

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 4/2007

Icelandair ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi, dags. 26. apríl 2007, hefur Icelandair ehf. kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007 frá 30. mars 2007. Í hinni kærðu ákvörðun komst eftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði með kynningu og sölu á svokölluðum Netsmellum að fjárhæð kr. 16.900 brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Var áfrýjanda gert að greiða kr. 190 milljónir í stjórnvaldssekt.

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara er þess krafist að sektir verði felldar niður eða lækkaðar verulega.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Helstu málavextir

Samkeppnisstofnun, forvera Samkeppniseftirlitsins, barst erindi Iceland Express ehf., dags. 16. febrúar 2004, þar sem óskað var eftir því að stofnunin tæki, með vísan til 11. gr. samkeppnislaga, til skoðunar verðlagningu á fargjöldum áfrýjanda frá Keflavík til Kaupmannahafnar annars vegar og til London hins vegar. Fram kom í erindinu að áfrýjandi, sem væri samkeppnisaðili kvartanda á umræddum leiðum, hefði skömmu áður boðið svokallaða Netsmelli að fjárhæð kr. 16.900 og af auglýsingum yrði ekki séð að um tímabundið tilboð eða verulega takmarkað framboð sæta væri að ræða. Vísaði kvartandi m.a. til þess að samkeppnisráð í máli nr. 22/2003 og áfrýjunarnefnd samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 (hér eftir vísað til sem úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar), hefðu skömmu áður komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi væri í markaðsráðandi stöðu á þessum flugmörkuðum. Jafnframt hefði verið talið að áfrýjandi hefði með sölu á svokölluðum Vormellum að fjárhæð kr. 14.900, á þessum leiðum, brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með skaðlegri undirverðlagningu. Erindi Iceland Express ehf. var sent áfrýjanda til umsagnar og jafnframt var óskað eftir ítarlegum tölulegum upplýsingum frá honum. Í umsögn áfrýjanda til Samkeppnisstofnunar kom fram að hann teldi sig ekki vera í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum sem máli skiptu. Þá mótmælti áfrýjandi því að hann hefði með umræddum Netsmellum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Fargjöldin byggðust á viðskiptalegum forsendum og hefðu það að markmiði að hámarka arðsemi hans.

Með bréfi, dags. 2. maí 2006, var áfrýjanda sent andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins í málinu. Í því voru færð rök fyrir því að áfrýjandi væri enn með markaðsráðandi stöðu á umræddum flugmörkuðum og var það mat eftirlitsins að verðlagning hans á Netsmellum að upphæð kr. 16.900 hefði falið í sér skaðlega undirverðlagningu og þar með brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Kæmi til álita að beita áfrýjanda stjórnvaldssektum. Athugasemdir áfrýjanda við andmælaskjalinu bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi dags. 7. júlí 2006.

Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir. Hinn 30. mars 2007 var ákvörðun tekin í málinu. Ákvörðunarorð Samkeppniseftirlitsins hljóða svo:

„Með kynningu og sölu á flugfargjöldum, svokölluðum Netsmellum að upphæð 16.900 kr., sem stóðu viðskiptavinum Icelandair ehf. til boða á árinu 2004 á flugleiðinni milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og á flugleiðinni milli Keflavíkur og London hins vegar braut Icelandair ehf. gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Icelandair ehf. greiða stjórnvaldssekt að upphæð kr. 190.000.000. (eitt hundrað og níutíu milljónir króna). Sektin skal greiðast ríkissjóði eigi síðar en þremur mánuðum eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.“

Mál þetta var flutt skriflega og munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 21. maí 2007. Á fundi sem haldinn var 13. júní 2007 reifuðu málsaðilar helstu sjónarmið sín fyrir nefndinni. Þá var málið sent Iceland Express ehf. til kynningar og fyrirtækinu veittur kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu. Bárust athugasemdir þess 7. júní 2007.

III.

Helstu málsástæður málsaðila

Málsástæður áfrýjanda

Brot gegn meginreglum stjórnsluréttar

Af hálfu áfrýjanda er því fram haldið að hin kærða ákvörðun hafi ekki verið borin undir stjórn Samkeppniseftirlitsins með fullnægjandi hætti eins og kveðið sé á um í 2. mgr. 5. gr. samkeppnislaga. Af fyrirliggjandi fundargerð stjórnarfundar sé ekki unnt að ráða hvort stjórnarmönnum hafi gefist nægilegt ráðrúm til að leggja mat á efni og forsendur ákvörðunarinnar.

Áfrýjandi fullyrðir að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn meginreglum stjórnisýsluréttar um réttmætar væntingar og samræmi í lagaframkvæmd með fráhvarfi frá fyrri markaðsskilgreiningu og kostnaðarviðmiðum. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi birst afstaða nefndarinnar til gildandi réttar varðandi mat á skaðlegri undirverðlagningu í flugrekstri. Samkeppniseftirlitið viðurkenni í hinni kærðu ákvörðun að það víki frá þeirri markaðsskilgreiningu sem nefndin hafi talið rétta auk þess sem það skipti kostnaði nú niður á farþega í stað framboðinna sæta eins og niðurstaða nefndarinnar hafi grundvallast á.

Áfrýjandi telur rannsókn Samkeppniseftirlitsins í málinu ófullnægjandi sem leitt hafi til efnislegra rangra niðurstaðna. Eftirlitið hafi gert þau mistök við samanburð kostnaðar og tekna vegna Netsmella að draga ekki frá þann aukna kostnað sem tilheyri viðskiptafarými eins og það geri við samanburð kostnaðar og tekna á almennu farrými. Þá sé ekki gerður sérstakur samanburður á mismunandi skilmálum fargjalda áfrýjanda innbyrðis og þeir séu ekki bornir saman við skilmála Iceland Express ehf. Ennfremur hafi eftirlitið ekki rannsakað hvort umdeild verðlagning áfrýjanda væri eðlileg út frá tekjustýringu. Það hafi heldur ekki aflað upplýsinga um eða reiknað út kostnað áfrýjanda á viðkomandi flugleiðum árið 2004 og taki ekki tillit til þess að kostnaður hafi lækkað miðað við árið 2003 í samræmi við rekstraráætlun.

Áfrýjandi telur tafir á meðferð málsins verulegar og í ósamræmi við 9. gr. stjórnisýslulaga. Telur áfrýjandi að á þeim rúmlega þremur árum sem málsmeðferð Samkeppniseftirlits hafi tekið hafi rannsókn þess legið niðri í a.m.k. helming þess tíma. Þá mótmælir áfrýjandi ávirðingum eftirlitsins, sem fram komi í ákvörðuninni, um upplýsingagjöf hans.

Markaðsskilgreining

Áfrýjandi telur að skilgreina eigi markaðinn með sama hætti og gert hafi verið áður þ.e. sem flug milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og Keflavíkur og London hins vegar. Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitið skilgreini markaði málsins miðað við hina hefðbundnu aðferð að miða við brottfararstað/komustað. Í ósamræmi við það séu hins vegar meðtaldir tengifarþegar, þ.e. farþegar sem ferðist á milli Keflavíkur og

London/Kaupmannahafnar á leið sinni til eða frá öðrum áfangastöðum, aðallega í Bandaríkjunum.

Áfrýjandi mótmælir þeirri aðferð Samkeppniseftirlits að skilgreina markaðina eftir því hvort farþegar séu tímabundnir eða ótímabundnir og/eða hvað þeir greiði fyrir ferðina, þ.e. að skilgreina markaðina sem almennt farrými og viðskiptafarrými. Bendir hann á að ferðatími sé sá sami hvort sem ferðast sé á almennu farrými eða viðskiptafarrými. Þótt verðmunur sé á almennu farrými/ferðum með Iceland Express ehf. annars vegar og viðskiptafarrými áfrýjanda hins vegar sé hann sýnbreytilegur og geti farið niður í nokkrar þúsundir króna.

Markaðsstaða

Áfrýjandi mótmælir því að hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu á árinu 2004. Hann telur að tilvísun Samkeppniseftirlitsins þess efnis að 50% markaðshlutdeild eða meira sé vísbending um markaðsráðandi stöðu hafi enga þýðingu ef hinn aðilinn á markaðnum sé með [...]¹ markaðshlutdeild, sérstaklega þegar litið er til þess að slíkri stöðu hafi verið náð á ekki lengri tíma en raun beri vitni í þessu máli.

Áfrýjandi vísar til þess að Iceland Express ehf. hafi verið stofnað með litlum tilkostnaði og fjárfestingum, en náð engu að síður á einungis tveimur árum allt að [...]² markaðshlutdeild miðað við tekjur og um [...]³ farþega á tveimur [...]⁴ flugmörkuðum til og frá Íslandi. Þá liggi fyrir að risastór erlend flugfélög hafi komið inn á markaðinn árið 2006 sem veiti áfrýjanda harða samkeppni. Bendi þetta til takmarkaðra aðgangshindrana.

Verðlagning flugfélaga

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að verðlagning hans á Netsmellunum hafi verið eðlileg. Bókunarstaða á hinum skilgreindu mörkuðum hafi, í upphafi árs 2004, ekki verið í takt við væntingar og lakari en á öðrum flugleiðum. Tilgangurinn með Netsmellunum hafi verið sá sami og með verðlagningu allra annarra fargjalda, þ.e. að fá nægar tekjur svo

¹ Trúnaðarmál.

² Trúnaðarmál

³ Trúnaðarmál

flugleiðirnar á hinum skilgreindu mörkuðum myndu skila hagnaði. Þegar vart verði við minnkandi eftirspurn geti fyrirtæki stundum gripið til þess ráðs að minnka framboð. Fyrir hefðbundin flugfélög sé það hins vegar erfiðara þar sem margir viðskiptavinir geri kröfu um ákveðna tíðni og áreiðanleika. Þá séu flugsæti seld fyrirfram og fjárhagslegt tjón félags við að fella niður flug oft meira heldur en að halda því áfram. Svo hafi verið í þessu tilfelli og því talið arðbærara að bjóða ákveðið magn af ódýrari sætum heldur en að fækka flugum.

Meint misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Af hálfu áfrýjanda er því fram haldið að háttsemi hans hafi eingöngu grundvallast á rekstrarlegum forsendum innan þeirra marka sem samkeppnislög setji og í samræmi við hvernig flugfélög séu rekin. Markaðsráðandi fyrirtækjum sé líkt og öðrum fyrirtækjum heimilt að mæta samkeppni af afli og nái skyldur slíkra fyrirtækja ekki til þess að hlífa fyrirtækjum á viðkomandi markaði sem ekki geti staðist eðlilega samkeppni.

Áfrýjandi telur að miða eigi við flugleiðina í heild sinni en ekki skipta kostnaði niður á greiðandi farþega líkt og gert sé í hinni kærðu ákvörðun. Óraunhæft sé að skoða hvort tiltekið fargjald eða sæti sé undir kostnaði. Verðlagning sætis yfir jaðarkostnaði skili meiri tekjum en autt sæti og því sé slík verðlagning nánast alltaf rökrétt.

Áfrýjandi vísar til þess að þegar meðaltal heildarkostnaðar eða meðaltal breytilegs kostnaðar sé fundið út þá sé kostnaði alltaf deilt niður á framleiddar einingar en ekki einungis seldar einingar. Framleiðslugeta flugfélaga felist í stærð og fjölda flugvéla, þ.e. hvað flugfélag geti boðið upp á margar ferðir. Framleiðslan sé hins vegar hvað félagið bjóði upp á margar flugferðir og ef nánari sundurliðunar sé þörf, hve mörg sæti það setji í sölu. Áfrýjandi telur aðferð eftirlitsins að skipta heildarkostnaði niður á greiðandi farþega ekki endurspegla raunverulegan framleiðslukostnað.

⁴ Trúnaðarmál

Áfrýjandi telur að þegar útreikningar eftirlitsins séu leiðréttir þá séu [...] ⁵ þ.e. miðað við leiðréttu útreikninga að teknu tilliti til þess kostnaðarhlutfalls sem eftirlitið hafi fallist á að væri milli almenns farrýmis og viðskiptafarrýmis.

Áfrýjandi bendir á að þegar Samkeppniseftirlitið fullyrði að ekki sé raunhæft að bera saman kostnað árið 2004, þar sem engar raunupplýsingar um kostnað þess árs hafi legið fyrir á þeim tíma sem verðákvörðun hafi verið tekin, líti það fram hjá því að rekstraráætlanir geri bæði ráð fyrir áætluðum tekjum og kostnaði. Rekstraráætlun hans fyrir árið 2004 hafi gert ráð fyrir kostnaðarlökkun. Áfrýjandi hafi tekið mið af þessu við ákvörðun verðstefnu sinnar fyrir árið 2004.

Áfrýjandi vísar til þess að [...] ⁶ hvort sem miðað sé við flugvélinu í heild eða skilið sé á milli almenns farrýmis og viðskiptafarrýmis. Eftirlitið reyni þó að [...] ⁷ á milli áranna 2003 og 2004. Þessi niðurstaða sé byggð á útreikningum eftirlitsins í töflum 26 og 27 í hinni kærðu ákvörðun. Það fyrsta sem þar blasi við sé að eftirlitið beri saman tekjur árið 2003 við kostnað 2003 annars vegar og tekjur árið 2004 við kostnað árið 2003 hins vegar, þ.e. kostnaðinn árið áður. Áfrýjandi telur sig hafa sýnt fram á að útreikningar Samkeppniseftirlitsins séu rangir auk þess sem bæði almennt farrými og viðskiptafarrými hafi skilað hagnaði.

Áfrýjandi mótmælir þeim skilningi Samkeppniseftirlitsins að áfrýjunarnefnd samkeppnis- mála hafi við mat á lögmæti Vorskella fyrst og fremst litið til þess að tekjur vegna sölu þeirra hafi ekki staðið undir staðfærðum kostnaði. Fram komi í úrskurði áfrýjunar- nefndarinnar ákveðin atriði sem nefndin hafi talið rétt að hafa hliðsjón af við mat á Vor- smellum en ekki sé unnt að sjá að eitthvert atriði hafi haft aukið vægi gagnvart hinum. Í því sambandi vísar áfrýjandi til þess að í þessu máli sé verðmunur milli flokka Netsmella lægri en hann hafi verið milli Vorskella og lægstu Netsmella eða um kr. 3.900 til Kaup- mannahafnar og kr. 2.500 til London. Þá séu Netsmellirnir ekki undir staðfærðum kostnaði líkt og Vorskellirnir hafi verið. Ekki sé mikill munur á Netsmellunum og lægstu

⁵ Trúnaðarmál.

⁶ Trúnaðarmál.

⁷ Trúnaðarmál.

fargjöldum Iceland Express ehf., þeir séu kr. 1.500 til 2.000 hærri. Þá hafi framboð ódýrustu Netsmellanna verið óverulegt. Þeir hafi ennfremur komið á markaðinn rúmu ári eftir að Iceland Express ehf. hafi hafið starfsemi sína. Ennfremur hafi sambærileg fargjöld verið í boði á öðrum leiðum en til Kaupmannahafnar og London.

Viðurlög

Til stuðnings varakröfu sinni um að sektir verði felldar niður eða lækkaðar verulega bendir áfrýjandi á að ákvörðun Samkeppniseftirlitins fullnægi ekki kröfum um undirbúning, efni og rökstuðning ákvörðunar um álagningu stjórnvaldssekta. Áfrýjandi telur sig við ákvörðun um Netsmelli að fjárhæð kr. 16.900 hafa haft hliðsjón af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Ennfremur hafi nefndin staðfest að þegar samkeppnisyfirvöld móti nýja lagareglu í ákvörðunum sínum þá skuli ekki sekta fyrir slík brot. Þegar um sé að ræða eins og í máli þessu að beitt sé nýjum aðferðum, einkum um skiptingu kostnaðar niður á farþega í stað sætis, sé búin til ný regla um mat á skaðlegri undirverðlagningu miðað við fyrra mál. Þetta brjóti gegn réttmætum væntingum áfrýjanda auk þess sem breytingarnar eigi sér ekki málefnalega stoð. Þegar af þeirri ástæðu sé óheimilt að sekta hann.

Áfrýjandi bendir á að samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga sé Samkeppniseftirlitinu ekki skylt að leggja á sektir ef brotið sé gegn bannákvæðum þeirra heldur sé aðeins um heimild að ræða. Í ákvæðinu sé einnig tekið fram að slíkar sektir skulu ekki lagðar á ef brot teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Í því sambandi áréttar áfrýjandi að umrætt verð hafi verið aflagt í lok árs 2004. Af þeim sökum sé vandséð þörf á beitingu viðurlaga til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Að lokum vísar áfrýjandi til þess að sektir í máli þessu hafi takmörkuð varnaðaráhrif, ef nokkur, svo löngu eftir að meintu broti lauk enda nýir eigendur og stjórnendur teknir við rekstri hans. Með vísan til langs málsmeðferðartíma hjá samkeppnisyfirvöldum sé fráleitt annað en að fella niður eða lækka sektir en viðurkennt sé að tafir á málsmeðferð hafi þau áhrif að viðurlög skuli vera viðurhlutaminni en ella.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Reglur stjórnsluréttar

Samkeppniseftirlitið mótmælir fullyrðingum áfrýjanda þess efnis að hin kærða ákvörðun þess sé reist á öðrum sjónarmiðum en þeim sem lögð hafi verið til grundvallar í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Eins og lýst sé í ákvörðuninni hafi áfrýjunarnefndin talið rétt að líta til fleiri atriða en samkeppnisráð hafi gert við mat á fargjöldum áfrýjanda og tekið sé mið af öllum þessum atriðum. Samkeppnisyfirvöldum beri í hverju og einu máli að skilgreina á nýjan leik þá markaði sem um ræði. Hafa beri í huga að áfrýjunarnefndin hafi bent á að markaðsskilgreiningar geti ekki orðið nákvæmar og séu aðeins notaðar til viðmiðunar. Í ákvörðuninni sé kostnaður reiknaður út miðað við fjölda farþega en ekki sæta eins og í ákvörðun samkeppnisráðs. Skýrist þessi breyting af því að við mat á lögmæti fargjalda áfrýjanda hafi áfrýjunarnefndin talið að samhliða tekjum af ódýrustu fargjöldunum bæri einnig að líta til tekna af öllum flokkum lágfargjalda og heildartekjum af viðkomandi flugleið. Samkeppniseftirlitið bendir á að útreikningar á heildartekjum af viðkomandi flugum og flugleiðum hafi ekki legið fyrir er áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi úrskurðað í fyrra málinu. Hafi þess vegna ekki verið tilefni fyrir nefndina til að fjalla sérstaklega um hvort skipta bæri kostnaði niður á farþega eða sæti.

Samkeppniseftirlitið mótmælir þeirri staðhæfingu áfrýjanda að málið hafi ekki verið rannsakað með fullnægjandi hætti og rangar ályktanir hafi verið dregnar af gögnum.

Hvað varðar það að eftirlitið hafi ekki tekið nægjanlegt tillit til þess hlutverks sem tekjustýring hafi í rekstri áfrýjanda vísar eftirlitið til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála komi skýrt fram að líta verði til fleiri atriða en þeirra sem áfrýjandi nefnir. Það ráði ekki úrslitum hvort heildartekjur séu hærri en heildarkostnaður af viðkomandi flugi eða flugleið í heild.

Samkeppniseftirlitið bendir á að bæði áfrýjandi og Iceland Express ehf. hafi auglýst skilmála sína samhliða kynningu á þeim fargjöldum sem um ræði í máli þessu. Hafi þeir því legið fyrir í málinu.

Hvað varðar það sjónarmið áfrýjanda að Samkeppniseftirlitið hafi ekki kannað kostnað hans á árinu 2004 vísar eftirlitið til þess að í þessu máli sé til úrlausnar hvort áfrýjandi hafi með því að bjóða nánar tiltekin fargjöld í upphafi árs 2004 misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Við mat á því hvort fyrirtæki misnoti markaðsráðandi stöðu sína sé almennt einblínt á þær upplýsingar sem liggja fyrir þegar verðákvörðun sé tekin.

Skilgreining markaða

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því haldið fram að eðlilegt sé að hafa hliðsjón af áhrifum tengifarþega í flugi áfrýjanda til og frá London og Kaupmannahöfn. Helgist það af því að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið talið nauðsynlegt að líta til heildartekna af viðkomandi flugleið. Þótt ekki sé staðganga á milli flugleiðarinnar frá London til Boston annars vegar og frá London til Keflavíkur hins vegar hafi áfrýjandi hvort tveggja tekjur og kostnað af tengifarþegum af fyrrnefndu flugleiðinni er hann fljúgi með þá á hinni síðarnefndu enda sé farþeginn hluti af markaðinum á viðkomandi flugleið. Þá væri áfrýjandi samt sem áður í markaðsráðandi stöðu þótt horft væri fram hjá tengifarþegum.

Samkeppniseftirlitið telur nauðsynlegt að greina á milli almenns farrýmis og viðskiptafarrýmis. Um ólíka þjónustu sé að ræða og að nauðsynlegt sé að líta til heildartekna áfrýjanda af þeim flugleiðum sem um ræði. Ef litið hefði verið til heildartekna áfrýjanda án þess að greina að farrýmin blasi við að bæði markaðshlutdeild hans og kostnaður af hverjum farþega væri enn mun hærri. Eðli málsins samkvæmt hafi það enga þýðingu þótt tími í flugi sé hinn sami á almennu farrými og viðskiptafarrými enda skeri umrætt atriði ekki úr um hvort fargjöld á þessum farrýmum tilheyri ólíkum mörkuðum. Mikill verðmunur sé á milli fargjalda Iceland Express ehf. annars vegar og viðskiptafargjalda áfrýjanda hins vegar. Sú staðreynd að farþegi sé reiðubúinn að greiða mun herra verð fyrir viðskiptafargjald áfrýjanda sýni að hann telji sig vera að kaupa þjónustu sem sé frábrugðin því sem fáist með almennum fargjöldum.

Staða áfrýjanda á markaðinum

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála komi fram að „*eðlilegt og rökrétt sé að miða markaðshlutdeild við tekjur af sölu farmiða á hinum skilgreindu mörkuðum*“. Sé niðurstaða nefndarinnar í samræmi við ákvarðanir á sviði EB/EES-réttar. Ekki sé því unnt að fallast á þá málsástæðu áfrýjanda að miða markaðshlutdeild við fjölda farþega.

Samkeppniseftirlitið bendir á að fyrirtæki sem sé með 50% markaðshlutdeild eða hærra á hinum skilgreinda markaði sé almennt talið markaðsráðandi nema sérstakar aðstæður séu fyrir hendi sem bendi til hins gagnstæða. Útreikningar áfrýjanda um markaðshlutdeild sína og Iceland Express ehf. eigi ekki við rök að styðjast.

Vegna þeirrar málsástæðu áfrýjanda að um takmarkaðar aðgangshindranir sé að ræða á markaðinum vísar eftirlitið, auk þeirra sjónarmiða sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun, sérstaklega til þess [...]⁸. Samkvæmt því er ljóst að Iceland Express ehf. hafi kostað miklu til í þessu sambandi. Hefði félagið [...]⁹.

Verðlagning flugfélaga

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þau sjónarmið áfrýjanda að Netsmellir hafi verið réttlætanagerir á þeim grundvelli að þeir hafi falið í sér viðbrögð við því að bókuarstaða á framangreindum flugleiðum hafi verið lægri í ársbyrjun 2004 en árið áður, þ.e. að áfrýjandi hefði að öðrum kosti orðið af tekjum á flugleiðunum. Þannig hafi tekjur af þessum fargjöldum aukið heildartekjur á viðkomandi flugleiðum þar sem allur kostnaður hafi þegar fallið til. Samkvæmt þessu virðist áfrýjandi líta svo á að honum hafi verið heimilt að bjóða fargjöld sem ekki hafi staðið undir staðfærðum kostnaði af hverjum farþega. Á þá málsástæðu sé ekki unnt að fallast en í henni felist í raun að aldrei geti verið um að ræða skaðlega undirverðlagningu í flugrekstri.

⁸ Trúnaðarmál.

⁹ Trúnaðarmál.

Misnotkun áfrýjanda á markaðsráðandi stöðu

Samkeppniseftirlitið bendir á að skýrt komi fram í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála að eðlilegt sé að líta til staðfærðs kostnaðar við mat á fargjöldum áfrýjanda og ekkert hafi komið fram sem kalli á breytingu á þessari nálgun. Niðurstaðan byggist á viðteknum sjónarmiðum um að rétt sé að líta til staðfærðs kostnaðar við mat á því hvort fargjöld í áætlunarflugi feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Hvað varðar fullyrðingar áfrýjanda þess efnis að við mat á fargjöldum hans eigi að bera saman tekjur og kostnað af viðkomandi flugi í heild vísar Samkeppniseftirlitið til þess að áfrýjunarnefndin hafi í raun þegar tekið afstöðu til þessa atriðis. Eins og ítarlega sé rökstutt í hinni kærðu ákvörðun beri ekki eingöngu að líta til viðkomandi fargjalds heldur jafnframt annarra fargjaldaflokka og flugsins í heild við mat á því hvort um misnotkun sé að ræða.

Samkeppniseftirlitið mótmælir þeirri staðhæfingu áfrýjanda að útreikningar á kostnaði af Netsmellum séu rangir þar sem eftirlitið hafi gert mistök við greiningu á kostnaði. Vísar eftirlitið til þess að útreikningarnir byggist á upplýsingum frá áfrýjanda sjálfum auk þess sem hann hafi fengið tækifæri til að gera athugasemdir við þá í andmælaskjali eftirlitsins. Með því að engar skýringar hafi komið fram um það hvers vegna áfrýjandi leggi fyrst nú fram nýja útreikninga sé útilokað að leggja þá til grundvallar. Hvað sem öðru líði þá séu útreikningarnir rangir.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því sjónarmiði áfrýjanda að miða eigi við kostnað ársins 2004 í stað ársins 2003. Við mat á því hvort fyrirtæki hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína sé almennt horft til upplýsinga sem liggja fyrir þegar misnotkun eigi sér stað.

Samkeppniseftirlitið bendir á að tekjur áfrýjanda vegna sölu á umræddum Netsmellum að fjárhæð kr. 16.900 hafi verið mun lægri en staðfærður kostnaður. Ekki sé unnt að fallast á að kostnaðurinn vegna þeirra sé lægri vegna þess að þeir seljist upp í öllum tilvikum. Með því ættu aðrir farþegar að standa undir meiri kostnaði en þeim sem nemur þeim mun sem felst í að bjóða Netsmelli annars vegar og önnur almenn fargjöld hins vegar.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það sjónarmið áfrýjanda að með því að bjóða umrædd fargjöld hafi hann aukið tekjur sínar en kostnaður staðið í stað. Í því felist í raun að umrædd fargjöld ættu ekki að bera neinn kostnað nema breytilegan farþegatengdan kostnað. Sé slík niðurstaða útilokuð þegar um sé að ræða umtalsvert framboð á slíkum fargjöldum þegar enn sé langt í brottför.

Samkeppniseftirlitið bendir á að tekjur áfrýjanda hafi dregist saman milli ára 2003 og 2004 þar sem tekjur hans af dýrari fargjöldum, bæði á almennu farrými og viðskiptafarrými hafi í raun verið notaðar til að niðurgreiða hina ódýru Netsmelli sem beint hafi verið gegn Iceland Express ehf.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að verðmunur á Netsmellsfargjöldum sem um ræðir í málinu og Netsmellsfargjöldum sem staðið hafi þeim næst í verði sé óverulegur. Þá bendir það á að eftir því sem fargjaldaverð sé lægra skipti þessi munur meira máli.

Samkeppniseftirlitið telur að enda þótt fallast megi á að fargjöld áfrýjanda hafi verið kr. 1.500-2.000 hærra en fargjöld Iceland Express ehf. verði að gæta að því að ýmis verðmæti og þjónusta sem farþegi njóti hjá áfrýjanda standi ekki til boða hjá Iceland Express ehf.

Samkeppniseftirlitið bendir á að magn fargjaldanna hafi verið töluvert og ekki ráði úrslitum hvort miðað sé við hlutfall af heildarfjölda farþega á almennu farrými, sæta í flugvél eða aðra þætti. Þá hafi magnið verið verulegt í samanburði við magn Vorsmella árið 2003.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ekki sé til skoðunar hvort áfrýjandi hafi komið fram með ný tilboð skömmu eftir að nýr aðili hafi komið inn á markaðinn, það sem máli skipti sé að fargjöldunum hafi verið ætlað að hafa áhrif á hliðstæð fargjöld Iceland Express ehf. sem hafi verið í sölu á sama tíma.

Hvað varðar það sjónarmið áfrýjanda að sambærileg fargjöld hafi verið í boði á aðra áfangastaði bendir Samkeppniseftirlitið á að lægstu fargjöldin hafi fyrst og fremst beinst

að flugleiðunum til Kaupmannahafnar og London. Sömu fargjöld hafi aðeins verið í boði tímabundið til nýrra áfangastaða en ekki til annarra mikilvægra áfangastaða í Evrópu þar sem ekki gætti samkeppni.

Viðurlög

Samkeppniseftirlitið telur staðhæfingar áfrýjanda um að eftirlitið hafi beitt öðrum aðferðum en áfrýjunarnefnd samkeppnismála við markaðsskilgreiningu og kostnaðarviðmið ekki réttar. Hafa beri í huga að áfrýjandi reki stórt og öflugt fyrirtæki sem hafi tækifæri til að leita ráðgjafar í tengslum við ákvarðanir sínar. Hann sé gjörkunnugur markaðinum og þekki best allra sína eigin kostnaðar- og tekjuuppbyggingu. Hafi honum mátt vera ljóst að með því að bjóða fargjöld undir staðfærðum kostnaði myndi hann raska samkeppni á markaðinum. Sé þess vegna ekki unnt að fallast á að Samkeppniseftirlitið hafi ekki tekið tillit til sjónarmiða um réttmætar væntingar hans með hinni kærðu ákvörðun. Þá bendir eftirlitið á að um ítrekað brot sé að ræða og taka verði tillit til veltu fyrirtækisins við ákvörðun sekta.

Að lokum vísar Samkeppniseftirlitið til þess að óraunhæft hafi verið að ljúka málinu á árinu 2004. Sekt í þessu máli sé til þess fallin að hafa bæði almenn og sérstök varnaðaráhrif. Ekki dugi fyrir áfrýjanda að vísa til þess að nýir eigendur hafi tekið við rekstrinum.

IV. Niðurstaða

1

Með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/2003, sem tekin var þann 14. júlí 2003 var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á mörkuðunum fyrir áætlunarflug á flugleiðunum milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og Keflavíkur og London hins vegar. Það var mat ráðsins að svokallaðir Vorsmellir áfrýjanda að upphæð kr. 14.900 til Kaupmannahafnar og London og ódýrustu Netsmellir hans að fjárhæð kr. 19.800 til sömu áfangastaða og í boði voru á tilteknu tímabili árið 2003 hefðu falið í sér skaðlega undirverðlagningu og þar með brot á 11. gr. samkeppnislaga. Ákvörðun samkeppnisráðs var kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem staðfesti í úrskurði sínum í málum nr. 17-18/2003, dags. 29. september 2003, að áfrýjandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína og brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með umræddum Vorsmellstilboðum. Áfrýjunarnefndin féllst hins vegar ekki á að í Netsmellstilboðunum hefði falist misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Í fyrirbyggjandi máli hefur Samkeppniseftirlitið komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að kynna og selja fargjöld, svonefnda Netsmelli að fjárhæð kr. 16.900, á flugleiðinni milli Keflavíkur og til Kaupmannahafnar annars vegar og Keflavíkur og London hins vegar á árinu 2004 eins og nánar greinir í máli þessu. Í verðlagningunni hafi falist skaðleg undirverðlagning sem teljist misnotkun á markaðsráðandi stöðu og þar með brot á 11. gr. samkeppnislaga og eftir atvikum brot á fyrri ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Af hálfu áfrýjanda er þessari afstöðu mótmælt eins og nánar er gerð grein fyrir í úrskurði þessum.

2

Í því skyni að skilgreina nánar markaðsráðandi stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga verður að ákveða þann markað sem talið er að misnotkun fari fram á. Áfrýjunarnefnd

samkeppnismála telur slíka skilgreiningu þýðingarmikið atriði fyrir beitingu ákvæðisins. Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hugtakið staðganga skírskotar til vöru eða þjónustu sem að fullu eða að verulegu leyti getur komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Samkvæmt þessu er markaðurinn skilgreindur með tvennum hætti, þ.e. annars vegar með tilliti til þeirrar vöru eða þjónustu sem um er að tefla og hins vegar með tilliti til þess markaðssvæðis (landssvæðis) sem til greina kemur. Markaðssvæðið er þá ákvarðað út frá sömu megin sjónarmiðum, þ.e. svæði þar sem samkeppnisskilyrði eru nægjanlega lík til þess að unnt sé að greina þau frá öðrum svæðum í samkeppnislegu tilliti. Í samkeppnisrétti er það viðtekin venja að skilgreina markaðinn út frá sjónarmiði neytenda með hliðsjón af landsvæði og eiginleika vöru eða þjónustu, verði hennar og notkun og eru sem fyrr segir staðgöngusjónarmið þar aðalatriði sem til skoðunar koma.

Samkvæmt þessu er því rétt að skilgreina tiltekinn markað út frá landsvæði og vörum eða þjónustu og staðgönguvörum eða staðgöngubjónustu eins og þessi atriði horfa við út frá sjónarmiði neytenda. Sá markaður sem verður fyrst og fremst fyrir áhrifum eða er líklegur að verða fyrir áhrifum af tiltekinni aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis út frá þessum sjónarmiðum verður samkvæmt þessu talinn falla undir efnislýsingu 11. gr. samkeppnislaga. Þó er augljóst að skilgreiningar af þessu tagi geta ekki orðið nákvæmar. Því verða þær aðeins notaðar til viðmiðunar og verður svo gert hér.

Lágfargjöld þau sem um er deilt í málinu náðu til áætlunarflugs milli Keflavíkur og London og milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar. Þau höfðu því fyrst og fremst áhrif á þeim flugleiðum og verður við það miðað hér.

Þau lágfargjöld sem hér eru til skoðunar teljast hafa áhrif á allt flug samkeppnisaðilans, Iceland Express ehf., á umræddum flugleiðum. Nægir þar að nefna að flugi verður ekki haldið uppi á tilteknum flugleiðum nema tekjur standi undir kostnaði. Er því ástæðulaust að skipta markaðinum upp í undirmarkaði, t.d. viðskiptafarrými og almennt farrými, eins og nánar verður vikið að hér síðar.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er enn fremur þeirrar skoðunar að við mat á því hvort áfrýjandi sé í markaðsráðandi stöðu beri að skilgreina markaðinn þannig að svonefndir tengifarþegar (e: transfer passengers) falli utan þeirrar skilgreiningar. Horft út frá sjónarmiði neytenda eru brottfarar- og komustaðir þessara farþega að verulegu leyti ólíkir þeim sem farþegar, sem ferðast í áætlunarflugi milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og Keflavíkur og London hins vegar, nota. Á hinn bóginn verður ekki fram hjá því litið að möguleiki til tengiflugs með þessum hætti felur í sér markaðsstyrkleika sem vikið verður að síðar.

Eins og áður segir þykir enn fremur ekki nægjanleg ástæða til að skipta markaðinum á umræddum leiðum með tilliti til viðskiptafarrýmis annars vegar og almenns farrýmis hins vegar. Þó að ljóst sé að forsendur séu nokkuð ólíkar á umræddum mörkuðum frá sjónarmiði neytenda ber þó fremur að líta til þess að allt eru þetta farþegar á sömu flugleiðum þar sem staðganga er að minnsta kosti einhver. Hafa ber enn fremur í huga að væri mörkuðum skipt með þeim hætti sem gert er í hinni kærðu ákvörðun yrði að líta á viðskiptafarrýmið sem sérstakan markaðsstyrk áfrýjanda.

Niðurstaðan er því sú að þjónustu- og landfræðilegu markaðina beri að skilgreina svo:

Áætlunarflug milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar.

Áætlunarflug milli Keflavíkur og London.

Markaðsráðandi staða er fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Í þessu sambandi skiptir mestu máli að huga að markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á þeim markaði sem hefur verið skilgreindur og að því skipulagi sem ríkir á markaðinum. Fyrira atriðið er almennt talið fela í sér sterkar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu í hefðbundnum samkeppnisrétti, þ.e. úrlausn þess er þýðingarmikið

atriði um hvort tiltekið fyrirtæki teljist vera í markaðsráðandi stöðu. Með síðargreindu viðmiðuninni er skírskotað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingu í sömu átt, einkum hvort aðgangur að markaðinum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni og tækjum og framboði vöru eða þjónustu, fjölda og styrk keppinauta en fleiri atriði koma þó einnig til skoðunar.

4

Iceland Express ehf. hóf starfsemi rétt fyrir mánaðamótin febrúar/mars 2003. Ekki er um það deilt að umræddur Netsmellur að upphæð kr. 16.900 með flugvallasköttum sem kvartað er yfir í málinu var fyrst boðinn í febrúar 2004 og var í boði a.m.k. út það ár. Fallast má á það mat Samkeppniseftirlitsins að rétt sé að taka til skoðunar markaðshlutdeild áfrýjanda á skilgreindum mörkuðum síðustu 10 heilu mánuði ársins 2003 annars vegar og alls ársins 2004 hins vegar.

5

Sem fyrr greinir felur há markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu þó að önnur atriði skipti þar einnig máli. Markaðshlutdeild er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu sem um ræðir. Áfrýjunarnefndin telur eðlilegt og rökrétt að miða markaðshlutdeildina við tekjur af sölu farmiða á hinum skilgreindu mörkuðum samkvæmt þeim viðmiðunum sem fyrr hefur verið lýst. Það leiðir af eðli málsins að því hærrí sem markaðshlutdeild fyrirtækis er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Í kafla 3.1 í hinni kærðu ákvörðun eru rakin nokkur sjónarmið um og upplýsingar settar fram um tekjur, fjölda farþega og markaðshlutdeild félaganna beggja á því tímabili, sem greint er í kafla 4 hér að framan, á markaðinum fyrir almenn fargjöld/lágfargjöld. Þessar forsendur verða hér lagðar til grundvallar með þeirri breytingu þó að áfrýjunarnefndin hefur einnig í huga tekjur af viðskiptafargjöldum áfrýjanda sem gerir tekjur hans hlutfallslega hærrí en reiknað er með í hinni kærðu ákvörðun.

Meginatriðin eru að umrædda 10 mánuði ársins 2003 var markaðshlutdeild áfrýjanda veruleg og mun meiri en Iceland Express ehf. á skilgreindum flugleiðum hvort sem miðað var við sölu á farmiðum á flugleiðunum eða fjölda farþega að tengifarþegum frátöldum. Árið 2004 jókst hlutdeild Iceland Express ehf. nokkuð vegna aukins sætaframboðs. Samt sem áður var hlutdeild áfrýjanda langt yfir 50% ef miðað er við farmiðasölu og fyrrgreindar viðmiðanir og var ávallt nokkru hærri á flugleiðinni til og frá Kaupmannahöfn heldur en til og frá London.

Fallast má á það með Samkeppniseftirlitinu að markaðshlutdeild áfrýjanda hafi verið veruleg á hinum skilgreindu mörkuðum á því tímabili sem hér er til skoðunar. Ljóst er þó að markaðshlutdeild Iceland Express ehf. jókst þó nokkuð síðari hluta tímabilsins. Við heildarmat á þessu ber þó að hafa í huga að áfrýjandi hefur ráðið yfir stærstum hluta markaðarins á viðmiðunartímanum og að gögn máls þessa benda ekki til annars en að sú staða hafi haldist eftir 2004. Mismunandi þjónusta sem áfrýjandi annars vegar og Iceland Express ehf. hins vegar bjóða upp á verður ekki talin hafa nein teljandi áhrif á þessa niðurstöðu.

6

Eins og áður greinir er há markaðshlutdeild keppinauta á skilgreindum mörkuðum ekki eina sjónarmiðið sem leggja ber til grundvallar þegar það er metið hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í því sambandi skiptir einnig máli hver sé staða keppinautanna. Segja má að almenna reglan sé sú að eftir því sem þeir eru smærri og fleiri séu þeir almennt veikari fyrir áhrifum heldur en ef þeir eru færri með talsverða markaðshlutdeild.

Þar fyrir utan koma mörg önnur sjónarmið til álita þegar efnahagslegur styrkleiki fyrirtækis er metinn og eru þau nánar rakin í kafla 3.1 -3.7 í hinni kærðu ákvörðun. Þar kemur fram að almennur efnahagslegur styrkleiki áfrýjanda sé mikill, sætaframboð hans sé sömuleiðis mikið á umræddum mörkuðum og að ýmis viðstuðningsfyrirtæki og úrræði veiti áfrýjanda mikið samkeppnislegt forskot.

Í þessu sambandi þykir sérstaklega mega líta á að samkvæmt fyrirbyggjandi gögnum voru fjárhagslegir og efnahagslegir yfirburðir áfrýjanda umfram Iceland Express ehf. umtalsverðir á því tímabili sem til skoðunar er og gögn málsins gefa ekki vísbendingu um að staða áfrýjanda á hinum skilgreindu mörkuðum hafi veikst frá þeim tíma er úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 féll þann 29. september 2003. Þykir augljóst að slíkur efnahagslegur styrkleiki skipti máli þegar metið er hvort fyrirtæki sé markaðsráðandi enda á fyrirtæki við slíkar aðstæður léttara með taka ákvarðanir óháð viðskiptastefnu keppinautanna. Við mat á þessu þykir ekki skipta neinu meginmáli þótt þau fyrirtæki sem hér koma við sögu séu byggð upp með ólíkum hætti.

Þegar fjárhagslegir og efnahagslegir yfirburðir eru metnir ber að hafa í huga fyrrgreindan möguleika til flutninga á tengifarþegum sem áfrýjandi hefur í ríkum mæli. Um er að ræða úrræði, sem að mati áfrýjunarnefndarinnar veitir áfrýjanda færi á að tryggja hagkvæmni í rekstri og að bæta efnahagslega stöðu félagsins í flugi til og frá Íslandi langt umfram það sem Iceland Express ehf. hefur haft tök á. Sætaframboð á umræddum flugleiðum skiptir einnig hér máli. Þar er áfrýjandi mun sterkari en Iceland Express ehf.

Með svipuðum hætti og segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum 17-18/2003 skipta önnur atriði einnig máli þegar styrkleiki áfrýjanda er metinn. Eru sjónarmið um þetta nánar rakin í hinum kærða úrskurði og varða leiðakerfi áfrýjanda, Amadeus bókunarkerfið, vildarklúbbinn og starfsemi systurfélaga á sviði ferðaþjónustu. Má fallast á sjónarmið og niðurstöður Samkeppniseftirlitsins um þessi atriði.

Af hálfu áfrýjanda hefur á hinn bóginn verið bent á ýmis önnur atriði sem eru talin benda til þess að aðgangshindranir séu ekki svo miklar hér sem annars staðar. Þannig nefnir hann t.d. greiðan aðgang að flugvöllum, gegnsæi íslenska markaðarins, minnkandi þýðingu ferðaskrifstofa og bókunarkerfa og mikið framboð af ódýrum flugvélum. Bent er sérstaklega á að Iceland Express ehf. hafi verið stofnað með litlum tilkostnaði á

skömmum tíma og án sérhæfðra framleiðsluþátta. Engu að síður hafi félagið náð verulegri markaðshlutdeild á mikilvægum flugleiðum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að öll þau atriði sem áfrýjandi nefnir hafi þýðingu og staðreynd er að Iceland Express ehf. er enn á markaðinum enda þótt félagið kunni að hafa skipt um eigendur og orðið að auka við eigið fé sitt. Aðgangshindranir eru metnar út frá því hvort fyrirtæki eiga auðvelt með að komast inn á viðkomandi markað og veita þeim aðila sem fyrir er ótímabundna samkeppni. Saga Iceland Express ehf. og annarra fyrirtækja sem sótt hafa á markaðinn sýnir að þetta hefur ekki alltaf verið auðvelt. Samantekið þykja athugasemdir áfrýjanda um þetta atriði ekki breyta þeirri heildarmynd sem rakin hefur verið í fyrri köflum.

8

Niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála er því sú að markaðshlutdeild áfrýjanda hafi verið veruleg þegar atvik málsins áttu sér stað. Sterk fjárhagsleg og efnahagsleg staða áfrýjanda, breiddarhagkvæmni og sætaframboð benda til sömu niðurstöðu. Þá verður og að telja að leiðakerfi félagsins og önnur þau atriði sem getið hefur verið skjóti enn frekari stöðum undir að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum og á þeim tíma sem fjallað er um í máli þessu.

Af þessu leiðir að mati áfrýjunarnefndarinnar að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum fyrir áætlunarflug milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og Keflavíkur og London hins vegar þegar ákvörðun var tekin um að bjóða til sölu Netsmelli að fjárhæð kr. 16.900 á umræddum flugleiðum og á tímanum þegar þeir voru í boði árið 2004.

9

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Í 2. mgr. 11. gr. eru talin upp dæmi um misnotkun í þessu sambandi en ljóst er þó af orðalagi

ákvæðisins að þarna er ekki um tæmandi talningu að ræða. Dæmin gefa þó engu að síður mikilvæga vísbendingu um efnisinnihald hugtaksins. Í dæmunum er vísað til annarra gildishugtaka heldur en misnotkunar svo sem ósanngjarns kaup- eða söluverðs, takmarkana sem verða neytendum til tjóns og að viðskiptaaðilum sé mismunað eða að sett séu skilyrði sem ekki tengjast efni viðkomandi samninga.

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

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

Af 11. gr. samkeppnislaga leiðir að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafa skyldum að gegna um að grípa ekki til neinna aðgerða sem raskað geta þeirri eðlilegu samkeppni sem ríkir á tilteknum markaði. Við nánari skilgreiningu á þeirri skyldu ber að líta til 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt henni skal markmiði laganna m.a. náð með því að:

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

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

Almennt verður hér talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki í slíkri stöðu beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og sem hindra hana eða vöxt hennar. Sömu hugsun má orða með þeim hætti að markaðsráðandi fyrirtæki megi ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja stöðu sína á þeim samkeppnismarkaði sem fyrir er. Álitamálunum um hvort tiltekin aðgerð sé óeðlileg eða ekki ber einkum að svara með hliðsjón af þeim skyldum sem markaðsráðandi fyrirtæki hafa á markaðinum og fyrr hafa verið rakin. Af þessu leiðir að aðrar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis á tilteknum markaði, sem ekki fara í bága við fyrrgreind markmið samkeppnislaga, eru lögmætar. Því getur markaðsráðandi fyrirtæki mætt samkeppni annarra samkeppnisaðila á skilgreindum markaði svo lengi sem ekki er farið yfir fyrrgreind mörk.

Líta ber til þess að markaðsráðandi fyrirtæki væri unnt á grundvelli styrks síns að grípa til verðlækkana eða annarra aðgerða sem miða að því að koma keppinautum út af markaðinum eða hindra að nýr keppinautur geti haslað sér völl á honum. Slíkar aðgerðir geta verið margvíslegar en almennt má segja að megintilgangur þeirra sé að draga úr hagnaði þess keppinautar sem þeim er beint gegn þannig að stuðlað er að því að hann neyðist til þess að hverfa af markaðinum er tímar líða. Þá geta samkeppnishamlandi aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis leitt til þess að nýr aðili skirrist við að hefja samkeppni á markaðinum þar sem sú samkeppni yrði of kostnaðarsöm og reksturinn því óarðbær. Frá sjónarhóli hins markaðsráðandi fyrirtækis geta slíkar aðgerðir verið rökréttar þar sem fyrirtækið getur búist við því að geta hækkað verð aftur eftir að hafa eytt eða raskað samkeppni á viðkomandi markaði. Byggt er á þeirri forsendu í samkeppnisrétti að ólögmaett sé að markaðsráðandi fyrirtæki geti í skjóli efnahagslegs styrkleika selt vöru eða þjónustu á óhæfilega lágu verði eða á annan hátt raskað eðlilegri samkeppni. Litið er til þess að þótt neytendur njóti þess til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á mjög lágu verði er talið að sú röskun á samkeppni sem óeðlileg verðlækkun af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis valdi leiði, þegar til lengri tíma er litið, til herra verðs til neytenda, minni gæða og til þess að valkostum neytenda fækki.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að hagræði viðkomandi markaðsráðandi fyrirtækis af tiltekinni verðlagningu skipti almennt máli þegar metið er hvort hún feli í sér misnotkun, sbr. Hrd. 8. nóvember 2001 í máli nr. 120/2001: Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði. Verðlagning vöru eða þjónustu fyrirtækisins getur því án alls vafa falið í sér vísbendingu um aðgerð sem kann að hindra samkeppni eða vöxt hennar með óeðlilegum hætti. Svonefnd undirverðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis er dæmi um aðgerð sem getur falið í sér misnotkun markaðsráðandi stöðu. Í því sambandi ber helst að nefna að verðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem stendur ekki undir breytilegum kostnaði getur að öðru jöfnu falið í sér slíka misnotkun. Ástæðan er sú að verðlagning af þessu tagi verður vart skýrð út frá eðlilegum rekstrarsjónarmiðum viðkomandi fyrirtækis. Er þá haft í huga að verðákvarðanir framleiðslu- og

Þjónustufyrirtækja eru að öllum jafnaði byggðar á þessum grunni. Verðákvörðun markaðsráðandi fyrirtækis sem er lægri en þetta er því að öllum jafnaði til þess fallin að raska samkeppni með ólögmatum hætti. Því má ætla að slíkar aðgerðir af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis brjóti í bága við 11., sbr. 1. gr. samkeppnislaga, nema unnt sé að sýna fram á sérstakar ástæður sem réttlæti hana. Slíkar ástæður geta t.d. verið fyrir hendi ef boðin eru fram lág fargjöld skömmu fyrir flug þegar allur breytilegur kostnaður er hvort sem er orðinn fastur. Af fyrrgreindum sjónarmiðum leiðir hins vegar að markaðsráðandi fyrirtæki getur almennt ekki beitt undirverðlagningu til að takmarka tjón vegna rangra ákvarðana ef hún á að standa í langan tíma og vera í miklu magni. Slíkt gæti auðveldlega gert út af við þau fyrirtæki sem starfa á markaðinum.

Ávallt verður þó að gera þann fyrirvara að álitaefni kann að vera um hvort tiltekinn kostnaður teljist breytilegur eða ekki auk þess sem hugtakið breytilegur kostnaður kann að eiga mismunandi vel við á ólíkum mörkuðum.

12

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

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

Í öðru lagi ber að meta hversu sértæk aðgerð er. Ef aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis beinist í miklum mæli eingöngu að þeim samkeppnisaðila sem fyrir er á markaðinum en ekki að sambærilegum mörkuðum þar sem samkeppni ríkir ekki eða í minna mæli getur það verið vísbending um misnotkun á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma markmiðum samkeppnislaga.

13

Óeðlileg verðlagning af því tagi sem nefnd er í fyrri köflum getur, sem fyrr segir, orðið til þess að heilbrigð samkeppnisfyrirtæki sem eru á markaðinum verði að draga sig í hlé vegna þess að þau hafa einfaldlega ekki fjárhagslegt bolmagn til að standast þá samkeppni til lengdar sem að steðjar með þessum hætti. Verðlagningin kynni því að stuðla að fákeppni og vera þannig andstæð markmiðum samkeppnislaga. Í þessu sambandi ber einnig að hafa í huga að markaðsráðandi fyrirtæki er oft í þeirri aðstöðu að geta boðið mun meira úrval af þjónustu en minni samkeppnisfyrirtæki og svo er í máli þessu. Staðan á markaðinum getur þá oft verið sú að samkeppnisfyrirtæki hins markaðsráðandi fyrirtækis getur í aðalatriðum aðeins mætt samkeppni með lágu verði. Jafni markaðsráðandi fyrirtæki það verð í raun eða því sem næst getur þar verið um að ræða aðgerð sem ekki fæst samrýmst markmiðum samkeppnislaga og þar með eðlilegri samkeppni.

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

Jafnframt verður að hafa í huga að sönnunarbyrðin um að fyrirtæki hafi sýnt af sér ólögmeta hegðun hvílir almennt á samkeppnisyfirvöldum nema því aðeins að viðkomandi fyrirtæki leggi ekki fram þau gögn sem þau hafa yfir að ráða eða gefi ófullnægjandi skýringar.

14

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur í málum nr. 17-18/2003 fallist á að flugmarkaðurinn sé haldinn vissum sérkennum. Þannig sé t.d. innkoma nýrra flugfélaga í samkeppnisrekstri í raun ekki svo auðveld vegna skipulags þess markaðar þrátt fyrir að lagareglur kveði nú á um opinn og frjálsan markað á því sviði. Því sé almennt meiri hættu á skaðlegum aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækja í flugrekstri heldur en í mörgum öðrum atvinnugreinum. Einnig var á það fallist að ráðandi fyrirtæki gætu átt auðvelt með að útiloka samkeppni með óeðlilegum verðlækkunum eða öðrum aðgerðum. Flugrekstur hafi auk þess þau séreinkenni að hugtakið breytilegur kostnaður verði að fá nokkuð aðra merkingu en þegar um iðnaðarframleiðslu er að ræða. Skipti þar annars vegar mestu máli að ýmiss kostnaður sem í öðrum atvinnugreinum telst vera fastur, eins og t.d. afskriftir af framleiðslutækjum, breytist eftir notkuninni í flugrekstri og hins vegar að í flugrekstri skipti sá tímapunktur sem miðað er við meginmáli þegar metið er hvort tiltekinn kostnaður teljist fastur eða breytilegur. Þetta þýði m.a. að rúmlega sex mánuðum áður en tiltekin flugáætlun er ákveðin séu margir kostnaðarliðir breytilegir en það breytist hins vegar eftir því sem nær dregur flugferð og skömmu áður en flugvél fer á loft sé nánast allur kostnaður orðinn fastur. Í þessu sambandi hefur það einnig þýðingu að flugvélar verða auðveldlega færðar á milli markaðssvæða. Því geti sú staða komið upp að markaðsráðandi flugfélag geti eftir atvikum með auðveldum og kostnaðarlitlum hætti aukið við flugsæti á tiltekinni flugleið til að mæta samkeppni.

Áfrýjunarnefndin telur að það hafi þýðingu fyrir úrslit í máli þessu að sundurgreina tekjur og kostnað til að komast að niðurstöðu um það hvort hin umdeilda verðákvörðun áfrýjanda geti falið í sér vísbendingar um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Verður þá að miða við þær tekjur og þann kostnað sem talinn er tilheyra tilteknu áætlunarflugi þegar ákvörðun er tekin um það og þar til það hefst. Er hér fyrst og fremst um að ræða allan beinan kostnað af viðkomandi áætlunarflugi auk sanngjarns kostnaðar við rekstur söluskrifstofa og annars slíkan kostnað sem áætla má á viðkomandi flugleið. Kostnað sem þannig er reiknaður má nefna staðfærðan kostnað. Hafa þessi sjónarmið vissa stoð í norrænni og evrópskri dómaframkvæmd og löggjöf.

Á hinn bóginn liggur ljóst fyrir að flokkun kostnaðarliða, þ. á m. í fastan og breytilegan kostnað og hvaða kostnaður tilheyrir tilteknu flugi, að teknu tilliti til þess tíma sem einstakir kostnaðarliðir falla á, getur aldrei orðið nákvæmur mælikvarði. Óvissa getur einnig skapast af því hvernig stendur á með flutningsgetu hins markaðsráðandi fyrirtækis. Við þetta bætist að verðstefna flugfélags gæti byggst að hluta til á því að ávallt væru til óseld sæti sem losna mætti við með því að lækka fargjald stuttu fyrir brottfarartíma eða að sæti stæðu ávallt til boða á lágu verði.

Enda þótt áfrýjunarnefnd samkeppnismála telji að taka beri nokkurt tillit til verðgildis vildarpunkta í tilvikum sem þessum leikur mikill vafi á um hið raunverulega verðgildi þeirra. Meðal annars má ætla að vildarpunktar séu aukaatriði í hugum margra farþega t.d. með hliðsjón af þeirri óvissu sem ríkir um hvort og hvenær þeim verður komið í not. Engu að síður telur áfrýjunarnefndin eins og í fyrri málum að rétt sé að reikna með nokkru verðgildi vildarpunktanna en þá einkum út frá kostnaðarþætti þeirra. Í máli þessu er þó ekki ágreiningur um kostnaðarþátt hvers vildarpunkts og telur áfrýjunarnefndin að honum sé í hof stillt.

Áfrýjunarnefndin ítrekar að áfrýjandi hefur einnig að öðru leyti samkeppnislegt forskot varðandi framboðna þjónustu. Þó má líta svo á að það forskot jafnist að einhverju leyti

með hliðsjón af því hagræði sem fylgir möguleikum til breytinga á flugfarseðlum Iceland Express ehf.

16

Niðurstaðan úr köflum 11-15 er sú að í flugrekstri má finna vísbendingar um misnotkun á markaðsráðandi stöðu á grundvelli verðlagningar fyrir einstaka farmiða á tilteknum flugleiðum og að teknu tilliti til svonefnds staðfærðs kostnaðar. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur þó svo á að þessar vísbendingar megi veikja ef haldgóðar skýringar eru gefnar á verðstefnu fyrirtækis eða ef sýnt er fram á veikleika í tekju- eða kostnaðargreiningum.

17

Við mat á markaðshegðun áfrýjanda í máli þessu skiptir máli hvort miða eigi við meðalverð flugfargjalda á flugleið á tilteknu tímabili eða aðeins þau lágu fargjöld sem eru sérstaklega til skoðunar. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að við mat á þessu skipti máli magn þeirra lágfargjalda sem í boði eru, sá tími sem þau standa til boða, að hverjum tilboðin beinast og loks hvenær og við hvaða aðstæður þau eru fram sett.

Ástæðan er sú að sé um mikið magn lágfargjalda að ræða sem standa til boða í langan tíma aukast líkur verulega á því að sú samkeppni sé hindruð sem er á markaðinum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur í samræmi við úrlausnina í hinni kærðu ákvörðun engan vafa leika á því að framboð áfrýjanda á fargjöldum að fjárhæð kr. 16.900 til Kaupmannahafnar og London á árinu 2004 fullnægi þeim skilyrðum að vera töluvert magn í langan tíma.

18

Eins og fram er komið telur áfrýjunarnefndin með þeim rökum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun að hafa megi hliðsjón af svonefndum staðfærðum kostnaði við mat á því

hvaða verðlagning fargjalda geti talist eðlileg. Samkeppniseftirlitið telur að í þessu máli megi í fyrsta lagi greina kostnað með hliðsjón af fyrrgreindum Netsmellum að fjárhæð kr. 16.900, í öðru lagi með tilliti til annarra almennra fargjalda á almennu farrými og loks í þriðja lagi með hliðsjón af viðskiptafargjöldum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála getur fallist á að slík kostnaðargreining geti komið að notum við ákvörðun þess hvort um skaðlega undirverðlagningu hafi verið að ræða umrætt sinn og þá einkum sú aðferð sem notuð var í kostnaðargreiningu á Netsmellunum að fjárhæð kr. 16.900. Forsendum þessarar kostnaðargreiningar er nánar lýst í hinni kærðu ákvörðun.

Varðandi verð á ódýrasta Netsmellinum, kr. 16.900, til og frá Kaupmannahöfn árið 2004 í samanburði við staðfærðan kostnað á farþega árið 2003 og þegar búið var að bæta við verðgildi vildarpunkta var niðurstaða Samkeppniseftirlitsins sú að umdeild fargjöld væru langt undir meðaltali staðfærðs kostnaðar. Niðurstaðan var svipuð á flugleiðinni til og frá London miðað við sömu forsendur. Niðurstaðan var sú sama þegar bornar voru saman meðaltekjur af hverjum seldum Netsmelli í öllum verðflokkum til Kaupmannahafnar og London árin 2003 og 2004 annars vegar og meðaltal staðfærðs kostnaðar af hverjum farþega árið 2003 á sömu leiðum þótt munurinn væri ekki eins mikill. Tekjur vegna hvernar flugferðar hafa hins vegar staðið undir staðfærðum kostnaði á báðum farrýmum (almennu farrými og viðskiptafarrými) á hvorri flugleið árin 2003 og 2004.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst í aðalatriðum á þessa útreikninga og forsendur þeirra. Þar á meðal þykja nokkur rök til þess að miða kostnaðarútreikninga við seld sæti. Áfrýjunarnefndin telur þó í samræmi við fyrri úrskurð í málum 17-18/2003 að út frá varfærnisjónarmiðum beri í þessu máli að miða kostnaðarútreikninga fremur við framboðin sæti. Þetta hefur þær afleiðingar að staðfærður kostnaður lækkar verulega þar sem hann skal miðast samkvæmt framanrituðu við framboðin sæti, þar með talin auð sæti, en ekki seld fargjöld. Með hliðsjón af því að áfrýjunarnefndin leggur til grundvallar kostnað við framboðin sæti og að öðru leyti til samræmis við fyrri úrskurð nefndarinnar

þykja hins vegar ekki komin fram næg rök fyrir því að skipta kostnaði, öðrum en farþegatengdum kostnaði, ólíkt með hliðsjón af sætisrymum á umræddum flugleiðum.

Samkvæmt framanrituðu lítur áfrýjunarnefndin svo á að miða beri við kostnaðartölur í framlögðum útreikningum áfrýjanda sjálfs sem afhentir voru á fundi áfrýjanda og Samkeppnisstofnunar þann 26. maí 2004, sbr. skjal nr. 20 í gagnalista Samkeppniseftirlitsins. Samkvæmt útreikningum þessum var nettókostnaður, þ.e. allur kostnaður (að meðtöldum reiknuðum kostnaði vegna bundins fjármagns í rekstrinum) að frádregnum öllum tekjum öðrum en farþegatengdum tekjum sem hér segir: Til Kaupmannahafnar: kr. [...] ¹⁰ á sæti í ferð án farþegatengds kostnaðar og framboðin sæti 349.268 miðað við 876 ferðir. Til London: kr. [...] ¹¹ án farþegatengds kostnaðar á sæti í ferð og framboðin sæti 255.147 miðað við 631 ferð. Frá þessum tölum ber að draga almennan stjórnunarkostnað ásamt því að bæta verður við nettó breytilegum farþegatengdum kostnaði samkvæmt þeim upplýsingum sem áfrýjandi hefur sjálfur gefið upp á skjali nr. 5c á gagnalista Samkeppniseftirlitsins. Eins og áður greinir er síðan tekið tillit til kostnaðar vegna vildarpunkta.

Samkvæmt þessum upplýsingum er greinilegur munur á staðfærðum kostnaði annars vegar og tekjum af umræddum Netsmellum hins vegar sem nema kr. [...] ¹² fyrir flugleiðina til Kaupmannahafnar og kr. [...] ¹³ fyrir flugleiðina til London.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að við mat á því hvort fargjöld áfrýjanda að fjárhæð kr. 16.900 á árinu 2004 hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu andstæða 11. gr. samkeppnislaga beri að hafa í huga eftirfarandi atriði:

¹⁰ Trúnaðarmál.

¹¹ Trúnaðarmál.

¹² Trúnaðarmál.

¹³ Trúnaðarmál.

- að áfrýjandi er í augljósri markaðsráðandi stöðu og ber því ríkar skyldur á umræddum markaði,
- að fargjöldin stóðu ekki undir staðfærðum kostnaði,
- að fargjöldin voru boðin í langan tíma og í talsverðu magni,
- umrædd fargjöld giltu að mestu leyti á leiðinni til Kaupmannahafnar og London og var aðgerðin því sértæk að því leyti,
- lággjaldaverð Iceland Express ehf. var langt til jafnað á umræddum flugleiðum.

Samkvæmt þessu má fallast á það með Samkeppniseftirlitinu að í ódýrustu Netsmellunum að upphæð kr. 16.900 með flugvallasköttum hafi falist ólögmæt undirverðlagning sem hafi verið til þess fallin að draga úr eða eyða samkeppni frá Iceland Express ehf. Sú skýring áfrýjanda að aðgerðinni hafi verið ætlað að draga úr tapi vegna óhagstæðrar bókunarstöðu nægir ekki til að réttlæta hana eins og hér stendur á.

Kynning og sala umræddra fargjalda voru því í ósamræmi við þá ríku skyldu sem hvíldi á áfrýjanda að raska ekki samkeppni. Skylda er sérstaklega rík þegar nýr keppinautur reynir að hasla sér völl til frambúðar á markaði þar sem fyrir er fyrirtæki sem til skamms tíma hefur notið einokunarstöðu á hinum skilgreinda markaði og styrkrar stöðu á nátengdum mörkuðum.

Þess er áður getið að áfrýjunarnefndin hefur að talverðu leyti vikið frá viðmiðunargrundvelli Samkeppniseftirlitsins og byggt úrskurð sinn á fyrri úrskurði nefndarinnar í málum nr. 17-18/2003. Áfrýjunarnefndin leysir sjálfstætt úr málum og getur því bætt úr ýmsum annmörkum, sem kunna að verða á meðferð þeirra á lægra stjórnsýslustigi. Þegar af þessari ástæðu er ekki grundvöllur til að taka til meðferðar meint brot Samkeppniseftirlitsins á meginreglum stjórnsýsluréttar og hugsanlegum réttmætum væntingum áfrýjanda.

Samkvæmt 3. mgr. 5. gr. samkeppnislaga skal bera meiri háttar efnislegar ákvarðanir undir stjórn Samkeppniseftirlitsins til samþykktar eða synjunar, sbr. einnig 3. gr. starfsreglna stjórnar samkeppniseftirlitsins nr. 759/2005 og var svo gert í þessu máli. Hafa ekki verið færð rök fyrir því að sú málsmeðferð, sem viðhöfð var, sé haldin annmörkum.

Með þeim röksemdum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun verður heldur ekki fallist á að sá meðferðartími sem mál þetta hlaut hjá samkeppnisyfirvöldum geti haft áhrif á gildi ákvörðunarinnar.

21

Ákvæði 37. gr. samkeppnislaga, er brot áfrýjanda var framið árið 2004, var svohljóðandi um viðurlög:

Samkeppniseftirlitið leggur stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn 53. og 54. gr. EES-samningsins eða 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. Sektirnar renna til ríkissjóðs.

Sektir geta numið frá 50 þús. kr. til 40 millj. kr. eða meira, en sektin skal þó ekki vera hærri en sem nemur 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun fjárhæðar sektar getur Samkeppniseftirlitið m.a. haft hliðsjón af samstarfsvilja hins brotlega fyrirtækis.

Tilgangur ákvæðis 1. mgr. 37. gr. er sá að skapa varnaðaráhrif og stuðla þannig að því að ákvæðum samkeppnislaga sé fylgt. Meginreglan er að stjórnvaldsektir skuli lagðar á ef brot á bannreglum laganna eiga sér stað.

Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga kemur fram að sektir geti numið frá 50 þús. kr. til 40 millj. króna eða meira en sektir skulu þó ekki vera hærri en sem nemur 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Í þessu ákvæði felst að annars vegar er unnt að leggja á sektir allt að 40 millj. króna án tillits til veltu viðkomandi aðila. Ef sekt er hins vegar hærri en 40 millj. króna gildir veltuhámarkið og má þá sekt ekki vera hærri en 10% af heildarveltu síðasta almanaksárs áður en ákvörðun er tekin í málinu. Við ákvörðun sekta ber skv. 1. mgr. 37. gr. laganna að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Grunnfjárhæðin getur síðan tekið breytingum eftir því hvort aðrir þættir málsins skuli hafa íþyngjandi eða ívilnandi áhrif. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Einnig má t.d. líta til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum. Ef sýnt er fram á að ólögmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta.

Í því máli sem hér um ræðir hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að bjóða fargjöld að upphæð kr. 16.900 með flugvallasköttum til og frá Kaupmannahöfn og London. Í þessu fólst skaðleg undirverðlagning og að háttsemin hafi verið til þess fallin að viðhalda og styrkja með óeðlilegum hætti stöðu áfrýjandi á markaðnum fyrir áætlunarflug til umræddra áfangastaða.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að í höfuðatriðum megi fallast á þau sjónarmið Samkeppniseftirlitsins sem fram koma í kafla 7 í hinni kærðu ákvörðun sem liggja til

grundvallar álagningu stjórnsluviðurlaga. Hér skiptir og máli að eftir úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 17-18/2003 mátti áfrýjandi gera sér grein fyrir því hvaða kröfur voru gerðar til verðlagningar fyrirtækisins svo að samrýma mætti ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga.

Á hinn bóginn og eins og áður er rakið fór áfrýjandi í umræddri verðlagningu sinni engan veginn svo langt frá staðfærðum kostnaði sem gert er ráð fyrir í hinni kærðu ákvörðun. Dregur þetta óneitanlega úr alvarleika brotsins miðað við þau sjónarmið sem lögð eru til grundvallar í hinni áfrýjuðu ákvörðun. Engu að síður er ljóst að mati áfrýjunarnefndarinnar að hér er um alvarlegt og ítrekað brot að ræða.

Eftir öllum atvikum þykir hæfilegt að leggja kr. 130.000.000 sekt á áfrýjanda vegna brots þess gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Meðferð máls þessa lítið eitt hefur dregist sökum umfangs þess og dvalar nefndarmanna erlendis.

Úrskurðarorð:

Staðfest er ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr 11/2007, frá 30. mars 2007, þess efnis að með kynningu og sölu á flugfargjöldum, svokölluðum Netsmellum að upphæð kr. 16.900, sem stóðu viðskiptavinum áfrýjanda, Icelandair ehf., til boða á árinu 2004 á flugleiðinni milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar annars vegar og á flugleiðinni milli Keflavíkur og London hins vegar hafi áfrýjandi brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Áfrýjandi greiði stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 130.000.000 (eitt hundrað og þrjátíu milljónir króna). Sektin greiðist í ríkissjóð eigi síðar en þremur mánuðum eftir dagsetningu þessara úrskurðar.

Reykjavík, 22. júní 2007

Stefán Már Stefánsson

Erla S. Árnadóttir

Brynhildur Benediktsdóttir