

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í málum nr. 17-18/2003

Icelandair ehf. og

Iceland Express ehf.

gegn

samkeppnisráði

I

Með bréfi, dags. 12. ágúst 2003, hefur Icelandair ehf. kært ákvörðun samkeppnisráðs nr. [22/2003](#) sem tekin var þann 4. júlí 2003. Með bréfi, dags. 12. ágúst 2003, hefur Iceland Express ehf. kært sömu ákvörðun. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákvað að mál þessi skyldu sameinuð.

Í hinni kærðu ákvörðun taldi samkeppnisráð að með kynningu og sölu á tilteknum fargjöldum (svokölluðum netsmellum og vorsmellum), sem og verðlækkun á viðskiptafargjöldum á tilteknum brottförum á flugleiðinni milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og flugleiðinni milli Keflavíkur og Lundúna hins vegar hefði Icelandair ehf. brotið gegn ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Jafnframt bannaði samkeppnisráð fyrirtækinu með vísan til 17. gr. samkeppnislaga að kynna og selja umrædda netsmelli og vorsmelli. Ennfremur ógilti samkeppnisráð með vísan til sömu lagagreinar verðlækkun á viðskiptafargjöldum.

Af hálfu Icelandair ehf. er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Af hálfu Iceland Express ehf. er þess krafist að áfrýjunarnefnd samkeppnismála taki til endurskoðunar einstaka þætti í forsendum og niðurstöðum hinnar kærðu ákvörðunar. Nánar tiltekið er um eftirtalda þætti að ræða:

- “1. Í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar er við mat á lögmæti vor- og netsmella Icelandair ehf. til London og Kaupmannahafnar lagður til grundvallar svokallaður staðfærður kostnaður félagsins á umræddum flugleiðum. Af framsetningu í umfjöllun samkeppnisráðs um staðfærðan kostnað virðist mega ráða að lögmæti vor- og netsmella Icelandair ehf. kunnist að ráðast af því hvort umrædd fargjöld hafi verið undir eða yfir hinum staðfærða kostnaði. Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að við mat á lögmæti aðgerða félagsins verði að lágmarki miðað við heildarkostnað þess af umræddum flugleiðum í stað staðfærðs kostnaðar.
2. Við mat á heildarkostnaði Icelandair ehf. á hvern farþega á flugleiðunum Keflavík-Kaupmannahöfn og Keflavík-London er kostnaðinum dreift á heildarfjölda sæta sem í boði voru á því tímabili sem notað var til viðmiðunar. Áfrýjandi mótmælir þessari nálgun og krefst þess að lagður verði til grundvallar kostnaður Icelandair ehf. á hvern farþega á umræddum leiðum í stað þess að miðað verði við sætaframboð.
3. Í hinn kærðu ákvörðun var komist að þeirri niðurstöðu að verðmæti hvers vildarpunkts í Vildarklúbbi Icelandair ehf. væri 63 aurar. Áfrýjandi krefst þess að verðmæti hvers vildarpunkts verði að lágmarki ákvarðað jafnvirði einnar krónu.
4. Í hinn kærðu ákvörðun er komist að þeirri niðurstöðu að Icelandair ehf. hafi brotið gegn 11.gr. samkeppnislaga með því að lækka viðskiptafargjöld til London og Kaupmannahafnar. Umræddar lækkanir tóku eingöngu til flugs á sömu brottfarartímum og ferðir áfrýjanda eru farnar. Forsendur ákvörðunar samkeppnisráðs hafa verið túlkaðar þannig af Icelandair ehf. að félaginu sé heimilt að lækka viðskiptafargjöld á öllum brottförum til London og Kaupmannahafnar, þótt viðskiptafargjöld séu áfram seld fullu verði til annarra áfangastaða. Áfrýjandi krefst þess að kveðið verði á um það með skýrum hætti í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála að lækkun á viðskiptafargjöldum sem eingöngu tekur til þeirra áfangastaða sem áfrýjandi flýgur á, óháð því hvaða brottfarir er um að ræða, teljist brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.
5. Áfrýjandi krefst þess að Icelandair ehf. verði gert að greiða sektir á grundvelli 52.gr. samkeppnislaga.”

Af hálfu samkeppnisráðs er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II

Málvextir eru þeir að hinn 9. janúar 2003 hóf fyrirtækið Iceland Express ehf. starfsemi sína hér á landi. Fyrirtækið selur flugsæti á flugleiðunum Keflavík-Kaupmannahöfn og Keflavík-Lundúnir. Verð á ódýrustu flugmiðunum á þessum leiðum fram og til baka er frá kr. 14.460 til Kaupmannahafnar og frá kr. 14.160 til Lundúna. Fyrsta áætlunarflug fyrirtækisins var farið 27. febrúar 2003.

Í lok janúar 2003 kynnti Icelandair ehf. tilboð sem kallað var vorsmellir þar sem félagið bauð að sögn þúsundir sæta á sömu flugleiðum og að ofan greinir á kr. 14.900. Það vakti athygli Samkeppnisstofnunar að tilboð fyrirtækisins náði aðeins til sömu flugleiða og Iceland Express ehf. sinnti. Með bréfi stofnunarinnar til Icelandair ehf. , dags. 4. febrúar 2003, var fyrirtækinu því tilkynnt að hún myndi hefja athugun á því hvort tilboðið kynni að brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga. Var jafnframt óskað eftir ítarlegum upplýsingum frá Icelandair ehf.

Þann 14. febrúar 2003 barst Samkeppnisstofnun erindi frá Iceland Express ehf. Í erindinu var vísað til framangreindrar athugunar stofnunarinnar og farið fram á það við stofnunina að hún tæki ákvörðun til bráðabirgða í málinu með heimild í 1. mgr. 8. gr. samkeppnislaga þar sem fyrirtækið taldi að dráttur sem kynni verða á rannsókn málsins og aðgerðum samkeppnisyfirvalda gæti valdið því miklu tjóni. Erindinu fylgdi einnig greinargerð þar sem gerð var grein fyrir aðdraganda og undirbúningi stofnunar fyrirtækisins og greint frá sjónarmiðum þess varðandi það hvernig Icelandair ehf. hefði með ýmsum aðgerðum markvisst reynt að hindra innkomu fyrirtækisins á markaðinn. Var m.a. vísað til þess að 16. október 2002 hefði Iceland Express ehf. kynnt fargjöld á flugleiðum sínum. Sama dag hefði Icelandair ehf. skýrt frá nýjum tegundum fargjalda, netsmella, sem fyrirtækið hygðist bjóða yfir vetrartímamann. Lægstu tilboðin, að fjárhæð kr. 19.800, hefðu verið til sömu áfangastaða og Iceland Express ehf. hugðist fljúga til. Jafnframt hefðu verið boðnir svokallaðir vildarpunktar með kaupum á netsmellum til þessara áfangastaða og var það mat Iceland Express ehf. að þegar tillit hefði verið tekið til þeirra kostaði netsmellurinn í

raun 14.800 kr. Vísaði Iceland Express ehf. til þess að áður en fyrirtækið hefði hafið starfsemi sína hefði lægsta fargjald til Kaupmannahafnar verið kr. 28.900 eða svipað og til annarra áfangastaða í Evrópu. Erindi Iceland Express ehf. var sent Icelandair ehf. til umsagnar.

Samkeppnisstofnun bárust hinn 21. febrúar 2003 tvö bréf Icelandair ehf. vegna framangreinds erindis Iceland Express ehf. og fyrirspurnar Samkeppnisstofnunar. Hafnaði Icelandair ehf. því að fyrirtækið hefði með hegðan sinni brotið samkeppnislög með skaðlegri undirverðlagningu, mismunað viðskiptavinum sínum eða með öðrum hætti leitast við að útiloka Iceland Express ehf. frá markaðnum. Icelandair ehf. gerði m.a. í bréfum sínum grein fyrir aðdraganda að ákvörðunum fyrirtækisins á umræddum fargjöldum. Lagði Icelandair ehf. áherslu á að fyrirtækinu væri ávallt heimilt að mæta samkeppni.

Með bréfi til Samkeppnisstofnunar, dags. 4. apríl 2003, gerði Iceland Express ehf. verðlækkanir Icelandair ehf. á viðskiptafargjalda á framangreindum flugleiðum að umtalsefni. Bréfið var sent Icelandair ehf. til umsagnar sem með bréfi, dags. 7. maí 2003, taldi að fyrirtækið hefði ekki brotið samkeppnislög með umræddum verðlækkunum.

Ekki kom til þess að Samkeppnisstofnun tæki bráðabirgðaákvörðun í málinu þar sem Icelandair ehf. lýsti því yfir að fyrirtækið myndi hætta sölu á vorsmellum eða sambærilegum fargjöldum og halda að sér höndum við markaðssetningu og kynningu á ódýrustu netsmellunum til Kaupmannahafnar og Lundúna.

Málsmeðferð Samkeppnisstofnunar er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Á fundi samkeppnisráðs 14. júlí 2003 var tekin ákvörðun í máli þessu. Ákvörðunarorðin hljóða svo:

„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.“

Mál þetta var flutt skriflega og munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni. Skriflegar greinargerðir málsaðila bárust nefndinni 2. september 2003 og fór munnlegur málflutningur fram 22. september 2003.

III

Málsástæður áfrýjanda Icelandair ehf.

Af hálfu áfrýjanda er tekið fram að hann geti ekki felld sig við eftirfarandi niðurstöður samkeppnisráðs:

1. Að kærandi sé í einstakri yfirburðastöðu á hinum skilgreindu mörkuðum.
2. Að verðlagning kæranda hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu; nánar tiltekið í þessu sambandi:

- (a) að kæranda sé óheimilt að bjóða verð undir öllum langtíma kostnaði sem máli skiptir og deilt hefur verið niður á einstaka rekstrarþætti félagsins, þ.e. staðfærðum kostnaði (e. long term fully allocated relevant cost);
 - (b) að tekið skuli mið af lágstu fargjöldum kæranda en ekki meðalverðs á ákveðnu tímabili við mat á skaðlegri undirverðlagningu;
 - (c) að verðmæti vildarpunkts skuli metið 63 aurar til frádráttar frá viðmiðunarfargjaldi kæranda við mat á skaðlegri undirverðlagningu;
 - (d) að kærandi hafi með ólögum hætti reynt að koma í veg fyrir Iceland Express náí fótfestu á hinum skilgreindu mörkuðum.
3. Að kærandi hafi farið út fyrir heimildir sínar til að mæta samkeppni.
 4. Að sértæk lækun kæranda á viðskiptafargjöldum hafi verið ólögum.

Þá telur áfrýjandi að samkeppnisráð hafi brotið andmælarétt á honum þar sem honum hafi ekki verið gefinn kostur á að gæta andmæla um það hvort miða ætti mat á skaðlegri undirverðlagningu við staðfærðan kostnað á hvert flugsæti líkt og gert sé í hinni kærðu ákvörðun. Ennfremur telur áfrýjandi að samkeppnisyfirkvöld hafi ekki tilkynnt honum að til rannsóknar væri að fyrirtækið kynni að hafa brotið gegn ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga með lækun viðskiptafargjalda. Af þeim sökum hafi áfrýjandi ekki gefist kostur á að gæta andmælaréttar þar um.

Að mati áfrýjanda fær sú niðurstaða samkeppnisráðs að hann sé í einstakri yfirburðarstöðu á hinum skilgreindu mörkuðum ekki staðist. Telur áfrýjandi að samkeppnisráð hafi gert of vægar kröfur til þess að fyrirtæki á samkeppnismarkaði verði talið í einstakri yfirburðarstöðu og gert of lítið úr því hversu litlar aðgangstakmarkanir eru að hinum skilgreindu mörkuðum.

Áfrýjandi bendir á að niðurstaða samkeppnisráðs um markaðsstöðu fyrirtækisins sé byggð á markaðshlutdeild þess, sætaframboði þess, heildarstarfsemi Flugleiðasamstæðunnar, þjónustu- og leiðakerfi Icelandair ehf. með Keflavík sem tengistöð, Amadeus-bókunarkerfinu, Vildarklúbbi Icelandair ehf. og því að aðgangshindranir að flugmörkuðum séu almennt miklar. Að mati áfrýjanda hafi margir af þessum þáttum lítið vægi við mat á markaðsstyrk hans en síðastnefnda atriðið skipti hins vegar verulegu máli. Áfrýjandi leggur áherslu á að sérhvert

flugfélag sem stofnsett sé í Evrópu teljist til hugsanlegra keppinauta félagsins á flugleiðum milli Íslands og annarra áfangastaða í Evrópu, þar á meðal hinum skilgreindu mörkuðum. Þetta stafi af því að flugsamgöngur séu frjálssar innan Evrópska efnahagssvæðisins.

Áfrýjandi telur að viðmið samkeppnisráðs um staðfærðan kostnað fái efnislega ekki staðist og það sé ólögmætt. Fyrirtækið er ósammála samkeppnisráði um þær ályktanir sem dregnar verði af reglugerð EB ráðsins nr. 2409/92 um fargjöld og farmgjöld í flugþjónustu og telur ljóst að tilgreind ákvæði hennar láti sig ekki varða lægstu (eða hæstu) fargjöldin ein og sér. Þvert á móti sýnist varla nokkrum vafa undirorpið að litið sé til heildarafkomu viðkomandi flugleiða og hún borin saman við allan langtímakostnað (staðfærðan kostnað) flugfélags. Í því ljósi beri jafnframt að skýra dóm í máli Ahmeed Saeed Flugreisen enda grundvallist umfjöllun þess máls á sambærilegum ákvæðum í undanfara reglugerðar nr. 2409/92.

Áfrýjandi telur að það sjónarmið að miða skaðlega undirverðlagningu í flugrekstri við staðfærðan kostnað á hvert flugsæti stríði gegn markmiði samkeppnislaga. Það sé til þess fallið að draga úr samkeppni og koma í veg fyrir að áfrýjandi fái nýtt eigin framleiðsluþætti á hagkvæman máta. Áfrýjandi hafi í málatilbúnaði sínum allt frá upphafi lagt áherslu á að órökrétt sé að líta einvörðungu til einstakra fargjalda (í raun lægstu fargjaldanna) við mat á því hvort verðlagning sé ólögmæt. Tap verði ekki í flugrekstri á einstökum leiðum vegna lægstu fargjaldanna einvörðungu.

Þá telur áfrýjandi að nálgun samkeppnisráðs við útreikning á vildarpunktum sé á misskilningi byggð. Þar sé verðmæti vildarpunkta reiknað út frá sjónarhóli neytandans en niðurstaða þess útreiknings síðan látin hafa áhrif á það hvort tekjur áfrýjanda af seldum farminum standi undir staðfærðum kostnaði á viðkomandi flugleið.

Áfrýjandi fellst ekki á þá niðurstöðu samkeppnisráðs að tímasetning aðgerða fyrirtækisins styðji enn frekar að verðlagning fyrirtækisins á hinum skilgreindu mörkuðum hafi haft það að markmiði að hindra samkeppni. Áfrýjandi hafi kynnt fargjaldakerfi 16. október 2002, þar með talið netsmelli til Kaupmannahafnar og Lundúna frá kr. 19.800. Þær ákvarðanir sem þarna hafi verið kynntar hafi átt sér langan aðdraganda og rætur að rekja til grundvallarbreytinga sem gerðar voru á

fargjaldakerfi áfrýjanda. Lægstu netsmellir hafi verið í gildi frá því í október 2002 en Iceland Express ehf. hafi hafið farmiðasölu á þessum leiðum snemma í janúar 2003. Flug Iceland Express ehf. hafi síðan hafist í lok febrúar þess árs. Áfrýjandi mótmælir því að draga megi þá ályktun af ofangreindum atvikum að “tímasetning aðgerða” styðji það að tilgangur þeirra hafi verið sá að ryðja Iceland Express ehf. úr vegi.

Hvað vörsmelli varðar þá vísar áfrýjandi til þess að öfugt við netsmelli sé þar meðal annars um að ræða samkeppnisleg viðbrögð við innkomu Iceland Express ehf. á markaðinn sem hafi haft það að markmiði að fyrirbyggja fyrirsjáanlegt tekjutap til skamms tíma. Vörsmellir hafi falið í sér sérstök tilboð sem gilda áttu í takmarkaðan tíma og aðeins til takmarkaðs hóps viðskiptavina. Ákvörðun um að bjóða þá hafi ekki verið tekin fyrir en ljóst var að samkeppni frá því félagi myndi hafa veruleg áhrif á farmiðasölu áfrýjanda á hinum skilgreindu mörkuðum en jafnframt beri að hafa í huga að ákvörðunin var tekin um sama leyti og ljóst var að stríðsrekstur í Írak myndi hafa veruleg áhrif á eftirspurn á erlendum mörkuðum. Af því skýrist tímasetningin.

Áfrýjandi byggir á því að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að bregðast við nýrri og aukinni samkeppni á markaði. Aðeins háttsemi sem felist í því að fyrirtæki bregðist við samkeppni með því að taka vísvitandi á sig fyrirsjáanlegt tekjutap til skamms tíma með það fyrir augum að skaða keppinaut þannig að hann þurfi frá að hverfa geti talist til skaðlegrar undirverðlagningar. Jafnframt beri að sýna fram á að viðkomandi fyrirtæki hafi mátt gera ráð fyrir að geta endurheimt tekjutapið með verðhækkun eftir að keppinautur þyrfti frá að hverfa. Önnur háttsemi sé almennt leyfileg.

Áfrýjandi telur sig ekki hafa farið út fyrir heimildir sínar til að mæta samkeppni með vörsmellum og lægstu netsmellum. Það geti aldrei talist ósanngjarnt að bregðast við samkeppni með skynsamlegum og hóflegum aðgerðum. Að mati áfrýjanda nái heimildin til að mæta samkeppni að minnsta kosti til þess að gera það sem skynsamlegt sé til að lágmarka tekjutap sem fyrirsjáanlega fylgir innkomu nýs keppinautar á markað.

Áfrýjandi mótmælir því ekki að verðlækkun hafi orðið á viðskiptafargjöldum og að sú verðlækkun hafi einskorðast við brottfarartíma sem falla að ferðaáætlunum Iceland Express ehf. Það sé hins vegar ekki rétt að um ólöglega aðgerð hafi verið að ræða og

alvarleg yfirsjón að líta svo á að ekki séu nein önnur “sjáanleg rök fyrir mismununinni en þau að halda viðskiptafarþegum frá flugi Iceland Express”. Það hafi verið ljóst að við það að Iceland Express ehf. hafi hafið starfsemi hafi almennir farmiðar með því félagi orðið valkostur við ferðir til Kaupmannahafnar og Lundúna á viðskiptafarrými með áfrýjanda. Þar sem verðmunurinn hafi verið mikill hafi verið ljóst við þurfti að bregðast til að halda í viðskiptavini með því að bjóða áfram raunhæfan valkost um flug, og draga úr tekjutapi sem áfrýjandi yrði fyrir sjáanlega fyrir vegna samkeppni frá Iceland Express ehf. Í þessu skyni hafi verið afráðið að lækka verð áfrýjanda á viðskiptafarrými á umræddum leiðum og umræddum tímum niður í kr. 59.500.

Áfrýjandi vísar til þess að verðlækkun sem standist kostnaðarviðmið geti aðeins falið í sér brot gegn samkeppnislögum í algerum undantekningartilvikum og því aðeins að sannað sé að fyrirtæki með um eða yfir 90% markaðshlutdeild taki vísitandi á sig fyrir sjáanlegt tekjutap til skamms tíma með verðlækkun sem aðeins sé beint að afmörkuðum hópi viðskiptavina og með það að markmiði að ryðja keppinaut út af markaði. Jafnframt beri að sýna fram á að viðkomandi fyrirtæki hafi mátt gera ráð fyrir að geta endurheimt tekjutapið með verðhækkun eftir að keppinautur þyrfti frá að hverfa.

Loks telur áfrýjandi Icelandair ehf. að lækkun viðskiptafargjalda geti aldrei falið í sér mismunun í skilningi 11. gr. samkeppnislaga.

Málsástæður áfrýjanda Iceland Express ehf.

Áfrýjandi telur ekki rétt í ljósi mats samkeppnisráðs á yfirburðastöðu Icelandair ehf., tilgangi aðgerðanna og þeirrar sérstöku þarfar sem talin hefur vera fyrir hendi til að vernda nýja aðila á flugmarkaði gegn aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækja, að horfa til staðfærðs kostnaðar við mat á því hvort verðlagning Icelandair ehf. hafi farið í bága við ákvæði samkeppnislaga. Enginn vafi sé á því að aðgerðir Icelandair ehf. hafi verið framkvæmdar í því skyni að koma í veg fyrir að áfrýjandi næði fótfestu á markaðnum. Í slíku tilviki beri a.m.k. að miða við að Icelandair ehf. sé óheimilt að selja farmiða undir heildarkostnaði. Þá mótmælir áfrýjandi því að í hugtakinu staðfærður kostnaður felist að undanskilja beri allan almennan stjórnunarkostnað. Ekkert í reglugerð EB ráðsins nr. 2409/92 eða í dómi dómstóls EB í Ahmeed Saeed málinu gefi tilefni til

Þessarar niðurstöðu. Ennfremur mótmælir áfrýjandi því að kostnaði, hvort sem miðað verði við staðfærðan kostnað eins og hann er skýrður af samkeppnisráði eða heildarkostnað Icelandair ehf., sé dreift á hvert flugsæti sem í boði er til Lundúna og Kaupmannahafnar.

Áfrýjandi telur niðurstöðu samkeppnisráðs um verðmæti vildarpunkta í ósamræmi við þá staðreynd að fyrir liggi að Icelandair ehf. verðleggi sjálft vildarpunktana á mun hærri upphæð. Félagið bjóði upp á það að vildarklúbbsfélagar kaupi allt að 20% af þeim punktum sem þurfi til að komast í viðkomandi ferð. Þannig kosti 7.600 punktar 8.400 krónur. Þá komi réttilega fram í ákvörðun samkeppnisráðs að verð á fargjöldum sem greiða má fyrir með 38.000 vildarpunktum geti verið allt að 40-50 þúsund krónur. Engin rök standi til þess að notast við næstóðýrasta netsmellinn við mat á því hvert verðgildi hvers vildarpunkts sé.

Áfrýjandi bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé komist að þeirri niðurstöðu að verðlækkun Icelandair ehf. á viðskiptafargjöldum á einni brottför á hvorri leið á bilinu 41-43% hafi farið í bága við ákvæði 11. gr. samkeppnislaga og umrædd lækkun ógilt. Viðbrögð Icelandair ehf. við þessari ákvörðun hafi verið sú að lækka viðskiptafargjöld á öllum brottförum til Kaupmannahafnar og Lundúna um 41-43%. Viðskiptafargjöld á öðrum leiðum félagsins séu áfram óbreytt. Verði ákvörðun samkeppnisráðs túlkuð svo að Icelandair ehf. sé heimilt að beita svo miklum og sértækum verðlækkunum á viðskiptafargjöldum til Lundúna og Kaupmannahafnar eingöngu sé ljóst að samkeppnisstaða áfrýjanda hafi versnað við ákvörðun samkeppnisráðs. Þessum lækkunum sé beint gegn áfrýjanda sérstaklega og þær séu til þess gerðar að minnka verulega þann mun sem er á hæstu fargjöldum fyrirtækisins og viðskiptafargjöldunum. Þegar við bætast ýmis fríðindi sem fylgja farmiðum með Icelandair ehf. umfram farmiða hjá áfrýjanda sé ljóst að verðmunurinn sé lítill orðinn. Þá sé erfitt að sjá hvernig þessi lækkun fari saman við fullyrðingar Icelandair ehf. um að mikil sala á viðskiptafargjöldum á umrædda tvo áfangastaði réttlæti meira framboð á lægstu fargjöldum.

Áfrýjandi telur að fullt tilefni hafi verið til þess að beita Icelandair ehf. háum sektum. Fyrirtækið sé í einstakri yfirburðarstöðu á flugmarkaði hér á landi og á því hvíli rík skylda til að misnota ekki þessa stöðu sína. Það hafi þverbrotið þessa skyldu sína og

notað þess í stað stöðu sína til þess að gera allt til að koma í veg fyrir að áfrýjandi næði að festa rætur á íslenskum flugmarkaði. Slíkt framferði brjóti bága við meginmarkmið og ákvæði samkeppnislaga og hefði til lengri tíma litið komið í veg fyrir eða dregið verulega úr samkeppni á íslenskum flugmarkaði, íslenskum neytendum til mikils tjóns. Horfa verði til almennra varnaðaráhrifa í þessu sambandi auk þess sem líta verði til þess að stjórnendum Icelandair ehf. hljóti að hafa verið ljóst að þeir voru með háttarni sínu að fara gegn ákvæðum samkeppnislaga.

Málsástæður samkeppnisráðs.

Af hálfu samkeppnisráðs er því mótmælt að brotið hafi verið gegn andmælarétti Icelandair ehf. við meðferð málsins hjá samkeppnisráði. Samkeppnisráð bendir á að stjórnvöld þurfi ekki að eiga frumkvæði að því að aðili tjái sig, heldur þurfi þau einungis að gæta þess að aðila sé kunnugt um mál og efni þess en samkvæmt 13. gr. stjórnsýslulaga skuli aðili máls einungis “eiga þess kost að tjá sig” áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því. Umfang stjórnvaldsrannsóknar geti breyst og aukist frá því sem ætlað var í upphafi og hafi Icelandair ehf. verið kunnugt um breytingar sem urðu á andlagi rannsóknar og hafi tjáði sig um lögmæti afsláttar á viðskiptafargjöldum. Iceland Express ehf. hafi í bréfi til Samkeppnisstofnunar, dags. 4. apríl 2003, gert afslætti Icelandair ehf. á viðskiptafargjöldum til Kaupmannahafnar og Lundúna að umtalsefni. Bréfið hafi verið sent til Icelandair ehf. með bréfi, dags. 8. apríl 2003. Með bréfi Icelandair ehf., dags. 7. maí 2003, hafi verið fjallað um umrædda lækkun og hafi fyrirtækið engum mótmælum hreyft við að rannsókn Samkeppnisstofnunar beindist að þessu atriði.

Samkeppnisráð telur að samkeppnisyfirvöld hafi rúmar heimildir til mats um það hvenær aðgerða samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga sé þörf gegn misbeitingu markaðsyferráða í andstöðu við 11. gr. samkeppnislaga. Samkeppnisyfirvöld megi byggja á öllum sjónarmiðum sem teljist málefnaleg við töku ákvarðana á grundvelli umræddra lagagreina. Af dómafrankvæmd Hæstaréttar verði ráðið að litlar takmarkanir séu á því hvaða sjónarmið samkeppnisyfirvöld megi leggja til grundvallar ákvörðunum sínum á grundvelli 11. og 17. gr. samkeppnislaga.

Í ákvörðun sinni hafi samkeppnisráð lagt mat á það hvort umrædd tilboð Icelandair ehf. væru til þess fallin að skaða samkeppni. Í því skyni hafi ráðið talið rétt að finna eitthvert raunhæft viðmið á kostnaði Icelandair ehf. fyrir hvert selt sæti. Slíkt sé vandasamt verkefni vegna eðlis flugrekstrar og hafi ráðið leitast við að kanna erlenda framkvæmd og sækja þangað hugmyndir og leiðbeiningar. Sú könnun hafi leitt til þess að ráðið hafi talið rétt að miða við "staðfærðan kostnað á sæti".

Samkeppnisráð bendir á að ráðið hafi leitast við að ganga ekki lengra með ákvörðun sinni en samrýmist meðalhófi. Það hafi valið raunhæfa leið til að meta skaðvænleika aðgerða Icelandair ehf. á samkeppni en aðrar vægari leiðir geti ekki náð markmiðinu að efla samkeppni. Það viðmið sem Icelandair ehf. vilji leggja til grundvallar virðist um margt ófullkomið og falli ekki að þeim sérstöku aðstæðum sem ríki í flugrekstri.

Samkeppnisráð vísar til þess að sjónarmiðið um einstaka yfirburðarstöðu hafi m.a. verið viðurkennt í úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 11/1999, Landssíminn gegn samkeppnisráði sem Hæstiréttur hafi staðfest í dómi sínum frá 8. nóvember 2001. Samkeppnisráð telur sýnt með ýmsum gögnum máls þessa að Icelandair ehf. sé í einstakri yfirburðastöðu í þessum skilningi og hefur bent á tiltekin atriði því til stuðnings.

Samkeppnisráð telur að staðhæfing Icelandair ehf. um tiltekna markaðshlutdeild fái ekki staðist. Áfrýjandi skýri ekki nægjanlega við hvaða gögn það styðji þetta mat sitt á markaðshlutdeild. Fyrir samkeppnisráði hafi Icelandair ehf. miðað við fjölda farþega og megi ætla að þeirri nálgun sé einnig beitt hér. Samkeppnisráð telur engin rök hníga til þess að nota slíkt viðmið. Ljóst sé að sá mælikvarði skapi mikla skekkju þar sem það verð sem farþegar greiði sé mjög mismunandi. Telja verði að farþegar Icelandair ehf. greiði að meðaltali hærri fargjöld en farþegar Iceland Express ehf. (vegna farþega á viðskiptafarrými) og því sé markaðshlutdeild Icelandair ehf. mun hærri.

Samkeppnisráð telur að staðhæfingar Icelandair ehf. um greiðan aðgang keppinauta inn á markaðinn eigi ekki við rök að styðjast. Það eitt að engar lagalegar hindranir séu á því að hefja samkeppni á viðkomandi markaði útiloki ekki að um markaðsyfirráð geti verið að ræða. Það séu miklar efnahagslegar aðgangshindranir að flugmörkuðum.

Samkeppnisráð bendir á að hagfræðilegar rannsóknir á samkeppnishegðun markaðsráðandi flugfélaga sýni fram á hvata til að skaða samkeppni með óeðlilega lágrri verðlagningu. Ráðinu sé því nokkur vandi á höndum við mat á þeim hagfræðilegu rannsóknum sem liggja fyrir um starfsemi flugfélaga og samkeppnishegðun þeirra. Þær rannsóknir sem séu áreiðanlegar og sannfærandi sýni glögglega hvernig verðtilboð markaðsráðandi flugfélaga geti skaðað samkeppni.

Samkeppnisráð telur að aðstæður hafi ekki breyst (vegna stríðs í Írak og bráðalungnabólguafaraldurs) frá því DoT skýrslan frá 2001 og norræna skýrslan frá 2002 hafi verið unnar. Frekar megi ætla að vandamál sem þessi hafi hvatt flugfélög til að berjast gegn samkeppni með óeðlilegum verðlækkunum. Þar fyrir utan hafi stríð og farsóttir verið þekkt fyrirbæri þegar skýrslurnar voru gefnar út árin 2001 og 2002.

Samkeppnisráð bendir á að mál þetta snúist um það hvort tiltekin verðtilboð Icelandair ehf. séu til þess fallin að skaða samkeppni. Við mat þess hafi ráðið lítið til dóma Evrópudómstólsins og ákvarðana framkvæmdastjórnar EB á sviði samkeppni sem helgist af því að íslensk samkeppnislög byggi á samkeppnisreglum EES sem séu efnislega samhljóða samkeppnisreglum EB. Þá hafi samkeppnisráð talið gagnlegt að leita fanga í þessari framkvæmd þegar engin skýr fordæmi liggja fyrir en af framkvæmdinni leiði ýmis konar sérfræðisjónarmið, sem samkeppnisráð geti byggt á. Þótt samkeppnisráð líti í ríkum mæli til reynslu Evrópudómstólsins, framkvæmdastjórnar EB, og systurstofnana sinna í Evrópu breyti það ekki því að samkeppnisráð fari samkvæmt íslenskum lögum með mat samkvæmt 11. og 17. gr. samkeppnislaga. Í evrópskri framkvæmd samkeppnisyfirvalda fari mat á verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis eftir atvikum. Samkeppnisráð telur að staðhæfingar Icelandair ehf. um að af evrópskri dómaframkvæmd leiði að samkeppnisyfirvöld þurfi að sanna að markaðsráðandi flugfélag geti endurheimt kostnað vegna verðlækkunar fá ekki staðist. Af evrópskri framkvæmd leiði enga fasta reglu um hvaða viðmið skuli lagt til grundvallar á mati skaðlegra verðlækkana í flugrekstri. Hins vegar hafi verið gagnlegt að hafa einhvers konar viðmið um kostnað til grundvallar ákvörðun um þetta. Hafi verið eðlilegt með hliðsjón af evrópskri lagaframkvæmd, að miða við “staðfærðan kostnað á sæti” við mat þess hvort verðlækkun Icelandair ehf. hafi verið skaðvænleg.

Samkeppnisráð telur að hvorki framkvæmdastjórn EB né dómstólar EB hafi tekið afstöðu til þess hvort miða eigi í flugrekstri við einstök fargjöld eða meðalfargjöld en m.a. í ljósi ákvörðunar Bundeskartellamt í Lufthansa-málinu, hafi verið ákveðið að horfa sérstaklega á sætaverð á vorsmellum og netsmellum. Ef miðað hefði verið við meðalfargjöld myndi það gefa Icelandair ehf. færi á að fara í mikla herferð og bjóða fargjöld á verulega lágu verði. Það gæti félagið m.a. gert vegna þess að það flytji mun fleiri viðskiptafarþega og gæti látið þá niðurgreiða flug fyrir þann markhóp sem Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. séu aðallega að keppa um.

Samkeppnisráð fellst ekki á skýringar Icelandair ehf. hvað varðar tímasetningu á verðlagningu fyrirtækisins á hinum skilgreindu mörkuðum. Vísar ráðið til þess að þó svo netsmellir hafi fyrst verið boðnir í október 2002 hafi verið sýnt fram á það í hinni kærðu ákvörðun að framboð á þeim margfaldaðist um það leyti sem Iceland Express ehf. hóf flug á skilgreindum mörkuðum. Að því er varðar vorsmellina þá bendir samkeppnisráð á að Icelandair ehf. virðist viðurkenna að hér hafi verið um samkeppnisleg viðbrögð að ræða. Samkeppnisráð fellst hvorki á að þessi tilboð hafi átt að gilda í takmarkaðan tíma né að þau hafi verið boðin takmörkuðum hópi viðskiptavina.

Samkeppnisráð telur staðhæfingar Icelandair ehf. um kostnað vegna vildarpunkta ekki standast. Fyrirtækið haldi því fram að samkeppnisráð hafi talið “kostnað” Icelandair ehf. af hverjum vildarpunkti 63 aura. Þetta sé rangt. Samkeppnisráð leggi til grundvallar að vildarfarþegar nýti punktana til greiðslu fyrir flugferðir sem þeir ella greiddu fyrir með peningum.

Hvað varðar fullyrðingar Icelandair ehf. um að sú krafa sé gerð til félagsins að sama hlutfall sé á milli kostnaðar og fargjalda á einstökum flugleiðum þess þá telur samkeppnisráð að misskilnings gæti um þetta atriði. Tilgangur þess að bera saman kostnað vegna umræddra fargjalda og fargjalda til annarra áfangastaða í Norður-Evrópu hafi verið sá að kanna hvort verðmunur á fargjöldunum væri byggður á kostnaðarlegum forsendum.

Hvað varðar bann samkeppnisráðs við verðlækkun Icelandair ehf. á viðskiptafargjöldum bendir ráðið á að líta beri til allra atvika máls við mat þess hvort

verðlækkun markaðsráðandi flugfélags sé til þess fallin að skaða samkeppni. Kostnaður sé einungis eitt þeirra atriða sem þar skiptir máli, sbr. niðurstaðu Evrópudómstólsins *Compagnie Maritime Belge Transports* o.fl. gegn framkvæmdastjórn EB. Í hinni kærðu ákvörðun sé sýnt fram á það, m.a. með ítarlegum tilvitnunum til erlendra fræðimanna og yfirvalda, að flugmarkaðurinn sé óvenjulegur markaður þar sem markaðsráðandi flugfélög eigi auðvelt með að beita samkeppnishamlandi aðgerðum gegn keppinautum. Þegar *Iceland Express ehf.* hafi hafið starfsemi sína hafi *Icelandair ehf.* verið með 100% markaðshlutdeild og í hinni kærðu ákvörðun sé sýnt fram á það að fyrirtækið sé í einstakri yfirburðastöðu. Í málinu liggi fyrir yfirlýsingar frá *Icelandair ehf.* sem gefi til kynna að markmið með viðbrögðum við hinni nýju samkeppni hafi ekki verið aðeins að mæta henni heldur að halda henni í skefjum. Þessu til viðbótar verði að horfa til þess að hin sértæka verðlækkun hafi beinst með sérstaklega skýrum hætti gegn hinum nýja keppinaut.

IV

Niðurstöður

1

Sem fyrr greinir heldur áfrýjandi *Icelandair ehf.* því fram að hann hafi ekki notið andmælaréttar varðandi viðmiðið “staðfærður kostnaður á flugsæti” og beitingu þess. Samkeppnisráð notaði þetta viðmið sem eitt af atriðum sem taka bæri tillit til við mat á því hvort um skaðlega undirverðlagningu hafi verið að ræða.

Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar (mál nr. 2/2002 Landssími Íslands gegn samkeppnisráði) hefur áður komið fram að áfrýjunarnefndin líti svo á að í andmælaréttinum felist að aðili eigi rétt til aðgangs að gögnum málsins og þeim upplýsingum sem fram hafa komið, þar með talinni kröfugerð ef um það er að ræða. Í réttinum felst einnig að svo sé um hnúta búið að aðili eigi þess kost að kynna sjónarmið sín nægjanlega. Andmælarétturinn nær hins vegar almennt ekki til röksemda sem hugsanlegt er að stjórnvöld noti við töku ákvörðunar eða til þess að aðili skuli fyrirfram fá vísbindingar um hvernig stjórnvöld munu túlka lög eða eldri ákvarðanir í niðurstöðum sínum.

Mál þetta snerist frá upphafi um það hvort áfrýjandi Icelandair ehf. hafi sem markaðsráðandi fyrirtæki beitt svonefndri skaðlegri undirverðlagningu við markaðssetningu fargjalda sinna en hún er talin fela í sér misnotkun. Í samkeppnisrétti er alveg ljóst þegar svo stendur á að ein af þeim aðferðum, sem notaðar eru við greiningu á hvort svo sé, er að leitast við að finna nothæft viðmið til að komast að því hvort vara eða þjónusta hafi verið seld undir svonefndum breytilegum kostnaði. Aðalatriði þess viðmiðs sem notað var í hinni áfrýjuðu ákvörðun eru þekkt á þeim samkeppnismarkaði sem hér um ræðir. Áfrýjanda Icelandair ehf., sem er gjörkunnugur þessum markaði, var því auðvelt að gera grein fyrir þeim kostnaðarútreikningum sem höfðu þýðingu fyrir úrslit málsins og þar á meðal meginatriðum þeirra útreikninga sem samkeppnisráð studdist við að lokum. Af þessum sökum verður ekki á það fallist að andmælaréttur hafi verið brotinn á áfrýjanda Icelandair ehf. að þessu leyti.

2

Áfrýjandi Icelandair ehf. heldur því einnig fram að andmælaréttur hafi verið brotinn á honum þar sem samkeppnisyfirvöld hafi ekki tilkynnt honum að lækkun viðskiptafargjalda hafi verið efni rannsóknar samkeppnisráðs.

Í upphafi beindist rannsókn máls þessa fyrst og fremst að svonefndum “vorsmellum” en það virðist hafa breyst í kjölfar kvörtunarbréfs áfrýjanda Iceland Express ehf. til Samkeppnisstofnunar frá 14. febrúar 2003 og enn með bréfi sama aðila til Samkeppnisstofnunar frá 4. apríl 2003 þar sem kvartað var yfir afsláttum af umræddum viðskiptafargjöldum. Áfrýjandi Icelandair ehf. fékk kost á að tjá sig um efni þessara bréfa og í raun tók hann afstöðu til þess álitaefnis sem hér um ræðir í bréfi 7. maí 2003 til Samkeppnisstofnunar.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að þegar það efni sem til rannsóknar er breytist við meðferð máls beri samkeppnisyfirvöldum að afmarka þau kæruefni sem eru til skoðunar og rannsóknar hverju sinni. Ber þar sérstaklega að nefna að óskýr kvörtunarefni geta valdið erfiðleikum við beitingu andmælaréttar. Fallist er á það með áfrýjanda Icelandair ehf. að umrætt kvörtunarefni hafi ekki verið sett fram með svo skýrum hætti sem skyldi. Hins vegar var þetta kvörtunarefni Iceland Express ehf.

augljóst og áfrýjandi Icelandair ehf. setti í raun fram andmæli sem tók til þess. Með hliðsjón af þessu þykir ekki alveg nægjanlega ástæða til að ógilda þennan þátt hinnar kærðu ákvörðunar.

3

Kröfugerð áfrýjanda Iceland Express ehf. er sett fram í fimm liðum sem áður hafa verið raktir. Í fyrstu þremur liðum er ekki um eiginlega kröfugerð að ræða þar sem þeir beinast ekki að því að hnekkja niðurstöðum hinnar kærðu ákvörðunar heldur felst í þeim ósk um að forsendur hinnar kærðu ákvörðunar séu rökstuddar með öðrum hætti en gert var. Þannig fela þeir fremur í sér sjónarmið sem að jafnaði koma fram í greinargerð og verður hér farið með þá þannig.

Í fjórða kröfuliðnum er þess krafist að áfrýjunarnefndin kveði skýrt á um að bann við lækkun á viðskiptafargjöldum verði ekki aðeins látin taka til sömu brottfarartíma og ferðir áfrýjanda Iceland Express ehf. voru farnar heldur til allra brottfarartíma til Lundúna og Kaupmannahafnar. Þessi liður verður talinn fela í sér kröfu um að niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar verði hnekktt að hluta til. Í fimmta liðnum krefst áfrýjandi Iceland Express ehf. þess að áfrýjandi Icelandair ehf. verði gert að greiða sektir. Þessi krafa miðar augljóslega að því að hnekkja úrslitum hinnar kærðu ákvörðunar. Báðar síðastnefndar kröfur verða teknar til meðferðar með þeim hætti sem síðar verður greint frá.

4

Samkvæmt 1. mgr. 3. gr. samkeppnislaga taka lögin til samninga, skilmála og athafna sem hafa eða ætlað er að hafa áhrif hér á landi. Ekki er um það deilt að atvik máls þessa hafa áhrif hér á landi. Því ber að líta svo á að málið falli undir íslenska lögsögu og hafi réttilega verið rekið af íslenskum samkeppnisyfirvöldum óháð því hvort önnur alþjóðleg stjórnvöld kunnri þar einnig að fara með vald. Valdbærni íslenskra samkeppnisyfirvalda verður því ekki með réttu dregin í efa eins og mál þetta liggur fyrir.

5

Mál þetta snýst ekki hvað síst um túlkun 11. gr. samkeppnislaga en samkvæmt 1. mgr. hennar er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Umrædd grein var sett með lögum nr. 107/2000 um breytingu á samkeppnislögum nr. 8/1993, með síðari breytingum og fól í sér gagngera breytingu á þágildandi 17. gr. samkeppnislaga. Hið nýja ákvæði verður hér bæði túlkað í tengslum við það íslenska lagaumhverfi sem það er í og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Ákvæðið var í frumvarpi til laganna sagt byggt á 53. gr. EES-samningsins og einnig á sambærilegum ákvæðum í löggjöf nokkurra aðilaríkja. Af því leiðir að við úrlausn máls þessa verður einnig höfð hliðsjón af löggjöf þessara ríkja og sambærilegu ákvæði Rómarsamningsins innan Evrópusambandsins. Svo virðist sem ekki sé í sjálfu sér ágreiningur um þetta enda þótt aðilar leggi mjög mismunandi áherslur á einstök atriði auk þess sem túlkun þeirra er einnig umdeild.

6

Í því skyni að skilgreina nánar misnotkun markaðsráðandi stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga verður að ákveða þann markað sem talið er að misnotkun fari fram á. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur slíka skilgreiningu þýðingarmikið atriði fyrir beitingu ákvæðisins. Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Samkvæmt þessu er markaðurinn skilgreindur með tvennum hætti, þ.e. annars vegar með tilliti til þeirrar vöru eða þjónustu sem um er að tefla og hins vegar með tilliti til þess markaðssvæðis (landssvæðis) sem til greina kemur. Í samkeppnisrétti er það viðtekin venja að skilgreina markaðinn út frá sjónarmiði neytanda með hliðsjón af eiginleika vöru eða þjónustu, verði og notkun og eru staðgöngusjónarmið þar aðalatriði sem til skoðunar koma.

Samkvæmt þessu er því rétt að skilgreina tiltekið markaðssvæði út frá vörum eða þjónustu og staðgönguvörum eða staðgönguþjónustu eins og þessi atriði horfa við út frá sjónarmiði neytanda. Sá markaður sem verður fyrst og fremst fyrir áhrifum eða er líklegur að verða fyrir áhrifum af tiltekinni aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis út frá þessum sjónarmiðum verður samkvæmt þessu talinn falla undir efnislýsingu 11. gr.

samkeppnislaga. Þó er alveg augljóst að skilgreiningar af þessu tagi geta ekki orðið nákvæmar. Því verða þær aðeins notaðar til viðmiðunar og verður svo gert hér.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að lækkun flugfargjalda áfrýjanda Icelandair ehf. á tilteknum flugleiðum hafi því fyrst og fremst haft áhrif á þeim flugleiðum sem þær tóku til. Einhver staðgöngusjónarmið geta komið til greina þegar um er að ræða aðra áfangastaði en þá sem áfrýjandi Iceland Express ehf. flýgur til en þau verður að telja fremur veigalítil með hliðsjón af eðli aðgerðarinnar. Samkvæmt þessu teljast þjónustu- og landfræðilegu markaðirnir rétt skilgreindir í hinni kærðu ákvörðun sem:

Áætlunarflug milli Keflavíkur og Lundúna og
 Áætlunarflug milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar

7

Markaðsráðandi staða er fyrir hendi þegar fyrirtæki 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, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Í þessu sambandi skiptir mestu máli að huga að markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á þeim markaði sem hefur verið skilgreindur og að því skipulagi sem ríkir á markaðinum. Fyrri atriðið er almennt talið fela í sér sterkar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu í hefðbundnum samkeppnisrétti, þ.e. úrlausn þess er þýðingarmikið atriði um hvort tiltekið fyrirtæki teljist vera í markaðsráðandi stöðu. Með síðargreindu viðmiðuninni er skírskotað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingu í sömu átt, einkum hvort aðgangur að markaðinum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni og tækjum og framboði vöru eða þjónustu, fjölda og styrk keppinauta en fleiri atriði koma þó einnig til skoðunar.

Sem fyrr greinir felur há markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu þó að önnur atriði skipti þar einnig máli. Markaðshlutdeild er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum þeirrar þjónustu sem um ræðir. Það leiðir af eðli málsins að því hærri sem markaðshlutdeild fyrirtækis er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Í kafla 2.1. í hinni kærðu ákvörðun

eru rakin nokkur sjónarmið um markaðshlutdeildina og sýndar þær tekjur sem viðkomandi flugfélög höfðu tvo fyrstu mánuðina eftir að áfrýjandi Iceland Express ehf. tók til starfa. Tvennt þykir hér skipta höfuðmáli. Í fyrsta lagi að áfrýjandi Icelandair ehf. var með 100% markaðshlutdeild á hinum skilgreindu mörkuðum í heilsársflugi allt árið 2002 og þar til áfrýjandi Iceland Express ehf. hóf flugrekstur í marsmánuði 2003 og í öðru lagi að markaðshlutdeild áfrýjanda Icelandair ehf. var langhæst á því tímabili sem mælt var, þ.e. í mars og apríl 2003, á þeim flugleiðum sem hér skipta máli. Í sambandi við síðastgreint atriði telur áfrýjunarnefndin eðlilegt og rökrétt að miða við tekjur af sölu farmiða á hinum skilgreindu mörkuðum svo sem gert er í hinni kærðu ákvörðun. Því má fallast á það með samkeppnisráði að markaðshlutdeild áfrýjanda Icelandair ehf. hafi verið veruleg á hinum skilgreindu mörkuðum.

Í köflum 2.2.-2.4. í hinni kærðu ákvörðun eru rakin nokkur atriði sem lúta að skipulagi markaðarins. Þar kemur fram að mikið sætaframboð er hjá áfrýjanda Icelandair hf. á umræddum mörkuðum auk ýmissa viðstuðningsfyrirtækja og úrræða sem veita áfrýjanda Icelandair hf. óneitanlega mikið samkeppnislegt forskot. Af hálfu áfrýjanda Icelandair ehf. hefur á hinn bóginn verið bent á ýmis önnur atriði sem eru talin benda til þess að aðgangshindranir séu ekki svo miklar hér sem annars staðar. Þannig nefnir hann t.d. greiðan aðgang að flugvöllum, gegnsæi íslenska markaðarins, minnkandi þýðingu ferðaskrifstofa og bókunarkerfa og mikið framboð af ódýrum flugvélum. Bent er sérstaklega á að áfrýjandi Iceland Express ehf. hafi verið stofnað með litlum tilkostnaði á skömmum tíma og án sérhæfðra framleiðsluþátta. Engu að síður hafi félagið náð verulegri markaðshlutdeild á mikilvægum flugleiðum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að öll þau atriði sem áfrýjandi Icelandair ehf. nefnir hafi þýðingu en þau þykja þó ekki breyta þeirri heildarmynd sem rakin er í umræddum köflum hinnar kærðu ákvörðunar. Þar er helst til að nefna að staðreynd er að engu flugfélagi hefur hingað til tekist til lengdar að markaðssetja sig hér á landi í áætlunarflugi í samkeppni við áfrýjanda Icelandair ehf.

Heildarniðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála er því sú að staða áfrýjanda Icelandair hf sé mjög sterk á skilgreindum mörkuðum og skyldum mörkuðum.

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Í 2. mgr. 11. gr. eru talin upp dæmi um misnotkun í þessu sambandi en ljóst er þó af orðalagi ákvæðisins að þarna er ekki um tæmandi talningu að ræða. Dæmin gefa þó engu að síður mikilvæga vísbendingu um efnisinnihald hugtaksins. Í dæmunum er vísað til annarra gildishugtaka heldur en misnotkunar svo sem ósanngjarns kaup- eða söluverðs, takmarkana sem verða neytendum til tjóns og að viðskiptaaðilum sé mismunað eða að sett séu skilyrði sem ekki tengjast efni viðkomandi samninga.

Ekki er þarna að finna nánari skilgreiningu á því hvað teljist misnotkun en leiðbeiningu má þó fá af markmiðsákvæðum samkeppnislaga eins og síðar verður vikið að. Eðlilegt er að skýra þessi ákvæði þannig að sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögmat. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkunin hafi haft tiltekin áhrif eða að ákveðinn skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum. Það leiðir þó af eðli málsins að sannist t.d. sá tilgangur markaðsráðandi fyrirtækis að lækka verð til að koma viðkomandi fyrirtæki út af markaði ætti að öðru jöfnu að vera auðveldara að sýna fram á að slík aðgerð brjóti í bága við markmið samkeppnislaga. Sértekar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis sem beinast beinlínis að samkeppnisfyrirtæki á markaðnum mætti oft meta með svipuðum hætti.

Í fræðiritum jafnt sem erlendri dómaframkvæmd hefur margt verið ritað um orðasambandið misnotkun markaðsráðandi stöðu og nánari skilgreiningu þess. Er gerð grein fyrir þessu í hinni kærðu ákvörðun svo og í málflutningi áfrýjenda. Slík framkvæmd og umfjöllun verður talin skipta máli við túlkun íslenskra laga að því marki sem sá lagatexti er sambærilegur sem liggur til grundvallar og sem fyrr sagði að teknu tilliti til séreinkenna íslenska markaðarins.

Það leiðir af 11. gr. samkeppnislaga að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafa skyldum að gegna um að grípa ekki til neinna aðgerða sem raskað geta þeirri eðlilegu samkeppni sem ríkir á tilteknum markaði. Við nánari skilgreiningu á þeirri skyldu ber

að líta til 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt henni skal markmiði laganna m.a. náð með því að:

- a. vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri,
- b. vinna gegn óréttmætum viðskiptaháttum, skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum,
- c. auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.

Því má með réttu segja að skyldur fyrirtækja í markaðsráðandi stöðu nái m.a. til þess að vinna ekki gegn fyrrgreindum markmiðum samkeppnislaga með óeðlilegum hætti. Misnotkun markaðsráðandi stöðu getur því verið fölgín í því að vinna gegn markmiðum samkeppnislaga ef aðgerð hefur ekki eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Samkvæmt þessu er einnig rétt að líta svo á að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi. Að því er úrlausn þessa máls varðar ber hér sérstaklega að nefna það markmið laganna að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og það að auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.

Almennt verður hér talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og sem hindra hana eða vöxt hennar. Sömu hugsun má orða með þeim hætti að markaðsráðandi fyrirtæki megi ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja stöðu sína á þeim samkeppnismarkaði sem fyrir er. Af þessu leiðir að aðrar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis á tilteknum markaði, sem uppfylla ekki fyrrgreind skilyrði, eru lögmætar. Því getur markaðsráðandi fyrirtæki mætt samkeppni annarra samkeppnisaðila á skilgreindum markaði svo lengi sem ekki er farið yfir fyrrgreind mörk.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að kostnaðarlegt hagræði viðkomandi markaðsráðandi fyrirtækis af tiltekinni verðlagningu skipti almennt máli þegar metið er hvort hún feli í sér misnotkun, sbr. Hrd. 8. nóvember 2001 í máli nr. 120/2001:

Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði. Verðlagning vöru eða þjónustu fyrirtækisins getur því falið í sér vísbendingu um aðgerð sem kann að hindra samkeppni eða vöxt hennar með óeðlilegum hætti. Svonefnd undirverðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis er dæmi um aðgerð sem getur falið í sér misnotkun markaðsráðandi stöðu. Í því sambandi ber helst að nefna að verðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem er undir breytilegum kostnaði getur að öðru jöfnu falið í sér slíka misnotkun. Ástæðan er sú verðlagning af þessu tagi verður vart skýrð út frá eðlilegum rekstrarsjónarmiðum viðkomandi fyrirtækis. Er þá haft í huga að verðákvarðanir framleiðslu- og þjónustufyrirtækja eru að öllum jafnaði byggðar á þessum grunni a.m.k. ef ekki er litið til langs tíma. Verðákvörðun markaðsráðandi fyrirtækis sem er lægri en þetta er því að öllum jafnaði til þess fallin að raska samkeppni. Því má ætla að slíkar aðgerðir af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis brjóti í bága við 11., sbr. 1. gr. samkeppnislaga, nema unnt sé að sýna fram á sérstakar ástæður sem réttlæti hana. Þó verður hér að gera þann fyrirvara að álitaefni kann að vera um hvort tiltekinn kostnaður teljist breytilegur auk þess sem orðasambandið breytilegur kostnaður kann að eiga mismunandi vel við á ólíkum mörkuðum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er jafnframt þeirrar skoðunar að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis sem er undir meðaltali heildarkostnaðar en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar geti falið í sér misnotkun. Viðmiðanir í þessum flokki eru ógleggri þar sem slík aðgerð viðkomandi fyrirtækis verður oft skýrð út frá eðlilegum rekstrarlegum og samkeppnislegum forsendum og með stoð í eðlilegri sjálfsbjargarviðleitni fyrirtækisins að teknu tilliti til sérkenna þeirra markaða sem við er að glíma hverju sinni. Að öðru leyti þykja tvö atriði einkum verð umræðu þegar metið er hvort verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis sé óeðlileg þegar svona stendur á. Þau verður að meta saman:

Í fyrsta lagi verður að líta til þess hversu mikið frávik verðlagning felur í sér miðað við meðaltal breytilegs kostnaðar. Sé verðlagningin litið yfir meðaltali breytilegs kostnaðar er almennt meiri ástæða til íhlutunar en ef hún væri mikið hærri en breytilegur kostnaður.

Í öðru lagi ber að meta hversu sérhæf aðgerð er. Ef aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis beinist í miklum mæli eingöngu að þeim samkeppnisaðila sem fyrir er á markaðinum

en ekki að sambærilegum mörkuðum þar sem samkeppni ríkir ekki eða í minna mæli getur það verið vísbending um misnotkun á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma ákvæðum samkeppnislaga.

Óeðlileg verðlagning af þessu tagi getur orðið til þess að heilbrigð samkeppnisfyrirtæki sem fyrir eru á markaðnum verði að draga sig í hlé vegna þess að þau hafa einfaldlega ekki fjárhagslegt bolmagn til að standast samkeppnina til lengdar. Verðlagningin kynni því að stuðla að fákeppni og vera þannig andstæð markmiðum samkeppnislaga. Í þessu sambandi ber einnig að hafa í huga að markaðsráðandi fyrirtæki er oft í þeirri aðstöðu að geta boðið mun meira úrval af þjónustu en minna samkeppnisfyrirtæki og svo er í máli þessu eins og nánar kemur fram í hinni kærðu ákvörðun í kafla 2.3. Staðan á markaðinum getur þá oft verið sú að samkeppnisfyrirtæki hins markaðsráðandi fyrirtækis getur í aðalatriðum aðeins mætt samkeppni með lágu verði. Jafni markaðsráðandi fyrirtæki það verð í raun getur þar verið um að ræða aðgerð sem ekki fæst samrýmst markmiðum samkeppnislaga og þar með eðlilegri samkeppni.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekur fram að jafnvel á markaði þar sem markaðsráðandi fyrirtæki starfar ríkir meginreglan um samningafrelsi og rétt fyrirtækja til sjálfstjórnar í eigin málum. Beiting þessara meginreglna takmarkast þó m.a. af samkeppnislögum með þeim hætti sem áður er lýst en í því sambandi skal hér ítrekað að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja í mjög sterkri stöðu á markaðnum eru ríkari en þeirra sem ekki eru í jafn sterkri stöðu. Markaðsráðandi fyrirtækjum er heimilt að mæta samkeppni af afli og skyldur markaðsráðandi fyrirtækja ná ekki til þess að hlífa fyrirtækjum á viðkomandi markaði sem ekki geta staðist eðlilega samkeppni. Þessi sjónarmið ber ávallt að hafa í huga þegar metið er lögmæti aðgerða markaðsráðandi fyrirtækis.

Í hinni kærðu ákvörðun í kafla 3.2. er gerð grein fyrir sérkennum flugmarkaðarins. Þar eru m.a. leiddar líkur að því að vegna skipulags þess markaðar sé innkoma nýrra flugfélaga í samkeppnisrekstri í raun ekki svo auðveld sem skyldi þrátt fyrir að lagareglur kveði nú á um opinn og frjálstan markað á því sviði. Niðurstaðan er sú að

almennt sé meiri hættu á skaðlegum aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækja í flugrekstri heldur en í öðrum atvinnugreinum. Það leiði af eðli flugrekstrar að ráðandi fyrirtæki eigi auðvelt með að útiloka samkeppni með óeðlilegum verðlækkunum eða öðrum aðgerðum. Þar er einnig gerð grein fyrir því að flugrekstur hafi þau séreinkenni að hugtakið breytilegur kostnaður verði að fá nokkuð aðra merkingu en þegar um iðnaðarframleiðslu er að ræða. Skipti þar annars vegar mestu máli að ýmiss kostnaður sem í öðrum atvinnugreinum telst vera fastur, eins og t.d. afskriftir af framleiðslutækjum, breytist eftir notkuninni í flugrekstri og hins vegar að í flugrekstri skipti sá tímupunktur sem miðað er við meginmáli þegar metið hvort tiltekinn kostnaður teljist fastur eða breytilegur. Þetta þýði m.a. að rúmlega sex mánuðum áður en tiltekin flugáætlun er ákveðin séu margir kostnaðarliðir breytilegir en það breytist hins vegar eftir því sem nær dregur flugferð og skömmu áður en flugvél fer á loft sé nánast allur kostnaður orðinn fastur. Í þessu sambandi hafi það einnig þýðingu að flugvélar verða auðveldlega færðar á milli markaðssvæða. Því geti sú staða komið upp að markaðsráðandi flugfélag geti eftir atvikum með auðveldum og kostnaðarlitlum hætti aukið við flugsæti á tiltekinni flugleið til að mæta samkeppni.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tekur undir þessi sjónarmið og telur einkenni flugmarkaðarins m.a. felast í því að ákvarðanir um áætlunarflugferðir séu almennt teknar nokkru áður en þær hefjast og á þeim rekstrarforsendum sem þá liggja fyrir. Áfrýjunarnefndin telur jafnframt að það hafi þýðingu fyrir úrslit í máli þessu að brjóta niður kostnað svo sem gert er í hinni kærðu ákvörðun til að komast að niðurstöðu um það hvort hin umdeilda verðákvörðun áfrýjanda Icelandair ehf. geti falið í sér vísbendingar um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Verður þá að miða þann kostnað sem talinn er tilheyra tilteknu áætlunarflugi frá því að ákvörðun er tekin um það og þar til það hefst. Af því leiðir að margir kostnaðarliðir teljast breytilegir. Hafa þessi sjónarmið vissa stoð í norrænni og evrópskri dómaframkvæmd og löggjöf.

Á hinn bóginn liggur ljóst fyrir að flokkun kostnaðarliða í fastan og breytilegan kostnað, að teknu tilliti til þess tíma sem einstakir kostnaðarliðir falla á, getur aldrei orðið nákvæmur mælikvarði til að miða við. Óvissa getur einnig skapast af því hvernig stendur á með flutningsgetu hins markaðsráðandi fyrirtækis þegar samkeppni hefst. Við þetta bætist að verðstefna flugfélags gæti byggst að hluta til á því að ávallt

væru til óseld sæti sem losna mætti við með því að lækka fargjald stuttu fyrir brottfarartíma eða að sæti stæðu ávallt til boða á lágu verði.

Enda þótt áfrýjunarnefnd samkeppnismála telji að taka beri nokkurt tillit til verðgildis vildarpunkta í tilvikum sem þessum leikur mikill vafi á um hið raunverulega verðgildi þeirra. Meðal annars má ætla að vildarpunktar séu aukaatriði í hugum margra farþega t.d. með hliðsjón af þeirri óvissu sem ríkir um hvort og hvenær þeim verður komið í not. Engu að síður telur áfrýjunarnefndin að rétt sé að reikna með nokkru verðgildi vildarpunktanna en þá einkum út frá kostnaðarþætti þeirra auk þess sem áfrýjunarnefndin ítrekar að áfrýjandi Icelandair ehf. hefur einnig að öðru leyti samkeppnislegt forskot varðandi framboðna þjónustu.

Niðurstaðan er sú að í flugrekstri eru vísbendingar um misnotkun á markaðsráðandi stöðu, sem lesa má úr sjálfri verðlagningunni fyrir einstaka farmiða á tilteknum flugleiðum, óviss. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur þó svo á að þessari óvissu megi að eyða að vissu marki ef haldgóðar skýringar eru gefnar á verðstefnu fyrirtækis.

Við mat á markaðshegðun áfrýjanda Icelandair ehf. í máli þessu skiptir máli hvort miða eigi við meðalverð flugfargjalda á flugleið á tilteknu tímabili eða aðeins þau lágu fargjöld sem eru sérstaklega til skoðunar. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að við mat á þessu skipti máli magn þeirra lágfargjalda sem í boði eru, sá tími sem þau standa til boða, að hverjum tilboðin beinast og loks hvenær og við hvaða aðstæður þau eru fram sett. Ástæðan er sú að sé um mikið magn lágfargjalda að ræða sem standa til boða í langan tíma og sett eru fram eftir að samkeppni hefst aukast líkur verulega á því að sú samkeppni sé hindruð sem fyrir er á markaðinum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur í samræmi við úrlausnina í hinni kærðu ákvörðun engan vafa leika á því að framboð svonefndra vor- og netsmellna áfrýjanda Icelandair ehf. fullnægi þeim skilyrðum að vera fyrirferðamikið að magni til á hinum skilgreindu mörkuðum.

Hafa verður í huga að markaðurinn sem máli skiptir hefur verið skilgreindur sem áætlunarflug á milli tiltekinna staða en án tillits til lágfargjaldaverðs. Ekki er unnt að útiloka að unnt sé að útskýra markaðshegðun áfrýjanda Icelandair ehf. með hliðsjón af þeim heildartekjum sem hann hafði í hverju umræddu flugi eða flugleiðum miðað við

fyrirgreindan kostnað af hverju flugi eða flugleiðum. Útreikningar á þeim tekjuliðum liggja ekki fyrir í máli þessu þótt þeir hefðu getað komið að notum sem hliðsjónargagn. Sá vafi sem af þessu hlýst verður að koma áfrýjanda Icelandair ehf. í hag eftir almennum sönnunarreglum.

11

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að áfrýjandi Icelandair ehf. hafi vissum skyldum að gegna á umræddum markaði með hliðsjón af stöðu sinni á honum. Á hinn bóginn er fyrirtækinu heimilt að verja viðskiptahagsmunum sína jafnt í samkeppni sem í yfirvofandi samkeppni. Sem fyrr segir verða einungis óeðlilegar aðgerðir þess taldar fela í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Hefur þeim sjónarmiðum og viðmiðunum sem þar liggja til grundvallar verið lýst hér að framan. Jafnframt verður að hafa í huga að sönnunarbyrðin um að fyrirtæki hafi sýnt af sér ólöglega hegðun hvílir á samkeppnisyfirvöldum nema því aðeins að viðkomandi fyrirtæki leggi ekki fram þau gögn sem þau hafa yfir að ráða eða gefi ófullnægjandi skýringar.

Verður í framhaldinu fjallað sérstaklega um netsmelli (liður 12), vorsmelli (liður 13) og lækkun viðskiptafargjalda (liður 14). Að því loknu eru kröfur áfrýjanda Iceland Express ehf. teknar fyrir (liðir 15 og 16) og loks er samandregna niðurstöðu að finna í lið 17.

12

Eins og fram er komið telur áfrýjunarnefndin með þeim rökum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun að hafa megi nokkra hliðsjón af svonefndum staðfærðum kostnaði við mat á því hvaða verðlagning fargjalda geti talist eðlileg í þessu sambandi. Samkvæmt rannsókn Samkeppnisstofnunar eru tekjur á hvern farþega miðað við verðið á lægstu fargjöldum á svonefndum netsmelli mjög nálægt en þó nokkru lægri en staðfærður kostnaður miðað við hvern farþega á þeim tíma sem hér skiptir máli á leiðinni til og frá Lundúnum. Á leiðinni til og frá Kaupmannahöfn er þessi munur nokkru meiri. Í báðum tilvikum var tekið tillit til ætlaðs verðgildis vildarpunkta. Sé hins vegar ekki tekið tillit til verðgildis vildarpunkta eru tekjurnar hins vegar hærri en kostnaðurinn í fyrra tilvikinu en jafnast nokkurn veginn út í því síðara.

Umræddir netsmellir voru í þremur verðflokkum með hliðsjón af bókuardeggi þeirra. Við útreikning tekna og kostnaðar í hinni kærðu ákvörðun var einungis höfð hliðsjón af lægstu netsmellunum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur hins vegar að hafa megi hliðsjón af tekjum úr öllum þessum verðflokkum auk þess sem hún minnir á það sem sagt er í síðustu málsgrein í lið 10 um þýðingu upplýsinga um heildartekjur.

Við úrlausn þessa atriðis verður að hafa í huga að svonefndir netsmellir voru teknir upp í október 2002 löngu áður en áfrýjandi Iceland Express ehf. hóf starfsemi sína hér á landi. Að vísu virðist þá þegar hafa verið upp áform um stofnun þess félags eða innkomu annars lággjaldaflugfélags innan tíðar. Engu að síður þykir mega leggja þá skýringu áfrýjanda Icelandair ehf. til grundvallar að netsmellirnir hafi átt að vera almennt svar við þeirri samkeppni sem þá hafi verið að mörgu leyti fyrirsjáanleg af hálfu svonefndra lágfargjaldaflugfélaga með notkun internetsins og að undirbúningur þess fargjalds hafi hafist seinni part sumars 2002. Framlögð gögn styðja að svo hafi verið. Ekki þykir skipta hér máli þótt sambærileg fargjöld sem í boði voru hafi verið ákveðin hærrí á leiðum til annarra áfangastaða þar sem síður var að vænta samkeppni og voru ekki eins arðbærar. Það sem meginmáli skiptir er að þau fargjöld sem í boði voru hafi verið innan eðlilegra marka og almenn með hliðsjón af hugsanlegum keppinautum.

Áður (liður 10) hefur verið rætt um þá óvissu sem ríkir við flokkun kostnaðarliða í nothæft kerfi sem unnt er að miða við til þess að meta hvort markaðsráðandi fyrirtæki selji þjónustu sína undir svonefndum breytilegum kostnaði. Þegar tekið er tillit til þeirrar óvissu svo og þeirra óvissuþátta sem rætt er um framar í þessum lið þykir ekki unnt að fullyrða að áfrýjandi Icelandair ehf. hafi brotið gegn ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga umrætt sinn við ákvörðun um að bjóða svonefnda netsmelli á markaðnum. Þetta gildir jafnvel þótt tekið sé tillit til þess að þjónustustig hjá Icelandair ehf. er hærra en hjá áfrýjanda Iceland Express ehf. á umræddum flugleiðum.

Um vorsmellina gildir nokkru öðru máli. Áfrýjandi Iceland Express ehf. hóf að selja farmiða í þessum flokki í byrjun janúar 2003 á umræddum leiðum og var lægsta fargjald kr. 14.160 fram og til baka á leiðinni Keflavík – Lundúnir og kr. 14.460 á leiðinni Keflavík-Kaupmannahöfn. Tilboð áfrýjanda Icelandair ehf. á þessum leiðum voru á kr. 14.900 auk þess sem 4000 vildarpunktar fylgdu. Við mat á markaðshegðun áfrýjanda Icelandair ehf. með umræddu tilboði er eftirfarandi haft í huga:

- verðið var verulega lægra en fólst í lægstu netsmellunum,
- tekjur af þeim voru langt undir staðfærðum kostnaði,
- lággjaldaverð Iceland Express ehf. var í raun a.m.k. jafnað,
- magn fargjalda í boði var verulegt,
- boðið kom til eftir að áfrýjandi Iceland Express ehf. hóf starfsemi sína,
- það gildi aðeins á sömu leiðum og áfrýjandi Iceland Express ehf. notaði.

Tilboðið telst í raun ekki hafa verið háð miklum takmörkunum enda er óumdeilt í máli þessu að það var m.a. sett fram í samkeppnislegu sjónarmiði. Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun hefur áfrýjandi Icelandair ehf. ekki lagt fram nein viðhlítandi gögn, þar á meðal kostnaðarútreikninga, sem sýna undirbúning þeirra tilboða sem fólst í vorsmellunum þrátt fyrir að um það væri beðið. Verður að telja með ólíkindum að slík gögn hafi ekki verið fyrir hendi hjá félaginu.

Með hliðsjón af þeirri tekju- og kostnaðargreiningu sem fyrir liggur í málinu og áður hefur verið rædd og að teknu tilliti til eðlis þessa tilboðs þykir nægjanlega sannað að hér hafi verið um að ræða sértæka aðgerð sem, miðað við skyldur áfrýjanda Icelandair ehf., fól í sér ólöglegt undirboð á umræddum flugleiðum og var af þeim sökum í andstöðu við 11. gr. samkeppnislaga.

Eftir að áfrýjandi Iceland Express ehf. hóf áætlunarflug lækkaði áfrýjandi Icelandair ehf. verð á viðskiptafargjöldum talsvert á flugleiðunum milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og Keflavíkur og Lundúna hins vegar. Þá er og

upplýst í málinu að umrædd lækkun hafi aðeins gilt á sömu eða svipuðum brottfarartímum og ferðir Iceland Express ehf. voru farnar.

Þótt umrædd aðgerð sé þannig mjög sértæk eru þær tekjur af hverjum farmiða sem eftir standa yfir þeim staðfærða kostnaði á hvern farþega sem á fellur. Við það bætist að í gögnum málsins er ekki að finna áreiðanlega útreikninga sem sýna kostnaðarlegar forsendur fyrir ákvörðun áfrýjanda Icelandair ehf. um þessa lækkun. Slíkir útreikningar hefðu þurft að liggja fyrir. Þá hefur og heldur ekki verið sýnt fram á að tilgangurinn hafi verið beinlínis sá að bola hinum nýja samkeppnisaðila út af markaðinum.

Með hliðsjón af þessum sjónarmiðum er ekki nægjanlegur grundvöllur miðað við gögn máls þessa til að líta svo á að áfrýjandi Icelandair ehf. hafi með umræddum aðgerðum misnotað markaðsráðandi aðstöðu sína.

15

Áfrýjandi Iceland Express ehf., sem er í samkeppnisrekstri við áfrýjanda Icelandair ehf., telst hafa nægjanlega hagsmuni af því að bera undir áfrýjunarnefnd samkeppnismála synjun þess að leggja stjórnvaldssektir á í máli þessu.

Í 52. gr. samkeppnislaga er kveðið á um að samkeppnisráð leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóti gegn bannákvæðum laganna eða ákvörðunum sem teknar hafi verið samkvæmt þeim nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Við ákvörðun sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafi staðið lengi.

Ákvörðun samkeppnisráðs um að beita ekki viðurlögum í máli þessu er ekki rökstudd sérstaklega í hinni kærðu ákvörðun. Við ákvörðun þess hvort sektir skuli leggja á í máli þessu ber m.a. að líta til þess að mál þetta er hið fyrsta sinnar tegundar. Talsverð óvissa ríkir um þær viðmiðanir sem nota skal við ákvörðun þess hvort um misnotkun markaðsráðandi stöðu er að ræða í tilvikum sem þessum. Eins og á stendur er ekki nægjanleg ástæða til að beita sektum.

Sem áður segir felst það í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar að með lækkun á viðskiptafargjöldum á umræddum leiðum hafi áfrýjandi Icelandair ehf. brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga. Í ákvörðuninni er við það miðað að umræddar lækkanir hafi einungis gilt í flugi á sömu brottfarartímum og ferðir Iceland Express ehf. voru farnar. Áfrýjandi Iceland Express ehf. krefst þess að bann þetta taki til allra brottfarartíma á umræddum leiðum.

Samkvæmt því sem segir í lið 14 er ekki talinn nægjanlegur grundvöllur miðað við gögn máls þessa til að líta svo á að áfrýjandi Icelandair ehf. hafi með umræddum aðgerðum misnotað markaðsráðandi aðstöðu sína. Af þessum sökum verður fyrrgreindri kröfu áfrýjanda Iceland Express ehf. hafnað.

Samkvæmt því sem nú hefur verið rakið má staðfesta 1. málslíð 1. málsgreinar ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar. Að öðru leyti er ekki orðið við kröfum aðila máls þessa.

V

Úrskurðarorð

Með kynningu og sölu á flugfargjöldunum vörsmellum að upphæð 14.900 krónur 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 á milli Keflavíkur og Lundúna hins vegar braut Icelandair ehf. gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993.

Reykjavík 29. september 2003

Stefán Már Stefánsson

Brynhildur Benediktsdóttir

Erla S. Árnadóttir