



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Mánudagurinn 27. mars 2006

Ákvörðun nr. 9/2006

**Misnotkun Flugþjónustunnar á Keflavíkurflugvelli ehf.
á markaðsráðandi stöðu sinni**

Efnisyfirlit

I. Erindi Vallarvina	2
II. Málsmeðferð.....	2
III. Niðurstöður	25
1. Athugasemdir IGS vegna formhliðar málsins	25
2. Skilgreining markaðarins.....	28
2.1 Sjónarmið málsaðila.....	28
2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	29
3. Staða IGS á markaðnum.....	30
3.1 Sjónarmið málsaðila.....	30
3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	31
4. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu.....	36
4.1 Almenn um 11. gr. samkeppnislaga.....	36
4.2 Einkakaupasamningar IGS	38
4.2.1 Sjónarmið málsaðila	39
4.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	40
4.3 Tilboð IGS til LTU.....	47
4.3.1 Sérstækar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækja.....	47
4.3.2 Aðgerðir IGS.....	51
4.3.3 Forsendur fyrir tilboði IGS til LTU.....	53
4.3.4 Niðurstaða.....	59
4.3.5 Um einstakar athugasemdir IGS	60
5. Viðurlög.....	66
IV. Ákvörðunarorð:	70



I.

Erindi Vallarvina

Með bréfi, dags. 14. júní 2004, barst Samkeppnisstofnun erindi frá Vallarvinum ehf. (Vallarvinir). Fyrirtækið rekur þjónustu fyrir flugafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli ásamt m.a. keppinauti sínum, Flugþjónustunni á Keflavíkurflugvelli ehf./Icelandic ground service (IGS). Í erindinu er kvartað yfir samkeppnishamlandi verðtilboði sem IGS hafi gert þýska flugfélaginu LTU/International Airways (LTU), en á þeim tíma hafi LTU verið í viðskiptum við Vallarvini.

Í erindinu kemur fram að Vallarvinir hafi undanfarin þrjú ár (þ.e. fyrir árið 2004) veitt farþegaflugvélum þjónustu á Keflavíkurflugvelli í samkeppni við IGS. Flugvélar nokkurra erlendra flugfélaga fljúgi til Keflavíkurflugvallar yfir sumartímamann og muni Vallarvinir væntanlega afgreiða yfir 200 flugvélar í farþegaflugum. Þar á meðal farþegavélar flugfélagsins LTU, sem sé stærsti viðskiptavinur Vallarvina. Fram kemur að samstarf Vallarvina og LTU hafi staðið frá árinu 2001 en áður hafi verið í gildi afgreiðslusamningur milli LTU og IGS. LTU hafi átt stóran þátt í að opna fyrir samkeppni á þeim markaði sem um ræðir auk þess sem afgreiðslugjöld sem LTU greiði hafi lækkað um a.m.k. 50% þegar félagið hóf samstarf við Vallarvini. Samstarf þetta hafi verið mjög náið og kjarninn í farþegaflugafgreiðslu Vallarvina.

Með erindinu fylgdu upplýsingar um afgreiðslugjöld sem helstu viðskiptavinir Vallarvina greiði. Sé gerður samanburður á afgreiðslugjöldum þeim sem Vallarvinir hafi verið að bjóða og umræddu verðtilboði IGS til LTU komi í ljós að tilboð IGS sé óvenjulega lágt eða allt að 30% undir því verði sem almennt gildi fyrir sambærilega afgreiðslu á Keflavíkurflugvelli. Þá sé tilboðið auk þess bindandi til þriggja ára. Afgreiðslusamningur Vallarvina og LTU hafi hins vegar staðið óbreyttur frá árinu 2001 þrátt fyrir hækkun á vísitölu neysluverðs og launavísitölu.

Samkvæmt framansögðu töldu Vallarvinir sennilegt að LTU myndi flytja viðskipti sín til IGS. Tilboð IGS væri undir kostnaðarmörkum Vallarvina og ósennilegt að nokkur annar aðili sæi sér fært að veita IGS samkeppni. Að áliti fyrirtækisins myndi IGS að óbreyttu ná einokun á ný í farþegaflugafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli. Var þess óskað að Samkeppnisstofnun nýtti heimildir sínar til að taka bráðabirgðaákvörðun í málinu með vísan til þess þrönga tímaramma sem málið væri í og markaðsráðandi stöðu IGS á Keflavíkurflugvelli.

II.

Málsmeðferð

1.

Með bréfi, dags. 16. júní 2004, sendi Samkeppnisstofnun IGS erindið til umsagnar. Var þess óskað að félagið myndi tjá sig um erindið og þá einkum kröfu Vallarvina



um bráðabirgðaákvörðun. Stofnunin óskaði einnig 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 IGS við þau áætlunarflugfélög sem fyrirtækið þjónaði á Keflavíkurflugvelli. Einnig var óskað eftir ársreikningum félagsins fyrir árin 2002 og 2003.

Umsögn IGS ásamt gögnum barst með bréfi, dags. 2. júlí 2004. Þar segir að þrír aðilar veiti flugvélum þjónustu á Keflavíkurflugvelli. Þetta séu auk Vallarvina, IGS og Suðurflug ehf. Nokkrar breytingar hafi orðið á þjónustu við flugvélar á flugvöllum á Evrópska efnahagssvæðinu seint á síðasta áratug í kjölfar þess að markaðurinn hafi verið opnaður fyrir samkeppni. Verð hafi síðan þá lækkað verulega, bæði hér á landi og annars staðar á umræddu svæði. Starfsemi Vallarvina og Suðurflugs hafi hafist skömmu seinna.

Fram kemur í svari IGS að einungis flugvélar þriggja áætlunarflugfélaga fljúgi til og frá landinu. Þetta séu vélar frá Icelandair ehf., Astraëus f.h. Iceland Express ehf. og LTU GmbH. LTU sinni aðeins áætlunarflugi frá maí til september. Auk þessa séu nokkur önnur flugfélög sem sinni reglubundnu fraktflugi og leiguflugi. Þá sé flugvélum sem ekki fljúgi hingað reglulega einnig veitt þjónusta.

Hvað varði þjónustu við áætlunarflugfélögin þrjú, þá sé hún mismikil og eðlisólík að hluta til. Þjónusta við Icelandair sé meiri og flóknari en þjónusta við LTU og Iceland Express. Er nefnt sem dæmi að innritun hjá Icelandair sé tvíþætt, bæði fyrir almennt farrými og viðskiptafarrými. Þá sé einnig boðið upp á símainnritun og framhaldsinnritun fyrir farþega. Leiði þetta til þess að ekki sé að fullu unnt að bera saman samninga við flugfélögin, ekki síst verð í samningum, án þess að taka tillit til þjónustustigs.

Eins og fram komi í erindi Vallarvina þá hafi IGS þjónustað LTU fyrir árið 2001 en dregið er í efa að LTU sé stærsti viðskiptavinur Vallarvina. Fram kemur að viðræður milli LTU og IGS um hugsanleg viðskipti hafi staðið í nokkra mánuði en LTU hafi samþykkt tilboð IGS munnlega þann [...]¹. Upplýsingar um aðdraganda samningsgerðarinnar og samningsgerðina sé að finna í fylgiskjöllum með umsögninni. IGS sé ekki kunnugt um annað en að viðskiptalegar forsendur séu að baki ákvörðun LTU um að taka upp viðskipti við fyrirtækið. Verðlagning í samningi LTU og IGS sé eðlileg.

Fram kemur að það sé mat IGS að sá markaður sem hér um ræðir sé væntanlega þjónusta við áætlunarflugvélar í farþegaflugi til og frá Keflavíkurflugvelli. Unnt sé að hafa víðari markaðsskilgreiningu eða allt flug á Keflavíkurflugvelli, þ.e. bæði þjónusta við áætlunarflug, leiguflug, farþegaflug, fraktflug og einstaka flugvélar. Sé sú þjónusta sem veitt sé margþætt en að mati fyrirtækisins sé ekki ástæða til að greina á milli einstakra þjónustupátta við skilgreiningu á markaði. Ætla megi að hinn landfræðilegi markaður sé Keflavíkurflugvöllur.

¹ Fellt út vegna trúnaðar.



IGS telur markaðshlutdeild sína miðað við fjölda afgreiðslna á árinu 2003 vera [...] %² og markaðshlutdeild Vallarvina og Suðurflugs vera um [...] %³. IGS bendir á að þó að markaðshlutdeild fyrirtækisins kunni að virðast há, þá hafi fleira en markaðshlutdeild áhrif á ákvörðun um markaðsyfirráð. Í umsögninni segir að: „...sterk staða kaupenda og mikill kaupendastyrkur, takmarkaðar aðgangshindranir og fleiri atriði [komi] í veg fyrir að [IGS] geti talist vera markaðsráðandi. Samkeppnisráð hefur áður komist að þeirri niðurstöðu að öflugir kaupendur geti veitt verulegt samkeppnislegt aðhald á markaði. Á þetta einkum við þegar kaupendur eru fáir og geta auðveldlega aflað sér vöru eða þjónustu frá öðrum seljendum. Slíkur kaupendastyrkur getur leitt til þess að fyrirtæki með háa markaðshlutdeild telst ekki markaðsráðandi. Slík staða er uppi hér þar sem kaupendur á markaði eru fáir og hafa frjálst val á milli þriggja flugafgreiðslufyrirækja.“ Með vísan til framangreinds er það mat IGS að fyrirtækið sé ekki í markaðsráðandi stöðu fyrir þjónustu við flugvélar á Keflavíkurflugvelli.

Verði niðurstaða samkeppnisyfirvalda hins vegar sú, þrátt fyrir framangreindan rökstuðning, að IGS sé ráðandi á þeim markaði sem um ræðir, er því hafnað að IGS hafi misnotað þá stöðu.

IGS hafnar því að fyrirtækið hafi gerst brotlegt um skaðlega undirverðlagningu, eins og ráða megi af erindi Vallarvina. Hér hafi eingöngu verið um viðskiptalega ákvörðun að ræða. Í fylgiskjöllum með umsögninni sé að finna framlegðarútreikninga vegna samninga við þrjá viðskiptamenn og þar komi bersýnilega í ljós að allir samningarnir séu [...] ⁴. Samningarnir séu ekki að öllu leyti sambærilegir vegna mismunandi þjónustustigs, en tekið hafi verið tillit til þess í útreikningunum.

Því er hafnað að arðsemisútreikningar Vallarvina eigi við um IGS og bent á að við mat á skaðlegri undirverðlagningu beri að líta til arðsemisútreikninga viðkomandi fyrirtækis en ekki keppinauta þess. Verð hafi farið lækkandi á þeim markaði sem um ræðir og eðlilegt sé að viðskiptavinur krefjist lækkunar gjalda.

Hvað varði kröfu Vallarvina um bráðabirgðaákvörðun þá séu ekki uppfyllt þau skilyrði sem nauðsynleg séu til þess að unnt sé að taka slíka ákvörðun í málinu. Þannig hafi ekki verið að finna rökstuðning fyrir nauðsyn hennar í erindinu né hafi verið sýnt fram á að bið eftir niðurstöðu samkeppnisráðs leiði til röskunar á samkeppni.

2.

Með bréfi Samkeppnisstofnunar til Vallarvina, dags. 16. júlí 2004, var fyrirtækinu send tilkynning þess efnis að ekki þætti ástæða til að taka bráðabirgðaákvörðun í máli þessu. Þar segir að ákvörðunin sé tekin í ljósi þeirra gagna sem þá lágu fyrir

² Fellt út vegna trúnaðar.

³ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴ Fellt út vegna trúnaðar.



sem og með hliðsjón af þágildandi málsmeðferðarreglum samkeppnisyfirvalda nr. 922/2001.

3.

Málsmeðferð var fram haldið með venjubundnum hætti og aðilum gefinn kostur á að tjá sig um þær athugasemdir sem fram komu. Þannig bárust stofnuninni athugasemdir frá Vallarvinum með bréfi, dags. 9. júlí 2004, og síðar athugasemdir með bréfi, dags. 2. september 2004. Frá IGS bárust athugasemdir með bréfum, dags. 29. júlí 2004 og 28. september 2004. Í framangreindum athugasemdum IGS og Vallarvina er að mestu leyti að finna sömu efnislegu athugasemdir og í upphaflegu erindi og umsögn aðilanna.

4.

Með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 1. september 2004, var kallað eftir nánari upplýsingum og gögnum frá IGS um skiptingu kostnaðar vegna flugafgreiðslu. Óskað var eftir því að kostnaðarliðum sem tilgreindir eru í ársreikningum félagsins árið 2003 yrði skipt upp samkvæmt nánari tilgreiningu í bréfinu. Þá var sérstaklega óskað eftir því að lagt yrði mat á skiptingu kostnaðar í breytilegan og fastan kostnað að því er varðaði farþegaafgreiðslu. Einnig var óskað eftir upplýsingum um sundurliðun á rekstrartekjum samkvæmt ársreikningi fyrir árið 2003, afriti af öllum þjónustusamningum IGS frá árinu 1997 o.fl. Þann 13. september 2004 hafði lögmaður IGS samband við Samkeppnisstofnun með tölvupósti og óskaði nánari skýringa á framangreindu bréfi. Svar barst frá stofnuninni með tölvupósti þann 14. september 2004. Vallarvinir voru upplýstir um framangreint með bréfi Samkeppnisstofnunar sama dag.

Umbeðin gögn sem óskað hafði verið eftir frá IGS þann 1. september 2004 bárust svo að hluta með bréfi, dags. 28. september 2004. Í kjölfar þess var haft samband við lögmann IGS og óskað eftir því að þau gögn sem á vantaði yrðu afhent, sbr. tölvupóst dags. 4. og 12. nóvember 2004, sem og ítrekun í bréfi stofnunarinnar, dags. 22. nóvember s.á. Þau gögn bárust þann 26. nóvember 2004.

5.

Í tölvupósti þann 16. febrúar 2005 var óskað eftir upplýsingum um fjölda flugafgreiðslna hjá IGS í samræmi við önnur gögn er stofnunin hafði undir höndum. Þær upplýsingar bárust 21. febrúar s.á.

6.

Með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 21. mars 2005, var IGS send tilkynning þess efnis að gögn málsins bentu til þess að fyrirtækið hefði gerst brotlegt við samkeppnislög og að sennilegt væri að háttsemi þess hefði skaðleg áhrif á samkeppni. Þá segir í bréfinu að ekki verði unnt að bíða eftir endanlegri niðurstöðu samkeppnisráðs í málinu og af þeim sökum væri fyrirhugað að taka um það bráðabirgðaákvörðun.

Í svarbréfi IGS, dags. 1. apríl 2005, er því mótmælt að skilyrði fyrir bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar séu fyrir hendi. Þá eru gerðar



athugasemdir við málsmeðferð stofnunarinnar. Ítrekuð eru fyrri sjónarmið um að IGS hafi ekki brotið samkeppnislög. Fyrirtækið sé ekki markaðsráðandi, en ef svo verði talið sé ekkert í samningi fyrirtækisins við LTU, eða hegðun þess að öðru leyti, sem felir í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Athugasemdir þessar voru með bréfi frá 2. maí 2005 sendar Vallarvinum til upplýsinga.

7.

Auk framangreindra upplýsinga og gagna frá málsaðilum sendi Samkeppnisstofnun þeim eftirfarandi bréf og hélt fundi með þeim áður en ákvörðun til bráðabirgða var tekin í málinu. Fundur var haldinn með fulltrúum Vallarvina, 20. ágúst 2004 og 10. mars sl. Fundur með IGS var haldinn 28. september 2004 og 28. apríl 2005. Með bréfi Samkeppnisstofnunar til Flugleiða, dags. 14. september 2004, var óskað eftir þjónustusamningum fyrirtækisins vegna flugafgreiðslu frá árinu 1997 þar til IGS var stofnað árið 2001. Þau gögn bárust 28. september 2004. Samkeppnisstofnun sendi Vallarvinum bréf, dags. 22. mars 2005, þar sem óskað var upplýsinga um sundurliðun rekstrartekna. Upplýsingarnar bárust með bréfi, dags. 29. mars. Þá sendi stofnunin einnig bréf til Suðurflugs, dags. 11. apríl, þar sem óskað var eftir afriti af ársreikningi félagsins fyrir árið 2003.

8.

Með bréfi dags, 29. apríl 2005, var IGS tilkynnt að Samkeppnisstofnun hefði tekið bráðabirgðaákvörðun í málinu. Taldi Samkeppnisstofnun að lögmætt væri að taka slíka ákvörðun og að málsmeðferð hefði verið eðlileg. Komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að IGS væri í einstakri yfirburðarstöðu á markaði fyrir flugafgreiðslu vegna farþegaflugs á Keflavíkurflugvelli. Taldi stofnunin sennilegt að IGS hefði brotið 11. gr. samkeppnislaga með því að hafa gert ólögmætan samning um einkakaup við LTU. Einnig leit stofnunin svo á að sennilegt væri að verðlagning IGS á þjónustu við LTU færi gegn 11. gr. samkeppnislaga. Var í því sambandi vísað til þess að tilboð IGS hafi falið í sér ólögmæta sértæka aðgerð gegn Vallarvinum. Einnig var vísað til þess að þjónusta IGS við LTU hafi samkvæmt samningi félaganna líklega verið verðlögð undir heildarkostnaði IGS við að veita þjónustuna. Í ákvörðunarorði var IGS gert óheimilt að gera eða framkvæma samninga um flugafgreiðslu vegna farþegaflugs á Keflavíkurflugvelli sem fælu í sér einkakaup á þeirri þjónustu félagsins og selja þá þjónustu félagsins á verði sem ekki stæði undir föstum og breytilegum kostnaði við hverja afgreiðslu.

Í bréfi Samkeppnisstofnunar var einnig vakin athygli á því að til álita kæmi að leggja stjórnvaldssektir á IGS. Var félaginu veittur frestur til 20. maí 2005 til að koma að frekari sjónarmiðum.

Með bréfi, dags. 13. maí 2005, óskaði Samkeppnisstofnun eftir upplýsingum um það hvernig IGS hefði farið að þeim fyrirmælum sem fram komu í umræddri bráðabirgðaákvörðun. Í bréfi IGS frá 19. maí 2005 var það upplýst að félagið hefði tilkynnt LTU um ákvörðunina og gert því félagi ljóst að á grundvelli hennar yrði uppsagnafresti samningsins breytt í 60 daga. Þá hafi LTU jafnframt verið



upplýst um að IGS framkvæmdi ekki eða gerði samninga um að selja flugþjónustu á verði sem stæði ekki undir föstum og breytilegum kostnaði við hverja afgreiðslu.

9.

Þann 12. maí 2005 sendi Samkeppnisstofnun bréf til IGS og vísaði til samninga um flugafgreiðsluþjónustu sem stofnunin hefði kallað eftir í bréfi frá 1. september 2004. Var IGS gerð grein fyrir því mati að í tilteknum samningum IGS um flugafgreiðsluþjónustu væri að finna samsvarandi ákvæði um ólögmaet einkakaup og samningur félagsins við LTU fæli í sér. Var því einnig lýst að til álita gæti komið að leggja á stjórnvaldssektir vegna þessa. Var IGS boðið að koma að sjónarmiðum sínum um framangreint.

10.

Með bréfi, dags. 20. maí 2005, bárust athugasemdir IGS vegna bráðabirgðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar. Fram kemur það mat IGS að þessi ákvörðun til bráðabirgða hafi verið haldin verulegum efnislegum og formlegum ágöllum og mótmælti IGS því að skilyrði fyrir ákvörðuninni hefðu verið uppfyllt. Taldi IGS að ekki væru efnisleg skilyrði til staðfestingar hennar.

Umrædd bráðabirgðaákvörðun er ekki lengur í gildi. Því þykir ekki ástæða til að gera grein fyrir sjónarmiðum IGS tengdum formi og málsmeðferð í tengslum við ákvörðunina. Rétt er hins vegar að gera grein fyrir athugasemdum IGS sem tengjast efnispáttum málsins.

IGS ítrekar fyrri röksemdir félagsins um að það sé ekki í markaðsráðandi stöðu vegna kaupendastyrks og vísar því til stuðnings til umfangsmikilla viðskipta við Icelandair og Iceland Express. Um tilboð IGS til LTU segir m.a. þetta:

„Umbjóðandi okkar vill þegar í upphafi árétta að hann telur háttsemi sína hafa eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Hann hafði verið einn á markaði um langan tíma þegar samkeppni var gefin frjáls og a.m.k. tveir nýir aðilar komu inn á markaðinn þegar flugafgreiðsla var gefin að fullu frjáls 1. janúar 2001, þ.e. kvartandi og Suðurlflug. Rekstur þessara aðila var hagkvæmari en rekstur umbjóðanda okkar og því gátu þeir boðið lægra verð en hann og haft betur í samkeppni um viðskiptavinum. Í samræmi við eðlilega samkeppni greip umbjóðandi okkar til endurskipulagningar og kostnaðarhagræðingar til að geta lækkað verð og mætt þessari samkeppni. Er þetta sama þróun og átt hefur sér stað annars staðar í heiminum á þessum markaði.

Endurskipulagning á rekstri umbjóðanda okkar stóð yfir í 2 til 3 ár og loks árið 2004 hafði rekstrarkostnaður hans lækkað það mikið, sérstaklega í kjölfar gerðar nýrra kjarasamninga og aukins sveigjanleika í vaktaskipulagi, að hann taldi sig geta boðið jafngóð eða betri kjör en samkeppnisaðilar sínir. Í þessu sambandi má vísa til tölvupósta umbjóðanda okkar til LTU sbr. fylgiskjal 2 með umsögn hans dags. 2. júlí 2004. Þar segir orðrétt:



„In the past few years IGS has undergone serious restructuring and cost cutting to strengthen the competitiveness of the company. We are now very confident that we are in a very good position to offer new and old customers a better product at a much lower cost than in the past.“

Umbjóðandi okkar telur fyrirliggjandi mál í raun skólabókardæmi um jákvæð áhrif virkrar samkeppni fyrir neytendur og þau fyrirtæki sem eiga í samkeppni. Nýir aðilar koma inn á opinn samkeppnismarkað og ná viðskiptavinum af þeim sem fyrir eru vegna meiri hagkvæmni í rekstri. Með þeim hætti knýja þeir þau fyrirtæki sem fyrir eru á markaðnum til að hagræða í sínum rekstri eða verða ella undir í samkeppninni.

Bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar grundvallast á röngum forsendum, að hluta til vegna óljósrar og opinnar upphaflegrar beiðni um upplýsingar frá umbjóðanda okkar en einnig vegna mistaka stofnunarinnar við útreikninga svo og þeirrar óskiljanlegu ákvörðunar að óska ekki skýringa frá umbjóðanda okkar vegna misræmis á tölum hans og útreikningum Samkeppnisstofnunar. Í bréfi stofnunarinnar dags. 16. júní 2004 sagði orðrétt: „Óskað er eftir kostnaðarlegum áætlunum og forsendum umræddra samninga.“ Síðar kom nánari fyrirspurn sem, eins og áður, var svarað í samræmi við beiðnina. Þá er rétt að áréttta að kostnaður sem umbjóðandi okkar gaf upp fyrir árið 2003, sbr. töflu 5 í ákvörðuninni ...

Umbjóðandi okkar hafnar því alfarið að hann hafi gerst sekur um skaðlega undirverðlagningu með samningi sínum við LTU. Verður nú vikið að rangfærslum í umfjöllun og útreikningum Samkeppnisstofnunar á kostnaði og tekjum umbjóðanda okkar af veitingu þjónustu við farþegaflugvélar. “

IGS kveðst í fyrsta lagi hafa hagnast af afgreiðslu farþegaflugvéla árið 2003. Samkeppnisstofnun fari einfaldlega með rangt mál þegar sagt er að „væntanlega“ hafi tekjur félagsins ekki staðið undir heildarkostnaði við að afgreiða þær vélar. Þessi ranga niðurstaða stofnunarinnar orsakist af því að í útreikningum hennar sé miðað við verð til Icelandair árið 2004, verð til Iceland Express árið 2003 og kostnað og fjölda afgreiðslna árið 2003, sbr. bls. 23- 25 í ákvörðuninni. Veitir IGS upplýsingar um tekjur sínar og telur ljóst að hagnaður var af umræddum rekstri.

Í öðru lagi segir IGS að Samkeppnisstofnun geri þau mistök að bera verð samkvæmt samningi sem undirritaður var árið 2004 og gildi til 2007 saman við kostnað í rekstri IGS árið 2003. Augljóst sé að slíkur samanburður gefi ranga mynd enda hafi kostnaður félagsins lækkað á milli þessara ára vegna kostnaðaraðhalds sem það hafi gripið til m.a. með endurskoðun kjarasamninga. Hafi stofnuninni áður verið greint frá því. Í þessu samhengi vilji félagið áréttta að þau gögn sem það útbjó upphaflega, sbr. töflu 2 í ákvörðun Samkeppnisstofnunar, hafi verið miðuð við verð og kostnað árið 2004. Samkeppnisstofnun hafi síðar óskað eftir því að tilgreindum kostnaðarliðum í ársreikningi árið 2003 yrði skipt niður eftir tegund flugs og í fastan og breytilegan kostnað, sem hún styðjist ranglega við þegar hún meti verðlagningu IGS árið



2004. Þetta sé raunar meginástæða rangra niðurstaðna stofnunarinnar. Ekki verði séð hvernig hægt sé að líta til rekstrarkostnaðar ársins 2003 ef arðsemi tiltekinna viðskipta sem hófust á árinu 2004 sé skoðuð.

Í þriðja lagi gefi Samkeppnisstofnun sér að „*kostnaður og tekjur vegna afgreiðslna á öðrum farþegaflugvélum, en Icelandair og Iceland Express, hafi að jafnaði verið sambærilegar og hjá þeim tveimur.*“ Augljóst sé og fyrirbyggjandi í gögnum málsins að tekjur vegna afgreiðslu einstakra flugvéla og flugfélaga eru mismunandi. Þá hafi ítrekað komið fram í umsögnum IGS að kostnaður við afgreiðslu einstakra viðskiptavina sé mjög ólíkur. Vísað er í þessu sambandi til umsagnar IGS frá 2. júlí 2004.

Ofangreint leiði augljóslega til rangra niðurstaðna, eins og lýsi sér e.t.v. best í útreikningsaðferð Samkeppnisstofnunar á heildarkostnaði og heildartekjum IGS. Þannig sé meðalkostnaður af afgreiðslu við vélar Icelandair og Iceland Express margfaldaður með heildarfjölda afgreiðslna þrátt fyrir, eins og fyrr sagði, að verulegur munur sé á kostnaði við afgreiðslu ólíkra flugvéla og flugfélaga í samræmi við ólíkar kröfur þeirra um þjónustustig. Lausleg athugun Samkeppnisstofnunar á samningum ISG komi ekki hér að haldi.

Í fjórða lagi komi fram í gögnum málsins að heildartekjur fyrir árið 2003 séu reiknaðar út miðað við að sama afgreiðsluverð hafi verið þá og árið 2004. IGS skilji ekki hvers vegna Samkeppnisstofnun hafi ekki óskað eftir réttu afgreiðsluverði til Icelandair á árinu 2003 í stað þess að gefa sér að það hafi verið óbreytt. Félagið telji þetta staðfesta mistæk vinnubrögð stofnunarinnar í málinu og brot á rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga.

IGS telur einsýnt m.t.t. framangreindrar umfjöllunar að niðurstaða Samkeppnisstofnunar sé röng. Þá telur félagið jafnframt að ákvörðun Samkeppnisstofnunar sé í ósamræmi við 11. gr. samkeppnislaga eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi túlkað það ákvæði, sbr. úrskurð 17-18/2003.

Í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar sé greinilega vikið frá túlkun áfrýjunarnefndar samkeppnismála á 11. gr. samkeppnislaga og gerð sú fáheyrða krafa til IGS að verðlagning félagsins standi undir þeim heildarkostnaði sem fellur til við hverja afgreiðslu. Lýsi það sér með tvennum hætti. Ekki sé miðað við frávik frá meðaltals breytilegum kostnaði og ekki sé miðað við meðaltals heildarkostnað heldur heildarkostnað sem falli til við hverja afgreiðslu. Að mati IGS valdi þessi frávik ógildingu ákvörðunar Samkeppnisstofnunar ein og sér þar sem þau séu í ósamræmi við lögætisreglu stjórnarsýsluréttar.

Til frekari áréttingar á ofangreindu vekur IGS athygli á því að samkvæmt niðurstöðu Samkeppnisstofnunar sjálfrar sé verð til LTU „*nokkuð yfir*“ meðaltali breytilegs kostnaðar. Setur IGS einnig fram ýmis sjónarmið tengd kostnaði félagsins.

IGS vekur jafnframt athygli á því að samkeppnisráð hafi lýst því mati sem verði að framkvæma ef gera eigi þá kröfu til fyrirtækja að verðlagning þeirra sé yfir



meðaltali heildarkostnaðar. Er vísað í umfjöllun samkeppnisráðs í ákvörðun nr. 22/2003. IGS geti að vísu ekki að fullu tekið undir túlkun samkeppnisráðs á réttarreglum samkeppnislaga hvað þetta atriði varðar, en telur þó ljóst að túlkun og beiting Samkeppnisstofnunar á 11. gr. samkeppnislaga samrýmist ekki afstöðu samkeppnisráðs og að krafa stofnunarinnar um að félagið verðleggi þjónustu sína yfir heildarkostnaði við hverja afgreiðslu sé ólögmæt.

Í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar sé fullyrt að tilboð IGS til LTU og aðdragandi þess hafi verið aðgerð sem beint hafi verið að kvartanda í þeim tilgangi að skaða starfsemi hans. IGS mótmæli þessu og telji að ef fallist verði á þessar röksemdir sé félaginu með öllu óheimilt að keppa um viðskiptavinum á markaðnum.

IGS segir að Samkeppnisstofnun vísi í fyrsta lagi til verðlækkunar frá samningi félagsins við LTU árin 2000-2001. IGS hafi ítrekað gert grein fyrir þeim grundvallarbreytingum sem orðið hafi á rekstri félagsins á undanförunum árum sem felist m.a. í lækkun kostnaðar. Þær breytingar sem gert hafi fyrirtækinu kleift að bjóða LTU betra verð en áður þekktist sé eðlileg og jákvæð afleiðing virkrar samkeppni á viðkomandi markaði. Þessi verðlækkun sé einungis staðfesting á því.

IGS segir að Samkeppnisstofnun vísi í öðru lagi til þess að tilboð IGS hafi verið undir verði kvartanda. Setur IGS fram þessu tengt upplýsingar sem félagið telur staðfesta að tilboð hans til LTU hafi ekki verið sérhæfð aðgerð. Síðan segir í umsögn félagsins:

„Í þriðja lagi vísar Samkeppnisstofnun til þess að stofnunin hafi kallað eftir verðútreikningum sem sýndu undirbúning að tilboðsgerð til LTU en þeir hafi ekki borist. Umbjóðandi okkar lagði fram öll gögn sem tengdust samningagerð við LTU og hann hefur þá opinberu og skýru stefnu að reka arðbæra flugþjónustu. Með hana að leiðarljósi er ekki stofnað til neinna viðskipta sem ekki skila umbjóðanda okkar eðlilegri afkomu. Allt annað gengur gegn stefnu og markmiðum félagsins. Við tilboðsgerð er alfarið gengið út frá því að ofangreindum markmiðum sé náð.

Í fjórða lagi vísar Samkeppnisstofnun til þess að ætla megi að verðlækkun megi rekja til þess að um verðlagningu undir kostnaðarverði sé að ræða. Umbjóðandi okkar hefur þegar hrakið ávirðingar Samkeppnisstofnunar í þeim efnum og vísar til þeirrar umfjöllunar.

Í fimmta lagi vísar Samkeppnisstofnun til þess að umbjóðandi okkar hafi haft frumkvæði að gerð samnings við LTU og að umbjóðandi okkar hafi lýst því yfir við LTU að hann gæti "undirboðið" kvartanda. Umbjóðanda okkar er gersamlega fyrirmunað að skilja þessa tilvísun. Hvernig má hann keppa um viðskiptavinum ef honum er óheimilt að hafa samband við þá að fyrra bragði og bjóða þeim lægra verð og betri þjónustu en samkeppnisaðilar. Þetta atriði hefur einfaldlega enga þýðingu í málinu. Svo virðist sem Samkeppnisstofnun vilji taka þann pól í hæðina að verðsamkeppni sé óheimil ef annar aðilinn er markaðsráðandi.



Í sjötta lagi vísar Samkeppnisstofnun til þess að samningur umbjóðanda okkar og LTU hafi tekið gildi um mitt sumar, með tilheyrandi skaða fyrir kvartanda. Staðreyndin er hins vegar sú að samningurinn tók gildi þann 15. ágúst 2004 og að einungis [...] ⁵ flug voru eftir hjá LTU, sbr. fskj. 4 og 5.

Þá vísar Samkeppnisstofnun til þess að umbjóðanda okkar sé óheimilt að bjóða viðskiptavinum verðlækkun í þeim tilgangi að koma kvartanda út af markaðnum. Umbjóðandi áréttar enn og aftur að stofnunin getur ekki vísað til neinna gagna eða háttsemi umbjóðanda okkar til sönnunar á því að þetta hafi verið tilgangur hans, enda snerist tilboð hans til LTU ekki um kvartanda, heldur viðskipti LTU og þá framlegð sem hann hefur af þeim viðskiptum.

Stofnunin vísar einnig til lækkunar afgreiðslugjalda Iceland Express til sönnunar á því að tilboð umbjóðanda okkar til LTU hafi beinst gegn kvartanda. Vandséð er hvernig verðlækkun til viðskiptavinar sem var með gildan samning við umbjóðanda okkar tengist hinni meintu sértæku aðgerð. Samkeppni, í þessu tilviki frá kvartanda, leiddi einfaldlega til þess að umbjóðandi okkar var knúinn til að lækka verð sitt. Hið sama má segja um þá tvo viðskiptavini kvartanda sem umbjóðandi okkar gerði tilboð. Skiptir í því sambandi engu máli hvort verð til þeirra aðila eru undir kostnaðarmörkum kvartanda, enda er viðmiðið í þessum efnum kostnaður umbjóðanda okkar af því að þjónusta viðkomandi aðila. Umbjóðandi okkar áréttar jafnframt að honum var ekki kunnugt um hvaða kjara LTU naut hjá kvartanda enda lagði hann sig einungis fram um að bjóða LTU það lægsta verð sem hann gat m.t.t. eðlilegrar framlegðar, eins og ítrekað hefur komið fram í umsögnum hans.

Umbjóðandi okkar telur að málatilbúnaður Samkeppnisstofnunar fullnægi að engu leyti þeim skilyrðum sem uppfylla verður svo aðgerð teljist vera sérstaklega beint að samkeppnisaðila. Í þeim efnum er að sjálfsögðu ekki fullnægjandi að keppt sé um viðskiptavini, eins og rökstuðningur stofnunarinnar grundvallast raunar á, heldur þarf meira að koma til." IGS vísar einnig til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 og til dóms dómstóls EB í AKZO-málinu.

IGS áréttar að fyrirtækið hafi ekki gripið til ólögætrar verðlagningar til að mæta samkeppni, heldur hafi það einbeitt sér að því að bæta eigin rekstur. Tilgangur og markmið samkeppnislaga sé einmitt að stuðla að slíkri háttsemi fyrirtækja. Bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar sé hins vegar í andstöðu við meginmarkmið samkeppnislaga um að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðslupátta þjóðfélagsins. Í ákvörðuninni felist verðstýring og skerðing á viðskiptafrelsi sem dragi verulega úr hvata aðila á viðkomandi markaði til að reka fyrirtæki sín á sem hagkvæmastan hátt. Samkeppnisstofnun vísi í lok umfjöllunar sinnar til þess að háttsemi IGS sé til þess fallin að hrekja kvartanda af markaði. IGS hafni þessu alfarið og árétti að félagið hafi framlegð af öllum viðskiptasamningum sínum, eins og Samkeppnisstofnun hefði komist að raun um ef hún hefði sinnt rannsóknarskyldu

⁵ Fellt út vegna trúnaðar.



sinni og gætt andmælaréttar með fullnægjandi hætti. Það sé eina viðmiðið sem skipti máli.

Verði litið svo á að IGS hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga verði að telja að brot félagsins hafi ekki verið alvarlegt og að skilyrði séu til þess að beita ekki sektum samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga. Kæmi eftir sem áður til álita að leggja á sektir, séu ekki skilyrði til annars en að leggja á lágmarkssekt.

IGS sá ekki ástæðu til þess að fjalla um þann þátt málsins sem varðaði einkakaup en áskildi sér rétt til þess að koma að andmælum á síðari stigum málsmeðferðar.

Með bréfi, dags. 9. júní 2005, var Vallarvinum sent afrit af framangreindri umsögn IGS.

11.

Þann 3. júní 2005 sendi Samkeppnisstofnun bréf til IGS. Vísað var til þess að í umsögn félagsins frá 20. maí 2005 væri að finna athugasemdir sem lytu að útreikningum stofnunarinnar og forsendum sem stofnunin hefði stuðst við í ákvörðun sinni til bráðabirgða. Óskaði Samkeppnisstofnun eftir ýmsum upplýsingum um m.a. kostnað og tekjur af flugafgreiðslu félagsins. Svar barst með bréfi IGS, dags. 5. júlí 2005.

12.

Þann 14. júní 2005 sendi Samkeppnisstofnun bréf til IGS. Var IGS boðið að koma að sjónarmiðum sínum um meinta ólögmeða einkakaupasamninga félagsins og var félaginu veittur frestur til 30. júní 2005.

Tvö bréf bárust frá IGS og eru þau bæði dagsett 6. júlí 2005. Í öðru bréfinu er fjallað um ákvæði í samningi IGS við LTU. Í hinu bréfinu er fjallað um samskonar ákvæði í samningum við aðra flugrekendur. Verður nú gerð grein fyrir þeim meginsjónarmiðum sem fram koma í þessum bréfum.

Samningurinn við LTU

IGS vísar til þess að félagið sé reiðubúið til að breyta samningi sínum við LTU og gerir félagið tillögu að slíkri breytingu. Er sú tillaga sögð vera í samræmi við sátt framkvæmdastjórnar ESB og Frankfurt flugvallar þar sem fallist var á að breyta gildistíma samninga um flugafgreiðslu með þessum hætti. Segir félagið að það sé alþekkt að þótt skriflegir samningar liggja fyrir sé gildistími þeirra oft ekki virtur. Þannig hafi ekki reynt á það héraðs að menn sæki á viðskiptamenn sína og krefjist efnda vegna þess að ákvæði um gildistíma samninga séu ekki virt. Ástæða þess að IGS bjóðist til að gera framangreinda breytingu er sögð vera sú að gildistíminn, eins og hann komi fram í skriflegum samningum, sé oftast en ekki að ósk gagnaðila. Það hafi hvorki verið ætlun né vilji IGS að binda samningsaðila til viðskipta ef þeirra sé ekki óskað, enda sýni reynslan að viðskiptamenn hætti í viðskiptum líki þeim ekki samningssambandið. IGS segir að þessi tillaga sé sett fram án þess að í henni felist nokkur viðurkenning á því að nefnd ákvæði feli í sér brot á ákvæðum samkeppnislaga, enda telur félagið ekki að svo sé.



IGS telur að mestu leyti nægja að vísa til fyrri umsagna hvað varðar viðkomandi markað og stöðu félagsins á þeim markaði. Kemur fram að félagið telji þó nauðsynlegt að áréttu að takmarkaðar aðgangshindranir séu að hinum skilgreinda markaði.

IGS segir að Samkeppnisstofnun hafi komist að þeirri niðurstöðu að samningur félagsins um flugafgreiðslu við þýska flugfélagið LTU hafi líklega brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga þar sem í honum hafi falist ólögmæt einkakaup. Bent er á að samkvæmt orðalagi ákvæðis 3.2 í almennum samningsskilmálum alþjóðasamtaka flugfélaga (International Air Transport Association (IATA)) skuli viðkomandi flugfélag eingöngu kaupa flugafgreiðsluþjónustu af viðkomandi flugafgreiðsluaðila á samningstímanum. Vegna eðlis þjónustunnar geti aðeins einn aðili veitt þessa þjónustu á hverjum tíma og sé ákvæðið því rökbundin nauðsyn. Slík samningsákvæði séu sem slík hins vegar ekki ólögmæt, heldur aðeins þegar hægt sé að sýna fram á að þau takmarki eða hindri virka samkeppni og hindri verulega aðgang keppinauta. Lögmæti þeirra velti á skaðlegum áhrifum þeirra á viðkomandi markaði og þá sérstaklega umfang einkakaupanna og tímalengd samninga. Áhrif slíkra samninga séu metin í ljósi aðstæðna í hverju tilviki. Hafi til dæmis einkakaupasamningar með mjög langan gildistíma, eða allt að 15 árum í raforkusamningum, verið heimilaðir af framkvæmdastjórn ESB.

IGS kveðst ekki vera kunnugt um formlegar ákvarðanir samkeppnisyfirvalda á Íslandi eða á Evrópska efnahagssvæðinu sem varði einkakaupasamninga á flugafgreiðslumarkaði. IGS vísar þó til sáttar framkvæmdastjórnar EB við Flughafen Frankfurt/Main AG (FAG). Þann 14. janúar 1998 hafi framkvæmdastjórnin birt tvær ákvarðanir sem gerðu FAG að opna fyrir samkeppni á markaðnum fyrir flugafgreiðslu á Frankfurt flugvelli. Flugvöllurinn hafði haft einkaleyfi í flugafgreiðslu um langan tíma. Í kjölfar þess að opnað hafi verið fyrir samkeppni hafi FAG gert samninga við helstu viðskiptavinina sína með 3 til 10 ára gildistíma gegn umtalsverðum afsláttum. Framkvæmdastjórnin hafi þegar tilkynnt FAG að slíkir samningar brytu í bága við lög Evrópubandalagsins. FAG hafi þá fallist á að breyta gildistíma flugafgreiðslusamninganna þannig að þeir giltu í eitt ár í senn og framlengdust sjálfkrafa árlega, nema þeim væri sagt upp með sex mánaða fyrirvara. Hafi málinu lokið með þeim hætti. FAG hafi verið eini þjónustuaðilinn á flugvellinum hvað varðaði stærsta hluta flugþjónustu.

IGS segir að gildistími samninga á alþjóðlegum flugafgreiðslumarkaði sé mjög mismunandi. Félaginu sé kunnugt um samninga með gildistíma frá 60 dögum til 10 ára. Með sama hætti sé gildistími samninga félagsins mjög mismunandi. Heldur IGS því fram að því fari fjarri að 60 daga uppsagnarfrestur sé almennt viðtekin venja í samningum um flugafgreiðsluþjónustu. Megi sem dæmi nefna tiltekna samninga Icelandair við flugafgreiðsluaðila. Gildistími samninga um flugafgreiðslu sé almennt mun lengri heldur en þeir 60 dagar sem tilgreindir séu í almennum skilmálum IATA. Í því sambandi er vísað til ummæla á fundi IATA í maí 2004.

Skilmálar IATA, AHM 810, séu notaðir af flestum flugafgreiðsluaðilum í heiminum en hins vegar sé algengt að vikið sé frá einstökum ákvæðum þeirra, ekki síst um



gildistíma. Í því sambandi nægi að vísa til kennslugagna IATA um skilmálana, en þar komi skýrt fram að skilmálarnir séu einungis til viðmiðunar. Á áðurgreindum fundi IATA hafi verið ákveðið að breyta núverandi ákvæðum um uppsagnarfrest til að endurspegla betur viðteknar venjur í flugþjónustusamningum. Samkvæmt upplýsingum IGS sé venjulegur gildistími flugþjónustusamninga um 2 til 3 ár, þó mun lengri og styttri samningar séu að sjálfsögðu einnig til. Samningar IGS séu því að öllu leyti í samræmi við hefðbundna samninga á alþjóðlegum flugafgreiðslumarkaði. Þá segir:

„Meginástæður þess að gildistími umræddra samninga umbjóðanda okkar er með þeim hætti sem fyrir liggur, er það svigrúm sem slíkir samningar veita honum til að hagræða í rekstri sínum. Öryggi um magn viðskipta til framtíðar er grundvallarpáttur í því að geta hagað fjárfestingum í rekstrartækjum, fjölda af þjálfuðu starfsfólki og öðrum slíkum atriðum með sem hagkvæmustum hætti. Þetta er grundvöllur þess að rekstur umbjóðanda okkar er jafn hagkvæmur og raun ber vitni. Þá er ákveðin tímalengd samninga nauðsynleg svo hægt sé að viðhalda gæðum þjónustu umbjóðanda okkar. Í því sambandi verður að hafa í huga að umtalsverður hluti viðkomandi markaðar er árstíðabundin, þar sem flest flugfélög fljúga eingöngu hingað yfir sumarmánuðina. Samningar við þau félög eru því einungis virkir hluta úr ári.

Þá ber að líta til forsögu viðkomandi markaðar. Umbjóðandi okkar var áður aðeins deild í flugfélagi og hafði einkaleyfi til að veita flugafgreiðslu á Keflavíkflugvelli. Stutt er síðan samkeppni var gefin frjáls og umbjóðandi okkar hefur hægt og rólega verið að aðlaga viðskiptahætti og rekstur sinn að hinu nýja umhverfi. Umbjóðandi okkar gat áður gert sínar viðskipta- og rekstraráætlanir í nokkru öryggi um magn framtíðarviðskipta og er því töluvert áttak að umbylta rekstrinum þannig að tillit sé tekið til þess að þetta öryggi sé ekki fyrir hendi.

Flugfélög leggja einnig mikla áherslu á að samningar séu gerðir til langs tíma enda eru flugáætlanir þeirra tíðast settar upp til lengri tíma, sbr. meðfylgjandi samninga Icelandair ehf. við erlenda flugafgreiðsluaðila. Í rekstri flugfélaga er grundvallaratriði að fækka óvissupáttum, einkum varðandi kostnað, svo félögin geti metið hagkvæmni einstakra flugleiða til framtíðar. Í því sambandi er áreiðanlegt framboð þjónustu, þ. á m. flugafgreiðslu, á hagkvæmu verði mjög mikilvægt einkum vegna harðrar verðsamkeppni á flestum flugmörkuðum, sérstaklega eftir tilkomu svokallaðra lágfargjaldafélaga. Í því sambandi er rétt að benda á að framkvæmdastjórn Evrópusambandsins hefur fallist á einkakaupasamninga til allt að tveggja ára á þeim grundvelli að þeir veiti birgjum og kaupendum öryggi um stöðugleika framboðs vöru eða þjónustu.

Umbjóðandi okkar telur ennfremur að gildistími samninga hafi afar takmarkað gildi. Í því sambandi nægir að benda á þá verðlækkun sem bæði ... náðu fram á miðju samningstímabili. Vandséð er hvaða önnur ástæða getur legið verðlækkun til grundvallar hjá samningsbundnum viðskiptavinum, en sú að viðkomandi aðilar skipta einfaldlega um þjónustuaðila sé ekki fallist á kröfur þeirra. Þá eru óþekkt dæmi um það að slíkum ákvæðum hafi verið framfylgt þegar flugfélög hafa skipt um þjónustuaðila. Í því sambandi verður að hafa í huga að í samningunum er ekki



kveðið á um nein féviti eða annað slíkt þó skipt sé við annan flugafgreiðsluaðila. Þá er afar einfalt fyrir flugfélög að losa sig undan samningum með því að vísa til vanefnda flugafgreiðsluaðila, enda ítarlegar þjónustuskyldur lagðar á þá sem ávallt verður einhver misbrestur á að uppfylla hjá öllum flugafgreiðsluaðilum. Frá eðlilegum viðskiptasjónarmiðum er ekki ráðlegt að sækja á viðskiptamenn þótt þeir virði ekki tímalengd samninga því ekki er útilokað að viðskiptamaður komi aftur í viðskipti síðar. Ef gengið yrði fast eftir því að gildistímaákvæði væru virt þá er þar með verið að útiloka hugsanleg viðskiptatækifæri síðar.

Til viðbótar við það sem getið er hér að framan er til þess að líta að umbjóðandi okkar, Icelandair og Flugfélag Íslands tilheyra sömu fyrirtækjasamstæðu í skilningi samkeppnislaga. Samningar við þau félög falla því ekki undir 11. gr. samkeppnislaga enda getur umbjóðandi okkar ekki misbeitt meintri markaðsráðandi stöðu sinni gegn sjálfum sér."

Verði litið svo á að IGS hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga verði að telja að brot félagsins hafi ekki verið alvarlegt og að skilyrði séu til þess að beita ekki sektum samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga. Kæmi hins vegar eftir sem áður til álita að leggja á sektir þá séu ekki skilyrði til annars en að leggja á lágmarkssekt.

Samningar við aðra flugrekendur

Í síðara bréfi sínu vísar IGS til þess að Samkeppnisstofnun hafi til athugunar 11 samninga félagsins við flugrekendur um flugafgreiðslu. Skoðunin snúi að tímalengd samninganna með vísan til bráðabirgðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar frá 29. apríl 2005. IGS setur fram sjónarmið um að lögmæti þessara samninga beri að skoða í sjálfstæðu stjórnarsýslumáli en ekki í einu máli með samningnum við LTU.

IGS vísar til þess að félagið sé reiðubúið að breyta umræddum samningum sínum og gerir félagið tillögu að slíkum breytingum. Að öðru leyti koma að meginstefnu fram efnislega sömu sjónarmið og í bréfi félagsins vegna LTU samningsins.

13.

Þann 23. ágúst 2005 sendi Samkeppniseftirlitið tölvubréf til IGS og óskaði eftir skýringum á nokkrum atriðum sem fram höfðu komið í bréfum félagsins. Svar IGS barst með bréfi frá 9. september 2005. Svar IGS gaf tilefni til þess að afla viðbótarupplýsinga frá félaginu og var það gert með bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 13. september 2005. Svar barst með bréfi IGS, dags. 21. september 2005.

14.

Með bréfum, dags. 2. desember 2005, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Vallarvinum og Suðurflugi. Bárust umbeðnar upplýsingar þann 5. desember 2005.

15.

Þann 6. desember 2005 sendi Samkeppniseftirlitið IGS andmælaskjal stofnunarinnar, ásamt lista yfir gögn málsins. Í andmælaskjalinu kemur fram að athugasemdir og gögn sem borist hafi Samkeppniseftirlitinu eftir að



Samkeppnisstofnun tók ákvörðun til bráðabirgða í málinu gefi tilefni til þeirrar umfjöllunnar sem sé að finna í skjalinu.

Í andmælaskjalinu eru færð fyrir því rök að IGS sé í einstakri yfirburðastöðu á hinum skilgreinda markaði. Einnig er það rökstutt að í tíu samningum IGS við flugrekendur sé að finna ákvæði um einkakaup sem virðast fara gegn 11. gr. samkeppnislaga, þ.m.t. ákvæði í samningnum við LTU. Jafnframt eru sett fram rök fyrir því að tilboð IGS til LTU hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Kemur einnig fram að tilefni geti verið til að beita heimildum 37. gr. samkeppnislaga til álagningu stjórnvaldssekta nema andmæli IGS leiði til annars. Var IGS gefinn frestur til 20. desember 2005 til þess að koma að andmælum sínum. Greint var frá því að Vallarvinir óskuðu ekki eftir því tjá sig um andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins.

Umsögn IGS barst með bréfi, dags. 9. janúar 2006. Í henni eru gerðar ýmsar athugasemdir við bæði form og efni málsins.

Ágallar á málsmeðferð

IGS telur rökstuðning í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins verulegum annmörkum háðan og sérstaklega skorti á að tekið sé efnislega á fyrri athugasemdum og röksemdum félagsins. IGS hafi í þessari umsögn leitast við að takmarka endurtekningar úr fyrri umsögnum þótt ómögulegt sé að forðast þær með öllu, þar sem þessi atriði virðist ekki hafa náð athygli samkeppnisyfivalda. Skorar IGS því á Samkeppniseftirlitið að útbúa skjal sem geri með skýrum og fullnægjandi hætti grein fyrir því með hvaða hætti háttsemi IGS fari gegn ákvæðum samkeppnislaga og tekið sé á þeim atriðum sem IGS hafi fært fram gegn því. Að öðrum kosti sé réttur IGS til andmæla skertur með óviðunandi hætti og andmælaskjalið nái ekki þeim markmiðum að mál verði að fullu upplýst áður en ákvörðun er tekin og aðilum auðveldað að nýta andmælarétt sinn, sbr. 2. mgr. 17. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Athugasemdir IGS verði jafnframt að virða í því ljósi að félagið telji erfitt að henda reiður á málalíbúnaði Samkeppniseftirlitsins auk þess sem hann virðist, a.m.k. að hluta til, vera í ósamræmi við viðurkennda túlkun á 11. gr. samkeppnislaga.

Í andmælaskjalinu sé þess ekki getið að bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar nr. 1/2005 hafi ekki verið staðfest af samkeppnisráði innan tilskilins frests, eins og áskilið hafi verið í þágildandi samkeppnislögum. Hafi bráðabirgðaákvörðunin því fallið úr gildi. Í andmælaskjalinu sé hins vegar vísað til bráðabirgðaákvörðunarinnar eins og hún hefði fullt gildi. Segir m.a. á fyrstu blaðsíðu að „að öðru leyti ber að virða andmælaskjal þetta í samhengi við bráðabirgðaákvörðunina eftir því sem við á og með hliðsjón af þeirri umfjöllun sem hér fer á eftir.“ IGS fallist ekki á að heimilt sé að byggja á bráðabirgðaákvörðuninni á nokkurn hátt eftir að hún hafi fallið úr gildi. Sé því enn meiri ástæða fyrir Samkeppniseftirlitið en ella að gefa út nýtt skjal, enda að hluta til byggt á staðreyndum, útreikningum, sjónarmiðum og röksemdum sem séu rangar og Samkeppnisstofnun lagði ekki til staðfestingar samkeppnisráðs.



IGS verði enn og aftur að gera athugasemd við þann skamma frest sem félaginu hafi verið veittur til andmæla. Upphaflega hafi verið veittur tveggja vikna lágmarksfrestur til andsvara sem hafi síðan verið framlengdur til 9. janúar 2006. Mál þetta sé nokkuð flókið og umfangsmikið auk þess sem málatilbúnaður Samkeppniseftirlitsins bendi til þess að um nýja eða a.m.k. mjög framsækna túlkun á 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða. Telji IGS þennan skamma frest því óviðunandi og þá sérstaklega þegar tekið sé tillit til á hvaða tíma árs andmælaskjalið hafi verið birt.

Markaðir

IGS bendir á að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins segi að ekki sé tilefni til að skilgreina markaðinn á annan hátt en gert hafi verið í bráðabirgðakvörðun Samkeppnisstofnunar nr. 1/2005. Í þeirri ákvörðun hafi markaðurinn verið skilgreindur sem afgreiðsla farþegaflugs á Keflavíkurflugvelli. Síðan segir: „Í fyrstu umsögn umbjóðanda okkar dagsettri, 2. júlí 2004, segir: „Sá markaður sem hér um ræðir er væntanlega þjónusta við áætlunarflugvélar í farþegaflugi til og frá Keflavíkurflugvelli. Hugsanlegt er að markaðurinn sé skilgreindur víðari eða þjónusta við allt flug á Keflavíkurflugvelli, þ.e. bæði áætlunarflug og leiguflug, farþegaflug og fraktflug og einstaka flugvélar. Sú þjónusta sem veitt er margháttuð en ekki er ástæða til að greina á milli einstakra þjónustupátta við skilgreiningu markaða. Ætla má að landfræðilegur markaður sé Keflavíkurflugvöllur.“ Í umsögn umbjóðanda okkar, dags. 29. júlí 2004, er miðað við svipuð sjónarmið en í umsögn hans, dags. 28. september 2004, er eftirfarandi áréttað: „Kvartandi skilgreinir markaðinn sem þjónustu við farþegaflugvélar í og við Flugstöð Leifs Eiríkssonar (hér eftir FLE). Umbjóðandi okkar getur ekki fallist á svo þrönga skilgreiningu viðkomandi markaðar. Telur hann ljóst að þjónusta við flugvélar er sambærileg, hvort sem miðað er við áætlunarflug, leiguflug eða einkaflug og hvort sem hún er framkvæmd í FLE eða annars staðar á flugvellinum. Í því sambandi skiptir meginmáli að allir flugþjónustuaðilar geta auðveldlega þjónustað allar tegundir flugs. Takmörkun viðkomandi markaðar við farþegaflugvélar er í ósamræmi við raunverulega starfsemi flugþjónustuaðila, enda er flugþjónusta í eðli sínu sú sama, þó stigsmunur kunni að vera á henni eftir tegund flugs.“

Í andmælaskjalinu er ekki rökstutt hvernig skilgreina á markaði eða fjallað um framangreindar röksemdir eins og fullt tilefni hefði verið til. Umbjóðandi okkar krefst þess að markaður verði skilgreindur skýrlegar áður en endanleg ákvörðun verður tekin í málinu, sbr. framangreindar athugasemdir.

Umbjóðandi okkar telur afar ólíklegt að fullyrðingar SE um að Suðurflug hafi ekki starfað á viðkomandi markaði árið 2004 séu í samræmi við staðreyndir. Telur umbjóðandi okkar að þessi niðurstaða SE hljóti að orsakast af ófullnægjandi rannsókn málsins. Þar sem ekki er gerð grein fyrir rökstuðningi fyrir þessari niðurstöðu með neinum hætti í andmælaskjalinu getur umbjóðandi okkar þó ekki fullyrt um það. “

IGS vekur í þessu sambandi athygli á því að varnarliðið á Keflavíkurflugvelli hafi nýlega boðið út rekstur flugstöðvar varnarliðsins. Félagið hafi tekið þátt í útboðinu



en Suðurflug ehf., dótturfélag Avion Group, hafi orðið hlutskarpast og tekið við rekstrinum þann 1. desember s.l. Samningurinn feli í sér daglegan rekstur flugstöðvar varnarliðsins og afgreiðslu á öllum herflugvélum, þ. á m. farþegaflugvélum, sem um völlinn fara. Þær séu um 3000 á ári og af öllum stærðum og gerðum. Markaðsstaða Suðurflugs hafi því styrkst verulega.

Markaðsstaða

IGS segir að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins sé einungis vísað til markaðshlutdeildar félagsins sem rökstuðning fyrir einstakri yfirburðastöðu fyrirtækisins á markaði. Að öðru leyti sé látið nægja að vísa til brottfallinnar bráðabirgðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar nr. 1/2005. IGS telur ljóst að hér sé engan veginn um fullnægjandi rökstuðning að ræða. Þá virðist 5% markaðshlutdeild vera undanskilin í mati Samkeppniseftirlitsins, án þess að tilgreint sé hver hafi þá hlutdeild. Þannig segir að IGS hafi 90-95% markaðshlutdeild en Vallarvinir 0-5%. Muni þar um 5%, nema hlutdeildin sé 95% og 5%.

Þá leggur IGS sérstaka áherslu á að félagið hafi ítrekað vísað til þess í umsögnum sínum að takmarkaðar aðgangshindranir séu fyrir hendi á viðkomandi markaði eins og innkoma og árangur keppinauta félagsins sanni. Hvorki í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins né í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar nr. 1/2005 sé hins vegar vikið einu orði að þessu atriði. IGS vísi í fyrri röksemdir sínar hvað þetta varðar og árétti að fyrirtæki geti einungis beitt markaðsstyrk sínum ef eitthvað hindrar innkomu mögulegra keppinauta þess á viðkomandi markað, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2001. Þegar af þessari ástæðu telji félagið ljóst að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um markaðsráðandi stöðu þess standist ekki.

Hér megi einnig vísa til þess að í andmælaskjalinu segi aðeins um markaðshlutdeild að stuðst sé við tekjur á árinu 2004. Ekki komi fram hvaðan þessar tekjur stafi. Í þessu sambandi áréttar IGS að í útreikningum Samkeppnisstofnunar á markaðshlutdeild í bráðabirgðaákvörðun nr. 1/2005 hafi verið notaðar tekjur af afgreiðslu farþegaflugs og tengdum rekstri. Þetta hafi leitt til rangra niðurstaðna um markaðshlutdeild félagsins.

IGS telji ennfremur að taka verði tillit til starfsemi varnarliðsins á Keflavíkurflugvelli þegar markaðshlutdeild sé reiknuð út. Félagið hafi ekki fullnægjandi upplýsingar til að reikna út markaðshlutdeild en ætla megi að um 30% þeirra flugvéla sem fari um Keflavíkurflugvöll séu á vegum varnarliðsins.

IGS árétti að Icelandair sé ekki markaðsráðandi. Nýlegar fréttir um innkomu SAS-Braathens og British Airways á íslenskan flugmarkað staðfesti að aðgangshindranir á þeim markaði sem Icelandair starfi á séu mjög takmarkaðar. IGS ítreki að lokum að félagið njóti ekki markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði vegna takmarkaðra aðgangshindrana og mikils kaupendastyrks. Afgreiðslur vegna Icelandair, Iceland Express og varnarliðsins á Keflavíkurflugvelli hafi líklega verið um 80-90% af heildarfjölda afgreiðslna á viðkomandi markaði árið 2004. Hreyfingar þessara aðila á milli þjónustuaðila geti breytt



markaðshlutdeild á viðkomandi markaði mikið eins og markaðsstaða Suðurflugs í dag sanni.

Einkakaupasamningar

IGS heldur því fram að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins séu engar sjálfstæðar röksemdir færðar fram til stuðnings því að samningar þeir sem eftirlitið hafi til skoðunar séu ólögmætir, heldur sé að mestu leyti vísað til bráðabirgðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar nr. 1/2005. Um þær röksemdir sem fyrirtækið hafi sett fram eftir að bráðabirgðaákvörðun hafi verið tekin, sbr. umsögn dags. 6. júlí 2005, fyrir því að ekki sé um ólögmæta einkakaupasamninga að ræða, segi einungis að Samkeppniseftirlitið fái ekki séð að þau rök breyti þessu mati „á þessu stigi málsins“. Tekur IGS fram að hætt sé við að markmið andmælaskjals eins og það sé skilgreint í 17. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 missi marks ef röksemdir Samkeppniseftirlitsins komi ekki fram með skýrari hætti í slíku skjali, enda sé aðila máls þá gert mjög erfitt að nýta andmælarétt sinn.

IGS telji því nauðsynlegt að benda enn og aftur á að einkakaupaákvæði og gildistími þeirra tíu samninga sem Samkeppniseftirlitið vísi til, sem og annarra flugafgreiðslusamninga, hafi afar takmarkað skuldbindingargildi. IGS hafi áður nefnt þá verðlækkun sem tilteknir viðskiptavinir hafi náð fram á miðju samningstímabili en hér megi jafnframt benda á nýlegt brotthvarf Íslandsflugs hf. (Air Atlanta Icelandic) úr viðskiptum við félagið. Það dæmi eigi raunar sérstaklega vel við hér þar sem samningur IGS við það félag sé einn af þeim samningum sem Samkeppniseftirlitið telji brjóta í bága við 11. gr. samkeppnislaga. Sé vandséð hvert hið meinta brot á 11. gr. samkeppnislaga gæti verið í því tilviki.

Íslandsflug hafi hætt viðskiptum við IGS um mánaðamótin maí-júní s.l. eða rúmu ári fyrir áætluð lok samningsins samkvæmt gildistímaákvæði hans. Sé því félagi nú þjónað af keppinauti IGS, Suðurflugi. IGS hafi ekkert getað gert við þessari ákvörðun Íslandsflugs. Staðfesti þetta að gildistími samkvæmt umræddum samningum sé einungis til viðmiðunar og hafi ekkert skuldbindingargildi. Vísar IGS einnig til dóms undirréttar EB í máli nr. T-65/89 og til dóms Hæstaréttar í máli nr. 323/2003.

IGS kveðst vera að fullu kunnugt um að samkeppnisyfirvöld telji ólögmæti einkakaupa ekki háð því að skuldbindingin sé gegn endurgjaldi. Félagið leggi hins vegar sérstaka áherslu á að ef ákvæði um einkakaup hafi ekkert eða takmarkað skuldbindingargildi þá sé það ekki til þess fallið að hindra virka samkeppni með því að útiloka keppinauta frá viðkomandi markaði. Í dómi Evrópudómstólsins nr. 85/76 sé með sama hætti vísað til þess að umræddum ákvæðum sé ætlað að svipta eða takmarka valkosti viðskiptavina og loka markaðnum fyrir keppinautum. Ef viðskiptavinir geti hins vegar hætt í viðskiptum án nokkurra afleiðinga, eins og dæmi sanni að raunin sé um viðskiptavini IGS, sé ljóst að ekki sé um eiginlegt einkakaupaákvæði að ræða.

Vísað er til þess að í umsögn IGS frá 6. júlí 2005 komi fram að flugfélög legðu oft á tíðum mikla áherslu á að samningar væru gerðir til lengri tíma. Í rekstri



flugfélaga væri grundvallaratriði að fækka óvissupáttum, einkum varðandi kostnað, svo félögin gætu metið hagkvæmni einstakra flugleiða til lengri tíma. Ef IGS sé meinað að keppa um viðskipti þeirra flugfélaga sem óska eftir samningum með löngum gildistíma sé einsýnt að dregið sé úr samkeppni á markaðnum í beinni andstöðu við markmið samkeppnislaga.

Nú síðast hafi British Airways sett það skilyrði í útboði sínu að samningur yrði gerður til langs tíma en félagið hyggist hefja flug frá Keflavík til London 26. mars 2006 og fljúga fimm sinnum í viku. Ljóst sé að grundvallarskilyrði þess að félagið geti boðið þjónustu sína og verið samkeppnishæft sé að það fái sem hagstæðast verð og þjónustu í flugafgreiðslu. Ljóst sé að verulega dragi úr líkum á því ef einn aðili á viðkomandi markaði sé útilokaður frá þessum viðskiptum.

Að lokum sé mikilvægt að hafa í huga að strax í kjölfar bráðabirgðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar hafi IGS hafið samningaviðræður við viðskiptavinum sína um styttingu gildistíma samninga. Þrátt fyrir að ákvörðunin hafi fallið úr gildi stuttu síðar og ekki haft réttaráhrif hafi IGS haldið viðræðunum áfram og í dag sé gildistími flestra samninga félagsins innan við eitt ár. Hafi IGS þannig gengið lengra en nauðsyn hafi borið til svo ljúka mætti rannsókn samkeppnisyfirvalda sem allra fyrst. Vísar IGS aftur til sáttar framkvæmdastjórnar EB við Flughafnen Frankfurt/Main AG.

Tilboð til LTU

IGS vísar til þess að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins komi fram að eftirlitið telji það brot á 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki grípi til sértækrar verðlækkunar eða tilboða sem beint sé gegn viðskiptavinum smærri keppinauta og séu til þess fallin að valda röskun á samkeppni.

IGS bendir á þá rökvillu sem félagið telur felast í þessari fullyrðingu Samkeppniseftirlitsins. Samkeppni hafi verið skilgreind sem viðleitni fyrirtækja til að selja vöru eða þjónustu á ákveðnum markaði þegar svo standi á að sala eins fyrirtækis geti haft áhrif á sölumöguleika annars. Virk samkeppni hljóti alltaf að felast í því að reyna að ná viðskiptavinum af keppinautum. Samkeppni og tilboð markaðsráðandi fyrirtækis geti ekki beinst að öðrum en viðskiptavinum smærri keppinauta og einhver árangur í þeirri samkeppni hljóti alltaf að valda þeim keppinautum skaða. Í því samhengi megi áréttta að samkeppnislögum sé ekki ætlað að vernda einstaka markaðsaðila heldur virka samkeppni. Vísað er m.a. til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 þessu til stuðnings.

IGS segir að málatilbúnaður Samkeppniseftirlitsins feli hins vegar í sér að félaginu sé með öllu meinað að gera viðskiptavinum keppinauta tilboð. Samkeppniseftirlitið tilgreini þó engar heimildir fyrir þessari túlkun sinni á samkeppnislögum og veki það nokkra athygli. Raunar sé IGS ekki kunnugt um nein fordæmi eða umfjöllun fræðimanna sem styðji þessa túlkun á samkeppnislögum. Þá fái IGS ekki séð hvernig þessi krafa geti samrýmst markmiði og tilgangi samkeppnislaga um eflingu virkrar samkeppni í viðskiptum, sbr. 1. gr. laganna. Í kröfunni felist takmörkun á frelsi í viðskiptum en eitt af markmiðum samkeppnislaga sé einmitt að vinna gegn slíkum takmörkunum.



Í öðru lagi vísi Samkeppniseftirlitið til dóma undirréttar EB í máli nr. T-65/89 og T-228/97 til stuðnings upphaflegri forsendu sinni. IGS fái hvorki séð að þessir dómar veiti grundvöll fyrir þeirri ályktun né að þeir eigi að öðru leyti við í fyrirbyggjandi máli. Það fyrrnefnda hafi varðað tilboð markaðsráðandi fyrirtækis um einkakaup, verulega afslætti og forgang um afhendingu vöru, sem hafi ekki verið í samræmi við hefðbundna viðskiptaskilmála þess og hafi eingöngu verið boðið þeim viðskiptavinum sem einnig ættu viðskipti við keppinauta hins markaðsráðandi fyrirtækis. Í því síðarnefnda hafi með sama hætti verið sérstakir viðskiptaskilmálar og afslættir eingöngu boðnir viðskiptavinum sem samkeppni hafi verið um. Eigi þessir dómar því engan veginn við í því samhengi sem þeir séu nefndir í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins.

Í þessu sambandi leggi IGS einnig áherslu á að grundvöllur þess að fyrirtækið hafi brotið gegn samkeppnislögum miðað við forsendur Samkeppniseftirlitsins, sé a.m.k. sönnun fyrir því að IGS hafi lækkað verð til LTU umfram verð til annarra viðskiptavina. Í dómi T-228/97 hafi einmitt verið talið að framkvæmdastjórn EB hefði ekki tekist að sanna slíkt. Samkeppniseftirlitið hafi ekkert fært fram til sönnunar á þessu atriði enda skeri tilboð félagsins til LTU sig ekki með neinum hætti úr hefðbundnum viðskiptaskilmálum þess og verð LTU sé eðlilegt. Ennfremur árétti IGS að félagið hafi enga áætlun gert um útrýmingu samkeppni á viðkomandi markaði.

Þá fullyrði Samkeppniseftirlitið að þegar um þá háttsemi sé að ræða sem greini í upphafi þessa kafla þá skipti ekki máli að lögum hvort viðkomandi tilboð hafi verið undir kostnaði viðkomandi fyrirtækis. Vísað er til dóms undirréttar EB í máli nr. T-30/89 en IGS fái ekki séð að þessi dómur styðji umrædda ályktun. IGS vísar einnig til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 22/2003 og úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins sé ekkert fjallað um atriði sem þar komi fram og þegar af þeirri ástæðu séu niðurstöður þess rangar.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins sé ekki vikið einu orði að því hvort verðlagning í samningi IGS við LTU feli í sér frávík frá breytilegum kostnaði. Það sé mjög athyglisvert því annað hafi komið fram í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar. Þetta fráhvarf frá fyrri nálgun samkeppnisyfirvalda kunnir þó að skýrast af því að verðlagning IGS sé ávallt mikið hærri en breytilegur kostnaður, eins og komið hafi fram í umsögn IGS, dags. 20. maí 2005.

Síðan segir þetta: „Í andmælaskjali SE er nú fullyrt að ekki skipti máli hvort „undirboð“ umbjóðanda okkar til LTU hafi verið undir kostnaði. Í andmælaskjalinu er þrátt fyrir þetta löng umfjöllun um verðlagningu umbjóðanda okkar. Er mjög athyglisvert hvað þessi umfjöllun er löng í samanburði við afar takmarkaðan rökstuðning um eina atriðið sem SE telur valda ólögmati aðgerða umbjóðanda okkar þ.e. sértæki þeirra. Umbjóðandi okkar ítrekar þó að þessi fullyrðing er ekki í samræmi við túlkun æðra stjórnvalds á sviði samkeppnisréttar á reglum samkeppnislaga hvað varðar verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækja, sbr. umfjöllun hér framar.



Hvað sem því líður er ómögulegt að taka undir umfjöllun SE um verðlagningu umbjóðanda okkar. Í fyrsta lagi dregur SE í efa rekstrarhagræðingu hjá félaginu síðustu ár. Umbjóðandi okkar áréttar umfjöllun í fyrri umsögnum hvað þetta varðar en hann vill þó vekja sérstaka athygli á eftirfarandi atriðum. Í maí árið 2002 náðist mikil hagræðing þegar vaktafyrirkomulaginu 2,2,3 var sagt upp. Allir starfsmenn félagsins fengu uppsagnarbréf þar sem þessu ákvæði í ráðningarsamningi þeirra var sagt upp og með því fékk félagið þann sveigjanleika sem nauðsynlegur var til að mæta þeim sveiflum sem eru á álagi innan daga, vikna og mánaða. Árið 2004 náðist ennfremur mikil hagræðing í kjarasamningum við Verkalýðs- og sjómannafélag Keflavíkur. Vaktaskipulagi var breytt þannig að nú má skipuleggja vaktir með tímalengd á milli 4 og 12 tíma. Þá var reynslutími fyrir fastráðningu lengdur úr þrem í sjö mánuði og einkennisfatnaði er nú úthlutað eftir þörfum í stað fastákveðins magns. Í því sambandi má nefna að umbjóðandi okkar minnkaði verulega kostnað við einkennisfatnað árið 2003 þegar hann skipti um birgi. Að lokum má áréttar að umbjóðandi okkar tók vorið 2003 upp deildarskiptar ráðningar, sem felst í því að starfsmenn sinna störfum fyrir mismunandi deildir sem felur í sér augljóst kostnaðarhagræði.

Í öðru lagi telur umbjóðandi okkar notkun SE á þeim framlegðar- eða álagningartölum sem umbjóðandi okkar studdist við í útreikningum með umsögn, dags. 2. júlí 2004, ómálefnalega og leiða til rangra niðurstaðna. Þessar tölur voru framlegðar eða álagning sem umbjóðandi okkar gaf sér í þeirri viðleitni að verða við upplýsingabeitni Samkeppnisstofnunar og reikna út kostnað við þjónustu í samræmi við þá beitni. Í umsögn umbjóðanda okkar, dags. 9. september 2005, kemur fram að þegar afkoma heildarinnar var skoðuð hafi komið ljós að þessi framlegð var ofáætluð. Þá voru þessir útreikningar ekki lagðir til grundvallar afgreiðsluverði eins og SE heldur fram, heldur voru þeir eins og fyrr sagði teknir saman í tilefni af og á grundvelli upplýsingabeitni Samkeppnisstofnunar. Þeir útreikningar sem umbjóðandi okkur leggur til grundvallar ákvörðun afgreiðsluverðs eru mun óformlegri. Þá hefur síðar komið í ljós að útreikningar á fylgiskjöllum 1 A-C, með umsögn dagsettri 2. júlí 2004, stóðust ekki og höfnuðu samkeppnisyfirvöld þeim í bráðabirgðaákvörðun nr. 1/2005. Er því mjög sérkennilegt að SE styðjist nú við þá útreikninga og velji úr þeim tölur og forsendur til nota í útreikningum sínum.

Í þriðja lagi segir SE að ekki verði „annað ráðið af þessum gögnum en að afgreiðsluverðið hafi verið grundvallað á bestu upplýsingum um rekstur félagsins og þar með vitneskju um allan kostnað við afgreiðslu farþegaflugs á vegum félagsins“. Eins og vikið var að hér að ofan voru þessi gögn ekki grundvöllur afgreiðsluverðs. Raunar segir orðrétt í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar nr. 1/2005: „Til skýringar á framangreindum verðmun kallaði Samkeppnisstofnun upphaflega m.a. eftir verðútreikningum sem sýndu undirbúning að tilboðsgerð fyrirtækisins til LTU. Slíkar upplýsingar bærust hins vegar ekki.“ Síðar segir orðrétt: „Þannig er það mat Samkeppnisstofnunar að kostnaðargreining sú sem IGS lét stofnuninni í té upphaflega, gefi ekki rétta mynd af öllum raunkostnaði félagsins.“ Umbjóðandi okkar áréttar jafnframt að mistök ollu því að útreikningar í



framangreindum gögnum stóðust ekki að öllu leyti, sbr. umsagnir dags. 20. maí og 9. september 2005. Fær umbjóðandi okkar því ekki skilið þessa fullyrðingu.

Í fjórða lagi heldur SE því fram að „um reiknaða hagnaðarálagningu af þjónustu félagsins við áætlunarflug sé að ræða.“ Segir að þessari túlkun sé greinilega haldið fram í bráðabirgðaákvörðun nr. 1/2005 án athugasemda umbjóðanda okkar. Umbjóðanda okkar hefur reynst ómögulegt að finna tilvísun til þessarar túlkunar í bráðabirgðaákvörðuninni. Það næsta sem komst því var eftirfarandi málsgrein: „Samkvæmt þeim upplýsingum sem fram koma í töflunni hefur IGS reiknað með svipaðri afkomu af afgreiðslu flugvéla fyrir LTU eins og af afgreiðslu flugvéla annarra flugfélaga, þ.e. tekjum sem væru [...] %⁶ hærrí en heildarkostnaður.“ Umbjóðandi okkar telur þó einsýnt að í þessu felst ekki framangreind túlkun og óskar hann því eftir nánari útskýringum á þessu atriði svo hann geti komið sjónarmiðum sínum að. Áréttar hann jafnframt að þessi framlegð reyndist ofáætluð, sbr. umfjöllun hér að framan.

Í fimmta lagi mótmælir umbjóðandi okkar útreikningum SE á áætluðum rekstrargjöldum og rekstrartekjum. Þeir eru rangir enda byggir SE á framlegðarútreikningum sem samkeppnisyfírvöld hafa sjálf sagt að standist ekki og framlegð sem var ofáætluð miðað við staðreyndir í rekstri umbjóðanda okkar. Ennfremur virðast útreikningar SE eingöngu miðast við áætlunarflug. Áréttar umbjóðandi okkar að áætlanir hans og uppgjör eru ekki takmörkuð með þeim hætti.

Í sjötta lagi liggur fyrir í málinu að áætlanir umbjóðanda okkar gerðu ráð fyrir góðum hagnaði árið 2004 og að þær áætlanir gengu ekki eftir. Umbjóðandi okkar fær því ekki skilið hvers vegna SE telur þörf á að reikna þessi atriði sérstaklega út enda hvílir engin lagaskylda á fyrirtækjum, jafnvel þó þau séu markaðsráðandi, að skila hagnaði í samræmi við rekstraráætlanir. Tilvísun SE til þess að lækkun á afgreiðsluverði hafi meðvitað verið á kostnað áætlaðs hagnaðar er því torskilin, enda í fullu samræmi við markmið samkeppnislaga að samkeppni minnki hagnað félaga. Þá gerði umbjóðandi okkar ráð fyrir að öll tilboðin myndu skila honum hagnaði. ...

Því fer fjarri að rekstrarkostnaður hafi verið vantallinn við samningaviðræður umbjóðanda okkar um verð við LTU á árinu 2004 og mótmælir umbjóðandi okkar því sérstaklega að einhverjum hluta rekstrar hans hafi ekki verið ætlað að skila framlegð til heildarhagnaðar fyrirtækisins.

Í sjöunda lagi telur umbjóðandi okkar að SE seilist afar langt í rökstuðningi sínum þegar það segir að í málinu liggi fyrir að tap sé af samningi umbjóðanda okkar við LTU.“

Þá vísar IGS til umsagnar félagsins frá 20. maí 2005. Í því sambandi vilji IGS jafnframt benda á að verðlagningarhluti máls þessa lúti eingöngu að tilboði IGS til LTU. Umfjöllun Samkeppniseftirlitsins lúti hins vegar að miklu leyti að

⁶ Fellt út vegna trúnaðar



málatilbúnaði eftirlitsins varðandi verð á flugafgreiðslu til annarra áætlunarflugfélaga o.s.frv. Sé það nokkuð annarlegur rökstuðningur miðað við að umfjöllunin á að fjalla um að verðlagning IGS til LTU hafi verið óeðlileg.

IGS mótmæli sérstaklega þeirri órökstuddu fullyrðingu Samkeppniseftirlitsins að félagið hafi niðurgreitt verðlækkun með tekjum af starfsemi þar sem félagið eigi í takmarkaðri samkeppni. Þessi staðhæfing eigi sér engan grundvöll enda tilgreini Samkeppniseftirlitið ekki einu sinni þá starfsemi sem umræddar niðurgreiðslur eiga að berast frá og IGS eigi ekki að eiga í samkeppni.

IGS telur rökstuðning Samkeppniseftirlitsins fyrir sértækum aðgerðum félagsins með öllu ófullnægjandi. Í andmæskjalinu segi einungis að LTU hafi verið í viðskiptum við Vallarvini, að IGS hafi boðið LTU lægra verð en Vallarvinir og að IGS hafi lýst því yfir að félagið gæti undirboðið Vallarvini samhliða því að veita meiri þjónustu. Þessi þrjú atriði virðist nægja að mati Samkeppniseftirlitsins til að sanna og sýna fram á sértæki og ólögmati tilboðs IGS. Geti IGS ekki annað en lýst furðu sinni á þessum rökstuðningi enda telji félagið þessi atriði þvert á móti endurspeglu virka og eðlilega samkeppni. Þá hafi þessum atriðum og fleiri til viðbótar verið svarað ítarlega í umsögn félagsins, dags. 20. maí 2005, vegna bráðabirgðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar. Ekki sé vikið einu orði að þessum atriðum. Telji IGS því rétt að vísa til þeirra nú og óska eftir efnislegum rökstuðningi Samkeppniseftirlitsins fyrir því að þau eigi ekki við.

IGS segir að þessum rökstuðningi beri ekki saman við þau viðmið sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála tilgreini í þessum efnunum, sbr. úrskurð nr. 17-18/2003. Í þessu sambandi sé einnig rétt að nefna að í þeim erlendu fordæmum sem Samkeppniseftirlitið tilgreini í andmæskjalinu hafi tilboð hins markaðsráðandi fyrirtækis ekki verið í samræmi við hefðbundna viðskiptaskilmála þess og einungis staðið þeim viðskiptavinum til boða sem versluðu við keppinauta þess eða samkeppni var um. Sé það áréttað af IGS að tilboð félagsins til LTU sé ekki með neinum hætti frábrugðið hefðbundnum viðskiptaskilmálum.

IGS segir að Samkeppniseftirlitið hafi ekki fært fram nein rök eða lagt fram gögn um að félagið hafi áætlun um eða að tilgangur verðlagningar hafi verið að bola Vallarvinum út af markaðnum. IGS telji jafnframt skipta miklu að háttsemi félagsins sé í fullkomnu samræmi við eðlilega hegðun fyrirtækja á samkeppnismarkaði sem einkennist nokkuð af útboðum eða tilboðum í viðskipti. Lýsing Samkeppniseftirlitsins á hegðun IGS sem árásarhegðun lýsi mikilli hlutdrægni og ómálefnalegu viðhorfi til þessa máls. IGS sé fyrirtæki í samkeppni og hljóti því að vera heimilt að gera tilboð til kaupenda þjónustu á viðkomandi markaði eftir bestu getu. IGS telji ljóst að viðleitni félagsins til að hagræða í rekstri sínum og gera sem lægst tilboð til að mæta harðri samkeppni frá keppinautum sínum sé hluti af eðlilegri samkeppni og í fullu samræmi við það sem tíðkast hafi og almennt sé viðurkennt sem lögmæt samkeppni.

Hugsanlegar sektir

IGS bendir á að samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga sé ekki um skyldu heldur aðeins heimild að ræða til að leggja á sektir ef brotið er gegn bannákvæðum



samkeppnislaga. Í 37. gr. laganna sé einnig tekið fram að slíkar sektir skulu ekki lagðar á ef brot teljist vera „óverulegt“ eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Sektarheimildir stjórnvalda feli í sér undantekningu frá þeirri mikilvægu grundvallarreglu að dómstólar annist ákvörðun refsinga, jafnt fésekta sem refsivista. Slíkar ákvarðanir séu að jafnaði teknar í formi dóma að undangenginni tryggilegri rannsókn og málshöfðun. Af þessu leiði að gera verði ríkar kröfur til undirbúnings, efnis og rökstuðnings ákvörðunar samkeppnisyfirvalda um greiðslu stjórnvaldssekta.

Komi til þess að Samkeppniseftirlitið telji að IGS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga sé á því byggt af hálfu félagsins að meint brot teljist ekki alvarlegt og að skilyrði séu til að beita ekki sektum. Að auki ítrekar IGS að í kjölfar bráðabirgðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar hafi félagið hafið samningaviðræður við viðskiptavini um styttingu gildistíma samninga. Þrátt fyrir að bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar hafi fallið úr gildi og IGS ekki borið skylda til að fylgja henni, hafi félagið haldið þeim viðræðum áfram. Hvað varðar meinta undirverðlagningu bendir IGS á að ef þær mjög svo óskýru og flóknu aðferðir sem Samkeppniseftirlitið leggur til grundvallar við mat á lögmæti verðlagningar teljist réttmætar, þá verði að taka tillit til þess að félaginu hafi með öllu verið ómögulegt að átta sig á því fyrirfram.

Kæmi til álita, þrátt fyrir það sem að framan sé rakið, að leggja á stjórnvaldssektir í máli þessu, sé ljóst með tilliti til þessu hversu mjög afmarkað meint brot sé, að aðeins sé mögulegt að leggja á lágmarkssektir samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga, þar sem hið meinta brot verði hvorki talið mikið að „*eðli eða umfangi*“ og að ljóst sé að hið meinta brot hafi ekki „*staðið lengi*“ í skilningi sama ákvæðis. Þau flugfélög sem tilgreind séu í andmælaskjali standi einungis fyrir takmörkuðum hluta viðkomandi markaðar og áhrif hinna meintu ólögmætu aðgerða því minni en ella. Hér megi einnig áréttast að skuldbindingargildi hinna meintu ólögmætu einkakaupaákvæða var afar takmarkað.

III.

Niðurstöður

Þann 1. júlí 2005 tóku gildi ný samkeppnislög nr. 44/2005. Með lögunum voru samkeppnisráð og Samkeppnisstofnun lögð niður en við hlutverki þeirra tók ný stofnun, Samkeppniseftirlitið. Í máli þessu reynir á 11. og 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 en þau ákvæði eru efnislega samhljóða ákvæðum eldri samkeppnislaga nr. 8/1993. Tilvísun til samkeppnislaga eftirleiðis er tilvísun til laga nr. 44/2005.

1. Athugasemdir IGS vegna formhliðar málsins

Eins og áður hefur verið rakið var IGS birt bráðabirgðaákvörðun í máli þessu þann 29. apríl 2005, sbr. ákvörðun nr. 1/2005 *Krafa Vallarvina ehf. um íhlutun vegna*



samnings Flugþjónustunnar á Keflavíkflugvelli ehf. við LTU. Í bráðabirgðaákvörðuninni kemur fram það mat að sennilegt sé að IGS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga vegna samnings sem gerður var við LTU. Í kjölfar þessarar ákvörðunar Samkeppnisstofnunar lýsti IGS því yfir bréflega að félagið hefði breytt samningi sínum við LTU og að það félag hefði verið upplýst um að IGS framkvæmdi ekki eða gerði ekki samninga um að selja flugþjónustu á verði sem stæði ekki undir föstum eða breytilegum kostnaði við hverja flugafgreiðslu. Samkeppnisstofnun sá ekki ástæðu til þess að óska eftir því að samkeppnisráð staðfesti umrædda ákvörðun og féll hún því úr gildi.

Í andmælum IGS eru gerðar margvíslegar athugasemdir við form og málsmeðferð vegna umræddrar bráðabirgðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar. Jafnframt eru gerðar athugasemdir við lýsingu Samkeppnisstofnunar á málsmeðferð og upplýsingaöflun frá fyrirtækinu. Var því mótmælt að skilyrði fyrir töku ákvörðunarinnar hafi verið fyrir hendi.

Samkeppniseftirlitið bendir á að nefnd bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar er ekki lengur í gildi. Því verður ekki séð að þörf sé á því í þessu máli að taka afstöðu til athugasemda IGS vegna ætlaðra annmarka á formi tengda ákvörðuninni.

Í umsögn IGS vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins setur félagið fram sjónarmið um atriði sem það telur fela í sér annmarka á málsmeðferð. Telur IGS að rökstuðningur í andmælaskjalinu sé verulegum annmörkum háður og sérstaklega skorti á að tekið sé efnislega á fyrri athugasemdum IGS. Skorar IGS á Samkeppniseftirlitið að útbúa nýtt skjal þar sem gerð verði grein fyrir því með hvaða hætti háttsemi IGS fari gegn ákvæðum samkeppnislaga og að þar verði tekið á þeim atriðum sem fyrirtækið hafi fært fram gegn andmælaskjalinu. Að öðrum kosti sé réttur félagsins til andmæla skertur með óviðunandi hætti. Þá er gerð við það athugasemd að í andmælaskjalinu hafi verið vísað til ákvörðunar til bráðabirgða eins og hún sé í fullu gildi. Það sé mat IGS að ekki sé unnt fyrir samkeppnisyfirlit að byggja á niðurstöðu bráðabirgðaákvörðunar sem fallin sé úr gildi. Þá heldur IGS því fram að félaginu hafi verið veittur óeðlilega skammur frestur til andsvara.

Samkeppniseftirlitið vill fyrst taka fram að eftir að Samkeppnisstofnun tók ákvörðun til bráðabirgða í málinu var ákveðið að auka umfang rannsóknar á aðgerðum IGS og meta hvort samskonar ákvæði um einkakaup væri að finna í fleiri samningum en samningnum við LTU. Gerði IGS athugasemdir við þetta verklag samkeppnisyfirlitvalda. Einnig hafa borist ný gögn og sjónarmið frá IGS varðandi tiltekna þætti sem tengjast tilboði félagsins til LTU. Sökum þessa þótti rétt að taka saman andmælaskjal í málinu í því skyni að upplýsa málið frekar, sbr. 4. mgr. 17. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Var IGS af þeim sökum birt andmælaskjal í máli þess með bréfi, dags. 6. desember 2005. Andmælaskjal er ritað í þeim tilgangi að stuðla að því að mál sé að fullu upplýst áður en ákvörðun er tekin í því og auðvelda þeim fyrirtækjum sem til rannsóknar eru hjá eftirlitinu að nýta andmælarétt sinn, sbr. reglur nr. 880/2005.



Varðandi fullyrðingar IGS um skort á rökstuðningi og brot á andmælarétti ber að horfa til þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á að í andmælaréttinum felst að aðili á rétt til aðgangs að gögnum málsins og þeim upplýsingum sem fram hafa komið, þ.m.t. kröfugerð ef um það er að ræða. Samkvæmt áfrýjunarnefndinni felst einnig í réttinum 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 vísbendingu um hvernig stjórnvöld munu túlka lög eða eldri ákvarðanir í niðurstöðum sínum“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004 Ker hf. o.fl. gegn samkeppnisráði. Einnig ber að líta til þess að í 1. mgr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 kemur fram að í andmælaskjali beri að lýsa helstu atvikum málsins og greina í aðalatriðum frá grundvelli þess að tiltekin háttsemi kunni að fara gegn ákvæðum samkeppnislaga. Tekið er sérstaklega fram í ákvæðinu að ekki sé nauðsynlegt að í andmælaskjalinu komi fram tæmandi lýsing á atvikum málsins eða sjónarmiðum Samkeppniseftirlitsins.

Í máli þessu hefur IGS fengið í hendur gögn málsins og hefur félagið getað tjáð sig um sjónarmið Vallarvina og um þau sjónarmið sem fram hafa komið í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar og andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins. IGS hefur nýtt sér þennan rétt sinn og skilað inn ítarlegum greinargerðum um alla þætti málsins. Hefur félagið því átt kost á að kynna sjónarmið sín með nægjanlegum hætti. Efnislegar athugasemdir IGS í umsögn vegna andmælaskjalsins benda ekki til þess að félaginu sé ekki ljóst um hvað mál þetta snýst. Þvert á móti hefur félagið tjáð sig skilmerkilega og sett fram varnir vegna ætlaðra brota þess. Telur Samkeppniseftirlitið því að umfjöllun í andmælaskjali þess hafi verið eðlileg og í samræmi við reglur nr. 880/2005. Sökum þessa er heldur ekki ástæða til að taka saman nýtt andmælaskjal í málinu. Í því sambandi ber og að hafa í huga að ákvæði stjórnsýslulaga og reglna nr. 880/2005 krefjast þess ekki að samkeppnisyfirvöld taki rökstudda afstöðu til andmæla aðila mála áður en ákvörðun er tekin í því.

Í andmælaskjalinu var sagt að virða ætti það í samhengi við bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar eftir því sem við ætti með hliðsjón af umfjöllun í andmælaskjalinu. Með þessu móti var IGS gefið til kynna að tiltekin efnisatriði sem fram komu í bráðabirgðaákvörðuninni hefðu enn þýðingu í málinu. Gafst IGS með þessu frekara tækifæri til þess að tjá sig í málinu. Sú staðreynd að ákvörðunin til bráðabirgða var á þessum tíma formlega fallin úr gildi hefur hér engin áhrif enda var ekki á því byggt í andmælaskjalinu að bráðabirgðaákvörðunin hefði enn bein áhrif á réttindi eða skyldur IGS. Tilvísun til efnisumfjöllunar í bráðabirgðaákvörðuninni var ætlað að vera IGS til hægðarauka og gefa félaginu frekara tækifæri til að gæta réttinda sinna. Fæst ekki séð að þessi málsmeðferð geti talist ólögmat.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að frestur sem stofnunin veitti IGS til að koma að sjónarmiðum vegna andmælaskjalsins hafi verið óhæfilega stuttur. Andmælaskjalið var birt IGS 6. desember 2005 og félaginu var veittur frestur til 20. desember til að koma að sjónarmiðum sínum, sbr. 3. mgr. 17. gr. reglna nr.



880/2005. Í því sambandi verður og að líta til þess að IGS óskaði eftir og fékk viðbótarfrest til þess að koma sjónarmiðum sínum að og barst umsögn félagsins 9. janúar 2006. Fæst ekki séð að þetta hafi verið óhæfilega stuttur frestur.

Samkvæmt framangreindu getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á að brotið hafi verið á andmælarétti IGS eða málsmeðferð samkeppnisyfirvalda hafi að öðru leyti verið óeðlileg.

2. Skilgreining markaðarins

Í máli þessu þarf að meta hvort IGS hafi með tilteknum aðgerðum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt 11. gr. laganna er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Til þess að hegðun fyrirtækis geti fallið undir 11. gr. samkeppnislaga verður fyrirtækið eðli málsins samkvæmt að vera markaðsráðandi. Í því skyni að meta hvort fyrirtæki er markaðsráðandi þarf að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum.

2.1 Sjónarmið málsaðila

Að mati Vallarvina er markaður þessa máls þjónusta við farþegaflugvélar í og við Flugstöð Leifs Eiríkssonar (FLE). Að mati fyrirtækisins eru tveir aðilar sem keppa á hinum skilgreinda markaði, þ.e. IGS og Vallarvinir. Vallarvinir hafna því að Suðurflug starfi á sama markaði og umrædd tvö fyrirtæki. Suðurflug afgangi fyrst og fremst minni einkaflugvélar við byggingu sína fjarri flugstöðinni.

Í umsögn IGS, dags. 2. júlí 2004, kemur fram það mat fyrirtækisins að þjónustumarkaður í þessu máli sé þjónusta við áætlunarflugvélar í farþegaflugi til og frá Keflavíkurflugvelli. Hugsanlegt sé að markaðurinn verði skilgreindur með víðari hætti eða þjónusta við allt flug á Keflavíkurflugvelli. Sé sú þjónusta sem veitt sé margháttuð en ekki sé ástæða til að greina milli einstakra þjónustubátta við skilgreiningu markaða. Ætla megi að landfræðilegi markaðurinn í málinu sé Keflavíkurflugvöllur. Í athugasemdum fyrirtækisins, dags. 29. júlí 2004, er hins vegar horfið frá því að skilgreina markaðinn út frá áætlunarflugi og sagt að markaður þessa máls sé þjónusta við farþegaflugvélar á Keflavíkurflugvelli. Í athugasemdum fyrirtækisins frá 28. september 2004 er aftur komist að nýrri niðurstöðu um skilgreiningu markaðarins. Þar segir að takmörkun viðkomandi markaðar við farþegaflugvélar sé í ósamræmi við raunverulega starfsemi flugþjónustuaðila, enda sé flugþjónusta í eðli sínu sú sama þótt stigsmunur kunni að vera á henni eftir eðli flugs. Þjónusta við flugvélar sé sambærileg hvort sem miðað sé við áætlunarflug, leiguflug eða einkaflug og hvort sem hún sé framkvæmd í og við FLE eða annars staðar á Keflavíkurflugvelli. Í því sambandi skipti meginmáli að allir flugþjónustuaðilar geti auðveldlega þjónustað allar tegundir flugs. IGS fallist hins vegar á að þjónusta við stærstu farþegaflugvélar sé bundin við FLE en sú staðreynd komi ekki í veg fyrir að aðrir en IGS og Vallarvinir geti veitt þá þjónustu. Í umsögn IGS frá 20. maí 2005 við bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar virðist félagið fallast á þá markaðsskilgreiningu stofnunarinnar að markaðurinn sé flugafgreiðsla við farþegaflug á Keflavíkurflugvelli, enda er ekki gerð athugasemd við þá skilgreiningu samkeppnisyfirvalda. Í umsögn IGS, dags. 9. janúar 2006, vegna andmælskjals



Samkeppniseftirlitsins er vísað til framangreindra umsagna félagsins varðandi skilgreiningu á markaðnum.

2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgöngubjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að líta verður á viðkomandi markað frá tveimur sjónarhornum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn.

Með viðkomandi vörumarkaði er átt við markað fyrir allar vörur og þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgöngubjónustu vegna eiginleika, verðs og áformaðrar notkunar. Staðgönguvara og staðgöngubjónusta eru vara eða bjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar vöru eða bjónustu, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppniserétti geta ekki orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*.

Samkeppniseftirlitið er sammála því mati Vallarvina og IGS⁷ að markaður þessa máls sé þjónusta við farþegaflug. Eftirlitið fær ekki séð að ástæða sé í þessu máli að greina á milli áætlunarflugs og leiguflugs með farþega. Sökum þessa verður að telja að sá þjónustumarkaður sem við eigi í þessu máli sé flugafgreiðsla vegna farþegaflugs. Sá markaður samanstendur af ýmsum þjónustubáttum, t.d. hlaðafgreiðslu, farþegaafgreiðslu, flugumsjón, þrifum o.fl. Sú þjónusta sem innt er af hendi hverju sinni getur þó verið mismunandi og ræðst m.a. af samningi aðila og mismunandi þjónustubörf viðskiptavina. Fellur undir framangreinda skilgreiningu öll sú starfsemi sem innt er af hendi á flugvelli við þjónustu vegna farþegaflugvéla. Þar sem aðilar þessa máls veita samskonar þjónustu sem fellur að framangreindri lýsingu er ekki þörf á að skipta markaðnum upp í frekari undirmarkaði. Samkeppniseftirlitið getur því fallist á það með IGS að ekki sé þörf á að greina á milli einstakra þjónustubátta við skilgreiningu á markaðnum.

Rök standa ekki til þess að fella undir hinn skilgreinda markað þjónustu við annað flug en farþegaflug. Í því sambandi skiptir máli að þjónustubarfir vegna afgangreiðslu farþegaflugs annars vegar og t.d. vegna fraktflugs hins vegar eru mismunandi. Farþegaflug felur t.d. í sér ýmiss konar aðstoð og þjónustu vegna komu og brottfarar farþega sem og afgangreiðslu á farangri þeirra sem eðli máls samkvæmt felst ekki í fragtafgangreiðslu. Í fragtafgangreiðslu felast að sama skapi þjónustubættir sem ekki tengjast farþegum, s.s. afgangreiðsla skjala, tollameðferð og afnot af vöruhúsi. Jafnframt ber að líta til þess að fram hefur komið í málinu að vegna m.a. flugverndar, landamæravörslu og tollgæslu fer nánast öll afgangreiðsla almenns

⁷ Hér er vísað til sjónarmiða IGS sem sem birtast í bréfum félagsins frá 2. og 29. júlí 2004



farþegaflugs á Keflavíkurflugvelli fram í og við FLE. Einnig skiptir hér máli að verðlagning á annars vegar afgreiðslu vegna farþegaflugs og hins vegar á fragtafgreiðslu er mismunandi, sbr. t.d. samninga IGS við Icelandair og Íslandsflug.

Samkeppniseftirlitið er sammála því mati IGS að landfræðilegur markaður málsins sé Keflavíkurflugvöllur þar sem öll starfsemi málsaðila sem varðar þjónustu við farþegaflugvélar fer þar fram.

Með hliðsjón af því sem hér segir telst markaður þessa máls því vera flugafgreiðsla vegna farþegaflugs á Keflavíkurflugvelli.

3. Staða IGS á markaðnum

Eins og fyrr sagði tekur bannregla 11. gr. samkeppnislaga aðeins til markaðsráðandi fyrirtækja. Í málinu verður því að taka til athugunar hvort IGS sé í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði.

3.1 Sjónarmið málsaðila

Að mati Vallarvina er IGS í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði. Er m.a. vísað til yfir 90% markaðshlutdeildar fyrirtækisins og til viðskipta þess við Icelandair. Þá telja Vallarvinir að aðgangshindranir að markaðnum séu töluverðar, grunnkostnaður við starfsemina sé mjög hár og því samkeppnisletjandi á litlum markaði. Það er mat Vallarvina að fyrirtækið Suðurflug sé ekki keppinatur á hinum skilgreinda markaði.

IGS mótmælir því að fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu. Félagið segir að markaðshlutdeild þessi kunní að virðast há en að mati fyrirtækisins sé áætluð markaðshlutdeild þess [...] %⁸ sé tekið mið af fjölda afgreiðslna árið 2003. IGS bendir hins vegar á að fleira en markaðshlutdeild hafi áhrif á ákvörðun um markaðsyfirráð. Telur félagið að sterk staða kaupenda og mikill kaupendastyrkur, takmarkaðar aðgangshindranir og fleiri atriði komi í veg fyrir að það geti talist vera markaðsráðandi. Varðandi kaupendastyrkinn segir IGS að Icelandair, Iceland Express og LTU standi líklegast fyrir ríflega 80% af veltu flugþjónustufyrirtækja á Keflavíkurflugvelli og öll flugfélög geti auðveldlega skipt um þjónustuaðila. Hreyfingar þessara aðila á milli þjónustuaðila geti gerbreytt markaðshlutdeild á viðkomandi markaði. Heldur IGS því fram að rekstur félagsins og systurfélagsins Icelandair sé aðskilinn og viðskiptaskilmálar séu með sama hætti og milli óskyldra aðila. IGS sé þannig skuldbundið til að veita Icelandair þjónustu fyrir samkeppnishæft verð. Heldur IGS því fram að stofnkostnaður og fjármagnspörf sé lítil á markaðnum og aðgangshindranir því litlar. IGS heldur því einnig fram að Icelandair sé ekki í markaðsráðandi stöðu. Telur IGS einnig mikilvægt að við mat á markaðshlutdeild verði tekið tillit til starfsemi varnarliðsins á Keflavíkurflugvelli en Suðurflug hafi nýlega orðið hlutskarpast í útboði um rekstur á flugstöð varnarliðsins. Í því felist afgreiðsla á öllum herflugvélum.

⁸ Fellt út vegna trúnaðar.



3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga telst fyrirtæki vera markaðsráðandi þegar það hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Er þessi skilgreining efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.⁹ Í dómnum kemur einnig fram að tilvist markaðsráðandi stöðu megi ráða af mörgum atriðum sem, skoðuð ein og sér, ráði ekki úrslitum, en mjög há markaðshlutdeild sé mikilvæg vísbending.¹⁰ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Varðandi markaðshlutdeild er bent á að því hærrí sem hlutdeildin sé, því sterkari vísbendingu gefi hún um markaðsráðandi stöðu. Önnur atriði sem áhrif geta haft að mati áfrýjunarnefndarinnar er t.d. að viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni og tækjum og framboði af vöru eða þjónustu. Fjöldi og stærð keppinauta skiptir einnig máli.¹¹ Hafa ber hér í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.¹² Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.¹³

Við mat á markaðshlutdeild í máli þessu verður fyrst að taka afstöðu til þess hvort fyrirtækið Suðurflug starfi á hinum skilgreinda markaði en málsaðilar eru ósammála um það atriði. Samkeppniseftirlitið sneri sér til Suðurflugs og óskaði eftir upplýsingum um tekjur félagsins af flugafgreiðslu á farþegaflugi á árunum 2003 og 2004. Í svari fyrirtækisins frá 5. desember 2005 kemur fram að tekjur fyrirtækisins „*eru alfarið af flugum í General Aviation geiranum, þ.e. allt annað flug en áætlunar, leigu, innanlands og dagsferðaflug.*“ Samkvæmt þessu hefur Suðurflug ekki sinnt afgangi við farþegaflug á árunum 2003 og 2004. Við mat á stöðu aðila á framangreindum markaði ber því fyrst að horfa til þess að aðeins aðilar þessa máls sinntu afgangi við farþegaflug á Keflavíkflugvelli. Í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar var markaðshlutdeild miðuð við rekstrartekjur á árinu 2003. Í ljósi ágreinings um stöðu IGS á markaðnum telur Samkeppniseftirlitið einnig gagnlegt að skoða hlutdeild IGS á árinu 2004.

Samkvæmt upplýsingum frá aðilum voru rekstrartekjur IGS og Vallarvina á árinu 2003 og 2004 fyrir farþegaflugafgreiðslu eftirfarandi:

⁹ Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

¹⁰ „*The existence of a dominant position may derive from several factors which, taken separately, are not necessarily determinative but among these factors a highly important one is the existence of very large market shares.*“

¹¹ Sjá einnig t.d. Richard Whish, *Competition Law*, 2003 bls. 180-188.

¹² Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

¹³ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.



Tafla 1. Upplýsingar um tekjur (þús. kr.) og markaðshlutdeild IGS og Vallarvina árið 2003.¹⁴

	Tekjur	Hlutdeild
IGS	[...]	[...] %
Vallarvinir	[...]	[...] %
Samtals:	[...]	100,0 %

Tafla 2. Upplýsingar um tekjur (þús. kr.) og markaðshlutdeild IGS og Vallarvina árið 2004.¹⁵

	Tekjur	Hlutdeild
IGS	[...]	[...] %
Vallarvinir	[...]	[...] %
Samtals:	[...]	100,0 %

Samkvæmt framangreindum tölum var markaðshlutdeild IGS á markaði fyrir farþegaflugafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli á árunum 2003 og 2004 yfirgnæfandi í samanburði við hlutdeild Vallarvina. Fyrirtækið var með um 95–100% markaðshlutdeild en Vallarvinir með um 0–5%.

Eins og áður hefur komið fram hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála bent á að há markaðshlutdeild feli í sér sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Jafnframt hefur komið fram í dómum dómstóls EB að markaðshlutdeild sé ein veigamesta vísbendingin um hvort viðkomandi fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu.¹⁶ Þótt dómstóllinn hafi eðlilega ekki sett fram neina skýra reglu um hvaða hlutdeild dugi til þess að fyrirtæki teljist hafa slíka stöðu má telja að niðurstöður dómstólsins bendi til að því hærrí sem hlutdeildin er þeim mun líklegra sé að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Einnig skiptir máli hver hlutdeild keppinauta er. Ef talsverður munur er á hlutdeild þeirra og viðkomandi fyrirtækis er það talin vera vísbending um markaðsráðandi stöðu. Dómstóll EB hefur hins vegar litið svo á að mjög há markaðshlutdeild geti ein og sér sýnt markaðsráðandi stöðu fyrirtækis. Þannig hefur verið talið að 70% markaðshlutdeild sýni ótvírætt fram á markaðsráðandi stöðu.¹⁷ Í dómi dómstóls EB í AKZO-málinu kemur skýrt fram að 50% hlutdeild eða meira sem fyrirtæki hefur haft í ákveðinn tíma teljist ein og sér

¹⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶ Sjá t.d. mál nr. 85/76, *Hoffman-La Roche v Commission*, [1979] ECR 461.

¹⁷ Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. 30/89 *Hilti v Commission* [1992] ECR II-1439: „With particular reference to market shares, the Court of Justice has held ... that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of a dominant position ... In this case it is established that Hilti holds a share of between 70% and 80% in the relevant market. Such a share is, in itself, a clear indication of the existence of a dominant position in the relevant market.”, sbr. einnig dóm dómstóls EB í máli nr. C-53/92P.



sýna fram á markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu sérstakar eða einstakar kringumstæður (e. *exceptional circumstances*) sem bendi til annars.¹⁸

Sé stuðst við framangreind viðmið má vera ljóst að markaðshlutdeild IGS á skilgreindum markaði er það há að hún gefi, ein og sér, ótvírætt til kynna að fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu. Jafnframt skiptir hér máli að IGS hefur lengi haft yfirburði á þessum markaði. IGS tók til starfa sem dótturfélag Flugleiða þann 1. janúar 2001 en fyrir þann tíma var starfsemi þessari sinnt innan Flugleiða. Flugleiðir hafa annast flugafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli a.m.k. frá árinu 1964.¹⁹ Höfðu Flugleiðir um áratugaskeið einkarétt á afgreiðslu flugvéla á Keflavíkurflugvelli samkvæmt samningi við íslensk stjórnvöld. Í ársbyrjun 1992 var afgreiðsla fragtflugvéla gefin frjáls. Í upphafi árs 1998 gerðu utanríkisráðuneytið og Flugleiðir með sér samning, en í honum fólst m.a. að einkaréttur Flugleiða til að afgreiða farþegaflugvélar myndi að öllu leyti falla úr gildi á árinu 2001. Vísast nánar um þessi atriði til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 35/2000 *Kvörtun Vallarvina ehf. yfir samkeppnishömlum flugmálayfirvalda á Keflavíkurflugvelli og Flugstöð Leifs Eiríkssonar gagnvart starfsemi fyrirtækisins á Keflavíkurflugvelli*, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2001. Samkvæmt þessu hafði IGS um langt skeið einokunarstöðu á hinum skilgreinda markaði og gat því byggt upp starfsemi sína í skjóli opinberrar verndar. Önnur atriði í málinu styðja enn frekar það mat að IGS njóti yfirburða á hinum skilgreinda markaði.

IGS og systurfélagið Icelandair eru hluti af FL Group (áður Flugleiðir) samstæðunni. Eins og nánar er lýst í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/2003 *Erindi Iceland Express ehf. vegna meintrar misnotkunar Icelandair ehf. á markaðsráðandi stöðu* hefur þessi samstæða um áratugaskeið haft mjög sterka stöðu í áætlunarflugi til og frá landinu og á skyldum mörkuðum, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17–18/2003. Nýtur IGS óhjákvæmilega þessara tengsla. Þannig er IGS t.d. með samning við Icelandair, systurfélag sitt, um flugafgreiðsluþjónustu. Er sá samningur með gildisákvæði til ársins [...].²⁰ Sá samningur skapar IGS sterka stöðu enda er samningurinn til langs tíma og fram kemur í gögnum málsins að viðskipti IGS og Icelandair fela í sér um [...] %²¹ af heildartekjum IGS á hinum skilgreinda markaði. Má og vera ljóst að vegna þessa langtímasamnings er samkeppni nú þegar verulega takmörkuð á þeim markaði sem hér um ræðir.

Hér skiptir einnig máli fjárhagslegur styrkur IGS gagnvart Vallarvinum. Heildarrekstrartekjur IGS fyrir árið 2003 námu [...] ²² m.kr. og [...] ²³ m.kr. árið 2004 samanborið við rekstrartekjur Vallarvina sem voru [...] ²⁴ m.kr. árið 2003 og

¹⁸ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. C-62/86 *AKZO Chemie BV. v Commission* [1991] ECR-3359. Þar segir: „With regard to market shares the Court has held that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position [...]. That is the situation where there is a market share of 50% such as that found to exist in this case.”

¹⁹ Sjá www.igs.is

²⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

²¹ Fellt út vegna trúnaðar.

²² Fellt út vegna trúnaðar.

²³ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁴ Fellt út vegna trúnaðar.



[...] ²⁵ m.kr. árið 2004. Heildareignir IGS í árslok 2004 voru [...] ²⁶ m.kr. og eigið fé [...] ²⁷ m.kr. en heildareignir Vallarvina voru [...] ²⁸ m.kr. og eigið fé [...] ²⁹ m.kr. á sama tíma. Til þess verður einnig að líta að IGS var á árinu 2004 eitt af 13 systurfélögum innan samstæðu Flugleiða en heildarvelta samstæðunnar var 38,8 milljarðar króna árið 2003 og 42,6 milljarðar króna árið 2004. Heildareignir í árslok 2004 voru 46,6 milljarðar króna og eigið fé 14,9 milljarðar króna og samsvarandi upphæðir voru í árslok 2003 38,8 milljarðar króna og eigið fé 9,6 milljarðar króna.

Af þessu er ljóst að fjárhagslegir og efnahagslegir yfirburðir IGS samanborið við Vallarvini hafa verið umtalsverðir sem kemur í ljós með frekari hætti ef horft er til framangreindra tengsla IGS við FL Group samstæðuna. IGS hefur einnig sérstöðu gagnvart Vallarvinum sem meðal annars felst í því að félagið býður fjölbreytta þjónustu á Keflavíkurflugvelli. Auk flugafgreiðslu starfrækir félagið flugeldhús, fraktmiðstöð og veitingarekstur í Flugstöð Leifs Eiríkssonar. Þá var velta þeirrar starfsemi sem um er fjallað í þessu máli um [...] % ³⁰ af heildarveltu félagsins árið 2004.

Hér skiptir og máli að IGS telur sig hafa umtalsverða yfirburði á markaðnum. Í ársskýrslu Flugleiða fyrir árið 2003 segir eftirfarandi um stöðu IGS á markaðnum:

„Flugþjónustan Keflavíkurflugvelli mun hér eftir sem hingað til vera leiðandi fyrirtæki á sínu sviði á Keflavíkurflugvelli enda eina flugþjónustufyrirtækið sem getur boðið alhliða flugþjónustu. Markaðsstaða félagsins er mjög sterk enda fyrirtækið afgerandi stærst á sínu sviði á Keflavíkurflugvelli. Fyrirtækið nýtir vel stærðarhagkvæmnina en er jafnframt í stakk búið til að mæta óvæntum sveiflum sem gætu orðið í flugrekstri og til að mæta harðnandi samkeppni.“

Sömu sjónarmið um stöðu IGS á markaðnum koma fram í ársskýrslu Flugleiða fyrir árið 2004.

Eins og áður er getið hefur IGS haldið því fram að félagið sé ekki ráðandi á hinum skilgreinda markaði, m.a. vegna þess að kaupendur séu fáir og stórir. Að mati IGS standa 5–10 flugfélög að baki u.þ.b. 90% af veltu flugþjónustuaðila á Keflavíkurflugvelli. Þar af standi þrjú stærstu flugfélögin líklega að baki um 80% veltunnar. Samkeppniseftirlitið bendir á að í sérstökum tilvikum geta öflugir kaupendur veitt verulegt samkeppnislegt aðhald á viðkomandi markaði. Á þetta helst við í þeim tilvikum þar sem kaupendur eru mjög fáir og geta auðveldlega og á hagkvæman hátt aflað sér vöru frá öðrum birgjum. Slíkur kaupendastyrkur getur leitt til þess að fyrirtæki með háa markaðshlutdeild teljist ekki vera í ráðandi stöðu, sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 32/2002 *Erindi Aalborg*

²⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁰ Fellt út vegna trúnaðar.



Portland Íslandi hf. vegna viðskiptahátta Sementsverksmiðjunnar hf. Í því máli var um það að ræða að tveir kaupendur á lausu sementi keyptu mjög stóran hluta af heildarsölu Sementsverksmiðjunnar sem var með 80% markaðshlutdeild á árinu 2001. Aalborg Portland var með 20% markaðshlutdeild og einn kaupandi keypti stóran hluta af heildarsölu þess fyrirtækis. Þessi óvenjulega staða þótti sýna að staða kaupenda væri fremur sterk. Einnig þótti skipta máli að markaðshlutdeild Sementsverksmiðjunnar hafði minnkað og félagið var því ekki talið markaðsráðandi.

Samskonar staða er ekki uppi í þessu máli. Helst kemur til álita hér að Icelandair hafi kaupendastyrk enda fela viðskipti IGS og Icelandair í sér um [...] %³¹ af heildartekjum IGS á hinum skilgreinda markaði. Samkeppniseftirlitið telur hins vegar ekki að Icelandair geti beitt mögulegum kaupendastyrk sínum með þeim hætti að IGS teljist ekki hafa markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði. Í því sambandi skiptir höfuðmáli að IGS og Icelandair eru ekki ótengd og sjálfstæð fyrirtæki heldur systurfélög sem lúta yfirráðum móðurfélags síns. Samskipti þessara fyrirtækja hljóta því að ráðast af heildarhagsmunum fyrirtækjasamstæðu FL Group sem hefur veruleg umsvif á skyldum mörkuðum. Þar fyrir utan eru viðskipti Icelandair bundin við IGS til ársins [...].³² Í þessu samhengi dugur ekki fyrir IGS að staðhæfa að rekstur félagsins og Icelandair sé aðskilinn og að viðskiptaskilmálar séu með sama hætti og milli óskyldra aðila. IGS sé þannig skuldbundið að veita Icelandair þjónustu fyrir samkeppnishæft verð. Eftir sem áður eru þessi fyrirtæki ekki sjálfstæð í skilningi samkeppnislaga heldur hluti af sömu fyrirtækjasamstæðu sem lýtur einni stjórn. Einnig skiptir hér máli að eftir sem áður telur IGS að þessi eignatengsl hafi áhrif á beitingu samkeppnislaga gagnvart fyrirtækinu. Í bréfi IGS frá 6. júlí 2005 er fjallað um samninga félagsins við Icelandair og Flugfélag Íslands um flugafgreiðslu. Bendir IGS á að „*Icelandair og Flugfélag Íslands tilheyra sömu fyrirtækjasamstæðu í skilningi samkeppnislaga. Samningar við þau félög falla því ekki undir 11. gr. samkeppnislaga enda getur umbjóðandi okkar ekki misbeitt meintri markaðsráðandi stöðu sinni gegn sjálfum sér.*“ Með hliðsjón af þessu er ljóst í málinu að Icelandair er ekki fyrirtæki með sjálfstæða viðskiptahagsmuni gagnvart IGS. Getur staða Icelandair sem þjónustukaupanda þegar af þeirri ástæðu ekki takmarkað markaðsstyrk IGS á hinum skilgreinda markaði.

Eins og fram hefur komið hefur IGS lagt á það áherslu að fyrirtækið Suðurflug sé keppinautur á hinum skilgreinda markaði. Þá má ráða það af ýmsu sem fram hefur komið í máflutningi félagsins að félagið telji að markaðurinn sé öll flugafgreiðsla en ekki aðeins afgreiðsla vegna farþegaflugs. Eins og fram hefur komið getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á þetta. Rétt er hins vegar að taka fram að miðað við gögn málsins er umfang starfsemi Suðurflugs og styrkur fyrirtækisins það lítil að það hefur mjög lítil áhrif á markaðshlutdeild IGS. Þó svo að markaðurinn sé skilgreindur sem öll flugafgreiðsla og heildartekjur Suðurflugs og Vallarvina teknar með auk samsvarandi tekna IGS þá er IGS eigi að síður með 85 – 90%³³ markaðshlutdeild bæði árin 2003 og 2004. Að mati

³¹ Fellt út vegna trúnaðar.

³² Fellt út vegna trúnaðar.

³³ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



Samkeppniseftirlitsins sýnir þetta að vangaveltur um hlutdeild Suðurflugs í máli þessu skipta engu varðandi niðurstöðu um yfirburðastöðu IGS á markaðnum.

Samkvæmt því sem hér segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að IGS sé í einstakri yfirburðarstöðu á þjónustumarkaði fyrir flugafgreiðslu vegna farþegaflugs á Keflavíkurflugvelli.

4. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Eins og að framan greinir er því haldið fram í máli þessu af hálfu Vallarvina að IGS hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með aðgerðum sem hafi haft að markmiði að draga úr eða eyða samkeppni frá Vallarvinum. Hefur einkum verið til skoðunar hvort IGS hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína og brotið 11. gr. samkeppnislaga með tvenns konar hætti. Í fyrsta lagi með gerð samkeppnishamlandi einkakaupasamningum um flugafgreiðsluþjónustu við 10 flugfélög. Í öðru lagi með gerð tilboðs og síðar samningi við þýska flugfélagið LTU um flugafgreiðsluþjónustu.

4.1 Almennt um 11. gr. samkeppnislaga

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Túlka ber ákvæðið í tengslum við íslenskt lagaumhverfi og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Ákvæðið er byggt á 54. gr. EES-samningsins en af þeim sökum er almennt rétt við túlkun þess að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17–18/2003. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga hljóðar svo:

„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð. Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:

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

Eins og ákvæðið ber með sér er upptalning á því í hverju misnotkun geti verið fólgin ekki tæmandi. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. Misnotkunin getur einnig verið fólgin í því að vinna gegn markmiðum samkeppnislaga ef slíkar aðgerðir byggja ekki á eðlilegum samkeppnislegum forsendum. Misnotkunin þarf því ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggji á hinum efnahagslega styrkleika sem felst í markaðsráðandi stöðu.³⁴ Kjarni

³⁴ Sjá hér mál nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: Í málinu benti dómstóllinn á þetta: „Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality ... between the dominant position and its abuse, is of no consequence,



þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.³⁵ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja stöðu sína á markaðnum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 17-18/2003.

Samkvæmt nefndum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar verður að skýra 11. gr. samkeppnislaga þannig að „*sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögumæt. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkun hafi tiltekin áhrif eða að ákveðin skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum.*“ Samkvæmt þessu er brot á 11. gr. samkeppnislaga ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni eða ásetning til þess að raska samkeppni.³⁶ Af þessu leiðir einnig að ekki skiptir t.d. máli þótt markaðshlutdeild hins markaðsráðandi fyrirtækis minnki eða verð þess hafi lækkað á því tímabili sem misnotkun átti sér stað.³⁷

Í máli þessu verður að hafa í huga að í samkeppnisrétti hvílir rík skylda á markaðsráðandi fyrirtækjum að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 17–18/2003.³⁸ Þessi sérstaka skylda helgast m.a. af þeirri staðreynd að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Sökum efnahagslegs styrks markaðsráðandi fyrirtækja geta tilteknar aðgerðir þeirra haft skaðleg áhrif á samkeppni og hagsmuni viðskiptavina og neytenda. Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að

for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, ...”

³⁵ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

³⁶ Er þetta sama túlkun og gildir í EES/EB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-212/99 *British Airways v Commission*. Hér má einnig hafa í huga álit Kokott aðallögsögumanns við dómstól EB frá 23. febrúar 2006 í máli nr. C-95/04P: „*The main part of BA’s second ground of appeal concerns the question whether, in order to find an abuse under Article 82, it is necessary to prove that the conduct of the dominant undertaking had actual and material effects on its competitors. ... The starting-point here must be the protective purpose of Article 82 EC. The provision forms part of a system designed to protect competition within the internal market from distortions ... Accordingly, Article 82 EC ... is not designed only or primarily to protect the immediate interests of individual competitors or consumers, but to protect the structure of the market and thus competition as such (as an institution), which has already been weakened by the presence of the dominant undertaking on the market. In this way, consumers are also indirectly protected. Because where competition as such is damaged, disadvantages for consumers are also to be feared. The conduct of a dominant undertaking is not, therefore, to be regarded as abusive within the meaning of Article 82 EC only once it has concrete effects on individual market participants, be they competitors or consumers. Rather, a line of conduct of a dominant undertaking is abusive as soon as it runs counter to the purpose of protecting competition in the internal market from distortions That is because, as already mentioned, a dominant undertaking bears a particular responsibility to ensure that effective and undistorted competition in the common market is not undermined by its conduct. ... Significantly, BA itself states that it is not necessary in each case to establish actual anti-competitive effects of a rebate or bonus scheme on competitors. The burden on competition authorities, courts, and, in some cases, private complainants, in even attempting to establish it would in many cases be entirely disproportionate. What is to be proved is, rather, the mere likelihood of the conduct in question hindering the maintenance or development of competition still existing in the market by means other than competition on the merits, thereby prejudicing the goal of effective and undistorted competition in the common market.*”

³⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*.

³⁸ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.



raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.³⁹ Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum. Þá ber að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið ríkari eftir því sem staða þeirra á markaðnum er sterkari, sbr. nefndan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Af þessari skyldu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem einar og sér fela ekki í sér misnotkun, t.d. gerð samninga.⁴⁰

Hér verður að horfa til þess að IGS naut til langs tíma opinberrar verndar og hafði einokunarstöðu á hinum skilgreinda markaði. Markaðshlutdeild félagsins á rannsóknartímabilinu er yfir 95%. Þá er fyrirtækið hluti af öflugri fyrirtækjasamstæðu sem hefur styrka stöðu á tengdum mörkuðum. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að mjög rík skylda hvílir á IGS að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri takmörkuðu samkeppni sem ríkir á markaðnum.⁴¹ Ella geta ekki skapast skilyrði fyrir virkri samkeppni á umræddum markaði.

Þá geta brot á 11. gr. samkeppnislaga falist í samningum um einkakaup og sértækum aðgerðum, en gerð verður nánari grein fyrir túlkun ákvæðisins að þessu leyti síðar.

4.2 Einkakaupasamningar IGS

Við rannsókn þessa máls hafa samkeppnisyfirvöld fengið í hendur viðskiptasamninga IGS um flugafgreiðsluþjónustu. Í ákvörðun Samkeppnisstofnunar til bráðabirgða var komist að þeirri niðurstöðu að samningur IGS við LTU fæli í sér einkakaup sem sennilega færi gegn 11. gr. samkeppnislaga. Síðar var IGS gerð grein fyrir því í málsmeðferðinni að sennilega

³⁹ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951. Í sameinuðum málum nr. 395-396/96P *Compagnie Maritime Belge v Commission* [2000] 4 CMLR 1076 var þetta orðað svo: „... the actual scope of the special responsibility imposed on a dominant undertaking must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show that competition has been weakened.”

⁴⁰ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-111/96 *ITT Promedia NV. v Commission* [1998] ECR II-2937: „It follows from the nature of the obligations imposed by Article 86 [nú 82. gr.] of the Treaty that, in specific circumstances, undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings ... Thus, the conclusion of a contract or the acquisition of a right may amount to abuse for the purposes of Article 86 of the Treaty if that contract is concluded or that right is acquired by an undertaking in a dominant position.”

⁴¹ Í sameinuðum málum nr. 395-396/96P *Compagnie Maritime Belge v Commission* [2000] 4 CMLR 1076 var markaðsráðandi aðili með yfir 90% markaðshlutdeild. Í álitum Fennelly aðallögsögumanns var bent á alveg sérstaklega ríkar skyldur fyrirtækja í slíkri stöðu: „ ... To my mind, Article 8[2] cannot be interpreted as permitting monopolists or quasi-monopolists to exploit the very significant market power which their superdominance confers so as to preclude the emergence either of a new or additional competitor. Where an undertaking, ... , enjoys a position of such overwhelming dominance verging on monopoly, comparable to that which existed in the present case at the moment when G & C entered the relevant market, it would not be consonant with the particularly onerous special obligation affecting such a dominant undertaking not to impair further the structure of the feeble existing competition for them to react, even to aggressive price competition from a new entrant, with a policy of targeted, selective price cuts designed to eliminate that competitor. Contrary to the assertion of the appellants, the mere fact that such prices are not pitched at a level that is actually (or can be shown to be) below total average (or long-run marginal) costs does not, to my mind, render legitimate the application of such a pricing policy.”



fælu níu aðrir samningar félagsins við flugrekendur í sér samskonar ólögsmæt ákvæði. Verður nú tekin afstaða til lögmæti þessara samninga.

4.2.1 Sjónarmið málsaðila

Vallarvinir halda því fram að IGS hafi gert langtímasamninga við flugfélög sem fljúgi til og frá Keflavíkurflugvelli. Feli samningarnir í sér ákvæði er lúti að því að viðskiptavinir séu bundnir í viðskiptum hjá fyrirtækinu þar sem samningarnir séu óuppsegjanlegir í nokkur ár. Vísað er til þess að í þeim stöðluðu flugafgreiðslusamningum alþjóðasamtaka flugfélaga (International Air Transport Association (IATA)) sem flestir flugafgreiðsluaðilar notast við, þ. á m. IGS og Vallarvinir, sé að finna staðlað uppsagnarákvæði sem feli í sér 60 daga uppsagnarfrest. Hvað varði samning IGS við LTU þá sé fyrirtækið búið að binda viðskiptin til þriggja ára og sé sá samningur óuppsegjanlegur á því tímabili.

IGS hefur í málinu sagt frá breytingum á samningum sínum. Félagið segir hins vegar að sú aðgerð feli ekki í sér viðurkenningu á að samningarnir séu ólögsmætir. Setur félagið einnig fram rök fyrir þeirri skoðun sinni að samningarnir fari ekki gegn samkeppnislögum. Segir IGS að skilmálar IATA séu notaðir af flestum flugþjónustuaðilum í heiminum. Hins vegar sé það mat fyrirtækisins að það sé fjarri lagi að 60 daga uppsagnarfrestur sem tilgreindur sé í almennum skilmálum IATA sé viðtekin venja í samningum um flugafgreiðslu. Nefnir fyrirtækið sem dæmi í því sambandi samninga Icelandair við erlenda flugafgreiðsluaðila. Samningar IGS séu því að öllu leyti í samræmi við hefðbundna samninga á alþjóðlegum flugafgreiðslumarkaði. Fram kemur að vegna eðlis flugafgreiðsluþjónustu geti aðeins einn aðili veitt þjónustuna á hverju tíma. Ákvæði í IATA skilmálunum um að viðkomandi flugfélag skuli eingöngu kaupa flugafgreiðsluþjónustu af viðkomandi flugafgreiðsluaðila á samningstímanum sé því rökbundin nauðsyn.

IGS mótmælir því að framangreindir samningar feli í sér bindingu á viðskiptum og fullyrðir að þeir hafi mjög takmarkað skuldbindingargildi. Afar einfalt sé fyrir flugfélög að losa sig undan samningum. Til stuðnings máli sínu vísar fyrirtækið m.a. til brotthvarfs Íslandsflugs úr viðskiptum áður en samningur þess fyrirtækis rann úr gildi. IGS fullyrðir einnig að í samningum félagsins sé enginn hvati eða endurgjald til þess að tryggja einkarétt á viðskiptum. Helstu fordæmi um ólögsmæti einkakaupasamninga eigi því ekki við í þessu máli. IGS bendir á að meginástæða þess að gildistími umræddra samninga sé með þeim hætti sem fyrir liggur sé það svigrúm sem slíkir samningar veiti IGS til að hagræða í rekstri sínum. Öryggi um magn viðskipta til framtíðar sé grundvallarþáttur í því að geta hagað fjárfestingum með sem hagkvæmustum hætti. Jafnframt sé tímalengd samninganna nauðsynleg svo unnt sé að viðhalda gæðum þjónustunnar. Þannig hljóti gildistíminn alltaf að vera hluti af skuldbindingum aðila samkvæmt samningum og í raun einn mikilvægasti og eðlilegasti efnisþáttur þeirra. Að mati IGS beri einnig að líta til forsögu viðkomandi markaðar. IGS hafi áður verið deild í flugfélagi sem hafi haft einkaleyfi til að veita flugafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli. Stutt sé síðan samkeppni hafi verið gefin frjáls og fyrirtækið sé að aðlaga rekstur sinn að nýju umhverfi.



4.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Í máli þessu kemur til athugunar hvort IGS hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga með gerð samninga við eftirfarandi flugrekendur um flugafgreiðslu:

- LTU, undirritaður í júní 2004 og með gildistíma frá 19. ágúst 2004 til 31. desember 2007.
- Iceland Express, undirritaður í apríl 2002⁴² og með gildistíma frá 1. maí 2002 til 31. desember 2006.
- Monarch Airlines, undirritaður í apríl 2004 og með gildistíma til 31. mars 2007.
- Oy Air Finland Ltd., undirritaður í júní 2004 og með gildistíma frá 1. apríl 2004 til 31. mars 2007.
- AERO FLIGHT GmbH & Co. Luftverkehrers-KG, undirritaður í maí 2004 og með gildistíma frá 1. júní 2004 til 31. maí 2007.
- Íslandsflug, undirritaður í september 2003 og með gildistíma frá 1. október 2003 til 30. september 2006.
- Iberworlds Airlines S.A., undirritaður í nóvember 2002 og með gildistíma til 31. nóvember 2005.
- Astraetus Ltd., undirritaður í nóvember og desember 2002 og með gildistíma frá 1. apríl 2002 til 31. mars 2005.
- Futura International, undirritaður í maí 2004 og með gildistíma frá 1. apríl 2004 til 31. mars 2007.
- FlyME, undirritaður í apríl 2005 og með gildistíma frá 1. maí 2005 til 30. apríl 2008.

Ekki er í þessu máli tekin afstaða til lögmætis annarra samninga IGS um flugafgreiðslu.

Framangreindir samningar eru allir byggðir á stöðluðum samningsákvæðum um flugþjónustu er nefnast „Standard Ground Handling Agreement AHM 810“ (SGHA). Samningsákvæði um flugþjónustu eru gefin út á vegum IATA en eins og áður hefur komið fram eru aðilar þessa máls sammála um að flestir flugþjónustuaðilar í heiminum notist við þessa tegund samninga. Samningsákvæðin eru mjög ítarleg og taka til margvíslegra þjónustuliða er tengjast þjónustu við flugafgreiðslu. Segja má að samningsákvæðin séu í raun þrjúþætt og skiptist í:

- Almenna samningsskilmála (e. *Main agreement*)
- Viðauka A (e. *Annex A*)
- Viðauka B (e. *Annex B*)

Í ákvæði 3.2 í almennum samningsskilmálum er að finna staðlað ákvæði er hljóðar svo:

„The carrier shall not appoint any other person, company or organisation to provide the services which the Handling Company has agreed to

⁴² Breytingar voru gerðar á samningnum með viðauka sem var undirritaður í febrúar 2004. Engar breytingar voru gerðar á gildistíma samningsins.



provide by virtue of this agreement, except in such special cases as shall be mutually agreed between the parties."

Í þessu ákvæði felst að því flugfélagi sem gerir samning við flugafgreiðslufyrirtæki um nánar tilgreinda þjónustu samkvæmt samningnum, er óheimilt að kaupa þá þjónustu af öðrum aðila nema í þeim tilvikum að báðir aðilar samþykki slíkt.

Í umræddum samningum IATA er að finna ákvæði er felur í sér 60 daga staðlaðan uppsagnarfrest. Ákvæði þetta er í grein 11.4 í hinum almennu samningsskilmálum og hljóðar svo:

„This Main Agreement shall continue in force until terminated by either Party giving sixty days prior notice to the other Party.“

Ákvæði þetta gildir milli aðila nema um annað sé samið í viðauka B við samninginn. Viðauki þessi felur í sér útlitun á þeirri þjónustu sem samið hefur verið um og fleiri atriðum sem þörf er á að semja sérstaklega um hverju sinni. Dæmi um þetta er t.d. samningsverð og frávik frá hinum stöðluðu samningsákvæðum.

Í umræddum samningum IGS hefur verið vikið frá framangreindu ákvæði um uppsagnarfrest. Þannig segir t.d. í málsgrein 4.1 í samningi IGS við LTU sem fjallar m.a. um gildistíma samningsins:

„Notwithstanding the provision of Sub-Article 11.4 of the Main Agreement, the term of this Contract shall be for a period of 3 years.“

Efnislega samhljóða ákvæði er að finna í samningunum við hin flugfélögin.⁴³

Samkvæmt þessu er ljóst að IGS hefur í samningum sínum við framangreind flugfélög vikið frá hinu staðlaða uppsagnarákvæði og samið um viðskipti við framangreind flugfélög til mun lengri tíma.

Það fer gegn 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki skuldbindur kaupanda til þess að kaupa alla þjónustu eða vörur viðkomandi tegundar, eða stóran hluta hennar, af því fyrirtæki. Má í þessu sambandi vísa til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*, sbr. og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2002 sem Hæstiréttur staðfesti með þessum dómi sínum. Um slík ólög mæt einkakaup markaðsráðandi fyrirtækis er einnig fjallað í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Sama regla er lögð til grundvallar í EES/EB-samkeppnisrétti.⁴⁴ Ákvæði um einkakaup í samningum markaðsráðandi

⁴³ Líta má til þess að í bréfi IGS frá 6. júlí 2005 segir að samningurinn við LTU og samningarnir við hin flugfélögin séu svipaðir „*hvað varðar þau atriði sem stofnunin tilgreinir í ákvörðun sinni sem rökstuðning fyrir því að hann teljist ólög mæt einkakaupsamningur.*“

⁴⁴ Sjá t.d. dóm dómstól EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461. Í dómi dómstólsins segir m.a. þetta: „*An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers – even if it does so at their request – by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty, whether the obligation in question is stipulated without*



fyrirtækja eru ólögmat þar sem þau eru til þess fallin að útiloka samkeppni frá minni eða nýjum keppinautum um viðkomandi viðskipti. Slíkt getur haft verulega skaðleg áhrif á þá takmörkuðu samkeppni sem getur ríkt á mörkuðum þar sem fyrir hendi eru markaðsráðandi fyrirtæki.⁴⁵

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að samningar IGS og umræddra flugfélaga veita IGS einkarétt á sölu flugafgreiðsluþjónustu á meðan á samningstímanum stendur. Er það mat byggt á því sem fram kemur í samningstexta um að félögunum sé einungis heimilt að kaupa þá þjónustu sem samningar fyrirtækjanna við IGS kveða á um, af IGS. Að mati eftirlitsins verður ekki annað skilið af orðalagi samninganna en að flugfélögin skuldbindi sig til að kaupa ekki flugafgreiðsluþjónustu af öðrum en IGS. Samkvæmt því verður að skýra framangreint ákvæði sem samningsákvæði sem feli í sér einkakaup í skilningi samkeppnisréttarins.

Gildistími einkakaupasamnings sem markaðsráðandi fyrirtæki stendur að getur skipt máli. Því lengri sem gildistíminn er því líklegri er að hann sé til þess fallinn að hafa mjög skaðleg áhrif á samkeppni. Einnig getur skipt máli varðandi alvarleika brots hversu stór hluti markaðarins er bundin með einkakaupasamningum. Gildistími samnings IGS við Iceland Express er fjögur ár og gildistími hinna samninganna er þrjú ár. Af þessu leiðir að verið er að takmarka aðgang Vallarvina, og annarra hugsanlegra keppinauta IGS, að viðskiptum við framangreind flugfélög í umtalsverðan tíma og þar með aðgang að hinum skilgreinda markaði þessa máls. Hafa ber í huga að hér er um lengri gildistíma að ræða en í eldri málum þar sem einkakaupasamningar hafa farið gegn 11. gr. samkeppnislaga, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 1/2002 og 2/2002. Líta ber einnig til þess að samningur IGS og systurfélag þess, Icelandair, um flugþjónustu, er til ársins [...] ⁴⁶ en eins og áður sagði fela þau viðskipti í sér stóran hluta af heildarviðskiptum IGS á hinum skilgreinda markaði, eða um rúmlega [...] % ⁴⁷ á árinu 2004. Viðskipti við þau tíu flugfélög sem gert hafa þá samninga sem mál þetta tekur til fela í sér tæplega [...] % ⁴⁸ ⁴⁹ af heildarviðskiptum

further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate." Sjá einnig dóm dómstóls EB í mál nr. C-393/1992 *Gemeente Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-1477. Sjá jafnframt Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005, bls. 972-973.

⁴⁵ Í dómi undirréttar EB í máli nr. T-65/89 *BPB Industries v Commission* [1993] ECR II-389 var vísað til dóma dómstóls EB um ólögmat einkakaupasamninga markaðsráðandi fyrirtækja og vísað til áhrifa slíkra samninga: „... the Court observes that, as the Court of Justice has held, an undertaking which is in a dominant position in a market and ties purchasers, even if it does so at their request by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate ... That solution is justified by the fact that where, as in the present case, an economic operator holds a strong position in the market, the conclusion of exclusive supply contracts in respect of a substantial proportion of purchases constitutes an unacceptable obstacle to entry to that market. " Sjá hér einnig Peter Reinert, *Industrial Supply Contracts under EC Competition Law*, (1996) 17 ECLR 6: „A supplier which is in a dominant position ... may not enter into a purchase agreement with one of his customers if such agreements relate to all or most of the customer's requirement. This is even the case if customer asks for such an agreement, because it restricts access to the market for the dominant supplier's competitors. "

⁴⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁹ Hér er um vantalningu að ræða því upplýsingar vantar um tekjur af viðskiptum við Iberworlds Airlines og AERO FLIGHT.



IGS. Samkvæmt þessu fela viðskipti IGS við Icelandair og flugfélögin tíu í sér rúmlega [...] %⁵⁰ af heildarviðskiptum IGS á þessu sviði á árinu 2004. Sökum þessa er ljóst að samkeppni á umræddum markaði er verulega takmörkuð og framangreindur gildistími í samningum IGS við LTU, Iceland Express, Monarch Airlines, Oy Air Finland, AERO FLIGHT, Íslandsflug, Iberworlds Airlines, Astraesus, Futura International og FlyME er til þess fallinn að viðhalda eða styrkja enn frekar einstaka yfirburðarstöðu IGS á markaðnum.

Hér má einnig líta til svonefndrar bundinnar markaðshlutdeildar (e. *tied market share*) og hversu mikil útilokunaráhrif (e. *forclosure effects*) leiða af framangreindum samningum. Með bundinni markaðshlutdeild er átt við þann hluta markaðshlutdeildar viðkomandi fyrirtækis sem er til kominn vegna sölu þess samkvæmt samningum sem fela í sér einkakaup. Sem dæmi má nefna markað þar sem fyrirtæki er með 50% markaðshlutdeild. Um 70% af þeirri vöru og þjónustu sem fyrirtækið selur eru samkvæmt samningum sem fela í sér einkakaup. Bundin markaðshlutdeild fyrirtækisins er því 35% af viðkomandi markaði og getur takmarkað möguleika keppinauta til að afla sér nýrra viðskipta og raskað samkeppni. Það getur haft skaðleg áhrif á samkeppni jafnvel þó hin bundna markaðshlutdeild markaðsráðandi fyrirtækisins sé tiltölulega lág.⁵¹ Bundin markaðshlutdeild er hins vegar ekki lág í þessu máli. Eins og fram hefur komið er markaðshlutdeild IGS yfir 95% á árinu 2004. Ef litið er til þessa og til samninga IGS við Icelandair og framangreinda aðra flugrekendur⁵² er bundin markaðshlutdeild IGS um [...] %⁵³. Ljóst er að svo verulega há binding felur í sér mikil útilokunaráhrif á hinum skilgreinda markaði. Því er ljóst að einkakaupaákvæðin í framangreindum tíu samningum við flugrekendur eru til þess fallin að hafa mjög skaðleg áhrif á samkeppni.

Einkakaupasamningur felur í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu skv. 11. gr. samkeppnislaga, jafnvel þó að slíkur samningur sé gerður að beiðni kaupandans, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Ástæða þessa er sú að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna stöðu hins markaðsráðandi fyrirtækis og einkakaupasamningar raska með alvarlegum hætti þeirri takmörkuðu samkeppni sem þó getur ríkt. Samkvæmt þessu skiptir ekki máli varðandi brot á 11. gr. samkeppnislaga hver á frumkvæðið að þeirri samningsgerð er hér um ræðir. Ef hins vegar liggur fyrir að frumkvæðið er komið frá hinu markaðsráðandi fyrirtæki getur það haft áhrif á alvarleika brotsins. Af gögnum þessa máls má ráða að frumkvæði að samningi LTU og IGS hafi komið frá IGS, sbr. t.d. tölvupóst frá Gunnari Olsen, framkvæmdastjóra IGS, til starfsmanns LTU, dags. 7. apríl 2004. Telur Samkeppniseftirlitið að þetta hafi verið liður í atlögu IGS að Vallarvinum, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir. Ekki er í þessu máli tekin afstaða til þess hver hafi haft frumkvæði að gerð annarra einkakaupasamninga sem mál þetta tekur til.

⁵⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵¹ Sjá t.d. leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar EB: Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints (2000/C291/01): „For a dominant company, even a modest tied market share may lead to significant forclosure. The stronger its dominance, the higher the risk of foreclosures of other competitors.“

⁵² Hér er um vantalningu að ræða því upplýsingar vantar um tekjur af viðskiptum við Iberworlds Airlines og AERO FLIGHT.

⁵³ Fellt út vegna trúnaðar.



Eins og fram hefur komið féll einkaréttur IGS (Flugleiða) til þess að sinna afgreiðslu farþegaflugvéla ekki að fullu niður fyrr en á árinu 2001. IGS hefur einstaka yfirburðastöðu á hinum skilgreinda markaði vegna markaðshlutdeildar sinnar og annarra þeirra atriða sem tilgreind voru hér að framan. Við þessar aðstæður sem ríkjandi eru á markaði fyrir flugafgreiðsluþjónustu á Keflavíkflugvelli bar IGS að gæta þess sérstaklega að aðgerðir fyrirtækisins myndu ekki raska samkeppni. Að mati Samkeppniseftirlitsins gætti IGS ekki að þessari ríku skyldu sinni, heldur þvert á móti greip til aðgerða til að takmarka enn frekar þá takmörkuðu samkeppni sem fyrir hendi var. Félagið gerði einkakaupasamninga með löngum gildistíma við framangreinda flugrekendur. Samningar þessir takmarka aðgang Vallarvína og annarra hugsanlegra keppinauta að markaðnum í umtalsverðan tíma. Þykir því ljóst að samningarnir séu til þess fallnir að takmarka verulega samkeppni og viðhalda eða styrkja yfirburðarstöðu IGS á hinum skilgreinda markaði. Eins og nánar verður gerð grein fyrir getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á þau sjónarmið sem IGS hefur sett fram í málinu. Samkvæmt framansögðu er það því mat Samkeppniseftirlitsins að IGS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með samningum við framangreind tíu flugfélög.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það sjónarmið IGS að framangreindir samningar feli ekki í sér bindingu á viðskiptum og hafi afar takmarkað skuldbindingargildi. Þessi fullyrðing IGS er í beinu ósamræmi við skýrt orðalag umræddra samninga, sbr. umfjöllun hér að framan. Umrædd gr. 3.2 í viðkomandi samningum skuldbinda viðkomandi flugfélög að samningarétti til þess að kaupa þessa þjónustu eingöngu af IGS. Reyndar viðurkennir IGS þetta í athugasemdum sínum þegar félagið segir að samkvæmt ákvæði 3.2 „skal viðkomandi flugfélag eingöngu kaupa flugafgreiðsluþjónustu af viðkomandi flugafgreiðsluaðila á samningstímanum“, sbr. umsögn félagsins frá 6. júlí 2005. Einnig skilgreinir félagið þessi ákvæði sem „einkakaupaákvæði“ sem félagið telur þó að hafi takmarkað skuldbindingagildi, sbr. umsögn félagsins frá 9. janúar 2006. Engu breytir að mati Samkeppniseftirlitsins þó tvö flugfélög Icelandair og Iceland Express hafi fengið lækkun á verði á miðju samningstímabili og að Íslandsflug hafi hætt í viðskiptum áður en samningur þess félags rann úr gildi. IGS hefur einnig fullyrt að óþekkt sé að þessum ákvæðum sé framfylgt gagnvart flugfélögum. Samkeppniseftirlitið bendir á að eftir sem áður eru ákvæðin um einkakaup fyrir hendi og að ólögmati þeirra ræðst ekki af því hvort markaðsráðandi fyrirtæki kýs í einstaka tilvikum að framfylgja skyldunni til einkakaupa eða hvort það sé reiðubúið til að gera breytingar á samningum. IGS gat ávallt kosið að krefjast efnda á þessum samningum. Varðandi Íslandsflug sérstaklega ber og að líta til þess að það fyrirtæki hætti í viðskiptum við IGS eftir að fram hafði komið opinberlega í ákvörðun Samkeppnisstofnunar að samskonar einkakaupaákvæði í samningi IGS við LTU væri ólöglegt. Samkeppniseftirlitið vísar einnig til þess að ekki er þörf á að sýna fram á að einkakaupasamningur hafi í raun haft skaðleg áhrif á markaðinn, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Það dugar að slíkir samningar séu til þess fallnir að hindra virka samkeppni. Umræddir einkakaupasamningar IGS uppfylla það skilyrði. Hafa ber og í huga að IGS hefur vísað til niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB í máli sem varðaði flugafgreiðslu á flugvöllinum í Frankfurt í Þýskalandi.



Samkeppniseftirlitið bendir á að framkvæmdastjórnin taldi í því máli að áþekkir samningar um flugafgreiðslu og IGS hefur gert væru ólögmatir.⁵⁴

Hér ber einnig að líta til þess að nokkurrar þversagnar gætir í þessum málatilbúnaði IGS. Annars vegar heldur fyrirtækið því fram að ákvæði um einkakaup og gildistími umræddra samninga hafi afar lítið skuldbindingargildi og mjög auðvelt sé fyrir flugfélög að skipta um þjónustuaðila þó samningur sé ekki fallinn úr gildi. Hins vegar hefur IGS réttlætt efni þessara samninga með vísan til þess að „öryggi um magn viðskipta til framtíðar“ sé grundvallarþáttur í rekstri félagsins. Þetta öryggi sem samningarnir tryggi sé nauðsynlegt varðandi fjárfestingar félagsins og grundvöllur undir hagkvæman rekstur. Einnig virðist því haldið fram að IGS sé þetta öryggi um magn viðskipta nauðsynlegt vegna þess að félagið hafi áður haft einkaleyfi á viðkomandi markaði. Þá hefur IGS og sagt að ákveðin tímalengd samninganna sé nauðsynleg til að tryggja gæði þjónustu félagsins og að gildistími samninga sé hluti af skuldbindingum aðila og í raun mikilvægasti efnisþáttur samninga. Vandséð er hvernig IGS telur samninga sem félagið telur hafa nánast ekkert skuldbindingargildi geta tryggt þetta viðskiptaöryggi. Hvað sem því líður er sú áhersla sem IGS leggur á að umræddir einkakaupasamningar tryggi félaginu örugg viðskipti til vitnis um skuldbindingargildi þeirra.

IGS hefur fullyrt að flugfélög leggi mikla áherslu á að samningar séu gerðir til langs tíma. Félagið hefur einnig sagt að einkakaupaákvæði samninganna helgist af rökbundinni nauðsyn og talið hlutlæg rök réttlæta langan gildistíma. Í gögnum málsins er hins vegar að finna sjónarmið sem benda í aðra átt. Hér má vísa til samningaviðræðna IGS við flugfélagið Spanair í febrúar 2005. Í samningsdrögum sem IGS útbjó af því tilefni var að finna einkakaupaákvæði með gildistíma til [...] ⁵⁵ ára, sbr. t.d. tölvupóst milli aðilanna 16., 21. og 22. febrúar s.á. Af hálfu Spanair var ekki talið unnt að fallast á að binda viðskiptin með framangreindum hætti, sbr. tölvupóst til IGS 21. febrúar 2005, en þar segir:

[„...“] ⁵⁶

Í svari IGS segir:

[„...“] ⁵⁷

Samkvæmt framansögðu virðist IGS ekki gera þá ófrávíkjanlegu kröfu í samningsviðræðum við viðskiptamenn sína að gildistími samninga sé ákvarðaður með bindandi hætti.

IGS hefur lagt áherslu á að samningsákvæði félagsins um einkakaup séu ekki tryggð með neinu endurgjaldi af þess hálfu. Þannig veiti félagið viðskiptavinum sínum enga greiðslu eða afslátt til að tryggja einkakaupin. Segir IGS að sökum

⁵⁴ Sjá fréttatilkynningu framkvæmdastjórnar EB nr. IP/98/794 frá 8. september 1998.

⁵⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵⁶ Fellt út vegna trúnaðar. Tölvupóstur frá Vera Concha, Spanair, til Einars Hannessonar, IGS, dags. 21. feb. 2005 kl. 12:55.

⁵⁷ Fellt út vegna trúnaðar. Tölvupóstur frá Einari Hannessyni, IGS, til Vera Concha, Spanair, dags 22. febrúar 2005 13:23.



Þess eigi helstu fordæmi um ólögmæti einkakaupasamninga ekki við. Samkeppniseftirlitið ítrekar að markaðsráðandi fyrirtæki misnotar stöðu sína ef það bindur kaupendur til að kaupa stóran hluta þeirrar þjónustu sem þeir þarfnast af viðkomandi fyrirtæki. Skýrt hefur komið fram í samkeppnisrétti að engu máli skiptir þótt skyldan til einkakaupa sé háð einhverjum fyrirvörum og hvort hún sé veitt gegn afslætti eður ei.⁵⁸ Framangreind sjónarmið IGS skipta því ekki máli að lögum.

IGS hefur bent á að sum framangreindra flugfélaga hafi einkum starfsemi á sviði fraktflugs, t.d. Íslandsflug, en Samkeppniseftirlitið hafi vísað til þess að félagið sé markaðsráðandi í afgreiðslu farþegaflugvéla. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að allir viðkomandi samningar taka til afgreiðslu farþegaflugvéla. IGS hefur einnig eins og áður sagði vísað til þess að flugfélög leggi mikla áherslu á að samningar séu gerðir til langs tíma. Samkeppniseftirlitið áréttar að það skiptir ekki máli varðandi beitingu 11. gr. samkeppnislaga hvor aðili samnings hafði frumkvæði að gerð hans eða hvort einkakaupasamningur sé beinlínis gerður að beiðni kaupandans, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*.⁵⁹ Ástæða þessa er sú að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis og einkakaupasamningar raska þeirri takmörkuðu samkeppni sem þó getur ríkt. Í því sambandi skiptir ekki máli hver á frumkvæði að gerð samnings af þessum toga.

Málsaðilar eru ósammála um hvort hin staðlaði 60 daga uppsagnarfrestur í IATA skilmálunum sé viðtekin venja í samningum um flugafgreiðsluþjónustu. IGS hefur mótmælt þessu og greint frá því að félaginu sé kunnugt um samninga með gildistíma frá 60 dögum til 10 ára. Félagið hefur í því sambandi einnig vísað til fimm samninga sem Icelandair hafi gert við erlend flugafgreiðslufyrirtæki. Jafnframt er vísað til ummæla sem fram komu á fundi IATA í maí 2004. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að sýnt hefur verið fram á það að samningar þeir sem mál þetta tekur til fara gegn 11. gr. samkeppnislaga. Ekki fæst séð að máli skipti varðandi þá niðurstöðu að gerðir hafi verið samningar erlendis sem hafa jafnlangan eða lengri gildistíma en þeir samningar sem mál þetta tekur til. Jafnframt breytir engu við mat á því hvort um brot gegn 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða hvort að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis teljist viðskiptavenja eða algeng í viðkomandi atvinnustarfsemi.⁶⁰

IGS hefur vísað til þess að stutt sé síðan einkaleyfi fyrirtækisins hafi fallið á brott og fyrirtækið hafi hægt og rólega verið að aðlaga rekstur sinn að nýju samkeppnisumhverfi. Samkeppniseftirlitið bendir fyrst á að einkaleyfi IGS féll á brott í ársbyrjun 2001. Af umræddum tíu samningum IGS við flugfélög voru þrír undirritaðir á árinu 2002, einn á árinu 2003, fimm á árinu 2004 og einn á árinu

⁵⁸ Sjá t.d. dóm dómstól EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, sbr. orðalagið: „... whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.”

⁵⁹ Sbr. einnig dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v. Commission* [1979] ECR 461, sbr. orðalagið „even if it does so at their request”. Sjá einnig mál nr. C-393/1992 *Gemeente Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-1477.

⁶⁰ Sjá t.d. dóm undiréttar EB frá 30. september 2003 í sameinuðum málum nr. m.a. T-191/98 *Atlantia Container Line AB and others v Commission*: „... conduct cannot cease to be abusive merely because it is the standard practice in a particular sector; to hold otherwise would deprive Article 86 of the Treaty of any effect.”



2005. IGS hafði því haft tækifæri að laga sig að breyttum aðstæðum þegar það gerði þessa samninga. Þar fyrir utan getur sú staðreynd að fyrirtæki hafði einkaleyfi ekki á nokkurn hátt heimilað því að misbeita stöðu sinni þegar samkeppni er komið á. Fyrirtæki í stöðu IGS verður þvert á móti að gæta þess sérstaklega að hindra ekki vöxt samkeppni þegar einkaleyfi þess er felld á brott, sbr. m.a. 1. gr. samkeppnislaga.

IGS hefur upplýst að fyrirtækið hafi í kjölfar bráðabirgðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar hafið samningaviðræður við viðskiptavinum um styttingu gildistíma samninga og að nú sé gildistími flestra samninga félagsins innan við eitt ár. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í þessu máli er fjallað um lögmæti framangreindra tíu samninga. Ekki er því tekin afstaða hér til þess hvort nýir samningar IGS um flugafgreiðslu séu samþýðanlegir 11. gr. samkeppnislaga. Um það hvort þessar aðgerðir IGS hafi áhrif á beitingu viðurlaga í málinu verður fjallað hér á eftir.

4.3 Tilboð IGS til LTU

Vallarvinir telja að IGS hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með samkeppnishamlandi tilboði sem IGS gerði þýska flugfélaginu LTU á árinu 2004. LTU hafi á þeim tíma verið stærsti viðskiptavinur Vallarvina og þessi viðskipti verið kjarninn í farþegaflugafgreiðslu fyrirtækisins. Tilboð IGS hafi verið óvenjulega lágt eða allt að 30% undir því verði sem almennt gildi fyrir sambærilega afgreiðslu á Keflavíkurlugvelli. Verðtilboð IGS sé og langt undir kostnaðarmörkum Vallarvina. Bent er á að afgreiðslusamningur Vallarvina og LTU hafi staðið óbreyttur frá 2001 þrátt fyrir að vísitala neysliverðs hafi hækkað um 17% og launavísitala um 22%. IGS mótmælir því að fyrirtækið hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með tilboði félagsins til LTU. Hegðun félagsins hafi verið í fullkomnu samræmi við við eðlilega hegðun fyrirtækja á samkeppnismarkaði sem einkennist nokkuð af útboðum eða tilboðum í viðskipti. Félagið geti boðið hagstætt verð vegna hagræðingar í rekstri. Telji IGS ljóst að viðleitni félagsins til hagræðingar og til að gera sem lægst tilboð til að mæta harðri samkeppni sé hluti af lögmætri samkeppni. Nánar verður fjallað um sjónarmið félagsins hér á eftir.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var talið að tilboð IGS til LTU fæli í sér sértæka aðgerð sem hafi verið beint gegn Vallarvinum og hafi hún farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í athugasemdum IGS við andmælaskjalið eru sett fram ýmis sjónarmið sem virðast eiga að leiða í ljós að aðgerðir af þessum toga geti ekki fallið undir 11. gr. samkeppnislaga. Áður en vikið er lögmæti aðgerða IGS er rétt að fjalla um túlkun 11. gr. samkeppnislaga að þessu leyti.

4.3.1 Sértækar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækja

Af hálfu IGS er því nánar tiltekið haldið fram að í því felist rökvilla að markaðsráðandi fyrirtæki geti brotið 11. gr. samkeppnislaga með því að grípa til sértækra tilboða sem beint er að viðskiptavinum smærri keppinauta. Virk samkeppni hljóti að mati félagsins að felast í því að reyna að ná viðskiptavinum af keppinautum sínum. IGS sé heimilt að mæta samkeppni og félaginu sé ekki kunnugt um nein fordæmi sem styðji þessa umfjöllun samkeppnisyfirvalda. Bent er einnig á að í afstöðu Samkeppniseftirlitsins felist að félaginu sé meinað að gera



viðskiptavinum keppinauta sinna tilboð og í því felist takmörkun á frelsi í viðskiptum en markmið samkeppnislaga sé að vinna gegn slíkum takmörkunum. Vísar IGS einnig til umfjöllunnar áfrýjunarnefndar samkeppnismála um skaðlega undirverðlagningu í úrskurði nr. 17-18/2003 og telur félagið að einu lögmætu viðmiðin komi fram í þeim úrskurði. Bendir félagið einnig á að í úrskurðinum sé á það bent að markaðsráðandi fyrirtæki megi stunda lögmæta samkeppni. Það að gera viðskiptavinum keppinauta tilboð sé hluti af henni.

Samkeppniseftirlitið vísar fyrst til þess að það er bæði eðlilegt og æskilegt að markaðsráðandi fyrirtæki taki þátt í samkeppni. Markaðsráðandi fyrirtæki mega hins vegar ekki misnota ráðandi stöðu sína. Í samkeppnisrétti er talið að misnotkun sé hlutlægt hugtak sem vísar til hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis sem hefur áhrif á gerð tiltekins markaðs þar sem samkeppni er þegar takmörkuð vegna þess að á markaðnum er fyrir hendi markaðsráðandi fyrirtæki. Hegðunin felst í aðgerðum sem ekki geta talist til eðlilegrar samkeppni (e. *normal competition*) í skilningi samkeppnisréttarins og hefur þau áhrif að hindra þá takmörkuðu samkeppni sem ríkt getur á markaðnum eða vöxt hennar. Af þessu leiðir að markaðsráðandi fyrirtækjum er bannað að koma keppinauti út af markaðnum og þar með styrkja stöðu sína með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Þetta hefur einnig þau mikilvægu áhrif að ekki er öll verðsamkeppni markaðsráðandi fyrirtækja lögmæt. Um þetta má vísa til m.a. úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 og dóma dómstóla EB.⁶¹

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðari heldur en almennt er heimilt í viðskiptum. Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þrengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu.⁶² Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum efnahagslegum grunni.⁶³ Það getur því

⁶¹ Í dómi undirréttar EB máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969 er dómafrákvæmdin að þessu leyti dregin saman með eftirfarandi hætti: „*The case-law shows that an 'abuse is an objective concept referring to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is already weakened and which, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition ... It follows that Article 86 of the Treaty prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby reinforcing its position by having recourse to means other than those within the scope of competition on the merits. From that point of view, not all competition on price can be regarded as legitimate ... The prohibition laid down in Article 86 is also justified by the consideration that harm should not be caused to consumers.*” Þessi dómur undirréttar EB var staðfestur af dómstóli EB í máli nr. C-497/99P.

⁶² Sjá hér t.d. John Ratliff, Abuse of Dominant Position and Pricing Practices- A Practitioner's Viewpoint. Birt m.a. í: Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu: *European Competition Law Annual 2003 - What Is An Abuse of A Dominant Position?*: „... the focus in the definition of abuse on the term „normal competition” can be difficult for some. Many companies argue that all they are doing is competing as hard as they can and that all the methods they use to that end are „normal competition”. They do not readily accept the narrower definition of „competition by trading performance”, which is permitted for the dominant. Often therefore we have to explain that, even though there may be types of competition which appear normal, nevertheless, the dominant company may not use them because of their perceived effects on the „weakened” competition in the market. ”

⁶³ Sjá t.d. Dr. Hans-Georg Kamann og Ellen Bergman, The Granting of Rebates by Market Dominant undertakings under Article 82 of the EC Treaty, [2005] ECLR 83. „A market dominant undertaking is not allowed to take recourse to price and rebate methods which do not constitute normal means of efficiency competition. Such methods would constitute an abuse under Article 82. EC. ”



verið ólögðmætt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfsagðar á samkeppnismarkaði, eins og t.d. að bjóða viðskiptavinum smærri keppinautar lægra verð. Þessi regla helgast af þeirri ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum.⁶⁴ Sú skylda er enn ríkari þegar í hlut eiga fyrirtæki í einstakri yfirburðarstöðu.

Markaðsráðandi fyrirtæki er að ákveðnu marki heimilt að bregðast við og verja viðskiptahagsmunum sína þegar á þá er ráðist.⁶⁵ Er þetta oft nefnt að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að mæta samkeppni til þess að verja viðskiptalega hagsmunum sína ef á þá er gerð atlaða. Þannig er markaðsráðandi fyrirtæki með vissum hætti heimilt að mæta samkeppni í þeim tilvikum er keppinautur snýr sér til viðskiptavina þess og bíður þeim hagstætt verð. Getur þetta leitt til þess að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis sem ella teldist misnotkun á slíkri stöðu er álitin lögðmæt viðbrögð við samkeppni. Slík varnarviðbrögð verða hins vegar að byggjast á efnahagslegri frammistöðu fyrirtækisins og vera í samræmi við hagsmunum neytenda.⁶⁶ Slík viðbrögð verða einnig að vera í samræmi við meðalhóf og hafa verður hliðsjón af efnahagslegum styrk viðkomandi fyrirtækja.⁶⁷ Taka verður hins vegar skýrt fram að þessi heimild til að mæta samkeppni nær aðeins til varnaraðgerða og á ekki við ef raunverulegur tilgangur aðgerða er að styrkja markaðsráðandi stöðu og misnota hana.⁶⁸ Því er ekki unnt að byggja á heimild til að mæta samkeppni þegar markaðsráðandi fyrirtækið undirbýr og framkvæmir tilboð að eigin frumkvæði til viðskiptavina keppinauta sinna.⁶⁹

⁶⁴ Sjá t.d. Ritter og Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa (2004) bls. 423: „While some kinds of conduct, such as excessive pricing, are easier to practice for a firm in a dominant position, others may be not only perfectly compatible with but indeed a normal expression of competition, such as undercutting a competitors' price in order to win customers from it and gain market share. However, such conduct may become abusive if engaged in by a dominant enterprise with the effect of appreciably restricting or distorting competition in the marketplace. This is not to be seen as penalizing the dominant firm for the superior quality of its product which may have contributed to its achieving dominance, but merely reflects the special responsibility incumbent on it not to reduce competition on the market even further from the reduced level remaining, as a result of its position of dominance. ”

⁶⁵ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

⁶⁶ Sjá dómur undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969: „Thus, even if the existence of a dominant position does not deprive an undertaking placed in that position of the right to protect its own commercial interests when they are threatened (see paragraph 112 above), the protection of the commercial position of an undertaking in a dominant position with the characteristics of that of the applicant at the time in question must, at the very least, in order to be lawful, be based on criteria of economic efficiency and consistent with the interests of consumers. ”

⁶⁷ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „Even if the possibility of a counter-attack is acceptable that attack must still be proportionate to the threat taking into account the economic strength of the undertakings confronting each other. ”

⁶⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „Although it is true ... that the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such responsible steps as it deems appropriate to protect its said interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it.” Sjá einnig Ritter og Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa (2004) bls. 418 „... even a dominant firm may take measures of defensive nature based on criteria of economic efficiency, provided it is consistent with the interest of consumers. ”

⁶⁹ Sjá t.d. Ulrich Springer, „Meeting Competition”: Justification of Price Discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law: [1997] 4 ECLR 251: „It is obvious that systematic price-cutting poses the danger of smaller competitors being driven out of business by dominant supplier, which may have a negative effect on the structure of the market with the ultimate consequences of an increase of prices to supra-competitive level. Thus, under both E.C. and U.S. law, the beating of competition is forbidden. ... Under EC law ... the concept of meeting competition is merely a defensive one ... Thus the the ECJ clarifies that the possibility of lawfully discriminating between customers in order to meet a competing offer is merely a defensive one and that every attempt to use it to expand an existing dominant position will be regarded as abusive under Article 86. ”



Eins og fyrr sagði er ekki öll verðsamkeppni markaðsráðandi fyrirtækja lögmæt og misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. Fyrir liggur í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki getur misnotað stöðu sína ef það grípur til sértækrar verðlækkunar eða tilboða sem beint er gegn viðskiptavinum smærri keppinauta og eru til þess fallin að valda röskun á samkeppni. Þetta er sérstaklega skýrt þegar markaðsráðandi fyrirtæki undirbýður hinn smærri keppinaut.⁷⁰ Þegar um háttsemi af þessum toga er að ræða skiptir ekki máli að lögum hvort viðkomandi tilboð hafi verið undir kostnaði hins markaðsráðandi fyrirtækis.⁷¹ Samkeppnisreglum er ætlað að hindra að markaðsráðandi fyrirtæki komi í veg fyrir með óeðlilegum aðgerðum að minni keppinautar nái að eflast á viðkomandi markaði.⁷²

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 kemur fram að markaðsráðandi fyrirtæki geti misnotað stöðu sína með óeðlilegri verðlagningu. Tiltekur áfrýjunarnefndin tvö dæmi um slíkar aðgerðir. Annars vegar er verðlagning að öllu jöfnu ólögmæt ef hún er undir breytilegum kostnaði. Hins vegar getur verðlagning verið ólögmæt sem er undir meðaltali heildarkostnaðar en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar. Varðandi þennan flokk verður einnig að líta til annarra atriða, sbr. nánari umfjöllun í úrskurðinum. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það með IGS að þetta séu einu viðmiðin sem lögmætt sé að líta til varðandi mat á verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækja, enda kemur það ekki fram í úrskurði nefndarinnar. Slík túlkun væri einnig í andstöðu við meginreglur samkeppnisréttarins, sbr. umfjöllun hér að framan. Hér ber einnig að horfa til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar er það tekið fram að við túlkun 11. gr. samkeppnislaga beri að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti. Þau viðmið um mat á verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækja sem áfrýjunarnefndin byggði á í

⁷⁰ Sjá dóm dómstóls EB í sameinuðum málum nr. 395-396/95P *Compagnie Maritime Belge v Commission* [2000] ECR I-1365. Sjá einnig t.d. dóma undirréttar EB í máli nr. T-30/89 *Hilti v Commission* [1992] ECR II-1439, í máli nr. T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum v Commission* [1993] ECR II-389, og í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969. Sjá jafnframt Richard Whish *Competition Law*, fimmta útgáfa bls. 713 og þriðja útgáfa bls. 532: „... it is clear that selective price cutting is capable of being abusive in its own right. ... These cases show that the reduction of prices intended to undercut competitors is an extremely risky activity when indulged in by a firm in a dominant position”. Sjá ennfremur Philip Andrews, *Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing?* [1998] ECLR 49: „... it is clear from the decision that the Commission considers offers to specific customers that undercut a competitor's price to be abusive.”

⁷¹ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-30/89 *Hilti v Commission* [1992] ECR II-1439. Andrezej Kmiecik, *Pricing and the Dominant Firm, An analysis under the EC/EEA competition rules (Pricing in Europe 6. apríl 2000 (IBC UK Conference Handbook))*: „On the basis of the existing case law, it is clear that above-cost prices can violate Article 82 if a dominant firm makes selective price cuts in order to damage the business of its competitors. This will be the case if a dominant firm offers price reductions only to the customers, or potential customers, of its competitors.”

⁷² Sjá t.d. John Ratliff, *Abuse of Dominant Position and Pricing Practices- A Practitioner's Viewpoint*. Birt m.a. í: Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu: *European Competition Law Annual 2003 - What Is An Abuse of A Dominant Position?*. Í umfjöllun um bann við sértækum verðlækkunum var bent á þetta: „If such an approach were not required, the dominant company would just “stamp out” competition before it could get going, whilst protecting its more general “dominant level” of pricing (elsewhere, at the same time, and for the future after the competitive challenge has been rebuffed). In such a scenario, selective rebates, even above costs, are a form of “predatory foreclosure”. ... The issue is not simply about the actual price level, it is about starving a smaller market entrant of business so that it cannot attain the minimum efficiency scale required to be economically viable and match the scale advantages of its dominant rival. ... A non-predatory, selective response by the dominant is therefore usually considered unlawful. Here, the basic definition of the abuse also is critical, because the idea is that small acts by the dominant can impact the structure of competition itself and it is only in that weakened market structure that otherwise normal competition is restricted.”



nefndum úrskurði eru efnislega samhljóða viðmiðunum sem lögð voru til grundvallar í dómi dómstóls EB í svonefndu AKZO máli.⁷³ Skýrt hefur komið fram í EES/EB-samkeppnisrétti að þau viðmið sem fram komu í AKZO málinu eru ekki talin tæmandi.⁷⁴ Leggja verður þá túlkun til grundvallar í þessu máli.

4.3.2 Aðgerðir IGS

Við mat á lögmæti aðgerða IGS telur Samkeppniseftirlitið rétt í upphafi að fjalla um nokkur atriði sem tengjast tilboði IGS til LTU og aðdraganda þess. Einnig verður lýst öðrum málsatvikum sem þýðingu geta haft.

Fram á árið 2001 var LTU viðskiptavinur IGS (Flugleiða) en á því ári var að fullu felldur niður einkaréttur IGS til þess að annast farþegaafgreiðslu á Keflavíkflugvelli, sbr. umfjöllun hér að framan. Á sama ári sagði LTU upp samningi sínum við IGS og hóf viðskipti við Vallarvini. Í tölvupósti sem LTU sendi IGS var lýst ástæðum þess að félagið vildi flytja þessi viðskipti sín til Vallarvina:

„We now decided finally to sign the contract with Airport Associates.⁷⁵ I audited Airport Associates last month and found a highly motivated team that is able to provide a personal and dedicated service for LTU at a reasonable handling fee. As well we guess that Icelandair misused it's power in the past as a monopolist in Iceland to collect a disproportional amount for the handling but please feel free to confute this. Compared with other European destinations the handling in Iceland was about 50% above the usual fees we payed [svo] elsewhere in the E.U. Now with Airport Associates as new handling agent we are with the fees on a competative [svo] level and with the provision of service, in our opinion, on a higher level than with IGS before.“

Vallarvinir hafa einnig lagt fram í málinu tölvupóst frá LTU til félagsins sem sendur var 12. september 2002. Í tölvupóstinum lýsir LTU því yfir að félagið sé ánæggt með þjónustu Vallarvina.

Í janúar 2004 sneri flugfélagið Iceland Express sér til Vallarvina og óskaði eftir tilboði í flugafgreiðslu fyrir félagið. Þá var Iceland Express með samning við IGS um flugafgreiðslu og var tilgangur félagsins með því að leita til Vallarvina að ná fram lægra afgreiðslugjaldi. Vallarvinir buðu Iceland Express samning sem fól í verðlækkun frá þeim þjónustusamningi sem fyrirtækið hafði við IGS. Í febrúar 2004 sá IGS sér hins vegar fært að lækka afgreiðslugjöld sín við Iceland Express. Þetta leiddi til þess að Iceland Express var áfram í viðskiptum við IGS samkvæmt samningi sem bundinn er í þrjú ár.

⁷³ Mál nr. C-62/86 [1991] ECR-3359.

⁷⁴ Hér má sérstaklega vísa til dóm dómstóls EB í sameinuðum málum nr. 395-396/95P *Compagnie Maritime Belge v Commission* [2000] ECR I-1365. Í því máli hélt markaðsráðandi aðili því sérstaklega fram að viðmiðin sem fram komu í AKZO málinu væru tæmandi og sértæk verðlækkun hans gæti því ekki verið ólögmæt því hún væri ekki undir þeim kostnaðarviðmiðunum. Í áliti sínu í málinu lýsti Fennelly aðalögsögumaður sig ósammála þessu: „*The categories of abusive exclusionary pricing practices have not been exhaustively defined in AKZO.*“ Dómstóllinn tók undir skoðun aðalögsögumannsins og taldi að um ólögmæta sértæka verðlækkun hafi verið að ræða.

⁷⁵ Vallarvinir.



Þann 7. apríl 2004 sendi IGS tölvupóst til LTU en það fyrirtæki var eins og áður sagði á þeim tíma í viðskiptum við Vallarvini. Í tölvupóstnum sagði:

„We are now coming closer to the summer and the beginning of your scheduled operations into Iceland. I am sorry to say that we have not had the pleasure of providing you with ground services at Keflavik Airport for a couple of years now. In the past few years IGS has undergone serious restructuring [svo] and cost cutting to strengthen the competitiveness of the company. We are now very confident that we are in a very good position to offer new and old customers a better product at a much lower cost than in the past. There is really no doubt in my mind that we are now able to beat all our competitors pricing and at the same time provide our partners operating into Iceland with a higher level of services than they can enjoy elsewhere. The pricing and service levels that are negotiated and agreed can be guaranteed for a number of years on the customers command. I would very much welcome the opportunity to meet with you and go through this issue in details in your offices or here in Iceland if you wish and are in a position to accept our invitation to travel to Iceland ...”

Í lok maí 2004 sneri IGS sér aftur til LTU. Þetta má ráða af tölvupósti sem LTU sendi Vallarvinum 27. maí 2004. Í honum segir m.a.:

„We had an surprising visit from Gunnar Olsen⁷⁶ who made a proposal we cannot ignore. We have to talk soon about our actual conditions. ”

Í svari Vallarvina var LTU spurt að því hvort Vallarvinir gætu vegna sumarleyfa fengið frest til að svara þessu erindi. Til svars við því tók LTU m.a. eftirfarandi fram í tölvupósti sem fyrirtækið sendi 29. maí 2004:

„I do not know if we have the time because my boss Mr Schlebusch will terminate the contract soon (within this season) if you are not able to match the price of Icelandair. ... Mr Schlebusch is not happy about this situation and would avoid switching to Icelandair but have no choice. ”

LTU og IGS undirrituðu samning um flugafgreiðslu í júní 2004 og er gildistími samningsins til 31. desember 2007.

Hér ber einnig að líta til þess að IGS hefur gert fleiri tilraunir til þess að ná viðskiptavinum af Vallarvinum. Í byrjun september 2004 sendi IGS flugfélaginu [...] ⁷⁷ tölvupóst. Í honum var vísað til þess að flugfélagið væri í viðskiptum við Vallarvini og það hefði hingað til verið ánægt með þjónustu þeirra. Hins vegar teldi IGS sig geta veitt betri þjónustu. Í kjölfar þessa náði IGS samningi við þetta flugfélag. Í janúar og febrúar 2005 sneri IGS sér til flugfélagsins [...] ⁷⁸ og gerði

⁷⁶ Framkvæmdastjóri IGS.

⁷⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

⁷⁸ Fellt út vegna trúnaðar.



Því tilboð en félagið var þá í viðskiptum við Vallarvini. Það flugfélag kaus hins vegar að vera áfram í viðskiptum við Vallarvini.

Samkvæmt framangreindu er m.a. ljóst að vorið 2004 var í gildi viðskiptasamningur milli Vallarvina og LTU um flugafgreiðsluþjónustu og gögn málsins gefa til kynna að LTU hafi verið ánægt með þjónustu Vallarvina. IGS sneri sér að eigin frumkvæði til LTU og gerði félaginu tilboð sem það taldi sig ekki getað hafnað ef Vallarvinir gætu ekki jafnað tilboðið. LTU virðist einnig hafa kosið að halda í lengstu lög áfram viðskiptum við Vallarvini, sbr. tölvupóst fyrirtækisins frá 29. maí 2004. Fram hefur komið af hálfu Vallarvina að tilboð IGS hafi verið langt undir kostnaðarmörkum félagsins og félaginu hafi ekki verið unnt að bjóða sama verð án þess að það leiddi til tapreksturs. Niðurstaðan varð sú að LTU hóf viðskipti við IGS og Vallarvinir misstu stærsta viðskiptavin sinn í afgangslu farþegaflugvéla.

4.3.3 Forsendur fyrir tilboði IGS til LTU

Samkeppnisyfirvöld hafa í málinu einnig tekið til athugunar hvort að verðlagning IGS í tilboðinu til LTU styddist við eðlilegar forsendur. Í því sambandi verður að hafa í huga að við mat á verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækis getur skipt máli að líta á kostnaðarlegt hagræði viðkomandi fyrirtækis af verðlagningunni.⁷⁹

Í kjölfar erindis Vallarvina sendi Samkeppnisstofnun IGS fyrirspurn þar sem m.a. var óskað eftir kostnaðarlegum áætlunum og forsendum samninga fyrirtækisins við LTU. Í bréfi, dags. 2. júlí 2004, sendi IGS framlegðarútreikninga vegna samninga við þrjá viðskiptavini fyrirtækisins, þ.e. Icelandair (systurfélag IGS), Iceland Express og LTU. Í útreikningunum er sundurliðaður breytilegur og fastur kostnaður IGS vegna þjónustu við mismunandi tegundir flugvéla að viðbættri [...] %⁸⁰ álagningu sem sé grunnur að afgangsluverði til umræddra viðskiptavina. Samkvæmt þessum upplýsingum var skipting á kostnaði, álagningu og afgangsluverði fyrir flugvélar Icelandair og Iceland Express í samningum IGS við umrædd fyrirtæki eins og fram kemur í töflu 3.

Tafla 3. Skipting heildarkostnaðar vegna farþegaflugsafgreiðslu hjá Icelandair og Iceland Express. Upphæðir eru í krónum fyrir hverja flugafgreiðslu.⁸¹

Tegund kostnaðar	Icelandair	Icelandair	Icelandair	Icelandair	Iceland Express
	B 737– 400 153 sæti	B 757– 200 189 sæti	B 757– 300 228 sæti	B 767– 300 269 sæti	B 737– 300 148 sæti
Stj. deilda (meðalt.l. [... kr.])	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Innritun alm. o.fl.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Innritun og ö.þj.v/viðsk.farr.	[...]	[...]	[...]	[...]	

⁷⁹ Sbr. dómur Hæstaréttar í máli nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*.

⁸⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸¹ Tölur innan hornklofa í töflu þessari eru felldar út vegna trúnaðar.



Önnur þj. v/farþega	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Útreikningur á hleðslu véla	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Hleðsla farangurs	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Hleðsla frakt/póstur	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Þrif á flugvélum	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kostnaður vegna „loadfactor“	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Samtals breytilegur kostnaður	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Fastur kostnaður ([...% álag])	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Heildarkostnaður	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Samtals með [...%] álag.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Afgreiðsluverð	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Eins og fram kemur í töflunni er það mat IGS að heildarkostnaður vegna afgreiðslu á flugvélum Icelandair við hvert flug hafi verið frá rúmlega [...] ⁸² þús. kr. (B 737–400 153 sæti) til tæplega [...] ⁸³ þús. kr. (B 767–300 269 sæti). Heildarkostnaður vegna afgreiðslu á vélum Iceland Express (B 737–300 148 sæta) hafi hins vegar numið tæplega [...] ⁸⁴ þús. kr. á hverja afgreiðslu. Afgreiðsluverð að teknu tilliti til [...] % ⁸⁵ hagnaðar er hjá Icelandair um [...] ⁸⁶ þús. til um [...] ⁸⁷ þús. kr. og hjá Iceland Express rúmlega [...] þús. kr. ⁸⁸

IGS hefur fullyrt að sömu forsendur hafi verið notaðar við gerð tilboðsins til LTU og sem notaðar voru við ákvörðun á afgreiðsluverði til annarra flugfélaga í áætluarflugi, þ. e. Icelandair og Iceland Express. Afgreiðsluverð og framlegð IGS vegna samningsins við LTU kemur fram í töflu 4.

Tafla 4. Skipting heildarkostnaðar og verðs vegna afgreiðslu farþegaflugs hjá LTU. Upphæðir eru í krónum fyrir hverja flugafgreiðslu. ⁸⁹

Tegund kostnaðar	LTU	LTU	LTU	LTU
	A 320–200 174 sæti	A 321–200 210 sæti	A 330–200 323 sæti	A 330–300 387 sæti
Samtals breytilegur kostnaður	[...]	[...]	[...]	[...]
Fastur kostnaður ([...% álag])	[...]	[...]	[...]	[...]
Heildarkostnaður	[...]	[...]	[...]	[...]
Samtals með [...%] álagningu	[...]	[...]	[...]	[...]

⁸² Felld út vegna trúnaðar.

⁸³ Felld út vegna trúnaðar.

⁸⁴ Felld út vegna trúnaðar.

⁸⁵ Felld út vegna trúnaðar.

⁸⁶ Felld út vegna trúnaðar.

⁸⁷ Felld út vegna trúnaðar.

⁸⁸ Felld út vegna trúnaðar.

⁸⁹ Tölur innan hornklofa í töflu þessari eru felldar út vegna trúnaðar.



Afgreiðsluverð	[...]	[...]	[...]	[...]
-----------------------	-------	-------	-------	-------

Samkvæmt þeim upplýsingum sem fram koma í töflunni reiknaði IGS með svipaðri afkomu af afgreiðslu flugvéla fyrir LTU eins og af afgreiðslu flugvéla annarra flugfélaga, þ.e. tekjum sem væru rúmlega [...] %⁹⁰ hærri en heildarkostnaður við afgreiðsluna.

Til þess að meta áhrif þeirra aðgerða sem fólust í tilboðinu til LTU á rekstur IGS á árinu 2004 var óskað eftir viðbótar upplýsingum og gögnum frá félaginu. Með því móti taldi Samkeppniseftirlitið að hægt yrði að greina hvort lækkun á afgreiðsluverði og tilboði til LTU væri byggt á eðlilegum rekstrarforsendum. Til þess að fyrirbyggja allt misræmi telur Samkeppniseftirlitið að við mat á afgreiðsluverði félagsins sé eðlilegt að notast eingöngu við upplýsingar um rekstur vegna ársins 2004 enda koma rekstrarleg áhrif af aðgerðum félagsins fram á því ári. Allar forsendur í útreikningum Samkeppniseftirlitsins eru vegna ársins 2004 og koma þær fram í gögnum frá félaginu. Með þessu er einnig komið til móts við þá fullyrðingu IGS að lækkun á afgreiðsluverði snemma á árinu 2004 til Icelandair og Iceland Express, og tilboðsverð til LTU megi þakka mikilli rekstrarhagræðingu hjá IGS síðustu árin. Í umsögnum sínum hefur félagið margoft áréttað þetta atriði og vísað til þess við réttlætingu á lækkun afgreiðsluverðs, sem eigi að síður var ætlað að skila félaginu umtalsverðum hagnaði, eða sem nemur rúmlega [...] %⁹¹ eins og fram kemur í töflunni hér fyrir framan.

Eins og fyrr segir bærust frá félaginu framlegðarútreikningar sem voru lagðir til grundvallar afgreiðsluverði hjá IGS vegna áætlunarflugs hjá Icelandair og Iceland Express auk þess að hafa verið grundvöllur að tilboðinu til LTU. Afgreiðsluverð IGS í viðskiptum við Iceland Express lækkaði í febrúar 2004. Í apríl 2004 lækkaði verð IGS í viðskiptum við Icelandair. Samningur IGS við LTU var undirritaður í júní 2004. Áðurnefndir framlegðarútreikningar eru af IGS sagðir staðfesta að lækkað afgreiðsluverð vegna þjónustu við áætlunarflugfélögin tvö og afgreiðsluverð í tilboðinu til LTU standi undir öllum kostnaði við flugafgreiðslu og skili IGS verulegum hagnaði. Ekki verður annað ráðið af þessum gögnum en að afgreiðsluverðið hafi verið grundvallað á bestu upplýsingum um rekstur félagsins á þessum tíma og þar með vitneskju um allan kostnað við afgreiðslu farþegaflugs á vegum félagsins enda engir fyrirvarar um annað. Í útreikningum IGS er gert ráð fyrir álagningu sem er ýmist [...] %⁹² af heildarkostnaði við flugafgreiðslu, mismunandi eftir tegund flugvéla. Síðan er afgreiðsluverð haft aðeins herra en útreiknað verð miðað við umrædda álagningu. Samkeppnisyfirvöld óskuðu sérstaklega eftir skýringu á álagningunni og hvaða liði í rekstrinum henni væri ætlað að þekja. Í svörum IGS var upplýst að í hinni reiknuðu álagningu fælist hagnaður eða framlegð sem félagið áætlaði að hafa vegna veittrar þjónustu. Á grundvelli skýringa IGS er það mat Samkeppniseftirlitsins að um reiknaða hagnaðarálagningu af þjónustu félagsins við áætlunarflug sé að ræða, það er framlegð umræddrar þjónustu IGS til heildar hagnaðar félagsins. Er þessari

⁹⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹¹ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹² Fellt út vegna trúnaðar.



túlkun einnig greinilega haldið fram á bls. 22 í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar nr. 1/2005 án athugasemda frá IGS.

Samkvæmt upplýsingum í bréfi, dags. 5. júlí 2005, frá IGS voru heildartekjur IGS vegna afgreiðslu á áætlunarflugi [...] ⁹³ m.kr. á árinu 2004 en rekstrargjöld við þjónustuna námu á sama tíma [...] ⁹⁴ m.kr. eða rekstrartap um [...] ⁹⁵ m.kr. Auk þess var tap af afgreiðslu leiguflugs um [...] ⁹⁶ m.kr. eða samtals [...] ⁹⁷ m.kr. rekstrartap af afgreiðslu farþegaflugs á árinu 2004.

Vegna ósamræmis milli meintrar álagningar eða hagnaðar í samningum félagsins við flugfélögin sem fram kemur í framlegðarútreikningunum annars vegar og raunverulegum afkomutölum úr rekstri vegna farþegaflugsafgreiðslu hins vegar, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir rekstraráætlun fyrir árið 2004 vegna farþegaflugsafgreiðslunnar og öllum helstu forsendum áætlunarinnar. Í svörum IGS kemur fram að gerð hafi verið rekstraráætlun fyrir alla flugafgreiðslu félagsins og væri farþegaflugafgreiðslan hluti af þeirri áætlun. Ekki hefði verið gerð rekstraráætlun fyrir afgreiðslu farþegaflugs sérstaklega.

Samkvæmt upplýsingum frá IGS var gert ráð fyrir [...] ⁹⁸ afgreiðslum í áætlunarflugi fyrir Icelandair og Iceland Express í rekstraráætlun félagsins fyrir árið 2004 (bréf IGS, dags. 21. september 2005). Fjöldi farþegaflugvéla sem félagið í reynd afgreiddi fyrir umrædd flugfélög var [...] ⁹⁹ þannig að frávik frá áætlun var óverulegt (bréf IGS, dags. 5. júlí 2005). Við gerð þjónustusamnings við LTU var gert ráð fyrir [...] ¹⁰⁰ afgreiðslum á árinu 2004 en í reynd urðu þær [...] ¹⁰¹.

Til þess að meta forsendur fyrir verðtilboðum IGS í samningum við flugfélög, þ.m.t. LTU, telur Samkeppniseftirlitið eðlilegt að miða við þann fjölda flugafgreiðslna vegna áætlunarflugs sem IGS gerði ráð fyrir í áætlunum sínum fyrir árið 2004. Auk þess er eðlilegt í þessu samhengi að miða við áætlaðan afgreiðslufjölda félagsins fyrir LTU. Þá telur Samkeppniseftirlitið eðlilegt að byggja á áðurnefndum framlegðarútreikningum IGS fyrir hvert flug í samningum félagsins við flugfélögin til að finna út áætlaðar heildartekjur og heildargjöld IGS á árinu 2004 vegna afgreiðslu farþegaflugs í áætlunarflugi. Með þessu er hægt að meta heildarumfang rekstrarins sem ætti að hafa verið lagt til grundvallar nýju afgreiðsluverði. Miðað við þessar forsendur og að því gefnu að þær hafi gilt allt árið 2004 má áætla að rekstrartekjur vegna afgreiðslu áætlunarflugs hefðu numið um [...] ¹⁰² m.kr. og rekstrargjöld um [...] ¹⁰³ m.kr. Áætlaður hagnaður af rekstrinum fyrir skatta hefði því numið um [...] ¹⁰⁴ m.kr. á árinu 2004.

⁹³ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁰⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁰¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁰² Fellt út vegna trúnaðar.



Raunveruleg niðurstaða af rekstrinum var [...] ¹⁰⁵ m.kr. tap. Gott samræmi er milli þessarar aðferðar og endanlegs uppgjors hvað varðar rekstrartekjur en misræmi er verulegt hvað varðar rekstrargjöldin. Þar munar u.þ.b. [...] ¹⁰⁶ m.kr. á því hvað raunveruleg rekstrargjöld ársins 2004 voru hærrí en þau rekstrargjöld sem lögð voru til grundvallar því verði fyrir flugafgreiðslu sem kveðið er á um í samningum IGS við flugfélögin Icelandair, Iceland Express og LTU. Hjá IGS hefur komið fram að engar verulegar breytingar hafi verið á forsendum rekstrargjalda á árinu 2004. Verður því að ætla að rekstrargjöld í framlegðarútreikningum IGS sem miðað var við í verðtilboðum félagsins til flugfélaga, þ.m.t. LTU, hafi verið sem þessu nemur vantalin. Ef forsendan um [...] % ¹⁰⁷ álagningu sem hagnað hefði átt að nást hefði afgreiðsluverð, þar með talið tilboðið til LTU, þurft að vera að meðaltali um [...] % ¹⁰⁸ hærra en raun varð á vegna afgreiðslu við áætlunarflug og er þá miðað við endanlegt uppgjör IGS fyrir árið 2004.

Önnur leið til þess að greina umfang rekstrarins er að miða við rekstraráætlun. Eins og áður hefur komið fram gerði IGS ekki sérstaka rekstraráætlun fyrir árið 2004 vegna afgreiðslu farþegaflugs á vegum félagsins og þar af leiðandi ekki heldur fyrir áætlunarflugið. Hins vegar gerði IGS rekstraráætlun fyrir rekstrareininguna sem kallast Flugafgreiðsla. Samkvæmt upplýsingum frá IGS er [...] % ¹⁰⁹ af rekstrarkostnaði þeirrar einingar vegna flugafgreiðslu og þar af eru [...] % ¹¹⁰ vegna afgreiðslu farþegaflugs. Af þeim umsvifum eru síðan um [...] % ¹¹¹ vegna afgreiðslu áætlunarflugs. Er þessar upplýsingar að finna í sundurliðun IGS á rekstrarkostnaði ársins 2004 sem bárust með bréfum, dags. 20. maí 2005 og 5. júlí 2005.

Á grundvelli framanritaðs má meta að í rekstraráætlun IGS hafi verið gert ráð fyrir að kostnaður við rekstur afgreiðslu áætlunarflugs yrði um [...] m.kr. ¹¹² á árinu 2004 og rekstrartekjur um [...] ¹¹³ m.kr. ¹¹⁴ Hagnaður samkvæmt þessu var áætlaður um [...] ¹¹⁵ m.kr. fyrir skatta árið 2004. Síðan kom í ljós að rekstrartekjur í þeirri áætlun hvað varðaði farþegaflug í áætlunarflugi voru byggðar á verði fyrir flugafgreiðslu sem var í gildi í lok árs 2003. Það verð gildi ekki nema tvo til þrjú fyrstu mánuði ársins 2004. Snemma árs 2004 lækkaði IGS verulega afgreiðsluverð vegna áætlunarflugs Iceland Express. Eins og fram hefur komið var forsaga þess að snemma á árinu 2004 leitaði Iceland Express eftir tilboði Vallarvina í flugafgreiðslu fyrir félagið. Þá var Iceland Express með samning við IGS um flugafgreiðslu og var tilgangur félagsins með því að leita til Vallarvina og ná fram lægra afgreiðslugjaldi. Vallarvinir buðu Iceland Express samning sem fóll í

¹⁰³ Felld út vegna trúnaðar.

¹⁰⁴ Felld út vegna trúnaðar.

¹⁰⁵ Felld út vegna trúnaðar.

¹⁰⁶ Felld út vegna trúnaðar.

¹⁰⁷ Felld út vegna trúnaðar.

¹⁰⁸ Felld út vegna trúnaðar.

¹⁰⁹ Felld út vegna trúnaðar.

¹¹⁰ Felld út vegna trúnaðar.

¹¹¹ Felld út vegna trúnaðar.

¹¹² Felld út vegna trúnaðar.

¹¹³ Felld út vegna trúnaðar.

¹¹⁴ Sbr. bréf IGS, dags. 21. september 2005.

¹¹⁵ Felld út vegna trúnaðar.



sér verðlækkun frá þeim þjónustusamningi sem fyrirtækið hafði við IGS. Skömmu seinna, í febrúar 2004, sá IGS sér fært að lækka afgreiðslugjöld sín umtalsvert hjá Iceland Express eða nánar tiltekið um [...] %¹¹⁶ ef miðað er við gengi sem notað var í áætlunargerðinni fyrir 2004 (m.v. gengi USD sem 75 ISK). Þetta leiddi til þess að Iceland Express var áfram í viðskiptum við IGS samkvæmt samningi sem bundinn er í þrjú ár. Í apríl 2004 lækkaði IGS afgreiðsluverð til Icelandair um [...] %¹¹⁷. Miðað við fyrirliggjandi gögn frá IGS er það mat Samkeppniseftirlitsins að áhrif af lækkun afgreiðsluverðs til þessara viðskiptavina hafi þýtt um [...] %¹¹⁸ lægri rekstrartekjur vegna áætlunarflugs á árinu 2004.

IGS hafði síðan frumkvæði að gerð tilboðs í flugafgreiðslu fyrir LTU sem leiddi til að undirritaður var samningur í júní 2004. Eins og fram hefur komið er tilboðið til LTU byggt á svipuðum rekstrarforsendum og verðlækkunin til Iceland Express og Icelandair fyrir á árinu.

Báðar aðferðirnar við að meta rekstur IGS vegna afgreiðslu farþegaflugs í áætlunarflugi sem gerð hefur verið grein fyrir hér að framan sýna að gert var ráð fyrir umtalsverðum hagnaði af rekstrinum. Eðlilegt samhengi er milli niðurstaðna þessara tveggja aðferða og síðan endanlegrar niðurstöðu ef tekjur eru skoðaðar að teknu tilliti til verðlækkana á árinu hvað varðar rekstraráætlunina. Verulegt misræmi er hins vegar milli niðurstöðu samkvæmt umræddum aðferðum og endanlegrar niðurstöðu hvað varðar rekstrargjöldin. Raunveruleg rekstrargjöld ársins 2004 eru mun hærrí en rekstrargjöld í framlegðarútreikningum sem lágu til grundvallar nýju afgreiðsluverði í samningum IGS við flugfélögin Icelandair, Iceland Express og verðtilboði til LTU, eins og fram kemur í töflu 5. Þetta undirstrikar að rekstrarkostnaður hafi verið vantalinn við gerð samninga IGS um verð við umrædd flugfélög á árinu 2004 ef forsendan um hagnað og hagnaðarhlutfall hefði átt að nást. Af þessu verður ekki önnur ályktun dregin en að lækkun verðs á flugafgreiðslu í viðskiptum IGS við flugfélög á árinu 2004 í áætlunarflugi hafi ekki byggst á raunverulegri hagræðingu í rekstri félagsins, eins og félagið hefur haldið fram. Niðurstaðan getur ekki verið önnur en að kostnaður hafi verið grófllega vantalinn í framlegðarútreikningum sem lagðir voru til grundvallar nýju afgreiðsluverði. Með öðrum orðum þá var verðlagning árið 2004 ekki í samræmi við eðlilegar rekstrarforsendur sem gera verður kröfu um að séu lagðar til grundvallar ákvörðunum við aðstæður eins og eru í þessu máli.

Tafla 5. Samanburður á tekjum og gjöldum við afgreiðslu áætlunarflugs hjá IGS 2004.¹¹⁹

Aðferð/Gögn	Rekstrartekjur	Rekstrargjöld	Hagnaður/(Tap)
Framlegðarútreikningar 2004	[...] m.kr.	[...] m.kr.	[...] m.kr.
Úr rekstraráætlun 2004	[...] m.kr.	[...] m.kr.	[...] m.kr.
Niðurstaða úr rekstri 2004	[...] m.kr.	[...] m.kr.	[...] m.kr.

¹¹⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹⁹ Fellt út vegna trúnaðar.



Í því máli sem hér er til skoðunar, sem varðar samning IGS um flugafgreiðslu fyrir þýska flugfélagið LTU, er viðurkennt af IGS að flugafgreiðsla vegna farþegaflugs á Keflavíkurflugvelli hafi verið rekin með tapi árið 2004. Skýringuna á þessu tapi er að mati Samkeppniseftirlitsins að finna í lækkun IGS á afgreiðsluverði félagsins gagnvart áætlunarflugfélögunum sem áður hefur verið getið, þ.m.t. í óeðlilega lágu tilboði IGS gagnvart LTU. Heildarstarfsemi IGS á Keflavíkurflugvelli var rekin með [...] ¹²⁰ m.kr. hagnaði árið 2004 eftir skatta. Rekstrartekjur af afgreiðslu farþegaflugs það ár voru um [...] % ¹²¹ af heildar rekstrartekjum IGS. ¹¹⁹ Því hefur sú starfsemi sem leggur til [...] % ¹²² af rekstrartekjum skilað öllum hagnaði ársins, [...] ¹²³ m.kr., auk þess að þekja [...] ¹²⁴ m.kr. tap sem var á þjónustu við farþegaflugið.

Samkvæmt upplýsingum frá IGS var tap af afgreiðslu vegna leiguflugs hjá félaginu á árinu 2004 sem nam tæpum [...] m.kr. ¹²⁵ Í gögnum frá félaginu kemur fram að nokkrir nýir samningar hafi verið gerðir við flugfélög í leiguflugi á árinu 2004 og nokkrum samningum breytt. Flestir samningar við leiguflugfélög eru í erlendri mynt, USD eða EUR. Af þeirri ástæðu getur þróun gengis erlendra gjaldmiðla hafa haft þau áhrif að taprekstur varð á starfseminni. Þessi rekstrarniðurstaða vegna afgreiðslu leiguflugs sýnir þó ljóslega að verðstefna fyrirtækisins hafi verið með þeim hætti að þessum hluta farþegaflugsafgreiðslunnar hafi ekki, frekar en afgreiðslu vegna áætlunarflugs, verið ætlað að skila framlegð til heildarhagnaðar fyrirtækisins.

Samkvæmt öllu framansögðu liggur fyrir að sú verðstefna sem felst í tilboði IGS til LTU verður ekki skýrð með hagræðingu í rekstri, eins og IGS hefur haldið fram. Einnig verður að ætla að tekjur af starfsemi IGS þar sem félagið á í mjög takmarkaðri samkeppni hafi verið nýttar til að greiða niður verðlækkun IGS í afgreiðslu áætlunarflugs sem er í samkeppni við Vallarvini. Einnig liggur fyrir að tap er af samningi IGS við LTU. Verðlagning IGS til LTU verður því ekki skýrð með eðlilegum rekstrarforsendum.

4.3.4 Niðurstaða

Ef öll framangreind umfjöllun um tilboð IGS til LTU er dregin saman ber fyrst að líta til þess að á þeim tíma sem LTU var í samningssambandi við Vallarvini sneri IGS sér til LTU og lýsti því yfir í tölvupósti að félagið gæti [...] ¹²⁶. Verð það sem IGS bauð var um 30% lægra verð en fólst í samningi Vallarvina og LTU. Í því samhengi má horfa til þess að verð það sem Vallarvarvinir buðu LTU á árinu 2001 var a.m.k. 50% lægra en það það verð sem gilti í samningi LTU og IGS sem féll úr gildi í febrúar 2001. Fyrir liggur einnig að LTU hætti ekki í viðskiptum við Vallarvini vegna þess að félagið var ósátt við þjónustu eða verð Vallarvina. LTU hætti í viðskiptum við Vallarvini vegna þess að það félag gat ekki boðið sömu kjör og IGS. Vallarvinir kveðast ekki hafa getað mætt tilboðinu vegna þess að það hafi

¹²⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹²¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹²² Fellt út vegna trúnaðar.

¹²³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹²⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

¹²⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

¹²⁶ Fellt út vegna trúnaðar.



verið undir kostnaðarmörkum félagsins og svo lág verðlagning hefði leitt til taprekstrar. Samkeppniseftirlitið telur að gögn málsins sýni ótvírætt að verðlækkunin í tilboðinu til LTU verði ekki skýrð með hagræðingu í rekstri IGS. Jafnframt verður að líta til þess að í tilboðinu fólst að gerður yrði ólögmætur einkakaupasamingur til þriggja ára með tilheyrandi samkeppnishamlandi afleiðingum, sbr. umfjöllun í kafla 4.2 hér að framan.

Samkvæmt þessu er ljóst að IGS var ekki með tilboði sínu til LTU að bregðast við samkeppni heldur fólst í þessari háttsemi beinskeitt og sértæk aðgerð sem beint var gegn Vallarvinum og var til þess fallin að draga úr umsvifum þess félags og þar með samkeppni. LTU var helsti viðskiptavinur Vallarvina í afgreiðslu farþegaflugvéla og máli skiptir að samningur IGS og LTU tók gildi um sumarið 2004 með tilheyrandi skaða fyrir Vallarvini. IGS hlaut að vera ljóst að Vallarvinir hefðu lagt í kostnað með það fyrir augum að þjónusta LTU á þessu mikilvæga ferðmannatímabili.

Samkeppniseftirlitið telur leitt í ljós í þessu máli að umrædd verðlagning IGS hafi ekki byggt á eðlilegum efnahagslegum grunni í skilningi samkeppnisréttarins. Þvert á móti telur Samkeppniseftirlitið að allt framangreint sýni að sú verðstefna sem fólst í verðtilboði IGS til LTU styðji þá ályktun að í háttsemi félagsins hafi falist árárshegðun sem ætlað var að draga úr samkeppni frá Vallarvinum. Háttsemi af þessum toga er til þess fallin að veikja eða hrekja smærri keppinaut af viðkomandi markaði. Afleiðing af því er verulega takmörkuð samkeppni eða einokun sem er andstæð markmiðum samkeppnislaga. Líta ber einnig til þess að jafnvel þó að verðlækkun til LTU hafi verið því fyrirtæki til hagsbóta verður að ætla að slíkur ávinningur sé aðeins til skamms tíma. Hætt er við að verð á umræddum markaði hækki á ný ef samkeppni skerðist enn frekar á honum.

Eins og fram hefur komið féll einkaréttur IGS (Flugleiða) til þess að sinna afgreiðslu farþegaflugvéla ekki að fullu niður fyrr en á árinu 2001. IGS hefur einstaka yfirburðastöðu á hinum skilgreinda markaði vegna markaðshlutdeildar sinnar og annarra þeirra atriða sem tilgreind voru hér að framan. Við þessar aðstæður sem ríkjandi eru á markaði fyrir flugafgreiðsluþjónustu á Keflavíkurflugvelli bar IGS að gæta þess sérstaklega að aðgerðir fyrirtækisins myndu ekki raska samkeppni. IGS er m.a. óheimilt að grípa til verðlækkunar í því skyni að draga úr samkeppni frá Vallarvinum. Að mati Samkeppniseftirlitsins gætti IGS ekki að þessari ríku skyldu sinni, heldur þvert á móti greip félagið til aðgerða sem voru til þess fallnar að raska enn frekar þeirri takmörkuðu samkeppni sem fyrir hendi var. Eins og nánar verður gerð grein fyrir getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á þau sjónarmið sem IGS hefur sett fram í málinu, sbr. einnig umfjöllun um 11. gr. samkeppnislaga hér að framan. Samkvæmt framansögðu er það því mat Samkeppniseftirlitsins að IGS hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með tilboði sínu til LTU sem leiddi til samnings sem var undirritaður í júní 2004.

4.3.5 Um einstakar athugasemdir IGS

Í umsögn IGS við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins eru gerðar nokkrar athugasemdir við niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins hvað varðar verðlagningu



félagsins. Verður hér á eftir gerð grein fyrir þessum athugasemdum og þær metnar.

Í fyrsta lagi þá segir í umsögninni að Samkeppniseftirlitið dragi í efa rekstrarhagræðingu hjá félaginu síðustu ár. Samkeppniseftirlitið bendir á að það er rangt að dregin hafi verið í efa meint rekstrarhagræðing hjá IGS á síðustu árum. Í málinu er eingöngu dregin sú ályktun að lækkun afgreiðsluverðs í flugafgreiðslu snemma árs 2004 sé ekki hægt að rekja til hagræðingar í rekstri það ár umfram það sem ætla má að félagið sjálft hafi gert ráð fyrir í sinni eigin rekstraráætlun fyrir árið 2004. Þessi ályktun er augljós þar sem lækkun afgreiðsluverðs og tilboðið til LTU leiddu til tapreksturs á árinu í stað umtalsverðs hagnaðar, sem gert var ráð fyrir í rekstraráætlun og framlegðarútreikningum, eins og ítrekað er haldið fram af félaginu sjálfu. Engin afstaða er tekin til þess hvort félagið hafi hagrætt í sínum rekstri eða ekki undanfarin ár. Því er eingöngu haldið fram að það fái ekki staðist að hugsanleg hagræðing í rekstri á árinu 2004 geti réttlætt hina miklu lækkun afgreiðsluverðs það ár og tilboðið til LTU.

Í öðru lagi er því haldið fram í umsögn IGS að það sé ómálefnalegt af hálfu Samkeppniseftirlitsins að taka mið af þeim framlegðarútreikningum sem IGS lét fylgja umsögn, dags. 2. júlí 2004. Þeir hafi ekki verið lagðir til grundvallar afgreiðsluverði félagsins heldur teknir saman fyrir Samkeppnisstofnun og að í þeim hafi verið ofáætluð álagning. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í umsögn IGS frá 2. júlí 2004 er eftirfarandi sagt um þessa útreikninga:

„Í fylgiskjali 1 (a-c) er að finna framlegðarútreikninga vegna samninga við þrjá viðskiptamenn, þ.e. Icelandair, Iceland Express og LTU. Kemur þar bersýnilega í ljós að allir samningarnir eru [...].“¹²⁷

Að mati Samkeppniseftirlitsins er þetta skýrt. IGS staðhæfir í umsögninni að um sé að ræða framlegðarútreikninga vegna samninga við umrædda þrjá viðskiptavini félagsins. Meira kemur hér til. Í bréfi frá IGS til Samkeppnisstofnunar, dags. 29. júlí 2004 segir:

„Umbjóðandi telur nægilegt að vísa til útreikninga sinna, sbr. fylgiskjal 1 með fyrri umsögn hans (um er að ræða nefnda framlegðarútreikninga sem fylgdu umsögn IGS frá 2. júlí 2004, innskot SE), enda standa þeir algerlega fyrir sínu“.

Hér eru engir fyrirvarar hafðir uppi. Hér má einnig líta til þess að í umsögn IGS, frá 20. maí 2005, segir á bls. 8 um framlegðarútreikningana: „Í þessu sambandi vill umbjóðandi okkar áréttta að þau gögn sem hann útbjó upphaflega, sbr. töflu 2 í ákvörðun Samkeppnisstofnunar voru miðuð við verð og kostnað árið 2004“. Að mati Samkeppniseftirlitsins er eðlilegt að eftirlitið notist við þessa framlegðarútreikninga félagsins þegar mat er lagt á háttsemi félagsins þegar afgreiðsluverð var endurskoðað og tilboð gert í afgreiðslu fyrir LTU.

¹²⁷ Fellt út vegna trúnaðar.



Í umsögn IGS um andmælaskjalið, dags. 9. janúar 2006, er því hins vegar haldið fram að þessa útreikninga hafi félagið „gefið“ sér í þeirri viðleitni að verða við óskum Samkeppnisstofnunar um upplýsingar. Jafnframt er nú fullyrt að þeir hafi aldrei verið lagðir til grundvallar afgreiðsluverði við félögin.

Samkeppniseftirlitið telur skýringar IGS að þessu leyti í málinu vera mótsagnakenndar og þennan málalíbúnað torskilinn. Félaginu var allan tímann ljós tilgangur stofnunarinnar með því að kalla eftir forsendum fyrir afgreiðsluverði félagsins og tilboðinu til LTU og ber félagið fulla ábyrgð á sannleiksgildi upplýsinganna. Engir fyrirvarar voru hafðir á framlegðarútreikningunum af hálfu félagsins. Þessum útreikningum var, af hálfu félagsins, ætlað að sýna að um viðunandi hagnað væri að ræða af þjónustunni, sem er til skoðunar í þessu máli, og því væru engin rök til aðgerða af hálfu samkeppnisyfirvalda. Það er fyrst í bréfi dags. 9. september 2005 að fullyrt er að um ofátlaða framlegð hafi verið að ræða. Ef framangreind ummæli í bréfi IGS frá 9. janúar 2006 eru tekin bókstaflega felst í þeim í raun að IGS hafi áður í málinu gefið vísitandi rangar upplýsingar en villandi upplýsingagjöf varðar refsingu skv. 2. mgr. 42. gr. samkeppnislaga. Einnig ber að líta til þess að ef það væri rétt hjá félaginu að umræddir framlegðarútreikningar hafi ekki verið notaðir við ákvörðun verðs í tilboðinu til LTU þá myndi það fela í sér að tilboðið hafi ekki grundvallast á neinum rekstrarlegum forsendum og fela í sér enn frekari rök fyrir ólögmati þess. Í ljósi skýrra yfirlýsinga IGS í bréfum félagsins frá 2. júlí 2004, 29. júlí 2004 og 20. maí 2005 telur Samkeppniseftirlitið eðlilegt að hafa hliðsjón af umræddum framlegðarútreikningum við mat á tilboðinu. Líta ber einnig til þess að Samkeppniseftirlitið beitir einnig annarri aðferð til að meta verðlagningu IGS sem felst í því að bera saman rekstraráætlun félagsins og áætlaða afkomu við raunverulega niðurstöðu í rekstri árið 2004. Sú aðferð byggir í engu á umræddum framlegðarútreikningum og styður það mat að tilboðið til LTU var óeðlilegt.

Í þriðja lagi segir í umsögn IGS að félagið fái ekki skilið þá fullyrðingu í andmælaskjalinu að ekki verði annað ráðið af gögnum málsins en að félagið hafi grundvallað afgreiðsluverð sitt á bestu upplýsingum um kostnað við afgreiðsluna. Fram hafi komið það mat samkeppnisyfirvalda að kostnaðagreining sýni sem félagið lét í té upphaflega gefi ekki rétta mynd af öllum rekstrarkostnaði félagsins. Því sé óskiljanleg sú fullyrðing að byggt hafi verið á bestu upplýsingum um rekstur. Því er til að svara að Samkeppnisstofnun hafði gert tiltekna athugasemdir við framlegðarútreikningana sem bárust frá IGS. Byggðust þær á samanburði við rekstrargjöld félagsins á árinu 2003 sem leiddi í ljós misræmi. Skýringin á þessu misræmi gat meðal annars verið hagræðing í rekstri milli áranna 2003 og 2004. Í málinu er því horfið frá því að leggja til grundvallar rekstur félagsins árið 2003. Þess í stað eru framlegðarútreikningarnir frá 2004, sem lagðir voru til grundvallar nýjum samningum við Icelandair, Iceland Express og LTU, notaðir sem forsenda til þess að meta áætlað umfang og afkomu í þessum hluta starfseminnar á árinu 2004. Einnig var stuðst við þann fjölda afgreiðslna sem félagið notaði sjálf í sinni rekstraráætlun fyrir árið 2004. Niðurstaða þessara útreikninga var síðan borin saman við raunverulega afkomu ársins 2004. Með því að samræma að fullu uppgjörstímabil við samanburð gjalda og tekna þá nýtur félagið þess ef um hefur verið að ræða hagræðingu í rekstri á árinu 2004 umfram árið 2003. Kemur þetta



skýrt fram í andmælaskjalinu enda er þar hvergi vísað til reksturs félagsins árið 2003. Ekki er fallist á að hér sé um ómálefnalega afstöðu Samkeppniseftirlitsins að ræða varðandi mat á háttsemi félagsins á þeim tíma þegar brotið átti sér stað. Það getur ekki komið til álita að tekið sé tillit til upplýsinga félagsins sem berast löngu eftir að rekstrarári lauk, um að framlegðin hafi verið ofmetin í útreikningunum. Brot IGS átti sér stað þegar félagið gerði tilboð sitt til LTU. Skiptir í því sambandi ekki máli síðari tíma skýring að um villu hafi verið að ræða við gerð samninganna.

Í fjórða lagi kveðst IGS efast um hvernig túlka beri umfjöllun um álagningu fyrir hagnaði. Að mati Samkeppniseftirlitsins fer ekki á milli mála að í framlegðarútreikningum IGS er gert ráð fyrir [...] %¹²⁸ hagnaði af flugafgreiðslu fyrir umrædda viðskiptavinum. Er þessi túlkun líka staðfest í bréfi IGS, dags. 9. september 2005. Er skýrt í þeim gögnum að um sé að ræða álagningu eftir að tekið hefur verið tillit til alls kostnaður við afgreiðsluna. Það að raunveruleg afkoma af starfseminni hafi síðan reynst verri dregur ekki úr alvarleika málsins. Óeðlileg verðlagning félagsins árið 2004 undirstrikar misbeitingu félagsins á markaðsráðandi stöðu í gerð tilboðsins til LTU sem var viðskiptavinur helsta keppinautar félagsins.

Í fimmta lagi er því haldið fram af IGS að útreikningar Samkeppniseftirlitsins á áætluðum rekstrargjöldum og rekstrartekjum IGS séu rangir. Í því sambandi bendir Samkeppniseftirlitið á að í andmælaskjalinu er vikið að annarri leið til þess að greina umfang rekstrar IGS við afgreiðslu farþegaflugs í áætlunarflugi. Sú aðferð felst í því að bera saman rekstraráætlun félagsins og áætlaða afkomu af þjónustunni samkvæmt henni við raunverulega niðurstöðu í rekstri árið 2004. Miðað við framsetta rekstraráætlun félagsins getur þetta aldrei verið nema nálgun hvað varðar rekstrargjöld. Hvað rekstrartekjur í áætluninni varðar þá koma þær upplýsingar fram í bréfi IGS, dags. 21. september 2005, en eru ekki útreikningur eftirlitsins. Hér er í engu byggt á umræddum framlegðarútreikningum IGS. Stuðst er við rekstraráætlun félagsins fyrir árið 2004 fyrir rekstrareininguna Flugafgreiðsla en áætlunarflugið er hluti þeirrar einingar. Forsendur fyrir mati á rekstrargjöldum í aðferð Samkeppniseftirlitsins koma skýrt fram í andmælaskjalinu og gerir IGS ekki tilraun til þess að leiðrétta þær en staðhæfir eingöngu að útreikningarnir sé rangir án frekari rökstuðnings. Meginmálið er að þessi aðferð staðfestir þá niðurstöðu sem komist er að á grundvelli framlegðarútreikninga IGS að það voru engar rekstrarlegar forsendur fyrir þeirri lækkan afgreiðsluverðs sem m.a. fólst í tilboðinu til LTU. Háttsemin felst í því að lækka afgreiðsluverð vísitandi á kostnað áætlaðs hagnaðar og stuðla þannig að útilokun keppinautar af umræddum markaði.

Í sjötta lagi segir í umsögninni að áætlanir IGS hafi gert ráð fyrir góðum hagnaði árið 2004 en að þær áætlanir hafi ekki gengið eftir. Síðan segir að engin lagaskylda hvíli á félaginu að skila hagnaði í samræmi við áætlun og að markmið samkeppnislaga sé að minnka hagnað félaga. Í umsögninni viðurkennir félagið að rekstraráætlun ársins 2004 hafi ekki staðist. Ljóst er að mati

¹²⁸Fellt út vegna trúnaðar.



Samkeppniseftirlitsins að ástæða fráviksins er ekki fólgin í minna rekstrarumfangi og minni fjölda afgreiðslna heldur er ástæðan lækkun afgreiðsluverðs snemma árs 2004. Það er ekki lagaskylda á fyrirtæki að skila hagnaði í samræmi við rekstraráætlun. Hins vegar verður að gera þá kröfu til markaðsráðandi fyrirtækis að það raski ekki samkeppni með óeðlilegri verðlagningu. Í þessu máli er ljóst að IGS breytti út frá rekstraráætlun sinni með því að lækka verulega afgreiðsluverð snemma á árinu 2004 og gera tilboð í afgreiðslu hjá LTU á sömu forsendum. Afleiðing þessa var taprekstur af starfseminni á árinu 2004 í stað eðlilegrar afkomu sem félagið segir að sé ófrávíkjanlegt skilyrði í öllum rekstrarlegum ákvörðunum þess: „*Allt annað gengur gegn stefnu og markmiðum félagsins.*”¹²⁹ Lækkun á afgreiðsluverði varð til þess að þessi hluti af starfsemi félagsins skilaði engu til heildarhagnaðar félagsins árið 2004. Með þessu athæfi sínu, að nálgast viðskiptavin keppinautar með óeðlilega lága verðlagningu, var félagið að misbeita markaðsráðandi stöðu sinni.

Í sjöunda lagi segir í umsögninni að Samkeppniseftirlitið seillist afar langt í rökstuðningi sínum þegar það segi að í málinu liggja fyrir að tap hafi verið á samningi félagsins við LTU. Samkvæmt upplýsingum frá félaginu sjálfu, sbr. bréf frá IGS, dags. 5. júlí 2005, var tap á afgreiðslu við LTU á árinu 2004 sem nam [...] ¹³⁰ þús. kr. sem augljóslega skilar engu í hagnað félagsins. IGS hefur þó margoft undir rekstri málsins staðhæft að þjónusta við LTU skilaði góðri framlegð. Sú staðhæfing er röng.

Í áttunda lagi mótmælir IGS því að félagið hafi niðurgreitt verðlækkun með tekjum af annari starfsemi þar sem félagið eigi í takmarkaðri samkeppni. Samkeppniseftirlitið bendir á að farþegaflugsafgreiðsla IGS var samkvæmt eigin upplýsingum félagsins rekin með [...] ¹³¹ m.kr. tapi á árinu 2004. Félagið í heild var rekið með [...] ¹³² m.kr. hagnaði á árinu 2004. Er því einsýnt að önnur starfsemi félagsins hefur fjármagnað hallann af farþegaflugafgreiðslunni og þar með lækkun afgreiðsluverðs á árinu 2004. Að mati Samkeppniseftirlitsins var megin hluti af annarri starfsemi félagsins ekki í verulegri samkeppni.

IGS fullyrðir að tilboð félagsins hafi verið í samræmi við eðlilega hegðun fyrirtækja á samkeppnismarkaði sem einkennist nokkuð af útboðum eða tilboðum í viðskipti. Lýsing Samkeppniseftirlitsins á hegðan félagsins sem árásarhegðun lýsi mikilli hlutdrægni og ómálefnalegu viðhorfi til þessa máls. Bent er einnig á að IGS hafi ekki lækkað verð til LTU umfram aðra og tilboðið til LTU skeri sig ekki með neinum hætti frá hefðbundnum viðskiptaskilmálum IGS og verðið í því sé eðlilegt. IGS hafi enga áætlun gert um að bola Vallarvinum út af markaðnum og félaginu sé heimilt að mæta harðri samkeppni frá þessum keppinauti.

Samkeppniseftirlitið vísar fyrst til þess að LTU var í samningssambandi við Vallarvini þegar IGS náði LTU í viðskipti til sín. Það var því ekki um að ræða í málinu að LTU væri að bjóða út viðskipti sín og óska eftir tilboðum í þau. Af þessu

¹²⁹ Bréf IGS til Samkeppnisstofnunar, dags. 20. maí 2005, bls. 12. „Í þriðja lagi.....“

¹³⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹³¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹³² Fellt út vegna trúnaðar.



leiðir einnig að aðgerðir IGS fela það ekki í sér að fyrirtækið væri að bregðast við samkeppni eða verja viðskiptahagsmuni sína í skilningi samkeppniréttarins, sbr. umfjöllun hér að framan. Ekki var heldur um það að ræða að sú verðlækkun sem fólst í tilboðinu til LTU hafi almennt verið boðin þeim flugfélögum sem þá voru í viðskiptum við IGS. Aðgerðir IGS fela í sér ólögmeta sértæka aðgerð gagnvart Vallarvinum þar sem IGS náði í viðskipti helsta viðskiptvini þessa keppinautar síns með undirboði og verðlagningu sem ekki verður skýrð með eðlilegum rekstrarforsendum. Hér var því ekki um að ræða samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu IGS. Var þessi hegðun félagsins því ekki í samræmi við þær ríku skyldur sem hvíla á fyrirtækinu vegna einstakrar yfirburðarstöðu þess og til þess fallin að skerða enn frekar þá takmörkuðu samkeppni sem ríkir á hinum skilgreinda markaði. Þessar aðgerðir IGS fela með vísan til framanritaðs óhjákvæmilega í sér samkeppnishamlandi árárshegðun.

IGS vísar til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála ekki fallist á að Icelandair hafi beitt sértækum verðlækkunum á viðskiptafargjöldum. Þessari niðurstöðu hafi nefndin komist að þrátt fyrir að hún teldi sannað að Icelandair hefði aðeins lækkað verð á viðskiptafargjöldum á þeim flugleiðum sem Iceland Express starfaði og eftir að það síðarnefnda hóf starfsemi og ennfremur að þessi talsverða verðlækkun hefði aðeins gilt á svipuðum brottfarartímum og ferðir Iceland Express voru farnar. Þá hafi áfrýjunarnefndin ekki talið sýnt fram á að tilgangurinn hafi beinlínis verið að bola keppinautum út af markaðnum. Telur IGS rökstuðning Samkeppniseftirlitsins fyrir því að um sértækt tilboð félagsins til LTU sé að ræða vera hjákátlegan í þessu samhengi.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjunarnefnd samkeppnismála lagði í framangreindum úrskurði áherslu á varðandi lækkun viðskiptafargjalda að ekki hafi verið að finna í málinu „*áreiðanlega útreikninga sem sýna kostnaðarlegar forsendur fyrir ákvörðun Icelandair ehf. um þessa lækkun. Slíkir útreikningar hefðu þurft að liggja fyrir.*“ Í þessu máli hefur verið kallað eftir öllum viðeigandi gögnum frá IGS til þess að meta hvort verðlagning félagsins í tilboðinu til LTU styddist við eðlilegar rekstrarlegar forsendur. Athugun á þeim gögnum sýnir að svo var ekki. Þegar af þessari ástæðu er mál þetta frábrugðið því sem fjallað var um í umræddum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Jafnframt var ekki um það að ræða í eldra málinu að hið markaðsráðandi fyrirtæki hafi snúið sér til helsta viðskiptavinar minni keppinautar síns sem jafnframt var í föstu samningssambandi við hann. Eins og rökstutt hefur verið hér að framan fól tilboðið til LTU í sér ólögmeta árárshegðun sem beint var gegn Vallarvinum.

IGS vísar til þess að viðurkennt sé í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki megi taka þátt í eðlilegri samkeppni byggðri á frammistöðu fyrirtækisins. IGS geti boðið hagstætt verð vegna hagræðingar í rekstri. Telji IGS ljóst að viðleitni félagsins til hagræðingar og í því ljósi að gera sem lægst tilboð til að mæta harðri samkeppni sé hluti af lögmætri og eðlilegri samkeppni. Samkeppniseftirlitið bendir á að sú verðlækkun IGS sem fólst í tilboðinu til LTU verður ekki skýrð með hagræðingu félagsins í rekstri. Eins og rökstutt hefur verið var hér ekki um að ræða eðlilega samkeppni af hálfu IGS.



5. Viðurlög

Í athugasemdum IGS segir að „að meint brot teljist ekki alvarlegt og skilyrði séu til að beita ekki sektum.“ Einnig er vísað til þess að í kjölfar bráðabirgðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar hafi fyrirtækið hafið samningaviðræður við viðskiptavini um styttingu gildistíma samninga. Þrátt fyrir að sú ákvörðun hefði fallið úr gildi og IGS því ekki borið nein skylda til að fylgja henni hefði félagið haldið viðræðum áfram og flestir samningar þess séu nú með breyttum gildistíma. Varðandi tilboðið til LTU bendir IGS á það sem félagið nefnir óskýrar og flóknar aðferðir sem Samkeppniseftirlitið leggi til grundvallar við mat á lögmæti aðgerða þess. Verði að taka tillit til þess að félaginu hafi verið með öllu ómögulegt að átta sig á þessu fyrirfram. Ef sektir verði lagðar á í þessu máli telur IGS að þær geti aðeins verið lágmarkssektir. Hið meinta brot geti ekki talist vera mikið að eðli eða umfangi né hafi það staðið lengi. Framangreind flugfélög standi einungis fyrir takmörkuðum hluta viðkomandi markaðar og áhrif hinna meintu ólögmætu aðgerða séu því minni en ella. Einnig er ítrekað að skuldbindingargildi hinna meintu ólögmætu einkakaupaákvæða hafi verið afar takmarkað. IGS hefur einnig vísað til þess að engin leynd hafi hvílt yfir aðgerðum félagsins og þær hafi verið sambærilegar við það sem tíðkast erlendis. Einnig er vísað til vilja til samvinnu við samkeppnisyfirlit.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga segir m.a.:

„Samkeppniseftirlitið leggur stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn ... bannákvæðum laga þessara eða ákvörðunum sem teknar hafa verið samkvæmt þeim, sbr. IV. og V. kafla laga þessara, 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 samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi.“

Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. laganna er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* kemur þannig fram að ákvæðinu sé ætlað að skapa almenn og sérstök varnaðaráhrif. Með lögum nr. 107/2000 var m.a. gerð sú breyting á þágildandi 52. gr. samkeppnislaga að í stað orðanna „getur lagt“ var tekið upp orðið „leggur“. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 kemur fram að tilgangur þessa sé að tryggja að meginreglan verði sú að stjórnvaldssektir verði lagðar á ef brot á bannreglum laganna eiga sér stað. Er tekið fram að þetta muni stuðla að því að markmið laganna nái fram að ganga. Eins og 37. gr. samkeppnislaga ber með sér felur ákvæðið hins vegar ekki í sér skyldu til álagningar sekta við öllum brotum á bannákvæðum laganna, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 2/2002.

Með þeirri breytingu sem gerð var á sektarákvæði samkeppnislaga með lögum nr. 107/2000 var ákvæðið að fullu lagað að samsvarandi reglum sem gilda í EES-rétti og í EB. Samkvæmt ummælum í greinargerð með breytingunni var henni ætlað



að stuðla að því að sektarákvarðanir hér á landi verði í samræmi við það sem tíðkast erlendis. Í ljósi þessa er eðlilegt að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun og beitingu 37. gr. samkeppnislaga.

Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga kemur fram að sektir geti numið frá 50 þús. kr. til 40 millj. kr. eða meira en sektir skulu þó ekki vera hærrí en sem nemur 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber skv. 1. mgr. 37. gr. laganna að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2002 segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg og markaðshlutdeildar þeirra, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum. Ennig getur skipt máli hvort ólögmetur samningur sem markaðsráðandi fyrirtæki stendur kemur að fullu til framkvæmda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*.

Í því máli sem hér um ræðir telur Samkeppniseftirlitið að IGS hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga í eftirfarandi tilvikum:

- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup við flugfélagið Iceland Express. Samningurinn var undirritaður í apríl 2002.
- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup við flugfélagið Iberworlds Airlines. Samningurinn var undirritaður í nóvember 2002.
- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup við flugfélagið Íslandsflug. Samningurinn var undirritaður í september 2003.
- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup við flugfélagið Monarch Airlines. Samningurinn var undirritaður í apríl 2004.
- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup við flugfélagið AERO FLIGHT. Samningurinn var undirritaður í maí 2004.
- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup við flugfélagið Futura International. Samningurinn var undirritaður í maí 2004.
- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup við flugfélagið Oy Air Finland. Samningurinn var undirritaður í júní 2004.
- Með samkeppnishamlandi tilboði sínu til flugfélagsins LTU sem leiddi til samnings sem var undirritaður í júní 2004. Samningurinn felur einnig í sér einkakaup.
- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup við flugfélagið Astraesus. Samningurinn var undirritaður í nóvember og desember 2002.
- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup við flugfélagið FlyME, Samningurinn var undirritaður í apríl 2005.

Að mati Samkeppniseftirlitsins verður að horfa til þess að fyrir liggur í málinu að IGS hefur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með framangreindum aðgerðum. Þær aðgerðir eru til þess fallnar að útiloka Vallarvini frá samkeppni og þar með veikja það fyrirtæki sem keppinaut. Líta má hér til þess að í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikning á sektum sem lagðar eru á samkvæmt samkeppnisreglum EES telst „*misnotkun á markaðsyfirráðum (neitun að selja,*



mismunun, útilokun, tryggðarafslættir sem fyrirtæki veita til að bola keppinautum út af markaðnum, o.s.frv.) " vera alvarlegt brot. Mjög alvarleg brot eru talin vera m.a. „augljós misnotkun fyrirtækja í einokunarstöðu á markaðsyferráðum sínum. "¹³³ Ljóst er því að brot IGS eru í eðli sínu a.m.k. alvarleg. Hér skiptir og máli að IGS hefur yfirburðastöðu á hinum skilgreinda markaði og hinar ólögsmætu aðgerðir tóku til mikilvægra viðskiptavina á honum, sbr. sérstaklega Iceland Express og LTU. Líta verður einnig til þess að samkeppni á hinum skilgreinda markaði er eðli málsins samkvæmt viðkvæm, ekki síst í ljósi þess hversu skammt er síðan einkaréttur IGS til að sinna farþegaafgreiðslu féll niður. Hér skiptir og máli að framangreindir samningar komu a.m.k. að verulegu leyti til framkvæmda. Höfðu aðgerðir IGS því áhrif á markaðnum og leiddu m.a. til þess að Vallavinir misstu úr viðskiptum mikilvægan viðskiptavin. Hafa ber í huga að flugafgreiðsla er mikilvæg atvinnugrein og samkeppni í henni getur haft áhrif á það hvort flugfélög hefji flugrekstur til og frá Íslandi. Röskun á samkeppni í flugafgreiðslu hefur því ekki einungis skaðleg áhrif á hinum skilgreinda markaði heldur getur líka haft óæskileg áhrif á ýmsar greinar ferðapjónustu.

Varðandi það sjónarmið IGS að viðskipti við framangreind flugfélög varði takmarkaðan hluta markaðarins ber að horfa til þess að viðskipti IGS við systurfélag sitt Icelandair eru stór hluti af markaðnum. Þau viðskipti eru bundin til langs tíma. Sökum þessa er svigrúm til samkeppni á markaðnum takmarkað. Það að IGS geri undir þessum kringumstæðum bindandi langtímasamninga um verulegan hluta þeirra viðskipta sem samkeppni getur ríkt um gerir brot félagsins alvarlegri en ella.

Umfang og eðli brota IGS teljast samkvæmt þessu vera alvarleg. Af þessu leiðir að ekki er unnt að fallast á það með IGS í máli þessu að brot félagsins séu óveruleg. Þvert á móti eru brotin þess eðlis að rétt þykir í máli þessu að beita heimildum 37. gr. samkeppnislaga.

Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á getur huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti skipt máli við mat á fjárhæð sekta. Skýr ásetningur getur þannig falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.¹³⁴ Að mati Samkeppniseftirlitsins eru atvik ekki með þeim hætti í þessu máli að atriði tengd huglægri afstöðu eigi að leiða til þyngingar sekta. Ekki eru fyrir hendi í máli þessu sjónarmið tengd hagnaði sem áhrif geta haft á fjárhæð sekta.

IGS telur að það horfi til mildunar að félagið hafi breytt samningum sínum eftir að bráðabirgðaákvörðun var tekin í máli þessu. Samkeppniseftirlitið vill fyrst taka almennt fram að aðgerðir IGS eftir að brot á 11. gr. samkeppnislaga var framið geta ekki breytt eðli brotsins.¹³⁵ Sú staðreynd að fyrirtæki grípur hins vegar skjótt til aðgerða til að stöðva brot eftir að rannsókn samkeppnisyfirvalda hefst getur

¹³³ 2003/EES/3/02, birt í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi EB 16. janúar 2003.

¹³⁴ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.

¹³⁵ Sjá t.d. dómur undirréttar EB í máli nr. T-43/92 *Dunlop Slazenger International Ltd v Commission* [1994] ECR II-441: „Finally, although it is unquestionably relevant that the applicant accepted and regretted certain aspects of its conduct, that consideration cannot, particularly in the circumstances of this case, affect the actual nature of the infringement found.”



haft mildandi áhrif. Þetta er þó háð atvikum í hverju máli fyrir sig og eðli viðkomandi brots.¹³⁶ Í máli þessu má hafa nokkra hliðsjón af vilja IGS til þess að breyta samningum sínum.

IGS virðist halda því fram að félaginu hafi ekki verið ljóst að aðgerðir félagsins tengdar tilboðinu til LTU hafi verið ólögmatar. Í því sambandi er bent á það sem félagið kallar flóknar og óskýrar aðferðir við að meta lögmæti aðgerða þess. Samkeppniseftirlitið telur almennt ekki unnt að fallast á það að fyrirtæki þekki ekki samkeppnislögin eða að sjónarmið þau sem samkeppnislög byggja á séu ný af nálinni, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 *Sölufélag garðyrkjumanna ofl. gegn samkeppnisráði*. Ekki síst stærri fyrirtæki eða fyrirtækjasamsteypur hafa alla möguleika á því að gera sér grein fyrir inntaki samkeppnislaga.¹³⁷ Einnig hefur hér þýðingu að Hæstiréttur hefur talið að bannregla 11. gr. samkeppnislaga sé ekki of óljós til að ákvörðun viðurlaga verði reist á henni, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Líta má einnig til þess að dómstólar EB hafa talið að ætlað flókið eðli tiltekinnar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu eða ætluð ný túlkun á samkeppnisreglum geti ekki leitt til lækkunar sekta.¹³⁸ Hvað sem þessu líður getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á að IGS hafi ekki mátt vera ljóst að háttsemi félagsins gagnvart Vallarvinum í tengslum við viðskiptin við LTU væri til þess fallin að raska samkeppni. Í því sambandi skiptir máli að IGS gerði sér grein fyrir styrkri stöðu sinni á markaðnum, sbr. t.d. framangreind ummæli í árskýrslum Flugleiða. Einnig mátti IGS vera ljóst að beinskeytt atлага félagsins sem fólst í því að ná til sín helsta viðskiptavini Vallarvina á hinum skilgreinda markaði var til þess fallin að veikja verulega samkeppni frá því félagi. Túlkun Samkeppniseftirlitsins á 11. gr. samkeppnislaga að þessu leyti felur ekki í sér nýmæli heldur er hún í samræmi við viðurkennd sjónarmið í samkeppnisrétti, sbr. umfjöllun hér að framan. Samkeppniseftirlitið telur einnig skipta máli að IGS er hluti af stærri fyrirtækjasamstæðu. Afskipti samkeppnisyfirvalda af þeirri samstæðu hljóta að hafa leitt til þess að fyrirtæki

¹³⁶ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-31/99 *ABB v Commission* [2002] ECR II-1881.

¹³⁷ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB Methylglucamine málinu [2004] O.J. L38/18. Í málinu var sekt hækkuð með vísan til þess að stórfyrirtæki eigi að þekkja lögin: „*In order to ensure that the fine has a sufficient deterrent effect and takes account of the fact that large undertakings have legal and economic knowledge and infrastructures which enable them more easily to recognise that their conduct constitute an infringement and be aware of the consequences stemming from it.*” Sjá einnig leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikning á sektum sem lagðar eru á samkvæmt samkeppnisreglum EES: „

¹³⁸ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951. Í því máli hélt fyrirtæki sem misnotað hafði markaðsráðandi stöðu sína að lækka ætti sekt þess að engin fordæmi væru fyrir túlkun framkvæmdastjórnar EB á samkeppnisreglum málinu og að brotið byggði á flóknu mati. Dómstóll EB féllst ekki á þetta: „*the Court of First Instance weighed the seriousness of the infringement against the circumstances invoked by Tetra Pak. It considered that, even if in some respects defining the relevant product markets and the scope of Article 86 may have been a matter of some complexity, Tetra Pak could not have been unaware, given its quasi-monopoly on the aseptic markets and its leading position on the non-aseptic markets, that the practices in issue contravened the rules in the Treaty. The Court of First Instance concluded that the manifest nature and particular gravity of the restrictions on competition resulting from the abuses in question justified upholding the fine, notwithstanding the allegedly unprecedented nature of certain legal assessments in the contested decision. By that reasoning, the Court of First Instance dealt adequately with Tetra Pak's argument based on the mitigating circumstances on which it could rely. The fifth plea in law must therefore also be dismissed.*”



innan hennar þekki þær skyldur sem hvíla á markaðsráðandi fyrirtækjum skv. samkeppnisrétti.¹³⁹

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að við mat á sektum er rétt að hafa hliðsjón af möguleikum hins brotlega aðila til þess að hafa áhrif á markaðinn, sérstaklega með hliðsjón af stærð og efnahagslegum styrkleika viðkomandi aðila, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004. Þessi styrkleiki getur endurspeglast í veltu þess aðila sem um ræðir. Einnig ber að líta til efnahagslegs styrkleika hins brotlega aðila til að tryggja að sektir hafi nægjanleg varnaðaráhrif.¹⁴⁰ IGS er eins og áður sagði með með yfir 95% markaðshlutdeild og einstaka yfirburðastöðu á hinum skilgreinda markaði. Velta félagsins vegna afgreiðslu farþegaflugs var [...] milljónir kr.¹⁴¹ Heildarvelta fyrirtækisins á sama ári var [...] milljónir kr.¹⁴² Eins og fram hefur komið er IGS hluti af öflugri fyrirtækjasamstæðu. Heildarvelta Flugleiðasamstæðunnar/FL Group var 42.587 milljónir kr. á árinu 2004.

Við mat á því hversu lengi samkeppnishömlurnar hafa staðið í þessu máli verður að líta til þess að þrír hinna ólögmetu samninga voru gerðir árið 2002, einn var gerður á árinu 2003, fimm voru gerðir á árinu 2004 og einn á árinu 2005. Gildistími þessara samninga var ýmist þrjú eða fjögur ár. IGS kveðst hafa breytt samningum sínum eftir að bráðabirgðaákvörðun var tekin í máli þessu. Ekki er í þessu máli tekin afstaða til þess hvort nýir samningar félagsins séu samþýðanlegir samkeppnislögum. Hins vegar er vegna breytinganna á samningunum miðað við það í þessu máli að brot IGS hafi varað til apríl 2005. Horfir þessi tímalengd brota IGS til þyngingar viðurlaga í málinu.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 80.000.000 kr. sekt á IGS vegna brota fyrirtækisins gegn 11. gr. samkeppnislaga.

IV.

Ákvörðunarorð:

„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.).

¹³⁹ Sjá hér t.d. skýrslu Samkeppnisstofnunar um flugmarkaðinn og tengda markaði frá maí 1997, úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 16/1999 *Flugfélag Íslands hf. gegn samkeppnisráði* og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003.

¹⁴⁰ Sjá hér leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikning á sektum sem lagðar eru á samkvæmt samkeppnisreglum EES.

¹⁴¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁴² Fellt út vegna trúnaðar.



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

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson