

## ÚRSKURÐUR

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 7/1999

Flugfélag Íslands hf.

gegn

samkeppnisráði

### I.

Með bréfi, dags. 9. apríl 1999, sem barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála sama dag, hefur Árni Vilhjálmsson hrl., fyrir hönd Flugfélags Íslands hf., kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/1999](#), dags. 12. mars 1999.

Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að sú ákvörðun Flugfélags Íslands hf. að hefja miðdegisflug á leiðinni Reykjavík-Egilsstaðir, frá og með 15. mars 1999, brjóti gegn 17. gr. samkeppnislaga og b-lið 8. t.l. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/1997, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/1997.

Áfrýjandi krefst þess að ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/1999 verði felld úr gildi.

Samkeppnisráð krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

### II.

Málavextir eru þeir að með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/1997 voru sett tiltekin skilyrði vegna samruna Flugleiða hf. og Flugfélags Norðurlands hf. Meðal annars voru settar tímabundnar skorður við aukinni ferðatíðni og breytingum á brottfarartímum Flugfélagsins á tilteknum flugleiðum, þ.á.m. leiðinni Reykjavík-Egilsstaðir.

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

„Ef Flugfélag Íslands hf. hyggst auka ferðatíðni sína á eftirfarandi flugleiðum,  
Reykjavík-Akureyri-Reykjavík  
Reykjavík-Ísafjörður-Reykjavík  
Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík  
Reykjavík-Vestmannaeyjar-Reykjavík,

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

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

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

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

Ákvörðunarorðin hljóða svo:

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

Mál þetta var flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála 3. maí 1999.

### III.

#### 1.

Áfrýjandi telur að í hinni kærðu ákvörðun komi ekki fram hvort samkeppnisráð hyggist grípa til aðgerða á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 eða annarra heimilda eða um efni slíkra aðgerða yfirleitt. Ekki komi fram að ákvörðunin feli í sér bann við háttseminni eða að samkeppnisráð hyggist setja henni skilyrði eða grípa til annarra úrræða sem samkeppnislög gera ráð fyrir og veita heimildir til.

Áfrýjandi telur að hin kærða ákvörðun feli ekki í sér annað og meira en lögfræðilegt álit á því hvort áfrýjandi hafi brotið gegn 17. gr. samkeppnislaga og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/1997. Því er því haldið fram af hálfu áfrýjanda að ákvörðunin sé marklaus.

Áfrýjandi bendir á að ein af grundvallarreglum íslensks réttar sé sú að stjórnvöld verði að fara að lögum í ákvörðunum sínum. Að svo miklu leyti sem hin kærða ákvörðun sé byggð á ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/1997 þá sé ákvörðunin haldin efnislegum annmarka. Með dómi frá 26. mars 1998 hafi Hæstiréttur kveðið á um að ofangreindar ákvarðanir hafi ekki verið teknar á réttum grundvelli.

Áfrýjandi byggir á því að ákvörðunum samkeppnisyfirvalda vegna samruna innanlandsflugs Flugleiða og Flugfélags Norðurlands verði ekki beitt gegn honum. Því verði að gera þá kröfu til samkeppnisráðs, að sýnt verði fram á skaðleg áhrif þess á samkeppni að áfrýjandi fljúgi hádegisferð í samræmi við tilkynningu sína dags. 11. febrúar sl. og að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína á þeim markaði sem um ræðir. Áfrýjandi telur að samkeppnisráð hafi ekki skilgreint markaðinn sem um ræðir nægilega vel. Einungis sé látið nægja að fullyrða að markaðurinn sem málið taki til sé flugleiðin milli Reykjavíkur og Egilsstaða. Ákveðin samkeppni sé milli flugs og samgangna á landi og ekki sé fjallað um hvaða áhrif aukin uppbygging í ferðaþjónustu á Austurlandi hafi.

Áfrýjandi kveðst ítrekað hafa bent á að í flugþjónustu séu það fyrst og fremst verð og tíðni ferða sem hafi áhrif á samkeppni. Með ákvörðun samkeppnisráðs hafi annar þessara þátta verið tekinn úr sambandi án þess að það sé nægilega rökstutt. Væntanlega yrði litið á það sem skaðleg áhrif á samkeppni ef áfrýjandi í „krafti stöðu sinnar“ lækkaði verðin langt niður fyrir verð keppinautarins og héldi þeim þannig þar til hann gæfist upp. Að því er tíðnina varðar sé fyrst og fremst um að ræða aukið sætaframboð sem gefi neytandanum fleiri valkosti. Brottfarartímar séu ekki ofan í tímum keppinautarins, heldur 2-3 klukkustundum fyrir á deginum. Bent er á að verð hafi ekki verið lækkuð af hálfu áfrýjanda.

Þá bendir áfrýjandi á að innanlandsflug hafi átt undir högg að sækja á undanförunum árum. Þó samkeppni við aðrar samgöngur sé e.t.v. minnst á þeirri flugleið sem hér er til umfjöllunar sé ekki hægt annað en að taka tillit til þessa þáttar þegar metið sé hvort tiltekin hegðun leiði til þess að áfrýjandi nái, viðhaldi eða styrki markaðsráðandi stöðu sína.

Áfrýjandi telur að engin orsakatengsl séu milli þess að áfrýjandi fljúgi á þessari flugleið um hádegisbilið og að Íslandsflug verði að hætta að fljúga um eftirmiðdaginn. Það sé hins vegar óhagkvæmt að láta flugvélar og áhafnir sitja aðgerðalausar í Reykjavík. Aukin tíðni gefi færi á að stækka þann markað sem um ræðir.

Þá telur áfrýjandi að með því að komast að þeirri niðurstöðu að fyrirhugað viðbótarflug brjóti gegn 17. gr. samkeppnislaga hafi samkeppnisráð haft skaðleg áhrif á samkeppni og í raun skapað ástand stöðnunar. Hér sé um íþyngjandi ákvörðun að ræða sem valdi áfrýjanda fjárhagslegu tjóni og takmarki möguleika á áframhaldandi markaðssókn í íslenskri ferðaþjónustu.

Áfrýjandi dregur í efa að lagagreinin veiti heimild til íhlutunar sem feli í sér tekjuskerðingu af þeirri stærðargráðu sem hér um ræðir. Gera verði stranga kröfu til þess að sýnt sé fram á skaðsemi þessarar starfsemi fyrir samkeppni á skilgreindum markaði.

## 2.

Samkeppnisráð bendir á að með ákvörðun ráðsins nr. 10/1997 og úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 8/1997 hafi verið kveðið á um skilgreiningu markaðarins og hvort staðgangi sé milli flugs og flutninga á landi og sjó.

Að mati samkeppnisráðs eru ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar skýr og ótvíræð. Þá telur samkeppnisráð að áfrýjandi hafi sýnt það í verki að honum sé ljóst hvað felist í henni kærðu ákvörðun.

Samkeppnisráð telur óvíst að Hæstiréttur hefði komist að sömu niðurstöðu varðandi önnur skilyrði úrskurðar áfrýjunarnefndar nr. 8/1997 en rétturinn gerði varðandi stjórnarsetuskilyrðið. Flugleiðir hf. og áfrýjandi verði að bera hallann af þeirri óvissu þar sem ekki hafi verið látið á þessi skilyrði reyna fyrir dómstólum. Þá er bent á að í dómi Hæstaréttar hafi einungis verið felldur úr gildi sá hluti úrskurðar áfrýjunarnefndar sem laut að takmörkunum á stjórnarsetu í Flugfélagi Íslands hf. Öðrum atriðum hafi Flugleiðir hf. ákveðið að una. Þetta þýði að úrskurður áfrýjunarnefndar standi óhaggaður að undanskildu stjórnarsetuskilyrðinu. Áfrýjandi

verði því að fara að úrskurðinum nema áfrýjunarnefnd ákveði annað. Þá bendir samkeppnisráð á að í 24. gr. stjórnsýslulaga sé mælt fyrir um rétt aðila til endurupptöku mála fyrir stjórnvöldum. Áfrýjandi hafi átt að setja fram beiðni um endurupptöku innan þriggja mánaða frá því að honum varð kunnugt um dóm Hæstaréttar.

Þá er bent á að skilyrði þau sem áfrýjunarnefnd staðfesti í úrskurði nr. 8/1997 lúti öll að því að tryggja að áfrýjandi misbeiti ekki markaðsráðandi stöðu sinni. Með því að staðfesta skilyrðin hafi áfrýjunarnefnd fallist á að efnisleg þörf sé fyrir þessi skilyrði. Dómur Hæstaréttar breyti ekki þeirri samkeppnislegu þörf. Öll þessi skilyrði séu þess eðlis að 17. gr. samkeppnislaga geti, auk 18. gr., veitt fullnægjandi heimild fyrir þeim.

Samkeppnisráð telur að meta beri á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga, í hverju tilviki fyrir sig, hvort hlutlægar og málefnalegar ástæður liggi til grundvallar aukinni ferðatíðni áfrýjanda eða hvort áhrif eða tilgangur aukinnar ferðatíðni sé að raska samkeppni. Þetta hafi verið gert í hinni kærðu ákvörðun. Það sé rangt hjá áfrýjanda að samkeppnisráð hafi við þetta mat einungis byggt á því sem áfrýjandi kalli fullyrðingar Íslandsflugs hf.. Óskað hafi verið eftir margvíslegum gögnum bæði frá áfrýjanda og Íslandsflugi hf. Engin gögn um nauðsyn aukningarinnar hafi borist frá áfrýjanda.

Samkeppnisráð bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé á því byggt að í samkeppnislegu tilliti verði að gera þá lágmarkskröfu að tekjur áfrýjanda af flugi til Egilsstaða standi að meðaltali undir beinum rekstrarkostnaði við hvert flug.

Samkeppnisráð bendir á að í vetraráætlun áfrýjanda fyrir árin 1998-1999 sé er gert ráð fyrir miðdegisflugi frá Reykjavík til Egilsstaða kl. 13:40. Áfrýjandi haldi því fram að þegar hann ákvað þetta flug sitt hafi hann ekki vitað af því að Íslandsflug hf. myndi einnig fljúga miðdegisflug. Af gögnum málsins megi ráða að miðdegisflug Íslandsflugs hf. hafi verið inni í Amadeus flugbókunarkerfinu þegar áfrýjandi tók ákvörðun um sitt miðdegisflug. Því verði að ganga út frá því í málinu að áfrýjandi hafi haft vitneskju um miðdegisflug Íslandsflugs hf. þegar hann tók ákvörðun um tímasetningu síns flugs. Að mati samkeppnisráðs er áfrýjandi að laga brottfaratíma sína að brottfarartímum keppinautarins.

#### IV.

##### Niðurstaða.

##### 1.

Niðurstaða samkeppnisráðs í máli því sem hér er til meðferðar var sú að ákvörðun Flugfélags Íslands hf. um miðdegisflug á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir var talin bæði brjóta gegn 17. gr. samkeppnislaga og b.- lið 8. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/1997, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/1997.

## 2.

Með ákvörðun nr. 10/1997 greip samkeppnisráð til íhlutunar vegna samruna innanlandsdeildar Flugleiða hf. og Flugfélags Norðurlands hf. í eitt félag. Gripið var til þeirrar íhlutunar með skírskotun til 18. gr. samkeppnislaga og fólst hún í því að sett voru nokkur skilyrði fyrir samrunanum. Eitt af þeim skilyrðum varðaði áætlunarleiðir og ferðatíðni Flugfélags Íslands hf. á nokkrum flugleiðum, þar á meðal á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir-Reykjavík. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/1997 var ákvörðun samkeppnisráðs staðfest með nokkrum breytingum. Varð niðurstaðan sú, varðandi skilyrði um áætlunarleiðir og ferðatíðni, að Flugfélagi Íslands hf. var gert að tilkynna Samkeppnisstofnun innan tiltekins frests ef félagið hygðist auka ferðatíðni sína m.a. á þeirri áætlunarleið sem hér um ræðir. Gilti sú tilhögun til 1. júlí árið 2000. Þá var og ákveðið að félaginu væri óheimilt að laga brottfarartíma þess á umræddum leiðum að brottfarartímum keppinautar fyrstu þrjú árin eftir að keppinautur hóf áætlunarflug á viðkomandi leiðum.

Umræddri ákvörðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála var skotið til dómstóla varðandi skilyrðið um stjórnunarlegan aðskilnað en ekki að því er varðaði önnur skilyrði. Með dómi Hæstaréttar frá 26. mars 1998 komst rétturinn að þeirri niðurstöðu að skilyrði til beitingar 18. gr. samkeppnislaga hafi ekki verið fyrir hendi og felldi því úrskurð áfrýjunarnefndarinnar úr gildi að því leyti sem honum hafð verið áfrýjað.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á, með hliðsjón af umræddum dómi Hæstaréttar, að önnur skilyrði sem hún setti í tengslum við umræddan samruna hafi ekki verið réttilega byggð á 18. gr. laganna. Þar sem ákvörðun samkeppnisráðs og áfrýjunarnefndarinnar var byggð á ólögætum grunni verður ekki á honum byggt nú þegar taka þarf afstöðu til þeirrar fyrirætlunar Flugfélags Íslands hf. að hefja miðdegisflug á flugleiðinni Reykjavík-Egilsstaðir. Engu breytir um þetta þótt áfrýjandi máls þessa hafi ekki borið fyrrgreinda niðurstöðu samkeppnisyfirvalda undir dómstóla. Hann verður engu að síður ekki talinn bundinn af stjórnsýsluákvörðun sem brast lögmætan lagagrundvöll að mati dómstóla. Hin kærða ákvörðun verður því ekki studd við fyrri úrlausnir samkeppnisyfirvalda.

## 3.

Sem fyrr segir hefur samkeppnisráð nú kannað sjálfstætt hvort skilyrði 17. gr. hafi verið fyrir hendi til íhlutunar. Þegar það er metið verður fyrst og fremst að kanna hvort umrædd fyrirætlun Flugfélags Íslands hf. sé líkleg til að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Er því nauðsynlegt að huga að því hvort Flugfélag Íslands hf. sé í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem hér um ræðir og hvort þær aðgerðir félagsins sem hér eru til skoðunar geti falið í sér misbeitingu á markaðsráðandi stöðu. Í þessu ljósi verður að skýra orðasambandið „skaðleg áhrif“ í 17. gr. eins og háttar til í máli þessu. Þau úrræði sem grípa má til verða einnig að vera málefnaleg og í hófi miðað við þau markmið sem að er stefnt.

Áfrýjunarnefndin telur eins og samkeppnisráð að markaðurinn sem hér skiptir máli sé flugleiðin milli Reykjavíkur og Egilsstaða. Verður ekki fallist á að samgöngur á landi geti komið að svo verulegu leyti í stað flugsamgangna á umræddri flugleið að eðlilegt sé að taka tillit til þeirra við skilgreiningu markaðarins.

Sýnt hefur verið fram á að Flugfélag Íslands hf. hafi um 80% hlutdeild á umræddum markaði. Engin önnur atriði veikja þá samkeppnisstöðu félagsins sem þessi markaðshlutdeild veitir vísbendingar um. Flugfélag Íslands hf. er því í

markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem hér skiptir máli, þ.e. á flugleiðinni milli Reykjavíkur og Egilsstaða.

Eins og fram er komið ákvað Flugfélag Íslands hf. að auka áætlunarflug sitt síðastliðið haust um miðjan dag á umræddri flugleið. Ákvörðunin komst í framkvæmd að hluta til. Félagið varð við tilmælum Samkeppnisstofnunar um að fella niður þetta flug en hefur þó ekki fallið frá ákvörðun um að setja upp hádegisferð frá Reykjavík til Egilsstaða frá og með 15. mars 1999. Áfrýjunarnefndin telur að gera verði ríkar kröfu til Flugfélags Íslands hf. sem markaðsráðandi fyrirtækis á umræddum markaði að það aðhafist ekkert það sem geti raskað með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðinum.

Áfrýjandi hefur haldið því fram að aukin sóknarfæri, m.a. í tengslum við uppbyggingu ferðapjónustu á Austurlandi og með nýjum valkostum í flugi eða í tengslum við flug, réttlæti umrædda fyrirætlan fyrirtækisins. Því er enn fremur haldið fram að með hinni nýju fyrirætlan sé leitast við að fullnýta flugvélaflota félagsins. Því er loks haldið fram að brottfarartími sé áætlaður 2-3 tímum fyrr á deginum heldur en brottfarartími keppinautarins þannig að neikvæð samkeppnisleg áhrif séu í lágmarki.

Gögn málsins gefa ekki haldbærar vísbendingar um að markaðurinn geti tekið við slíkri aukningu án þess að samkeppni raskist verulega. Áfrýjunarnefndin telur að athuganir Samkeppnisstofnunar sýni nægjanlega að viðbótarflug standi ekki undir beinum rekstrarlegum kostnaði. Einnig þykir sýnt að þeir hagsmunir sem Flugfélag Íslands hf. færir fram sem réttlætingu á umræddri aðgerð séu mun minni en þeir samkeppnislegu hagsmunir sem við það færu forgörðum en verulegar líkur þykja á því að við slíka aðgerð félli samkeppnisaðili út af markaðinum.

Áfrýjunarnefndin telur enn fremur að ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar séu nægjanlega skýr og að rétt hafi verið að lýsa sjálfa ákvörðunina um að hefja miðdegisflug sem brot. Loks þykja úrræðin í hófi miðað við þau markmið sem keppt hefur verið að.

Með hliðsjón af þessu og þeim rökum sem fram koma í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar þykir mega staðfesta hana en þó með þeirri orðalagsbreytingu sem fram kemur í úrskurðarorði.

## V.

### Úrskurðarorð.

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

Reykjavík, 20. maí 1999.

Stefán Már Stefánsson

Kirstín Flygenring

Erla S. Árnadóttir