

ÚRSKURÐUR

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 16/1999

Flugfélag Íslands hf.

gegn

samkeppnisráði

I.

Með bréfi, dags. 2. nóvember 1999, er barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála 3. nóvember s.á., hefur Árni Vilhjálmsson, hrl., fyrir hönd Flugfélags Íslands hf. kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 26/1999, dags. 5. október 1999.](#)

Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun er ákvörðun áfrýjanda um að hefja miðdegisflug á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir, samkvæmt vetraráætlun 1999-2000, talin brjóta gegn 17. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Samkeppnisráð krefst þess að ákvörðunin verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II.

Forsaga þessa máls eru þrjár ákvarðanir samkeppnisráðs, nr. 10/1997, 8/1999 og 26/1999 auk úrskurða áfrýjunarnefndarinnar nr. 8/1997 og nr. 7/1999 og hæstaréttardóms í máli nr. 500/1997 sem kveðinn var upp 26. mars 1998.

Vegna samruna Flugleiða hf. og Flugfélags Norðurlands hf. á árinu 1997, setti samkeppnisráð tiltekin skilyrði um áætlunarferðir og ferðatíðni félagsins, sbr. ákvörðun ráðsins nr. 10/1997. Meðal annars voru settar tímabundnar skorður við aukinni ferðatíðni og breytingum á brottfarartímum Flugfélagsins á tilteknum flugleiðum, þ.á.m. leiðinni Reykjavík-Egilsstaðir.

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/1997 voru staðfest skilyrði um áætlunarferðir og ferðatíðni á leiðinni Reykjavík-Egilsstaðir en A-lið 8. t.l. ákvörðunarorðanna breytt á eftirfarandi hátt:

„Ef Flugfélag Íslands hf. hyggst auka ferðatíðni sína á eftirfarandi flugleiðum,

Reykjavík-Akureyri-Reykjavík

Reykjavík-Ísafjörður-Reykjavík

Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík

Reykjavík-Vestmannaeyjar-Reykjavík,

umfram þær sumar- og vetraráætlanir innanlandsdeildar Flugleiða sem voru í gildi fyrir 5. febrúar 1997 skal það tilkynnt Samkeppnisstofnun a.m.k. einum mánuði áður en áætluninni er ætlað að taka gildi. Þessi tilhögun gildir til 1. júlí árið 2000 og á jafnt við um beint flug sem flug með millilendingu.“

Ákvörðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála var skotið til dómstóla varðandi skilyrðið um stjórnunarlegan aðskilnað.

Í mars 1998 kvað Hæstiréttur upp dóm í málinu. Úrskurður áfrýjunarnefndar nr. 8/1997 sem varðaði stjórnarsetu í Flugfélagi Íslands hf. var felldur úr gildi. Þá segir í dóminum að grundvöllur aðgerða samkvæmt 18. gr. samkeppnislaga hafi ekki verið til staðar.

Með bréfi til Samkeppnisstofnunar, dags. 11. febrúar 1999, tilkynnti Flugfélag Íslands hf. að félagið hygðist taka upp að nýju hádegisferðir frá Reykjavík til Egilsstaða frá og með 15. mars 1999.

Á fundi samkeppnisráðs 12. mars 1999 var mál þetta tekið fyrir og afgreitt með ákvörðun nr. 8/1999.

Ákvörðunarorðin hljóða svo:

„Ákvörðun Flugfélags Íslands hf. um að hefja miðdegisflug á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir, frá og með 15. mars 1999, brýtur gegn 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 og b-lið 8. t.l. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/1997, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/1997.“

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/1999 var ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/1999 staðfest með eftirfarandi orðalagsbreytingu:

„Ákvörðun Flugfélags Íslands hf. um að setja upp hádegisferð á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir frá og með 15. mars 1999 er brot á 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993.“

Í úrskurðinum kom fram að áfrýjunarnefndin liti svo á, með hliðsjón af fyrrgreindum dómi Hæstaréttar, að önnur skilyrði sem áfrýjunarnefndin setti í tengslum við umræddan samruna hafi ekki verið réttilega byggð á 18. gr. laganna. Þá segir í úrskurðinum:

„Þar sem ákvörðun samkeppnisráðs og áfrýjunarnefndarinnar var byggð á ólögmatum grunni verður ekki á honum byggt nú þegar taka þarf afstöðu til þeirrar fyrirætlunar Flugfélags Íslands hf. að hefja miðdegisflug á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir. Engu breytir um þetta þótt áfrýjandi máls þessa hafi ekki borið fyrrgreinda niðurstöðu samkeppnisyfirvalda undir dómstóla. Hann verður engu að síður ekki talinn bundinn af stjórnsluákvörðun sem brast lögmatan lagagrundvöll að mati dómstóla. Hin kærða ákvörðun verður því ekki studd við fyrri úrlausnir samkeppnisyfirvalda.“

Hin kærða ákvörðun sem nú er til meðferðar hjá áfrýjunarnefndinni, nr. 26/1999 var tekin á fundi samkeppnisráðs þann 5. október sl. Ákvörðunarorðin hljóða svo:

„Ákvörðun Flugfélags Íslands hf. um að hefja miðdegisflug á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir, samkvæmt vetraráætlun 1999-2000, brýtur gegn 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/1999. Með vísan til þess er Flugfélagi Íslands hf. óheimilt að fljúga miðdegisflug samkvæmt framangreindri vetraráætlun á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir.“

Málsmeðferð Samkeppnisstofnunar og samkeppnisráðs er lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Mál þetta var flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála þann 1. desember 1999.

III.

Áfrýjandi bendir á að helsti samkeppnisaðili sinn sé Íslandsflug hf. sem sé stórt og ört vaxandi fyrirtæki. Velta Íslandsflugs hf. hafi verið um 1.365.000.000 árið 1998 og hafi því aukist um 60% milli ára. Íslandsflug hf. hafi verið að hasla sér völl erlendis og sé það skýringin á betri afkomu félagsins. Mikið tap sé enn á rekstri innanlandsflugsins hjá félaginu eins og hjá áfrýjanda.

Áfrýjandi telur að þar sem Íslandsflug hf. sé stórt og öflugt fyrirtæki sé ekki nauðsynlegt að vernda það með þeim aðgerðum sem samkeppnisyfirvöld hafi verið að grípa til. Íslandsflug hf. sé fullfært um að halda uppi öflugri samkeppni við áfrýjanda í innanlandsfluginu. Áfrýjandi telur að hótanir Íslandsflugs hf. um að hætta að fljúga á tilteknum leiðum eigi ekki að nægja til að binda hendur Flugfélags Íslands hf. Markaðshlutdeild Flugfélags Íslands hf. sé ekki það eina sem skipti máli heldur sé nauðsynlegt að hafa í huga styrk, stærð og fjárhagslegt bolmagn keppinautarins.

Áfrýjandi kveður aðstöðuna á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík lýsandi dæmi um það hvernig Íslandsflug hf. hyggist koma sér fyrir á innanlandsmarkaðnum. Þar bjóði Íslandsflug hf. upp á eina ferð á dag um eftirmiðdaginn og hafi ekki sýnt neina tilburði til þess að stækka eða auka við þann markað. Áætlanir þeirra miði aðeins að því að ná til sín hluta af markaði sem áfrýjandi hafi verið og sé að byggja upp.

Áfrýjandi kveður umtalsverða fjölgun hafa orðið á flugfarþegum á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík, um 14% á fyrstu tíu mánuðum þessa árs miðað við sama tíma í fyrra og tæp 7% milli árána 1997 og 1998. Haldi fjölgunin áfram sem horfi muni markaðurinn hafa stækkað um 20-21% á tveggja ára tímabili.

Bent er á að vöxtur í innanlandsflugi sé ekki afmarkaður við flugleiðina Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík, heldur hafi almenn fjölgun farþega orðið á hinum stærri flugleiðum, til Vestmannaeyja og Akureyrar. Á þessum leiðum hafi ferðum verið fjölgað og sýni það að aukin ferðatíðni eigi stærstan þátt í vexti á flugmarkaði.

Að mati áfrýjanda er nú mestur vaxtarbroddur í innanlandsflugi á Austurlandi. Þar komi m.a. til fyrirhugaðar virkjanaframkvæmdir.

Áfrýjandi kveður aukningu í innanlandsflugi vera að mestu tilkomna vegna mikillar markaðssóknar. Að undanfögnu hafi áfrýjandi eytt miklum fjármunum í markaðssókn á innanlandsmarkaði, ekki síst í flugleiðina

Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík. Bent er á að boðið hafi verið upp á ýmsar nýjungar svo sem fyrirtækjaþjónustu og afþreyingarferðir. Heildaraukningin það sem af er þessu ári sé 4.95% og sé það þrátt fyrir að hætt hafi verið flugi til Húsavíkur.

Áfrýjandi bendir á að sú aukning sem orðið hafi á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík hafi aðeins komið fram hjá Flugfélagi Íslands hf. Lýsi það vel þeim árangri sem áfrýjandi hafi náð í því að stækka þennan markað.

Áfrýjandi telur að með réttu megi halda því fram að staðganga sé milli landsamgangna og flugs á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík.

Þá telur áfrýjandi að flokka megi flugfarþega eftir ástæðum og tilefni ferða. Það eigi við um farþega sem fara í tiltekna sérferðir, svokallaðar „gjugg“ ferðir og ferðir tengdar „fundarfriði“. Ferðamönnum sem vilja fara í stuttar ferðir út á land, hefur einnig verið „seld“ sú hugmynd að fara til Egilsstaða. Áfrýjandi telur að þeir farþegar sem eigi erindi til Egilsstaða séu um 45-55% farþega sinna. Áfrýjandi kveðst þannig hafa, með markaðsátaki og nýjungum, stækkað markaðinn.

Áfrýjandi bendir á að upphaflega hafi verið ætlunin að fljúga kl. 13.20 mánudaga til föstudaga en bæta við kvöldflugum um helgar. Ætlunin hafi verið að koma til móts við þá þörf viðskiptavina að geta farið til Egilsstaða án þess að eyða í það heilum degi. Áfrýjandi kveður hina kærðu ákvörðun eingöngu byggða á því að ef áfrýjandi auki þjónustu sína sé hætta á því að Íslandsflug hf. muni hætta flugi á þessari leið. Áfrýjandi kveðst ekki hafa reynt að útiloka Íslandsflug hf. af þessum markaði.

Áfrýjandi mótmælir því sem kemur fram í hinni kærðu ákvörðun að miðað við núverandi aðstæður sé ekki eftirspurn eftir miðdegisflugi áfrýjanda. Hann telur ekki hægt að miða við núverandi eftirspurn þegar markaðurinn sé í eins örum vexti og raunin sé. Einnig verði að hafa í huga að með aukinni tíðni ferða verði einhver fjölgun á farþegum.

Áfrýjandi kveður fyrirtæki sitt vera rekið með halla þó mikil uppsveifla hafi verið í rekstri þess. Til að hægt sé að reka félagið hallalaust verði að hagræða í rekstrinum og leita uppi ný tækifæri. Með því að bæta við miðdegisflugi á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík sé hægt að fjölga farþegum og einnig verði komið í veg fyrir að flugvélafloti félagsins og áhafnir séu ónýtt með tilheyrandi kostnaði.

Áfrýjandi kveður sætanýtingu vera besta á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík. Út frá hagræðingarsjónarmiðum sé eðlilegt að áfrýjandi beini flugvélum sínum þangað í auknum mæli.

Áfrýjandi telur ekki eðlilegt að samkeppnisyfirvöld geri þá kröfu að sýnt sé fram á það fyrirfram að aukin þjónusta muni koma til með að standa undir beinum rekstrarkostnaði við hvert flug.

Áfrýjandi telur að samkeppnisráð hafi ekki sýnt fram á að aðgerðir áfrýjanda hafi hvorki verið til þess fallnar að hafa skaðleg áhrif á samkeppni né að hann hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með nokkrum hætti.

Þá telur áfrýjandi að samkeppnisráð hafi í hinni kærðu ákvörðun ekki fullnægt meðalhófsreglunni skv. 12. gr. stjórnsýslulaga.

Samkeppnisráð gerir athugasemdir við skilgreiningu áfrýjanda á markaðnum eftir farþegum. Að mati samkeppnisráðs er verið að rugla saman mörkuðum. Samkeppni geti verið milli byggðarlaga um að laða til sín erlenda ferðamenn og Íslendinga sem fara í tiltekna sérferðir. Sú samkeppni breyti því ekki að flug til Egilsstaða sé sjálfstæður markaður. Í þessu máli skipti engu hvaða forsendur liggja til grundvallar því að tiltekinn farþegi ákveður að fljúga til Egilsstaða. Þá telur samkeppnisráð að áfrýjandi rugli saman vetrar- og sumarátætlun þar sem því sé haldið fram að 50% af farþegum til og frá Egilsstöðum séu erlendir ferðamenn og Íslendingar á leið í sérferðir. Áfrýjandi geti vart haldið því fram að allt að helmingur flugfarþega til Egilsstaða yfir vetrartímam sé erlendir og innlendir ferðamenn.

Samkeppnisráð telur að umfjöllun áfrýjanda um að Íslandsflug sé stórt og öflugt félag sem geti spjarað sig í samkeppni við áfrýjanda fái ekki staðist. Bent er á að áfrýjandi sé með 80% hlutdeild á þeim markaði sem mál þetta fjalli um og sé í dag jafn markaðsráðandi og áfrýjunarnefndin taldi hann vera í úrskurði nr. 7/1999. Tilraunir Íslandsflugs til að skjóta frekari stöðum undir rekstur sinn með því að hasla sér völl á öðrum mörkuðum breyti hér engu.

Samkeppnisráð telur að efnislegar forsendur máls þessa hafi ekki breyst frá úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 7/1999 þannig að það réttlæti stefnubreytingu af hálfu samkeppnisyfirvalda. Samkeppnisráð telur að við þetta mat þurfi að líta til tveggja atriða. Hvort veruleg aukning á eftirspurn eftir flugi til Egilsstaða hafi átt sér stað og hvort miðdegisflug áfrýjanda muni standa undir beinum rekstrarkostnaði við hvert flug.

Bent er á að áfrýjandi leggi áherslu á að farþegum hafi fjölgað í flugi milli Reykjavíkur og Egilsstaða. Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að á fyrstu sex mánuðum ársins hafi farþegum fjölgað um tæplega 10%. Í þessu sambandi telur samkeppnisráð mikilvægt að haft sé í huga að þessi aukning hafi aðeins komið fram hjá áfrýjanda. Að svo miklu leyti sem aukningin varð á tímabili vetraráætlunar átti hún sér stað í morgun- og kvöldflugi áfrýjanda. Farþegafjöldi Íslandsflugs hf. í miðdegisflugi hafi lítillega dregist saman. Þegar þetta sé virt sé ljóst að eftirspurnin á markaðnum kalli ekki eftir miðdegisflugi áfrýjanda.

Þá telur samkeppnisráð ótvírætt að miðað við ástandið á markaðnum myndu tekjur af miðdegisflugi áfrýjanda ekki standa undir beinum rekstrarlegum kostnaði við hvert miðdegisflug. Jafnvel þó allir 16 farþegarnir sem að meðtali ferðast með Íslandsflugi hf. færu yfir til áfrýjanda þyrfti 7 farþega til viðbótar til að standa undir beinum ferðatengdum kostnaði og 18 til viðbótar til að standa undir öllum kostnaði. Jafnvel þó 10% aukningin myndi koma fram í miðdegisflugi, sem myndi þýða 1-2 farþega til viðbótar í hvert flug, þá breytti það ekki neinu.

Samkeppnisráð telur að sú hegðun áfrýjanda að auka framboð sitt í flugi sé dæmigerð misnotkun markaðsráðandi stöðu.

Bent er á að fyrirtæki séu ekki von því að hefja starfsemi sem fyrirsjáanlega verði rekin með tapi, nema aðgerðin sé þáttur í áætlun markaðsráðandi fyrirtækis um að eyða samkeppni.

IV.

Niðurstöður.

1.

Þegar metið er hvort skilyrði 17. gr. samkeppnislaga hafi verið fyrir hendi til íhlutunar í máli þessu verður fyrst og fremst að kanna hvort sú fyrirætlun Flugfélags Íslands hf. að hefja miðdegisflug á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir, samkvæmt vetraráætlun 1999-2000 sé líkleg til að hafa skaðleg áhrif á samkeppni á þeim markaði sem hér skiptir máli.

Í því sambandi er nauðsynlegt að huga að hvort Flugfélag Íslands hf. sé í markaðsráðandi stöðu á umræddum markaði og hvort þær fyrirhuguðu aðgerðir félagsins sem hér eru til skoðunar geti falið í sér misbeitingu á markaðsráðandi

stöðu. Í þessu ljósi verður að skýra hugtakið „skaðleg áhrif“ í 17. gr. samkeppnislaga eins og háttar til í máli þessu. Þau úrræði sem grípa má til verða einnig að vera málefnaleg og í hófi miðað við þau markmið sem að er stefnt.

2.

Áfrýjunarnefndin telur eins og samkeppnisráð að markaðurinn sem hér skiptir máli sé flugleiðin milli Reykjavíkur og Egilsstaða. Fyrirhugaðar aðgerðir Flugleiða hf., ef þær koma til framkvæmda, eru líklegar til að hafa fyrst og fremst áhrif á þennan markað. Verður ekki talið að samgöngur á landi geti komið að svo verulegu leyti í stað flugsamgangna á umræddri flugleið að eðlilegt sé að taka tillit til þeirra við skilgreiningu markaðarins. Frekari skilgreining þessa markaðar skiptir þó einnig máli eins og hér hagar til, einkum tímar þeir sem flugáætlanir eru miðaðar við og ástæður þess að neytendur hagnýta sér umrædda flugleið.

Sýnt hefur verið fram á að Flugfélag Íslands hf. hafi um 80% hlutdeild á umræddum markaði. Engin önnur atriði veikja þá samkeppnisstöðu félagsins sem þessi markaðshlutdeild veitir vísbendingar um. Þvert á móti má ætla að aðgangur annarra samkeppnisaðila að þessum markaði sé erfiður. Því þykir ljóst að Flugfélag Íslands hf. er í markaðsráðandi stöðu, þ.e. á flugleiðinni milli Reykjavíkur og Egilsstaða, enda er ekki um það deilt í málinu.

3.

Fram er komið að áfrýjandi hefur ákveðið að auka áætlunarflug sitt samkvæmt vetraráætlun 1999-2000 með því að taka upp miðdegisflug fimm daga vikunnar og auka þar með heildarsætaframboð félagsins um rúmlega 38% á flugleiðinni á tíma sem liggur samkeppnislega mjög nálægt áætlunartíma Íslandsflugs hf.

Áfrýjunarnefndin telur að gera verði ríkar kröfur til áfrýjanda sem markaðsráðandi fyrirtækis á umræddum markaði um að aðhafast ekkert sem geti raskað með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem þar ríkir. Innan þeirra marka hefur félagið hins vegar fullt frelsi lögum samkvæmt.

4.

Áfrýjandi hefur haldið því fram að aukin sóknarfæri, einkum fjölgun farþega um tæplega 10% á flugleiðinni milli ára 1998-1999 (miðað við fyrstu sex mánuði hvort ár) svo og möguleikar til enn frekari aukningar og sveigjanleika, réttlæti umrædda fyrirætlun fyrirtækisins. Einnig hefur áfrýjandi bent á að aukning ferða á umræddri leið feli í sér hagræðingu í rekstri og að með henni sé lagður grunnur að frekari fjölgun flugfarþega.

5.

Gögn málsins veita vísbendingar um að markaðurinn geti ekki tekið við fyrirhugaðri aukningu flugs á flugleiðinni án hættu á því að samkeppni raskist verulega. Athuganir Samkeppnisstofnunar og önnur gögn málsins sýna að áætluð aukning í miðdegisflugi muni ekki standa undir beinum rekstrarlegum kostnaði áfrýjanda við hverja ferð jafnvel þótt sú aukning farþega sé höfð í huga sem að ofan er getið. Þetta gildir einnig þótt miðað sé við að áfrýjandi fengi til sín alla farþega sem flogið hafa að meðaltali í miðdegisflugi með Íslandsflugi hf.

6.

Miðdegisflug Íslandsflugs hf. á umræddri flugleið á sér tilteknar sögulegar forsendur sem fram koma í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar nr. 7/1999.

Áfrýjunarnefndin telur heimilt að hafa þær forsendur í huga einnig í þetta sinn þegar fyrirhugaðar aðgerðir áfrýjanda eru metnar á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga.

7.

Áfrýjunarnefndin fellst á þá skoðun samkeppnisráðs að þá lágmarkskröfu verði að gera í samkeppnislegu tilliti að áætlanir áfrýjanda verði að vera líklegar til að standa að meðaltali undir beinum rekstrarkostnaði við hvert flug og má þá eftir atvikum miða við miðdegisflugið eitt eins og hér er gert. Miðað við þá reynslu sem fyrir liggur um það flug þykja hverfandi líkur á því að fyrirhuguð aðgerð áfrýjanda geti skilað félaginu eðlilegri rekstrarafkomu. Jafnlíklegt er að þær muni einungis fela í sér að

samkeppnisaðili hverfi af markaðnum. Með hliðsjón af því sem nú hefur verið rakið og að öðru leyti með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar ber að meta fyrirhugaða aðgerð áfrýjanda sem misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Ber því að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

V.

Úrskurðarorð.

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 26/1999 frá 5. október 1999 er staðfest.

Reykjavík, 18. desember 1999.

Stefán Már Stefánsson

Kirstín Flygenring

Erla S. Árnadóttir