeigandi kostnaði, þar sem það leiði til vanmats á raunverulegum kostnaði markaðsráðandi fyrirtækja og auki því möguleika þeirra til að bregðast með ólögnum hætti við innkomu nýs aðila á markaðinn.¹³⁶ Bandarísk samkeppnisyfirvöld líta svo á að í samanburði á tekjum og kostnaði eigi kostnaðarviðmiðun í flugrekstri ekki aðeins að ná til meðaltals breytilegs kostnaðar í hefðbundnum skilningi, heldur beri að líta til breytilegs kostnaðar til langs tíma eins og hann er metinn í flugrekstri, sem í tilteknu tilviki var talinn vera 97–99% af heildarkostnaði.¹³⁷

Bandarískum rannsóknum á markaðshegðun í flugrekstri ber flestum saman um að skaðleg undirverðlagning sé aðeins ein af mörgum leiðum sem markaðsráðandi flugfélög hafi gripið til í því skyni að hamla innkomu nýrra aðila á markaðinn. Samkeppni í flugrekstri er margslungin. Ljóst er að til þess að keppa við nýja aðila á markaðnum geta fyrirtæki með markaðsráðandi stöðu beitt ýmsum aðferðum öðrum en verðlagningu. Má þar nefna yfirburði í flugáætlana- og dreifikerfi varðandi tíðni fluga, tímasetningu og fjölda áfangastaða, margvíslega þjónustu, tryggðarkerfi, stöðu á tengdum mörkuðum í ferðaþjónustu o.m.fl. Hefur verið varað við því að það sé jafnan of þröngt að horfa aðeins til verðlagningar, þegar metin eru viðbrögð markaðsráðandi flugfélags við innkomu nýs aðila á markaðinn. Eðlilegra sé að rannsaka markaðshegðun markaðsráðandi fyrirtækja í heild sinni þegar nýr aðili reynir að hasla sér völl.¹³⁸

¹³⁶ Sjá t.d. *Predatory Practices in the U.S. Airline Industry*, bls. 4 og 21.

¹³⁷ Sjá mál bandarískra stjórnvalda gegn American Airlines, t.d. Memorandum and Order, skjal No. 99-1180-JTM, bls. 56-70.

¹³⁸ Sjá t.d. *Predatory Practices in the U.S. Airline Industry*, bls. 3 (*Executive Summary*) og bls. 21-28 (*Predatory Practices versus Predatory Pricing*).

Hér verður einnig að líta til þess að í apríl 2001 var kveðinn upp dómur í máli bandarískra samkeppnisyfyrvalda gegn flugfélaginu American Airlines.¹³⁹ Flugfélagið var talið hafa markaðsráðandi stöðu í flugi til og frá Dallas Fort Worth flugvelli. Var því haldið fram að flugfélagið hefði brotið gegn 2. gr. Sherman laganna með því að jafna tilboð nýrra keppinauta og auka framboð á ódýrum flugsætum í því skyni að verja ráðandi stöðu sína. American Airlines var sýknað í málinu þar sem dómstóllinn taldi að þarlend samkeppnisyfyrvöld hefðu ekki sýnt fram á að verðlagning flugfélagsins hefði verið undir meðaltali breytilegs kostnaðar sem hafi verið eina rétta viðmiðið í málinu. Bandarísk samkeppnisyfyrvöld hafa skotið þessu máli til áfrýjunardómstóls. Í áfrýjun er því haldið fram að viðmið það sem undirrétturinn beitti hafi verið rangt.

Eins og áður sagði hefur bandaríska samgönguráðuneytið einnig það hlutverk að hafa eftirlit með samkeppni á flugmarkaði. Afskipti sín byggir ráðuneytið á lagaákvæði sem bannar ósanngjarna samkeppni af hálfu flugfélaga („*unfair methods of competition by air carriers or their agents*“).¹⁴⁰ Að mati ráðuneytisins heimilar ákvæðið því að banna samkeppnishamlandi aðgerðir flugfélaga jafnvel þó sömu aðgerðir brjóti ekki gegn Sherman lögnum. Eins og rakið hefur verið telur ráðuneytið að flugmarkaðurinn sé um margt sérstakur. Hætta á samkeppnishamlandi verðlækkunum og öðrum skyldum aðgerðum sé mikil og hefðbundið kostnaðarviðmið eigi illa við. Í því ljósi muni ráðuneytið, við beitingu umrædds ákvæðis, ekki styðjast við þau kostnaðarviðmið sem notuð eru þegar lögmati verðlækkunar markaðsráðandi fyrirtækis er metið skv. 2. gr. Sherman laganna.¹⁴¹ Vísar ráðuneytið einnig í því sambandi til sjónarmiða hagfræðinga um að verðlækkun geti verið samkeppnishamlandi þrátt fyrir að hún sé ekki undir kostnaði.¹⁴² Í stað þess að miða eingöngu við kostnað við mat á lögmati viðbragða ráðandi flugfélaga við nýrri samkeppni mun ráðuneytið meta hvort viðbrögðin feli í sér háþörmun á hagnaði („*profit-maximising response*“). Matið byggir á því hvort m.a. tekjulækkun

¹³⁹ United District Court for the District of Kansas í dómi frá 27. apríl 2001, *United States v AMR Corporation, American Airlines Inc and AMR Eagle Holding Corporation*, mál nr. 99-1180-JTM.

¹⁴⁰ 49 U.S.C. 41712. Ákvæðið er einnig nefnt Section 411.

¹⁴¹ Stærri bandarísk flugfélög höfðu krafist þess að við mat á lögmati verðlækkunar beitti ráðuneytið þeim kostnaðarviðmiðum sem almennt væri stuðst við í bandarískum samkeppnisrétti.

¹⁴² Sjá *Enforcement policy regarding unfair exclusionary conduct in the air transportation industry*, bls. 73: „*Adopting a cost standard limiting the Department's discretion would be unwise. The characteristics of the airline industry may well justify the use of a test for unlawfulness other than a cost standard in individual enforcement cases, despite the arguments in favour of using cost standards in predation cases involving other industries. Patrick Bolton, Joseph F. Brodley, & Michel H. Riordan, "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy," 88 Georgetown Law Journal at 2261-2262. In addition, a number of economists think that a dominant firm's charging of prices above costs is potentially predatory, if the firm can force out a competitor. See e.g., Januz Ordover and Robert Willing, "An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation," 91 Yale L.J. (1981). As we noted in proposing the poly, "Economists have recognized that consumers are harmed if a dominant firm eliminates competition from firms of equal or greater efficiency by cutting its prices and increasing its capacity, even if its prices are not below its costs;" ...We therefore disagree with the network airlines' contention that cases decided under section 411 must use the cost standard employed in antitrust cases.*“

markaðsráðandi flugfélags vegna verðlækkunar sé því aðeins efnahagslega órökrétt að hún neyði nýja keppinautinn til að hrökklast út af markaðnum eða minnka þjónustu sína. Þá tekur bandaríska samgönguráðuneytið fram að nálgun þess í þessu máli sé í samræmi við nútíma hagfræði.¹⁴³

Unnt er að draga margvíslegan lærdóm af reynslu Bandaríkjamanna á þessu sviði. Ekki síst skiptir máli að hafa í huga að efnahagslegar aðgangshindranir að flugmarkaðnum eru mun meiri en almennt var talið. Þegar samkeppni var komið á í flugi í Bandaríkjunum eftir 1978 lögðu hagfræðingar eins og áður segir mikla áherslu á að flugmarkaðurinn væri opinn og án allra aðgangshindrana (á ensku er talað um „*contestable markets*“). Við slíkar aðstæður búa fyrirtæki við stöðuga ógn vegna hugsanlegrar innkomu nýrra keppinauta á markaðinn. Slík ógn var talin geta veitt starfandi flugfélögum nægjanlegt samkeppnislegt aðhald og var því ekki talin ástæða til mikilla afskipta samkeppnisyfirvalda. Eins og umfjöllunin hér að framan sýnir hefur flugmarkaðurinn í Bandaríkjunum ekki þróast í samræmi við þessa tilgátu. Þvert á móti er það niðurstaða yfirvalda og margra fræðimanna að markaðurinn einkennist af miklum aðgangshindrunum og þörf sé á virku aðhaldi samkeppnisyfirvalda.

3.2.2. EB/EES-samkeppnisréttur

Ekki er við mörg fordæmi að styðjast í EES/EB-samkeppnisrétti varðandi hvað telst vera skaðleg undirverðlagning í flugrekstri. Í Ahmed Saeed málinu fyrir dómstóli EB fjallaði dómstóllinn um misnotkun á markaðsráðandi stöðu í flugi.¹⁴⁴ Fram kom í dómnum að flugfargjöld í áætlunarflugi geti undir vissum kringumstæðum falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði, sérstaklega þegar eitt eða fleiri markaðsráðandi flugfélög hafa beitt óeðlilega lágu fargjaldi („*excessively low tariffs*“) í því skyni að koma keppinauti út af markaðnum. Dómurinn sagði að nokkra leiðbeiningu um hvað sé óeðlilegt fargjald megi hafa í 3. gr. þágildandi tilskipunar ráðsins nr. 87/601 um fargjöld í áætlunarflugi. Af því ákvæði megi ráða að fargjöld verði að vera í eðlilegum tengslum við langtíma staðfærðan kostnað flugfélagsins („*long term fully allocated costs of the air carrier*“), með hliðsjón af þörfum

¹⁴³Sjá *Enforcement policy regarding unfair exclusionary conduct in the air transportation industry*, bls. 35: „Our conclusion that an incumbent airline can effectively eliminate competition through predatory-type behaviour is consistent with recent economic thought. A recent article described our approach as “consistent with modern economics“. Patrick Bolton, Joseph F. Brodley, & Michel H. Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 88 *Georgetown Law Journal* (August 2000) 2239,2263. While economists for some time viewed predation as an ineffective strategy, they have reexamined the question of predation and concluded that predation is more likely to occur and to be more rational than thought earlier. See Jonathan B. Baker, “Predatory Pricing after Brooke Group: An Economic Perspective,” 62 *Antitrust Law Journal* (Spring 1994), 585 ... “The Economics of Antitrust,” *The Economist* (May 2, 1998), 62, attached to Comments of Alfred Kahn. Thus “[I]t is now the consensus view in modern economics that predatory pricing can be a successful and fully rational business strategy.” Patrick Bolton, Joseph F. Brodley, & Michel H. Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 88 *Georgetown Law Journal* at 2241. „[S]ound empirical and experimental studies, as well as modern economic theory,” have shown that predation is not rare. ... “

¹⁴⁴Mál nr. 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen and Silver Line Reisebuero GMPH v. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs E.V.* [1989] ECR 803.

neytenda, viðunandi arðsemi fjármagns, samkeppnina á markaðnum, þ.m.t. fargjöld annarra flugfélaga á sömu flugleið og þörfina á því að verjast undirboðum.¹⁴⁵

Um fargjöld í flugi gildir nú reglugerð ráðsins nr. 2409/92 um fargjöld og farmgjöld í flugþjónustu. Reglugerð þessi er hluti af EES-samningnum.¹⁴⁶ Með þessari reglugerð var bandalagsflugfélögum veitt fullt frelsi til að ákveða flugfargjöld. Líkt og í framangreindri tilskipun nr. 87/601 er aðildarríkjum í 6. gr. reglugerðarinnar veitt heimild að uppfylltum ákveðnum skilyrðum til að fella úr gildi fargjöld flugfélaga ef þau verða óhóflega há eða lág. Í því sambandi verður að meta hvort verð sé óeðlilegt með hliðsjón af „*öllum langtímakostnaði flugfélagsins*“, eins og það er orðað í reglugerðinni (orðað svo í enskri útgáfu reglugerðarinnar; „*long term fully-allocated relevant costs of the air carrier*“). Samkvæmt þessu virðist í aðalatriðum vera um sama kostnaðarviðmið að ræða og í tilskipun 87/601 sem dómstóll EB vísaði til í Ahmeed Saeed málinu. Framkvæmdastjórn EB hefur skýrt hvað felst í þessu kostnaðarviðmiði. Samkvæmt henni þýðir „allur staðfærður kostnaður“ („*fully-allocated costs*“) að skipta verði öllum kostnaði sem tengist fargjaldi að fullu og ekki aðeins á viðkomandi flugleið („*all costs which relate to an air fare must be allocated fully and not only to the route in question*“). Hér eftir verður vísað til hugtaksins „*allocated costs*“ sem staðfærðs kostnaðar. Þetta þýðir að viðmið tengd jaðarkostnaði geti ekki átt við („*any marginal approach in cost allocation would not be acceptable*“). Hugtakið langtímakostnaður vísar til þess að ekki eigi að líta til skammtíma sveiflna í kostnaði.¹⁴⁷

Í tengslum við aðgerðir til að auka frelsi og samkeppni í flugi á innri markaðnum samþykkti EB ráðið reglugerð nr. 1284/91 til þess að flýta málsmeðferð í málum þar sem þörf er talin að grípa til bráðabirgðaráðstafana gegn misnotkun á markaðsráðandi stöðu flugfélaga. Í fréttatilkynningu framkvæmdastjórnar EB sem tengist þessari reglugerðarbreytingu er greint frá því að mjög mikilvægt sé að framkvæmdastjórnin geti brugðist hratt við þegar samkeppnishamlandi aðgerðum er beint gegn nýjum flugfélögum sem eru að reyna að hasla sér völl á viðkomandi markaði.¹⁴⁸ Tekið er fram að meðal þeirra aðgerða sem geti talist misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé þegar fargjöld séu boðin á verði sem er verulega undir öllum staðfærðum kostnaði

¹⁴⁵ Málsgrein nr. 44: „*Such unfair conditions may be due in the first place to the rate of tariffs imposed being excessively high, or, in order to eliminate from the market undertakings which are not parties to the agreement, excessively low. Certain interpretative criteria for assessing whether the rate employed is excessive may be inferred from Directive 87/601/EEC, which lays down the criteria to be followed by the aeronautical authorities for approving tariffs. It appears in particular from Article 3 of the directive that tariffs must be reasonably related to the long-term fully allocated costs of the air carrier, while taking into account the needs of consumers, the need for a satisfactory return on capital, the competitive market situation, including the fares of the other air carriers operating on the route, and the need to prevent dumping.*“

¹⁴⁶ Veitt lagagildi hér á landi með auglýsingu nr. 439/1994.

¹⁴⁷ Sjá Goh, *European Air Transport Law and Competition*, 1997 bls. 153.

¹⁴⁸ Fréttatilkynning 1990/05/02.

flugfélagsins. (e. „*charging fares appreciably below the carrier's own fully allocated costs*“). Er hér um að ræða sama kostnaðarviðmið og skv. tilskipun nr. 87/601 og reglugerð nr. 2409/92. Ástæða þess að talin var þörf á því að geta gripið með skjótari hætti en ella til bráðabirgðaráðstafana á þessum markaði var sú að reynsla í Bandaríkjunum þótti hafa sýnt að auðvelt væri fyrir markaðsráðandi fyrirtæki í flugrekstri að beita skaðlegri undirverðlagningu og öðrum hamlandi aðgerðum og ef ekkert yrði að gert gætu ný flugfélög hrökklast tiltölulega skjótt út af markaðnum.

Í máli því sem hér er til umfjöllunar hefur Icelandair gert grein fyrir sérkennum í áætlunarflugrekstri hvað kostnaðaruppbyggingu áhrærir. Þannig hefur verið bent á það að fastur kostnaður sé mjög hár í hlutfalli við breytilegan kostnað. Þetta eigi sérstaklega við ef litið er til svo skamms tíma að ákvörðun um að fljúga verði vart breytt. Þegar flugvél fari af stað séu auð sæti ónýtt framleiðsluvara og viðbótarkostnaður af því að bæta við farþega sé mjög lítill. Þetta kalli á sterka tilhneigingu til verðlækkana þegar umframframboð er fyrir hendi og því er haldið fram að verð í flugi sé ekki óeðlilegt nema lægstu fargjöld séu lægri en það sem megi kalla hreinan jaðarkostnað á sæti.

Ekki fæst betur séð en að þessi kostnaðaruppbygging flugfélaga sé að þessu leyti mjög áþekk og í áætlunarsiglingum með farm. Í áliti Fennelly aðallögsögumans í Compagnie Maritime Belge málinu var eins og áður sagði fjallað um það hvort verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis sem ekki er undir kostnaði geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í áliti sínu bendir hann á að það séu sérstök einkenni sumra markaða eins og sjóflutninga sem geri kostnað að óáreiðanlegum mælikvarða við mat á því hvort viðbrögð markaðsráðandi fyrirtækis í samkeppni séu eðlileg. Í fyrsta lagi þegar ákveðið hefur verið að skip sigli á tilteknum degi sé kostnaðurinn við að flytja einn gám til viðbótar, sem fluttur er á grundvelli lækkaðs verðs, nánast enginn. Ennfremur séu farmgjöld í aðalatriðum ekki ákveðin á grundvelli jaðarkostnaðar kaupskipaútgerðar við að veita þjónustuna heldur á grundvelli verðteygni eftirspurnar.¹⁴⁹ Þessi sjónarmið eru ekki í samræmi við það viðhorf Icelandair að almennt sé heimilt að verðleggja með hliðsjón af jaðarkostnaði.

3.2.3. Skýrsla norrænna samkeppnisyrvalda

Á fundi norrænna samkeppnisyrvalda í september 2001 var ákveðið að skipa starfshóp til þess að kynna sér stöðu samkeppnismála í flugrekstri á Norðurlöndum og gera tillögur um aðgerðir til að efla samkeppni. Skilaði nefndin frá sér skýrslu í júní

¹⁴⁹ Málsgrein nr. 133 í áliti Fennelly: „*There are peculiar features of certain markets such as maritime transport where costs may be an unreliable guide to the reasonableness of competitive strategies adopted by dominant firms. In the first place, once a ship has been designated to sail on a particular day, then, provided capacity is available, the cost of transporting an additional container shipped as a result of a reduced-rate offer may be close to zero. More generally, freight rates will largely be determined not by the marginal cost for the shipping line of providing the service but by the price elasticity of demand for the product shipped.*“

2002.¹⁵⁰ Skýrsla þessi, sem áður hefur verið vísað til í kafla 2.3., er ítarleg og snertir alla helstu þætti samkeppnismála í flugrekstri á Norðurlöndum. Meðal annars er markaðnum lýst, lagalegt umhverfi útskýrt og greint frá sérstöðu flugrekstrar frá hagrænu sjónarmiði. Verður hér í stuttu máli skýrt frá nokkrum atriðum úr skýrslunni sem hafa sérstaka þýðingu í þessu máli.

Í skýrslunni er lögð sérstök áhersla á að frá hagrænu sjónarmiði hafi flugrekstur mikilvæg sérkenni, ekki síst þau að hann byggist í ríkum mæli á nettengdri starfsemi (e. *network industry*), kostnaðaruppbygging sé sérstæð og sömuleiðis tekjustýring og markaðsfærsla. Verði að taka tillit til þessara sérkenna við mat á samkeppni í þessari starfsemi.

Flugrekstri má lýsa sem kerfi flugleiða sem tengir saman áfangastaði eða m.ö.o. starfsemin tengist saman í neti flugleiða sem mynda eina heild (sbr. e. *network industry*). Kostnaður og tekjur við að flytja farþega á einni flugleið eru háð starfsemi á öðrum flugleiðum og getur í slíku netkerfi verið um umtalsverð ytri áhrif að ræða (e. *network externalities*). Er um að ræða bæði hagkvæmni stærðar (e. *economies of scale*), hagkvæmni rekstrarumsvifa (e. *economies of scope*) og hagkvæmni ferðatíðni (e. *economies of density*). Þessi hagkvæmni getur ýmist átt uppruna sinn á framboðs- eða eftirspurnarhlið.

Um stærðarhagkvæmni er að ræða, sem stafar frá framboðshlið, þegar meðaltal framleiðslukostnaðar (á einingu) lækkar eftir því sem einingafjöldi vex. Þessar aðstæður eru oft til staðar þegar fastur kostnaður er hár og breytilegur jaðarkostnaður er lágur og stöðugur. Þannig er það meginregla að framleiðslukostnaður á einingu lækkar þegar notaðar eru stærri flugvélar, að því gefnu að sætanýting sé óbreytt. Sömuleiðis er það meginregla að kostnaður á farþegakílómetra lækki eftir því sem flugleiðir eru lengri, annars vegar vegna minna vægis sameiginlegra gjalda s.s. lendingargjalda og kostnaðar við þjónustu á flugvöllum, og hins vegar vegna betri nýtingar flugvéla (óvirkur tími flugvéla á flugvöllum (e. *turn-around*) er lægra hlutfall af virkum flugtíma). Stærðarhagkvæmni getur einnig stafað frá eftirspurnarhlið. Benda má á mikilvæg dæmi um slíkt t.d. á sviði fjarskipta og hugbúnaðargerðar. Í flugrekstri hefur slíkt þó ekki mikla þýðingu.

Hagkvæmni rekstrarumsvifa, út frá framboðshlið, er til staðar ef kostnaður við að framleiða tvær ólíkar vörur eða tvenns konar mismunandi þjónustu er lægri þegar eitt fyrirtæki annast framleiðsluna en þegar hún er í höndum tveggja fyrirtækja. Það er m.ö.o. um að ræða ytri áhrif (e. *externalities*) til lækkunar á kostnaði milli

¹⁵⁰ *Competitive Airlines. Towards a more vigorous competition policy in relation to the air travel market.* Skýrsla gefin út af dönskum, sænskum, norskum, íslenskum og finnskum samkeppnisyrðingum. Auk prentaðrar útgáfu má finna skýrsluna á: http://www.konkurransetilsynet.no/archive/internett/publikasjoner/nordisk_rapport/nordic_report_competitive_airlines_01_02.pdf

framleiðslulína. Dæmi um slíka ytri hagkvæmni eininga úr flugrekstri er sparnaður sem getur leitt af samrekstri farþega- og vöruflutninga. Mikilvægasta dæmið um slíka hagkvæmni tengist þó samþættingu flugleiða innan leiðanets hjá sama rekstraraðila. Með því að reka margar ólíkar en tengdar flugleiðir innan sama leiðakerfis geta flugfélög nýtt betur flugvélar, áhafnir, bókunarkerfi, sölukerfi og sameiginlegt stjórnunarkerfi.

Út frá eftirspurnarhlið er einnig um að ræða hagkvæmni rekstrarumsvifa sem hefur þýðingu í flugrekstri. Annars vegar má rekja það til vildar neytenda (e. *consumer preferences*), þ.e. það að neytendur velja eitt frammar öðru, og hins vegar til markaðskynningar. Hið fyrra tengist kostnaði við að skipta um flugrekanda (e. *switching costs*). Án slíks skiptikostnaðar, væri val viðskiptavinar á flugfélagi frá stað A til C með viðkomu á stað B óháð því hvort einn og sami aðilinn flygi á leiðum A-B og B-C eður ei. Þegar kostnaður fylgir skiptingu, skiptir það viðskiptavininn máli hvaða þjónustu hann má vænta frá flugrekendum. Skiptikostnaður kann þó að birtast í því einu að viðskiptavinir kjósi fremur að ferðast með sama flugfélagi alla leið, þar sem þeir meti það svo að hætta á töfum, vandamálum við afgreiðslu farangurs og öðrum óþægindum séu meiri þegar skipt er um flugrekanda og ábyrgð flugrekanda gagnvart viðskiptavini verði óljósari. Vegna slíks skiptikostnaðar njóta flugfélög hagkvæmni við það að fjölga flugleiðum, en við það fækkar skiptingum og þjónustan verður meira aðlaðandi fyrir farþega. Fjölgun leiða stuðlar því að aukinni eftirspurn eftir þjónustu viðkomandi félags.

Markaðskynning flugfélaga getur síðan styrkt hagkvæmni rekstrarumsvifa út frá eftirspurnarhlið, sérstaklega með starfrækslu vildarklúbbs þar sem farþegar safna réttindum með auknum viðskiptum og tryggðasamningum flugfélaga við ferðaskrifstofur. Markaðstæki af þessum toga skapa eins konar gervihagkvæmni umsvifa, þar sem þau auka tryggð viðskiptavina við flugfélög með tilbúinni aukningu á skiptikostnaði.

Hagkvæmni ferðatíðni (e. *economics of density*), út frá framboðshlið, er til staðar ef einingarkostnaður flugfélags lækkar, þegar sætaframboð á flugleið er aukið með fjölgun fluga og/eða stærri vélum. Má rekja þetta fyrst og fremst til betri nýtingar flugvéla og áhafna. Enn meiri þýðingu hefur þó hagkvæmni ferðatíðni út frá eftirspurnarhlið. Aukin ferðatíðni lækkar að meðaltali tímakostnað farþega vegna ferðalaga og eykur þannig eftirspurn eftir þjónustunni, einkum frá þeim sem ferðast vegna viðskipta.

Það leiðakerfi sem byggist á tengingu allra helstu flugleiða við einn flugvöll sem miðdepil (e. *hub-and-spoke network*) hefur alveg sérstaka þýðingu í sambandi við hagkvæmni ferðatíðni. Í stað þess að skipuleggja leiðakerfi fyrst og fremst sem beint flug frá einum endanlegum áfangastað til annars, byggist þetta kerfi á því að

flugfélagið beinir flestum farþegum í gegnum aðalflugvöll í leiðakerfinu (e. *hub*), en þaðan beinast síðan flug á alla helstu áfangastaði. Með þessu fyrirkomulagi er unnt að fækka verulega þeim beinu flugleiðum sem flugfélagið starfrækir og lækka þar með rekstrarkostnað en þjóna samt öllum hugsanlegum þörfum farþega til flugs milli ólíkra áfangastaða félagsins. Hub-and-spoke leiðakerfi geta þó haft vissa ókosti. Til dæmis ef slíkt fyrirkomulag leiðir til þess að flugleiðir verða mun lengri en í beinu flugi milli endanlegra áfangastaða, en það gæti leitt til aukins ferðatíma fyrir farþega og kostnaðar fyrir flugfélagið. Hagkvæmni slíkra kerfa veltur því á landfræðilegum aðstæðum. Með þessu móti er unnt að lækka verulega rekstrarkostnað í leiðakerfinu. Hafa fræðimenn bent á að ytri áhrif vegna netrekstrar flugfélaga séu einmitt hvað mikilvægust í sambandi við þetta sk. *hub-and-spoke* kerfi, enda er það svo að flest stærri flugfélög í heiminum skipuleggja leiðakerfi sín með þessum hætti.

Hagkvæmni stærðar, rekstrarumsvifa og ferðatíðni hefur ýmis óhagstæð áhrif á samkeppni. Ef til dæmis er um að ræða stærðarhagkvæmni út frá framboðshlið (þ.e. framleiðslukostnaður á einingu lækkar stöðugt með auknu magni), getur það takmarkað verulega fjölda mögulegra keppinauta á hverri flugleið, sem keppt geta án þess að um efnahagslegt tap verði að ræða. Samsetning rekstrarkostnaðar þar sem hlutfall fasts kostnaðar er hátt en breytilegs kostnaðar lágt felur í sér nauðsyn á ákveðinni lágmarksveltu fyrirtækis til þess að rekstur þess geti staðist (e. *minimum viable scale*). Við aðstæður eða á markaði þar sem slík nauðsynleg lágmarksvelta nemur meira en helmingi veltunnar á viðkomandi markaði er um svokallaða náttúrulega einokun að ræða, þ.e. rekstur aðeins eins fyrirtækis getur borið sig á markaðnum. Þótt í fljótu bragði kunni að virðast líklegt að slíkar aðstæður séu oft fyrir hendi í flugrekstri, verður að hafa í huga að auðvelt er að færa notkun flugvéla á milli flugleiða; fastur kostnaður í flugrekstri er hlutfallslega lægri en í fyrstu kann að virðast.

Hagkvæmni rekstrarumsvifa (út frá eftirspurnarhlið) kann að draga úr samkeppni í flugrekstri, þar sem hún hvetur flugfélög til samruna eða myndunar samsteypu/bandalaga (e. *alliance*) um náð rekstrarsamstarf, til þess að fjölga flugleiðum og auka ferðatíðni. Innkoma á markaðinn kann því að vera vonlaus á grundvelli einnar eða fárra tegunda þjónustu. Til þess að standast samkeppni og nýta hagkvæmni eininga, verði nýir aðilar á markaðnum að bjóða fjölbreytt leiðakerfi og víðtæka þjónustu, ella nái þeir þar ekki fótfestu.

Þótt hið sk. *hub-and-spoke* leiðakerfi sé hagkvæmt frá sjónarhóli einstakra flugrekenda, felur það í sér mjög neikvæð áhrif frá samkeppnislegu sjónarmiði. Slíkt netkerfi felur í sér það mikla hagkvæmni rekstrarumsvifa og ferðatíðni fyrir þann (venjulega) eina flugrekanda sem að leiðakerfinu býr á hverjum markaði að það veitir honum umtalsvert markaðsforskot á og í námunda við þann flugvöll sem er miðpunktur í leiðakerfi hans. Þetta algenga kerfi við skipulag á leiðakerfi flugfélaga

er því líklegt til þess að skipta upp markaði milli flugfélaga. Samkeppnisforskot sem þau flugfélög búa við sem reka *hub-and-spoke* leiðakerfi er síðan í reynd aukið með tryggðarkerfum (vildarklúbbum) sem sömu aðilar starfrækja, enda verða slík vildarkerfi því meira aðlaðandi fyrir farþega, eftir því sem leiðakerfið er stærra og áfangastaðir fleiri. Í heild er því almennt um það að ræða að *hub-and-spoke* leiðakerfi veitir flugfélögum sem að því búa það mikið samkeppnislegt forskot að þau eru í markaðsráðandi stöðu á flestum flugleiðum út frá þeim flugvelli sem er miðpunktur í leiðakerfi þeirra.

Í norrænu skýrslunni eru rakin ýmis dæmi frá Evrópu og Bandaríkjunum sem staðfesta mikla útbreiðslu á *hub-and-spoke* leiðakerfum og markaðsyfirburði þeirra félaga sem að þeim búa en meginreglan er sú að aðeins eitt slíkt flugfélag starfar á hverjum flugvelli. Meginatriðið er það að slíkt fyrirkomulag gefur því félagi sem er í ráðandi stöðu á hverjum flugvelli mikil færi á því að mæta nýjum keppinauti með auknu sætaframboði, sértækum lækkunum fargjalda og/eða öðrum úrræðum sem miða að því að hrekja keppinaut af markaði.

Í skýrslunni er ennfremur bent á að áður en samkeppni var komið á í flugi í Bandaríkjunum á árinu 1978 og fyrstu ár þar á eftir hafi ýmsir hagfræðingar lagt mikla áherslu á að flugmarkaðurinn væri opinn eða það sem kallað hefur verið á ensku „*contestable*“. Því hafi verið haldið fram að þessi markaður einkenndist af mjög lágum óafturkræfum kostnaði (e. *sunk costs*).¹⁵¹ Því væri mjög auðvelt fyrir nýja flugrekendur að koma inn á markaðinn ef flugfélag sem væri fyrir á markaðnum reyndi að ná fram einokunargagnaði. Þessi ógn hafi verið talin geta veitt starfandi flugfélögum nægjanlegt samkeppnislegt aðhald og sökum þess hafi ekki verið talin ástæða til mikilla afskipta samkeppnisyfirvalda. Eins og greint hefur verið frá hefur flugmarkaðurinn í Bandaríkjunum þó í reynd ekki þróast í samræmi við þessa tilgátu. Þvert á móti hefur flugmarkaðurinn, bæði í Bandaríkjunum og Evrópu, einkennst af miklum aðgangshindrunum. Flugfélög sem eru í sterkri markaðsstöðu geta nánast fyrirvaralaust lækkað fargjöld og/eða aukið framboð, í því skyni að hækka kostnað eða lækka tekjumöguleika nýrra keppinauta. Þeir sem hyggi á innkomu á markaðinn geri sér grein fyrir þessu og muni því hika við að fara í samkeppni við þann sem fyrir sé, jafnvel þótt sá síðarnefndi njóti hagnaðar af starfseminni. Kemur í skýrslunni fram sú skoðun að æskilegt kunni að vera að takmarka möguleika þeirra flugfélaga sem eru fyrir á markaðnum á því að mæta innkomu nýrra aðila á markaðinn með misnotkun á markaðsráðandi stöðu sem byggist á undirboðum á fargjöldum og auknu framboði.

Niðurstaðan í skýrslu norrænna samkeppnisyfirvalda er sú að hindranir gegn samkeppni í evrópskum flugrekstri séu það miklar að þörf sé á samræmdum aðgerðum samkeppnisyfirvalda og annarra stjórnvalda í einstökum ríkjum og á

¹⁵¹ Helsti talsmaður þessarar skoðunar var W.J. Baumol: *Contestable Markets: An uprising in the theory of industry structure*. American Economic Review Vol. 57 (1988).

vettvangi Evrópusambandsins/EES. Er því skorað á samkeppnisyfirvöld að beita fullnægjandi eftirliti með samruna og samstarfi flugfélaga og grípa til aðgerða gegn m.a. tryggðarkerfum ásamt verðlagningu og öðrum aðgerðum þeirra félaga sem eru í ráðandi stöðu og miða að því að hrekja nýja aðila af markaðnum.

3.2.4. Þýskaland

Þýsk samkeppnisyfirvöld hafa nýlega haft afskipti af þýska flugfélaginu Lufthansa. Nánar tiltekið komst þýska samkeppnisstofnunin þann 18. febrúar 2002 að þeirri niðurstöðu að flugfélagið Lufthansa hefði reynt að hrekja keppinaut sinn, flugfélagið Germania, út af markaðnum fyrir áætlunarflug á milli Frankfurt og Berlínar.¹⁵² Um væri að ræða undirverðlagningu sem hefði skaðleg áhrif á samkeppni. Málavextir eru þeir að þann 12. nóvember 2001 hóf Germania áætlunarflug á umræddri flugleið. Félagið bauð flugmiða sem heimilt var að breyta fyrir 99 € aðra leiðina. Skilmálarnir líktust skilmálum Lufthansa fyrir viðskiptafargjöld á almennu farrými. Viðbrögð Lufthansa við innkomu Germania voru þau að bjóða fargjald á umræddri flugleið fyrir samtals 200 € báðar leiðir sem hægt var að bóka sitt í hvoru lagi. Til samanburðar kostaði áþekkt fargjald áður 485 € þannig að um 60% verðlækkun var að ræða. Þann 1. janúar 2002 hækkaði Lufthansa fargjaldið lítilllega eða í rúmlega 105 € hvora leið. Lufthansa bauð ekki upp á samskonar kjör eða verðlækkun á öðrum flugleiðum fyrirtækisins.

Þrátt fyrir að fargjald Lufthansa væri um 6 € hærra en fargjald Germania var það niðurstaða þýskra samkeppnisyfirvalda að verð hins fyrrnefnda félags væri lægra. Kemur þar til sú þjónusta sem innifalin er í verði Lufthansa, s.s. veitingar um borð og möguleiki á vildarpunktum. Þá var talið að ýmsir yfirburðir Lufthansa, s.s. aðgangur að Amadeus bókunarkerfinu og meiri möguleikar farþega á tengiflugi auk betri viðskiptavildar félagsins, hefðu þau áhrif að verðgildi farmiðanna væri í raun meira en það sem viðskiptavinurinn greiddi. Varlega áætlað var talið að verðgildi umræddra þjónustubátta væri 35 €. Þýsk samkeppnisyfirvöld gerðu það því að skilyrði að verð á fargjöldum Lufthansa á umræddri flugleið (aðra leiðina) þyrfti alltaf að vera a.m.k. 35 € hærra en fargjöld Germania. Verð Lufthansa þyrfti þó aldrei að vera hærra en 134 €. Umrætt skilyrði er bundið við tvö ár. Er það mat þýskra samkeppnisyfirvalda að innan þess tíma ætti Germania að vera búin að ná þeirri fótfestu á markaðnum að það geti keppt án þeirra skilyrða sem hér um ræðir.

Þýsk samkeppnisyfirvöld komust að því að það verð sem Lufthansa bauð væri undir meðaltali rekstrarkostnaðar á hvern farþega. Ljóst virðist að hér er ekki aðeins horft til breytilegs farþegatengds kostnaðar, sem án skatta nam innan við 30% af fargjaldinu, heldur einnig til ferðatengds kostnaðar. Þá liggur fyrir að þýsk samkeppnisyfirvöld litu aðeins til tekna af lægsta fargjaldaflokki Lufthansa á flugleiðinni við mat á því

¹⁵² Ákvörðun Bundeskartellamt: *Beschluss In dem Verwaltungsverfahren gegen Deutsche Lufthansa AG, Köln*, B9-144/01.

hvort tekjur væru undir viðeigandi kostnaðarverði. Segir í ákvörðuninni að burtséð frá því hvort Lufthansa hagnist af þessari flugleið, gætu þessi lægstu fargjöld ekki stuðlað að því að svo yrði. Eina raunhæfa skýringin fyrir svo lágu verði væri tilraun til að hrekja Germania út af markaðnum og að í framhaldi af því yrði tapið unnið upp með því að hætt yrði að bjóða ódýru fargjöldin og þau fyrri tekin upp að nýju. Sem rök fyrir þessu nefnir stofnunin sem dæmi flugleiðirnar frá München til London/Stansted og frá München til Frankfurt. Á þessum leiðum höfðu flugfélögin Go Fly og Deutsche veitt Lufthansa samkeppni til skamms tíma sem hafði það í för með sér að síðast nefnda félagið lækkaði verðið. Eftir að fyrrnefndu flugfélögin hættu áætlunarflugi á umræddum leiðum hefði Lufthansa hækkað verð á fargjöldum á leiðunum verulega.

Lufthansa gagnrýndi opinberlega þessa ákvörðun þýskra samkeppnisyfirvalda.¹⁵³ Fyrirtækið taldi að samkeppnisyfirvöld hefðu litið of þröngt á markaðinn og vanmetið samkeppni frá t.d. lággjaldaflugfélögum. Taldi fyrirtækið óásættanlegt að aðeins hefði verið litið til tekna af einu fargjaldi. Á umræddri flugleið byði Lufthansa upp á mörg fargjöld og afkomu flugleiðarinnar ætti að meta með hliðsjón af samanlögðum tekjum á flugleiðinni. Þessari ákvörðun var skotið til áfrýjunardómstóls sem staðfesti hana með þeirri breytingu að umræddur verðmunur var lækkaður úr 35 í 32,5 €.

3.3. Niðurstaða

Í köflunum hér að framan hefur samkeppnisráð gert grein fyrir því að markaðsráðandi fyrirtæki getur í vissum tilvikum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að bregðast við innkomu nýs keppinautar á markaðinn með verðlækkun. Ef um er að ræða markaðsráðandi fyrirtæki með kostnaðaruppbyggingu eins og tíðkast í iðnaðarframleiðslu þá verður alfarið að hafa hliðsjón af reglu dómstóls EB þegar lögmæti verðlagningar undir kostnaði er metið. Lögmæti verðs sem er yfir kostnaði ræðst af markaðsaðstæðum á viðkomandi markaði og eðli verðlækkunarinnar. Í því sambandi eru gerðar sérstaklega ríkar kröfur til fyrirtækja í einstakri yfirburðastöðu á viðkomandi markaði.

Af framangreindri umfjöllun má einnig draga þá ályktun að almennt sé meiri hættu á skaðlegum aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækja í flugrekstri en öðrum atvinnugreinum. Af eðli flugrekstrar leiði að ráðandi fyrirtæki eigi auðvelt með að útiloka samkeppni með óeðlilegum verðlækkunum eða öðrum aðgerðum. Því sé nauðsynlegt að eftirlit yfirvalda sé öflugt og möguleiki á að bregðast hratt við ef þurfa þykir.

Í málinu má einnig hafa hliðsjón af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 16/1999. Það mál fjallaði um fyrirhugaða aukningu Flugfélags Íslands á flugi til Egilsstaða. Áformaði félagið að bæta við miðdegisflugi á þessari flugleið.

¹⁵³ Sjá fréttatilkynningu Lufthansa frá 30. janúar 2002.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti þá ákvörðun samkeppnisráðs að ákvörðun Flugfélagsins um að hefja þetta flug hafi farið gegn þágildandi 17. gr. samkeppnislaga. Sú niðurstaða var m.a. byggð á því að tekjurnar af þessu viðbótarflugi hafi að meðaltali ekki staðið undir beinum rekstrarkostnaði við hvert flug.

Eins og fram hefur komið felast í AKZO reglu dómstóls EB tvö viðmið:

- Annars vegar sé um misnotkun að ræða þegar markaðsráðandi fyrirtæki selur vöru á lægra verði en sem nemur svokölluðu meðaltali breytilegs kostnaðar sem fellur til við að framleiða viðkomandi vöru.
- Hins vegar geti verið um misnotkun að ræða ef markaðsráðandi fyrirtæki selur vöru á verði sem er undir meðaltali heildarkostnaðar, þ.e. föstum og breytilegum kostnaði, en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar. Jafnframt verður að liggja fyrir að verðlagningin sé liður í áætlun um að útiloka keppinaut frá markaðnum.

Að mati samkeppnisráðs er vandasamt að beita fyrra viðmiðinu í AKZO reglunni í flugrekstri. Ástæða þess eru ýmis sérkenni þeirrar atvinnustarfsemi. Eins og nefnt hefur verið varðaði AKZO málið iðnaðarframleiðslu og felst m.a. í reglu dómstóls EB að kanna verður hver er meðaltals breytilegur kostnaður hins ráðandi fyrirtækis. Breytilegur kostnaður er sá sem eykst í hlutfalli við aukið framleiðslumagn. Fyrsta spurningin sem vaknar er hvernig eigi að mæla framleiðslumagn í flugrekstri. Framleiðsla getur hugsanlega verið mæld með hliðsjón af sætum í hverri flugvél eða með hliðsjón af viðbótarflugi á viðkomandi flugleið. Lítil hluti kostnaðar flugfélaga breytist í hlutfalli við fjölda farþega í hverri flugvél. Eins og komið hefur fram er viðbótarkostnaður af því að flytja farþega í annars óseldu sæti mjög lítil. Launakostnaður er almennt ekki háður því hversu margir farþegar eru í vél. Ýmiss kostnaður breytist hins vegar í tengslum við hversu margar ferðir eru flognar á viðkomandi leið og í tengslum við tegund þeirrar flugvélar sem notuð er. Dæmi um þetta eru launakostnaður, eldsneyti og lendingargjöld.

Jafnframt skiptir hér máli að ýmiss kostnaður sem í öðrum atvinnugreinum telst vera fastur, eins og t.d. afskriftir af framleiðslutækjum, breytist eftir notkun í flugrekstri. Þannig breytast afskriftir á flugvélum í hlutfalli við flugtök og landingar. Annað sem hér hefur áhrif er álitamálið við hvaða tímapunkt á að miða varðandi mat á því hvort kostnaður telst vera fastur eða breytilegur. Segja má að rúmlega sex mánuðum áður en tiltekin flugáætlun sé ákveðin séu mjög margir kostnaðarliðir breytilegir.¹⁵⁴ Það breytist hins vegar eftir því sem nær dregur flugi og skömmu áður en flugvél fer í loft er nánast allur kostnaður fastur. Af því leiðir eins og fram hefur komið að

¹⁵⁴ Í ársskýrslu Icelandair 2001 segir t.d.: „Hátt hlutfall kostnaðar í flugrekstri er yfirleitt fast til 6 mánaða og skuldbindingar vegna dýrra framleiðslutækja til enn lengri tíma.“

jaðarkostnaðurinn við að bæta enn einum farþega við er nánast enginn. Flugsæti eru hins vegar seld bæði löngu og skömmu fyrir áætlaðan flugtíma. Beiting AKZO reglunnar kallar á það að verð á flugfarseðli sé borið saman við þann kostnað sem var breytilegur þegar salan átti sér stað. Niðurstaðan við mat á lögmæti verðlagningar gæti því verið mjög mismunandi eftir því hvenær farseðill er seldur. Flókin tekjustýring flugfélaga hefur hér einnig áhrif. Í henni felst í aðalatriðum að samsetning framboðinna fargjalda í hverju flugi er í sífelldri endurskoðun til að hámarka hagnað flugfélagsins.

Framangreind sérkenni í flugrekstri myndu við beitingu fyrra viðmiðs AKZO reglunnar leiða til mismunandi niðurstöðu eftir því hvernig staðan er hjá viðkomandi flugfélagi þegar það ræðst í aðgerðir gegn nýjum keppinauti. Ef markaðsráðandi flugfélag er þegar búið að ákveða tiltekna flugáætlun, úthluta flugvélum og öðrum framleiðsluþáttum á viðkomandi flugleið þegar ný samkeppni hefst er mikill hluti kostnaðar þess orðinn fastur. Gengið er út frá því að flugfélagið geti á grundvelli þessarar úthlutuðu flutningsgetu tekið við mörgum þeirra farþega sem ella myndu fljúga með nýja keppinautnum. Þegar staðan er þessi gæti hið markaðsráðandi flugfélag boðið mjög lágt verð til að hrekja keppinautinn út af markaðnum án þess að verðið væri undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Ef hins vegar hið markaðsráðandi flugfélag hefði ekki afkastagetu til að ná viðskiptavinum frá keppinautnum og þyrfti að bæta við flugvél á flugleiðinni myndi mun hærra hlutfall kostnaðar teljast breytilegur og félagið þyrfti að selja á hærri verði til að brjóta ekki gegn viðmiðunum í AKZO reglunni. Niðurstaðan gæti því orðið gerólík eftir því hvernig stæði á með flutningsgetu hverju sinni.

Eins og lýst var hér að framan verður dómur dómstóls EB í AKZO málinu ekki skilinn svo að í honum felist tæmandi lýsing á þeim tilvikum sem verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis getur falið í sér misnotkun á stöðu þess. Jafnframt hefur verið gerð grein fyrir sjónarmiðum sem réttlæta að taka tillit til einkenna á kostnaðaruppbyggingu viðkomandi atvinnugreinar við mat á lögmæti verðlagningar ráðandi fyrirtækis. Í ljósi þessa mun samkeppnisráð ekki horfa til meðaltals breytilegs kostnaðar þegar lögmæti verðlagningar markaðsráðandi flugfélags er metið. Þess í stað mun samkeppnisráðs meta fargjöld með hliðsjón af öllum staðfærðum kostnaði flugfélagsins (e. „*long term fully-allocated relevant costs*“). Þetta kostnaðarviðmið styðst við framangreindan dóm dómstóls EB í Ahmeed Saeed málinu og reglugerð EB ráðsins nr. 2409/92. Í þessu felst að taka verður tillit til alls kostnaðar sem tengist viðkomandi fargjaldi á þeirri flugleið sem til skoðunar er. Þeir kostnaðarliðir sem horfa verður til eru eftirfarandi:

- Allur beinn kostnaður sem tengist því að bjóða upp á viðkomandi flug. Hér er um að ræða m.a. landingar- og yfirflugsgjöld, afskriftir af flugvél eða leigugjöld, eldsneyti, viðhaldskostnað, launakostnað og annan kostnað vegna

áhafnar, tryggingar, hverskonar afgreiðslugjöld, kostnaðar vegna farþega s.s. matar og afþreyingar. Tekið verður einnig tillit til vildarpunkta.

- Allur viðskiptakostnaður sem unnt er að áætla á flugleiðina, s.s. kostnað við rekstur söluskrifstofa, auglýsingar og annað markaðsstarf.

Það athugist að hér er ekki um að ræða heildarkostnað viðkomandi fyrirtækis. Almennur stjórnunarkostnaður fellur ekki hér undir, s.s. starfsmannahald, kostnaður tengdur bókhaldi og fjárreiðum auk yfirstjórnar.

Að mati samkeppnisráðs er eðlilegra með þeim rökum sem rakin hafa verið að miða við þessa kostnaðarliði í flugrekstri heldur en meðaltal breytilegs kostnaðar. Hér verður einnig að hafa sterklega í huga að hin undirliggjandi ástæða fyrir því að stuðst er við meðaltal breytilegs kostnaðar í málum sem varða iðnaðarframleiðslu er að fyrirtæki í slíkri starfsemi byggja verðákvarðanir á þeim kostnaðargrunni. Þau reyna ávallt að sjá til þess að verð þeki a.m.k. þennan kostnað. Í því ljósi er fullkomlega málefnalegt að draga þá ályktun að verð markaðsráðandi fyrirtækis undir meðaltali breytilegs kostnaðar sé óeðlilegt og til þess fallið að raska samkeppni. Samkeppnisráð telur hins vegar að flugfélög styðjist almennt ekki við meðaltal breytilegs kostnaðar þegar þau ákveða almenn fargjöld sín. Þess í stað sé vegna eðlis flugrekstrar höfð hliðsjón af öllum staðfærðum kostnaði á viðkomandi flugleið. Sökum þessa er talið rétt í EB/EES-rétti að styðjast við staðfærðan kostnað við mat á verðlagningu flugfélaga.

Af framangreindu mati samkeppnisráðs leiðir að markaðsráðandi flugfélag brýtur gegn 11. gr. samkeppnislaga ef verð þess eru undir öllum staðfærðum kostnaði. Í undantekningatilvikum getur slík verðlagning þó verið lögmæt ef viðkomandi fyrirtæki sýnir fram á að verðlagningin styðjist við sterkar hlutlægar forsendur. Verð sem er yfir þessum kostnaði en undir heildarkostnaði telst ólögmætt ef það er liður í áætlun markaðsráðandi fyrirtækis að ryðja keppinauti út af markaðnum. Verðlagning yfir kostnaði getur í vissum tilvikum einnig falið í sér brot sbr. umfjöllun hér að framan.

Að hálfu Icelandair er því haldið fram að við mat á því hvort verðlagning fyrirtækisins sé skaðleg megi ekki hafa einungis hliðsjón af lægstu fargjöldum, þ.e. Vorskellum og lægstu Netskellum til London og Kaupmannahafnar. Er í því sambandi haldið fram að sala á fáum einingum undir kostnaði í stuttan tíma geti ekki haft skaðleg áhrif á samkeppni. Heldur Icelandair því fram að líta verði til meðalverðs á tilteknu tímabili. Vísar Icelandair þessu til stuðnings m.a. til skýrslu danskra samkeppnisyfirvalda. Samkeppnisráð bendir hér fyrst á að mismunandi er hvaða viðmið einstök samkeppnisyfirvöld styðjast við að þessu leyti. Í framangreindu máli þýskra samkeppnisyfirvalda gegn Lufthansa var við mat á lögmæti verðlagningar ekki litið til meðalfargjalda heldur aðeins horft til tekna af því fargjaldi á viðkomandi flugleið sem

beint var gegn keppinautum Germania. Í AKZO málinu seldi hið markaðsráðandi fyrirtæki sömu vöru á lágu verði til viðskiptavina keppinautarins en á hærra verði til viðskiptavina sem ekki ríkti samkeppni um. Í því máli var heldur ekki litið til meðaltekna. Samkeppnisráð getur hins vegar fallist á það með Icelandair að ekki sé rétt að horfa einangrað á afmörkuð tilboð sem gilda í mjög stuttan tíma, t.d. þegar fá sæti eru boðin á lækkuðu verði fáeinum dögum fyrir brottför. Öðru máli gegnir um almenna fargjaldaflokka og umfangsmikil tilboð sem gilda í lengri tíma. Lægstu Netsmellirnir til London og Kaupmannahafnar eru hluti af reglulegu fargjaldakerfi Icelandair. Vorsmellurinn var kynntur í lok janúar 2003 og átti að gilda fyrir ferðir farnar 1. mars til 15. maí 2003. Upplýst er að fargjöld þessi voru tekin upp sem viðbrögð við komu Iceland Express inn á markaðinn. Umfjöllun í kafla 4 hér á eftir sýnir að mikið framboð hefur verið á þessum lægstu fargjöldum á umræddum flugleiðum. Í málinu verða því tekjur af þessum fargjöldum bornar saman við kostnað Icelandair.

4.

Vor- og Netsmellir Icelandair

Eins og fyrr segir er í máli þessu kvartað yfir því að tilboð Icelandair, sk. Vor- og Netsmellir á flugleiðunum til Kaupmannahafnar og London, hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Er það mat kvartanda að umrædd tilboð hafi ekki haft annan tilgang en að hrekja hann af markaðnum. Eins og mál þetta liggur fyrir er það mat samkeppnisráðs að nauðsynlegt sé að taka til athugunar hvort svokallað fargjald Icelandair „Smellur 1“ (hér eftir nefndir ódýrustu Netsmellirnir) og Vorsmellir til Kaupmannahafnar og London fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.

4.1. Kostnaðargreining

Taka verður fyrst til skoðunar hvort umrædd fargjöld hafi verið verðlögð undir staðfærðum kostnaði. Samkeppnisstofnun bárust upplýsingar frá Icelandair þar sem kostnaði félagsins fyrir hvert flug til og frá Kaupmannahöfn og London er skipt upp í kostnaðarliði annars vegar fyrir árið 2001 og hins vegar fyrstu níu mánuði ársins 2002.¹⁵⁵ Heildarkostnaði er af hálfu Icelandair skipt í svokallaðan *breytilegan farþegatengdan kostnað* (beinn kostnaður), *breytilegan ferðatengdan kostnað* (beinn kostnaður), *fastan flugtengdan kostnað* (beinn kostnaður) og *fastan sölu- og stjórnumarkostnað* (óbeinn kostnaður). Segir í gögnum Icelandair að með breytilegum farþegatengdum kostnaði sé átt við allan beinan kostnað sem hægt sé að rekja til hvers farþega, s.s. matur, drykkir og afþreying um borð. Þá teljist til þessa kostnaðar svokallaður dreifikostnaður, afgreiðslugjöld, tryggingar o.fl. Að því er varðar dreifikostnað segir að um sé að ræða kostnað tengdan bókunargjöldum og greiðslukortabókunum. Í dreifikerfi Icelandair sé hluti af fargjöldum seldur í gegnum aðra aðila og í þeim tilvikum greiði félagið umboðslaun. Þar sem Vor- og Netsmellir

¹⁵⁵ Þar sem endurskoðað uppgjör Icelandair var ekki tilbúið þegar umræddra upplýsinga var aflað óskaði fyrirtækið eftir að miða við fyrstu níu mánuði ársins 2002.

séu eingöngu seldir á Netinu en ekki í gegnum aðra aðila séu umboðslaun ekki greidd af slíkum fargjöldum. Kostnaður vegna umboðslauna hafi því verið dreginn frá dreifikostnaði. Til lækkunar á farþegatengdum kostnaði komi einnig framlegð vegna sölu á drykkjarföngum og varningi um borð. Með breytilegum ferðatengdum kostnaði sé átt við þann hluta breytilegs kostnaðar sem ekki sé farþegatengdur. Hér sé um að ræða beinan kostnað vegna áhafna, s.s. dagpeningar, afgreiðslu- og lendingargjöld, eldsneyti, hluti af viðhaldskostnaði o.fl. Til lækkunar á breytilegum ferðatengdum kostnaði komi tekjur vegna fraktflutninga. Til fasts flugtengds kostnaðar teljist t.d. launakostnaður áhafnar, eignarhaldskostnaður og annar viðhaldskostnaður. Fastur sölu- og stjórnunarkostnaður sé hins vegar óbeinn kostnaður vegna stoðdeilda á flugrekstrarsviði, sölu- og markaðssviði auk kostnaðar vegna auglýsinga, söluskrifstofa og almennur stjórnunarkostnaður. Í töflum sem Icelandair hefur látið Samkeppnisstofnun í té eru upplýsingar settar fram í samræmi við þessa sundurliðun. Sá breytilegi farþegatengdi kostnaður sem gefinn er upp er miðaður við kostnað á hvern farþega og við sölu á farmiðum á Internetinu, þ.e. kostnaður vegna umboðslauna hefur verið dreginn frá. Í gögnum Icelandair eru aðrir kostnaðarliðir settir fram miðað við hverja ferð og þeim skipt niður þannig að kostnaði er deilt niður á fjölda sæta í flugvél, þ.e. 200 sæti.¹⁵⁶

Að undanskildum almennum stjórnunarkostnaði og kostnaði tengdum umboðslaunum teljast aðrir kostnaðarliðir til staðfærðs kostnaðar í framangreindum skilningi. Ljóst er af skýringum Icelandair að aðrir kostnaðarliðir tengjast að fullu þeim fargjöldum sem hér eru til skoðunar. Samkeppnisráð getur ekki fallist á að ferðatengdum kostnaði sé skipt niður á 200 sæti. Ástæðan er sú að sætaframboð er breytilegt eftir ferðum og stærð flugvéla. Að mati stofnunarinnar verður í þessu sambandi við skiptingu á kostnaði að miða við heildarsætaframboð á þeim tíma sem notaður er til viðmiðunar. Þannig er ljóst í samræmi við upplýsingar sem aflað var frá Icelandair að heildarframboð sæta til Kaupmannahafnar árið 2001 var að meðaltali 180 sæti í hverju flugi en 197 sæti sé miðað við fyrstu níu mánuði ársins 2002. Heildarframboð til London var hins vegar 186 sæti árið 2001 en 194 sæti á umræddu tímabili árið 2002. Ef miðað er við raunverulegt sætaframboð á umræddum tímabilum er kostnaðarskiptingin fyrir flug á umræddum flugleiðum þessi:

Tafla 5: Kostnaðarskipting Icelandair í kr. á flugleiðinni Keflavík-Kaupmannahöfn.

Tegund kostnaðar	2001	1.1.–30.9. 2002
Staðfærður kostnaður	[...] ¹⁵⁷	[...]
Annar kostnaður	[...]	[...]
Samtals heildarkostnaður á farþega	[...]	[...]

¹⁵⁶ Um er að ræða Boeing 757.

¹⁵⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

Tafla 6: Kostnaðarskipting Icelandair í kr. á flugleiðinni Keflavík-London.

Tegund kostnaðar	2001	1.1.–30.9. 2002
Staðfærður kostnaður	[...] ¹⁵⁸	[...]
Annar kostnaður	[...]	[...]
Samtals heildarkostnaður á farþega	[...]	[...]

Sá kostnaður á farþega sem fram kemur í töflum 5 og 6 er heldur hærri en í gögnum Icelandair þar sem samkeppnisráð miðar við raunverulegt sætaframboð. Í upplýsingum Icelandair var ekki gert ráð fyrir áhrifum vildarpunkta en um þá verður fjallað næst.

4.1.1. Áhrif vildarpunkta

Tekjur Icelandair vegna sölu á ódýrasta Netsmellinum til Kaupmannahafnar eru 15.110 kr. og til London 15.430 kr. Vorsmellstilboðin eru hins vegar 10.110 kr. til Kaupmannahafnar og 10.430 kr. til London. Allar þessar fjárhæðir eru án skatta. Iceland Express bendir á að til viðbótar lágum fargjöldum sem Icelandair bjóði til Kaupmannahafnar og London séu einnig veittir svokallaðir vildarpunktar fyrir kaup á hverjum farmiða. Auk þess séu 1.000 punktar veittir aukalega fyrir hvern miða sem bókaður sé á Netinu. Að mati Iceland Express ber að meta verðgildi hvers ferðapunkts á eina krónu. Því til stuðnings er bent á að algengt verð á flugmiða til Evrópu sem ekki sé á tilboðsverði sé um 35.000–43.000 kr. og 38.000 vildarpunkta þurfi til að fá sambærilega farmiða til áfangastaða félagsins í Evrópu.

Icelandair mótmælir því að verðmæti hvers vildarpunkts sé ein króna. Einn punktur sé aðeins einnar krónu virði við þröngt afmarkaðar aðstæður, þ.e. þegar ferð til áfangastaðar X kosti annað hvort 100 kr. eða 100 punkta og einstaklingur sem þurfi að komast til áfangastaðar X eigi nákvæmlega 100 punkta. Óhjákvæmilegt sé að taka tillit til þessa við mat á verðgildi punktanna. Mestu máli skipti þó að mati Icelandair að afar ólíklegt verði að telja að fyrirheit um vildarpunkta hafi áhrif á eftirspurn þeirra sem greiði lágstu flugfargjöldin á þeim leiðum sem um sé að ræða. Hjá þessum farþegum ráði hið auglýsta verð úrslitum.

Við kaup á farmiðum hjá Icelandair geta viðskiptavinir safnað svokölluðum vildarpunktum, mismörgum eftir tegund fargjalds, sbr. einnig kafli 2.3.3. hér að framan. Punkta er einnig hægt að öðlast með kaupum á þjónustu hjá ýmsum samstarfsaðilum Vildarklúbbs Icelandair. Þegar ákveðnum punktafjölda er náð á viðskiptavinurinn ýmist möguleika á að nýta punktana við kaup á flugmiða eða kaup á annarri ferðatengdri þjónustu, s.s. bílaleigubíl eða hótalgistingu. Þá er einnig hægt að safna punktum til notkunar í Vildarklúbbi Icelandair með því að nota t.d. Vildarkort VISA og Icelandair en þar gefa viðskipti fyrir hverjar 1.000 kr. 4 punkta og 5 punkta

¹⁵⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

ef kortið er gullkort. Samkeppnisráð mun þó ekki horfa til vildarpunkta tengd Vildarkortum VISA og Icelandair í þessu samhengi því þeir takmarkast við ákveðinn hóp viðskiptavina, þ.e. handhafa viðkomandi korta.

Að mati samkeppnisráðs er erfitt að meta nákvæmlega verðgildi eða kostnað vegna vildarpunkta. Í því sambandi má hafa í huga að í niðurstöðu þýskra samkeppnisyfirvalda í Lufthansamálinu sem getið var um hér að framan var verðgildi þeirra punkta sem veittir voru með hverju fargjaldi 12 €. Verðgildið var fundið þannig að 40 flugferðir þurfti til að safna vildarpunktum upp í ferð sem áður kostaði 484 €.

Hjá Icelandair er virði vildarpunkta mismunandi eftir því hvort verið er að afla þeirra eða nota punktana. Þannig ávinnast 3.000 punktar, 4.000 ef bókað hefur verið á Netinu, fyrir hverja flogna ferð með Icelandair til London eða Kaupmannahafnar. Aftur á móti þarf 38.000 punkta til greiðslu á einni ferð til sömu borga. Í báðum tilvikum er hér gert ráð fyrir ferð á almennu farrými Icelandair. Unnt er að meta verðgildi hvers punkts út frá því fargjaldi sem miðað er við þegar að vildarferð kemur. Í þessu sambandi skal þó sérstaklega bent á að félögum í Vildarklúbbi Icelandair býðst að kaupa allt að 20% af þeim punktum sem til þarf í viðkomandi ferð. Þannig selur Icelandair 7.600 punkta á 8.400 kr. og verðleggur félagið því sjálft hvern punkt á 1,11 kr. Þrátt fyrir að mótmæla framangreindu mati Iceland Express upp á 1 kr. hvern punkt.

Að mati samkeppnisráðs er ljóst að punktasoðnun í Vildarklúbbi Icelandair færir viðskiptavinum verðmæti sem taka verður tillit til við mat á tekjum og kostnaði Icelandair á viðkomandi flugleiðum. Við mat á verðmæti punktanna er að mati samkeppnisráðs rétt að beita svipaðri nálgun og þýsk samkeppnisyfirvöld gerðu í máli Lufthansa. Ljóst er að verðgildi vildarpunkta er mishátt þar sem það fer eftir verði þess fargjalds sem punktarnir eru notaðir til að greiða. Verðið á fargjöldunum sem greiða má með 38.000 vildarpunktum getur verið allt að 40–50 þús. kr., þ.e. rúmlega ein króna hver punktur. Vildarpunktar fyrnast á fjórum árum og margt bendir til þess að félagar í Vildarklúbbi Icelandair geti ekki nýtt alla þá punkta sem þeir safna. Þó má gera ráð fyrir að notkun á greiðslukortum sem hefur í för með sér vildarpunktasoðnun hafi haft áhrif til aukinnar nýtingar á punktum þannig að færri punktar fyrnist en ella. Þá eru ekki allir farþegar Icelandair félagar í Vildarklúbbum en allir viðskiptavinir geta gerst aðilar í þeim félagsskap ef þeir svo kjósa. Í ljósi alls þessa er það skoðun samkeppnisráðs að við mat á verðmæti vildarpunkta sé eðlilegt og sanngjarnt að hafa til hliðsjónar verð á svokölluðu fargjaldi Icelandair „Smellur 2“, þ.e. næstódyrasta Netsmellinum til Kaupmannahafnar og London en það er 23.900 kr. án skatta til beggja áfangastaðanna. Eins og fyrr segir þarf 38.000 punkta til að greiða fyrir eina flugferð fram og tilbaka á almennu farrými til umræddra áfangastaða. Sé miðað við verð á umræddu fargjaldi, þ.e. 23.900 kr. er verðmæti hvers vildarpunkts 63 aurar.

4.1.2. Fargjöld Icelandair með hliðsjón af staðfærðum kostnaði

Eins og áður hefur komið fram eru tekjur Icelandair að frádregnum sköttum vegna sölu á ódýrasta Netsmellinum til Kaupmannahafnar 15.110 kr. og til London 15.430 kr. Vorsmellstilboðin eru hins vegar 10.110 kr. til Kaupmannahafnar og 10.430 kr. til London. Í töflum 7 og 8 eru upplýsingar um tilboðin þegar búið er að taka tillit til áhrifa þeirra 4.000 vildarpunkta sem eru í boði fyrir hvern keyptan farmiða, miðað við að verðgildi hvers punkts sé 63 aurar. Punktarnir koma þannig til 2.520 kr. lækkunar á umræddum fargjöldum. Til samanburðar eru birtir helstu kostnaðarliðirnir úr töflum 5 og 6 hér að framan. Við samanburðinn verður látið nægja að líta til ársins 2002 enda má ætla að kostnaðartölur fyrir það ár endurspegli núverandi raunkostnað betur en sambærileg gögn fyrir árið 2001.

Tafla 7: Tekjur Icelandair í kr. á farþega að frádregnu ígildi vildarpunkta í flugi til og frá Kaupmannahöfn.

Netsmellur	12.590
Vorsmellur	7.590

Tafla 8: Kostnaður Icelandair í kr. á farþega árið 2002 í flugi til og frá Kaupmannahöfn.

Samtals staðfærður kostnaður	[...]¹⁵⁹
Samtals heildarkostnaður	[...]

Eins og fram kemur í töflum 7 og 8 hafa hvorki tekjur af ódýrasta Netsmellinum né Vorsmelli til Kaupmannahafnar staðið undir staðfærðum kostnaði á hvern farþega. Tekjur af Netsmelli hafa samkvæmt framansögðu verið um [...] %¹⁶⁰ lægri en staðfærði kostnaðurinn en um [...] %¹⁶¹ lægri en tekjurnar af Vorsmellinum.

Tafla 9: Tekjur Icelandair í kr. á farþega að frádregnu ígildi vildarpunkta í flugi til og frá London.

Netsmellur	12.910
Vorsmellur	7.910

Tafla 10: Kostnaður Icelandair í kr. á farþega árið 2002 í flugi til og frá London.

Samtals staðfærður kostnaður	[...]¹⁶²
Samtals heildarkostnaður	[...]

Eins og fram kemur í töflum 9 og 10 hafa tekjur af umræddum tilboðum til London ekki heldur staðið undir staðfærðum kostnaði á hvern farþega. Ódýrustu Netsmellir

¹⁵⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶² Fellt út vegna trúnaðar.

hafa samkvæmt framansögðu verið tæplega [...]°¹⁶³ lægri en staðfærði kostnaðurinn en Vorsmellurinn tæplega [...]°¹⁶⁴ lægri.

Samkvæmt framansögðu er ljóst að það verð sem hefur verið í boði á bæði Vorsmellum og ódýrustu Netsmellunum til Kaupmannahafnar og London er undir staðfærðum kostnaði Icelandair á umræddum flugleiðum. Felur þetta í sér skýra vísbendingu um að fargjöld þessi fari gegn 11. gr. samkeppnislaga. Við endanlegt mat á því er hins vegar að mati samkeppnisráðs einnig nauðsynlegt að taka til skoðunar hvort fram hafi komið einhver hlutlæg rök sem geti réttlætt þessa verðlagningu.

4.2. Forsendur og markmið Vor- og Netsmella

Í því skyni að meta hvaða sjónarmið og rök lækju til grundvallar Vorsmellum og ódýrustu Netsmellunum óskaði Samkeppnisstofnun eftir upplýsingum frá Icelandair um það hvort sambærilegt tilboð og Vorsmellir hefði einnig verið kynnt erlendis auk þess sem óskað var eftir rökstuðningi fyrir því hvers vegna sambærileg kjör giltu ekki fyrir aðra áfangastaði Icelandair í Evrópu en Kaupmannahöfn og London. Þá var óskað eftir upplýsingum um aðdragandann að þessum aðgerðum félagsins.

4.2.1. Aðdragandi

Í rúmt ár áður en áform Iceland Express voru kynnt haustið 2002 höfðu öðru hverju verið sagðar fréttir af því að fyrirhuguð væri stofnun lágfargjaldafélags um flug frá Íslandi í samkeppni við Icelandair. Að sögn Iceland Express var tilkynnt síðastliðið haust að um yrði að ræða flug til Kaupmannahafnar og London. Það var síðan þann 17. desember 2002 sem nafn fyrirtækisins Iceland Express var kynnt á blaðamannafundi.

Í máli Icelandair hefur komið fram að seinnipart sumars 2002 hafi hafist endurskoðun fargjaldakerfisins frá Íslandi. Að sögn Icelandair var hvatinn að endurskoðuninni annars vegar sá að auka farmiðasölu á Netinu og hins vegar að gera fyrirtækið betur í stakk búið að mæta samkeppni frá lágfargjaldaflygfélögum. Slík samkeppni hafi verið til staðar á íslenska markaðnum og eðlilegt hafi verið að ganga út frá því að hún færi vaxandi. Þá hafi hefðbundin flugfélög í Evrópu einnig verið að breyta sínum fargjaldakerfum. Niðurstaða Icelandair hafi verið sú að fargjöld hafi verið einfölduð, ýmsir skilmálar felldir niður og fargjaldaflokkum fækkað, nema á viðskiptafarrými þar sem fargjaldaflokkum var fjölgað um einn.

Iceland Express og Icelandair deila um hvorir hafi leitt tilkynningu fargjalda þann 16. október 2002. Fréttaflutningur þennan dag sýnir að Icelandair tilkynnti um allt að 37% lækkun fargjalda og að Netsmellir til Kaupmannahafnar og London kostuðu frá 19.800 kr. Fréttir af nýju, og þá ónefndu lágfargjaldaflygfélagi, birtust í Stöð 2 og

¹⁶³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

Ríkissjónvarpinu um kvöldið en verð á einstökum fargjöldum kom þar ekki fram heldur eingöngu að það yrði lágt. Það er síðan í fjölmiðlum þann 19. október 2002 sem það kemur fram að fargjöld Iceland Express til Kaupmannahafnar og London yrðu frá 14.160 kr.

Á blaðamannafundi þann 16. október 2002 kynnti Icelandair allt að 37% lækkun fargjalda frá Íslandi. Í þeim fælist mikil breyting frá þeim fargjöldum sem Íslendingar hafi áður þekkt. Netsmellir væru nú lögstu fargjöldin og yrði eingöngu hægt að bóka þá á Netinu. Verðið til og frá Kaupmannahöfn og London yrði frá 19.800 kr. en til annarra staða frá 24.920 kr. Netsmellir byðust til allra borga sem Icelandair flýgur til og yrði um að ræða þrjá flokka Netsmella til allra áfangastaða, þ.e. þrenn fargjöld, að undanskildum borgunum Barcelona og Milánó þar sem ódýrasti Netsmellurinn yrði ekki í boði. Mismunur á verði Netsmellanna myndi miðast við bókunarfyrirvara þar sem lögsta fargjald yrði boðið með 21 dags bókunarfyrirvara. Næsti Netsmellur yrði 3–4.000 kr. dýrari en sá ódýrasti og yrði með 14 daga bókunarfyrirvara. Dýrasti Netsmellurinn yrði síðan seldur með 7 daga bókunarfyrirvara sem yrði 2–4.000 kr. dýrari en sá næsti á undan.

Almennt má segja að flugtími og fargjöld samkvæmt almennu fargjaldakerfi til einstakra áfangastaða haldist í hendur og því lengri bókunarfyrirvari og fleiri skilmálar því lægra fargjald. Algjör undantekning í verðskránni er verð lögsta Netsmells til Kaupmannahafnar og London, 19.800 kr., á sama tíma og öll önnur fargjöld til þessara áfangastaða eru öllu hærri og í samræmi við fargjöld til annarra áfangastaða. Þannig er verðbilið milli ódýrasta Netsmells og þess næsta 8.710 kr. til London og 8.930 kr. til Kaupmannahafnar samanborið við 3–4.000 kr. til annarra staða sbr. það sem áður er sagt. Til samanburðar er ódýrasti Netsmellur til Glasgow 24.920 kr. þrátt fyrir nærri klukkutíma styttri flugtíma en til Kaupmannahafnar og London.

Í bréfi Samkeppnisstofnunar til Icelandair, dags. 4. febrúar 2003, var m.a. að finna eftirfarandi beiðni um upplýsingar:

„Samkeppnisstofnun óskar eftir afriti af öllum minnisblöðum, skýrslum, bréfum, tölvupósti og þess háttar sem tengjast umræddum tilboðum og/eða viðbrögðum við innkomu Iceland Express inn á markaðinn.“

Samkvæmt svörum Icelandair er mjög lítið til af minnispunktum, tölvupósti eða öðrum gögnum hjá félaginu um forsendur og undirbúning Vorskemla sem og aðgerðir til að bregðast við samkeppni frá Iceland Express. Sem svar við framangreindri fyrirspurn bárust Samkeppnisstofnun eingöngu kynningargögn frá tveimur stjórnarfundum Flugleiða, samantekt úr skoðanakönnunum og þrjú tölvuskeyti. Eftir

að Samkeppnisstofnun hafði gert athugasemdir við það hve fá tölvuskeyti virtust hafa verið send innan félagsins vegna málsins bárust átta tölvuskeyti til viðbótar.

Ef nánar er litið á þau gögn sem Icelandair sendi Samkeppnisstofnun kemur m.a. fram að á stjórnarfundum Flugleiða, þann 30. október 2002, kynnti forstjóri félagsins stjórninni stöðu þess í framtíðar samkeppni. Fram kemur að helsta samkeppnisögrunin við Icelandair sé tvíþætt: Annars vegar erlend lágfargjaldaflugfélög, einkum Ryanair. Ekki virtist þó vera talið að þar væri um mjög raunverulega ógnun að ræða þar sem íslenski markaðurinn væri lítill og fjarlægð mikil frá heimamarkaði Ryanair. Hins vegar er samkeppnisógn vegna íslenskra og erlendra flugfélaga sem beini umframafkastagetu að íslenska markaðnum. Velt er upp mögulegum keppinautum og er þar tilgreindur m.a. framkvæmdastjóri Iceland Express en á þeim tíma sem þessi kynning fór fram í stjórn Flugleiða hafði nafn Iceland Express ekki verið kynnt. Samkvæmt þessu er ljóst að Icelandair hefur litið svo á að félagið sem síðar fékk nafnið Iceland Express væri meðal helstu samkeppnisögrana sem félagið byggir við. Í sömu gögnum kemur fram að Icelandair þurfi að ná fram aukinni skilvirkni í rekstri og að lækkun kostnaðar sé grundvallaratriði í samkeppni. Kaupmannahöfn og London séu þeir staðir sem borið hafi fleiri en eina ferð á dag og gerir Icelandair ráð fyrir að keppinautar myndu koma inn á þessar leiðir. Farið er í gegn um möguleika Icelandair til að mæta samkeppni m.a. með því að kynna sömu einföldun fargjalda erlendis og kynnt hafði verið á Íslandi og í fleiri löndum. Þá kemur fram að breytingar verði að koma til framkvæmda strax og markmiðið sé ekki bara að mæta samkeppni heldur einnig leið til þess að halda henni í skefjum (e. „...keep [competition] at bay“).¹⁶⁵

Í frétt í viðskiptablaði Morgunblaðsins, þann 21. nóvember 2002, er m.a. vitnað til ummæla forstjóra Icelandair á fundi með fjárfestum deginum áður. Þar sagði forstjórinn að Icelandair væri með lægsta einingarkostnað evrópskra flugfélaga og væri félagið því vel búið undir aukna samkeppni. Keppinautar myndu helst vilja fara inn á þær leiðir sem skili mestum hagnaði. Aðspurður sagði hann að Kaupmannahöfn, Ósló, London og Boston gæfu best af sér. Í sömu grein er haft eftir framkvæmdastjóra markaðs- og sölusviðs Icelandair á sama fundi að í áætlunum félagsins væri gert ráð fyrir aukinni samkeppni á næstu 3–36 mánuðum og byggir félagið sig undir það. Jafnframt er haft eftir honum að „Ef við búum okkur nógu vel undir það þá kannski verður það aldrei“. Samkeppnisráð telur að þarna sé verið að vísa til yfirvofandi samkeppni frá lágfargjaldaflugfélagi.

Í kynningu fyrir stjórn Flugleiða, þann 27. nóvember 2002, um markmiðsáætlun fyrir árið 2003 kemur fram að búa þurfi Icelandair undir að geta tekist á við lágfargjaldaflugfélög í millilandaflugi sem kunni að sækja á markað félagsins. Enn er lögð áhersla á einföldun fargjaldauppbyggingar og að viðhalda markaðshlutdeild til

¹⁶⁵ Umrætt gagn frá Icelandair er á ensku.

og frá Íslandi. Rakið er að ný fargjöld hafi tekið gildi á Íslandi 16. október 2002, í lok október í Bretlandi og að stefnt sé að samskonar breytingu í Skandinavíu frá byrjun árs 2003.

Í gögnum frá Icelandair er jafnframt að finna niðurstöður markaðsrannsókna sem unnar hafa verið fyrir félagið í janúar 2003 og samanburður við fyrri rannsóknir. Niðurstöður rannsókna sýna ótvírætt að Iceland Express muni koma mjög sterkt inn á markaðinn og hafa mikil áhrif á val ferðamanna í ferðum til Kaupmannahafnar og London. Á fundi framkvæmdastjóra Icelandair í lok janúar kemur fram að bókunarstaða sé betri næstu mánuði en á síðasta ári en lítið sé um nýjar bókanir frá Íslandi.

Þann 31. janúar 2003 sendir Icelandair síðan öllum félögum Netklúbbsins upplýsingar um nýtt tilboð, Vorsmelli, þar sem lægsta verð til Kaupmannahafnar og London er 14.900 kr. en til annarra borga frá 19.800 kr. Vorsmellir eru eingöngu í boði fyrir þá sem eru í Netklúbbum og gilda fyrir ferðir frá 1. mars til 15. maí 2003. Engin gögn hafa verið lögð fram af hálfu Icelandair sem sýna undirbúning Vorsmella innan fyrirtækisins að undanskildum einum tölvupósti sem inniheldur drög að spurningum og svörum um fargjöldin sem síðar var í endanlegri útgáfu að finna á heimasíðu félagsins. Af lestri þessa skjals má ljóst vera að Icelandair telur Vorsmellina vera svar við samkeppni þar sem fram kemur að félagið vilji vera með í samkeppninni, og að þeir séu „...*alltaf til í slaginn eins og þetta tilboð sannar.*“

4.2.2. Verð á fargjöldum með hliðsjón af kostnaði þeim tengdum

Við mat á því hvort framangreindir Vor- og Netsmellir Icelandair til Kaupmannahafnar og London byggja á hlutlægum og málefnalegum forsendum var eins og áður sagði aflað ýmissa upplýsinga og gagna frá Icelandair. Þær upplýsingar sem aflað var eru m.a. verð og framboð á umræddum fargjöldum, flugtími, skipting á tekjum og kostnaði, fjöldi farþega og ferða, sætaframboð og sætanýting. Til samanburðar var sömu upplýsinga einnig aflað fyrir nokkra sambærilega áfangastaði í Evrópu en þeir eru Stokkhólmur, Amsterdam, Ósló og Glasgow.¹⁶⁶

Í töflu 11 er borið saman verð á Vorsmellum og ódýrustu Netsmellunum til Kaupmannahafnar, London, Stokkhólms, Amsterdam, Óslóar og Glasgow ásamt upplýsingum um flugtíma aðra leiðina.

¹⁶⁶ Til þessara áfangastaða auk Kaupmannahafnar og London þarf sama fjölda vildarpunkta fyrir fargjald fram og til baka eða 38.000 punkta á almennu farrými og 76.000 punkta á viðskiptafarrými.

Tafla 11: Verð Icelandair í kr. á Vorsmelli og ódýrasta Netsmellinum til Kaupmannahafnar, London, Stokkhólms, Amsterdam, Óslóar og Glasgow ásamt upplýsingum um flugtíma.

	Vorsmellur	Ód. Netsmellurinn	Flugtími í klst.
Kaupmannahöfn	14.900 ¹⁶⁷	19.800	[...] ¹⁶⁸
London	14.900	19.800	[...]
Stokkhólmur	19.800	27.880	[...]
Amsterdam	19.800	24.560	[...]
Ósló	19.800	27.700	[...]
Glasgow	19.800	24.920	[...]

Eins og fram kemur í töflu 11 og reyndar hefur komið fram áður eru fargjöld lægst til Kaupmannahafnar og London, þ.e. 14.900 kr. fyrir Vorsmell og 19.800 kr. fyrir ódýrasta Netsmellinn. Fargjöld til hinna áfangastaðanna eru um 5.000–8.000 kr. hærrí og á það við um báða verðflokkana.

Að því er varðar samanburð á kostnaði við flug til Kaupmannahafnar og London annars vegar og annarra nefndra áfangastaða hins vegar var stuðst við upplýsingar um kostnað vegna flugs til Amsterdam og Stokkhólms en flugtími til þessara áfangastaða er sambærilegur og til Kaupmannahafnar og London. Þegar kostnaði vegna hvers farþega á umræddum flugleiðum er skipt niður á flugtíma kemur í ljós að hann er sambærilegur fyrir allar fjórar flugleiðirnar. Kostnaðurinn er um [...] ¹⁶⁹ kr. fyrir Amsterdam og Stokkhólm á hvern klukkutíma, [...] ¹⁷⁰ kr. fyrir London og [...] ¹⁷¹ kr. fyrir Kaupmannahöfn. Verðið er hins vegar eins og fyrr segir um 5.000–8.000 kr. hærra til Amsterdam og Stokkhólms en Kaupmannahafnar og London. Af þessu er ljóst að kostnaðarleg rök skýra ekki þann verðmun sem er á ferðum til og frá Kaupmannahöfn og London annars vegar og Amsterdam og Stokkhólms hins vegar. Þá skal jafnframt ítrekað það sem fram kom hér að framan að þessi verðmunur kemur eingöngu fram í verði Vorsmells og ódýrasta Netsmellsins en ekki í öðrum Netsmellum eða öðrum fargjöldum til þessara staða. Að mati samkeppnisráðs eiga sömu rök einnig við um áfangastaði eins og Glasgow og Ósló en flugtími til þessara áfangastaða er mun skemmri en til þeirra áfangastaða sem áður hafa verið nefndir. Kostnaðarleg rök eru því enn síður til þess fallin að skýra þann mun sem er á tilboðum til Kaupmannahafnar og London annars vegar og Glasgow og Óslóar hins vegar.

¹⁶⁷ Samkvæmt þeim upplýsingum sem Icelandair sendi Samkeppnisstofnun var verð á Vorsmelli til Kaupmannahafnar og London 14.800 kr. Í kynningum og á heimasíðu félagsins var tilboðið samt ávallt auglýst á 14.900 kr. og verður því miðað við það verð hér.

¹⁶⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷¹ Fellt út vegna trúnaðar.

Að mati samkeppnisráðs bendir það einnig til þess að kostnaðarleg rök hafi ekki legið til grundvallar við ákvörðun á verði Vorskells og ódýrasta Netsmellsins til Kaupmannahafnar og London að sambærileg tilboð hafi t.a.m. ekki gilt fyrir Ósló. Fyrir liggur að flugtími á þeirri leið er talsvert skemmri auk þess sem forsvarsmenn félagsins hafa upplýst að sú leið ásamt Kaupmannahöfn og London séu arðvænlegustu flugleiðir félagsins til Evrópu. Þá hafa verið leiddar að því líkur að kostnaður við flugið sé lægri en þrátt fyrir það eru lægstu fargjöld þangað hærri en til hinna staðanna. Þetta sama á einnig við um flug til Glasgow.

4.2.3. Framboð á ódýrustu fargjöldunum til Kaupmannahafnar og London

Komið hefur fram í máli Iceland Express að Icelandair hafi ekki aðeins lækkað verð á flugleiðunum til Kaupmannahafnar og London meira en á öðrum flugleiðum félagsins þar sem ekki gætti samkeppni heldur hafi framboð ódýrustu fargjaldanna til þessara áfangastaða stóruáukist í samanburði við aðrar sambærilegar leiðir. Þá er það einnig mat Iceland Express að Icelandair hafi aukið sætaframboð á umræddum flugleiðum með því að taka í notkun stærstu flugvél félagsins nær eingöngu á sömu brottfaratímum og Iceland Express, þ.e. í morgunflugi til Kaupmannahafnar og síðdegisflugi til London. Framboði á lægstu fargjöldunum sé einnig stýrt sérstaklega á þessar brottfarir. Icelandair hefur í þessu sambandi bent á að aukið framboð ódýrra fargjalda til þessara áfangastaða sé eðlilegt í ljósi þess að flug til þeirra sé mun tíðara en flug á öðrum leiðum félagsins. Auk þess hafi sætaframboð ávallt verið mun meira til Kaupmannahafnar og London en til annarra áfangastaða félagsins. Því er hins vegar hafnað að notkun á stærstu flugvél félagsins og framboð á ódýrustu fargjöldunum sé sérstaklega til þess að mæta samkeppni frá Iceland Express.

Eins og fjallað hefur verið um hér að framan er það mat samkeppnisráðs að ódýrustu fargjöld Icelandair til Kaupmannahafnar og London hafi ekki verið byggð á kostnaðarlegum forsendum. Þá skýra kostnaðarleg rök ekki þann mun sem er á fargjöldum til þessara áfangastaða og annarra sambærilegra staða í Evrópu. Í málinu verður einnig að líta til þess hvert hafi verið raunverulegt framboð hinna lágu fargjalda. Í því sambandi er í fyrsta lagi nauðsynlegt að bera saman framboð umræddra fargjalda fyrir og eftir að Iceland Express hóf samkeppni á flugleiðinni til Kaupmannahafnar annars vegar og London hins vegar. Að mati samkeppnisráðs er samanburður að þessu leyti við aðra áfangastaði óraunhæfur þar sem fargjöld til þeirra er mun hærri en til Kaupmannahafnar og London.

Eins og fyrr segir voru Netsmellir Icelandair fyrst kynntir þann 16. október sl. til flestra áfangastaða félagsins bæði í Evrópu og Norður-Ameríku. Um það leyti sem Iceland Express hóf áætlunarflug þann 27. febrúar sl. bauð Icelandair svo tímabundið Vorskelli til helstu áfangastaða í Evrópu en þeir voru almennt um 5.000 kr. lægri en lægstu Netsmellirnir. Til að bera saman framboð Icelandair á umræddum fargjöldum til Kaupmannahafnar og London fyrir og eftir að Iceland Express hóf áætlunarflug á

leiðunum var aflað upplýsinga frá Icelandair um fjölda seldra Vor- og Netsmella til umræddra áfangastaða á tímabilinu frá nóvember 2002 til apríl 2003. Við samanburðinn er miðað við framboð á þessum fargjöldum sem hlutfall af heildarfjölda seldra farmiða á Íslandi á hverri leið.

Tafla 12: Seldir Vorsmellir og ódýrustu Netsmellir Icelandair til Kaupmannahafnar og London frá nóvember 2002 til apríl 2003 sem hlutfall af farmiðasölu félagsins.

	Nóv.	Des.	Jan.	Feb.	Mar.	Apr.
Kaupmannahöfn	[...] % ¹⁷²	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %
London	[...] % ¹⁷³	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %	[...] %

Eins og fram kemur í töflu 12 hefur sala á ódýrustu fargjöldunum til Kaupmannahafnar og London verið takmörkuð fyrstu þrjá heilu mánuðina eftir að umræddar fargjaldabreytingar tóku gildi en sala á lægstu fargjöldunum gefur að mati samkeppnisráðs sterka vísbendingu um framboð þeirra. Aðeins um [3–6] %¹⁷⁴ fargjalda sem seld voru á þessum leiðum á því tímabili voru ódýrustu Netsmellirnir. Í febrúar jókst hlutfallið í [10–15] %¹⁷⁵ en það er einmitt í lok þess mánaðar sem Iceland Express hóf áætlunarflug. Í mars og apríl sem eru þeir tveir heilu mánuðir þar sem samkeppni gætir auk þess sem Vorsmellir bætast þá einnig við sölua var hlutfallið til Kaupmannahafnar [20–25] %¹⁷⁶ fyrir mars en [35–40] %¹⁷⁷ fyrir apríl. Öllu meira er hlutfallið fyrir London eða [35–40] %¹⁷⁸ fyrir mars og [45–50] %¹⁷⁹ fyrir apríl.

Icelandair hefur þó eins og áður segir bent á í þessu sambandi að framboð ódýrra fargjalda til Kaupmannahafnar og London sé ekki óeðlilegt. Vitaskuld taki verðstýring félagsins mið af framboði hins nýja keppinautar á ódýrum fargjöldum auk þess sem mun oftast sé flogið til þessara áfangastaða og sætaframboð því mun meira. Þannig séu að jafnaði 13 ferðir á viku til Kaupmannahafnar og 10 til London og yfir sumarið fjölgi ferðunum ennfrekar.¹⁸⁰ Tíðar ferðir til þessara áfangastaða séu einkum til að mæta eftirspurn eftir fargjöldum á viðskiptafarrými en farþegar í viðskiptaerindum geri kröfu um tíðar ferðir alla daga vikunnar. Þessir farþegar greiði hærra meðalverð og því skapist frekara svigrúm til að selja ódýrari sæti á þessum leiðum. Eðli málsins samkvæmt séu því fleiri auð sæti sem þurfi að fylla á þessum flugleiðum en öðrum.

¹⁷² Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁴ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁵ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁶ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁷ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁸ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁹ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁰ Til samanburðar kemur fram í áætlunum Icelandair að alla jafna sé flogið einu sinni á dag til Óslóar og Stokkhólms en 4–5 sinnum á viku til Amsterdam og Glasgow.

Ljóst er að þegar fyrirtæki býr við mikla umframafkastagetu er almennt eðlilegt að framboð sé aukið og verð lækkað til að bæta nýtingu framleiðslutækja og hámarka tekjustreymi. Rétt er því að skoða hvort aukið framboð á ódýrum fargjöldum til Kaupmannahafnar og London hafi helgast af því að sætaframboð til þessara áfangastaða hafi verið mun meira en til annarra staða í Evrópu. Við athugun á því þarf að mati samkeppnisráðs að taka til skoðunar hvernig raunverulegu sætaframboði á umræddum flugleiðum hefur verið háttáð á síðastliðnum árum. Í töflu 13 eru upplýsingar um heildarsætanýtingu Icelandair á flugleiðunum til og frá Kaupmannahöfn, London, Stokkhólmi, Amsterdam, Ósló og Glasgow fyrir árin 2001 og 2002 og fyrstu tvo mánuði þessa árs.

Tafla 13: Upplýsingar um heildarsætanýtingu Icelandair til og frá Kaupmannahöfn, London, Stokkhólmi, Amsterdam, Ósló og Glasgow fyrir árin 2001, 2002 og janúar til apríl 2003.

	2001	2002	jan.–apr. 2003
Kaupmannahöfn	[...] % ¹⁸¹	[...] % ¹⁸²	[...] % ¹⁸³
London	[...] %	[...] %	[...] %
Stokkhólmur	[...] %	[...] %	[...] %
Amsterdam	[...] %	[...] %	[...] %
Ósló	[...] %	[...] %	[...] %
Glasgow	[...] %	[...] %	[...] %

Eins og fram kemur í töflu 13 er sætanýting til áfangastaðanna svipuð fyrir sl. rúm tvö ár. Einna best er hún til Kaupmannahafnar, London og Glasgow en aðeins minni til Stokkhólms, Amsterdam og Óslóar. Af þessu er ljóst að umframframboð sæta til Kaupmannahafnar og London hefur ekki verið hlutfallslega meira en til þeirra áfangastaða sem hér hefur verið stuðst við til samanburðar. Ekki fæst því séð að í flugvélum Icelandair á þessum leiðum séu hlutfallslega fleiri óseld sæti til að selja á lágum fargjöldum en almennt gerist í flugi til Evrópu. Þvert á móti ætti svigrúm til að bjóða ódýr fargjöld að vera meira t.d. í flugi til Stokkhólms, Amsterdam og Óslóar.

4.2.4. Samanburður við ódýrustu fargjöldin í apríl 2002 og apríl 2001

Einnig er vert að bera saman þau fargjöld sem núna eru ódýrust til Kaupmannahafnar og London og þeirra áfangastaða sem hér hafa verið hafðir til viðmiðunar. Í töflu 14 eru birtar upplýsingar um lægstu fargjöldin sem stóðu viðskiptavinum Icelandair til boða í apríl 2002 og apríl 2001.¹⁸⁴ Um er að ræða svokölluð sumarfargjöld¹⁸⁵ sem

¹⁸¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸² Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁴ Einnig var aflað upplýsinga um ódýrustu fargjöldin í mars árið 2002 og 2001. Um var að ræða vikufargjöld sem voru talsvert hærri en verðið í apríl.

¹⁸⁵ Skilyrði fyrir kaupum á þessum fargjöldum var sjö daga bóknarfyrirvari, sjö daga lágmarksdvöl og mánaðar hámarksdvöl.

voru í boði á þessum tíma og er í töflunni búið að taka tillit til 5% afsláttar sem var veittur væru fargjöldin keypt á Netinu en sem kunnugt er eru núgildandi Netsmellir einungis seldir þar. Til samanburðar eru einnig birtar upplýsingar um ódýrasta Netsmellinn¹⁸⁶ sem fram kom í töflu 1 hér að framan en það er ódýrasta fargjaldið sem er núna í boði til þessara áfangastaða.

Tafla 14: Samanburður annars vegar á ódýrustu núgildandi fargjöldum Icelandair og hins vegar ódýrustu fargjöldunum í apríl 2001 og apríl 2002 til Kaupmannahafnar, London, Stokkhólms, Amsterdam, Óslóar og Glasgow. Upphæðir í kr.

	Apríl 2001	Apríl 2002	Ód. Netsmellurinn
Kaupmannahöfn	24.605	25.840	19.800
London	23.275	24.510	19.800
Stokkhólmur	24.605	25.840	27.880
Amsterdam	23.275	24.510	24.560
Ósló	24.605	25.840	27.700
Glasgow	21.755	22.705	24.920

Ekki er að sjá af samanburðinum í töflu 14 að viðskiptavinir Icelandair hafi notið lægri fargjalda til Kaupmannahafnar og London á svipuðum árstíma 2002 og 2001 þegar sætaframboð til þessara áfangastaða var svipað og það er núna.

4.3. Niðurstaða

Samkeppnisráð telur ljóst að með því að bjóða Vorsmelli og ódýrustu Netsmellina á þeim flugleiðum þar sem samkeppni er að finna sé tilgangur Icelandair sá einn að bregðast við samkeppni. Það er og mat ráðsins að hin lágu fargjöld hafi þann tilgang og af þeim leiði að keppinauturinn eigi erfitt með að ná fótfestu á markaðnum. Sýnt hefur verið fram á að ódýrustu fargjöld Icelandair á hinum skilgreindu mörkuðum standa ekki undir staðfærðum kostnaði félagsins á flugleiðunum sem hér eru til umfjöllunar þegar tekið hefur verið tillit til áhrifa vildarpunkta. Séu forsendur Icelandair og markmið með þessum fargjöldum virt fær samkeppnisráð ekki séð að Icelandair hafi haft hlutlæg rök fyrir því að lækka lægstu fargjöld til Kaupmannahafnar og London umfram fargjöld til annarra áfangastaða. Lægstu fargjöld til áfangastaða í norðanverðri Evrópu, þ.e. Vorsmellir og ódýrustu Netsmellir, endurspeglar ekki mismunandi kostnað við flug til þeirra. Athuganir sýna jafnframt að sala og þar með framboð á lægstu fargjöldum til Kaupmannahafnar og London margfaldaðist eftir að Iceland Express hóf rekstur og voru Vorsmellir og ódýrustu Netsmellir [20–25]%¹⁸⁷ af farmiðasölunni til Kaupmannahafnar í mars sl. og [35–40]%¹⁸⁸ í apríl sl. en [35–40]%¹⁸⁹ og [45–50]%¹⁹⁰ til London sömu mánuði. Til

¹⁸⁶ Skilyrði fyrir kaupum á ódýrasta Netsmellinum er að hámarksdvöl sé ekki lengri en þrjár vikur.

¹⁸⁷ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁸ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

samanburðar þá höfðu ódýrustu smellir numið [3–6]¹⁹¹ af heildarsölu farmiða til þessara áfangastaða mánuðina nóvember til janúar sl. Ljóst virðist af rannsókn Samkeppnisstofnunar á framboði á ódýrustu Netsmellunum sem framkvæmd var um miðjan júní sl. að framboð á slíkum fargjöldum til Kaupmannahafnar og London hafi verið margfalt meira en til Stokkhólms, Amsterdam og Óslóar, en fargjöldin til síðarnefndu staðanna voru að meðaltali 8–17.000 kr. hærri en meðaltal lægstu fargjalda til Kaupmannahafnar og London. Ekki verður séð að mismunandi sætanýting til einstakra áfangastaða skýri lægri fargjöld til Kaupmannahafnar og London en til annarra sambærilegra staða enda hefur sætanýtingin í flugi til Kaupmannahafnar og London verið álíka eða betri en til hinna áfangastaðanna þrátt fyrir mun meira sætaframboð. Með vísan til þess sem hér hefur verið rakið er ekki unnt að sjá að skýringin á verðlagningu Icelandair á flugleiðunum til Kaupmannahafnar og London sé önnur en að fyrirtækið sé með henni að reyna að hindra samkeppni. Þetta skýrist enn frekar þegar tímasetning aðgerða Icelandair er skoðuð og þegar tekið er tillit til annarra samkeppnisviðbragða félagsins.

Í máli þessu liggur fyrir að Icelandair er í yfirburðarstöðu á hinum skilgreindu mörkuðum. Athuganir Samkeppnisstofnunar sýna að hvorki Vorsmellir til Kaupmannahafnar og London né lægstu Netsmellir til þessara áfangastaða hafa staðið undir staðfærðum kostnaði á flugleiðunum. Samkeppnisráð getur ekki í þessu máli fallist á þá röksemd að Icelandair sé í öllum tilvikum heimilt að selja fargjöld undir meðaltali breytilegs kostnaðar vegna þess að þegar flugvél fari af stað megi ætla að öll óseld sæti séu ónýt framleiðsluvara. Slíkt viðhorf er raunar í mótsögn við gildandi reglur um bókunarfyrirvara í fargjaldakerfi Icelandair. Þá er ekki hægt að fallast á að vegna þess að viðbótarkostnaður af hverjum farþega sé svo lítill réttlæti það að afar lágt fargjald fyrir síðasta sætið geti verið betra en ekki neitt. Túlka má afstöðu Icelandair sem svo að þar sem fastur kostnaður sé þegar greiddur, er kemur að því að eiga viðskipti við þá sem kaupir t.d. Vorsmelli, sé réttlætanlegt að taka ekki tillit til hans í verðlagningu. Þegar markaðsráðandi fyrirtæki á borð við Icelandair selur farmiða sína á markaði þar sem samkeppni er að hefjast verður í samkeppnislegu tilliti að gera ráð fyrir að kaupendur taki sem jafnastan þátt í öllum rekstrarkostnaði, bæði breytilegum og föstum. Ef markaðsráðandi flugfélag gæti óáreitt selt mikinn hluta af farmiðum á tilteknum áætlunarleiðum á verði sem dygði aðeins fyrir breytilegum kostnaði við flugið væri nýjum eða veikburða keppinauti á áætlunarleiðunum sem þyrfti að hafa tekjur til að standa undir öllum rekstrarkostnaði af fluginu ókleift að keppa á flugleiðunum. Icelandair hefur aðra kostnaðaruppbyggingu en Iceland Express. Kostnaður þess síðarnefnda er að töluverðum hluta farþegatengdur á meðan fastur kostnaður Icelandair er tiltölulega meiri. Með því að svara hinum nýja keppinauti með því að verðleggja einstök sæti á samkeppnisleiðunum undir meðaltali

¹⁸⁹ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁰ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹¹ Nákvæmt hlutfall fellt út vegna trúnaðar.

staðfærðs kostnaðar hvað þá heldur undir beinum ferðatengdum kostnaði getur Icelandair verið þess fullvisst að keppinauturinn nái ekki viðunandi tekjum til að veita félaginu virka samkeppni til lengri tíma. Samkeppnisráð getur ekki í þessu tilviki fallist á það að fastur kostnaður eða a.m.k. stærstur hluti hans greiðist af ákveðnum hópi viðskiptavina, háð því á hvaða tíma þeir hafi keypt sína farmiða. Ef forsendur Icelandair eru lagðar til grundvallar gæti félagið í krafti ráðandi stöðu sinnar auglýst og boðið flugfargjöld sem væru mun lægri en þau sem Iceland Express býður. Slík háttsemi myndi með mjög skýrum hætti eyða samkeppni og gefa Icelandair færi á að hækka verðið á ný. Hér verður einnig að líta til þess að ef öll sæti væru seld samkvæmt Vorsmellum og ódýrustu Netsmellunum væru flugleiðirnar reknar með verulegu tapi.

Hér skiptir og máli að umræddir Netsmellir og Vorsmellir fela í sér meiri lækkun á fargjöldum en til annarra áfangastaða í Evrópu þar sem ekki gætir samkeppni. Það er mat samkeppnisráðs að engar kostnaðarlegar forsendur hafi komið fram fyrir því að lækka lágstu fargjöld Icelandair til Kaupmannahafnar og London umfram fargjöld til annarra staða. Jafnframt gefa gögn málsins og yfirlýsingar Icelandair til kynna að félagið hafi haft það markmið að halda keppinautum frá markaðnum.

Þegar framangreint er virt telur samkeppnisráð að í þessum fargjöldum hafi falist sértæk verðlækkun sem hafi verið ætlað að draga úr eða eyða samkeppni frá Iceland Express. Þessi tilboð eru þannig í ósamræmi við þá ríku skyldu sem hvílir á Icelandair að raska ekki samkeppni. Sú skylda er sérstaklega rík þegar nýr keppinautur reynir að hasla sér völl á markaði þar sem fyrir er fyrirtæki sem notið hefur einokunarstöðu á hinum skilgreinda markaði og styrkrar stöðu á nátengdum mörkuðum. Það er því niðurstaða samkeppnisráðs að umræddir Vor- og Netsmellir Icelandair feli í sér skaðlega undirverðlagningu og fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.

5.

Heimild til að mæta samkeppni

Af hálfu Icelandair er því haldið fram í málinu að hvað sem öðru líði sé fyrirtækinu ávallt heimilt að mæta samkeppni og er á því byggt „að slík heimild sé fyrir hendi jafnvel þótt komist yrði að þeirri niðurstöðu að fargjöld væru að öðrum kosti talin fela í sér skaðlega undirverðlagningu“.

Að mati samkeppnisráðs fær þetta ekki staðist. Hér verður fyrst að líta til þess að í EB/EES-samkeppnisrétti, sem 11. gr. samkeppnislaga sækir fyrirmynd sína til, er vissulega við það miðað að markaðsráðandi fyrirtækjum sé heimilt að verja viðskiptalega hagsmuni sína, með sanngjörnum aðgerðum, ef á þau er ráðist. Slíkar aðgerðir eru hins vegar ekki heimilar ef raunverulegur tilgangur þeirra er að styrkja markaðsráðandi stöðu og þar með misnota hana.¹⁹² Ljóst er að markaðsráðandi fyrirtæki er almennt ekki heimilt að selja vöru undir kostnaðarverði þó verið sé að mæta tilboði frá keppinauti.¹⁹³ Af framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki getur að öllu jöfnu mætt tilboði keppinautar svo fremi sem ekki sé um að ræða skaðlega undirverðlagningu eða aðrar óeðlilegar aðgerðir.¹⁹⁴ Hér að framan hefur verið sýnt fram á það að Vorskellir og ódýrustu Netskellir Icelandair til Kaupmannahafnar og London fólu í sér skaðlega undirverðlagningu. Þegar af þeirri ástæðu getur ekki verið um það að ræða að Icelandair hafi verið að mæta samkeppni á lögmetan hátt.

Samkeppnisráð telur hins vegar gagnlegt í málinu að fjalla nánar um heimildir markaðsráðandi fyrirtækja til að mæta samkeppni. Í því sambandi ber að líta til þess að heimild markaðsráðandi fyrirtækis til að mæta samkeppni getur verið mismunandi eftir aðstæðum á viðkomandi markaði.¹⁹⁵ Ef samkeppni á viðkomandi markaði er mjög takmörkuð vegna yfirburðastöðu hins ráðandi fyrirtækis verður að gera mun

¹⁹² Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207 og dóm undirréttar EB í máli nr. T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum v. Commission* [1993] ECR II-389.

¹⁹³ Slík verðlagning gæti t.d. verið andstæð þeirri reglu dómstóls EB í AKZO málinu að verðlagning undir meðaltals heildarkostnaði feli í sér misnotkun ef slík verðlagning er liður í því að koma keppinauti út af markaðnum, mál nr. 62/86, *AKZO Chemie BV v. Commission* [1994] ECR I-3439. Um slíka áætlun getur verið að ræða þó verið sé að mæta samkeppni í einstökum tilboðum. Í fræðigreini sem fjallar um heimildir markaðsráðandi fyrirtækja til að mæta samkeppni „*meeting competition defence*“ er á það bent að markaðsráðandi fyrirtækjum sé aldrei heimilt að mæta samkeppni með undirverðlagningu: „*In any case, though, offering predatory prices, that is, pricing below cost, which a dominant supplier may be able to do because his market power allows him to make up for the losses elsewhere, must remain prohibited.*“ SPRINGER: JUSTIFICATION OF PRICE DISCRIMINATION UNDER E.C. AND U.S. ANTITRUST LAW: [1997] 4 ECLR.

¹⁹⁴ Fræðimenn hafa t.d. dregið eftirfarandi ályktun af dómi dómstóls EB í AKZO málinu; „*meeting competition through selective pricing would appear compatible with Article 86 if average total costs are covered and there is no plan to eliminate the competitor*“: Nicholas Levy [1992] C.M.L. Rev. 415.

¹⁹⁵ Þessa ályktun má t.d. draga af ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Iberian Trading UK Ltd. v. BBP Industries* málinu, OJ L 10/50 (1989).

strangari kröfu en ella til allra viðbragða þess á markaðnum.¹⁹⁶ Í þessu samhengi má hafa í huga að í EB/EES-samkeppnisrétti eru almennt séð gerðar ríkari kröfur til verðlagningar markaðsráðandi fyrirtækja heldur en gert er í bandarískum samkeppnisrétti, sbr. umfjöllun í kafla 3. Af þessu leiðir að bandarísk markaðsráðandi fyrirtæki hafa að einhverju leyti rýmri heimildir til að mæta samkeppni. Þannig er talið að þarlend markaðsráðandi fyrirtæki geti almennt mætt tilboði keppinautar þrátt fyrir að verð sé undir kostnaði. Hins vegar eru þar gerðar strangari kröfur varðandi heimild markaðsráðandi fyrirtækis til að mæta samkeppni frá aðila sem er að hefja samkeppni á viðkomandi markaði. Talið er að jafni markaðsráðandi fyrirtæki um leið tilboð frá nýjum keppinaut geti það haldið nýjum keppinautum frá markaðnum og þar með raskað samkeppni. Hefur því verið lagt til að markaðsráðandi fyrirtækjum verði bannað að mæta samkeppni með þessum hætti þar til nýr keppinautur nær fótfestu á markaðnum.¹⁹⁷

Hvað sem þessu líður er hins vegar ljóst að viðbrögð Icelandair í þessu máli geta ekki talist lögmæt viðbrögð við tilboðum eða innkomu Iceland Express. Í samkeppnisrétti er við það miðað að markaðsráðandi fyrirtæki megi almennt mæta samkeppni en ekki undirbjóða keppinautinn.¹⁹⁸ Af þessu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki getur t.d. misnotað markaðsráðandi stöðu ef það mætir samkeppni með sértækri verðlækkun sem felur í sér lægra verð en keppinauturinn býður. Í þessu samhengi er ekki aðeins horft til verðsins sem slíks heldur einnig til verðmætis þeirrar þjónustu sem hið markaðsráðandi fyrirtæki býður. Þannig getur verið ólögmætt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að bjóða vöru sína á sama verði og keppinautur ef um verðmætari þjónustu er að ræða.

Af hálfu Icelandair er eins og áður sagði byggt á því að með Netsmellum og Vorsmellum hafi fyrirtækið verið á lögmætan hátt að mæta samkeppni. Við mat á þessu er rétt að rifja upp að verð á ódýrustu Netsmellum til London og Kaupmannahafnar er 19.800 kr. og á Vorsmellum 14.900 til beggja áfangastaða. Lægsta verð Iceland Express til London er 14.160 kr. og 14.660 til Kaupmannahafnar.

Hér að framan voru færð fyrir því rök að vildarpunktur sem viðskiptavinir Icelandair fá við kaup á Net- og Vorsmellum feli í sér verðmæti sem taka verði tillit til. Hóflegt mat samkeppnisráðs er að verðmæti hvers punkts séu 63 aurar. Þegar af þessari

¹⁹⁶ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í sameinuðum málum nr. 395-396/96P *Compagnie Maritime Belge Transports and others v. Commission* [2000] 4 C.M.L.R. 1076. Vísað er til umfjöllunar um þann dóm og álitis aðallögmannsins hér að framan.

¹⁹⁷ Sjá Areeda og Hovenkamp: *Antitrust Law-An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, III. bindi, önnur útgáfa 2002, Aspen Publishers, bls. 508. „*We propose forbidding a dominant firm from cutting prices to otherwise predatory levels in order to meet promotional price of a new entrant at least until the entrant has a substantial presence in the market.*“

¹⁹⁸ Á ensku er þessu lýst þannig: „*Meeting but not beating competition*“. Þessa reglu má m.a. draga af ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *ECS v. AKZO* málinu. (83/462/EEC).

ástæðu er ljóst að Vörsmellir Icelandair fela í sér ólögmaett undirboð í framangreindum skilningi.

Við mat á Netsmellum verður að líta til þess að þjónustustig hjá Icelandair er mun hærra en hjá Iceland Express. Þannig býður Icelandair fjölbreytta þjónustu fyrir brottför, á flugi og við komu, en hjá Iceland Express er öll þjónusta í lágmarki.¹⁹⁹ Má hér nefna eftirfarandi:

- Fyrir brottför býðst ýmis þjónusta, s.s. þjónusta vegna flutnings gæludýra og frágangs á farangri, aðgangur að betristofum (lounge) fyrir farþega á viðskiptafarrými og þá sem áunnið hafa sér rétt til aðgangs t.d. með punktasoöfnun. Þá er í boði þjónusta við farþega sem þurfa sérstaka umönnun, t.d. aðstoð við að komast um borð eða frá borði (aldraðir, veikburða eða hreyfihamlaðir). Slík þjónusta er ekki í boði hjá Iceland Express.
- Í flugi býðst öllum farþegum Icelandair málsverður og óáfengir drykkir án endurgjalds. Engar máltíðir eru í boði hjá Iceland Express, en drykkir og smáréttir fást gegn greiðslu.
- Icelandair gerir auk þess ýmsar aðrar ráðstafanir til þess að bjóða sem besta þjónustu, t.d. með því að bjóða dagblöð og tímarit, tónlist og kvikmyndir. Ekki er boðið upp á slíka afþreyingu hjá Iceland Express. Þá eru fleiri flugfreyjur/-þjónar hjá Icelandair til að sinna þörfum farþega.
- Hjá Icelandair er ennfremur meira bil á milli sæta í hverri vél og því rýmra um farþega.
- Ef flug fellur niður eða því seinkar er réttur farþega á vegum Iceland Express til bóta minni, þar sem Iceland Express undanskilur sig allri ábyrgð vegna taps á tengiflugi sem og vegna taps á farangri.

Auk framangreinds skal ítreka hér það sem áður hefur verið nefnt að mun meiri fjölbreytni er til staðar í leiðakerfi og þjónustuframboði Icelandair. Iceland Express býður einungis eitt flug daglega til London og Kaupmannahafnar ásamt bókun á þjónustu (flug eða gisting) á vegum annarra aðila. Icelandair rekur hins vegar mun víðtækara leiðakerfi og eru að meðaltali um 20 áfangastaðir inni í leiðakerfi félagsins. Þá hefur félagið samning við SAS um aðgang að víðtæku dreifikerfi þess félags. Þá er þess að geta að meðlimum í Vildarklúbbi og Netklúbbi Icelandair býðst aðgangur að margvíslegri þjónustu sem ekki stendur öðrum til boða. Loks skal nefnt að systurfélög Icelandair bjóða fjölbreytta þjónustu á tengdum ferðamörkuðum, sem farþegum félagsins býðst greiður aðgangur að.

Samkvæmt upplýsingum Icelandair kostar þjónusta í flugi sem félagið veitir farþegum án endurgjalds að meðaltali um [...] ²⁰⁰ kr. á farþega. Ekki liggur fyrir mat á kostnaði

¹⁹⁹ Upplýsingar um þessi atriði er að finna á www.icelandair.is og www.icelandexpress.is.

²⁰⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

við ýmsa aðra þjónustubætti þar sem Icelandair hefur yfirburði, t.d. þjónusta fyrir og eftir flug, aukið sætarými o.fl. Í gögnum frá Icelandair kemur skýrt fram áhersla á yfirburða þjónustu félagsins og að það hafi markað sér sérstöðu í því sambandi m.a. miðað við lágfargjaldaflugfélög.

Þegar tekið hefur verið tillit til vildarpunkta og þjónustu að nokkru leyti er Vorsmellur til Kaupmannahafnar 2.500–3.000 kr. lægri en lægsta fargjald Iceland Express. Til London er samsvarandi munur sambærilegur. Hér hefur verið gerð grein fyrir þeirri auknu þjónustu og gæðum sem farþegar fá sem ferðast með Icelandair. Sökum þessa telur samkeppnisráð hugsanlegt að ódýrustu Netsmellirnir hafi einnig falið í sér undirboð í framangreindum skilningi. Ekki þarf hins vegar að taka endanlega afstöðu til þess í málinu þar sem fyrir liggur að Netsmellirnir fela í sér skaðlega undirverðlagningu, sbr. umfjöllun hér að framan.

6.

Verðlækkun á viðskiptafargjöldum

Undir meðferð þessa máls gerði Iceland Express athugasemd við það að eftir að félagið hóf áætlunarflug hafi Icelandair lækkað verulega verð á viðskiptafargjöldum á flugleiðunum milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og Keflavíkur og London hins vegar, þ.e. aðeins á þeim leiðum sem Iceland Express sinni. Þessi verðlækkun Icelandair á viðskiptafargjöldum gildi eingöngu í flug á sömu brottfarartímum og ferðir Iceland Express séu farnar. Þessum athugasemdum Iceland Express hefur Icelandair ekki andmælt. Með þessum aðgerðum ásamt fleirum telur Iceland Express að Icelandair reyni að eyðileggja þær tekjuáætlanir sem rekstur Iceland Express byggist á.

Það er skilningur samkeppnisráðs að með athugasemdum sínum um lækkun viðskiptafargjalda telji Iceland Express að lækkunin feli í sér misnotkun Icelandair á markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins. Eins og áður segir andmælir Icelandair því ekki að verðlækkun hafi orðið á umræddum viðskiptafargjöldum aðeins á þeim brottfarartímum sem falla að áætlunum Iceland Express. Í raun tjáir félagið sig ekki um þessi lækkuðu gjöld eða færir fyrir þeim rök. Ekki er unnt að draga aðra ályktun af því en að ekki séu kostnaðarlegar forsendur fyrir umræddri verðlækkun heldur hafi hún einungis það markmið að raska möguleikum Iceland Express að ná til þeirra flugfarþega sem fljúga í viðskiptaerindum. Liggur því fyrir að meta hvort verðlækkunin er málefnaleg og sanngjörn í samkeppnislegu tilliti.

Fyrst er á það að líta að Icelandair er í einstakri yfirburðastöðu að mati samkeppnisráðs á skilgreindum mörkuðum þessa máls eins og áður hefur verið rakið. Af því leiðir að samkeppni er þegar mjög takmörkuð en nýr keppinautur, sá eini á markaðnum, er að reyna að ná þar fótfestu. Við þær aðstæður hvílir sérstaklega rík skylda á Icelandair að hindra ekki innkomu keppinautarins á markaðinn. Hindrun á

innkomu keppinautarins getur leitt til þess að markaðurinn verði aftur einokunarmarkaður. Sértekur aðgerðir gagnvart keppinautinum, aðgerðir sem fela í sér mismunun gagnvart neytendum, eru að mati samkeppnisráðs til þess fallnar skaða samkeppni. Í þessu sambandi skal vísað í Compagnie Maritime Belge málið fyrir dómstóli EB sem nánar var fjallað um í kafla 3.1. hér að framan.²⁰¹ Það mál fjallaði um það er markaðsráðandi aðili með 90% markaðshlutdeild hafði brugðist við innkomu nýs keppinautar á tilteknum siglingarleiðum m.a. með sértækri verðlækkun sem beindist að hinum nýja keppinauti. Verðlækkunin náði eingöngu til flutninga með skipum sem sigldu á sömu dögum og skip keppinautarins. Framkvæmdastjórn EB taldi þessa háttsemi misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Samkeppnisráð telur atvik þessa máls áþekk hinu tilvitnaða máli. Icelandair hefur gripið til sértækra verðlækkandi aðgerða sem fela í sér allt að 41% verðlækkun á viðskiptafargjöldum til Kaupmannahafnar og allt að 43% lækkun viðskiptafargjalda til London. Augljóst er að aðgerðunum er ætlað að höfða til tiltekins hóps viðskiptavina fyrirtækisins, viðskiptafarþega, en þó aðeins þess hluta viðskiptafarþeganna sem hyggjast ferðast á sömu brottfarartímum og Iceland Express flýgur. Að mati samkeppnisráðs er farþegum á viðskiptafarrými mismunað í þessu sambandi, eingöngu eftir því hvort þeir gætu hugsanlega nýtt sér flug Iceland Express eða ekki. Ekki eru nokkur önnur sjáanleg rök fyrir mismununinni en þau að halda viðskiptafarþegum frá flugi Iceland Express.

Augljóst er að viðskiptafarþegar eru Icelandair mjög mikilvægir og mikil álagning er á viðskiptafargjöldum ofan á kostnað þann sem þeim tengist. Í því ljósi hefur Icelandair gripið til umræddrar verðlækkunar og beint henni sérstaklega að Iceland Express. Þess vegna njóta aðrir viðskiptafarþegar Icelandair sem fljúga á sömu flugleiðum en á öðrum tímum ekki verðlækkunarinnar. Það má halda því fram í vissum skilningi að þeir farþegar séu látnir bera herkostnaðinn af samkeppninni við Iceland Express. Umfjöllunin hér að framan sýnir að svona sértæk verðlækkun fyrirtækis í einstakri yfirburðastöðu sem auk þess mismunar viðskiptavinum í samskonar viðskiptum fer gegn 11. gr. samkeppnislaga og er að öllu virtu brot á lögnum.

7.

Samandregin niðurstaða

Hér á eftir verða dregnar saman meginniðurstöður þessa máls:

1. Þjónustumarkaðir og landfræðilegir markaðir þessa máls eru annars vegar áætluarflug milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar og hins vegar á milli Keflavíkur og London.

²⁰¹ Sameinuð mál nr. 395-396/96P [2000] 4 C.M.L.R. 1076. Sjá einnig t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969.

2. Icelandair er í einstakri yfirburðastöðu á hinum skilgreindu mörkuðum að mati samkeppnisráðs. Þessu til grundvallar er,

- markaðshlutdeild Icelandair, en undanfarin ár hefur félagið verið eitt um að þjóna markaðnum í áætlunarflugi allt árið og fyrstu tvo mánuðina eftir að Iceland Express hóf áætlunarflug (mars og apríl) var markaðshlutdeild Icelandair [...] %²⁰² á flugleiðinni til Kaupmannahafnar og [...] %²⁰³ til London,
- sætaframboð Icelandair sem hefur verið að jafnaði 2,6–4,5 sinnum meira en sætaframboð Iceland Express er núna til Kaupmannahafnar og 1,9–2,5 sinnum meira en framboð Iceland Express til London,
- ferðatíðni Icelandair sem er mun meiri en hjá keppinautinum en tíðar ferðir höfða sérstaklega til farþega í viðskiptaerindum sem greiða hærri fargjöld en almennir farþegar,
- Flugleiðasamsteypan og samnýting framleiðsluþátta hennar en Flugleiðir reka 12 dótturfélög í ferðaþjónustu og flugrekstri auk Icelandair. Mörg þeirra eru mjög öflug á þeim mörkuðum sem þau starfa á og vinna náið með Icelandair,
- leiðakerfi Icelandair (sk. „hub-and-spoke“ kerfi með Keflavíkurflugvöll sem miðdepil) milli margra áfangastaða í Evrópu og Norður-Ameríku og samstarf við SAS en hvort tveggja skapar mikla hagkvæmni í rekstri og veitir mikið markaðsforskot,
- Amadeus bókunarkerfið þar sem hægt er að bóka sæti hjá flugfélögum sem spanna 95% alls sætaframboðs í áætlunarflugi í heiminum,
- Vildarklúbbur Icelandair en um 100.000 Íslendingar er meðlimir í klúbbum,
- sterk fjárhagsstaða Icelandair og Flugleiðasamsteypunnar sem ásamt því sem að framan er rakið skapar fjárhagslega aðgangshindrun inn á markaðinn en þar hefur nýjum aðilum ekki gengið að fóta sig á undanförunum árum.

3. Draga má þá ályktun af umfjöllun erlendra samkeppnisyfirvalda og fræðimanna að meiri hætta sé á aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækja í flugrekstri sem skaðlegar eru samkeppni en fyrirtækja í öðrum atvinnugreinum. Vegna eðlis flugrekstrarins eigi markaðsráðandi fyrirtæki auðveldara með að útiloka samkeppni með óeðlilegum verðlækkunum og öðrum aðgerðum en markaðsráðandi fyrirtæki á öðrum mörkuðum. Af eðli flugrekstrar leiðir einnig að erfitt er að hafa til hliðsjónar kostnaðarviðmið í hefðbundnum framleiðslu- eða verslunarrekstri við mat á því hvort verðlagning flugfélags felur í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Við mat á því hvort tiltekin verðlagning feli í sér skaðlega undirverðlagningu hefur gjarna verið höfð hliðsjón af sk. AKZO reglu dómstóls EB. Samkvæmt henni er um misnotkun að ræða þegar markaðsráðandi fyrirtæki selur vöru við lægra verði en sem nemur meðaltali breytilegs kostnaðar við að framleiða vöruna. Eins getur verið um misnotkun að ræða þegar markaðsráðandi fyrirtæki selur vöru við verði sem er undir meðaltali heildarkostnaðar en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar ef verðlagningin er

²⁰² Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰³ Fellt út vegna trúnaðar.

liður í að útiloka keppinaut frá markaðnum. Samkeppnisráð telur ekki að unnt sé að beita hinni sk. AKZO reglu við mat á verðlagningu í flugrekstri vegna m.a. óljósra marka breytilegs og fasts kostnaðar í rekstri flugvéla. Samkeppnisráði þykir eðlilegra og réttara að meta fargjöld Icelandair með hliðsjón af öllum langtíma kostnaði sem máli skiptir og deilt hefur verið niður á einstaka rekstrarþætti félagsins (e. „*long term fully-allocated relevant costs*“) hér nefndur staðfærður kostnaður. Þetta kostnaðarviðmið styðst við dóm dómstóls EB í Ahmeed Saeed málinu og reglugerð ráðsins nr. 2409/92. Með vísan til þessa er það mat samkeppnisráðs að markaðsráðandi flugfélag brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga ef verð þess er undir öllum staðfærðum kostnaði.

4. Þegar tekið hefur verið tillit til áhrifa af vildarpunktum Icelandair var verð á Vorskellum félagsins á flugleiðinni milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar [...] %²⁰⁴ lægra en allur staðfærður kostnaður félagsins á flugleiðinni. Verð á ódýrustu Netsmellunum á sömu flugleið eru [...] %²⁰⁵ undir staðfærðum kostnaði. Á flugleiðinni milli Keflavíkur og London voru Vorskellir verðlagðir [...] %²⁰⁶ undir staðfærðum kostnaði en ódýrustu Netsmellir [...] %²⁰⁷ undir staðfærðum kostnaði. Lægstu fargjöld til Kaupmannahafnar og London eru mun lægri en til sambærilegra áfangastaða í Evrópu og framboð á lægstu fargjöldum til þessara tveggja borga er margfalt meira en framboð á ódýrustu Netsmellum, sk. Smellum 1 til annarra staða sem þó eru mun dýrari en fargjöldin til Kaupmannahafnar og London.

5. Það er mat samkeppnisráðs að verðlagning og aðrar aðgerðir Icelandair sem varða Vor- og ódýrustu Netsmelli félagsins á flugleiðunum til Kaupmannahafnar og London séu framkvæmdar í því skyni að koma í veg fyrir að Iceland Express nái fótfestu á hinum skilgreindu mörkuðum þessa máls. Gögn málsins staðfesta þetta mat. Aðgerðir Icelandair sem felast í Vor- og ódýrustu Netsmellum til Kaupmannahafnar og London eru sértækar og beinast að rekstri Iceland Express enda sambærileg tilboð ekki í boði á öðrum flugleiðum félagsins til Evrópu þar sem ekki gætir samkeppni. Aðgerðirnar fela í sér skaðlega undirverðlagningu og eru í ósamræmi við þá ríku skyldu sem hvílir á Icelandair sem fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu að raska ekki samkeppni. Ljóst er að erfitt getur verið fyrir nýjan keppinaut að hasla sér völl á umræddum mörkuðum og ef Icelandair beitir áfram skaðlegri undirverðlagningu er veruleg hættu á því að Iceland Express hrökklist út af markaðnum. Slíkt myndi skaða neytendur og draga verulega úr líkum á því að nýir aðilar hasli sér völl á þessu sviði. Vorskellir og ódýrustu Netsmellir Icelandair á flugleiðunum til Kaupmannahafnar og London fara því gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga.

²⁰⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

6. Eftir að Iceland Express hóf áætlunarflug lækkaði Icelandair verð á viðskiptafargjöldum um allt að 41% á flugleiðinni milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar og 43% á flugleiðinni milli Keflavíkur og London, þó aðeins á sömu brottfarartímum og falla að flugi Iceland Express. Önnur viðskiptafargjöld til umræddra áfangastaða svo og til annarra áfangastaða eru óbreytt. Í ljósi þess að samkeppni er þegar takmörkuð vegna yfirburðastöðu Icelandair hvílir sérstök skylda á félaginu að hindra ekki innkomu hins nýja keppinautar. Að mati samkeppnisráðs felst í lækkun viðskiptafargjaldanna sértæk aðgerð sem beint er að ákveðnum hópi viðskiptavina sem hugsanlega gætu nýtt sér áætlunarflug Iceland Express. Í aðgerðinni felst einnig mismunun gagnvart viðskiptavinum í samskonar viðskiptum og brýtur hún gegn 11. gr. samkeppnislaga.

7. Iceland Express segir í sínum málflutningi að Icelandair hafi gert íslenskum námsmönnum á Norðurlöndunum og fleiri hópum tilboð sem séu til þess fallin að hindra hópana í að eiga viðskipti við Iceland Express. Icelandair hafnar því að fyrirtækið hafi lækkað tilboð til hópa eftir að Iceland Express hóf áætlunarflug. Fjöldmörg dæmi séu um að Icelandair hafi áður boðið sambærileg kjör til hópa og þau sem Iceland Express vísi til í erindi sínu. Að mati samkeppnisráðs hefur ekki verið sýnt með óyggjandi hætti fram á að tilvitnuð tilboð Icelandair skeri sig úr öðrum tilboðum fyrirtækisins til hópa og að í hinum umdeildu tilboðum felist sértæk aðgerð sem hafi þann tilgang eða af henni leiði að samkeppni sé raskað.

Á sama hátt og að framan greinir telur samkeppnisráð að ekki hefi verið sýnt fram á það að Icelandair hafi „elt“ eða haldið sig undir lægsta verði Iceland Express hverju sinni og þar með reynt að trufla eða eyðileggja tekjustýringu fyrirtækisins. Gögn Iceland Express og sjálfstæð athugun Samkeppnisstofnunar taka ekki af allan vafa um þetta atriði og því gerir samkeppnisráð ekki athugasemdir við það.

Iceland Express fullyrðir í sínum málflutningi að Icelandair hafi eftir að Iceland Express hóf áætlunarflug notað stærstu flugvél fyrirtækisins í mun ríkara mæli en áður á þeim flugleiðum og á þeim brottfarartímum sem áætlun Iceland Express miðist við. Könnun Samkeppnisstofnunar á þessu atriði bendir ekki til þess að sú aukning hafi orðið á notkun viðkomandi flugvélar á umræddum brottfarartímum á þeim flugleiðum sem mál þetta tekur til að það gefi tilefni til ihlutunar samkeppnisráðs.

8. Ekki er ástæða til að beita viðurlögum á grundvelli 52. gr. samkeppnislaga í máli þessu.

V.
Ákvörðunarorð:

„Með kynningu og sölu á flugfargjöldunum Vorsmellum að upphæð 14.900 kr., sem stóðu viðskiptavinum Icelandair ehf. til boða fyrir ferðatímabilið frá 1. mars til 15. maí 2003, á flugleiðinni milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og flugleiðinni milli Keflavíkur og London hins vegar braut Icelandair ehf. gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Kynning og sala Icelandair ehf. á ódýrasta netfargjaldi að upphæð 19.800 kr., svokölluðum ódýrasta Netsmelli eða „Smelli 1“, á sömu flugleiðum felur einnig í sér brot á umræddu lagaákvæði.

Með lækkun Icelandair ehf. á viðskiptafargjöldum með flugi FI204 og FI205 milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar og viðskiptafargjöldum með flugi FI425 og FI453 milli Keflavíkur og London braut fyrirtækið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993.

Með vísan til 17. gr. samkeppnislaga bannar samkeppnisráð Icelandair ehf. að kynna og selja fargjöld sambærileg við fyrrgreinda Vorsmelli að upphæð 14.900 kr. og ódýrustu Netsmelli að upphæð 19.800 kr. á flugleiðinni milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og flugleiðinni milli Keflavíkur og London hins vegar. Jafnframt ógildir samkeppnisráð umrædda lækkun á viðskiptafargjöldum á þeim flugleiðum sem áður er getið.

Ákvörðun þessi tekur gildi við birtingu hennar.“

[Máli þessu var áfrýjað; sjá úrskurð Áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. [17-18/2003](#)]