

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 3/2006

Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi, dags. 26. apríl 2006, hefur Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006 sem tekin var 27. mars 2006. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði, með samkeppnishamlandi tilboði og gerð einkakaupasamninga, brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Var áfrýjanda jafnframt gert að greiða 80 milljónir króna í stjórnvaldssekt.

Af hálfu áfrýjanda er þess aðallega krafist að ákvörðunin verði felld úr gildi, til vara að stjórnvaldssekt sú, sem áfrýjanda var gert að greiða, verði felld niður, en til þrautavara hún verði stórlega lækkuð.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að ákvörðunin verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II.

Helstu málavextir

Samkeppnisstofnun barst 14. júní 2004 erindi frá Vallarvinum ehf. (hér á eftir nefnt Vallarvinir), sem rekur þjónustu fyrir flugafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli. Í erindinu var kvartað yfir samkeppnishamlandi verðtilboði áfrýjanda til þýska flugfélagsins LTU/International Airways (hér á eftir nefnt LTU), sem á þessum tíma var í viðskiptum við Vallarvini. Fram kom að Vallarvinir hefðu undanfarin ár veitt farþegaflugvélum þjónustu á Keflavíkurflugvelli í samkeppni við áfrýjanda. Flugvélar nokkurra erlendra flugfélaga flygju til Keflavíkurflugvallar yfir sumartímamann og myndu Vallarvinir væntanlega afgreiða yfir 200 flugvélar í farþegaflugi. Þar á meðal væru farþegavélar flugfélagsins LTU sem væri stærsti viðskiptavinur Vallarvina. Með erindinu fylgdu upplýsingar um afgreiðslugjöld sem helstu viðskiptavinir Vallarvina greiddu. Vísuðu Vallarvinir til þess að við samanburð kæmi í ljós að verðtilboð áfrýjanda til LTU væri óvenjulega lágt eða allt að 30% undir því verði sem almennt gildi fyrir sambærilega afgreiðslu á Keflavíkurflugvelli. Að auki væri tilboðið bindandi til þriggja ára. Töldu Vallarvinir sennilegt að LTU myndi flytja viðskipti sín til áfrýjanda þar sem tilboð hans væri undir kostnaðarmörkum Vallarvina og ósennilegt að nokkuð annað fyrirtæki sæi sér fært að veita áfrýjanda samkeppni.

Erindi Vallarvina var sent áfrýjanda til umsagnar. Var jafnframt óskað eftir afritum af öllum gögnum sem kynnu að varða umrætt tilboð, þ. á m. afritum af kostnaðaráætlunum, útreikningum, tölvupóstum, bréfum og öðrum gögnum sem og afritum af þjónustusamningum áfrýjanda við þau áætlunarflugfélög sem hann þjónaði á Keflavíkurflugvelli. Einnig var óskað eftir ársreikningum félagsins fyrir árin 2002 og 2003. Í umsögn áfrýjanda til samkeppnisyfivalda kom fram að hann teldi sig ekki vera í markaðsráðandi stöðu fyrir þjónustu við flugvélar á Keflavíkurflugvelli eða hafa misnotað sér markaðsráðandi stöðu, teldu samkeppnisyfivöld hana fyrir hendi.

Með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 12. maí 2005, til áfrýjanda var honum gerð grein fyrir því mati stofnunarinnar að í tilteknum samningum hans um flugafgreiðsluþjónustu væri að finna samsvarandi ákvæði um ólögmat einkakaup og samningur félagsins við LTU fæli í sér og því lýst að til álita gæti komið að leggja á stjórnvaldssektir vegna þessa.

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

Hinn 27. mars 2006 var ákvörðun tekin í málinu. Var það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með samkeppnishamlandi tilboði sínu til LTU er leiddi til sammings sem var undirritaður í júní 2004 og fæli í sér einkakaup. Þá var talið að áfrýjandi hefði brotið gegn sama ákvæði með gerð samninga við 9 önnur flugfélög sem fælu í sér einkakaup.

Ákvörðunarorð Samkeppniseftirlitsins hljóða svo:

„Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. hefur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með þeim aðgerðum sem lýst er í ákvörðun þessari.

Með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. greiða stjórnvaldssekt að upphæð kr. áttatíu milljónir (80.000.000 kr.).

Sektin skal greiðast ríkissjóði eigi síðar en þremur mánuðum eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.“

Mál þetta var flutt skriflega og munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 22. maí 2006. Vallarvinum var send kæra áfrýjanda og greinargerð Samkeppniseftirlitsins til umsagnar og barst umsögn fyrirtækisins 13. júní 2006. Á fundi, sem haldinn var 21. júní 2006, var málsaðilum gefinn kostur á að reifa munnlega helstu sjónarmið sín fyrir nefndinni.

III.

Helstu röksemdir málsaðila

Röksemdir áfrýjanda

Um ógildingarkröfu

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að Samkeppniseftirlitið hafi skort vald til þess að taka hina kærðu ákvörðun. Vísar áfrýjandi til þess að samkeppnislög nr. 44/2005, sem leyst hafi eldri samkeppnislög nr. 8/1993 af hólmi, hafi tekið gildi 1. júlí 2005. Í ákvörðunarorðum Samkeppniseftirlitsins komi fram að það byggi á hinum nýju lögum en þar segi að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. laganna og þá megi ráða af ákvörðunarorðunum að sektarákvörðunin byggist á 37. gr. laganna. Hins vegar liggi fyrir á háttsemi áfrýjanda hafi gerst í gildistíð eldri samkeppnislaga. Með lögum nr. 44/2005 hafi orðið til ný stofnun, Samkeppniseftirlitið, sem tekið hafi yfir verkswið Samkeppnisstofnunar að mestu leyti. Hvergi komi fram í lögnum að Samkeppniseftirlitið hafi heimild til þess að ákvarða í málum sem gerst hafi í gildistíð eldri samkeppnislaga. Með lögum nr. 44/2005 hafi Samkeppnisstofnun verið lögð niður. Samkeppniseftirlitið sé hins vegar ekki sama stofnun og Samkeppnisstofnun þótt fyrrnefnda stofnunin hafi tekið yfir verkswið hinnar síðarnefndu. Áfrýjandi telur að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði að styðjast við skýra lagaheimild en ekki verði séð að slík lagaheimild sé fyrir hendi í lögum nr. 8/1993. Vísar áfrýjandi til lögætisreglunnar og þess að stjórnvaldsákvörðanir megi ekki vera afturvirkar.

Áfrýjandi byggir ennfremur ógildingarkröfu sína á þeirri málsástæðu að hin kærða ákvörðun sé haldin slíkum annmörkum að fella beri hana úr gildi. Vísar áfrýjandi til þess að Samkeppniseftirlitið hafi ítrekað brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 með því að rannsaka ekki framlegð áfrýjanda af samningi hans við LTU árið 2005, gildistímaákvæði flugþjónustusamninga og hagræðingu í rekstri hans. Í því felist einnig brot á lögætisreglunni enda sé stjórnsýsluvaldi ekki beitt með málefnalegum hætti í hinni matskenndu ákvörðun eftirlitsins þegar ekki hafi verið tekið mið af þeim atriðum sem látið var hjá líða að rannsaka. Þá telur áfrýjandi það alvarlegt brot á

rannsóknarreglunni að samningur Vallarvina og LTU virðist ekki liggja fyrir í gögnum málsins. Þrátt fyrir það segi í ákvörðuninni að verð „það sem IGS bauð var um 30% lægra verð en fólst í samningi Vallarvina og LTU.“

Um markaðinn

Áfrýjandi telur skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á markaðnum of þrönga en áfrýjandi telur að hinn skilgreindi markaður nái ekki einungis til flugafgreiðslu við farþegaflug á Keflavíkurflugvelli heldur einnig fragtflugs. Vísar áfrýjandi til þess að í málinu sé fjallað um samning félagsins um flugafgreiðslu við Íslandsflug hf. frá september 2003 en félagið starfi að mestu leyti, ef ekki öllu, í fragtflugi. Þá fljúgi mörg flugfélög, t.d. [...],¹ með fragt í farþegaflugi. Ennfremur bendir áfrýjandi á að í ákvörðuninni sé ekki tekið tillit til þjónustu við flugvélar varnarliðsins, ekki einu sinni farþegaflugvéla á vegum þess.

Um markaðsstöðu

Af hálfu áfrýjanda er ekki fallist á þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að hann hafi markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir háa markaðshlutdeild hans þeim tíma sem mál þetta varðar. Hann telur sig ekki uppfylla skilyrði 4. gr. samkeppnislaga um annars vegar efnahagslegan styrkleika til að hindra virka samkeppni og hins vegar getuna til að starfa óháð öðrum aðilum á markaði.

Áfrýjandi telur gagnrýnisvert að Samkeppniseftirlitið miði útreikninga sína á markaðshlutdeild einungis við tekjur hans og Vallarvina á árunum 2003 og 2004 þrátt fyrir að ákvörðunin hafi verið tekin 27. mars 2006 og að jafnaði skuli miða við tekjur á síðasta heila almanaksári. Hefði því verið rétt að miða einnig við árið 2005. Markaðshlutdeild áfrýjanda hafi farið lækkandi árið 2005 samkvæmt útreikningum Flugmálastjórnar. Þá telur áfrýjandi að rétt hefði verið að miða við markaðshlutdeild í 3 til 5 ár þegar mat var lagt á markaðsráðandi stöðu.

Áfrýjandi fellst á að hann hafi nokkra markaðshlutdeild en telur að í hans tilfalli ætti það að hafa minni áhrif en ella við mat á stöðu hans á markaðnum. Vísar hann til þess að

¹ Trúnaðarmál.

verulegur kaupendastyrkur sé markaðnum en einnig séu þar litlar aðgangshindranir. Einkahlutafélagið Flugþjónustan á Keflavíkflugvelli hafi verið stofnað í kringum rekstur áfrýjanda árið 2001 til að starfa í því opna samkeppnisumhverfi, sem leiddi af tilskipun nr. 96/67/EC á evrópskum flugþjónustumarkaði, en hafi áður starfað í skjóli einkaleyfis. Aðstæður á hinum skilgreinda markaði séu því nokkuð sérstakar og útskýri e.t.v. háa markaðshlutdeild sem þó skipti takmörkuðu máli við mat á markaðsstöðu enda megi að mestu rekja markaðshlutdeild áfrýjanda til sögulegra skýringa.

Áfrýjandi bendir á að rekstur hans og systurfélagsins Icelandair sé aðskilinn. Viðskiptaskilmálar á milli félaganna séu með sama hætti og á milli óskyldra aðila, þ.e. áfrýjandi sé skuldbundinn til þess að veita þjónustu fyrir samkeppnishæft verð. Ekki sé unnt að fallast á þá niðurstöðu að samskipti þessara fyrirtækja hljóti að ráðast af heildarhagsmunum fyrirtækjasamstæðu FL Group hf. Ekkert mæli gegn því eða banni Icelandair að sækja þjónustu til keppinauta áfrýjanda. Fallist áfrýjunarnefnd samkeppnismála á niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins, þess efnis að Icelandair teljist ekki hafa kaupendastyrk, telur áfrýjandi að þjónusta hans við Icelandair eigi að vera undanskilin hinum skilgreinda markaði.

Um meinta misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Áfrýjandi telur nauðsynlegt að gera greinarmun á ákvæðum í samningum flugþjónustuaðila um einkakaup annars vegar og ákvæðum um gildistíma hins vegar. Samkeppniseftirlitið byggi niðurstöðu sína aðallega á því að ákvæði samninga um einkakaup brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga en áfrýjandi telur að þessi þáttur ákvörðunarinnar sé rangur. Samningarnir byggi allir á stöðluðum samningsákvæðum, þ.e. svokölluðum IATA skilmálum. Í ákvæði 3.2 í almenna hluta skilmálanna felist að flugfélagi, sem geri samning við flugafgreiðslufyrirtæki um nánar tilgreinda þjónustu samkvæmt samningnum, sé óheimilt að kaupa þá þjónustu af öðrum aðila nema í þeim tilvikum að báðir aðilar samþykki slíkt. Ástæða þess að þetta ákvæði sé í nær öllum samningum flugþjónustuaðila í heiminum sé sú að vegna eðlis flugafgreiðsluþjónustu geti aðeins einn aðili veitt þjónustuna á hverjum tíma. Framangreint ákvæði um að viðkomandi flugfélag skuli eingöngu kaupa flugafgreiðsluþjónustu af viðkomandi

flugafgreiðsluaðila á samningstímanum sé því rökbundin nauðsyn þar sem kröfur flugfélaga um þjónustustig, gæði þjónustu og öryggiskröfur kalli á að aðeins sé einn þjónustuaðili. Áfrýjandi telur þetta atriði mikilvægt vegna þess að gera verði greinarmun á framangreindu ákvæði um einkakaup annars vegar og hins vegar ákvæði í samningum flugþjónustuaðila um gildistíma. Ákvæði 3.2 í almenna hluta IATA skilmálanna hafi verið óbreytt frá a.m.k. árinu 1988 og sé að finna í nánast öllum samningum um flugafgreiðslu í heiminum. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins felist í raun og veru sú niðurstaða að ákvæðið fari gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. laga um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993.

Áfrýjandi telur það skipta öllu máli hversu langur gildistími samninga um flugþjónustu sé enda geti ákvæði 3.2 í almenna hluta IATA skilmálanna ekki falið í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Flugfélög leggi mikla áherslu á að samningar séu gerðir til langs tíma enda séu flugáætlanir þeirra tíðast settar upp til lengri tíma. Í rekstri flugfélaga sé grundvallaratriði að fækka óvissuþáttum, einkum varðandi kostnað, svo félögin geti metið hagkvæmni einstakra flugleiða til framtíðar. Verulegur vafi ríki um hver gildistími flugafgreiðslusamninga við markaðsráðandi fyrirtæki megi vera án þess að brotið sé gegn samkeppnislögum. Gildistími samninga um flugafgreiðslu sé almennt mun lengri heldur en þeir 60 dagar sem tilgreindir séu í almenna hluta IATA skilmálanna. Áfrýjanda sé kunnugt um samninga með gildistíma frá 60 dögum til 10 ára. Áfrýjandi geti ekki fallist á þá niðurstöðu að ekki skipti máli hvort gerðir hafa verið samningar erlendis, sem hafa jafnlangan eða lengri gildistíma en þeir sem mál þetta taki til, enda sé nauðsynlegt að varpa ljósi á gildistíma flugafgreiðslusamninga, þ.e. hvenær gildistími þeirra við markaðsráðandi fyrirtæki brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Umfjöllun Samkeppniseftirlitsins beri þess ekki merki að þetta hafi verið rannsakað eða skoðað enda komi það ekki fram í ákvörðuninni né öðrum málskjöllum.

Áfrýjandi telur að gildistími þeirra 10 samninga sem Samkeppniseftirlitið vísi til, sem og aðrir flugafgreiðslusamningar, hafi afar takmarkað skuldbindingargildi. Meginástæða fyrir lengri gildistíma sé að flugfélög vilji tryggja sig fyrir verðhækkunum í ákveðinn

tíma. Þjóðist þeim betra verð hiki þau ekki við að skipta um þjónustuaðila og geti áfrýjandi, rétt eins og önnur flugafgreiðslufyrirtæki, lítið við því gert.

Áfrýjandi bendir á að í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins sé eingöngu fjallað um rekstur hans á árinu 2004 en ekki hafi verið rannsakað né lítið til reksturs fyrir árið 2005 þrátt fyrir að hin kærða ákvörðun sé tekin í lok marsmánaðar 2006. Þetta sé gagnrýnisvert í ljósi þess að niðurstaða eftirlitsins byggi að verulegu leyti á meintri framlegð áfrýjanda af samningi hans við LTU vegna 13 afgreiðslna á flugþjónustu en um afmarkað tímabil hafi verið að ræða. Í ákvörðuninni sé því ranglega haldið fram að um [...]² þúsund kr. tap hafi verið á samningi hans við LTU á árinu 2004.

Áfrýjandi áréttar tvennt sem hann hafi tekið fram í umsögn sinni þann 28. september 2004 til samkeppnisyfirvalda;

- a) Að verð samkvæmt samningi áfrýjanda við LTU sé [...]³
- b) Að verð LTU [...]⁴

Þessu sé ekki mótmælt af Samkeppniseftirlitinu og því sé ekki haldið fram af þess hálfu að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með sértækri verðlækkun eða með skaðlegri undirverðlagningu. Þess í stað komist eftirlitið að þeirri niðurstöðu að tilboð til LTU hafi falið í sér „sértæka aðgerð“ sem hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Því gæti nokkurrar óvissu um hvernig áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga enda fáist ekki séð að hann geti brotið gegn umræddri lagagrein með því einu að bjóða viðskiptavinum keppinauta hans þjónustu. Þó megi ráða af ákvörðuninni að Samkeppniseftirlitið saki áfrýjanda um að tilboð hans til LTU hafi verið „eðlilega lágt“, þ.e. að um skaðlega undirverðlagningu sé að ræða án þess að skilyrðum hennar samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga sé fullnægt.

Áfrýjandi telur að tilboð hans til LTU hafi haft eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Hann hafði verið einn á markaði um langan tíma þegar samkeppni hafi verið gefin frjáls

² Trúnaðarmál.

³ Trúnaðarmál.

⁴ Trúnaðarmál.

og a.m.k. tveir nýir aðilar hafi komið inn á markaðinn þegar flugafgreiðsla hafi verið gefin að fullu frjálts 1. janúar 2001, þ.e. Vallarvinir og Suðurflug. Rekstur þessara aðila hafi verið hagkvæmari en rekstur áfrýjanda og því hafi þeir getað boðið lægra verð en hann og haft betur í samkeppni um viðskiptavinum. Í samræmi við eðlilega samkeppni hafi áfrýjandi gripið til endurskipulagningar og kostnaðarhagræðingar til að lækka verð og mæta þessari samkeppni. Endurskipulagning á rekstri áfrýjanda hafi staðið yfir í 2 til 3 ár og loks árið 2004 hafi rekstrarkostnaður hans lækkað það mikið að hann hafi talið sig geta boðið jafngóð eða betri kjör en samkeppnisaðilar.

Áfrýjandi telur notkun Samkeppniseftirlitsins á þeim framlegðarútreikningum sem hann studdist við í útreikningum með umsögn sinni til Samkeppnisstofnunar, dags. 2. júlí 2004, ómálefnalega og leiða til rangra niðurstaðna. Þessar tölur hafi verið framlegð eða álagning sem áfrýjandi hafi gefið sér í þeirri viðleitni að verða við upplýsingabeitni samkeppnisyfirvalda og reikna út kostnað við þjónustu í samræmi við þá beiðni. Í umsögn áfrýjanda frá 9. september 2005 komi fram að þegar afkoma heildarinnar hafi verið skoðuð hafi komið ljós að framlegðin hafi verið ofátluð. Þeir útreikningar, sem áfrýjandi leggi til grundvallar ákvörðun afgangsluverðs, séu mun óformlegri. Ómögulegt sé að áætla með fullri vissu hver raunkostnaður sé við afgangslu hvernar flugvélar í farþegaflugi.

Áfrýjandi bendir á að rekstraráætlun félagsins fyrir árið 2004 hafi verið gerð í nóvember 2003. Ljóst sé að ófyrirséðar breytingar hafi orðið á rekstri félagsins á árinu 2004, t.d. [...] ⁵. Þá hafi Samkeppniseftirlitið verið upplýst um að það hafi fyrst verið á árinu 2004 sem rekstrarkostnaður hans hafði lækkað það mikið að hann gat [...] ⁶ m.a. í kjölfar [...] ⁷. Ljóst sé að áætlanir áfrýjanda hafi gert ráð fyrir hagnaði árið 2004 og að þær áætlanir hafi ekki gengið eftir. Ekki fáist skilið hvers vegna Samkeppniseftirlitið telji þörf á að reikna þessi atriði sérstaklega út enda hvíli engin lagaskylda á fyrirtækjum, jafnvel þó þau séu markaðsráðandi, að skila hagnaði í samræmi við rekstraráætlanir.

⁵ Trúnaðarmál.

⁶ Trúnaðarmál.

⁷ Trúnaðarmál.

Áfrýjandi bendir á að tap það sem Samkeppniseftirlitið telji að hafi orðið á afgreiðslu við LTU á árinu 2004 sé svokallað reiknað tap. Tapið sé væntanlega reiknað út frá töflu sem sé að finna í fylgiskjali með bréfi áfrýjanda til eftirlitsins, dags. 5. júlí 2005. Í skjalinu komi fram að um framlegðarútreikninga m.v. meðalálagningu 2004 sé að ræða enda sé illmögulegt að áætla kostnað á hvert flug og hverja tegund flugs. Af töflunni megi ráða að kostnaðinum sé skipt jafnt niður á tegund fluga, þ.e. sömu hlutföll séu milli kostnaðar og tekna. Áfrýjandi heldur því fram að hagnaður hafi verið af samningi hans við LTU og vísar til þess að hið reiknaða tap miðist við meðalálagningu. Af þeim sökum hafi áfrýjandi ekki orðið fyrir tapi af samningi sínum við LTU á árinu 2004. LTU fljúgi einungis um sumartíma, sem sé háannatími, en auk þess sé þjónustustig lægra en hjá mörgum öðrum félögum. Á háannatíma eigi áfrýjandi auðveldara með að hagræða í rekstri sínum enda séu fleiri flugferðir á sumrin en auk þess sé lægri hlutfallslegur launakostnaður vegna sumarstarfsmanna og þá dreifist fastakostnaður á fleiri einingar. Þó miðað sé við hið reiknaða tap þá sé um lágmarkstap að ræða, ef tap megi kalla, enda hljóti upphæðin að falla innan skekkjumarka.

Um sektarákvörðun

Áfrýjandi telur að sektarákvörðunina hefði átt að miða við 10% af „veltu síðasta almanaksárs“ eins og kveðið sé á um samkeppnislögum en ekki við veltu áfrýjanda vegna afgreiðslu farþegaflugs á árinu 2004. Hafi Samkeppniseftirlitið ekki óskað eftir veltutölu fyrir árið 2005.

Áfrýjandi telur að meintar samkeppnishömlur hafi ekki haft þau áhrif sem haldið sé fram í hinni kærðu ákvörðun. Ekki fáist séð hvernig samkeppni í flugafgreiðslu geti haft áhrif á samkeppni á flug til og frá landinu, eins og haldið sé fram, enda sé kostnaður við flugafgreiðslu óverulegur hluti af heildarkostnaði við millilandaflug og engin dæmi þess að flugafgreiðsla hafi ráðið því hvort flugfélög hefji áætlunarflug til landsins.

Hvað varðar gildistíma samninga, sem byggja á IATA skilmálunum, hafi áfrýjandi fært fyrir því rök að mikil óvissa ríki um hver sé hæfilegur gildistími slíkra samninga. Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað þetta atriði. Vegna þessa óski áfrýjandi þess að

sektir verði annaðhvort felldar niður eða stórlega lækkaðar telji áfrýjunarnefnd samkeppnismála að gildistími samninganna brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þá sé röng sú fullyrðing Samkeppniseftirlitsins að samningarnir hafi komið „að verulegu leyti til framkvæmda.“ Einn samningur af þeim tíu, sem ákvörðunin taki til, falli ekki undir skilgreiningu markaðarins eins og Samkeppniseftirlitið skilgreindi hann og aðrir sex samningar séu minniháttar og hafi lítilla eða ekkert komið til framkvæmda. Ennfremur hafi samningum við viðskiptamenn verið breytt í þá veru að samningstími hafi verið stytur.

Áfrýjandi ítrekar að Samkeppniseftirlitið hafi hvorki litið til né rannsakað hvort hann hafi hagnast af samningi sínum við LTU á árinu 2005 þrátt fyrir að ákvörðunin sé tekin í lok marsmánaðar 2006. Þá beri að líta til þess að staðfesti áfrýjunarnefndin túlkun Samkeppniseftirlitsins á 11. gr. samkeppnislaga og að með samningi við LTU hafi það ákvæði verið brotið sé þar um að ræða nýja reglu og beri því að fella niður sektir hvað þetta atriði varðar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 og jafnræðisreglu 11. gr. stjórnslulaga.

Áfrýjandi mótmælir því að heimilt sé að beita leiðbeiningarreglum Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikninga á sektum sem lagðar séu á á grundvelli íslenskra laga enda feli ákvörðun um sektir í sér íþyngjandi stjórnsluákvörðun sem aðeins verði byggð á skýrum ákvæðum laga er ekki verði skýrð rúmt.

Að lokum mótmælir áfrýjandi fullyrðingum um að tilboð hans til LTU hafi falið í sér beinskeytta atlögu eða árásarhegðun og telur að þarna fjalli Samkeppniseftirlitið um málið af hlutdrægni og með ómálefnalegu viðhorfi.

Sjónarmið Samkeppniseftirlitsins

Um heimild Samkeppniseftirlitsins til að leggja stjórnvaldssekt á áfrýjanda

Hvað varðar fullyrðingar áfrýjanda þess efnis að heimild Samkeppniseftirlitsins samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki nái ekki til atvika sem áttu sér stað fyrir gildistöku laganna, þ.e. til atvika sem áttu sér stað í gildistíð samkeppnislaga nr. 8/1993, vísar Samkeppniseftirlitið til þess að samkvæmt 1. mgr. 5. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 annist Samkeppniseftirlitið eftirlit samkvæmt lögunum og daglega stjórnslu á því sviði sem þau nái til. Ef frá séu taldar þær breytingar, sem leiði beinlínis af því að verkefni samkeppnisráðs hafi verið færð til Samkeppniseftirlitsins, séu ákvæði IV. kafla (10. – 15. gr.) laganna, sem fjalla um bann við samkeppnishömlum, samhljóða ákvæðum IV. kafla (10. – 16. gr.) eldri samkeppnislaga. Samkvæmt 11. gr. beggja laga sé fyrirtæki bannað að misnota markaðsráðandi stöðu sína. Háttsemin, sem um ræðir, hafi því verið bönnuð hvort tveggja í gildistíð eldri og yngri samkeppnislaga.

Samkvæmt 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 leggi Samkeppniseftirlitið stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóti gegn bannákvæðum laganna. Niðurstaða Samkeppniseftirlitisins hafi verið sú að áfrýjandi hafi brotið gegn bannákvæði 11. gr. laganna. Á það sé því ekki unnt að fallast að stofnunina hafi skort heimild til að leggja sektir á hann. Þá sé ekki unnt að fallast á að lögunum hafi verið beitt með afturvirkum hætti. Hafi ný refsilöggjöf, þar á meðal sérrefsilöggjöf, tekið gildi eftir að verknaður á sér stað fari bæði um refsinaemi verknaðarins og refsingu samkvæmt hinum nýrri lögum, sbr. 1. mgr. 2. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Verði önnur regla ekki lögð til grundvallar þegar um stjórnsluviðurlög sé að ræða.

Um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda

Vegna athugasemda áfrýjanda þess efnis að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn 10. gr. stjórnslulaga með því að láta að hjá líða að rannsaka framlegð félagsins af samningi þess við LTU árið 2005, gildistímaákvæði flugþjónustusamninga og hagræðingu í rekstri félagsins, vísar eftirlitið til þess að aflað hafi verið gagna um alla þætti málsins frá áfrýjanda sjálfum og keppnauti hans, þar á meðal um rekstur hans, tilboð hans til LTU og flugþjónustusamninga. Þegar betur sé að gáð beinist athugasemdir áfrýjanda að þeim niðurstöðum, þ.e. þeim ályktunum sem Samkeppniseftirlitið hafi dregið af þessum

gögnum en ekki að því að stofnunin hafi látið hjá líða að afla einhverra nánar tiltekinnna gagna. Ekki felist í rannsóknarreglunni að stjórnvald þurfi sjálf að afla allra upplýsinga enda geri lögin ráð fyrir því að aðili máls eigi þess kost að tjá sig um efni máls, meðal annars með því að leggja fram gögn áður en ákvörðun er tekin. Áfrýjanda hafi ítrekað verið gefið færi á að tjá sig um efni málsins og leggja fram gögn.

Hvað varðar þá athugasemd áfrýjanda, að samningur Vallarvina við LTU sé ekki meðal gagna málsins, bendir Samkeppniseftirlitið á að upplýsingar um verð í samningi milli Vallarvina og LTU hafi komið fram í erindi félagsins til Samkeppnisstofnunar, dags. 14. júní 2004. Sé ákvörðunin byggð á þessum upplýsingum sem hafi ekki verið vefngar af aðilum málsins.

Um skilgreiningu á markaðnum

Hvað varðar málsástæðu áfrýjanda, þess efnis að markaðurinn eigi að ná til flugafgreiðslu, vegna hvort tveggja farþegaflugs og fragtflugs, bendir Samkeppniseftirlitið á að efni þeirra samninga, sem áfrýjandi hafi gert, ráði ekki úrslitum um skilgreiningu markaðarins. Samningur hans við Íslandsflug hf. taki bæði til farþegaflugs og fragtflugs. Það breyti því hins vegar ekki að um tvo ólíka markaði sé að ræða. Sé hefðbundið að líta til atriða af þessum toga þegar markaður er skilgreindur. Þá væri áfrýjandi eftir sem áður í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að markaðurinn væri skilgreindur sem öll flugafgreiðsla, þ.e. hvort tveggja vegna farþegaflugs og fragtflugs. Hvað varðar þá málsástæðu að í ákvörðuninni sé ekki tekið tillit til flugafgreiðslu við vélar varnarliðsins, en engu að síður sé tekið tillit til tekna áfrýjanda af flugafgreiðslu við flugvélar erlendra herja, telur Samkeppniseftirlitið að ekki sé ljóst hvað áfrýjandi eigi við í þessu sambandi. Allt að einu breyti athugasemdin því ekki að markaðurinn, sem um ræðir, sé flugafgreiðsla vegna farþegaflugs á Keflavíkurlugvelli.

Hvað varðar einstaka yfirburðastöðu áfrýjanda á markaðnum vísar Samkeppniseftirlitið til rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun, þ.e. hárrar markaðshlutdeildar, fjárhagslegs styrkleika, öflugssysturfélags á tengdum markaði o.fl.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það sjónarmið áfrýjanda að leggja hefði átt til grundvallar tekjur hans á síðasta heila almanaksári, þ.e. 2005. Samningar þeir, sem um ræðir í málinu, hafi fyrst og fremst verið gerðir á árunum 2002 til 2004. Vegna þessa hafi athugun samkeppnisyfirvalda beinst að því hvort áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á umræddum tíma. Áfrýjandi hafi heldur ekki lagt fram gögn sem bendi til þess að markaðshlutdeild félagsins hafi breyst í grundvallaratriðum á árinu 2005.

Hvað varðar sjónarmið um að áfrýjandi hafi einn annast flugafgreiðslu fram til ársins 2001, í skjóli einkaréttar, bendir Samkeppniseftirlitið á að áður en einkarétturinn féll niður hafi áfrýjandi getað byggt upp og skipulagt starfsemi sína og með því lagt grunn að einstakri yfirburðastöðu sinni. Í málinu liggi fyrir að markaðshlutdeild áfrýjanda hafi haldist yfir 90% þrátt fyrir að einkaréttur hans hafi fallið niður. Nægi það eitt og sér til að draga þá ályktun að kærandi sé í markaðsráðandi stöðu.

Samkeppniseftirlitið telur að engin rök séu til þess að líta svo á að viðskipti áfrýjanda og Icelandair falli utan markaðarins enda myndi það beinlínis gefa ranga mynd af honum. Enginn vafi sé á því að viðskiptin veiti áfrýjanda mikinn styrk þrátt fyrir að félögin séu ekki sjálfstæð í skilningi samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í málum um misnotkun á markaðsráðandi stöðu ráðist mat á möguleikum nýrra keppnauta vegna aðgangshindrana af ríkjandi aðstæðum er hið ætlaða brot átti sér stað. Ekkert hafi komið fram sem hnekki þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi verið í einstakri yfirburðastöðu á því tímabili sem um ræðir. Það sé til vitnis um sterka stöðu áfrýjanda að honum hafi tekist að halda yfir 90% markaðshlutdeild frá árinu 2001. Ef staðhæfingar hans um takmarkaðar aðgangshindranir stæðust hefði það sýnt sig í því að dregið hefði verulega úr markaðshlutdeild félagsins. Þá lúti álitafnið ekki að því hvort nýr aðili geti hafið starfsemi á markaðnum heldur hvort líklegt sé að slíkur aðili verði verðugur keppinatur.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkvæmt upplýsingum, sem liggi fyrir í málinu frá Suðurflugum ehf., hafi félagið ekki starfað á hinum skilgreinda markaði á þeim tíma sem

málið varðar. Hvað sem því líði ráði þetta atriði ekki úrslitum, áfrýjandi hafi verið í yfirburðastöðu þrátt fyrir að samanlagðar tekjur Vallarvina ehf. og Suðurflugs ehf. hefðu verið lagðar til grundvallar.

Um misnotkun áfrýjanda á markaðsráðandi stöðu sinni

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun hafi áfrýjandi verið talinn hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína með gerð einkakaupasamninga við 10 nánar tiltekin flugfélög. Sé þetta rökstutt ítarlega í ákvörðuninni. Í málinu sé ágreiningslaust að samningsákvæðin feli í sér einkakaup í skilningi samkeppnisréttarins. Fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu sé óheimilt að semja svo að samningsaðili þess (kaupandi) megi aðeins snúa sér til þess til að kaupa þá þjónustu eða þær vörur viðkomandi tegundar, eða stærstan hluta hennar, sem hann þarfnist. Dómstóll EB hafi slegið þessari reglu fastri í svonefndu *Hoffmann La-Roche* máli en henni hafi einnig verið beitt í íslenskum samkeppnisrétti. Eftir því sem gildistími slíkra samninga sé lengri þeim mun meiri samkeppnishömlur felist í þeim.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að sjónarmið áfrýjanda þess efnis að horfa beri til þess skuldbindingargildi samninga hans sé í raun ekkert þrátt fyrir ákvæði um gildist. Vísar eftirlitið til þess að ólögmæti einkakaupsamnings markaðsráðandi fyrirtækis sé ekki háð því að samningurinn gildi að lágmarki til ákveðins tíma. Þaðan af síður ráði úrslitum hvort viðskiptavinur geti auðveldlega sagt upp samningnum. Ekki fáist séð að þörf sé á skuldbindingu um einkakaup til að tryggja þjónustu og öryggi. Flugfélag geti samið um þjónustu og verð án þess að skuldbinda sig einnig til að skipta ekki við keppnauta hins markaðsráðandi fyrirtækis. Samkeppniseftirlitið bendir á að misræmis gæti í málflutningi áfrýjanda. Hann haldi því fram að einkakaupasamningarnir hafi ekkert skuldbindingargildi en samt sem áður hafi hann þörf fyrir slíka samninga þar sem þeir gefi færi á að sjá fram í tímann og leiði til hagræðingar í rekstri.

Vegna sjónarmiða áfrýjanda um IATA skilmálana og erlenda flugafgreiðslusamninga áréttar Samkeppniseftirlitið að mál þetta snúist um þá tíu samninga sem tilgreindir séu í hinni kærðu ákvörðun. Aðrir samningar áfrýjanda komi ekki til skoðunar. Ekki sé rétt

með farið hjá áfrýjanda að Samkeppniseftirlitið hafi sérstaklega lýst því yfir að ákvæði 3.2 í IATA skilmálunum sé ólöglegt. Horfa verði til þess að í samningum þeim, sem mál þetta taki til, hafi áfrýjandi vikið frá hinum almennu ákvæðum IATA skilmálanna og samið um viðskipti til mun lengri tíma en gert sé ráð fyrir í þeim.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda um að ákvörðunin sé haldin verulegum annmarka, þar sem Samkeppniseftirlitið hafi ekki fjallað um rekstur hans á árinu 2005, vísar eftirlitið til þess að umrætt tilboð til LTU hafi verið gert á árinu 2004. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins sé reist á því að áfrýjandi hafi þá verið í markaðsráðandi stöðu og að tilboðið hafi falið í sér misnotkun á þeirri stöðu, sbr. 11. gr. samkeppnislaga. Upplýsingar um rekstur áfrýjanda á árinu 2005 hafi því ekki þýðingu og því ástæðulaust að taka þær til sérstakrar athugunar. Telji áfrýjandi að upplýsingar úr rekstri hans á árinu 2005 hafi þýðingu fyrir úrlausn málsins geti hann lagt þær fram.

Samkeppniseftirlitið bendir á að þær aðgerðir, sem taldar séu upp í 11. gr. samkeppnislaga, séu ekki tæmandi. Misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu geti falist í hvers konar aðgerðum sem teljast ekki til eðlilegrar samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins og séu til þess fallnar að raska þeirri takmörkuðu samkeppni sem ríki á viðkomandi markaði eða stöðva vöxt hennar. Af þessu leiði að markaðsráðandi fyrirtæki megi ekki grípa til neinna aðgerða sem veikt geti keppinauta þess og þar með styrkt markaðsráðandi stöðu sína nema þær aðgerðir helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins. Þá hvíli rík skylda á markaðsráðandi fyrirtækjum að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geti með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum. Inntak þessarar skyldu ráðist af atvikum hverju sinni. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sé lagt til grundvallar að tilboð áfrýjanda til LTU hafi falið í sér ólögmeta, sértæka verðlækkun (e. selective pricing). Hafi það byggst á því að hann hafi gert LTU, helsta viðskiptavini Vallarvina, tilboð um að ganga til viðskipta við sig og hafi tilboðið verið mjög lágt. Ekki hafi verið um það að ræða að það verð, sem tilboðið miðaðist við, væri almennt boðið viðskiptavinum áfrýjanda. Þvert á móti hafi þetta verið aðgerð sem beindist sérstaklega gegn þessum mikilvæga

viðskiptavini Vallarvina. Tilboðið verði ekki skýrt með eðlilegum kostnaðarforsendum og því ekki sem samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins.

Samkeppniseftirlitið tekur fram að áfrýjanda stóði ekki að benda á samning sinn við Iceland Express sökum þess að það félag hafi áður óskað eftir og fengið tilboð frá Vallarvinum. Sú lækking hafi átt sér stað í ársbyrjun 2004 en tilboðið til LTU hafi verið gert í maí 2004. Verðlækkunin til Iceland Express hafi þess vegna ekki verið almenn heldur viðbrögð við tilboði frá Vallarvinum. Þá stóði áfrýjanda heldur ekki að benda á samning sinn við Icelandair enda um að ræða systurfélög auk þess sem sú verðlækkun hafi ekki verið almenn.

Samkeppniseftirlitið bendir á sá skilningur áfrýjanda að brot gegn 11. gr. samkeppnislaga geti aðeins falist í skaðlegri undirverðlagningu í þrengri skilningi sé ekki réttur og vísar til hinnar kærðu ákvörðunar varðandi umfjöllun um það atriði. Sérstaklega vísar eftirlitið til þess að í tilgreindum dómum dómstóla EB komi skýrt fram að markaðsráðandi fyrirtæki geti misnotað stöðu sína með því að grípa til sértækrar verðlækkunar eða tilboða sem beint sé gegn viðskiptavinum smærri keppnauta og séu til þess fallin raska samkeppni. Þetta sé sérstaklega skýrt þegar ráðandi fyrirtæki snúi sér til viðskiptavina keppnautar síns með boð um lægra verð en hinir smærri keppnautar bjóði.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi mótmæli því í kæru sinni að eftirlitið meti framlegð félagsins af samningnum með hliðsjón af framlegðarútreikningum sem hann sendi til Samkeppnisstofnunar með umsögn sinni 2. júlí 2004. Vísar áfrýjandi til þess að notkun á umræddum gögnum sé ómálefnaleg og leiði til rangrar niðurstöðu en þessar tölur hafi verið „framlegð eða álagning sem hann gaf sér í þeirri viðleitni að verða við upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins og reikna út kostnað við þjónustu í samræmi við þá beiðni.“ Samkeppniseftirlitið telur að í þessari staðhæfingu áfrýjanda felist staðfesting á því að til grundvallar tilboði hans til LTU hafi ekki legið rekstrarlegar forsendur. Verði því ekki dregin önnur ályktun en að markmiðið með tilboðinu hafi aðeins verið að ná LTU úr viðskiptum við Vallarvini.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda þess efnis að það sé brot á rannsóknarreglu stjórnsýslulaga að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað framlegð hans á hinum skilgreinda markaði á árinu 2005 af samningi hans við LTU, heldur aðeins horft til ársins 2004, bendir Samkeppniseftirlitið á að brot áfrýjanda hafi átt sér stað á fyrri hluta ársins 2004, þ.e. með tilboði og undirritun samnings við LTU. Af þeirri ástæðu sé eðlilegt að mat á rekstrarlegum forsendum fyrir tilboðinu og afkomu af samningnum grundvallist á rekstraraðstæðum við gerð hans. Auk þess hafi árið 2004 verið síðasta heila rekstrarárið áður en gagnöflun í málinu lauk. Þá hafi andmælaskjal í málinu verið sent áfrýjanda til athugasemda í desember 2005 og hann skilaði athugasemdum í janúar 2006. Í athugasemdum hans við andmælaskjalið sé hvergi vikið að nauðsyn þess að horfa beri til reksturs hans á árinu 2005 við töku ákvörðunar. Þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að áfrýjandi hafi áralanga reynslu af afgreiðslu farþegaflugvéla af ýmsum tegundum og stærðum og hafi því ekki þörf á aðlögunartíma til þess að ná fram eðlilegri virkni og afköstum eins og gera mætti ráð fyrir ef um óreyndan þjónustuaðila væri að ræða. Samkeppniseftirlitið hafnar því að þörf hafi verið á því í máli þessu að horfa til afkomu áfrýjanda af samningnum við LTU á árinu 2005.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að framlegðarútreikningarnir, ásamt áætluðum fjölda afgreiðslna, gefi til kynna að hagnaður af samningnum við LTU hafi verið um [...] ⁸ kr. fyrir skatta á árinu 2004, en raunveruleg afkoma um [...] ⁹ kr. í tap. Eina forsendan sem Samkeppniseftirlitið gefi sér sé að nýtt afgreiðsluverð í áætlunarflugi hafi gilt allt árið. Það hafi ekki verið svo heldur hafi verið lækkað í febrúar og apríl til tveggja stærstu viðskiptavinanna sem þýði að áætluð afkoma í útreikningum Samkeppniseftirlitsins sé frekar vanmetin. Þetta sýni óumdeilanlega að ákvörðun um verð í tilboði til LTU hafi ekki verið reist á eðlilegum rekstrarlegum forsendum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ekki sé trúverðugt að áfrýjandi, sem hafi mikla reynslu af afgreiðslu farþegaflugs, telji ómögulegt að áætla kostnað við afgreiðsluna með nákvæmum hætti. Ekki sé um það að ræða að áætla þurfi kostnað við hverja flugvél í farþegaflugi heldur sé miðað við afgreiðslu hvernar flugvélategundar að teknu tilliti til

⁸ Trúnaðarmál.

⁹ Trúnaðarmál.

farþega fjölda og þjónustustigs. Sé því um að ræða áætlað meðalafgreiðsluverð hvernar flugvélategundar.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að rekstraráætlun áfrýjanda sé ómarktæk vegna breytinga sem átt hafi stað eftir gerð hennar sem að stærstum hluta og nánast eingöngu séu vegna aðgerða hans sjálfs. Háttsemi áfrýjanda bendi ótvírætt til þess að breytt verðlagningarstefna hafi ekki byggst á ígrunduðum og eðlilegum rekstrarlegum forsendum enda séu afleiðingarnar ljósar. Ástæða þess að rekstraráætlunin stóðst ekki hafi verið aðgerðir áfrýjanda sjálfs sem hafi verið til þess fallnar að raska samkeppni á markaðnum og gera samkeppnisaðila erfitt fyrir.

Samkeppniseftirlitið áréttar að umrætt tap af samningi áfrýjanda við LTU á árinu 2004 komi fram í gögnum frá áfrýjanda, sem hann í raun viðurkenni, en sé ekki reiknað út af eftirlitinu. Í umræddum rekstri áfrýjanda, sem sé farþegaflugsafgreiðsla, geti eðli málsins samkvæmt aldrei verið um annað að ræða en reiknaða afkomu af veittri þjónustu. Í þeim tilvikum, þar sem hver afgreiðsla sé ekki gerð upp sérstaklega í rekstrar- og fjárhagsbókhalda áfrýjanda, sé eðlilegt að notast sé við meðalálagningu þegar afkoma af þjónustu við einstaka viðskiptavini er reiknuð og gerð upp. Þessi aðferð áfrýjanda við uppgjör á samningunum við LTU á árinu 2004 leiði til niðurstöðu sem sé um [...] ¹⁰ kr. tap. Þetta segir áfrýjandi að sé „lágmarkstap“ og hljóti að falla „innan skekkjumarka“. Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það sjónarmið og telur að skoða verði þessa niðurstöðu í víðara samhengi.

Samkeppniseftirlitið telur ekki ástæðu til þess að taka afstöðu til staðhæfinga áfrýjanda þess efnis að hann hafi hagrætt í sínum rekstri undanfarin ár og allt til ársins 2004. Það sem liggja fyrir sé að áfrýjandi hafi gert tilboð í afgreiðslu farþegaflugs hjá LTU á öðrum ársfjórðungi 2004. Málflutningur áfrýjanda verði ekki skilinn á annan hátt en þann en að á þeim tíma hafi hagræðingu verið þannig komið að hann gæti með arðbærum hætti boðið lægra afgreiðsluverð. Tilboðið til LTU hafi gert ráð fyrir hagnaði en niðurstaðan á árinu

¹⁰ Trúnaðarmál.

2004 hafi verið tap. Því fái með engu móti staðist að hagræðing í rekstri hafi réttlætt verðlagninguna í tilboðinu.

Viðurlög

Samkeppniseftirlitið vísar til hinnar kærðu ákvörðunar um viðurlög í tilefni af broti áfrýjanda, þ.á m. um lagagrundvöll sektarinnar, eðli og umfang brotsins auk atriða sem hafa áhrif til lækkunar eða hækkunar á fjárhæð sektarinnar. Við mat á áhrifum samkeppnislaga brots sé litið til þess annars vegar hvort brotið hafi verið framkvæmt og hins vegar hvort framkvæmdin hafi haft bein áhrif á markaðinn. Það sé engum vafa undirorpið að samningarnir, sem um ræðir í málinu, hafi verið framkvæmdir í framangreindum skilningi. Þeir hafi verið undirritaðir og gilt í viðskiptum áfrýjanda við viðkomandi flugfélög. Þá verði ekki horft fram hjá því að um hafi verið að ræða samninga við mikilvægustu viðskiptavinina á markaðnum sem ekki séu í eignatengslum við áfrýjanda, þar á meðal Iceland Express og LTU. Ennfremur hafi aðgerðir áfrýjanda haft þau áhrif að Vallarvinir misstu LTU úr viðskiptum og markaðshluteildin var að verulegu leyti bundin á markaðnum. Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur það enga þýðingu við ákvörðun sektarinnar þótt umfang viðskipta hafi ekki verið mikið í sumum tilvikum. Vegna þess hve bundin markaðshluteild sé stórt hlutfall af markaðnum hafi svigrúm til samkeppni verið verulega takmarkað.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda um að meintar samkeppnishömlur hafi ekki þau áhrif, sem haldið sé fram í ákvörðuninni þar eð kostnaður við flugafgreiðslu sé óverulegur hluti af heildarkostnaði við millilandaflug, bendir Samkeppniseftirlitið á að afgreiðsluverð skipti miklu máli því það sé í raun eini kostnaðarliðurinn sem sé umsemjanlegur milli flugfélaga og þjónustuaðila. Aðrir þættir, svo sem flugvallaskattur, landingargjöld, öryggisgjöld o.fl., séu ekki umsemjanlegir.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda þess efnis að við ákvörðun fjárhæðar sektarinnar hafi Samkeppniseftirlitinu borið að miða við veltu hans árið 2005, en af rökstuðningi ákvörðunarinnar verði hins vegar ráðið að miðað sé við veltu áfrýjanda árið 2004, bendir Samkeppniseftirlitið á að 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 felist aðeins

formlegt hámark, þ.e. að sekt megi ekki vera hærri en sem nemi 10% af veltu síðasta almanaksárs. Á hinn bóginn feli ákvæðið ekki í sér að sekt beri að miða við veltu á síðasta almanaksári.

Samkeppniseftirlitið bendir á að hugtakið „velta fyrirtækis“ í 37. gr. samkeppnislaga skírskoti ekki til veltu á hinum skilgreinda markaði þar sem brotið eigi sér stað heldur heildarveltu viðkomandi fyrirtækis. Sektarfjárhæð geti þar af leiðandi hæglega numið hærri fjárhæð en veltu á þeim markaði þar sem brotið á sér stað svo fremi að sektin sé lægri en 10% af heildarveltu. Einnig beri að líta til þess að áfrýjandi sé hluti af fyrirtækjasamstæðu, en heimilt sé að leggja sektir á móðurfélög vegna brota dótturfélaga. Verði í málinu að hafa hliðsjón af fjárhagslegum styrkleika áfrýjanda og móðurfélags hans svo tryggja megi nægjanleg varnaðaráhrif.

Samkeppniseftirlitið telur að því hafi, við ákvörðun sektarfjárhæðarinnar, verið heimilt að beita leiðbeiningarreglum Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikninga á sektum sem styðjist við málefnaleg sjónarmið.

Vegna sjónarmiða áfrýjanda, þess efnis að lækka beri fjárhæð sektarinnar þar sem hann hafi leitað eftir samningaviðræðum við viðskiptavini sína um styttingu gildistíma samninga, bendir Samkeppniseftirlitið á að áfrýjandi hafi haldið áfram að gera einkakaupasamninga eftir að Samkeppnisstofnun hóf rannsókn á því hvort hann hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína, sbr. 11. gr. samkeppnislaga. Engu að síður hafi eftirlitið tekið mið af því við ákvörðun sektarinnar að áfrýjandi hafi leitast við að breyta samningunum.

IV.

Niðurstaða

Samkeppnislög nr. 44/2005, sem tóku gildi 1. júlí 2005, leystu af hólmi eldri lög um sama efni nr. 8/1993. Samkvæmt 2. málsl. 1. mgr. 5. gr. laga nr. 44/2005 fer Samkeppniseftirlitið með eftirlit samkvæmt lögnum og daglega stjórnsýslu á því sviði sem þau ná til. Í IV. kafla laganna er að finna ákvæði um bann við samkeppnishömlum.

Ákvæði kaflans eru efnislega samhljóða ákvæðum IV. kafla laga nr. 8/1993. Í 11. gr. núgildandi samkeppnislaga er kveðið á um bann við að fyrirtæki misnoti markaðsráðandi stöðu sína og er ákvæðið samhljóða 11. gr. eldri samkeppnislaga. Í tíð eldri samkeppnislaga hafði Samkeppnisráð á hendi eftirlitsskyldu með að banninu yrði framfylgt og tók Samkeppniseftirlitið við því hlutverki við gildistöku laga nr. 44/2005. Engin rök standa til þess að við það eitt að heiti þeirrar stofnunar, sem hefur umrætt hlutverk á hendi, var breytt með lögum nr. 44/2005 leiði til þess að Samkeppniseftirlitið hafi ekki verið bært að lögum til að fjalla um mál þetta enda þótt atvik þess hafi átt sér stað í tíð eldri samkeppnislaga. Samkvæmt því er ekki um það að ræða að núgildandi samkeppnislögum hafi, við meðferð máls þessa, verið beitt með afturvirkum hætti af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

Umfangsmikil rannsókn fór fram í máli þessu af hálfu Samkeppnisstofnunar og Samkeppniseftirlitsins og var aflað fjölda gagna frá áfrýjanda og keppinauti hans. Að mati áfrýjunarnefndarinnar fullnægir rannsóknin skilyrðum 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993. Jafnframt var þess gætt að áfrýjanda gæfist kostur á að koma á framfæri andmælum sínum samkvæmt 13. gr. sömu laga. Eru engir þeir hnökrar á rannsókninni að leiði til ógildingar hinnar umþrættu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sbr. 4. gr. laga nr. 8/1993, er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Er staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta skilgreind sem vara eða þjónusta sem getur að fullu eða verulegu leyti komið í stað annarrar. Viðtekin venja er í samkeppnisrétti að skilgreina markaðinn út frá sjónarmiðum neytenda með hliðsjón af eiginleikum vöru eða þjónustu, verði og notkun. Í hinni kærðu ákvörðun er markaðurinn skilgreindur þannig að hann sé flugafgreiðsla vegna farþegaflugs á Keflavíkurlugvelli. Óumdeilt er að markaðssvæði það, sem hér um ræðir, er Keflavíkurlugvöllur. Samningar þeir, sem mál þetta tekur til, ná að langmestu leyti til farþegaflugs. Er það því sá markaður sem fyrst og fremst verður fyrir áhrifum eða er líklegur til að verða fyrir áhrifum af þeirri aðgerð áfrýjanda sem deilt er um í máli þessu. Skilgreiningar á markaði geta þó aldrei orðið nákvæmar og verða því aðeins notaðar til viðmiðunar. Verður svo gert í máli þessu.

Samkvæmt því, sem rakið hefur verið, er fallist á skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á þjónustu- og landfræðilegum mörkuðum í máli þessu.

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppninauta, viðskiptavina og neytenda. Í þessu sambandi skiptir mestu máli að huga að markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á þeim markaði, sem hefur verið skilgreindur, og því skipulagi sem ríkir á markaðnum. Er fyrra atriðið almennt talið fela í sér sterkar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu í hefðbundnum samkeppnisrétti og er úrlausn þess þýðingarmikið atriði um hvort tiltekið fyrirtæki telst vera í markaðsráðandi stöðu. Með síðargreindu viðmiðuninni er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingu í sömu átt, einkum hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og framboði vöru eða þjónustu, fjölda og styrk keppninauta en fleiri atriði geta komið til skoðunar.

Sem fyrr greinir felur há markaðshlutdeild fyrirtækis í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu þótt önnur atriði skipti þar einnig máli. Markaðshlutdeild er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu sem um er að tefla. Af eðli máls leiðir að því hærrí sem markaðshlutdeild fyrirtækis er þeim mun sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Í máli þessu liggur fyrir að markaðshlutdeild áfrýjanda hefur haldist yfir 90% þrátt fyrir að einkaréttur hans hafi fallið niður árið 2001. Þá er þess að geta að fáir samkeppnisaðilar eru á markaðnum. Samkvæmt því og að öðru leyti með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar er hafið yfir allan vafa að áfrýjandi er í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem hér um ræðir.

Samningar þeir, sem mál þetta tekur til, voru fyrst og fremst gerðir á árunum 2002 - 2004. Af þeim sökum beindist athugun samkeppnisyfirvalda eðlilega að því hvort áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á þeim tíma. Hefur ársreikningur áfrýjanda fyrir árið 2005 því ekki þýðingu við mat á stöðu áfrýjanda á markaðnum á árunum 2003 og 2004. Einnig ber að líta til þess að grunnur að andmælskjali Samkeppniseftirlitsins 9.

desember 2005 var lagður með gagnaöflun sem lauk á því ári. Svo sem áður greinir hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar atvik máls þessa áttu sér stað. Áfrýjandi hefur ekki lagt fram nein gögn til stuðnings því að markaðshlutdeild hans hafi breyst í grundvallaratriðum á árinu 2005. Samkvæmt framansögðu var Samkeppniseftirlitinu rétt að miða niðurstöðu sína við stöðuna á markaðnum á árunum 2003 og 2004.

Í samkeppnisrétti hefur verið talið að um kaupendastyrk sé að ræða þegar kaupendur eru það öflugir að þeir ryðji burt eða geri að engu þann efnahagslega styrk sem seljandi hefur, svo sem á grundvelli hárrar markaðshlutdeildar. Áfrýjandi og Icelandair eru systurfélög. Samkvæmt því er ekki unnt að gera ráð fyrir því að síðarnefnda félagið hafi nægt sjálfstæði til að ryðja burt eða gera að engu markaðsstyrk áfrýjanda. Þá verður að líta til þess að viðskipti áfrýjanda við systurfélagið veita hinum fyrrnefnda mikinn styrk þrátt fyrir að félagin séu ekki sjálfstæð í skilningi samkeppnisréttar. Ennfremur verður ráðið af gögnum málsins að margir smáir kaupendur, sem skortir markaðsstyrk, eru á hinum skilgreinda markaði og er engum blöðum um það að fletta að áfrýjandi er í markaðsráðandi stöðu gagnvart þeim. Er því fallist á með Samkeppniseftirlitinu að engum vísbendingum sé til að dreifa um að fyrir hendi hafi verið kaupendastyrkur á markaðnum á þeim tíma, sem mál þetta tekur til, er rutt hafi burt eða gert að engu markaðsstyrk áfrýjanda.

Í máli um misnotkun markaðsráðandi stöðu ræðst mat á möguleikum nýrra keppinauta vegna aðgangshindrana af þeim aðstæðum sem ríktu er ætlað brot átti sér stað. Svo sem áður greinir hefur áfrýjanda tekist að halda yfir 90% markaðshlutdeild á hinum skilgreinda markaði frá árinu 2001. Hníga öll rök að því að enginn samkeppnisaðili hafi verið á markaðnum, er atvik máls þessa áttu sér stað, sem hafi getað veitt geti áfrýjanda verðuga og arðvænlega samkeppni þannig að drægi úr markaðsstyrk áfrýjanda.

Óumdeilt er að umræddir samningar áfrýjanda við flugfélögin 10 fólu í sér einkakaup í skilningi samkeppnisréttar. Áður hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar samningarnir voru gerðir. Þegar fyrirtæki er í slíkri

stöðu hefur verið talið í samkeppnisrétti að því sé óheimilt að semja svo um að samningsaðili þess (kaupandi) megi aðeins snúa sér til þess um kaup á þjónustu eða vörum, eða stærstan hluta hennar, sem hann þarfnast. Rökin fyrir banninu eru þau að þess háttar samningar takmarki eða komi í veg fyrir samkeppni á markaðnum en hún er oft og tíðum takmörkuð vegna stöðu markaðsráðandi fyrirtækis. Umræddir samningar voru gerðir til langs tíma, þriggja og fjögurra ára. Augljóst er að því lengri sem gildistími slíkra samninga er þeim mun meiri samkeppnishömlur felast í þeim. Þá verður engan veginn fallist á með áfrýjanda að samningarnir hafi ekki haft neitt eða takmarkað skuldbindingargildi. Jafnframt er rétt að taka fram að slíkir samningar eru ólögmatir þótt þeir séu gerðir að ósk viðskiptavina markaðsráðandi fyrirtækja af þeirri ástæðu að þeir útiloka keppinauta markaðsráðandi fyrirtækis á markaði þar sem samkeppni er þegar mjög takmörkuð.

Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að áfrýjandi hafi á fyrri hluta ársins 2004 gert þýska flugfélaginu LTU, viðskiptavini Vallarvina, tilboð um flugafgreiðsluþjónustu fyrir um 30% lægra verð en félagið greiddi Vallarvinum. Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er bönnuð misnotkun á markaðsráðandi stöðu og í 2. mgr. greinarinnar eru tekin dæmi um misnotkunina en ljóst er af orðalagi ákvæðisins að ekki er þar um tæmandi talningu að ræða. Verða ákvæðin skýrð svo að sé sýnt fram á misnotkun nægi það til þess að aðferðin teljist ólögmat. Í því felst að ekki er skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkun hafi tiltekin áhrif eða að ákveðinn skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum. Þó leiðir af eðli máls að sannist að tilgangur markaðsráðandi fyrirtækis hafi verið að lækka verð til að koma keppinaut út af markaði telst slík aðgerð brjóta í bága við samkeppnislög. Sama á við um sértækar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis sem beinast að samkeppnisfyrirtæki á markaðnum. Rétt er og að hafa í huga í þessu sambandi þá brýnu skyldu fyrirtækis í markaðsráðandi stöðu til að vinna ekki gegn markmiðum 1. gr. samkeppnislaga. Í því máli, sem hér er til úrlausnar, ber sérstaklega að nefna það markmið laganna að vinna beri gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum. Verður almennt 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 hindra hana eða vöxt hennar. Af

framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til neinna aðgerða sem veikt geta keppinauta þess og þar með styrkt markaðsráðandi stöðu sína nema aðgerðirnar helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins.

Í hinni umdeildu ákvörðun er lagt til grundvallar að tilboð áfrýjanda til LTU hafi falið í sér ólögmeta, sértæka verðlækkun en í samkeppnisrétti er talið að slík aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að raska samkeppni. Er þá talið að ekki skipti máli að lögum hvort tilboð er undir tilteknum kostnaðarviðmiðum. Fram er komið í málinu að á þeim tíma, sem umrætt tilboð var gert, var LTU helsti viðskiptavinur Vallarvina. Ekki var um það að ræða að áfrýjandi hefði almennt boðið öðrum viðskiptavinum sínum þá verðlækkun sem fólst í tilboðinu til LTU. Stóðar áfrýjanda ekki að vísa til sammings síns við Iceland Express þar sem það félag hafði áður óskað eftir og fengið tilboð frá Vallarvinum. Átti sú lækkun sér stað í ársbyrjun 2004 en tilboðið til LTU var gert í maí sama ár. Verður því að telja að verðlækkunin til Iceland Express hafi verið viðbrögð við tilboðinu frá Vallarvinum.

Áfrýjandi hefur ekki sýnt fram á að tilboð hans til LTU hafi stuðst við eðlilegar, rekstrarlegar forsendur. Af því leiðir að ekki verður önnur ályktun dregin af tilboði áfrýjanda til LTU en að tilgangur þess hafi verið að ná hinum síðarnefnda úr viðskiptum við Vallarvini. Er fallist á röksemdafærslu Samkeppniseftirlitsins þar að lútandi í hinni kærðu ákvörðun.

Samkvæmt framansögðu og að öðru leyti með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar er það niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að áfrýjandi hafi með þeim aðgerðum, sem lýst er í hinni kærðu ákvörðun, brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Við ákvörðun sektarfjárhæðar verður að hafa í huga að bundin markaðshlutdeild áfrýjanda á árinu 2004 var [...] ¹¹ og að markaðshlutdeild Vallarvina var þá einungis [...] ¹².

¹¹ Trúnaðarmál.

¹² Trúnaðarmál.

Með gerð einkakaupasamninga hafði áfrýjandi þannig takmarkað svigrúm til samkeppni svo mjög á hinum skilgreinda markaði að naumast var nokkurt rými eftir. Í þessu samhengi verður og að telja að aðgerðir áfrýjanda til að ná til sín viðskiptum LTU enn alvarlegri. Samkvæmt því og að öðru leyti með vísan til forsendna sektarákvörðunar Samkeppniseftirlitsins þykir rétt að áfrýjandi greiði kr. 60.000.000 í stjórnvaldssekt. Skal sektin greiddast innan mánaðar frá uppkvaðningu úrskurðar þessa að telja.

V.

Úrskurðarorð

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006, um að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með framangreindum aðgerðum, er staðfest.

Áfrýjandi greiði kr. 60.000.000 í stjórnvaldssekt innan mánaðar frá dagsetningu úrskurðar þessa.

Reykjavík, 5. júlí 2006

Helgi I. Jónsson

Brynhildur Benediktsdóttir

Lárus L. Blöndal