

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 25. febrúar 2011 í máli nr. E-8622/2007:

Icelandair ehf.

(Helga Melkorka Óttarsdóttir hdl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

(Gizur Bergsteinsson hdl.)

Mál þetta var endurupptekið 9. febrúar 2011 og fór þá fram munnlegur málflutningur í málinu. Málið var tekið til dóms á ný sama dag.

Stefnandi er Icelandair ehf., Reykjavíkflugvelli, Reykjavík.

Stefndi er Samkeppniseftirlitið, Borgartúni 26, Reykjavík.

Stefnandi krefst þess aðallega að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 22. júní 2007 í máli nr. 4/2007, Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu, svo og ákvörðun stefnda, nr. 11/2007, dags. 30. mars 2007.

Til vara er þess krafist að ákvæði áðurnefnds úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2007 um að stefnandi skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 130.000.000 króna verði fellt úr gildi að öllu leyti eða sektarfjárhæðin lækkuð verulega, svo og ákvæði ákvörðunar stefnda í ákvörðun nr. 11/2007 um sektir.

Í báðum tilvikum er þess krafist að stefndi greiði stefnanda málskostnað að skaðlausu.

Stefndi krefst sýknu af kröfum stefnanda og þess að stefnanda verði gert að greiða sér málskostnað að mati dómsins auk virðisaukaskatts á málflutningsþóknun.

I

Málavextir

Með bréfi, 16. febrúar 2004, kvartaði Iceland Express ehf. til Samkeppnisstofnunar með vísan til 11. gr. samkeppnislaga yfir verðlagningu á Netsmellum stefnanda frá

Keflavík til Kaupmannahafnar annars vegar og London hins vegar. Í erindinu kom fram að stefnandi, sem væri keppinautur Iceland Express ehf., hefði fáeinum dögum áður lækkað verð á svokölluðum Netsmellum í 16.900 krónur, en af auglýsingum stefnanda yrði ekki séð að um væri að ræða tímabundið tilboð eða að um takmarkað framboð sæta væri að ræða. Í erindinu vísaði Iceland Express ehf. til þess að Samkeppnisráð í máli nr. 22/2003 og áfrýjunarnefnd samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn Samkeppnisráði hefðu skömmu áður komist að þeirri niðurstöðu að stefnandi væri í markaðsráðandi stöðu á þessum sömu flugmörkuðum. Jafnframt hefði verið talið að stefnandi hefði með sölu á svokölluðum Vorsmellum að fjárhæð 14.900 kr., á þessum sömu leiðum, brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með skaðlegri undirverðlagningu. Áfrýjunarnefndin felldi hins vegar úr gildi ákvörðun samkeppnisráðs er varðaði verðlagningu Netsmella og viðskiptafargjalda.

Erindi Iceland Express frá 16. febrúar 2004 var sent stefnanda til umsagnar. Við gildistöku nýrra samkeppnislaga nr. 44/2005, 1. júlí 2005, tók stefndi við meðferð málsins úr höndum Samkeppnisstofnunar.

Með bréfi 2. maí 2006, var stefnanda sent andmælaskjal stefnda, ásamt lista yfir gögn málsins. Í andmælaskjalinu færði stefndi rök fyrir því að stefnandi væri enn með markaðsráðandi stöðu á umræddum flugmörkuðum, að verðlagning stefnanda á Netsmellum að upphæð 16.900 krónur hefði falið í sér skaðlega undirverðlagningu og þar með brot á 11. gr. samkeppnislaga. Stefnandi sendi athugasemdir sínar til stefnda með bréfi 7. júlí 2006. Í kjölfar enn frekari bréfaskrifta milli stefnanda og stefnda sendi stefndi stefnanda lista yfir gögn málsins með bréfi 14. mars 2007. Ákvörðun stefnda var svo birt stefnanda 30. mars 2007. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að: *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.*

Var stefnanda jafnframt gert að greiða sekt að fjárhæð 190.000.000 króna.

Kærði stefnandi þessa ákvörðun 26. apríl 2007 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og krafðist þess að hún yrði felld úr gildi. Með úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 4/2007 frá 22. júní 2007 var niðurstaða stefnda að miklu leyti staðfest en á öðrum forsendum. Þá var sekt lækkuð um 60 milljónir. Í forsendum úrskurðarins kemur fram að í ódýrustu Netsmellunum að fjárhæð 16.900 krónur hafi falist ólöglegt undirverðlagning sem hafi verið til þess fallin að draga úr eða eyða samkeppni frá Iceland Express ehf. Hafi stefnandi því misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að bjóða umrædd fargjöld til og frá Kaupmannahöfn og London. Í þessu hafi falist skaðleg undirverðlagning og hafi háttsemin verið til þess fallin að viðhalda og styrkja með óeðlilegum hætti stöðu stefnanda á markaðnum fyrir áætlunarflug til umræddra áfangastaða.

Stefnandi fór fram á að dómkvaddur yrði matsmaður til þess að skoða og meta:

1. Netsmellakostnað stefnanda árin 2003 og 2004 í samræmi við aðferðafræði samkeppnisráðs í ákvörðun nr. 22/2003 og áfrýjunarnefndar samkeppnismála í úrskurði í málum nr. 17-18/2003, sbr. útreikninga sem stefnandi lagði fram þann

27. febrúar 2003, sem og ákvörðun Samkeppniseftirlits nr. 11/2007, sbr. útreikninga sem stefnandi lagði fram 5. mars 2004 og greinargerð sem stefnandi lagði fram á fundi með stefnda þann 26. maí 2004.

2. Hvort útreikningar á Netsmellakostnaði sem stefnandi lagði fram þann 5. mars 2004 séu í samræmi við útreikninga á þeim kostnaði sem hann lagði fram þann 27. febrúar 2003.

3. Hvort kostnaður á bls. 31 í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 endurspeglar Netsmellakostnað samkvæmt matslið 1.

4. Hvort kostnaður í töflum C og D í greinargerð stefnda endurspeglar Netsmellakostnað samkvæmt matslið 1.

5. Hvort almennur stjórnunarkostnaður í töflu D í greinargerð stefnda sé reiknaður réttilega.

6. Hvort tekjur vegna söluskrifstofa og umboðslauna séu dregnar frá heildarkostnaði samkvæmt yfirliti yfir nettó kostnað einstakra leiða sem stefnandi lagði fram á fundi með stefnda þann 26. maí 2004.

7. Hvort kostnaður vegna aukins rýmis sem sæti á viðskiptafarrými taka í flugvélum stefnanda var dreginn frá í upplýsingum um Netsmellakostnað sem stefnandi lagði fram þann 5. mars 2004.

8. Netsmellakostnað stefnanda árin 2003 og 2004 að frádregnum kostnaði vegna aukins rýmis sem sæti á viðskiptafarrými taka í flugvélum stefnanda, sbr. útreikninga í töflum 1, 2, 3 og 4 í stefnu. Þá var þess óskað að matsmaður staðfesti áreiðanleika þeirra útreikninga.

9. Hve stórt hlutfall staðfærður kostnaður er af heildarkostnaði í rekstri stefnanda miðað við Netsmellakostnað.

Jóhann Unnsteinsson, löggiltur endurskoðandi var dómkvaddur til starfans 22. maí 2008 og skilaði matsgerð sem dagsett er 25. mars 2009. Hann staðfesti og matsgerð sína fyrir dómi.

Samkvæmt niðurstöðu matsmanns varðandi 1. matsspurningu var ekki um sambærilega útreikninga að ræða í ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 22/2003 og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 annars vegar og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007 hins vegar. Óverulegur munur væri hins vegar á þeim heildarkostnaði sem stefndi og stefnandi styddust við í útreikningum sínum.

Niðurstaða matsmanns varðandi 2. matsspurningu var sú að útreikningar væru sambærilegir í grundvallaratriðum. Samanburður á öðrum kostnaðarliðum gæfi ekki annað til kynna en að um sambærilega útreikninga væri að ræða.

Varðandi 3. matsspurningu var niðurstaða matsmanns að kostnaður á bls. 31 í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála endurspeglaði ekki Netsmellakostnað samkvæmt matslið 1.

Niðurstaða matsmanns varðandi 4. matsspurningu var að vegna þess að heildarkostnaður á hvert sæti endurspeglaði ekki Netsmellakostnað, endurspeglaði tafla D ekki Netsmellakostnað samkvæmt matslið 1.

Þá var niðurstaða matsmanns samkvæmt 5. matsspurningu að almennur stjórnunarkostnaður væri ekki réttilega reiknaður væri horft til annarra liða í töflu D.

Niðurstaða matsmanns varðandi 6. matsspurningu var að farþegatengdar tekjur væru ekki sundurliðaðar í útreikningum frá 5. mars 2004, þannig að matsmaður taldi sig ekki geta fullyrt hvort tekjur vegna söluskrifstofu og umboðslaun væru dregin frá heildarkostnaði í útreikningum á nettó kostnaði einstakra leiða sem stefnandi hafi lagt fram á fundi með stefnda 26. maí 2004.

Niðurstaða matsmanns varðandi matslið 7 var sú að ekki væri tekið tillit til kostnaðar vegna aukins rýmis í viðskiptafarrými í Netsmellaútreikningum.

Varðandi 8. matsspurningu var niðurstaðan sú að staðfærður kostnaður (án farþegatengds kostnaðar) að teknu tilliti til kostnaðar vegna aukins rýmis í viðskiptafarrými væri um [.....] krónur á flugleiðinni Keflavík-Kaupmannahöfn og [.....] krónur á flugleiðinni Keflavík-London.

Varðandi 9. matsspurningu var niðurstaða matsmanns að staðfærður kostnaður á árinu 2003, sem hlutfall af heildarkostnaði á flugleiðinni Keflavík-Kaupmannahöfn væri [.....] samkvæmt upplýsingum úr töflu 10 á bls. 63 í ákvörðun stefnda nr. 11/2007. Sama hlutfall fyrir flugleiðina Keflavík-London árið 2003 sé einnig [.....].

Ágreiningur málsins snýst um hvort úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé haldinn þeim annmörkum að fella beri hann úr gildi, en m.a. er á því byggt af hálfu stefnanda að úrskurðurinn sé efnislega rangur, auk þess sem því er haldið fram af hálfu stefnanda að meginreglur stjórnáráðs hafi verið brotnar við meðferð málsins hjá stefnda og áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Mál þetta var fyrst tekið til dóms að lokinni aðalmeðferð málsins 2. nóvember 2009. Í tölvubréfi til dómsformanns 23. nóvember 2009 frá lögmanni stefnda komu fram efasemdir um hæfi annars meðdómsmanns til setu í dóminum. Málið var því endurupptekið í þinghaldi 2. desember 2009 og aftur var málið tekið fyrir 7. desember 2009, en þá var gerð krafa um að meðdómsmaður viki sæti, sem andmælt var af hálfu lögmanns stefnanda. Kveðinn var upp úrskurður 10. desember 2009, þar sem kröfu stefnda var hafnað. Málið var þessu næst tekið fyrir 20. janúar 2010 og málið tekið til dóms á ný og boðað til dómsálagningar 2. febrúar 2010, en þann dag var dómur kveðinn upp. Málinu var áfrýjað til Hæstaréttar Íslands, sem ómerkti dóm héraðsdóms með dómi sínum 3. febrúar 2011 og vísaði málinu heim til munnlegs málflutnings og dómsálagningar á ný.

II

Málsástæður og lagarök stefnanda

Stefnandi hefur fallið frá þeirri málsástæðu sinni að um valdþurrð stefnda hafi verið að ræða.

Stefnandi kveður í fyrsta lagi að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið byggður á öðrum sjónarmiðum og upplýsingum en greinir í ákvörðun stefnda.

Stefnandi kveður að jafnvel þótt fallist sé á að áfrýjunarnefndin geti bætt úr ýmsum minniháttar annmörkum á málsmeðferð stefnda, telji hann nefndina hafa farið langt út fyrir þá heimild í úrskurði sínum. Þá bæti nefndin ekki einungs úr mjög alvarlegum ágöllum á málsmeðferð stefnda, heldur víki hún einnig í grundvallaratriðum frá efnislegum rökstuðningi stefnda fyrir meintri ólögmætri verðlagningu stefnanda. Þannig fallist hún hvorki á markaðsskilgreiningu stefnda né að skipta eigi kostnaði niður á farþega sem bæði eru hornsteinar málatilbúnaðar hans. Í ákvörðun stefnda hafi viðskiptafarrými og almennt farrými þannig verið talin vera sitt hvor markaðurinn. Þessu hafi áfrýjunarnefnd hafnað. Þá hafi stefndi byggt á því að tengifarþegar tilheyrðu viðkomandi mörkuðum en því hafi nefndin einnig hafnað. Þetta kollvarpi öllum málatilbúnaði stefnda um meinta skaðlega undirverðlagningu sem á eftir komi. Þá hafi nefndin lagt allt önnur viðmið og útreikninga til grundvallar heldur en stefndi hafði gert um mat á skaðlegri undirverðlagningu. Að hluta til skýrist það af höfnum þess á markaðsskilgreiningu stefnda en einnig af því að nefndin leitist við að fylgja fyrri framkvæmd og skipti kostnaði niður á sæti en ekki farþega.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála teljist til sjálfstæðra úrskurðarnefnda á stjórnarsýslustigi sem meðal annars er falið að lögum vald til að úrskurða um gildi ákvarðana Samkeppniseftirlitsins um töku stjórnvaldssekta. Taki það vald til mats á því hvort fylgt hafi verið skráðum og óskráðum reglum um málsmeðferð í samkeppnismálum, hvort efnisreglum samkeppnislaga hafi verið rétt beitt og þá hvort við ákvörðunartökuna hafi verið fylgt þeim almennu efnisreglum stjórnarsýsluréttar, s.s. um jafnræði, meðalhóf og eftir atvikum um réttmætar væntingar málsaðila, sem gildi í þessum málaflokki sem öðrum.

Viðbrögð áfrýjunarnefndar samkeppnismála á kærustigi geti verið þau (1) að vísa kæru frá vegna skorts á formskilyrðum fyrir kæru, (2) að ógilda ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins vegna verulegra form- eða efnisannmarka, sem þá gæti eftir atvikum leitt til nýrrar málsmeðferðar af hálfu eftirlitsins, eða (3) loks að staðfesta ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins að hluta eða að öllu leyti. Þar sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála er að lögum sjálfstæð úrskurðarnefnd, en ekki æðra stjórnvald í hefðbundinni merkingu stjórnarsýsluréttar sem hafi almennar yfirstjórnunar- og eftirlitsheimildir með lægra settum stjórnvöldum, skorti hins vegar á að nefndin hafi sjálfstæðar valdheimildir til að byggja ákvörðun á kærustigi á öðrum efnislegum forsendum en þeim sem lágu til grundvallar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Þótt ekki sé loku fyrir það skotið að áfrýjunarnefndin hafi í samræmi við almennar reglur stjórnarsýsluréttar heimildir í ákveðnum tilvikum til að

lagfæra tiltekna annmarka á reglum um málsmeðferð, sé ljóst að slík heimild geti ekki tekið til verulegra annmarka á efnislegum grundvelli ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

Af þessu leiði að telji áfrýjunarnefndin að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um stjórnvaldssektir sé haldin efnisannmörkum, að hún sé byggð á röngum eða ófullnægjandi forsendum eða að fyrir liggi að málsmeðferð eftirlitsins sé haldin verulegum ágöllum, sé nefndinni að lögum aðeins fært að ógilda ákvörðunina eða að staðfesta hluta hennar, enda verði skilið á milli einstakra efnisþátta ákvörðunar að þessu leyti.

Fari áfrýjunarnefndin hins vegar þá leið, sem valin var í máli stefnanda, að telja að hún geti „[leyst] sjálfstætt úr málum og [geti] því bætt úr annmörkum“ á borð við brot á meginreglum stjórnsluréttar og réttmætum væntingum stefnanda, þá sé nefndin í reynd að taka efnislega ákvörðun á fyrsta stjórnslustigi, sem stefnandi kveður vera í andstöðu við lögbundið hlutverk hennar sem sjálfstæðrar úrskurðarnefndar á kærustigi. Með ákvörðun sinni í máli þessu hafi áfrýjunarnefndin þar með í reynd komið í veg fyrir að stefnandi geti nýtt lögmæltan rétt sinn til þess að fá gildi ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins um stjórnvaldssektir á hendur stefnanda endurskoðaða á kærustigi. Úrskurður áfrýjunarnefndarinnar í málinu sé þannig byggður á röngum efnislegum forsendum auk þess sem val hennar á viðbrögðum í ofangreindri merkingu fari í bága við ákvæði 1. mgr. 9. gr. og 5. mgr. 37. gr. samkeppnislaga um hlutverk og verkefni nefndarinnar, eins og þau beri að túlka í ljósi almennra reglna stjórnsluréttar um valdheimildir sjálfstæðra úrskurðarnefnda.

Stefnandi kveðst ekki skilja frávik áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá fyrri framkvæmd, samkvæmt úrskurði í máli nr. 5/2006. Í máli því sem hér sé til úrlausnar taki nefndin í raun efnislega nýja ákvörðun í stað þess að staðfesta eða fella úr gildi þá ákvörðun stefnda sem var kærð til hennar. Stefnandi getur ekki fallist á að nefndin endursemji rangar ákvarðanir. Það fari gegn tilgangi sjálfstæðra kærunefnda. Það liggi fyrir að frávikin hafi verið veruleg og um grundvallaratriði málsins. Nefndin hafi því farið út fyrir lagaheimildir sínar og úrskurður hennar sé því ógildur.

Í öðru lagi byggir stefnandi kröfu sína á því að málsmeðferð stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála fullnægi ekki kröfum sem grundvallarreglur stjórnsluréttar geri til meðferðar stjórnslumáls.

Stefnandi bendir á, að þegar úrskurður áfrýjunarnefndar í málum nr. 17-18/2003 hafi legið fyrir haustið 2003 hafi verið dregin sú ályktun af honum, að fargjöld að upphæð kr. 16.900 væru í samræmi við forsendur áfrýjunarnefndar í því máli. Hafi eftirfarandi atriði skipt þar meginmáli:

- Þær fimm flugleiðir þar sem nauðsynlegt var að bjóða lægri fargjöld myndu skila stefnanda meiri hagnaði en ella.
- Rekstraráætlanir gerðu ráð fyrir lækkun kostnaðar sem gekk eftir.

- Fargjöldin voru almenn og verð vel yfir lægstu almennu fargjöldum Iceland Express (a.m.k. 10-15%), auk þess sem þau voru háð strangari fargjaldaskilmálum.
- Fargjöldin voru í skynsamlegum tengslum við staðfærðan kostnað á hvert sæti.

Niðurstaðan hafi orðið sú að fargjöldin í heild, þ.á m. á kr. 16.900, væru á eðlilegu verði að teknu tilliti til þessara sjónarmiða sem og annarra í úrskurðinum og væru þau því lögmæt.

Í málinu liggi fyrir að stefndi hafi vikið verulega frá þeim úrskurði í ákvörðun sinni sem og að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ekki talið sér unnt að fallast á þau frávik. Nefndin segist jafnframt fylgja fyrri framkvæmd en stefnandi fái ekki séð að það eigi við. Í fyrsta svari stefnanda til Samkeppnisstofnunar vegna þessa máls, þann 5. mars 2004, hafi staðfærður kostnaður verið reiknaður út nákvæmlega „*eins og á sambærilegum upplýsingum sem Icelandair sendi Samkeppnisstofnun á sl. ári í tengslum við þáverandi athugun stofnunarinnar á fargjöldum félagsins*“ í samræmi við beiðni Samkeppnisstofnunar. Því hafi aldrei verið borið við í málinu að þeir útreikningar séu rangir, hvorki af Samkeppnisstofnun, stefnda né áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Virðist raunar sem þessir útreikningar hafi farið fram hjá nefndinni að einhverju leyti þar sem hún minnst ekki á þá staðreynd að niðurstöður útreikninga hennar um Netsmellakostnað séu í andstöðu við þá þrátt fyrir að um sömu aðferðarfræði eigi að vera að ræða. Stefnandi hafi ekki fengið aðgang að þeim útreikningum sem liggi þeirri niðurstöðu nefndarinnar til grundvallar. Af takmarkaðri umfjöllun um þá á bls. 31 í úrskurðinum megi þó ráða að nefndin styðjist við rangar kostnaðartölur til að reikna út Netsmellakostnað. Nefndin noti þannig ekki fyrrnefndar tölur frá 5. mars 2004 heldur tölur sem hafi verið afhentar þann 26. maí 2004 og sýni nettókostnað allra fargjalda. Þeir útreikningar séu ekki kostnaðargreining vegna Netsmella heldur heildarkostnaður hverrar flugferðar fram og til baka. Í þeim hafi til að mynda ekki verið tekið tillit til alls þess kostnaðarhagræðis sem felist í sölu Netsmella, þ.e. ekki hafi verið dreginn frá kostnaður vegna umboðslauna, söluskrifstofa o.fl. Óumdeilt er að draga beri þennan kostnað frá.

Engin umfjöllun sé í úrskurði nefndarinnar um að hún telji ástæðu til að víkja frá fyrri framkvæmd hvað þetta varði. Raunar sé beinlínis vísað til þess á blaðsíðu 30 að einkum sú aðferð í ákvörðun stefnda sem notuð hafi verið í kostnaðargreiningu á Netsmellum komi að notum. Vísi nefndin til ákvörðunar stefnda um forsendur þeirrar kostnaðargreiningar en þar hafi umræddur kostnaður verið dreginn frá. Verði því að telja nærtækustu skýringuna að nefndinni hafi hreinlega láðst að draga frá kostnað sem hingað til hafi verið óumdeilt að tilheyri ekki Netsmellum, því eini kostnaðurinn sem nefndin tilgreini að hún hafi dregið frá sé almennur stjórnunarkostnaður samkvæmt þeim tölum sem afhentar hafi verið 5. mars 2004. Þetta leiði til þess að niðurstaða nefndarinnar um staðfærðan kostnað sé röng. Hvað réttmætar væntingar varði skipti hins vegar meira máli að hér sé um verulegt frávik frá fyrri framkvæmd og viðmiðum að ræða. Því þurfi stefnandi ekki að sæta.

Rétt sé að veita þrjú dæmi um varfærnislegt frávik nefndarinnar frá fyrri úrskurði. Í 12. kafla úrskurðar í málum nr. 17-18/2003 hafi nefndin gert athugasemd við að stefndi hefði aðeins haft hliðsjón af ódýrasta Netsmellinum og taldi að það bæri að hafa hliðsjón af tekjum úr öllum flokkum auk upplýsinga um heildartekjur. Mátti stefnandi því gera ráð fyrir að stefndi og áfrýjunarnefnd samkeppnismála myndu hafa hliðsjón af öllum þessum viðmiðum. Í ósamræmi við þetta sé meginviðmið nefndarinnar nú einungis tekjur af ódýrasta Netsmellinum, sbr. umfjöllun á bls. 30 í úrskurði hennar. Það sé raunar eina viðmiðið sem hún fjalli með sjálfstæðum hætti um í úrskurðinum.

Annað dæmið sé þessu tengt. Í úrskurði í málum nr. 17-18/2003 segi orðrétt á bls. 26:

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

Í úrskurði nr. 4/2007 segi svo orðrétt á bls. 29:

*„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”. (leturbreyting hér)*

Hér megi sjá með mjög augljósum hætti hvernig nefndin breyti frá fyrri viðmiðum. Nefndin sé hér að þyngja fyrri kröfur til háttsemi stefnanda með þessum áherslubreytingum. Sönnunarbyrðin sé færð yfir á hið markaðsráðandi fyrirtæki auk þess sem verðlagningu einstakra farmiða, í þessu máli þeirra ódýrustu, er veitt miklu meira vægi.

Þriðja og síðasta dæmið sem hér verði getið sé einnig nokkuð augljóst. Í úrskurði í málum nr. 17-18/2003 hafi verðlagning stefnanda verið borin saman við sex viðmið. Tveimur þeirra sé sleppt í fyrirliggjandi máli, þ.e. samanburði við næsta fargjald fyrir ofan og tímasetningu fargjaldanna. Rétt sé að geta þess að verðmunurinn hafi verið töluvert minni í fyrirliggjandi máli, auk þess sem fargjöldin hafi verið boðin til sölu löngu eftir að Iceland Express hóf starfsemi. Þá séu sum hinna skilyrðanna gerð strangari sbr. blaðsíðu 32 í úrskurði nefndarinnar. Nú nægi til dæmis að verð Iceland Express sé „*langt til jafnað*” í stað þess að það hafi verið í „*raun a.m.k. jafnað*“ í fyrra máli. Þá nægi einnig nú að fargjöldin hafi „*að mestu leyti*“ verið í boði á þeim flugleiðum sem það starfar á, í stað þess

að þau voru „aðeins“ í boði á þeim flugleiðum áður. Að lokum sé nú nóg að fargjöldin séu „undir staðfærðum kostnaði“ í stað þess að áður voru þau „langt undir“ þeim kostnaði. Þessi frávik séu enn eitt dæmið um nefndin þyngi kröfur til háttsemi stefnanda eftir að hún hafi farið fram.

Stefnandi bendir á að orð úrskurðaraðila hafi mikla þýðingu fyrir fyrirtæki þegar þau reyni að sníða háttsemi sína eftir úrskurðum þeirra. Eigi það sérstaklega við þegar inntak matskenndrar bannreglu eins og 11. gr. samkeppnislaga hafi verið túlkað. Áfrýjunarnefnd hafi skýrt hvernig 11. gr. eigi við um skaðlega undirverðlagningu í flugrekstri í úrskurði í málum nr. 17-18/2003 og hafi ofangreind viðmið verið niðurstaða þess. Í þessu máli sé þeim breytt eftir að háttsemi á sér stað með þeim afleiðingum að lögmæt háttsemi stefnanda samkvæmt viðmiðum í fyrra máli verði, samkvæmt málalíbúnaði nefndarinnar sem stefnandi mótmælir, ólögmæt hér.

Það sé viðurkennt í íslenskum stjórnslurétti að ákvarðanir stjórnvalda verði að vera byggðar á gagnsæjum, stöðugum og fyrirsjáanlegum reglum og að haga verði stjórnslu þannig að borgararnir geti treyst því að réttarstaða þeirra sé ljós. Þá sé það óskráð grundvallarregla í íslenskum stjórnslurétti að stjórnvaldsákvörðun verði efnislega að vera bæði ákveðin og skýr svo að málsaðili geti skilið hana og metið réttarstöðu sína. Engar ytri aðstæður réttlæti þær breytingar sem sannanlega voru gerðar frá fyrri framkvæmd og ekki hafi verið sýnt fram á að fyrri framkvæmd stefnda eða áfrýjunarnefndarinnar hafi verið röng hvað þetta varðar.

Hér hafi einfaldlega verið skipt um viðmið eftir að háttsemi hafi átt sér stað sem leiði til þess að staðfærður kostnaður sem tekjur stefnanda eru bornar saman við, hækki, auk þess sem kröfur til hans séu hertar og viðmiðum breytt. Það brjóti gegn réttmætum væntingum stefnanda.

Þessi málsmeðferð brjóti einnig gegn jafnræðisreglu stjórnsluréttar, en þegar vikið sé frá stjórnsluframkvæmd beri að gera það með tilteknum hætti og einungis að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Í fyrsta lagi verði breytingin að vera á grundvelli málefnaþra sjónarmiða, í öðru lagi verði breytingin að vera almenn og í þriðja lagi verði að taka tillit til réttmætra væntinga og kynna breytinguna og hafa í huga sjónarmið um bann við afturvirkni réttarreglna. Ljóst sé að áfrýjunarnefnd samkeppnismála virti hvorki fyrsta né þriðja skilyrðið.

Stefnandi kveður að stefndi og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi brotið gegn rannsóknarskyldu sinni, sbr. 10. gr. stjórnslulaga. Stefnandi bendir á að eftirgreind atriði hafi ekki verið rannsökuð sem skyldi eða feli í sér ranga úrvinnslu gagna, þrátt fyrir að stefnandi hafi lagt fram gögn um neðangreint.

a) *Frádráttur kostnaðar sem tilheyrir ekki Netsmellum.*

Stefnandi kveður að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi láðst í útreikningum sínum að draga frá kostnað sem óumdeilt er að falli ekki til við sölu Netsmella. Þá hafi nefndinni einnig láðst að draga frá viðskiptafarrýmiskostnað. Í samanburði kostnaðar og tekna Netsmella í ákvörðun stefnda, bæði þeirra ódýrustu samkvæmt aðferð 1 og allra samkvæmt aðferð 2, hafi aukinn kostnaður sem óumdeilanlega tilheyrir aðeins viðskiptafarrými, ekki verið dreginn frá eins og stefndi hafi gert við samanburð kostnaðar og tekna á almennu farrými samkvæmt aðferð 3. Þetta hafi

leitt til þess að niðurstöður stefnda samkvæmt aðferð 1 og 2 hafi verið rangar. Áfrýjunarnefndin sneiði að mestu hjá þessari yfirsjón með því að leggja önnur viðmið til grundvallar og reikna kostnaðinn upp á nýtt.

Úrvinnsla nefndarinnar á gögnum hafi verið ófullnægjandi og nýir útreikningar hennar því rangir. Eins og komi fram á bls. 25 í kæru til áfrýjunarnefndar, sé nauðsynlegt að draga frá þann kostnað sem falli eingöngu á viðskiptafarþega þegar lögmæti verðlagningar Netsmella er metið. Eigi þetta enn frekar við þegar verðlagningu ódýrustu Netsmella einna og sér er veitt mest vægi eins og nefndin telji nú rétt að gera. Hafi sérstaklega verið tekið fram í kæru að þetta væri óháð því hvort viðskiptafarrými teldist mynda sérstakan markað. Stefnandi taki skýrt fram að þetta feli í sér frávik frá þeirri aðferð sem stuðst hafi verið við í fyrra máli aðila. Þar hafi þessi kostnaður ranglega verið tekinn með í útreikninga á Netsmellakostnaði. Ástæða þess að kostnaðurinn hafi ekki verið skilinn frá skipti þó litlu máli. Meira máli skipti að rétt viðmið séu lögð til grundvallar mati á lögmæti háttsemi stefnanda en ákveðni stefnda í að skipta kostnaði upp á milli farrýma í þessu máli ýtti stefnanda til að finna nothæf viðmið sem stefndi féllst svo á. Þau viðmið lágu fyrir í þessu máli og hefði nefndin átt að nota þau í útreikningum sínum og draga frá þennan kostnað sem sannanlega leggist ekki að neinu leyti á Netsmelli. Nefndin víki hins vegar ekki einu orði að þessu og einsýnt sé að henni hafi láðst að draga umræddan kostnað frá Netsmellakostnaði. Það leiði augljóslega til rangra niðurstaðna.

b) Fargjaldaskilmálar

Stefndi komist að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni að með Netsmellum að upphæð 16.900 kr. hafi lægstu fargjöld Iceland Express verið jöfnuð. Þá komist nefndin að þeirri niðurstöðu að verðið hafi verið „langt til jafnað“.

Þetta kveður stefnandi vera rangt. Ein af ástæðum þess sé ófullnægjandi rannsókn, en fargjaldaskilmálar stefnanda hafi ekki verið bornir saman við skilmála Iceland Express. Stefndi sendi Iceland Express upplýsingabeiðni þann 2. nóvember 2006, þar sem óskað hafi verið upplýsinga um þá skilmála sem giltu um útgáfu flugfarseðla, sérstaklega um breytingar, og hafi borist svar Iceland Express þann 14. sama mánaðar. Stefndi hafi því augljóslega gert sér grein fyrir nauðsyn þessa samanburðar en þó láðst að framkvæma hann. Nefndin geri sömu mistök þrátt fyrir að öll nauðsynleg gögn hefðu átt að liggja fyrir í málinu og stefnandi hafi fjallað ítarlega um nauðsyn þess í kæru. Í stað þess að framkvæma fullnægjandi rannsókn láti nefndin sér nægja að fullyrða á eftirfarandi veg:

„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.“

Engir útreikningar eða rannsókn liggi að baki þessari fullyrðingu heldur sé henni kastað fram án nokkurrar rannsóknar eða rökstuðnings. Slíkir stjórnsýsluhættir samræmist ljóslega ekki kröfum 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Ljóst sé að farniði sem er bundinn strangari fargjaldaskilmálum er verðminni en sá sem er sveigjanlegri. Þetta brot á málsmeðferðarreglum hafi því mikla þýðingu fyrir niðurstöðu þessa máls með vísan til áherslu stefnda og áfrýjunarnefndar

samkeppnismála á það að fargjöld Iceland Express hafi verið jöfnuð.

c) Önnur atriði

Stefnandi kveður að stefndi og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi hvorki aflað upplýsinga né reiknað út kostnað stefnanda á viðkomandi flugleiðum fyrir árið 2004 og enn fremur ekki tekið tillit til þess að kostnaður lækkaði miðað við árið 2003 í samræmi við rekstraráætlun. Stefnandi benti stefnda ítrekað á nauðsyn þess að skoða kostnað árið 2004 en stefndi hafnaði því í andmælaskjali að það hefði nokkra þýðingu. Þá hafi verið lögð mikil áhersla á þetta í kæru til áfrýjunarnefndar en hún víki ekki einu orði að þessari staðreynd í úrskurði sínum þrátt fyrir að gögn hefðu verið lögð fram þessu til staðfestingar.

Í málinu virðist aldrei hafa verið farið fram á að Iceland Express veitti upplýsingar um óflogin flugskjöl, þ.e. fargjöld sem eru tekjufærð ákveðnum tíma eftir flug samkvæmt almennum bókhaldsreglum. Þetta atriði geti haft nokkur áhrif til aukningar á markaðshlutdeild Iceland Express þar sem stefnandi veitti upplýsingar um þetta atriði. Þá liggi engin gögn, útreikningar eða rannsókn af öðru tagi til grundvallar fullyrðingu áfrýjunarnefndar um að umdeild fargjöld hafi „*ad mestu leyti*“ verið í boði á flugleiðum til Kaupmannahafnar og London. Enn fremur hafi markaðshlutdeild stefnanda og Iceland Express í fargjöldum seldum á Íslandi ekki verið rannsökuð. Þar sem umdeild fargjöld að fjárhæð kr. 16.900 hafi einungis verið í boði á Íslandi sé ljóst að einungis það markaðssvæði hafi orðið fyrir áhrifum og skipti hlutdeild á þeim því mestu máli. Þetta sé verulegur ágalli á rannsókn málsins.

Að lokum felist sjálfstætt brot á rannsóknarskyldu í því að áfrýjunarnefndin aflaði ekki upplýsinga fyrir þá nýju útreikninga sem hún framkvæmdi um Netsmellakostnaði og niðurstaða hennar byggist á. Þessi ófullnægjandi rannsókn hafi leitt til þess að útreikningarnir séu rangir eins og fjallað verði um síðar.

Stefnandi kveður andmælarétt sinn ekki hafa verið virtan, þar sem nefndin hafi grundvallað niðurstöðu sína á útreikningum sem stefnandi hafi aldrei séð.

Með þeirri málsmeðferð hafi nefndin farið gegn sinni eigin túlkun á því hvað felist í andmælarétti. Þrátt fyrir að útreikningar nefndarinnar hafi byggst á tölum sem stefnandi hafi afhent til Samkeppnisstofnunar 5. mars 2004 og 24. maí 2004, feli þeir í sér nýjar upplýsingar eða gögn sem stefnanda hafi aldrei verið veittur aðgangur að, eða verið veitt tækifæri til að andmæla. Nefndin hafi notað tölur sem afhentar hafi verið 26. maí 2004 og sýni nettókostnað allra fargjalda. Sú yfirsjón leiði til þess að útreikningar séu rangir. Ljóst sé að stefnanda hafi verið ókleift að kynna sjónarmið sín á stjórnarsýslustigi málsins um þessar nýju upplýsingar og útreikninga þar sem þeir hafi fyrst komið fram í endanlegum úrskurði innan stjórnarsýslunnar. Vandséð sé af úrskurði áfrýjunarnefndar hvaða upphæðir hún hafi lagt til grundvallar þegar hún hafi komist að þeirri niðurstöðu að greinilegur munur væri á staðfærðum kostnaði og tekjum lægstu Netsmellanna, þar sem tölur um frádrátt séu ekki tilgreindar í úrskurðinum.

Málsmeðferð áfrýjunarnefndar hafi gert að verkum að stefnandi hafi verið sviptur tækifæri til að koma að athugasemdum sínum á stjórnarsýslustigi. Nefndin hafi ekki veitt stefnanda færi á að tjá sig um hin nýju viðmið og gögn sem lögð hafi verið til

grundvallar í úrskurðinum. Hafi áfrýjunarnefndin því brotið gegn 10. og 13. gr. stjórnsýslulaga.

Efnislega röng niðurstaða

Í þriðja lagi bendir stefnandi á að niðurstaða áfrýjunar sé efnislega röng, þar sem hún hafi grundvallast á túlkun á 11. gr. samkeppnislaga sem eigi sér ekki stoð í ákvæðinu eins og það hafi hingað til verið túlkað. Stefnandi hafnar því að hafa verið í markaðsráðandi stöðu á árinu 2004 og að umdeild verðlagning hans geti varðað við 11. gr. samkeppnislaga.

Stefnandi kveðst vera ósammála markaðsskilgreiningu stefnda og áfrýjunarnefndarinnar, sem tilgreini nokkur atriði til stuðnings því að stefnandi hafi verið markaðsráðandi. Að mati stefnanda ráði tvö atriði úrslitum í þessu sambandi, þ.e. markaðshlutdeild og aðgangshindranir.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 17-18/2003 hafi verið miðað við að líta ætti til þess markaðar sem yrði fyrst og fremst fyrir áhrifum, eða væri líklegur til þess að verða fyrir áhrifum af tiltekinni aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis. Áfrýjunarnefnd segi fargjöldin hafa áhrif á allt flug samkeppnisaðilans. Fáir stefnandi ekki séð hvernig þetta samræmist lýsingu nefndarinnar á því að landfræðilega markaði beri að skilgreina sem svæði þar sem samkeppnisskilyrði séu nægjanlega lík til þess að unnt sé að greina þau frá öðrum svæðum í samkeppnisréttarlegu tilliti. Ljóst sé að ferðir til Íslands sem hefjist og endi í útlöndum séu seldar við allt önnur skilyrði og aðra samkeppni en fargjöld sem hefjast og enda á Íslandi. Hvað markaðsskilgreininguna varði telji stefnandi jafnframt að undanskilja beri tengifarþega þegar viðkomandi markaður á milli tveggja áfangastaða sé skilgreindur. Þá beri að líta á hverja og eina flugvél sem einn markað, en ekki skipta henni í tvo markaði eftir því hvort farþegar séu viðskiptafarþegar eða á almennu farrými. Sé stefnandi sammála úrskurði áfrýjunarnefndar að þessu leyti, en á sama hátt ósammála niðurstöðu stefnda.

Markaðshlutdeild

Stefnandi kveður að í kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi stefnandi leitast við að finna upplýsingar um farþegafjölda Iceland Express frá Íslandi. Af upplýsingum í fréttatilkynningu félagsins 3. janúar 2005 megi ráða að félagið hafi flutt um 150 og 160 þúsund farþega frá Íslandi. Markaðshlutdeild stefnanda og Iceland Express á almennu farrými frá Íslandi árið 2004 sé u.þ.b. jöfn. Iceland Express hafi þó vinninginn með [.....] fleiri farþega, en ef [.....] stefnanda sé bætt við nái stefnandi yfirhöndinni með um [.....] hlutdeild. Stefnandi hafi því hvorki langstærsta hluta viðkomandi markaðar né hafi markaðshlutdeild hans verið langt yfir [.....].

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi talið markaðshlutdeild stefnanda verulega á hinum skilgreindu mörkuðum á því tímabili sem verið hafi til skoðunar, en hvergi í úrskurði nefndarinnar komi fram hver markaðshlutdeildin hafi verið nákvæmlega, þótt staðhæft sé að hún hafi verið langt yfir 50% miðað við farmiðasölu.

Stefnandi kveðst vera ósammála þessum fullyrðingum. Byggist það að hluta til á því að hann er ósammála markaðsskilgreiningu áfrýjunarnefndar samkeppnismála

sem og áherslu hennar á að reikna út markaðshlutdeild miðað við tekjur, en ekki farþegafjölda. Stefnandi leggur áherslu á að farþegafjöldi sé eina hlutlæga viðmiðið um markaðsstyrk flugfélaga, ekki síst eftir tilkomu lágfargjaldaflugfélaga.

Aðgangshindranir

Stefnandi kveður það lengi hafa verið rekstrarlega staðreynd, einkum frá tilkomu netsins og lágfargjaldaflugfélaga, að í viðskiptaákvörðunum sínum þurfi stefnandi að taka tillit til möguleika á innkomu nýrra samkeppnisaðila þ.á m. við verðlagningu fargjalda. Raunveruleg dæmi um bæði innkomu nýrra aðila sem og áhrif þessa möguleika á starfsemi hans liggja fyrir. Nægi hér að benda á breytingu á fargjaldakerfi stefnanda árið 2002. Þá hafi Iceland Express verið stofnað með afar litlum tilkostnaði en náð engu að síður á einungis tveimur árum allt að [.....] markaðshlutdeild miðað við tekjur og [.....] farþega á tveimur langmikilvægustu flugmörkuðum til og frá Íslandi. Það dæmi sýni e.t.v. hvað best hvað markaðshlutdeild hafi litla þýðingu á viðkomandi markaði. Hvorki stefndi né áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi lagt raunverulegt mat á þessar staðreyndir. Þannig segi t.d. orðrétt á bls. 21 í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007:

„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.“

Það hafi afar takmarkaða þýðingu í máli þessu hvernig aðgangur að viðkomandi mörkuðum hafi verið áður en atvik máls þessa áttu sér stað, en það virðist skipta miklu máli bæði í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Í fyrsta lagi hafi flugmarkaðir tekið gerbreytingum eftir útbreiðslu netsins og tilkomu lágfargjaldaflugfélaga. Þá kveður stefnandi að flugfargjöld séu svo til að öllu leyti fyrirframgreidd sem auðveldi mjög stofnsetningu og fjármögnun nýrra félaga. Þetta endurspeglar í aukinni samkeppni og innkomu nýrra aðila á allar helstu flugleiðir í heiminum þ. á m. á þær stærstu á Íslandi. Þetta birtist líka í slæmri fjárhagsstöðu og jafnvel gjaldþrotum hefðbundinna flugfélaga sem hafa ekki getað staðist samkeppni frá hinum nýju og kviku keppinautum.

Þá setji bæði stefndi og áfrýjunarnefnd samkeppnismála umtalsvert hærra viðmið varðandi mat á aðgangshindrunum en áður hafi þekkt, bæði hjá hérlendum og erlendum samkeppnisfyrirvöldum. Framkvæmd stefnda hafi hingað til verið sú að meta líkur á innkomu nýrra aðila og þau áhrif sem það geti haft á fyrirtæki með háa markaðshlutdeild. Í þessu máli hafi raunverulegum dæmum um farsæla innkomu samkeppnisaðila á viðkomandi markaði með afar litlum tilkostnaði verið veitt lítil athygli. Þess í stað sé vísað til þess að „þetta hafi ekki alltaf verið auðvelt.“

Rekstur fyrirtækja sé ekki auðveldur og að hefja starfsemi á nýjum markaði sé það ekki heldur. Hvort þær vísbendingar sem há markaðshlutdeild gefi að jafnaði um markaðsráðandi stöðu eigi ekki við, vegna takmarkaðra aðgangshindrana, velti á mati á líkum þess að nýir aðilar komi á markað og veiti fyrirtækinu raunverulega samkeppni. Ef það er líklegt þá þurfi fyrirtækið að taka tillit til þess í háttsemi sinni sem leiði aftur til þess að það teljist ekki markaðsráðandi. Í fyrirbyggjandi máli þurfi ekki einu sinni að framkvæma þetta mat því vegna afar langs málsmeðferðartíma Samkeppnisstofnunar og síðan stefnda þá sé hægt að skoða hvernig markaðsaðstæður hafi þróast í raun og veru. Ef farsæl innkoma á markað geti átt sér stað með litlum tilkostnaði, eins og fyrrgreind dæmi sýni, sé ljóst að aðgangshindranir eru, og voru á þeim tíma sem um ræðir, afar takmarkaðar. Stefnandi hafi því ekki verið markaðsráðandi eins og þróun markaðshlutdeildar hans síðustu fimm ár sýni hvað best fram á.

Meint misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Stefnandi bendir á að þegar metið sé hvort fyrirtæki hafi gerst brotlegt við 11. gr. samkeppnislaga með skaðlegri undirverðlagningu, sé meginreglan sú að litið sé til þess hvort verð hafi verið undir breytilegum kostnaði, nema sannaður sé ásetningur til að koma keppinaut út af markaði. Frá þessari grundvallarreglu sé vikið í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar og staðfærðum kostnaði ranglega beitt. Þá hafi stefnda og áfrýjunarnefndinni borið að líta til eðlis flugrekstrar og taka mið af því hvernig rekstrarfyrirkomulag slíkra fyrirtækja sé, þegar metið hafi verið hvort stefnandi hafi gerst brotlegur við 11. gr. samkeppnislaga.

Ef rétt hefði verið að málum staðið og metið hvort verð umræddra Netsmella væri undir breytilegum kostnaði eins og stefnandi hafi margoft ítrekað og gert kröfu um, þá liggja fyrir að verðið hafi verið langt umfram þau viðmið. Telji dómurinn hins vegar rétt að miða við staðfærðan kostnað, þá hafi verðið einnig verið yfir þeim mörkum. Jafnvel ef miðað sé við staðfærðan kostnað af sæti, hafi fargjöldin verið í skynsamlegum tengslum við þann kostnað.

Miða ber við tekjur af flugleið

Stefnandi kveðst, frá upphafi afskipta samkeppnisyrvalda af starfsemi sinni árið 2003, hafa reynt að gera grein fyrir því hvernig rekstri hans sé háttað. [...] Stefnandi hafi ítrekað bent á að eina lögmæta viðmiðið um verðlagningu flugfélaga samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga sé hvort hagnaður sé af flugleið. Þegar flugleið sé skipt í smærri einingar, jafnvel sæti, sé horft fram hjá þessari rekstrarlegu staðreynd. Hér megi líka áréttta að c-liður 1. gr. samkeppnislaga um að auðvelda eigi innkomu nýrra keppinauta á markað, sé ekki markmið í sjálfu sér, heldur einungis ein leið til að ná fyrrgreindu markmiði.

Stefnandi kveður staðfærðan kostnað á sæti vera rangt viðmið, eins og stefndi og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi gert. Hafi nefndin og stefndi byggt á því að það viðmið eigi sér stoð bæði í norrænni og evrópskri dómaframkvæmd og löggjöf, en því sé stefnandi ekki sammála. Innan EB hafi verið sett sérstök regla um það hvernig skuli meta hvort flugfélag hafi stundað ólögmæta verðlagningu. Þar segi hvergi að kostnaðarviðmið sé staðfærður kostnaður á sæti, hvað þá á greiðandi farþega. Nýleg mál varðandi verðlagningu flugfargjalda hjá norskum og dönskum

samkeppnisyfirvöldum bendi til þess sama, en þar sé miðað við breytilegan meðalkostnað af fluginu í heild. Stefnandi bendir á að hugtakið byggji á fordæmi sem varði ekki skaðlega undirverðlagningu og hafi ekki hlotið náð fyrir augum framkvæmdastjórnar EB. Íslensk samkeppnisyfirvöld gangi því mun lengra og feli viðmiðið, eins og því er beitt, í sér óhóflega takmörkun á frelsi flugfélaga sem fljúga til Íslands, til verðlagningar. Það þýði í raun að lægsta fargjaldið þurfi að standa undir meðalheildarkostnaði af öllum sætum, þar á meðal kostnaði sem ekki falli til við sölu þess. Að öðru leyti byggist athugasemdir stefnanda við beitingu þessa hugtaks einkum á því að ótækt sé að beita þessu viðmiði, þar sem það samsvari því sem næst [...]. Rekstur, rekstrarform og eðli flugrekstrar sé með þeim hætti að ótækt sé að beita staðfærðum kostnaði sem viðmiði þegar metið er hvort flugfélag hafi gerst sekt um skaðlega undirverðlagningu. Það stríði gegn markmiði samkeppnislaga og víki frá meginreglunni um breytilegan kostnað sem viðmið við mat á skaðlegri undirverðlagningu.

Mistök í útreikningi nefndarinnar á kostnaði

Stefnandi kveður að útreikningar stefnanda frá 26. maí 2004 séu ekki kostnaðargreining vegna Netsmella heldur heildarkostnaður hvernar flugferðar fram og til baka. Í þeim útreikningum hafi ekki verið tekið tillit til þess að með sölu Netsmella sparist verulegar fjárhæðir, svo sem vegna söluskristofa, umboðslauna o.fl.

Nokkuð vandasamt sé að leggja fram leiðréttu útreikninga, því nefndin birti ekki útreikninga sína eða þær tölur sem þeir byggist á. Virðist stefnanda sem leiðréttir útreikningar staðfesti upphaflega niðurstöðu hans árið 2004 um að lægstu Netsmellirnir séu í skynsamlegum tengslum við þann kostnað.

Þá hafi nefndinni láðst að draga frá kostnað sem óumdeilanlega falli ekki á Netsmelli. Stærri sæti á viðskiptafarrými og aukið fóta- og gangrými þýði að hvert sæti á því farrými taki [...]. Það pláss sem sæti á almennu farrými tekur. Hvert sæti á viðskiptafarrými kosti því u.þ.b. [...] meira sem endurspeglar m.a. í því að viðskiptafargjöld séu að jafnaði a.m.k. [...]. Þegar heildarkostnaði er deilt niður á sæti sé því mjög örökrétt að deila honum jafnt niður á öll sæti. Það leiði til þess að sæti á almennu farrými þurfi að bera meiri kostnað en raunverulega kosti að framleiða það. Eina tilfellið þar sem það er rökrétt aðferð er þegar bera eigi meðalkostnað á sæti saman við meðaltekjur á sæti. Þá komi auknar tekjur af viðskiptafargjöldum með í samanburðinn en ekki einungis kostnaður af þeim. Ef hins vegar eigi eingöngu að bera saman tekjur af lægsta fargjaldinu við staðfærðan kostnað á sæti sé óumflýjanlegt að draga frá þann kostnað sem falli ekki á það sæti. Í kærnu sinni til áfrýjunarnefndar reiknaði stefnandi þetta út. Þeir útreikningar byggist á einföldustu nálgun til þess að deila kostnaði niður. Þannig sé fjöldi sæta á viðskiptafarrými [...] í samræmi við aukið rými sem þau taki. Stefnandi hafi ekki upplýsingar um [...] Til að yfirfæra þetta hlutfall á raunverulegan sætafjölda sé nauðsynlegt að finna hlutfallið (stuðulinn) og margfalda með þeim sætafjölda. Síðan sé öllum kostnaði deilt niður á öll sæti. Nýting og skipting rýmis í flugvél hafi nánust tengsl við flugtengdan kostnað en farþegatengdur kostnaður sé mun meiri á viðskiptafarrými vegna aukinnar þjónustu.

Til útskýringar hefur stefnandi sett fram fjórar töflur, um útreikning á vegnu heildarsætaframboði, staðfærðan kostnað á sæti, að frádregnum auknum kostnaði

vegna viðskiptafarrýmis borið saman við meðaltekjur Netsmella 2003, meðalkostnað og tekjur af Netsmellum árið 2004 og meðalkostnað og tekjur af ódýrasta Netsmelli árið 2004.

Viðmiðin fimm

Stefnandi kveður að í úrskurði áfrýjunarnefndar séu fimm atriði tilgreind til rökstuðnings fyrir því að Netsmellir á kr. 16.900 feli í sér ólögmæta undirverðlagningu. Stefnandi kveðst vera ósammála afstöðu áfrýjunarnefndar til allra atriðanna.

Fyrsta atriðið er að stefnandi hafi verið í augljósri markaðsráðandi stöðu. Stefnandi hafi þegar fært sönnur á að hann hafi ekki verið markaðsráðandi. Ráði þar mestu árangur Iceland Express og takmarkaðar aðgangshindranir á viðkomandi markaði. Tilvísun nefndarinnar til þess að markaðsráðandi staða stefnanda sé „*augljós*“ sé jafnframt fjarri lagi auk þess að vera órökstudd og eigi sér ekki grundvöll í rökstuðningi nefndarinnar sjálfrar fyrir meintri markaðsráðandi stöðu stefnanda.

Annað atriðið er að ódýrustu fargjöldin hafi ekki staðið undir meðal staðfærðum kostnaði á sæti. Hér að framan hafi stefnandi fært rök fyrir því að viðmiðið staðfærður kostnaður á sæti sé ómálefnalegur og ólögmætur grundvöllur til að meta lögmæti fargjalda flugfélaga. Þá hafi stefnandi bent á fjölmargar yfirsjónir nefndarinnar sem valdi því að útreikningar hennar á kostnaði séu rangir. Þegar réttir útreikningar séu lagðir til grundvallar komi í ljós að lægstu fargjöldin hafi verið í skynsamlegum tengslum við staðfærðan kostnað. Þá megi jafnframt áréttta að nefndin geri strangari kröfur í þessu máli. Hér nægi að fargjöldin séu undir staðfærðum kostnaði en í fyrra máli hafi viðmiðið verið að þau væru langt undir þeim kostnaði.

Þriðja atriðið sé að fargjöldin hafi verið í boði í langan tíma og í miklu magni. Staðreyndin sé hins vegar sú að fargjöldin hafi einungis verið í boði í um 10-11 mánuði og verið u.þ.b. [...] af farþega fjölda á markaði til og frá Íslandi á þeim tíma. Í ákvörðun sinni sagði stefndi framboð Netsmella hafa verið verulegt eða um [...] árið 2004. Stefnandi leiðrétti þetta í kæru til áfrýjunarnefndar og féllst stefndi að hluta til á það í greinargerð sinni. Þrátt fyrir það fullyrði nefndin án nokkurs rökstuðnings að framboðið hafa verið verulegt. Stefnandi geti engan veginn fallist á það.

Hvorki stefndi né áfrýjunarnefnd hafi rökstutt sérstaklega hvað teljist verulegt framboð eða fjallað að öðru leyti um hvaða viðmið beri að leggja til grundvallar við mat á því. Þau megi hins vegar finna í kæru til áfrýjunarnefndar. Þar hafi verið vakin athygli á því að í EB reglugerð nr. 868/2004, um niðurgreiðslur og ósanngjarna verðlagningu flugfélaga utan EB, sé framboð af fargjöldum metið sem hlutfall af heildarsætaframboði í hverri vél. Þetta gerði stefnandi í kæru en nefndin víki ekki einu orði að þessu viðmiði heldur láti nægja fullyrðingu um að framboðið hafi verið verulegt. Rétt sé að taka hér upp hluta umfjöllunar í kæru. Fjöldi ódýrustu Netsmella í hverri ferð hafi verið afar takmarkaður. Að meðaltali hafi verið [...] til Kaupmannahafnar í hverri ferð og [...] í hverri ferð til London sem höfðu keypt ódýrasta Netsmellinn. Sé þetta ljóslega ekki verulegt framboð. Ef miðað væri við heildarsætaframboð líkt og í reglugerð EB væri hlutfallið enn lægra eða um [...] af heildarsætaframboði á viðkomandi mörkuðum.

Í þessu sambandi sé nokkuð áhugavert að benda á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/2003 um það hvað var verulegt magn. Í ákvörðun sinni segir samkeppnisráð orðrétt að: „*Aðeins um 3-6% fargjalda sem seld voru á þessum leiðum á því tímabili voru ódýrustu Netsmellirnir.*“ Það framboð Vorsmella og ódýrustu Netsmella sem talið var verulegt í fyrra máli var töluvert meira eða allt að [.....] hlutfall af seldum fargjöldum. Samkvæmt þessu telji stefnandi hafið yfir allan vafa að framboðið geti ekki talist verulegt, hvorki samkvæmt almenntri málnotkun né í því samhengi sem vísað er til hér. Skaðlegri undirverðlagningu sé almennt lýst sem verðákvörðunum markaðsráðandi fyrirtækis sem hafi það að megin markmiði að valda keppinautum skaða fremur en að skila framlegð. Hafi þetta áhrif á það hvernig hið matskennda viðmið um verulegt framboð á fargjöldum sé túlkað. Ef framboðið er innan þeirra marka að flugleiðin skili enn góðum hagnaði hljóti það að vera óverulegt.

Fjórða atriðið sé að fargjöldin hafi að mestu leyti gilt á leiðum til London og Kaupmannahafnar. Sem fyrr rökstyðji áfrýjunarnefndin fullyrðingu sína ekki að neinu leyti þrátt fyrir að óumdeilt sé að sömu fargjöld hafi einnig verið í boði til Glasgow, Hamborgar og Berlínar. Stefndi hafi reynt í ákvörðun sinni að líta fram hjá þessum staðreyndum með því að vísa til þess að flug til Glasgow væri styttra og að fargjöld til Hamborgar og Berlínar hefðu verið undantekning sem hafi átt sér markaðslegar skýringar. Stefnandi áréttar að fargjöldin hafi verið í boði á öðrum leiðum hvað sem líði ástæðum þess á hverri leið fyrir sig. Þá liggi í augum uppi að ástæða fargjaldalækkunar hljóti alltaf að eiga sér markaðslegar skýringar, þ.e. að auka eftirspurn. Það hafi verið mat stefnanda að á þessum fimm leiðum væri þetta nauðsynlegt til að auka eftirspurn og staðfesti það að verðlagningunni hafi með engum hætti verið beint gegn Iceland Express. Í þessu sambandi sé rétt að ítreka að verðlagning á flugleiðunum til London og Kaupmannahafnar hafi átt sér markaðs- og rekstrarlegar forsendur. Ekki leiki nokkur vafi á því að verðlagning sem miði að því að skila félagi sem mestum tekjum hljóti eðli málsins samkvæmt að eiga sér markaðslegar skýringar. Verði hér að hafa í huga að bókunarstaða hafi verið lakari á þessum leiðum og stefnandi fullyrði að ef hann hefði ekki boðið umrædd skilyrt fargjöld á kr. 16.900, þá hefðu tekjur hans árið 2004 verið mun minni og sætanýting mun lakari.

Vegna tilvísunar stefnda til þess að flugleiðin til Glasgow sé styttri, áréttar stefnandi að hún hafi af þeim sökum verið um kr. 2.500 ódýrari en til London. Þessi tilvísun veiti málatilbúnaði, um að ekki eigi að líta til Glasgow, því engan stuðning. Þá hafi bókunarstaða á Glasgow einnig verið lakari en árið áður. Þá ítreki stefndi að fargjöldin giltu ekki „*að mestu leyti*“ til London og Kaupmannahafnar enda virðist engin rannsókn eða gögn liggja að baki þessari fullyrðingu nefndarinnar. Hljóti að verða að bera saman hlutfall framboðs ódýrustu Netsmella innan hversrar flugleiðar til mats á því hvort það hafi verið sambærilegt. Fjöldi farþega á lægstu Netsmellum í hverri ferð á þessum fimm leiðum var svipaður, þ.e. frá [.....] í ferð.

Fimmta atriðið sé að verð Iceland Express hafi verið langt til jafnað. Enn á ný láti nefndin vera að rökstyðja afstöðu sína þrátt fyrir að óumdeilt sé að umdeild fargjöld hafi verið um 1.500-2.000 krónum yfir lægstu almennu fargjöldum Iceland Express. Undan þeirri staðreynd verði ekki vikist og skipti hún grundvallamáli. Þegar greint sé hvort tvö verðtilboð séu sambærileg verði að horfa á þau frá sjónarhorni kaupanda en ekki eingöngu tekjum sem seljandi hafi af tilboðinu. Því

verði að skoða verðmæti fargjalda Iceland Express og stefnanda gagnvart farþeganum og hvernig hann meti fargjaldið í heild sinni. Skilmálar fargjalda Iceland Express hafi verið mun sveigjanlegri. Til dæmis hafi verið unnt að kaupa aðeins aðra leiðina en Netsmellir hafi alltaf verið báðar leiðir og hafi engin undantekning verið þar á. Þá hafi verið heimilt að breyta áfangastað hjá Iceland Express eftir að bókið var að bóka og allt að þremur tímum fyrir brottför gegn vægu gjaldi. Vegna ófullnægjandi rannsóknar málsins liggja ekki skýrt fyrir hvað það var en samkvæmt upplýsingum stefnanda hafi það verið kr. 750. Samkvæmt skilmálum Netsmella var hvorugt hægt. Heimilt sé að breyta fargjöldum beggja hvað varði tíma og fleiri atriði en gjöld Iceland Express fyrir þá þjónustu hafi verið lægri. Fargjöld hefðbundinna flugfélaga, sem eru háð sambærilegum skilmálum og fargjöld Iceland Express, eru mun dýrari.

Í þessu samhengi sé nokkuð athyglisvert að í úrskurði sínum segi nefndin að stefnandi hafi forskot varðandi framboðna þjónustu en það jafnist að einhverju leyti út vegna þess hagræðis sem fylgi möguleikum til breytinga á flugfarseðlum Iceland Express. Þetta samræmist illa ákvörðun stefnda, en þar hafi verið færð rök fyrir því að framboðin þjónusta jafnaði ofangreindan verðmun að fjárhæð kr. 1.500 til 2.000. Þar hafi hins vegar ekkert tillit verið tekið til ólíkra skilmála fargjaldanna. Einsýnt sé því að málatilbúnaður nefndarinnar gangi ekki upp og að ólíkir skilmálar koma til viðbótar þeirri meintu verðjöfnun sem framboðin þjónusta eigi að valda.

Þá bendir stefnandi á að flugvallarskattur á flugi stefnanda til London sé hærri en hjá Iceland Express en slík atriði verði að skoða þegar metið er hvort fargjöld séu jöfnuð. Þetta eigi sér stoð í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 þar sem nefndin hafi borið saman verð með flugvallarsköttum. Þá verði að mótmæla því að ódýrustu fargjöld Iceland Express séu rúmlega 10 þúsund krónur eins og stefndi miðaði við. Óljóst sé hvaðan þessar upplýsingar komi eða við hvaða tímapunkt er miðað, en samkvæmt upplýsingum stefnanda bauð Iceland Express upp á töluvert lægri fargjöld en það. Fyrirtækið hafi meira að segja ítrekað boðið upp á fargjöld á kr. 2.000 og jafnvel á eina krónu og hafi þau tilboð verið í nokkru magni. Þegar málið er skoðað í heild liggja fyrir að lægstu fargjöld stefnanda hafi ekki jafnað lægstu fargjöld Iceland Express.

Varakrafa

Stefnandi kveðst hafa tekið ákvörðun um Netsmell að fjárhæð 16.900 krónur með hliðsjón af úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 17-18/2003. Það komi í veg fyrir beitingu viðurlaga, enda hafi stefnandi reynt að fylgja fyrirbyggjandi stjórnsýsluframkvæmd. Allar staðhæfingar þess efnis að brot stefnanda hafi verið ítrekað, séu því rangar.

Stefnandi bendir á að samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga sé ekki skylt að leggja á sektir ef brotið er gegn bannákvæðum laganna, heldur sé þar aðeins um heimild að ræða. Í ákvæðinu sé einnig tekið fram að slíkar sektir skuli ekki lagðar á, ef brot teljist vera óverulegt, eða af öðrum ástæðum ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Í því sambandi árétti stefnandi að umrætt verð

hafi verið aflagt í lok árs 2004 og hafi því ekki verið haldið fram, hvorki af samkeppnisyfirvöldum né Iceland Express að verðlagning hans frá þeim tíma hafi falið í sér brot á samkeppnislögum. Af þeim sökum sé vandséð þörf á beitingu viðurlaga til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Ljóst sé að sektir hafi afar takmörkuð varnaðaráhrif, ef nokkur, svo löngu eftir að meintu broti er lokið, enda séu nýir eigendur og stjórnendur teknir við. Verði jafnframt að hafa í huga að ef samkeppnisyfirvöld hefðu strax gripið til aðgerða, hefði hið meinta brot varað skemur. Tafir á málsmeðferð hjá samkeppnisyfirvöldum eigi að hafa þau áhrif að viðurlög séu vægari.

Þá vísar stefnandi til meðalhófsreglu stjórnisýslulaga hvað varðar sektarákvörðun og bendir auk þess á að lítið gildi hafi að tengja sektarfjárhæð fjárhagslegum styrkleika viðkomandi fyrirtækis, þar sem ekki sé nefnt hver sé fjárhagslegur styrkleiki stefnanda í dag.

III

Málsástæður og lagarök stefnda

Stefndi mótmælir þeirri málsástæðu stefnanda að áfrýjunarnefndinni hafi verið óheimilt að byggja úrskurð sinn á öðrum kostnaðarviðmiðunum og upplýsingum en gert var í ákvörðun stefnda. Stefndi bendir á að samkvæmt 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga sæti ákvarðanir stefnda kærur til áfrýjunarnefndar. Fari áfrýjunarnefndin þannig með eftirlit gagnvart stefnda að frumkvæði aðila máls. Hafi nefndin heimild til að endurskoða þær ákvarðanir stefnda sem sæti kærur til hennar, hvort sem þær lúti að lagalegum atriðum eða atvikum máls. Þar sem endurskoðunarvald áfrýjunarnefndar sé ekki takmarkað í lögum sé ljóst að það sé mjög víðtækt. Nefndin hafi vald til þess að lagfæra þá annmarka sem eru á ákvörðun stefnda að mati nefndarinnar, meðal annars með því að upplýsa málið betur og leggja önnur sjónarmið til grundvallar ákvörðun, svo ákvörðunin verði bæði rétt og lögmæt og jafnframt að senda málið til stefnda til frekari rannsóknar. Stefndi kveður fullyrðingar stefnanda um takmarkaðar heimildir áfrýjunarnefndar til endurskoðunar ákvarðana stefnda, ekki í neinu samræmi við almennar reglur stjórnisýsluréttarins og langa framkvæmd í samkeppnisrétti.

Stefndi bendir á að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé byggður á þeim gögnum sem fyrir hafi legið í málinu, þeim sömu og ákvörðun stefnda er byggð á. Þá liggi fyrir að áfrýjunarnefnd samkeppnismála byggði úrskurð sinn á fyrri úrskurði í málum nr. 17-18/2003, meðal annars um markaðsskilgreininguna. Í kærur sinni til áfrýjunarnefndar samkeppnismála krafðist stefnandi þess að áfrýjunarnefndin byggði niðurstöðu sína á þeirri markaðsskilgreiningu sem áfrýjunarnefndin lagði síðan til grundvallar niðurstöðu sinni. Var því fallist á þessa kröfu stefnanda. Þá kemur einnig fram í kærur til áfrýjunarnefndar að stefnandi hafi haft réttmætar væntingar til þess meðal annars að kostnaði yrði skipt niður á sæti. Féllst áfrýjunarnefndin að þessu leyti á sjónarmið stefnanda, þ.e. að miða markaðinn við flug í heild, undanskilja tengifarþega og miða kostnað við hvert sæti í flugi. Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafði þetta þýðingu fyrir niðurstöðu málsins og lækkaði áfrýjunarnefndin sektina um 60 milljónir kr. eða úr 190 milljónum kr. í 130 milljónir kr. Þá er því mótmælt að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi „túlkað hlutverk sitt á annan hátt“ í úrskurði í máli nr. 5/2006.

Í fyrirbyggjandi úrskurði áfrýjunarnefndar sé skýrt tekið fram að nefndin fallist á þá útreikninga sem stefndi byggði ákvörðun sína á, þó svo áfrýjunarnefndin hafi á grundvelli varfærnisjónarmiða stuðst við þá nálgun sem beitt var í úrskurði í málum nr. 17-18/2003, þ.e. að bera tekjur saman við framboðin sæti. Hafi það því verið mat áfrýjunarnefndar að ekki hafi verið um verulegan galla að ræða eins og nefndin taldi að um væri að ræða í þeirri ákvörðun sem fjallað var um í úrskurði nr. 5/2006. Með vísan til þess kveður stefndi að ekki sé hægt að fallast á að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi farið út fyrir heimildir sínar.

Þá mótmælir stefndi þeirri málsástæðu stefnanda að úrskurður áfrýjunarnefndar hafi vikið frá fyrri framkvæmd og viðmiðum og því farið gegn meginreglunni um réttmætar væntingar aðila. Þá er því einnig mótmælt að framangreind málsmeðferð hafi brotið gegn jafnræðisreglu stjórnsluréttar. Stefndi kveður að úrskurður nefndarinnar hafi verið í samræmi við úrskurð hennar í málum nr. 17-18/2003. Hins vegar sé ljóst að 11. gr. samkeppnislaga sé matskennd regla og verði að skoða þau tilvik sem undir hana falli í því ljósi.

Af hálfu stefnanda er því haldið fram að stefndi og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi brotið gegn þeirri rannsóknarskyldu sem meginreglur stjórnsluréttar kveði á um, með því að staðreyna ekki hvort þær upplýsingar sem frá aðilum stöfuðu væru réttar.

Stefndi bendir á að fyrir liggi að áfrýjunarnefndin hafi fallist á kröfur stefnanda um skiptingu markaðarins, þ.e. að miða bæri markaðinn við flugið í heild sinni. Hafi þannig ekki verið fallist á markaðsskilgreiningu stefnda. Þar sem markaðurinn sé flugið í heild sinni, verði að telja rökrétt að skipta kostnaði vegna sölu á Netsmellum jafnt niður á öll sæti. Stefndi kveður að sú fullyrðing stefnanda, að í útreikningum stefnda hafi ekki verið dreginn frá kostnaður vegna viðskiptafarþega, sé röng og ámælisverð. Stefndi bendir á að stefnandi hafi við meðferð málsins veitt upplýsingar þar sem stefndi hafi verið fullvissadur um að framlagðar kostnaðarupplýsingar ættu einungis við um Netsmelli, þannig að búið væri að draga frá kostnað vegna dýrari fargjalda. Hafi þetta verið gert á fundi stefnda með yfirmönnum stefnanda 26. maí 2004 og hafi verið lagt fram sérstakt skjal því til staðfestingar. Þá hafi stefnandi engar athugasemdir gert. Hafi ekkert tilefni verið fyrir stefnda að rengja þessar upplýsingar, enda hafi þær stafað frá stefnanda sjálfum og staðfestar af honum.

Þá mótmælir stefndi því að fargjaldaskilmálar stefnanda hafi ekki verið bornir saman við skilmála Iceland Express ehf. Vísar stefndi máli sínu til stuðnings til ákvörðunar stefnda. Kveður stefndi að úrskurður áfrýjunarnefndar sé augljóslega byggður að þessu leyti á upplýsingum í ákvörðun stefnda. Það skuli og áréttað að stefnandi hafi ekki sýnt fram á að þessi niðurstaða sé ekki rétt. Þá áréttar stefndi að öflun upplýsinga eða útreikningar sem varði árið 2004 hafi enga þýðingu í máli þessu. Ákvörðun stefnda er byggð á þeim upplýsingum sem lágu fyrir þegar brot stefnanda á ákvæði 11. gr. samkeppnislaga átti sér stað og síðari tíma upplýsingar skipti því ekki máli. Þá kveður stefndi að Iceland Express hafi, ólíkt stefnanda, veitt umbeðnar upplýsingar um tekjur vegna ófloginna flugskjala, án nokkurra vandkvæða. Stefndi hafi ekki getað annað en gengið út frá því að upplýsingar sem skiptu miklu fyrir stefnanda, og stöfuðu frá honum sjálfum, væru réttar. Geti stefndi ekki fallist á að um brot á rannsóknarskyldu sé að ræða í slíkum tilvikum. Varðandi útreikninga á Netsmellakostnaði hafi ekki verið um að ræða nýja útreikninga í þeim

skilningi að aðrar forsendur hafi legið þeim til grundvallar. Hafi áfrýjunarnefndin stuðst við útreikninga stefnda og byggt á þeim. Því mótmælir stefndi því að áfrýjunarnefndin hafi brotið gegn rannsóknarskyldu sinni.

Þá mótmælir stefndi því að brotið hafi verið gegn 10. og 13. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 varðandi útreikninga í úrskurði áfrýjunarnefndar. Óljóst sé hvaða útreikninga stefnandi haldi fram að hann hafi aldrei séð, en útreikningar áfrýjunarnefndar séu byggðir á upplýsingum frá stefnanda sjálfum. Áfrýjunarnefndin hafi fallist á kröfur stefnanda fyrir nefndinni um skilgreiningu markaðarins og sé því rökrétt að miða útreikninga við markaðinn í heild. Að öðru leyti sé um að ræða sömu útreikninga og fjallað er um í ákvörðun stefnda. Í andmæla-reglu 13. gr. stjórnslulaga felist ekki sú skylda að gefa aðila kost á að tjá sig um væntanlega niðurstöðu í málinu, þar með talið niðurstöðu sem byggð er á útreikningum á þeim gögnum sem liggi fyrir og stafi frá aðila sjálfum.

Varðandi þá málsástæðu stefnanda að niðurstaða áfrýjunarnefndar sé efnislega röng bendir stefndi á að stefnandi virðist líta svo á að markaðinn eigi að skilgreina eingöngu miðað við þau fargjöld sem eru í boði á Íslandi með þeim rökum að umræddir Netsmellir hafi aðeins verið í boði hér á landi. Stefnandi fallist engu að síður á þá niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála að líta eigi á flugið í heild sem einn markað að tengifarþegum undanskildum. Stefnandi fái ekki betur séð en að ákveðin þversögn felist í þessari málsástæðu stefnanda. Bendir stefndi á að órökrétt sé að einskorða markaðinn aðeins við fargjöld sem seld eru á Íslandi á þeirri forsendu að þeir Netsmellir sem til skoðunar eru í málinu séu ekki í boði á erlendum mörkuðum, þ.e. fyrir þá sem kaupa fargjöld „til Íslands“ en halda því samt sem áður fram að viðskiptafarrými sé hluti af markaðnum jafnvel þótt umræddir Netsmellir hafi aldrei verið þar í boði. Þá kveður stefndi að sér sé ekki ljós tilgangurinn með því að skilgreina sérstakan markað fyrir fargjöld sem eingöngu eru seld á Íslandi. Bendir stefndi á að fyrir liggi að farþegum sem kaupi fargjöld erlendis standi lágfargjöld til boða með stefnanda til Íslands á umræddum áætlunarleiðum. Stefnandi tekur fram að sú niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að bera saman tekjur af hverju fargjaldi og kostnað við hvert sæti, leiði til þess að skilgreining hennar á markaðnum sé rökrétt enda ekki sérstök þörf á að greina markaðinn eftir farrýmum þegar slíkur samanburður eigi sér stað. Stefnandi hafnar á hinn bóginn skilgreiningu stefnanda enda nokkuð óljóst hvaða skilgreiningu hann telji að miða skuli við.

Stefndi mótmælir málsástæðum stefnanda um markaðshlutdeild stefnanda og Iceland Express ehf. Stefnandi kveður að sú tafla sem stefnandi vísar til í kæru til áfrýjunarnefndar miðist við fjölda farþega en ekki tekjur. Í öðru lagi miðist upplýsingar við mat á farþegafjölda í almennu farrými. Áréttar stefndi það sjónarmið stefnanda að viðskiptafarrými teljist hluti af markaðnum. Í þriðja lagi hafi þessir útreikningar ekkert gildi fyrir úrlausn málsins, enda frekar um tilgátu eða mat að ræða af hálfu stefnanda, en raunverulega útreikninga. Liggi þannig engar staðfestar upplýsingar að baki útreikningunum, heldur aðeins fréttatilkynningar og blaðagreinar um farþegafjölda Iceland Express, sem hvorki séu sundurliðaðir eftir mánuðum né áfangastöðum.

Sú fullyrðing stefnanda að Iceland Express og aðrir keppinautar hafi aukið hlutdeild sína eftir árið 2004 sé beinlínis röng og því ekki til þess falin að staðfesta að stefnandi sé ekki í markaðsráðandi stöðu. Eins og skýrt komi fram í ákvörðun

stefnda, hafi markaðshlutdeild stefnanda í flugi frá árinu 2004 til 2005 aukist á flugleiðunum til og frá Kaupmannahöfn og London. Þær tölur sem þarna sé vísað til miðist einungis við almennt farrými að meðtöldum tengifarþegum. Væri viðskiptafarrými bætt við og tengifarþegum sleppt, væri niðurstaðan eftir sem áður sú sama.

Að mati stefnda hafi ekki verið sérstök þörf á því í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála að tilgreina markaðshlutdeild með nákvæmari hætti en gert var, enda ljóst að sú skilgreining sem nefndin leggi til grundvallar hafi einungis áhrif til hækkunar á markaðshlutdeild stefnanda. Veiti því sú hlutdeild sem áfrýjunarnefndin miðaði við, enn frekar vísbindingu um markaðsráðandi stöðu stefnanda, en sú hlutdeild sem byggt var á í ákvörðun stefnda. Stefndi telur ljóst að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu, en það sé meginregla í samkeppnisrétti að fyrirtæki sem er með 50% markaðshlutdeild eða meira á hinum skilgreinda markaði sé talið markaðsráðandi, nema mjög sérstakar aðstæður séu fyrir hendi, sem bendi til hins gagnstæða.

Stefndi geti með engu móti fallist á að miða skuli markaðshlutdeild við fjölda farþega í stað tekna. Er þessi niðurstaða í samræmi við fyrri úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 sem og framkvæmd í EB/EES-rétti.

Stefndi mótmælir þeim fullyrðingum stefnanda að aðgangshindranir að þeim mörkuðum sem hér um ræði séu afar litlar og að innkoma Iceland Express ehf., sem strax hafi náð umtalsverðri markaðshlutdeild, sanni það, en áfrýjunarnefndin hafi fallist á þá umfjöllun. Þá mótmæli stefndi að hann eða áfrýjunarnefndin hafi vikið frá fyrri framkvæmd varðandi viðmið við mat á aðgangshindrunum.

Stefndi kveðst geta fallist á að undir vissum kringumstæðum geti það verið rétt viðmið að bera saman tekjur og kostnað af flugi í heild eða meðaltekjur og meðalkostnað af öllum fargjöldum í flugi. Eigi það einkum við þegar aðeins einn fargjaldaflokkur er seldur í flugi, þ.e. þegar því sem næst sama verð er á öllum fargjöldum, og sömu skilmálar og þjónusta gilda um öll fargjöldin. Það eigi hins vegar ekki við í þessu máli. Í þessu máli sé margfaldur verðmunur, sem nemur tugum ef ekki hundruðum prósentu, á milli ódýrustu og dýrustu fargjaldanna á þeim flugleiðum sem til skoðunar eru.

Eins og stefnandi bendi á, þá skili flugleiðirnar til Kaupmannahafnar og London honum [.....]. Í ákvörðun stefnda í máli þessu hafi verið sýnt fram á að tapi vegna sölu á Netsmellum hafi verið mætt með sölu á dýrari fargjöldum. Skýrist sá hagnaður sem stefnandi vísi til því af dýrustu fargjöldunum. Með öðrum orðum voru dýrari fargjöldin, svo sem viðskiptafargjöld og önnur dýrari fargjöld á almennu farrými, notuð til að greiða niður ódýrustu fargjöldin þar sem samkeppnin er hvað hörðust. Ljóst sé að möguleikar Iceland Express ehf. til að greiða niður stórfellt tap af sínum fargjöldum með dýrari fargjöldum og/eða einokunarhagnaði af öðrum leiðum sé ekki fyrir hendi eins og hjá stefnanda. Stefndi mótmæli harðlega að sú háttsemi sem hér hafi verið lýst geti flokkast undir eðlilega samkeppni jafnvel þótt jákvæð afkoma hafi verið á umræddum flugleiðum í heild hjá stefnanda. Þessi samkeppni sé óeðlileg og til þess fallin að hindra það að nýir keppinautar nái að hasla sér völl á markaðnum neytendum til tjóns.

Þeirri tilvísun stefnanda um að hagkvæmast væri fyrir þjóðfélagið að aðilar sem ekki standist þessa „eðlilegu samkeppni“ hætti starfsemi er harðlega mótmælt af hálfu stefnda, enda ljóst að stefnandi kæmist með þessu móti í einokunarstöðu á umræddum áætlunarleiðum.

Óljóst sé hvað stefnandi eigi við með að sérstök regla hafi verið sett innan EB um það hvernig meta skuli hvort flugfélag hafi stundað ólögmdæta verðlagningu en ekki sé vikið að því einu orði í stefnunni hvaða reglu stefnandi eigi við. Þá tilgreinir stefnandi ekki hvaða nýlegu mál það séu hjá norskum og dönskum samkeppnisyfirvöldum sem bendi til þess að miða eigi við breytilegan kostnað af flugi í heild. Er því byggt á því að þessi málsástæða sé vanreifuð.

Stefndi telur að viðmiðið um staðfærðan kostnað sé rétt við mat á því hvort flugfélag hafi stundað skaðlega undirverðlagningu. Eins og skýrt hafi komið fram í fyrri úrskurði áfrýjunarnefndar í máli stefnanda, þ.e. í málum nr. 17-18/2003 taldi nefndin eðlilegt að líta til staðfærðs kostnaðar við mat á fargjöldum hans og hafi stefnandi lýst því yfir að hann hafi ákveðið fargjöld sín með hliðsjón af þessari niðurstöðu. Í þessu máli hafi nefndin komist að sömu niðurstöðu og hafi ekkert komið fram sem kalli á breytingu á þessari nálgun. Sé ljóst að mikil óvissa myndi skapast ef vikið yrði frá fyrri niðurstöðu nefndarinnar.

Ljóst sé að niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála og stefnda 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. Þá er rétt að benda á að framkvæmdastjórn EB hafi litið svo á að fargjöld sem eru lægri en staðfærður kostnaður séu meðal aðgerða sem teljist til misnotkunar á markaðsráðandi stöðu. Stafi það af þeirri ástæðu að meðaltal breytilegs kostnaðar sé ónothæft kostnaðarviðmið í flugrekstri.

Stefndi mótmæli harðlega öllum málsástæðum stefnda sem varði „mistök“ áfrýjunarnefndar samkeppnismála í útreikningum á kostnaði. Bendir stefndi á að áfrýjunarnefndin hafi ekki getað gert „mistök“ í útreikningunum enda hafi hún byggt útreikningana á upplýsingum sem stefnandi hafi sjálfur lagt fram við meðferð málsins. Í því ljósi verði að telja í hæsta máta einkennilega þá áskorun stefnanda í stefnu um að áfrýjunarnefndin leggi fram „útreikninga sína“. Forsendur áfrýjunarnefndar í niðurstöðu sinni miðast við að tekjur vegna hvers fargjalds (án flugvallarskatta) séu bornar saman við meðaltal staðfærðs kostnaðar af hverju sæti í flugi í heild sinni. Jafnframt verði að hafa í huga að áfrýjunarnefndin hafi ekki fallist á það í úrskurði sínum að skipta bæri flugvél eftir farrýmum með þeim rökum að allir farþegar í einu flugi væru á sömu flugleið þar sem staðganga væri a.m.k. einhver. Í ljósi þessarar forsendu áfrýjunarnefndarinnar telji stefndi að ekki séu rök fyrir því að reikna sérstaklega út kostnað vegna sæta á almennu farrými eingöngu. Forsendur áfrýjunarnefndarinnar miðast þvert á móti við að bera tekjur vegna hvers fargjalds (án flugvallarskatta) saman við meðaltal staðfærðs kostnaðar af hverju sæti í flugi í heild. Að mati nefndarinnar hafi þegar verið það mikill munur á staðfærðum kostnaði annars vegar og umræddum Netsmellum hins vegar, að upphæð 12.100 kr. til Kaupmannahafnar og 12.400 kr. til London, að um undirverðlagningu hafi verið að ræða.

Samkvæmt útreikningum stefnanda sem áfrýjunarnefndin hafi stuðst við hafi kostnaður vegna hvers sætis í flugi til Kaupmannahafnar verið [.....] kr. en í flugi til London [.....] kr. Skýrt sé tiltekið í forsendum áfrýjunarnefndarinnar að frá þessum tölum beri að draga frá almennan stjórnunarkostnað og að bæta ætti við þeim nettó breytilega farþegatengda kostnaði sem stefnandi lagði fram við meðferð málsins. Hann hafi verið [.....] kr. til Kaupmannahafnar og [.....] kr. til London. Hvað varði útreikning á almennum stjórnunarkostnaði á hvert sæti þá sé með ólíkindum að stefnandi skuli halda því fram að það hafi verið „vandasamt“ fyrir hann að reikna hann út samkvæmt forsendum áfrýjunarnefndarinnar. Almennur stjórnunarkostnaður samkvæmt upplýsingum frá stefnanda árið 2003 í hverri ferð til Kaupmannahafnar hafi verið [.....] kr. og London [.....] kr.

Upplýsingar þessar stafi frá stefnanda og hafi honum því verið í lófa lagið að reikna út almennan stjórnunarkostnað. Þegar tekið hafi verið tillit til verðgildis vildarpunkta að upphæð [.....] kr. sé niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar sú að hvert sæti í flugi til Kaupmannahafnar kosti [.....] kr. en til London [.....] kr. Miðað við tekjur vegna sölu á ódýrasta Netsmellinum sé ljóst að tap vegna sölu fargjaldsins til Kaupmannahafnar er [.....] kr., þ.e. tekjurnar hafa verið tæplega [.....] lægri en staðfærði kostnaðurinn, og til London [.....] kr., þ.e. að tekjurnar eru rúmlega [.....] lægri en staðfærði kostnaðurinn.

Stefndi ítrekar að í forsendum áfrýjunarnefndar samkeppnismála er mörkuðum í flugi ekki skipt eftir farrýmum eða fargjaldi því sem selt er í hvert sæti. Með öðrum orðum þurfi tekjur að standa undir meðaltali staðfærðs kostnaðar af hverju sæti (en ekki farþega) að viðbættu verðgildi vildarpunkta. Verði ekki fallist á þessar forsendur áfrýjunarnefndarinnar er útreikningum stefnanda í töflum 1 og 2 í stefnu mótmælt sem

röngum þar sem í tvígang er búið að leiðrétta kostnaðarupplýsingar í þeim tilgangi að draga frá kostnað vegna dýrari fargjalda, þ.e. viðskiptafargjalda sem og annarra dýrari fargjalda á almennu farrými.

Stefndi ítrekar að útreikningar styðjist við gögn frá stefnanda sjálfum. Vísar stefndi í þessu sambandi til umfjöllunar í greinargerð stefnda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þar sem fram komi að yfirmaður rekstrarstýringar stefnanda hafi staðfest að kostnaðartölur sem hefðu verið afhentar stofnuninni ættu aðeins við um Netsmellsfarþega. Hafi yfirmaðurinn lagt fram skjal í þessu sambandi með yfirskriftinni „Uppgjör Icelandair vs. leiðarútreikningar“. Þrátt fyrir framangreint haldi stefnandi því fram og fullyrði að þær upplýsingar sem hann veitti við meðferð málsins hafi ekki verið leiðréttar vegna aukins kostnaðar vegna viðskiptafarþega. Sömu málsástæðu hafi verið haldið fram fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála en við málflutning kom fram hjá lögmanni stefnanda að hann hefði ekki vitað af þessu skjali. Skýri þetta að mati stefnda ástæður þess að því hafi verið haldið ranglega fram af stefnanda að ekki hafi verið tekið tillit til þess í útreikningum að um Netsmelli væri að ræða. Það skuli og áréttað að umræddir útreikningar hafi verið kynntir stefnanda í andmælaskjali stefnda í málinu, en stefnandi hafi engar athugasemdir gert varðandi það að kostnaður væri ofmetinn eða að hann innihéldi liði sem tilheyrðu ekki Netsmellum. Um þetta vísast nánar til umfjöllunar stefnda í greinargerð hans til áfrýjunarnefndar. Sé það ámælisvert að stefnandi skuli nú enn og aftur halda því fram að ekki sé búið að draga frá kostnað sem „óumdeilanlega

[falli] ekki á Netsmelli“ og búa til aðferð, sbr. umræddan stuðul í töflu 1, til að draga frá kostnað vegna viðskiptafargjalda þegar félagið hafi áður verið búið að leggja fram upplýsingar þar sem slíkur frádráttur hafði þegar verið gerður. Fallist dómurinn á, að rétt sé að beita umræddum hlutfallsstuðli eins og hann er reiknaður í töflu 1 og deila „samtals kostnaði á ferð fram og til baka“ með [.....] að því er varði Kaupmannahöfn og [.....] að því er varði London sé algert grundvallaratriði að leiðrétta umræddar upplýsingar í töflu 2 um kostnað á ferð fram og til baka sem og upplýsingar um farþegatengdan kostnað. Í töflu D hér á eftir megi segja að tafla 2 í stefnunni hafa verið leiðrétt hvað þetta varðar.

Stefndi telur mikilvægt að taka fram að þær upplýsingar sem miðað er við í töflunni um kostnað á ferð fram og til baka sem og um farþegatengdan kostnað eru byggðar á gögnum sem stefnandi afhenti á áðurnefndum fundi 26. maí 2004 og áfrýjunarnefndin miðaði jafnframt við í úrskurði sínum. Á grundvelli þessara gagna var tekið saman yfirlit m.a. um heildarkostnað stefnanda í flugi til Kaupmannahafnar og London árið 2003 og óskað eftir því við félagið að það staðfesti að upplýsingarnar væru réttar, sbr. bréf stofnunarinnar til stefnanda, dags. 17. maí 2005. Staðfesti stefnandi að nálgun stofnunarinnar varðandi útreikninga á kostnaði væri rétt, sbr. bréf félagsins til stofnunarinnar, dags. 16. júní 2005. Í töflu D í greinargerð sé búið að reikna út raunkostnað vegna flugs til Kaupmannahafnar og London samkvæmt aðferð stefnanda og þar með leiðrétta þær kostnaðarupplýsingar sem fram koma í töflu 2 í stefnunni. Samtals kostnaður á ferð fram og til baka er fundinn þannig að heildarkostnaði veginna sæta allt árið 2003, er deilt með fjölda ferða.

Stefndi kveður mismuninn á milli staðfærðs kostnaðar og tekna vegna ódýrustu Netsmellanna enn vera neikvæðan, jafnvel þó þeirri forsendu sé bætt við að lækka kostnað vegna aukins rýmis sæta á viðskiptafarrými. Miðað við þær tekjur sem voru vegna sölu á ódýrasta Netsmellinum sé ljóst að tap vegna sölu fargjaldsins til Kaupmannahafnar er [.....] kr. sem þýðir að tekjurnar eru tæplega [.....] lægri en staðfærði kostnaðurinn og til London er tapið [.....] kr., þ.e. tekjurnar eru tæplega [.....] lægri en staðfærði kostnaðurinn.

Stefndi mótmælir þeim upplýsingum sem komi fram í töflum 3 og 4 í stefnunni sem þýðingarlausum. Sé engan veginn hægt að fallast á að miða eigi við kostnað vegna ársins 2004 í stað ársins 2003 þar sem misnotkunin átti sér stað í ársbyrjun 2004. Þá kveður stefndi útilokað að líta til rekstraráætlana stefnanda fyrir árið 2004 við mat á því hvort um misnotkun sé að ræða. Það skuli og áréttað að upplýsingar um staðfærðan kostnað í töflum 3 og 4 eru sem fyrir því marki brenndar að búið er að draga frá aukinn kostnað vegna dýrari fargjalda í tvígang. Ekki sé þó mögulegt að leiðrétta þessar upplýsingar enda ekki fyrirliggjandi sömu kostnaðarupplýsingar fyrir árið 2004 og 2003. Að endingu skuli á það bent að munur á staðfærðum kostnaði samkvæmt aðferðarfræði stefnanda eftir því hvort um er að ræða árið 2004 (töflur 3 og 4) eða árið 2003 (tafla 2) er í raun hverfandi þannig að niðurstaðan yrði eftir sem áður sú að staðfærður kostnaður yrði mun hærri en umræddar tekjur vegna hvors fargjalds til Kaupmannahafnar og til London.

Því er mótmælt að stefnanda hafi tekist að færa sönnur fyrir því að hann sé ekki markaðsráðandi. Telur stefndi að sýnt hafi verið fram á í ákvörðun hans og í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála að hann sé ótvírætt í augljósri markaðsráðandi stöðu. Vísar stefndi í þessu sambandi til ákvörðunar stefnda

varðandi efnahagslegan styrkleika stefnanda, leiðarkerfi hans, Amadeus bókunarkerfið og Vildarklúbbinn auk starfsemi systurfélaga á sviði ferðaþjónustu hér á landi.

Stefndi kveðst með engu móta geta fallist á þá fullyrðingu stefnanda að fargjöld hans hafi staðið undir staðfærðum kostnaði. Bendir stefndi á að stefnandi hafi skirrst við að leiðrétt mistök í eigin útreikningum og viðurkenna að hann hafi dregið kostnað vegna dýrari fargjalda í tvígang frá þeim kostnaðarupplýsingum sem hann miði við. Árétti stefndi mikilvægi þeirra upplýsinga sem komi fram í tölum C og D hér að framan. Niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála leiði í raun til sömu megin niðurstöðu og í ákvörðun stefnda, þ.e. að verðlagningin stæðist ekki kröfur um þau kostnaðarviðmið sem að lágmarki þyrfti að gera til markaðsráðandi flugfélags við þær aðstæður sem um hafi verið að ræða í máli þessu. Með öðrum orðum, að samanburður á tekjum og kostnaði ásamt mati á öðrum þáttum hafi leitt til þeirrar niðurstöðu að verðlagning ódýrustu Netsmellanna hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar komi fram að nefndin hafi fallist „í aðalatriðum“ á útreikninga og forsendur stefnda enda hafði nefndin í fyrri úrskurði sínum í málum nr. 17-18/2003 gert athugasemdir við að slíkir útreikningar hefðu ekki legið fyrir í málinu. Í stuttu máli skipti ekki máli hvaða viðmið vegna samanburðar á tekjum og staðfærðum kostnaði sé notað. Öll hnígi þau að sömu niðurstöðu, þ.e. að tekjur vegna sölu á umræddum Netsmellum til Kaupmannahafnar og London að fjárhæð 16.900 kr. með flugvallarsköttum hafi ekki staðið undir raunhæfum kostnaðarviðmiðum og gildi þá einu hvort miðað sé við kostnað á sæti í flugvél eða á farþega. Sé því engum vafa undirorpið að sú niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að fargjöld stefnanda hafi ekki staðið undir staðfærðum kostnaði sé rétt.

Varðandi tímasetningu Netsmella og magn á framboði þeirra vísi stefndi til umfjöllunar í greinargerð fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála og til ákvörðunar stefnda. Stefndi hafnar því að reglugerð EB nr. 868/2004 geti átt við í því samhengi sem hér um ræði en umrædd reglugerð fjalli ekki um skaðlega undirverðlagningu eða beitingu samkeppnisreglna yfir höfuð. Sé því ljóst að hún hafi enga þýðingu fyrir niðurstöðu málsins. Hvað sem þessu líði skiptir í raun litlu máli hvort heldur heildarframboð fargjalda, á því tímabili sem um ræði, sé miðað við fjölda heildarfarþega eða heildarsæta. Eftir sem áður sé framboðið umtalsvert auk þess sem fargjöldin hafi verið í boði í langan tíma eða tæpt ár.

Stefndi mótmælir því að upplýsingar um framboð sem fram hafi komið í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/2003 séu samanburðarhæfar við þær upplýsingar sem birtar voru í ákvörðun stefnda. Í ákvörðun samkeppnisráðs hafi verið gerður samanburður við fargjöld sem eingöngu voru seld á Íslandi en í ákvörðun stefnda hafi verið gerður samanburður við öll fargjöld á almennu farrými án tengifarþega. Auk þess hafi í ákvörðun samkeppnisráðs verið miðað við tvo fargjaldaflokka en í ákvörðun stefnda einungis einn. Samkvæmt því sé ekkert í málalíbúnaði stefnanda sem hreki það atriði sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála lagði til grundvallar í úrskurði sínum um að umrædd fargjöld hefðu verið í boði í langan tíma og í talsverðu magni.

Stefndi bendir á að því hafi hvorki verið haldið fram í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála né í ákvörðun stefnda að sambærileg fargjöld hefðu ekki einnig verið í boði til þeirra þriggja áfangastaða sem stefnandi nefnir í stefnu, þ.e.

Glasgow, Berlínar og Hamborgar. Samkvæmt þeim gögnum sem stefnandi lagði sjálfur fram við meðferð málsins, sé ljóst að ódýrustu Netsmellirnir giltu „að mestu leyti“ á flugleiðunum til Kaupmannahafnar og London. Þá giltu þessi ódýru fargjöld mun lengur en til annarra áfangastaða.

Stefndi hafnar því að ekki hafi verið litið til annarra þátta en tekna við mat á því hvort verðtilboð Iceland Express ehf. hefði í raun verið jafnað. Þó fallist hafi verið á að Netsmellir stefnanda hafi verið 1.500-2.000 kr. hærri en fargjöld Iceland Express ehf. hafi einnig verið litið til þess að farþegar í flugi hjá stefnanda nytu ýmissa verðmæta og þjónustu sem ekki stæði til boða hjá Iceland Express ehf., svo sem eins og vildarpunkta, veitinga um borð, dagblaða og annars afþreyingarefnis. Skipti þetta miklu þegar lággjaldaverð Iceland Express ehf. var langt til jafnað á umræddum flugleiðum. Þá kveður stefndi þá fullyrðingu stefnanda að ekkert tillit hafi verið tekið til þess að fargjöld Iceland Express ehf. séu „sveigjanlegri“ en umræddir Netsmellir, beinlínis vera ranga. Samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé hagræðið af möguleikum til fargjaldabreytinga eitthvað, en þó greinilega ekki nógu mikið til þess að verð Iceland Express ehf. hafi ekki langt til verið jafnað.

Varðandi þá athugasemd stefnanda að óljóst sé við hvað „rúmlega 10 þúsund“ króna fargjöld hafi verið miðað, í ákvörðun stefnda, bendir stefndi á að lægstu almennu fargjöld Iceland Express ehf. hafi á þeim tíma sem atvik þessa máls áttu sér stað, verið u.þ.b. 10.000 kr. bæði til Kaupmannahafnar og London. Þó fyrirtækið hafi í einstaka tilvikum auglýst verð sem voru lægri, svo sem eins og 2.000 kr. eða einnar kr. tilboð, flokkist slík tilboð ekki til almennra fargjalda og séu því ekki samanburðarhæf í því samhengi sem hér um ræði.

Stefndi mótmælir málsástæðum stefnanda varðandi varakröfu hans og bendir á að hann hafi tekið afstöðu til allra þeirra í ákvörðun sinni sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti með þeirri breytingu að fjárhæð sektarinnar var sem fyrr segir lækkuð úr 190.000.000 kr. í 130.000.000 kr. Stefndi vísar í þessu sambandi til þess sem fram kemur í ákvörðun og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, þar á meðal um lagagrundvöll sektarinnar, eðli og umfang brotsins sem og alvarleika þess auk atriða sem hafi áhrif til hækkunar og lækkunar á fjárhæð sektarinnar.

Ljóst sé að brotin varði mjög umfangsmikil viðskipti á þjóðfélagslega mikilvægum markaði. Umræddum aðgerðum hafði verið hrint í framkvæmd og hafi þær með þeim hætti haft áhrif á markaðnum auk þess sem þau voru í boði í langan tíma. Þá hafi framboð umræddra fargjalda verið umtalsvert og námu heildartekjur stefnanda vegna sölu þessara lægstu fargjalda rúmlega [.....] milljónum kr. á báðum áætlunarleiðunum. Auk þessa liggja fyrir að meðaltekjur stefnanda á hvern farþega vegna sölu á Netsmellum drógust verulega saman á milli árána 2003 og 2004 á umræddum áætlunarleiðum auk þess sem meðaltekjurnar voru jafnframt mun lægri en staðfærður kostnaður vegna hvers farþega og hafi sá mismunur aukist talsvert á milli umræddra ára. Verði að telja að tapi á sölu á Netsmellum hafi verið mætt með sölu á öðrum dýrari fargjöldum á almennu farrými. Sú ákvörðun stefnanda að bjóða umrædd fargjöld að upphæð 16.900 kr. með sköttum til Kaupmannahafnar og London hafi verið meðvituð aðgerð til að viðhalda og styrkja markaðsráðandi stöðu stefnanda á umræddum mörkuðum. Hafi stefnanda ekki getað dulist að sú háttsemi að selja svo mikið magn fargjalda á niðurgreiddu verði, væri til þess fallin að raska samkeppni. Stefndi hafi áður orðið uppvís að misnotkun á markaðsráðandi stöðu

sinni gagnvart Iceland Express ehf. á sömu mörkuðum. Þá hafi misnotkun stefnanda átt sér stað skömmu eftir að áfrýjunarnefnd samkeppnismála kvað upp úrskurð sinn. Ljóst sé að endurtekin brot horfi til þyngingar sekta. Þá mótmælir stefndi því að gallar hafi verið á meðferð málsins sem leiða eigi til þess að sektir verði felldar niður. Jafnframt mótmælir stefndi að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi vikið frá fyrri framkvæmd og viðmiðum og því farið gegn meginreglunni um réttmætar væntingar málsaðila. Þá er því mótmælt að framangreind málsmeðferð áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi brotið gegn jafnræðisreglu stjórnsluréttar. Með engu móti sé hægt að fallast á að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í úrskurði sínum í máli þessu vikið frá fyrri framkvæmd.

Stjórnvaldssekt samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga sé í eðli sínu viðurlög við lögbroti sem hafi að markmiði að valda óþægindum og hafa varnaðaráhrif. Ljóst sé að leggja verði nægjanlega þung viðurlög á fyrirtæki til þess að markmið samkeppnislaga náist og að þau hafi fullnægjandi varnaðaráhrif, hvort sem um er að ræða almenn eða sérstök varnaðaráhrif. Í því felist að sektirnar verði ekki einungis það brot sem er til umfjöllunar hverju sinni heldur sé markmið þeirra að hindra að sama fyrirtækið gerist brotlegt í framtíðinni sem og að önnur fyrirtæki geri slíkt hið sama. Í ákvörðun stefnda er gerð grein fyrir miklum fjárhagslegum styrkleika stefnanda og þeirrar samstæðu sem hann tilheyri. Engum vafa sé undirorpið að þessi styrkleiki sé svo sannarlega enn fyrir hendi. Til þess að tryggja að sektir hafi áhrif verði sérstaklega að hafa í huga fjárhagslegan styrk viðkomandi fyrirtækjasamstæðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2006 Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

Um lagarök vísar stefndi til samkeppnislaga nr. 44/2005, samkeppnislaga nr. 8/1993, stjórnslulaga nr. 37/1993 sem og grundvallarreglna stjórnsluréttarins.

IV

Niðurstaða

Í máli þessu er gerð sú krafa að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007, Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu, en auk þess er gerð sú krafa að ákvörðun stefnda, nr. 11/2007 frá 30. mars 2007 verði felld úr gildi. Varakrafa stefnanda er sama marki brennd, að krafist er ógildingar á ákvæðum úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála um sektir og ákvæðum ákvörðunar stefnda um sektir.

Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála felur í sér endurskoðun á ákvörðun stefnda, Samkeppniseftirlitsins og er úrskurður áfrýjunarnefndar endanlegur á stjórnslustigi. Kröfur stefnanda fyrir dómi geta eingöngu lotið að gildi úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar, en ekki jafnframt að gildi ákvörðunar stefnda, Samkeppniseftirlitsins. Samkvæmt því verður að vísa sjálfkrafa frá dómi kröfu stefnanda um að felld verði úr gildi ákvörðun stefnda nr. 11/2007 frá 30. mars 2007 og varakröfu stefnanda um að ákvæði ákvörðunar stefnda um sektir verði fellt úr gildi, eða sektir lækkaðar.

Stefnandi hefur haldið því fram að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi farið langt út fyrir heimild sína, með því að víkja í grundvallaratriðum frá efnislegum rökstuðningi stefnda fyrir meintri ólögmati verðlagningu stefnanda.

Eins og fram kemur í 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga sæta ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins kærur til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Áfrýjunarnefndin er æðra stjórnvald, sem er bundin af reglum stjórnsluréttarins eins og önnur stjórnvöld. Þannig ber nefndinni meðal annars að stuðla að því að mál sé nægilega upplýst og rannsakað áður en úrskurður er uppkveðinn. Hún getur samkvæmt því, á grundvelli þeirra gagna sem lögð hafa verið fyrir nefndina og þeirra krafna sem gerðar eru fyrir henni, ákveðið að leggja önnur sjónarmið til grundvallar ákvörðun sinni, en lágu til grundvallar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, þótt henni sé ekki heimilt að bæta úr verulegum göllum á málsmeðferðinni sjálfri hjá hinu lægra setta stjórnvaldi.

Fyrir liggur að úrskurður áfrýjunarnefndar í máli þessu var byggður á þeim gögnum sem lágu fyrir í málinu og ákvörðun stefnda byggði á. Þá varð nefndin við kröfum stefnanda um aðra skilgreiningu á flugmörkuðum en stefndi, Samkeppniseftirlitið, hafði lagt til grundvallar í ákvörðun sinni, og féllst á sjónarmið stefnanda um skiptingu kostnaðar á framboðin sæti í stað seldra sæta. Þannig tók hún til sjálfstæðrar úrlausnar þær kröfur og sjónarmið sem fram voru færð fyrir nefndinni og endurskoðaði ákvörðun stefnda með hliðsjón af þeim. Í ljósi framangreinds verður með engu móti fallist á að hún hafi með úrskurði sínum farið út fyrir valdheimildir sínar, eða brotið gegn jafnræðisreglu eins og stefnandi heldur fram.

Þá hefur stefnandi haldið því fram að málsmeðferð stefnda og áfrýjunarnefndar hafi falið í sér brot gegn réttmætum væntingum stefnanda, sem hann hafði byggt á úrskurðum nefndarinnar í málum nr. 17-18/2003. Þessi málsástæða stefnanda kemur til skoðunar við umfjöllun dómsins um staðfærðan kostnað.

Stefnandi hefur og haldið því fram að rannsóknarskyldu hafi ekki verið sinnt, eða tilgreind atriði feli í sér ranga úrvinnslu gagna, þar með talið að áfrýjunarnefnd hafi ekki dregið frá kostnað sem óumdeilt er að ekki falli til við sölu Netsmella, láðst hafi að draga frá viðskiptafarrýmiskostnað, engir útreikningar eða rannsókn liggi að baki þeirri fullyrðingu að Icelandair hafi að öðru leyti samkeppnislegt forskot varðandi framboðna þjónustu, þótt líta megi svo á að það forskot jafnist að einhverju leyti með hliðsjón af því hagræði sem fylgi möguleikum til breytinga á flugfarseðlum Iceland Express. Þessar málsástæður koma til skoðunar við umfjöllum dómsins um kostnaðarútreikning áfrýjunarnefndar.

Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og ákvörðun stefnda verður ráðið að samanburður á fargjaldaskilmálum stefnanda og skilmálum Iceland Express fór fram. Þá er fallist á með stefnda að ákvörðun stefnda er byggð á þeim upplýsingum sem fyrir lágu þegar meint brot stefnanda á ákvæði 11. gr. samkeppnislaga átti sér stað og gekk stefndi út frá því að upplýsingar sem stöfuðu frá stefnanda sjálfum væru réttar. Verður ekki fallist á að stefndi eða áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ekki gætt að rannsóknarskyldu sinni hvað þetta varðar.

Stefnandi heldur því fram að andmælaeigla stjórnsluréttar hafi verið brotin gagnvart sér, þar sem hann hafi aldrei séð þá nýju útreikninga áfrýjunarnefndar sem

liggi til grundvallar úrskurði hennar. Hann staðhæfir engu að síður í stefnu að útreikningar nefndarinnar byggist á tölum sem hann afhenti til Samkeppnisstofnunar 5. mars 2004 og 26. maí 2004 og það verður og ráðið af úrskurði áfrýjunarnefndar, að niðurstaða hennar byggist á upplýsingum sem stefnandi veitti. Verður því ekki ráðið af málatilbúnaði stefnanda í hverju brot gegn andmælarétti stefnanda fólst, þar sem fyrir liggur að stefnandi átti þess kost að kynna sér gögn málsins, koma fram með nýjar upplýsingar og tjá sig um þær.

Stefnandi heldur því og fram að niðurstaða áfrýjunarnefndar sé efnislega röng og kveður að tvö atriði ráði úrslitum um það hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu, þ.e. markaðshlutdeild og aðgangshindranir.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála er tilgreindur markaður skilgreindur út frá landsvæði og vörum eða þjónustu og staðgönguvörum og staðgönguþjónustu eins og þessi atriði horfa við út frá sjónarmiði neytenda. Sá markaður sem fyrst og fremst verði fyrir áhrifum eða sé líklegur til að verða fyrir áhrifum af tiltekinni aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis út frá þessum sjónarmiðum verði samkvæmt þessu talinn falla undir efnislýsingu 11. gr. samkeppnislaga. Í úrskurðinum segir svo að augljóst sé að skilgreiningar af þessu tagi geti ekki orðið nákvæmar, heldur verði aðeins notaðar til viðmiðunar. Þá segir í úrskurðinum að lágfargjöld þau sem um er deilt í málinu hafi náð til áætlunarflugs milli Keflavíkur og London og Keflavíkur og Kaupmannahafnar. Þau hafi því fyrst og fremst áhrif á þeim flugleiðum og verið við það miðað. Þau lágfargjöld sem séu til skoðunar teljist hafa áhrif á allt flug samkeppnisaðilans á umræddum flugleiðum. Sé því ástæðulaust að skipta markaðnum upp í undirmarkaði, t. d. viðskiptafarrými og almennt farrými.

Af málatilbúnaði stefnanda er ekki ljóst á hvaða grunni hann telur markaðsskilgreiningu áfrýjunarnefndar samkeppnismála ekki rétta, en jafnframt liggur fyrir að nefndin féllst á þá skoðun stefnanda að undanskilja beri tengifarþega þegar markaður milli tveggja áfangastaða er skilgreindur og að líta beri á eina flugvél sem einn markað. Því er það mat dómsins að ekki hafi verið sýnt fram á, af hálfu stefnanda, að markaðsskilgreining áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé ómálefnaleg eða órökrétt.

Stefnandi kveðst ósammála þeirri áherslu áfrýjunarnefndar að reikna markaðshlutdeild út miðað við tekjur en ekki farþegafjölda, sem stefnandi kveður vera eina hlutlæga viðmiðið um markaðsstyrk flugfélaga, en mat á markaðshlutdeild sem byggist einungis á tekjum af sölu farmiða hljóti að leiða til vanmats á markaðsstyrk þeirra.

Í ákvörðun stefnda eru rakin mismunandi sjónarmið um mælingu á markaðshlutdeild og upplýsingar settar fram um tekjur, fjölda farþega og markaðshlutdeild félaganna tveggja á því tímabili sem um ræðir í máli þessu á markaðnum fyrir almenn fargjöld/lágfargjöld. Voru þær forsendur lagðar til grundvallar í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála með þeirri breytingu þó, að áfrýjunarnefndin hefði einnig í huga tekjur af viðskiptafargjöldum stefnanda, sem geri tekjur hans hlutfallslega hærrí en reiknað sé með í hinni kærðu ákvörðun.

Í töflum um markaðshlutdeild í hinni kærðu ákvörðun er hvoru tveggja miðað við tekjur og fjölda farþega (tengifarþegar meðtaldir). Þar kemur fram að markaðshlutdeild stefnanda var 75-80% á flugleiðinni til og frá Kaupmannahöfn á

tímabilinu mars-desember 2003 miðað við heildartekjur stefnanda og Iceland Express á flugleiðinni. Hlutdeild miðað við fjölda farþega hafi hins vegar verið rúmlega 70-75%. Hlutdeild stefnanda árið 2004 hafi verið tæplega 70-75% miðað við tekjur og tæplega 60-65% miðað við fjölda farþega.

Að því er varði flugleiðina til og frá London hafi Icelandair verið með tæplega 70-75% hlutdeild miðað við tekjur, en tæplega 65-70% miðað við fjölda farþega mánuðina mars til desember árið 2003. Árið 2004 hafi hlutdeild Icelandair verið tæplega 60-65% miðað við tekjur og rúmlega 55-60% miðað við fjölda farþega.

Markaðshlutdeild hjá Icelandair sé heldur lægri þegar tengifarþegar séu undanskildir, ljóst sé þó að þróun markaðshlutdeildar hafi verið svipuð á milli ára tveggja hvort heldur sem hlutdeildin hafi verið reiknuð með eða án tengifarþega.

Dómurinn fellst á þau rök áfrýjunarnefndar að það leiði af eðli málsins að því hærrí sem markaðshlutdeild fyrirtækis sé, því sterkari vísbendingu gefi hún um markaðsráðandi stöðu. Er fallist á með áfrýjunarnefndinni að bæði málefnalegt og rökrétt sé að miða markaðshlutdeild við tekjur af sölu farmiða á hinum skilgreindum mörkuðum, enda sé niðurstaðan ekki önnur í grundvallaratriðum ef miðað er við fjölda farþega. Þegar virtar eru tekjur ásamt fjölda farþega fyrir tímabilið mars 2003 til desember 2004, sem gerð er grein fyrir í úrskurði áfrýjunarnefndar og ákvörðun stefnda, fellst dómurinn á að markaðshlutdeild stefnanda á þessu tímabili hafi verið með þeim hætti að hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreindu mörkuðum á þessu tímabili, enda er meginregla í samkeppnisrétti að fyrirtæki sem er með 50% markaðshlutdeild eða meira á hinum skilgreinda markaði er talið markaðsráðandi, nema skýr sönnunargögn bendi til annars.

Þá er fallist á með stefnda, að jafnvel þótt ýmis atriði bendi til þess að aðgangshindranir séu ekki svo miklar hér sem annars staðar, svo sem greiður aðgangur að flugvöllum, gagnsæi íslenska markaðarins og minnkandi þýðing ferðaskrifstofa, hafi þetta ekki úrslitabýðingu við mat á því hvort um raunverulegar aðgangshindranir sé að ræða, heldur það hvort inn á markaðinn geti komið keppinautur sem er fær um að veita viðkomandi fyrirtæki nægjanlega virka samkeppni. Það er mat dómsins í ljósi gagna málsins, að aðgangshindranir hafi verið fyrir hendi þegar atvik máls þessa áttu sér stað.

Varðandi þá málsástæðu stefnanda að farþegafjöldi sé eina hlutlæga viðmiðið um markaðsstyrk flugfélaga ber að líta til þess að ekki liggja fyrir í málinu óyggjandi gögn, sem ekki hafa verið bornar brigður á, því til staðfestingar að farþegafjöldi Iceland Express á hinum umræddu flugleiðum, sé sá sem stefnandi leggur til grundvallar staðhæfingu sinni um markaðsstyrk þess félags.

Stefnandi kveður að rétt hefði verið að meta hvort verð umræddra Netsmella væri undir breytilegum kostnaði, en ekki miða við staðfærðan kostnað, sem stefnandi kveður rangt viðmið.

Áfrýjunarnefndin beitti því kostnaðarviðmiði í úrskurðum sínum nr. 17-18/2003 og hefur komið fram hjá stefnanda að hann hafi ákveðið fargjöld sín með hliðsjón af þeirri niðurstöðu. Er ekkert fram komið í málinu sem sýnt geti fram á að

kostnaðarviðmið sem byggir á staðfærðum kostnaði sé ómálefnalegt eða órókrétt og sé til þess fallið að draga úr samkeppni eins og stefnandi staðhæfir.

Stefnandi hefur bent á að útreikningar sem lagðir voru fram af hans hálfu 26. maí 2004, séu ekki kostnaðargreining vegna Netsmella, heldur heildarkostnaður hvernar flugferðar fram og til baka og að í skjalinu hafi ekki verið tekið tillit til þess að með sölu Netsmella sparist verulegar fjárhæðir. Þá kveður stefnandi að áfrýjunarnefndinni hafi láðst að draga frá kostnað sem ekki falli á Netsmelli og vísar í því sambandi til þess að hvert sæti á viðskiptafarrými taki [.....] það pláss sem sæti á almennu farrými taki og að þegar heildarkostnaði sé deilt niður á sæti sé órókrétt að deila honum jafnt niður á öll sæti.

Þá hafi nefndinni láðst að taka tillit til raunverulegra rekstrarniðurstaðna stefnanda árið 2004.

Að lokum hafi nefndinni láðst að taka tillit til þess að raunverulegur tekjur af sölu umdeilda Netsmella voru hærri en auglýst verð.

Í matsbeiðni sem lögð var fram af hálfu stefnanda 30. apríl 2008 var þess farið á leit að lagt yrði mat á tiltekin atriði sem nánar eru tilgreind í málavaxtalýsingu dómsins. Til þess að framkvæma matið þurfti hinn dómkvaddi matsmaður að staðreyna ákveðna útreikninga, þótt ekki væri óskað eftir sjálfstæðu mati á kostnaði. Matsgerðin felur engu að síður í sér mat á því sem óskað var mats á, matsgerðin er rökstudd og henni hefur ekki verið hnekkkt með yfirmatsgerð. Stefndi gerði hvorki athugasemdir við dómkvaðningu matsmanns né gerði hann athugasemdir við það að röksemdafærslu í matsgerðinni væri ábótavant, þegar hún var lögð fram. Fyrst við aðalmeðferð málsins var því hreyft að á matsgerðinni væru þeir ágallar að hún hefði ekki sönnunargildi. Það er mat dómsins að á matsgerðinni séu engir slíkir annmarkar að hún hafi ekki fullt sönnunargildi um þau atriði sem óskað var mats á.

Í matsgerðinni kemur fram undir matslið 3 að kostnaður, sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur vera staðfærðan kostnað, endurspegli ekki Netsmellakostnað. Að mati dómsins, sem er skipaður sérfróðum meðdómendum, er fallist á þá niðurstöðu matsmanns, að sá kostnaður sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála byggir niðurstöður sínar á, í hinum kærða úrskurði endurspegli ekki Netsmellakostnað, enda kemur fram í skjali því sem áfrýjunarnefnd byggir niðurstöðu sína á, þ.e. dómskjali nr. 19, að um heildarkostnað er að ræða, en ekki sé tekið tillit til að um Netsmelli sé að ræða. Nefndin víkur þannig frá þeirri aðferðafræði sem hún viðhafði í fyrri úrskurðum nr. 17-18/2003, þar sem hún byggði niðurstöður sínar á kostnaðartölum þar sem dreginn hafði verið frá kostnaður vegna hagræðis sem fólst í sölu Netsmella. Það er því niðurstaða dómsins varðandi þessa málsástæðu að staðfærður kostnaður annars vegar fyrir flugleiðina til Kaupmannahafnar hafi verið sem næst [.....] krónur og [.....] krónur fyrir flugleiðina til London.

Niðurstaða matsmanns um staðfærðan kostnað er í samræmi við upprunalegt mat stefnda, Samkeppniseftirlitsins, hefði stefndi við útreikninga sína miðað við framboðin sæti, eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að miða beri við. Í efri hluta eftirfarandi töflu er sýnt hvernig stefndi, Samkeppniseftirlitið, reiknaði staðfærðan kostnað á grundvelli upplýsinga um Netsmellakostnað sem því bærust frá stefnanda með bréfi dags. 5. mars 2004, eins og greinir á dómskjali 7, fylgiskjali

4, og meðalfjölda farþega. Í neðri hluta töflunnar er hins vegar sýnt hvernig niðurstaðan hefði verið, að öðru óbreyttu, ef miðað hefði verið við meðalfjölda sæta. Niðurstaðan, að teknu tilliti til þessarar breyttu forsendu sem áfrýjunarnefndin metur rétta, er sú að staðfærður kostnaður á sæti sé [.....] kr. á leiðinni milli Keflavíkur og Kaupmannahafnar og [.....] kr. á leiðinni milli Keflavíkur og London. Frávík frá niðurstöðu matsmannsins skýrist af tvennu. Matsmaður hefur bætt við kostnaði sem fólgin er í útgáfu vildarpunkta og metið tiltekna rýmisstuðla sem taka tillit til þess pláss sem sæti á almennu farrými taka í samanburði við sæti á viðskiptafarrými.

[.....]

Við munnlegan málflutning lagði lögmaður stefnda áherslu á að ganga ætti út frá upphaflegri upplýsingagjöf stefnanda við mat á staðfærðum kostnaði fremur en álitu matsmanns. Eins og framangreind umfjöllun ber með sér er það niðurstaða dómsins að hvort heldur sem miðað er við þá aðferð eða matsgerð dómkvaddis matsmanns leiði það til sambærilegrar niðurstöðu.

Af framangreindu má því ráða að munur á staðfærðum kostnaði og tekjum af Netsmellum á flugleiðinni til London og Kaupmannahafnar er langt frá því eins mikill og samkvæmt niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Við skoðun á því hvort framangreindir Netsmellir á 16.900 krónur hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu andstæða 11. gr. samkeppnislaga ber að líta til þess álits dómsins, sem hér er reifað að framan, að stefnandi hafi á þeim tíma sem um ræðir í máli þessu verið í markaðsráðandi stöðu og er fallist á með áfrýjunarnefnd samkeppnismála að sem slíkur beri hann ríkar skyldur á umræddum markaði.

Þá er ljóst af því sem að framan greinir, og með vísan til niðurstöðu matsgerðar, að ódýrustu fargjöld stefnanda stóðu ekki undir staðfærðum kostnaði, þótt þar muni ekki eins miklu og áfrýjunarnefnd samkeppnismál telur. Þannig munar aðeins um [.....] krónum varðandi flugleiðina til London, en um [.....] krónum varðandi flugleiðina til Kaupmannahafnar. Á flugleiðinni til London verður því að mati dómsins ekki fallist á að um skaðlega undirverðlagningu hafi verið að ræða, en hins vegar á flugleiðinni til Kaupmannahafnar. Samkvæmt framangreindu verður ekki fallist á með stefnanda að í úrskurði áfrýjunarnefndar hafi falist brot gegn réttmætum væntingum stefnanda.

Fargjöldin sem um ræðir voru í boði um 10-11 mánuði og kveður stefnandi þau hafa tekið til um [.....] af farþegafjölda en í ákvörðun stefnda er því haldið fram að framboð þeirra hafi verið um [.....] á árinu 2004. Ágreiningur er um nákvæma prósentutölu, en fallast má á með áfrýjunarnefndinni að um talsvert magn sé að ræða, hvort sem miðað er við þá tölu sem stefnandi gefur upp eða stefndi.

Það er mat dómsins, að við ákvörðun þess hvort 10-11 mánuðir séu langur tími í flugrekstri beri að líta til þess að í hagfræðilegum skilningi er tímabil, sem er svo langt að fyrirsjáanlega má breyta notkun allra framleiðsluþátta án vandkvæða, kallað langur tími. Undanfarin ár hefur Ícelandair gefið út flugáætlun sína í lok októbermánaðar. Kostnaður vegna flugleiðar er ekki að fullu breytilegur nema svigrúm sé til þess að fjölga eða fækka flugferðum. Vísendingar eru um að slíkt svigrúm sé takmarkað innan árs, en aftur á móti tiltölulega sveigjanlegt á milli ára.

Mestallur kostnaður getur því talist breytilegur þegar horft er til árs eða lengri tíma, en til skemmri tíma er hluti kostnaðar í flestum tilvikum fastur. Það er því mat dómsins að sá tími sem títtnefnd fargjöld voru í boði sé á mörkum þess að teljast langur tími í flugrekstri.

Varðandi það viðmið áfrýjunarnefndar samkeppnismála að fargjöldin hafi gilt að mestu á leiðinni til Kaupmannahafnar og London, og aðgerðin hafi því verið sértæk að því leyti, verður að líta til þess að sambærileg fargjöld giltu til Glasgow, Berlínar og Hamborgar, þótt draga megi þá ályktun af gögnum málsins að meirihluti seldra farmiða hafi verið til Kaupmannahafnar og London. Engu að síður verður að fallast á með stefnanda að ekki hafi verið sýnt fram á af hálfu stefnda að um sértæka aðgerð að þessu leyti hafi verið að ræða af hálfu stefnanda.

Varðandi það viðmið áfrýjunarnefndarinnar að lággjaldaverð Iceland Express hafi verið langt til jafnað á umræddum flugleiðum, er það álit dómsins að við mat sitt á því hafi nefndin m.a. gætt að því hagræði sem fylgdi breytingum á farseðlum hjá Iceland Express. Er því fallist á þá skoðun áfrýjunarnefndarinnar.

Samkvæmt framangreindu er fallist á með stefnda að í ódýrustu Netsmellunum til og frá Kaupmannahöfn, að upphæð 16.900 krónur með flugvallarsköttum hafi falist skaðleg undirverðlagning, sem hafi verið til þess fallin að draga úr samkeppni frá Iceland Express ehf., en að í ódýrustu Netsmellunum til og frá London hafi hins vegar ekki falist skaðleg undirverðlagning.

Stefndi er því samkvæmt framangreindu sýknaður af aðalkröfu stefnanda og er úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 22. júní 2007 í máli nr. 4/2007, Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu, staðfestur að öðru leyti en því sem að neðan greinir um ákvörðun sektar.

Brot stefnanda er að mati dómsins ekki eins alvarlegt og víðtækt og niðurstaða úrskurðar áfrýjunarnefndar byggir á. Kemur þá til skoðunar varakrafa stefnanda.

Í 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga er kveðið á um að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóti gegn 53. og 54. gr. EES samningsins eða bannákvæðum laganna og að við ákvörðun sekta skuli hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafi staðið lengi.

Eins og fram kemur í ákvörðun stefnda getur verið um brot gegn 11. gr. samkeppnislaga að ræða, við það eitt að gripið sé til aðgerða sem hafa það markmiði að raska samkeppni og þarf aðgerðin ekki að hafa haft nein áhrif á markaðnum. Því getur verið heimilt og eðlilegt að leggja á stjórnvaldssektir vegna brota á bannreglum samkeppnislaga þótt ekki sé sýnt fram á að keppinautur hafi hrökklast út af markaðnum. Hins vegar verði við mat á því hvort leggja beri á sektir, að líta til umfangs brots og til þess tíma sem brot hefur staðið. Þá er fallist á með stefnda og áfrýjunarnefnd samkeppnismála að líta megi til þess hvort stefnandi mátti gera sér grein fyrir því hvaða kröfur hafi verið gerðar til verðlagningar hans á umræddum fargjöldum. Eins og rakið hefur verið hér að ofan byggir úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála ekki á sömu viðmiðunum um staðfærðan kostnað og gert var í fyrri úrskurðum nefndarinnar nr. 17-18/2003 og er staðfærður kostnaður, að mati dómkvadds matsmanns og dómsins, mun lægri en gert er ráð fyrir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Munur á staðfærðum kostnaði og

tekjum af Netsmellum á flugleiðinni til London og Kaupmannahafnar er því langt frá því eins mikill og samkvæmt niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Er því fallist á með stefnanda að hann hafi ekki mátt að öllu leyti gera sér grein fyrir hvaða kröfur voru gerðar til verðlagningar á umræddum fargjöldum, sem samrýma mætti ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga, en ljóst er að verðlagning hans á fargjöldum til Kaupmannahafnar fól í sér skaðlega undirverðlagningu og þar með brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Jafnframt telur dómurinn, eins og áður hefur komið fram, að tæplega megi fullyrða að brot hans hafi staðið í langan tíma og að mati dómsins var ekki um sértæka aðgerð að þessu leyti að ræða af hálfu stefnanda. Framangreind atriði draga svo mjög úr alvarleika brots stefnanda, miðað við þau sjónarmið sem lögð eru til grundvallar í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og ákvörðun stefnda, að dómurinn telur að fallast beri á varakröfu stefnanda um að fella úr gildi ákvæði úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2007 um að stefnandi skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 130.000.000 króna.

Eftir þessum úrslitum og með vísan til 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 greiði hvor aðila sinn kostnað af málinu.

Ingveldur Einarsdóttir kvað upp þennan dóm, ásamt meðdómendunum Guðmundi Sigurðssyni prófessor og Jóni Þór Sturlusyni, dósent.

D ó m s o r ð:

Stefndi, Samkeppniseftirlitið, er sýknaður af aðalkröfu stefnanda, Icelandair ehf. Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 22. júní 2007 í máli nr. 4/2007 er staðfestur, að öðru leyti en því að fellt er úr gildi ákvæði áðurnefnds úrskurðar um að stefnandi skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 130.000.000 króna.

Vísað er frá dómi kröfum stefnanda, Icelandair ehf. um að felld verði úr gildi ákvörðun stefnda, Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007 frá 30. mars 2007.

Málskostnaður fellur niður.