



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Þriðjudagur 31. maí 2011

Ákvörðun til bráðabirgða nr. 1/2011

Synjun IGS ehf. á fraktafgreiðslu til Cargo Express ehf.

I.

Aðdragandi máls og málsmeðferð

1.

Erindi frá Cargo Express

Þann 5. maí 2011 barst Samkeppniseftirlitinu erindi frá Cargo Express ehf. (hér eftir Cargo Express) þar sem farið var fram á að eftirlitið tæki bráðabirgðaákvörðun samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Cargo Express er félag sem er að hluta til í eigu Iceland Express ehf. (hér eftir Iceland Express). Beiðni Cargo Express um bráðabirgðaákvörðun lýtur að því að félagið þurfi aðgang að ómissandi aðstöðu Icelandair Ground Services ehf./IGS ehf. (hér eftir IGS) á Keflavíkurflugvelli. Aðstaðan sem um ræðir er flugþjónusta vegna fraktflutninga Cargo Express. Cargo Express heldur því fram að félagið muni verða fyrir samkeppnislegu tjóni fái fyrirtækið ekki aðgang að þjónustu IGS.

Í erindinu segir að Iceland Express hafi árið 2008 samið við APA ehf. (hér eftir Airport Associates) um flugþjónustu á Keflavíkurflugvelli, bæði vegna farþegaflutninga og fraktflutninga milli landa. Frá þeim tíma hafi Cargo Express flutt frakt með áætlunarflugvélum Iceland Express samkvæmt samkomulagi á milli félaganna. Þannig hafi Airport Associates veitt Cargo Express flugþjónustu í gegnum samning sinn við Iceland Express síðustu misseri.

Með bréfi, dags. 2. mars 2011, hafi Airport Associates sagt upp flugþjónustusamningi við Iceland Express og sé lokadagur samningsins 31. maí 2011. Samningaviðræður um áframhaldandi þjónustu Airport Associates við Iceland Express hafi ekki borið árangur. Þann 23. mars 2011 hafi Iceland Express óskað eftir tilboði í flugþjónustu frá IGS, sem sé systurfélag Icelandair ehf. (hér eftir Icelandair). Með bréfi dags. 29. mars 2011 hafi IGS hafnað því að veita Iceland Express alhliða flugþjónustu.

Í ljósi þess að IGS hafi neitað að veita Iceland Express alhliða flugþjónustu hafi Iceland Express ekki talið annan kost í stöðunni en að stofna eigið flugþjónustufyrirtæki. Vegna þess hve knappur tími sé til stefnu telji Iceland Express að ekki sé unnt að hefja flugþjónustu við fraktflutninga fyrir 1. júní 2011 en þann dag renni samningur við Airport Associates út. Þetta þýði að Cargo Express verði án fraktþjónustu frá þeim tíma, nema starfandi aðilar á flugþjónustumarkaðnum semji við félagið.



Í ljósi stöðunnar hafi Cargo Express leitað munnlega tilboða frá Airport Associates og IGS við dræmar undirtektir. Þann 16. apríl 2011 hafi Cargo Express óskað skriflega eftir tilboði frá Airport Associates í flugþjónustu vegna fraktflutninga, frá 1. júní 2011. Cargo Express hafi einnig óskað eftir tilboði í sambærilega þjónustu frá IGS með bréfi, dags. 27. apríl 2011.

Þrátt fyrir ítrekanir hafi ekkert svar borist frá IGS og Airport Associates hafi þegar neitað að þjónusta Cargo Express. Hvorki IGS né Airport Associates hafi virst tilbúin til að veita Cargo Express þjónustu. Cargo Express telji að viðskiptalegar ástæður liggja ekki að baki neitun viðkomandi aðila á að veita þjónustu. Cargo Express telji að IGS ætli að draga það að svara erindinu og bera síðan fyrir sig að of stuttur tími sé til stefnu til að hefja þjónustu.

Ef Cargo Express fái ekki ofangreinda þjónustu keypta verði félagið óstarfhæft þangað til Iceland Express verði búið að koma sér upp eigin fraktþjónustu. Muni þessi röskun standa fram á haust eða veturinn 2011 til 2012, að mati Cargo Express. Afleiðingar þess yrðu að félagið missti öll sín viðskipti til keppinauta.

Stærsti keppinautur Cargo Express sé Icelandair Cargo ehf. (hér eftir Icelandair Cargo) sem sé systurfélag IGS. Þannig hafi Icelandair Cargo beina hagsmuni af því að IGS neiti að þjónusta Cargo Express. Cargo Express sé að hluta til í eigu Iceland Express sem sé helsti keppinautur Icelandair samstæðunnar og þar með hafi Icelandair samstæðan óbeina hagsmuni af veitingu Cargo Express. Icelandair Cargo sé að mati Cargo Express með einstaka yfirburðastöðu á markaðnum. Fái Cargo Express ekki keypta flugþjónustu vegna fraktflutninga sinna eftir 1. júní 2011 muni þessi staða Icelandair Cargo styrkjast. Slíkt hafi verulega neikvæð áhrif á samkeppni og fari gegn markmiði samkeppnislaga.

Cargo Express telur að háttsemi IGS feli í sér ólögmeða sölusynjun (e. refusal to supply) markaðsráðandi fyrirtækis í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Þessu til stuðnings vísar Cargo Express til dómfordæma Evrópudómstólsins í slíkum málum. Sölusynjun IGS leiði til þess að keppinaut systurfélags IGS verði bolað út af markaðnum.

Cargo Express ber einnig fyrir sig kenningu samkeppnisréttarins um ómissandi aðstöðu (e. essential facilities doctrine). Cargo Express telji að þjónusta þeirra aðila sem starfi á markaðnum sé ómissandi, allavega í þann tíma sem það taki Iceland Express að koma upp sinni eigin flugþjónustu. Þessu til stuðnings vísar Cargo Express til fordæma Evrópudómstólsins og framkvæmdastjórnarinnar um að aðgangur að vissum höfnum geti talist til ómissandi aðstöðu. Cargo Express vísar einnig til skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 þar sem komist sé að því að flugafgreiðsla Flugfélags Íslands við Reykjavíkflugvöll kunni að vera ómissandi aðstaða.

Í samræmi við ofangreint fer Cargo Express fram á að Samkeppniseftirlitið taki tafarlaust bráðabirgðaákvörðun í málinu samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga, um að IGS sé gert skylt að veita félaginu flugþjónustu frá 1. júní 2011. Til vara er sömu kröfu beint að IGS og Airport Associates sameiginlega vegna mögulegrar sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu þeirra. Það er mat Cargo Express að skilyrði a og b-liðar 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt þar sem sennilegt sé að aðstæður í máli þessu fari gegn ákvæðum laganna og bið eftir ákvörðun muni leiða til röskunar á samkeppni.



Markaðirnir sem málið varðar eru að mati Cargo Express markaðurinn fyrir fraktflutninga milli Keflavíkurflugvallar og erlendra áfangastaða og flugþjónusta á Keflavíkurflugvelli. Um skilgreiningu fyrrnefnda markaðarins og stöðu aðila á honum vísar félagið alfarið til umfjöllunar um markaðinn í kafla 12 í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008. Það er mat Cargo Express að félagið hafi um 5% markaðshlutdeild, Bláfugl ehf. um 15% markaðshlutdeild og Icelandair Cargo um 80% markaðshlutdeild. Cargo Express telji að yfirburðamarkaðshlutdeild Icelandair Cargo ein og sér leiði til þess að félagið verði talið ráðandi á markaðnum en vísar einnig til þess að Icelandair samstæðan hafi ítrekað verið talin markaðsráðandi á flugtengdum mörkuðum í úrskurðum samkeppnisyfirvalda. Þá styrki yfirburðastaða Icelandair samstæðunnar á tengdum mörkuðum enn fremur stöðu félagsins á umræddum markaði.

Cargo Express heldur því fram að á síðarnefnda markaðnum, þ.e. flugþjónustumarkaðnum fyrir fraktflutninga, starfi aðeins tveir aðilar, annars vegar Airport Associates sem sé með 10-15% markaðshlutdeild að mati Cargo Express og hins vegar IGS sem sé með 85%-90% markaðshlutdeild. Fraktflytjendur hafi þannig aðeins val um viðskipti við annan hvorn þessara aðila. Cargo Express telji að IGS sé í markaðsráðandi stöðu á markaðnum vegna tengsla sinna við Icelandair samstæðuna og markaðshlutdeildar. Þessu til stuðnings vísar Cargo Express til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006.

Cargo Express telji, með vísan til hverfandi markaðshlutdeildar sinnar, að IGS geti ekki borið fyrir sig tíma- eða aðstöðuskorti sem rökum fyrir því að neita að þjónusta félagið.

2.

Umsögn IGS við erindi Cargo Express

Samkeppniseftirlitið sendi IGS bréf, dags. 13. maí 2011, þar sem óskað var athugasemda fyrirtækisins vegna ofangreinds erindis Cargo Express. Einnig var óskað eftir upplýsingum um hvaða ástæður væru fyrir því að IGS hefði ekki svarað ósk Cargo Express um viðskipti, tíu stærstu viðskiptavinum IGS og lýsingu á þeirri þjónustu sem fyrirtækið veitir viðskiptavinum og um tekjur IGS vegna annars vegar þjónustu við farþegaflug og hins vegar þjónustu við fraktflug. Í ljósi þess að farið var fram á bráðabirgðaákvörðun í málinu var þess óskað að svör bærust eigi síðar en í lok vinnudags þann 18. maí 2011.

Svarbréf lögmanns IGS við ofangreindri umsagnar- og upplýsingabeiðni barst Samkeppniseftirlitinu með bréfi, dags. 18. maí 2011. Í bréfinu hafnar IGS því að hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og reglum samkeppnisréttarins um ómissandi aðstöðu.

Segir í bréfinu að IGS sé fyrirtæki sem reki flugafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli, einn þáttur starfsseminnar sé flugafgreiðsla tengd flugfrakt. Flugafgreiðsla tengd flugfrakt felist einkum í starfrækslu á vörugeymslu, gegnumlýsingu, skjalagerð o.fl. IGS nefnir að öryggiskröfur vegna starfsseminnar hafi aukist gríðarlega síðastliðinn áratug.

Það er mat IGS að Iceland Express og Cargo Express séu undir sömu yfirráðum og teljist því einn og sami aðilinn í skilningi samkeppnisréttar þar sem félögin myndi eina efnahagslega einingu.



Með tölvupósti þann 17. mars 2011 hafi Iceland Express óskað eftir því að IGS gerði félaginu tilboð í flugþjónustu á Keflavíkurflugvelli. Var þeirri umleitan svarað með tölvupósti þann 22. mars 2011. IGS hafi farið fram á að Iceland Express gerði Samkeppniseftirlitinu viðvart um óskina í ljósi fyrri mála. IGS hafi þó tekið fram að í ljósi þess hversu stutt væri í 1. júní 2011 myndi félagið vart geta orðið við beiðni Iceland Express.

Í kjölfarið hafi borist annað bréf frá Iceland Express, dags. 23. mars 2011, þar sem ósk félagsins um þjónustu hafi verið ítrekuð. Í þessu bréfi hafi fyrst verið greint frá því að Airport Associates hefði sagt upp samningi sínum við Iceland Express.

Þann 29. mars 2011 hafi ofangreindu bréfi Iceland Express verið svarað. Í svarinu kom fram að IGS teldi ekki mögulegt eða raunhæft að geta byrjað að veita þjónustuna á hinum umbeðna tíma. Þó hafi verið óskað eftir upplýsingum um hvers kyns flugþjónustu óskað væri eftir. Síðar um kvöldið hafi birst frétt á vef Víkurfrétta þess efnis að Iceland Express hygðist stofna eigið flugþjónustufyrirtæki. Miðað við tímasetningu fréttarinnar hafi IGS jafnvel talið að tilgangur tilboðsumleitana Iceland Express hafi verið sá að fá upplýsingar um verð til að undirbúa stofnun nýs keppinautar.

Í kjölfar þessarar fréttar hafi IGS gengið út frá því að málinu væri lokið enda Iceland Express samstæðan komin í beina samkeppni við IGS og Icelandair samstæðuna. Þar sem öll upplýsingagjöf um verð og samningsgerð milli keppinauta sé almennt varhugaverð með hliðsjón af 10. gr. samkeppnislaga hafi IGS talið málinu sjálfhætt.

Svo hafi þó ekki verið og þann 12. apríl 2011 hafi forsvarsmaður Cargo Express farið þess munnlega á leit við IGS að félagið myndi þjónusta þann hluta flugafgreiðslu Iceland Express sem lyti að fraktflutningum. Forsvarsmaður IGS hafi gefið þau svör að aðstaða IGS til að afgreiða frakt væri fullnýtt og að ekki væri hægt að hefja viðskipti nema að undangengnum fjárfestingum og úrbótum. Ekki stæði til að ráðast í þær umbætur og allt að einu myndu þær ekki vera tilbúnar fyrir 1. júní 2011.

Sama beiðni hafi verið sett fram í bréfi til IGS, dags. 19. apríl 2011, frá lögmanni Iceland Express og Cargo Express. Bréfið hafi verið stílað á framkvæmdastjóra IGS og hafi borist rétt fyrir páska. Framkvæmdastjórinn hafi verið í frí og ekki komið aftur til vinnu fyrr en í vikunni eftir páska. Hafi lögmaður IGS þá þegar haft samband við lögmann Cargo Express og greint honum frá þessu, ásamt að upplýsa um að vart tækist að verða við beiðninni eins og hún hafi verið sett fram. Hafi IGS verið að leggja lokahönd á formlegt svarbréf þegar IGS hafi borist bréf Samkeppniseftirlitsins.

Þá er vísað til þess að í erindi Cargo Express til Samkeppniseftirlitsins sé því haldið fram að það taki mun lengri tíma að undirbúa og koma upp flugþjónustu vegna fraktflutninga en annarrar flugþjónustu, eða að minnsta kosti sex mánuðum lengri tíma. Það sé mat IGS að í erindinu sé ekki að finna neinn rökstuðning fyrir þessari staðhæfingu.

Þá er vísað til tölvupósts frá 4. maí 2011 sem fylgt hafi erindi Cargo Express. Þar komi fram að Cargo Express sé tilbúið til að leita eftir undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga,



sbr. 15. gr. sömu laga. Þetta sýni, að mati IGS, að Cargo Express geri sér grein fyrir að beiðni fyrirtækisins kunni að vera andstæð 10. gr. samkeppnislaga.

Staða IGS sé þannig að aðstaða fyrirtækisins sé því sem næst fullnýtt. Eigi þetta einkum við um vöruhús og kæla, en einnig sé mikið álag á tækjabúnaði. Það sé mat IGS að ef félagið eigi að anna frekari viðskiptum og standa við núverandi samningsskuldbindingar sínar þurfi það að fara í umfangsmiklar fjárfestingar. Þannig yrði IGS að stækka aðstöðu sína með því að afla sér til umráða viðbótarhúsnæði, kaupa kæla og efla tækjabúnað, s.s. sprengjuleitarbúnað.

IGS hafi ekki í huga að fara í slíkar fjárfestingar á þessu tímamarki, ekki síst þar sem Cargo Express ætli aðeins að vera í viðskiptum við IGS í skamman tíma. Flugrekstur sé sveiflukennður. Þótt umfang hans hafi aukist umtalsvert síðastliðin misseri sé engin leið að spá fyrir um að svo verði áfram og mikil áhætta fylgi öllum meiriháttar fjárfestingum. IGS bendi á að þó svo að um takmarkað magn sé að ræða sé umstang umtalsvert, um mörg flug sé að ræða og meðhöndlun við hvert flutt tonn sé mikil.

IGS mótmælir því sem órökstuddu að það taki lengri tíma að koma upp flugþjónustu vegna fraktflutninga en farþegaflutninga. Einnig séu sjónarmið Cargo Express um þann tíma sem það taki að koma upp slíkri þjónustu, órökstudd. Það sé mat IGS að hinn nýi flugþjónustuaðili Iceland Express, Iceland Express Handling, þyrfti að fara út í sambærilegan undirbúning og fjárfestingar og IGS. Aðgerðir sem þyrfti að ráðast í séu m.a. að stækka aðstöðu, kaupa tæki og ráða starfsfólk. Það sé mat Iceland Express Handling að það muni taka töluvert lengri tíma en til 31. maí 2011 að koma sér upp aðstöðu. Sömu sjónarmið hvað varði tímamörk eigi einnig við um IGS. Málflutningur Cargo Express gangi ekki upp. Cargo Express geri í einu orði kröfu á IGS sem félagið viðurkenni í hinu orðinu að geti ekki gengið upp. Að lokum taki IGS fram að Cargo Express sé ekki flugrekstrarleyfishafi en nauðsynlegt sé að semja við slíkan aðila um þjónustu, m.a. vegna ákvæða um ábyrgðir, tryggingar og annað.

Skilyrði fyrir því að beita reglu 11. gr. samkeppnislaga um sölusynjun og reglu samkeppnisréttarins um ómissandi aðstöðu sé ekki uppfyllt í máli þessu að mati IGS. Skilyrðin séu í fyrsta lagi að aðgangur að þjónustu markaðsráðandi fyrirtækis þurfi að vera lífsnauðsynlegur. Í öðru lagi verði neitun að leiða til þess að samkeppni sé útrýmt. Í þriðja lagi sé skilyrði að neitunin verði neytendum til tjóns. Reglur samkeppnisréttarins um ómissandi aðstöðu og sölusynjun verði að túlka saman, enda eigi reglan um ómissandi aðstöðu sjaldnast við nema þegar um sölusynjun sé að ræða.

IGS telji að skilyrðið um að aðgangur að þjónustu fyrirtækis verði að vera lífsnauðsynlegur sé ekki uppfyllt í þessu máli. Skilyrðið sé túlkað á þann veg að ekki megi vera fyrir hendi neinn raunverulegur möguleiki til að leita annarra leiða til að fá þjónustu þegar til lengri tíma sé litið. Um sé að ræða algera undantekningarreglu sem verði aðeins beitt í undantekningartilvikum, einkum þegar um ómissandi gæði er að ræða sem eru takmörkuð af náttúrunnar hendi. IGS vísar í þessu sambandi til niðurstöðu Evrópudómstólsins í Oscar Bronner máli þar sem fram hafi komið að við mat á nauðsynlegri aðstöðu verði að meta hlutlægt hvort jafn skilvirkur keppinautur (e. *equally efficient competitor test*) geti komið sér upp sambærilegri þjónustu. Þannig sé ekki nægilegt að þægilegt eða hjálplegt sé fyrir keppinaut á markaði að fá þjónustuna keypta.



Jafnvel þó svo að um væri að ræða nauðsynlega aðstöðu sem keppinautur byggir yfir geti sölusynjun verið réttmæt af hlutlægum ástæðum, s.s. vegna þess að um slæman skuldara sé að ræða, birgðir séu takmarkaðar eða framleiðslugeta fullnýtt.

Það er mat IGS að sú háttsemi félagsins að synja Cargo Express um kaup á flugþjóustu vegna fraktflugs sé ekki brot á 11. gr. samkeppnislaga. Til að hefja starfssemi þurfi fyrst og fremst þrennt, þ.e. húsnæði, tækjabúnað og starfsfólk. Á Keflavíkflugvelli sé nóg af tómu húsnæði sem mögulegt sé að nýta. Aðgangur að tækjabúnaði og starfsfólki sé heldur ekki háður sérstökum takmörkunum. Því geti umrædd þjónusta ekki talist lífsnauðsynleg í skilningi samkeppnisréttar.

Þar að auki sé starfandi á markaðnum annar flugþjónustuaðili, Airport Associates, sem þegar hafi komið sér upp sambærilegri þjónustu og IGS veiti. Er það því mat IGS að aðstaða fyrirtækisins geti ekki talist ómissandi í skilningi samkeppnisréttarins. Hvorki tímaþröng né sú staðreynd að Airport Associates hafi sagt upp samningi sínum við Iceland Express geti breytt þessu enda séu þær aðstæður alfarið á ábyrgð Iceland Express samstæðunnar.

IGS byggir enn fremur á því að sú skylda verði aldrei leidd af 11. gr. samkeppnislaga að markaðsráðandi fyrirtæki verði gert skylt að grípa til athafna sem brjóti gegn 10. gr. laganna. Það er mat IGS að ef samningur um flugþjónustu vegna fraktflugs verði gerður á milli IGS og Cargo Express muni hann brjóta í bága við 10. gr. samkeppnislaga sem banni m.a. samninga eða samstilltar aðgerðir sem takmarki eða stýri framleiðslu, mörkuðum, tækniþróun eða fjárfestingu, sbr. b-lið 2. mgr. ákvæðisins. Þessu til stuðnings vísar IGS m.a. til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 46/2009 þar sem samningur á milli skipafélaga um samstarf á siglingaleiðinni á milli Norður-Ameríku og Íslands hafi verið talinn brjóta í bága við 10. gr. samkeppnislaga og ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 11/2003 þar sem samningur um sameiginlega vöruafgreiðslustöð tveggja landflutningafyrirtækja hafi verið talinn fara gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Samningur IGS og Cargo Express myndi fela í sér ólögleg upplýsingaskipti á milli keppinauta að mati IGS. Ef Cargo Express fái sambærileg kjör og aðrir viðskiptavinir fái Iceland Express samstæðan upplýsingar um verð keppinauta sem verði að teljast brot á 10. gr. samkeppnislaga.

Þá séu skilyrði fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar, sem sé að finna í a og b-lið 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga ekki uppfyllt í málinu að mati IGS. Í fyrsta lagi feli háttsemi IGS ekki í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga eins og rakið sé að ofan. Í öðru lagi byggir IGS á því að háttsemin muni ekki leiða til röskunar á samkeppni. Í öllu falli verði ekki hægt að rekja röskun á samkeppni til brota á 11. gr. samkeppnislaga. Í þriðja lagi vísar IGS til þess að framkvæmdastjórn ESB hafi túlkað heimild sína til töku bráðabirgðaákvæðana þröngt. Í fjórða lagi vísar IGS til þess að samningur við Cargo Express kunni að fela í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Loks vísar IGS til þess að flýtimeðferð vegna töku bráðabirgðaákvörðunar kunni að fela í sér frávik frá málsmeðferðarreglum stjórnarsýslulaga nr. 37/1993.



3.

Athugasemdir Cargo Express við svarbréf IGS

Samkeppniseftirlitið sendi Cargo Express tölvupóst þann 19. maí 2011. Í póstinum var óskað eftir athugasemdum Cargo Express við ofangreint svarbréf IGS frá 18. maí 2011. Í ljósi þess að farið var fram á bráðabirgðaákvörðun í málinu var þess óskað að svör bærust eigi síðar en í lok vinnudags 23. maí 2011. Samkeppniseftirlitinu barst þann 23. maí 2011 bréf frá lögmanni Cargo Express þar sem athugasemdum er komi á framfæri vegna ofangreinds svarbréfs IGS, dags. 18. maí 2011.

Cargo Express mótmælir þeirri staðhæfingu IGS að Cargo Express, Iceland Express Handling og Iceland Express myndi eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttar. Skilyrði samkeppnislaga um að Iceland Express stjórn raunverulega Cargo Express sé ekki uppfyllt, hvorki hvað varði eignarhald né áhrif á stjórn félagsins. Þar sem ofangreind félög myndi ekki eina efnahagslega einingu verði að meta getu Cargo Express til að stofna eigið flugþjónustufyrirtæki sjálfstætt.

Jafnvel þó að litið yrði á félögin sem eina efnahagslega einingu sé óraunhæft að hefja starfsemi á sviði flugþjónustu fyrir flugfrakt á Keflavíkflugvelli með svo skömmum fyrirvara. Iceland Express Handling muni eingöngu vera í stakk búið að veita flugþjónustu fyrir farþega fyrir 1. júní 2011 í samstarfi við annað fyrirtæki, Keflavík Flight Services. Hvorugt félaganna hafi tæki eða aðstöðu til að þjónusta fraktflug.

Segir í svarinu að samkvæmt 57. gr. b laga um loftferðir nr. 60/1998 sé Flugmálastjórn veitt heimild til að takmarka fjölda flugafgreiðsluaðila, þ. á m. flugafgreiðsluaðila með flugfrakt. Reglur þessar séu nánar útfærðar í reglugerð nr. 1186/2008. Leyfishafar í dag séu IGS og Airport Associates. Aðilar sem sæki um að gerast flugafgreiðsluaðilar á Keflavíkflugvelli þurfi einnig að uppfylla skilyrði reglugerðar nr. 361/2005 um flugvernd. Umsóknarferlið krefjist náinnar samvinnu við Flugmálastjórn. Meðal annars þurfi að tilnefna sérstakan flugverndarfulltrúa, sbr. 14. gr. reglugerðarinnar og leggja þurfi fram flugverndar- og þjálfunaráætlun fyrir starfsfólk.

Nú um stundir sé unnið eftir öryggisstöðlum greinar 6.3 í reglugerð framkvæmdastjórnar EB nr. 185/2010. Þar sé lögð sérstök áhersla á skimun vöru, fraktvara og aðrar öryggisráðstafanir. Þannig sé t.d. gerð krafa um að starfsmenn ljúki öryggisnámskeiði með áherslu á meðhöndlun hættulegs farms.

Cargo Express veki athygli á því að afar sérhæft húsnæði þurfi til að sinna flugafgreiðslu á frakt á Keflavíkflugvelli, bæði hvað varði staðsetningu og öryggisbúnað. Vöruhús Airport Associates og IGS standi á línu sem skilji að haftasvæði (e. *airside*) og flugvallarsvæði (e. *landside*) Keflavíkflugvallar. Vörur koma inn á flugvallarsvæðið en séu síðan tollafgreiddar inn á haftasvæðið. Ekkert húsnæði sem uppfylli þessar kröfur sé laust til leigu á Keflavíkflugvelli í dag. Því þyrfti að byggja nýtt húsnæði eða breyta fyrirkomulagi fraktflutninga á flugvellingum.

Samkvæmt samtali Cargo Express við starfsmenn Flugmálastjórnar taki ferlið til að fá leyfi til að veita flugþjónustu vegna fraktflugs á bilinu 6-12 mánuði, ef vel sé að málum staðið. Til dæmis hafi veiting leyfis til Airport Associates tekið 12 mánuði frá umsókn til



samþykkis. Auk þess sé tímafrekt að leysa starfsmanna-, húsnæðis- og tækjamál. Hjá IGS sé allt ofangreint þegar til staðar og félaginu ekkert að vanbúnaði til að veita þjónustuna.

Cargo Express mótmælir þeirri staðhæfingu IGS, að það sé sök Cargo Express að ekki hafi náðst að tryggja flugþjónustu vegna fraktflutninga félagsins. Airport Associates hafi sagt upp samningi sínum við Iceland Express en Cargo Express hafi ekki verið í samningssambandi við Airport Associates. Cargo Express hafi leitað beint til IGS og Airport Associates um veitingu flugþjónustu vegna fraktflutninga en hafi verið neitað um þjónustu af báðum félögum.

Cargo Express hafi einungis flutt óverulegan hluta heildarmagns frá landinu árið 2010. Heildarfraktflutningar frá Keflavíkurflugvelli hafi dregist saman um þriðjung frá árinu 2008, skv. tölum sem Cargo Express aflaði frá Isavia ohf. Þróunin hafi haldið áfram niður á við á fyrstu þremur mánuðum ársins 2011. IGS noti enn sama fraktvöruhús og árið 2008 en á þeim tíma hafði IGS stærri markaðshlutdeild en í dag, sbr. skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008. Því ætti IGS að geta komið til móts við þá smávægilegu magnaukningu sem fylgja muni viðskiptum við Cargo Express.

Flutningur Cargo Express skiptist í u.þ.b. 70% útflutning og 30% innflutning, um 90% af útflutningi sé ferskur fiskur en innflutningur sé aðallega póstur og venjuleg kassafrakt. Póstfrakt krefjist lágmarks meðhöndlunar, póstur sé sóttur nær samstundis og Íslandspóstur hf. lýkur flugafgreiðslu. Ferskur fiskur þarfnast ekki heldur mikillar meðhöndlunar flugafgreiðsluaðila, enda sé hann eðli máls samkvæmt mjög stuttan tíma í vöruhúsi.

Cargo Express hafni því, í samræmi við ofangreint, málsástæðu IGS um aðstöðu- og tækjaskort. Cargo Express sé jafnframt tilbúið til að láta afgreiða vörur sínar utan álagstíma, gerist þess þörf.

Cargo Express taki fram að þó svo að Iceland Express fljúgi til 23 áfangastaða, ná fraktþjónusta Cargo Express til sjö eða átta áfangastaða yfir sumartímann en aðeins fjögurra á veturna.

Cargo Express hafnar þeirri málsástæðu IGS að það félag geti ekki samið við Cargo Express um þjónustu þar sem Cargo Express sé ekki flugrekstraraðili. Cargo Express vísar til þess að samningsfrelsi fyrirtækja sé meginregla íslensks samningaréttar. Ef einhverjar sérstakar ástæður valdi því að semja verði við flugrekanda bjóðist Cargo Express til þess að fá Astraesus Ltd., flugrekandann sem félagið hafi starfað með undanfarin ár, til að meðundirrita samninginn.

Þá lýsi Cargo Express sig tilbúið til þess að semja við IGS til þess tíma sem félagið telji hæfilegan með tilliti til áhættu vegna aukins kostnaðar sem hljótist af því að þjónusta fraktflutninga Cargo Express.

Cargo Express hafni umfjöllun IGS um tengsl sölusynjunar og ómissandi aðstöðu. Reglurnar séu sjálfstæðar en tengsl þeirra séu aðallega þau að líklegra sé talið að um ólögmeta sölusynjun sé að ræða þegar ómissandi aðstaða markaðsráðandi fyrirtækis sé



fyrir hendi. Áréttað er að ekki sé gerður áskilnaður um að ómögulegt sé fyrir kaupanda að koma sér upp þjónustu sjálfur, heldur einungis að slíkt sé mun fyrirhafnarmeira og/eða dýrara. Cargo Express árétti þó að félagið telji ómögulegt að koma sér upp flugþjónustu vegna flugfraktar fyrir 1. júní 2011.

Á heimasíðu IGS komi fram að félagið veiti alhliða flugþjónustu og hafi yfir öllum tækjabúnaði að ráða. Einnig komi fram á heimasíðunni að IGS bjóði upp á alla almenna vöruhúsaþjónustu. Hvergi á heimasíðunni komi fram að félagið geti ekki bætt við sig viðskiptum. Cargo Express telji því að neitun IGS á því að þjónusta félagið eigi ekki við eðlilegar viðskiptalegar forsendur að styðjast. Cargo Express taki einnig fram að IGS beri sönnunarbyrði fyrir því að hlutlægar málefnalegar ástæður eigi við í málinu.

Cargo Express vísar sérstaklega til bráðabirgðaákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB í máli B&I/Sealink frá 1992 en í því máli hafi markaðsráðandi siglingafyrirtæki, sem hafi átt hafnaraðstöðu, verið talið hafa brotið gegn 82. gr. Rómarsáttmálans með því að skipuleggja siglingaáætlanir til og frá höfninni sérstaklega með það markmið að valda keppinauti sem mestum óþægindum og samkeppnistjóni.

Cargo Express mótmælir málflutningi IGS um að samningur á milli félagana um flugþjónustu myndi fela í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Ef Samkeppniseftirlitið tæki bráðabirgðaákvörðun samkvæmt 16. gr. laganna, þá gæti aldrei verið um brot á 10. gr. laganna að ræða. Þar að auki gæti Samkeppniseftirlitið sett skilyrði um miðlun verðupplýsinga í ákvörðun sinni. Ef túlkun IGS væri lögð til grundvallar væri markaðsráðandi fyrirtækjum óheimilt að fylgja ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga vegna ákvæða 10. gr. laganna.

6.

Frekari athugasemdir IGS til Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið sendi IGS bréf, dags. 24. maí 2011. Í bréfinu er óskað eftir athugasemdum við ofangreint bréf Cargo Express, dags. 23. maí 2011. Síðar sama dag sendi Samkeppniseftirlitið tölvupóst til IGS þar sem óskað var eftir frekari gögnum frá fyrirtækinu, m.a. ársskýrslum og sundurliðun á tekjum. Óskað var eftir að upplýsingarnar bærust á sama tíma og athugasemdir vegna bréfs lögmanns Cargo Express, dags. 23. maí 2011. Samkeppniseftirlitinu barst svarbréf frá IGS við ofangreindri athugasemda- og upplýsingabeidni eftirlitsins þann 27. maí 2011.

IGS vísar til fyrri umfjöllunar sinnar um að Iceland Express og Cargo Express séu ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnisréttar. IGS vísar sérstaklega til þess að félagið Fengur ehf. (hér eftir Fengur) sé aðaleigandi Iceland Express og stór eigandi í Cargo Express.

Það er mat IGS að Iceland Express samstæðan þurfi að uppfylla sömu öryggisskilyrði hvað varðar flugafgreiðslu fyrir farþega og frakt, sbr. reglugerð nr. 361/2005 um flugvernd. Því sé ekki um sérstakar kröfur að ræða hvað varðar flugfrakt. IGS telur einnig að það sé vart hægt að miða við þann tíma sem það hafi tekið félagið Airport Associates að fá leyfi til að afgreiða flugfrakt, sérstaklega þegar litið er til þess skamma tíma sem það tók Iceland Express Handling að fá leyfi fyrir flugafgreiðslu farþega.



IGS hafnar umfjöllun Cargo Express um að það þurfi mjög sérhæft vöruhúsnæði fyrir fraktafgreiðslu. Það sé ekki skilyrði skv. lögum eða reglugerðum að vöruhús þurfi að standa á þeirri línu sem afmarki flugvallarsvæði og haftasvæði. Þessu til stuðnings vísar IGS til erlends fordæmis (Svissport London Stansted) um að vöruhús flugafgreiðsluaðila standi utan umræddrar línu.

IGS ítrekar að aðstaða félagsins sé núna við þolmörk og að félagið geti ekki tekið við viðskiptum Cargo Express án þess að ráðast í vissar umbætur á aðstöðu sinni. IGS vísar til þess, að vegna aukinna krafna um öryggi, t.a.m. um skimun fraktar, hafi afkastageta húsnæðis og tækjabúnaðar félagsins skerst. Aðstaða IGS hafi verið við þolmörk árin 2007 og 2008. Til að ráða á því bót hafi það verið ætlun IGS að ráðast í framkvæmdir en vegna efnahagsástandsins hafi þeim áætlunum verið frestað.

IGS heldur því fram að útflutningur hafi aukist frá árinu 2008 en innflutningur að sama skapi dregist saman. Meðhöndlun útflutnings hafi meiri áhrif á afkastagetu í fraktafgreiðslu en innflutningur. Útflutningur sé að stórum hluta ferskt sjávarfang sem krefjist aðgangs að kælum. IGS nefnir einnig að núna þurfi að skima allan útflutning til Bandaríkjanna, fyrir áratug hafi það verið svo gott sem óþekkt. Meirihluti útflutnings Cargo Express sé ferskur fiskur sem krefjist aðgangs að kælum. Umfjöllum Cargo Express um að ferskur fiskur sé fluttur út sama dag og hann komi í vöruhús og að því sé ekki þörf á kælum sé villandi. Ef tafir verði á flugi verði að koma fisknum í kæli, auk þess sé algengt að fiskframleiðendur aki ferskum fisk á Keflavíkurflugvöll á föstudögum, sem flytja eigi út yfir helgina.

IGS fái ekki séð að umfjöllun á heimasíðu félagsins um fraktafgreiðslu feli í sér loforð um að félagið taki að sér að annast afgangsgreiðslu fraktar í ótakmörkuðu magni og umfangi, sbr. málflutning Cargo Express. IGS fái ekki heldur skilið boð Cargo Express um að flutningar félagsins verði þjónustaðir utan „háannatíma“. Flest flug Iceland Express sem flytji frakt Cargo Express séu ekki utan „háannatíma“ IGS.

Í svarbréfi Cargo Express er því haldið fram að Cargo Express veiti aðeins fraktpjónustu til sjö eða átta áfangastaða á sumrin en fjögurra á veturna. Þetta sé ekki í samræmi við upplýsingar á heimasíðu Cargo Express þar sem vísað sé til leiðakerfis Iceland Express í heild sinni um áfangastaði flutninga. Varðandi þá málsástæðu IGS að nauðsynlegt sé að semja við flugrekanda tekur IGS fram að undirliggjandi samningur verði að vera við flugrekandann sjálfan vegna ábyrgðar, trygginga o.fl., þ.e. Astraeus Ltd. eða aðra flukrekendur sem flytji frakt fyrir Cargo Express.

Varðandi þá málsástæðu Cargo Express að félagið sé tilbúið að semja til þess tíma sem IGS kjósi, að því er virðist til að greiða fyrir viðbótarkostnað sem hljótist af auknum umsvifum IGS, tekur IGS fram að félagið sé tilbúið í viðræður um það. Við samningsgerð yrði þó að gæta vel að ákvæðum 10. og 11. gr. samkeppnislaga. IGS telur þó að Cargo Express myndi ekki vera tilbúið greiða slíkan auka kostnað, enda myndi hann aldrei borga sig.

Um sölusynjun og ómissandi aðstöðu vísar IGS til fyrri umfjöllunar sinnar en ítrekar tilvísun sína í Oscar Bronner málið. Þá telur IGS að tilvísanir Cargo Express til Commercial Solvents dómsins og máls framkvæmdastjórnarinnar í B&I/Sealink eigi ekki



við þar sem aðstæður í þeim málum hafi verið ólíkar þeim sem uppi eru nú. Hvað varðar þá málsástæðu IGS að hugsanlegur samningur IGS og Cargo Express muni brjóta gegn 10. gr. samkeppnislaga, vísar félagið til fyrri umfjöllunar.

IGS hafnar þeirri málsástæðu Cargo Express að IGS hafi dregið að svara tilboðsbeiðni Cargo Express skriflega, enda hafi umleitunum félagsins verið svarað ítrekað munnlega.

IGS telur að sú umframfrakt sem myndi koma inn á markaðinn, hverfi Cargo Express af honum tímabundið, komi ekki öll til með að fara til IGS. Tveir keppinautar í sókn, Bláfugl og Delta, muni líklega taka við hluta flutninganna en fraktafgreiðsluaðili þeirra sé Airport Associates. Einnig geti sumar af þeim vörum sem Cargo Express flytji allt eins verið fluttar af skipafélögum. Þá sé ekki hægt að jafna því saman að hefja fraktafgreiðslu fyrir nýjan aðila og að auka við það magn sem þegar fari í flugvélar Icelandair og Icelandair Cargo.

7.

Nánari gagnaöflun Samkeppniseftirlitsins

Þann 27. maí sl. óskaði Samkeppniseftirlitið eftir nákvæmum upplýsingum um það frá Cargo Express hvers konar fraktafgreiðslu félagið þyrfti frá IGS til að geta haldið áfram starfsemi eftir 1. júní nk. Slík greining barst með tölvupósti sama dag frá Cargo Express. Sama dag bárust Samkeppniseftirlitinu einnig upplýsingar frá Isavia ohf. sem rekur Keflavíkurflugvöll um sundurliðun á afgreiddri frakt hjá IGS fyrir árin 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 og það sem af er þessu ári.

Samkeppniseftirlitið sendi umrædda greiningu Cargo Express til IGS þann 27. maí sl. og óskaði eftir staðfestingu um það frá félaginu að það gæti ekki veitt þá þjónustu sem óskað væri eftir. Þar sem að mati Samkeppniseftirlitsins var mikið ósamræmi í upplýsingum Isavia um flutningsmagn annars vegar og þeim skýringum sem IGS hafði veitt um að magn núna í útflutningi væri svipað og það var árið 2007 var IGS jafnframt gefinn kostur á að útskýra misræmið.

Svar IGS barst þann 30. maí 2011 þar sem félagið taldi að það gæti ekki veitt Cargo Express umbeðna þjónustu með hliðsjón af þeim skilmálum sem fyrirtækið setti fram. Varðandi upplýsingar Isavia um magn IGS kom fram að það ætti ekki við um vöruhús IGS. Eina mögulega skýringin sem IGS gaf upp var sú að svo svokölluð „transit“ og „transfer“ frakt, þ.e. frakt sem sé afgreidd milli flugvéla á plani en komi aldrei inn í vöruhús, væri ekki inn í tölum Isavia.

Samkeppniseftirlitið taldi þessar skýringar ekki fullnægjandi og sendi því aðra fyrirspurn til IGS með tölvupósti, dags. 30. maí 2011. Var þess óskað m.a. að IGS upplýsti hver væri áætluð hlutdeild „transit“ fraktar í framangreindum tölum Isavia um fraktafgreiðslu IGS og hvort hlutfall „transit“ fraktar hjá IGS hefði breyst á tímabilinu frá 2006 til 2011 og ef svo væri, hve mikið. Svar barst frá IGS, dags. sama dag þar sem fram kemur að IGS hafi ekki upplýsingar um áætlaða hlutdeild transit fraktar í framangreindum tölum Isavia né hvort hlutfall hennar hafi breyst mikið á umræddu tímabili. Ítarlega er greint frá efni framangreindra bréfa í kafla II. 6 hér á eftir.



Auk þessa hefur Samkeppniseftirlitið aflað ýmissa upplýsinga við meðferð málsins, aðallega frá Isavia og Flugmálastjórn Íslands, m.a. til að meta markaðshlutdeild á skilgreindum mörkuðum og til að fá staðfestingu á þeim kröfum sem gerðar eru til þeirra aðila sem hyggjast ætla að stofna fraktafgreiðslu hér á landi. Eftir því sem þessar upplýsingar hafa þýðingu fyrir mál þetta er þeirra getið í niðurstöðu.



II.

Niðurstaða

Í máli þessu er til skoðunar hvort skilyrði séu til þess að taka ákvörðun til bráðabirgða vegna mögulegra brota IGS á ákvæði 11. gr. samkeppnislaga með því að synja Cargo Express um fraktafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli. Af hálfu IGS er því mótmælt að skilyrði séu fyrir því að taka slíka ákvörðun.

Í ákvæði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga kemur fram að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að taka ákvarðanir til bráðabirgða um einstök mál ef: „...sennilegt þykir að sú háttsemi eða þær aðstæður sem til athugunar eru fari gegn ákvæðum samkeppnislaga eða ákvörðunum teknum á grundvelli þeirra ...“. Einnig er það skilyrði að málið þoli ekki bið.

Þar sem um bráðabirgðaráðstöfun er að ræða þarf því að svo stöddu ekki að ákvarða með endanlegum hætti hvort sú háttsemi sem hér er til skoðunar telst andstæð samkeppnisreglum. Ákvörðun um það bíður endanlegrar afgreiðslu málsins. Á þessu stigi málsins þarf að meta hvort sennilegt sé að umrædd háttsemi feli í sér brot á ákvæði 11. gr. samkeppnislaga. Jafnframt ber að meta hvort bið eftir endanlegri niðurstöðu í málinu muni leiða til röskunar á samkeppni eða hvort málið að öðru leyti þoli ekki bið. Eðli málsins samkvæmt eru ekki gerðar sömu kröfur um sönnun brota þegar bráðabirgðaákvörðun er tekin og við endanlega ákvörðun. Verður fyrst vikið að því hvort sennilegt sé að IGS sé í markaðsráðandi stöðu.

1. Skilgreining markaða

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og þjónustu og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og/eða staðgönguþjónustu. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar. Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

Í því máli sem hér um ræðir telur Samkeppniseftirlitið að gera þurfi grein fyrir annars vegar þeim markaði sem IGS starfar á og hefur áhrif í þessu máli, þ.e. fraktafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli og hins vegar markaði fyrir flutninga með flugfrakt milli Íslands og áfangastaða erlendis en á þeim markaði starfar Cargo Express og einnig systurfélag IGS, Icelandair Cargo ehf. Verður nú gerð nánari grein fyrir þessum mörkuðum.

1.1 Markaður fyrir fraktafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli

Ljóst er að skipta má mörkuðum fyrir flugþjónustu/flugafgreiðslu á flugvöllum niður í undirmarkaði eftir eðli þeirrar þjónustu sem um ræðir. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006 *Misnotkun Flugþjónustunnar á Keflavíkurflugvelli ehf. á markaðsráðandi stöðu sinni* var m.a. fjallað um sértæka verðlækkun og ólögsmæta einkakaupasamninga IGS við farþegaflugfélög. Var komist að þeirri niðurstöðu að markaðurinn væri þjónusta við farþegaflug, bæði áætlu- og leiguflug. Sú þjónusta fólst t.d. í hlaðafgreiðslu, farþegaafgreiðslu, flugumsjón, þrifum o.fl. Undir starfseminna féll öll þjónusta sem innt var af hendi við þjónustu við farþegaflugvélar. Í ákvörðuninni var tekið fram að ekki stæðu rök til þess að fella undir hinn skilgreinda markað þjónustu við annað flug en farþegaflug. Sérstaklega var tekið fram að þjónustubarfir vegna afgreiðslu farþegaflugs



væru aðrar en vegna afgreiðslu fraktflugs. Ákvörðun þessi var staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurlflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og síðar með dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 640/2007.

Eins og fyrr segir varðar mál þetta synjun IGS á fraktafgreiðslu. Telur Samkeppniseftirlitið því rökrétt með hliðsjón af umræddu fordæmi í eldra máli sem varðaði flugþjónustu IGS að markaður þessa máls sé flugþjónusta við fraktflug eða fraktafgreiðsla. Fellur undir þá þjónustu öll sú starfsemi sem innt er af hendi á flugvöllum vegna flugfraktar, s.s. hleðsla og losun á frakt í flugvélar, tollameðferð, afnot af vöruhúsi og önnur móttaka og afgreiðsla.

1.2 Markaður fyrir fraktflug milli Íslands og áfangastaða erlendis

Samkeppniseftirlitið telur að fraktflutningar með flugvélum milli Íslands og áfangastaða erlendis sé sérstakur þjónustumarkaður, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2011 *Yfirtaka Íslandsbanka hf. og Glitnisbanka hf. á Bláfugli ehf.* Ekki er staðganga milli þeirrar þjónustu annars vegar og t.a.m. flutninga á sjó með flutningaskipum, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sömu niðurstöðu hefur verið komist að í eldri málum sem varða flugflutninga, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/2005 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 54/2007.

1.3 Landfræðilegir markaðir

Samkeppniseftirlitið telur að sá landfræðilegi markaður sem IGS starfar á við fraktafgreiðslu sé Keflavíkurlflugvöllur. Sá markaður sem Cargo Express starfar á er hins vegar fraktflutningar með flugi til og frá Íslandi.

3. Staða fyrirtækja á mörkuðum

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga hefur fyrirtæki markaðsráðandi stöðu þegar það hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.

Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu.¹ Í dómaframkvæmd, bæði hér á landi og hjá dómstólum EB, hefur ítrekað komið fram að mjög há markaðshlutdeild feli, ein og sér, í sér sönnun fyrir því að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild.² Það er því 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, sbr. t.d. dóm Héraðsdóms Reykjavíkur frá 2. febrúar 2010 í máli nr. E-8622/2007, *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti

¹ Sjá t.d. mál nr. 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 3451.

² Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 France Télécom v Commission.



mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og nægilegu framboði af vöru eða þjónustu. Einnig er horft til fjölda og styrks keppinauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. fyrrnefndan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar.

Mikilvægt er að hafa í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.³ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.⁴ Jafnvel þótt markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem er til skoðunar telst það markaðsráðandi ef hlutdeildin er nægilega mikil eftir sem áður.⁵

Fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa minna en 50% hlutdeild á viðkomandi markaði, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

3.1 Staða IGS á markaðnum fyrir fraktafgreiðslu

Rétt er að taka fram að markaðshlutdeild í samkeppnisrétti er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu sem um ræðir, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Til hliðsjónar hefur markaðshlutdeild einnig verið miðuð við magn eða fjölda, einkum í málum sem varða flutninga á sjó (flutt tonn) og farþegaflug (fjöldi farþega). Vísast í þessu sambandi t.d. til áður nefnds úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008.

Aðeins tvö fyrirtæki sinna fraktafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli, þ.e. IGS og Airport Associates. Til að meta markaðshlutdeild á þeim markaði sendi Samkeppniseftirlitið fyrirspurnir til þessara fyrirtækja þar sem óskað var eftir upplýsingum um sundurliðun á tekjum. Upplýsingar frá fyrirtækjunum bárust um sundurliðun á tekjum fyrir árið 2010. IGS hefur hins vegar upplýst að fyrirtækinu sé ekki unnt að flokka tekjur eftir því hvort þær hafa fallið til við afgangi vegna farþegaflugs annars vegar eða fraktafgreiðslu hins vegar.

Vegna þessara annmarka á upplýsingum frá IGS mun Samkeppniseftirlitið í þessari ákvörðun ekki byggja á upplýsingum um tekjur við mat á markaðshlutdeild. Í málinu liggja á hinn bóginn fyrir upplýsingar frá Isavia ohf. sem rekur Keflavíkurflugvöll um hvernig flugfrakt skiptist á milli flugafgreiðsluaðila á Keflavíkurflugvelli árið 2010 miðað við magn. Í ljósi þess að ekki er unnt að byggja á tekjum við mat á markaðshlutdeild mun Samkeppniseftirlitið því nota þessar upplýsingar frá Isavia um magn. Samkvæmt upplýsingum Isavia var skiptingin í samræmi við það sem fram kemur í töflu 1.

³ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

⁴ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „Even the existence of lively competition on a particular market does not rule out the possibility that there is a dominant position on that market ...”

⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93 *Compagnie Maritime Belge v Commission* [1996] ECR II-1201.



Tafla 1: Skipting flugfraktar á milli flugþjónustuaðila árið 2010.

	Til Íslands	Frá Íslandi	Samtals	Hlutdeild
IGS	[...]°	[...]	[...]	[80-85]%
Airport Associates	[...]	[...]	[...]	[15-20]%
Samtals	[...]	[...]	[...]	100%

Ljóst er samkvæmt þeim upplýsingum sem fram koma í þessum töflum að IGS hefur mikla yfirburði hvað markaðshlutdeild varðar en fyrirtækið er með [80-85]% hlutdeild miðað við magn. Gefur svo há hlutdeild, ein og sér, ótvírætt til kynna að fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu.

Við mat á markaðsráðandi stöðu getur efnahagslegur styrkleiki einnig skipt miklu máli. Rekstrartekjur IGS árið 2010 voru tæplega [...] milljarðar kr. Eigið fé í árslok 2010 nam hins vegar tæplega [...] milljón kr. Heildarvelta móðurfélagsins Icelandair Group nam árið 2010 rúmlega 88 milljörðum kr. Eigið fé Icelandair Group var við árslok 2010 rúmlega 28 milljarðar kr. Ljóst er því að IGS býr við mikinn fjárhagslegan styrk.

Jafnframt skiptir hér máli að IGS hefur lengi haft yfirburði á þessum markaði. IGS tók til starfa sem dótturfélag Flugleiða þann 1. janúar 2001 en fyrir þann tíma var starfsemi þessari sinnt innan Flugleiða. Flugleiðir hafa annast flugafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli a.m.k. frá árinu 1964. Höfðu Flugleiðir um áratugaskeið einkarétt á afgreiðslu flugvéla á Keflavíkurflugvelli samkvæmt samningi við íslensk stjórnvöld. Í ársbyrjun 1992 var afgreiðsla fraktflugvéla gefin frjáls. Í upphafi árs 1998 gerðu utanríkisráðuneytið og Flugleiðir með sér samning, en í honum fólst m.a. að einkaréttur Flugleiða til að afgreiða farþegaflugvélar myndi að öllu leyti falla úr gildi á árinu 2001. Vísast nánar um þessi atriði til fyrri mála þar sem fjallað hefur verið um flugþjónustu, sbr. m.a. áðurnefnda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006. Samkvæmt þessu hafði IGS um langt skeið einokunarstöðu á hinum skilgreinda markaði og gat því byggt upp starfsemi sína í skjóli opinberrar verndar. Styðja þessi atriði enn frekar það mat að IGS njóti yfirburða á hinum skilgreinda markaði.

Þá hefur það þýðingu að IGS er eitt af dótturfélögum Icelandair Group. Önnur félög innan samstæðunnar starfa á tengdum mörkuðum. Ber þar fyrst að nefna Icelandair sem hefur verið talið markaðsráðandi í áætlunarflugi með farþega til og frá Íslandi, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 33/2009, *Samruni Íslandsbanka hf. og Icelandair Group hf.* Er ljóst að hlutdeild Icelandair í áætlunarflugi er enn mjög mikil, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2011, *Kvörtun Iceland Express ehf. og Astraëus Airlines Ltd. yfir vinnureglum Flugmálastjórnar Íslands við veitingu flugréttinda á Íslandi til erlendra flugrekenda.* Varðandi stöðu Icelandair í áætlunarflugi til og frá Íslandi er einnig rétt að hafa í huga að forveri þess, Flugleiðir, var lengi vel eini aðilinn á íslenska flugmarkaðnum en þar voru til skamms tíma miklar formlegar aðgangshindranir. Þar til fyrir um 10–15 árum var áætlunarflug milli landa í Evrópu að miklu leyti bundið opinberum sérleyfum og ríkti þá almennt einokun eða fákeppni á einstökum flugleiðum. Hér á landi nutu Flugleiðir velvildar og fulltingis stjórnvalda. Félagið var það sem á ensku hefur verið kallað „flag

° Upplýsingar innan hornklofa eru trúnaðarupplýsingar [...] og eru því ekki birtar opinberlega. Þær kunna þó að vera birtar á tilteknu bili, t.d. [5-10]%.



carrier" og hafði nær öll sérleyfi bæði í millilanda- og innanlandsflugi. Á meðal annarra dótturfélaga Icelandair Group eru Icelandair-Cargo, sbr. nánar hér á eftir, Tækniþjónustan á Keflavíkflugvelli ehf. – ITS sem sinnir viðgerðar- og eftirlitsþjónustu og Flugfélag Íslands ehf. sem sinnir innanlandsflugi. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að IGS nýtur óhjákvæmilega þessara tengsla við systurfélög en stærstu viðskiptavinir IGS eru Icelandair og Icelandair Cargo.

Ljóst er að opinberar takmarkanir geta falið í sér aðgangshindrun í skilningi samkeppnislaga, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þá er að mati Samkeppniseftirlitsins ljóst að talsverðar opinberar hindranir eru fyrir nýjan aðila sem ætlar að hefja fraktafgreiðslu á Keflavíkflugvelli. Þannig er rekstraraðila flugvallar (Isavia í tilviki Keflavíkflugvallar) veitt heimild á grundvelli 57. gr. b laga nr. 60/1998 um loftferðir til að takmarka fjölda þeirra aðila sem heimilt er að veita flugafgreiðslu á viðkomandi flugvelli. Í greininni er einnig kveðið á um heimild ráðherra til að kveða á um eftirlit með þeim sem sinna flugafgreiðslu í reglugerð. Á grundvelli heimildarinnar hefur verið sett reglugerð um aðgang að flugafgreiðslu á flugvöllum nr. 1186/2008. Í 9. gr. reglugerðarinnar er útfært nánar við hvaða aðstæður Flugmálastjórn getur takmarkað fjölda flugafgreiðsluaðila, að beiðni rekstraraðila flugvallar.

Þá er í 70. gr. laga um loftferðir kveðið á um heimild Flugmálastjórnar til að takmarka aðgang að flugvöllum og flugvallarsvæðum. Í 70. gr. a laganna segir að Flugmálastjórn skuli hafa eftirlit með því að eftirlitsskyldir aðilar ræki skyldur sínar í samræmi við lög, reglugerðir, reglur og samþykktir sem um starfsemina gilda og flugverndaráætlun Flugmálastjórnar. Í 70. gr. d laganna er m.a. kveðið á um heimild ráðherra til að setja reglugerð um heimildarveitingar Flugmálastjórnar og um það hverjir teljist eftirlitsskyldir aðilar. Á grundvelli heimildarinnar hefur verið sett reglugerð nr. 361/2005 um flugvernd. Í 13. gr. reglugerðarinnar kemur fram að vissir aðilar geti sótt um samþykki vegna flugverndar, þ. á m. flugafgreiðsluaðilar. Áður en flugafgreiðsluaðili getur hafið störf á Keflavíkflugvelli þarf hann að hafa fengið umrætt samþykki. Skilyrði fyrir samþykki flugverndar er að finna í 16. gr. reglugerðarinnar. Meðal skilyrða sem þarf að uppfylla eru að tilnefna þarf flugverndarfulltrúa sem hefur hlotið viðurkennda þjálfun og flugmálayfirvöld þurfa að hafa samþykkt sérstaka flugverndar- og þjálfunaráætlun flugafgreiðsluaðila. Í 38. gr. reglugerðarinnar er Flugmálastjórn veitt heimild til að setja frekari fyrirmæli og verklagsreglur varðandi flugverndarráðstafanir.

Þá er flugvöllum og flugvallarsvæðum skipt upp í aðgreind flugverndarsvæði, sbr. 6. gr. reglugerðar um flugvernd. Innan flugvallarsvæðisins er sérstakt svæði sem kallast haftasvæði flugverndar (e. *security restricted area*). Áður en farþegar, farangur, starfsfólk og frakt fara inn á þetta svæði þarf fólk og farangur að fara í gegnum skimun (e. *screening*), sbr. 7. gr. reglugerðar um flugvernd.

Evrópusambandið hefur sett tvær nýjar reglugerðir um flugvernd, reglugerð EB nr. 300/2008 og 185/2010. Þessar reglugerðir hafa ekki verið innleiddar hér á landi en Flugmálastjórn hefur með samkomulagi við flugafgreiðsluaðila á Keflavíkflugvelli uppfyllt skilyrði reglugerðanna. Það er fraktafgreiðsluaðilum í hag að uppfylla þessar kröfur enda þyrftu þeir annars að greiða fyrir skimun fraktarinnar erlendis. Eins og fram



kemur hér að ofan hefur Flugmálastjórn heimild til að setja frekari fyrirmæli varðandi flugverndarráðstafanir, sbr. 38. gr. reglugerðar um nr. 361/2005 um flugvernd.

Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað frá Flugmálastjórn myndi það taka nýtt fyrirtæki að lágmarki sex mánuði, og jafnvel heilt ár, að afla sér ofangreindra leyfa til að afgreiða flugfrakt. Með hliðsjón af því og öðrum atriðum sem tilgreind eru hér að ofan er það mat Samkeppniseftirlitsins að talsverðar aðgangshindranir að markaði fyrir afgreiðslu flugfraktar hér á landi.

Með hliðsjón af öllu framgreindu telur Samkeppniseftirlitið sennilegt að IGS sé markaðsráðandi á markaði fyrir fraktaafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli.

3.2 Staða fyrirtækja á markaðnum fyrir sölu á flugfrakt til og frá Íslandi

Til að meta markaðshlutdeild á markaðnum fyrir fraktflug til og frá Íslandi aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá Isavia um flutt magn í tonnum árið 2010, sbr. tafla 2 hér á eftir. Í þeim upplýsingunum sem var aflað var magni skipt niður á Icelandair Cargo, Icelandair, Bluebird, ABX Air, Astraesus og Avialeasing Avi. Icelandair Cargo flutti allt það magn sem flutt var í vélum þess félags (fraktflugvélar) og flugvélum Icelandair (farþegaflugvélar). Astraesus annaðist hins vegar flug fyrir Cargo Express. Samkvæmt upplýsingum Cargo Express flutti ABX Air [...] tonn fyrir Cargo Express fyrstu þrjá mánuði ársins 2010. Þá tók Icelandair Cargo við flutningunum. Í heild flutti ABX Air um [...] tonn þannig að um [...] tonn hafa því verið flutt af Icelandair Cargo. Miðað við þessar forsendur er markaðshlutdeild fyrirtækja sem sinna fraktflugi til og frá Íslandi miðað við magn árið 2010 í samræmi við það sem fram kemur í töflu 2.

Tafla 2: Skipting flugfraktar á milli söluaðila árið 2010.

	Samtals flutningar til og frá Íslandi	Hlutdeild
Icelandair Cargo	[...]	[80-85]%
Bláfugl	[...]	[10-15]%
Cargo Express	[...]	[0-5]%
Avialeasing Avi	[...]	[0-1]%
Samtals	[...]	100%

Eins og fram kemur í töflunni voru Icelandair Cargo með rúmlega [80-85]% þess fraktmagns sem flutt var til og frá Íslandi árið 2010. Bláfugl var með [10-15]% hlutdeild og Cargo Express [0-5]%. Rétt er að taka fram að Icelandair Group er í eigu Íslandsbanka og til skamms tíma var Bláfugl ehf. eitt af dótturfélögum Icelandair Group. Þann 8. nóvember 2010 tilkynnti Íslandsbanki hf. og Glitnir hf. um að félögin hefðu stofnað saman eignarhaldsfélagið SPW ehf. sem eignaðist allt hlutfé í Bláfugli ehf. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2011, *Yfirtaka Íslandsbanka hf. og Glitnis banka hf. á Bláfugli ehf.*, var fjallað um yfirtökuna. Í ákvörðuninni var talið að með yfirtökunni og þeim skilyrðum sem henni voru sett í væri rofið á eignatengsl á milli annars vegar Bláfugls og hins vegar Icelandair Group og þar með Icelandair Cargo. Kom fram í ákvörðuninni að með þessum breytingum væri farið að tilmælum í skýrslu



Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008. Með hliðsjón m.a. af þessu er markaðshlutdeild Bláfugls því ekki meðtalin í hlutdeild Icelandair Cargo.

Ljóst er hins vegar að þrátt fyrir að eignatengsl Icelandair Cargo og Bláfugls hafi verið rofin nýtur Icelandair Cargo mikilla yfirburða á markaðnum fyrir sölu á flugfrakt til og frá Íslandi með [80-85]% markaðshlutdeild miðað við magn. Svo há markaðshlutdeild gefur ótvírætt vísbendingu um markaðsráðandi stöðu sem fyrr segir. Þegar önnur atriði eru virt eins og miklir yfirburðir Icelandair Group samstæðunnar og tengsl dótturfélaga sem starfa á tengdum mörkuðum er að mati Samkeppniseftirlitsins sennilegt að Icelandair Cargo sé markaðsráðandi á markaðnum fyrir sölu á flugfrakt til og frá Íslandi.

4. Sennilegt brot á ákvæði 11. gr. samkeppnislaga

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við misnotkun markaðsráðandi fyrirtækis á þeirri stöðu sinni. Hafa verður í huga að í samkeppnisrétti hvílir rík skylda á markaðsráðandi fyrirtækjum að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þessi sérstaka skylda helgast m.a. af þeirri staðreynd að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna þess að á honum starfar fyrirtæki sem hefur markaðsráðandi stöðu. Sökum efnahagslegs styrks markaðsráðandi fyrirtækja geta tilteknar aðgerðir þeirra haft skaðleg áhrif á samkeppni og hagsmuni viðskiptavina og neytenda. Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig. Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum. Þá ber sérstaklega að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið ríkari eftir því sem staða þeirra á markaðnum er sterkari, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1 í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ein tegund misnotkunar á markaðsráðandi stöðu er þegar markaðsráðandi fyrirtæki setur viðskiptum samkeppnishamlandi skilyrði. Í vissum tilvikum geta skilyrði sem markaðsráðandi fyrirtæki setur viðskiptum falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu ef skilyrðin eru talin hefta eðlilega samkeppni á markaði og þau eru sett til þess að verja markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins.⁷

Í ákvæði c. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga segir að misnotkun geti m.a. falist í því að „viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt.“ Þannig getur markaðsráðandi fyrirtæki brotið gegn ákvæðinu ef það mismunar sambærilegum viðskiptaaðilum sínum, t.d. varðandi afslætti eða skilmálum fyrir þjónustunni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2006 *Osta- og smjörsalan sf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Jafnframt getur sölusynjun, þ.e. höfnun fyrirtækis á því að eiga viðskipti við tiltekinn aðila, án hlutlægra eða málefnalegra ástæðna falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Hér ber að líta til þess ýmsir viðskiptahættir og hegðun á markaði, sem geta talist eðlileg

⁷ Sjá nánar t.d. Faull og Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa (2007), bls. 402 og áfram.



og samkeppnishvetjandi þegar lítil fyrirtæki eiga í hlut, geta haft skaðleg áhrif á viðkomandi markaði ef markaðsráðandi fyrirtæki á í hlut. Þannig verður að telja að sú ákvörðun forsvarsmanna lítils eða meðalstórs fyrirtækis að hafna því að eiga viðskipti við tiltekinn aðila geti í fæstum tilvikum haft í för með sér skaðleg áhrif á samkeppni og gefi ekki tilefni til afskipta samkeppnisyrivalda. Öðru máli kann að gegna ef ákvörðun um sölusynjun er tekin af markaðsráðandi fyrirtæki. Í því tilviki kann að vera ástæða til íhlutunar samkeppnisyrivalda. Löggjafinn hefur viðurkennt að í vissum tilvikum sé rétt að setja samningsfrelsinu ákveðin takmörk og liggja þá almannahagsmunir einatt til grundvallar. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000, sem breyttu þágildandi samkeppnislögum, segir:

„Meginreglan er sú að fyrirtækjum er frjálst að velja viðsemjendur sína. Þegar um markaðsráðandi fyrirtæki er að ræða er hins vegar nauðsynlegt að meta hagsmuni þess fyrirtækis sem vill kaupa gagnvart hagsmunum markaðsráðandi fyrirtækis af því að stjórna sjálfst viðskiptasamningum sínum. Almenn er talið að í þessu samhengi verði að líta til þess hversu mikilvæg sú vara eða þjónusta sem um ræðir er fyrir þann sem óskar eftir viðskiptum, stöðu þess er synjar sölu á umræddum markaði, auk þess sem það er talið hafa þýðingu hvort hlutlægar og málefnalegar forsendur liggi að baki sölusynjuninni.“

Gripið hefur verið til íhlutunar gegn slíkum synjunum, sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 45/1999, *Sölusynjun Daníels Ólafssonar hf. á íblöndunarefni til brauðgerðar til Nýbrauðs ehf.*

Í þessu máli er fjallað um sennilega misnotkun IGS á stöðu sinni. Hin mögulega misnotkun kom fram gagnvart Cargo Express þegar félagið óskaði eftir flugafgreiðslu hjá IGS. Óskaði Cargo Express eftir viðskiptum við IGS í kjölfar þess að Airport Associates sagði upp samningi sínum við félagið um flugþjónustu. Verða nú tekin til athugunar samkeppnisleg áhrif þess að IGS synjaði Cargo Express um flugafgreiðslu og metið hvort synjunin feli sennilega í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

5. Skaðleg áhrif synjunar IGS um fraktafgreiðslu fyrir Cargo Express

Í þessum hluta verða tekin til nánari skoðunar samkeppnisleg áhrif þess að IGS hefur synjað Cargo Express um fraktafgreiðslu. Rétt er þó í upphafi að gera nánari grein fyrir tildrögum þess að IGS synjaði Cargo Express um afgreiðsluna.

Eins og komið hefur fram er starfsemi Cargo Express fólgin í því að selja fraktrými aðallega í flugvélum Astraeus/Iceland Express. Einnig seldi félagið rými í flugvélum ABX Air á árunum 2008-2010. Frá árinu 2008 hefur Iceland Express og þar með Cargo Express verið með samning um flugþjónustu við Airport Associates. Segja má að upphaf þessa máls megi rekja til þess að Airport Associates sagði upp samningi sínum um flugþjónustu við Iceland Express þann 2. mars 2011 með þriggja mánaða uppsagnarfresti. Tekur uppsögnin einnig til þeirrar þjónustu sem Airport Associates hefur veitt Cargo Express. Lokadagur samningsins er 31. maí 2011.

Þann 17. mars 2011, í kjölfar uppsagnarinnar, leitaði Iceland Express tilboða í flugþjónustu hjá IGS með tölvupósti. IGS svaraði tilboðsbeiðninni með tölvupósti 22.



mars 2011. Í svarinu kom fram að IGS gæti vart orðið við beiðni Iceland Express í ljósi þess hversu stutt væri í 1. júní 2011. Beiðni Iceland Express var ítrekuð með bréfi, dags. 23. mars 2011. Þann 29. mars 2011 svaraði IGS tilboðsbeiðninni á þann hátt að félagið teldi sér ekki fært að byrja að þjónusta Iceland Express á umbeðnum tíma.

Þann 12. apríl 2011 fór forsvarsmaður Cargo Express munnlega þess á leit við IGS að félagið myndi þjónusta fraktflutninga félagsins. Forsvarsmaður IGS gaf þau svör að aðstaða IGS væri fullnýtt hvað varðar fraktflutninga og að ekki væri hægt að hefja viðskipti nema að undangengnum fjárfestingum og úrbótum. Ekki stæði til að ráðast í þær umbætur og allt að einu myndu þær ekki vera tilbúnar fyrir 1. júní 2011. Sama beiðni var sett fram í bréfi lögmanns Cargo Express til IGS, dags. 19. apríl 2011. Tilboðsbeiðninni hafði ekki verið svarað þegar Samkeppniseftirlitið hóf mál þetta með bréfi til IGS þann 13. maí 2011. Beiðninni var hins vegar svarað með bréfi, dags. 18. maí 2011. Þar var henni hafnað m.a. á þeirri forsendu að aðstaða IGS væri því sem næst fullnýtt og að ekki væri unnt að bæta við viðskiptum nema að ráðast í fjárfestingar í aðstöðu og tækjabúnaði.

Á sama tíma leitaði Cargo Express einnig tilboða í flugþjónustu vegna fraktflugs hjá Airport Associates með bréfi, dags. 16. apríl 2011. Hafnaði Airport Associates þeirri beiðni þann 27. apríl 2011 með vísan til áherslubreytinga í starfsemi félagsins.

Eins og framangreint ber með sér hafa bæði Airport Associates og IGS neitað því að veita Iceland Express og Cargo Express nauðsynlega fraktafgreiðslu frá 1. júní nk. Samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins mun nýtt fyrirtæki, Iceland Express Handling, annast farþegaafgreiðslu fyrir Iceland Express innan flugstöðvar, s.s. farþegainnritun o.þ.h. Annað flugþjónustufyrirtæki, Keflavík Flight Services, sem til þessa hefur annast flugþjónustu á Reykjavíkflugvelli mun hins vegar sjá um svokallaða útipþjónustu flugvéla. Hvorugt þessara afgreiðslufyrirtækja hefur hins vegar, a.m.k. enn sem komið er, yfir að ráða vöruhúsi, tækjabúnaði eða nauðsynlegri þekkingu til að afgreiða fraktflug. Er því ljóst að Airport Associates og IGS eru einu aðilarnir sem geta veitt Cargo Express nauðsynlega fraktafgreiðslu frá 1. júní nk.

Cargo Express heldur því fram að fái fyrirtækið ekki nauðsynlega fraktafgreiðslu frá 1. júní nk. verði viðskiptavinir félagsins knúnir til að leita til annarra aðila um flugfrakt. Séu mestar líkur á því að þeir muni leita til Icelandair Cargo en flestir viðskiptavinir Cargo Express hafi áður verið í viðskiptum við Icelandair Cargo. Muni það gerast sé starfsgrundvöllur Cargo Express brostinn, a.m.k. þar til fyrirtækið hafi komið sér upp nauðsynlegri aðstöðu til fraktafgreiðslu.

Hér að framan í umfjöllun um aðgangshindranir að fraktafgreiðslumarkaðnum var ítarlega fjallað um þau opinberu skilyrði sem fyrirtæki þurfa að uppfylla til að afgreiða frakt. Þannig þurfa aðilar að búa yfir tvískiptu vöruhúsi með búnaði til að gegnumlýsa frakt. Flugmálastjórn hefur einnig staðfest við Samkeppniseftirlitið að sá lágmarkstími sem nýr aðili þurfi til að koma á fót fraktafgreiðslu sé sex til tólf mánuðir. Af því er ljóst að hvorki Cargo Express (þ.m.t. nefnt nýstofnað flugafgreiðslufyrirtæki) né aðrir aðilar hefðu fyrir 1. júní nk. getað komið sér upp nauðsynlegri aðstöðu á Keflavíkflugvelli til að afgreiða flugfrakt. Cargo Express mun því að óbreyttu ekki geta veitt viðskiptavinum



sínum nauðsynlega vöruafgreiðslu enda hafa bæði Airport Associates og IGS synjað fyrirtækinu um slíka þjónustu.

Með hliðsjón af þessu eru því verulegar líkur á því að Cargo Express þurfi nú um mánaðamótin að hætta starfsemi og hverfa af markaðnum fyrir sölu á flugfrakt. Telja verður líklegast að afleiðingar þess verði þær að núverandi viðskiptavinir muni að mestu leyti beina viðskiptum sínum til Icelandair Cargo (systurfélags IGS) en sem fyrr segir er hlutdeild þess fyrirtækis um [80-85]% miðað við magn á markaðnum fyrir fraktflug til og frá Íslandi. Þá er leiðakerfi þess félags mun víðtækara en t.a.m. Bláfugls. Má því ætla að Icelandair Cargo auki markaðshlutdeild sína sem nemur því sem næst hlutdeild Cargo Express. Er því sennilegt að umrædd synjun IGS á fraktafgreiðslu til Cargo Express muni styrkja enn frekar yfirburða stöðu Icelandair Cargo á þeim markaði sem það félag starfar á. Þá er ljóst að valkostum viðskiptavina sem kaupa flugfrakt mun fækka ef Cargo Express hættir starfsemi. Hafa ber í huga að um er að ræða einn af þremur keppinautum á fraktmarkaðnum sem jafnframt er sá aðili sem veitt hefur Icelandair Cargo hvað harðasta samkeppni á liðnum árum. Hætti Cargo Express starfsemi verður að telja miklar líkur á því að verð til viðskiptavina á fraktmarkaðnum muni hækka enda mun valkostum þeirra fækka. Í þessu sambandi má nefna að Cargo Express er eina fyrirtækið fyrir utan Icelandair Cargo sem hefur boðið fraktflug milli Íslands og Norður-Ameríku. Bláfugl flýgur aðeins á milli Íslands og áfangastaða í Evrópu. Þá var Bláfugl sem fyrr segir allt frá árinu 2005 fram á þetta ár hluti af Icelandair Group samstæðunni. Þau eignatengsl hafa þó sem fyrr segir nýlega verið rofin. Með hliðsjón af framangreindu þarf ekki að fjölyrða frekar um það að brotthvarf Cargo Express af markaði fyrir sölu á flugfrakt til og frá Íslandi myndi hafa verulega skaðleg áhrif á samkeppni á þeim markaði.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er því nauðsynlegt að grípa til ráðstafana til nauðsynlegra ráðstafana til að verja samkeppni á markaði þar sem fákeppni hefur ríkt lengi.

Hér að framan hefur verið fjallað um stöðu IGS á markaðnum fyrir sölu á flugfrakt á Keflavíkurflugvelli og þá miklu yfirburði sem það félag nýtur á þeim markaði. Einnig hefur verið greint frá þeim skyldum sem hvíla á markaðsráðandi fyrirtækjum að raska ekki samkeppni. Þær skyldur geta falið það í sér að þeim sé óheimilt að synja viðskiptavinum um nauðsynlega vöru eða þjónustu til að geta sinnt starfsemi sinni, sbr. t.d. áðurnefnd ákvörðun samkeppnisráðs nr. 45/1999. Í þessu sambandi verður einnig að hafa í huga þá miklu yfirburði sem IGS og Icelandair Group samstæðan hefur bæði í starfsemi á Keflavíkurflugvelli og í flugi til og frá Íslandi, hvort sem um er að ræða fraktflug eða áætlunarflug með farþega. Þá var IGS sem fyrr segir með einkarétt til fraktafgreiðslu á Keflavíkurflugvelli allt til ársins 1992. Öll þessi atriði styrkja yfirburði IGS og gera skyldur félagsins enn ríkari til að aðhafast ekkert það að sem raskað getur samkeppni. Nær þessi skylda ekki aðeins til flugafgreiðslumarkaðarins heldur einnig til tengdra markaða sem systurfélög IGS starfa á. Skylda félagsins nær því einnig til markaðarins fyrir sölu á flugfrakt þar sem Icelandair Cargo er með mikla yfirburði. Eins og sýnt hefur verið fram á hér að framan hefur umrædd synjun IGS um viðskipti við Cargo Express veruleg skaðleg samkeppnisleg áhrif á fraktmarkaðnum.

Samkeppniseftirlitið telur því að til álita komi í máli þessu að beina þeim fyrirmælum til IGS að veita Cargo Express nauðsynlega fraktafgreiðslu svo hið síðarnefnda félag geti haldið áfram starfsemi sinn eftir 1. júní nk. Samkeppniseftirlitið tekur þó fram að synjun



markaðsráðandi fyrirtækis þarf ekki endilega að brjóta í bága við samkeppnislög. Við mat á lögmæti sölusynjunar þarf að horfa til þess hvort hlutlæg eða málefnaleg sjónarmið liggja til grundvallar synjuninni. Ef ákvörðun er tekin á grunni slíkra sjónarmiða, t.d. vegna vanskila viðskiptavinar, er að öðru jöfnu ekki ástæða til afskipta samkeppnisyfirvalda.⁸

IGS hefur í máli sínu borið því við að félagið geti ekki tekið Cargo Express í viðskipti þar sem afkastageta fyrirtækisins sé fullnýtt. Þá hefur IGS einnig haldið því fram að viðskipti félagsins og Cargo Express kunni að fara gegn 10. gr. samkeppnislaga. Verður í næsta kafla fjallað nánar um þessi réttlætungarsjónarmið IGS fyrir umræddri synjun á viðskiptum og tekin afstaða til þeirra.

6. Nánar um sjónarmið IGS um réttlætningu þess að synja Cargo Express um fraktafgreiðslu

6.1 Afkastageta IGS

IGS hefur í máli sínu haldið því fram að félagið geti ekki aukið afkastagetu sína við afgreiðslu á flugfrakt. Segir félagið að komi til aukinna viðskipta krefjist það fjárfestinga sem félagið sé ekki tilbúið að ráðast í. Þá segir félagið að á árunum 2007 og 2008 hafi afkastageta verið við þolmörk og til hafi staðið að ráðast í framkvæmdir til að auka afkastagetuna. Af því hafi þó ekki orðið vegna aðstæðna í íslensku efnahagslífi. Þá segir félagið að áætlanir stærsta viðskiptavinar IGS, þ.e. Icelandair Cargo, geri ráð fyrir [...] og árið 2007. Þá kemur fram í máli IGS að öryggiskröfur fari sífellt vaxandi sem valdi því að ekki sé unnt að afgreiða sama magn nú með sömu afkastagetu og áður. Þá segir félagið að meginuppistaða í flutningi Cargo Express sé ferskur fiskur en sú vara valdi hvað mestu álagi á vöru- og húsakost IGS. Þá sé Iceland Express með flugáætlun til fjölmargra áfangastaða sem sé umfangsmeira að afgreiða en ef t.a.m. sama magni væri dreift á þá aðila sem þegar séu í viðskiptum við IGS. Þessi sjónarmið voru og ítrekuð á fundi IGS með Samkeppniseftirlitinu þann 27. maí sl.

Vegna þessara sjónarmiða IGS boðaði Samkeppniseftirlitið Cargo Express til fundar þann 27. maí sl. og fór fram á það við félagið að það tilgreindi með nákvæmum hætti hvers konar fraktafgreiðslu fyrirtækið þyrfti á að halda svo því væri unnt að sinna áfram starfsemi sinni. Þá var einnig óskað eftir því að tilgreint væri áætlað magn og hvernig það skiptist á milli áfangastaða eftir því hvort um inn- eða útflutning væri að ræða. Samkeppniseftirlitinu barst svar frá Cargo Express sama dag þar sem gerð er nákvæm grein fyrir þessu.

Ljóst er af svörum Cargo Express að þörf fyrirtæksins fyrir fraktafgreiðslu er innan við 1.000 tonn af frakt næstu sjö mánuði, þ.e. frá júní til desember á þessu ári. Það jafngildir um 1.380 tonnum á ársgrundvelli. Stærri hluti er afgreiðsla vegna útflutnings (aðallega ferskum fiski). Þessarar fraktafgreiðslu er þörf vegna flugs til alls ellefu áfangastaða en um helmingur magns tilheyrir einum áfangastað og um 86% magns er vegna þriggja áfangastaða. Þá mun áfangastöðum fækka úr ellefu í fjóra eða fimm í september/október nk.

⁸ Ljóst er að sönnunarbyrðin um þetta hvílir á viðkomandi fyrirtæki, sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-201/04 Microsoft v Commission [2007] II-3601.



Eins og nefnt var hér að framan hefur IGS borið því við að fyrirtækið geti ekki afgreitt Cargo Express vegna takmarkaðrar afkastagetu. Afgreidd flugfrakt stefni á þessu ári í að vera svipuð og hún hafi verið árið 2007 en þá hafi afkastageta fyrirtækisins verið fullnýtt. Vegna þessa aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá Isavia um sundurliðun á afgreiddu magni IGS eftir inn- og útflutningi fyrir árin 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 og það sem af er þessa árs. Upplýsingarnar koma fram í töflu 3.

Tafla 3: Sundurliðun á afgreiddri flugfrakt hjá IGS fyrir árin 2006 til 2011.

Ár	Innflutningur	Útflutningur	Samtals
2006	[...]	[...]	[...]
2007	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]
2009	[...]	[...]	[...]
2010	[...]	[...]	[...]
2011	[...]	[...]	[...]

Eins og sjá má í töflunni hefur afgreidd flugfrakt hjá IGS dregist umtalsvert saman á liðnum árum og má ætla að þar skipti mestu sá efnahagssamdráttur sem orðið hefur á Íslandi frá falli viðskiptabankanna í október 2008. Er ljóst að samdrátturinn nemur um 40-45% á ársgrundvelli ef miðað er við annars vegar árin 2006-2008 og svo hins vegar árin 2009-2011. Nemur samdrátturinn um [...] þús. tonnum á ári að jafnaði. Hlutfallslega er samdrátturinn meiri í innflutningi en í útflutningi. Eftir sem áður nemur þó samdrátturinn í útflutningi u.þ.b. 30% á milli umræddra tímabila eða um [...] þús. tonnum á ársgrundvelli.

Að mati Samkeppniseftirlitsins þótti ljóst að þessar upplýsingar frá Isavia um afgreitt fraktmagn IGS samræmdust ekki þeim skýringum sem IGS hafði veitt um að afkastageta fyrirtækisins væri við þölmörk og að áætlanir fyrirtækisins gerðu ráð fyrir að magn í útflutningi í ár yrði svipað og það var árið 2007. Sérstaklega ekki með hliðsjón af því að forsvarsmaður IGS hafði á fundi með Samkeppniseftirlitinu ennfremur upplýst að afkastageta fyrirtækisins í fraktafgreiðslu væru nú svipuð og á árunum 2007 og 2008 en þá hafi staðið til að fara í framkvæmdir til að auka hana. Með tölvupósti Samkeppniseftirlitsins til IGS þann 27. maí sl. var óskað eftir skýringum á þessu misræmi. Þær skýringar sem IGS veitti með tölvupósti þann 30. maí sl. voru þær að fyrirtækið teldi að upplýsingarnar ættu a.m.k. ekki við um vöruhús IGS. Eina mögulega skýringin sem IGS „kæmi til hugar“ væri að í tölum Isavia væri svokölluð „transit“ og „transfer“ frakt, þ.e., frakt sem væri afgreidd milli flugvéla á plani en kæmi aldrei inn í vöruhús. Slík afgreiðsla teldist ekki til afgreiðslu á flugfrakt enda væri ekki óskað eftir slíkri þjónustu í beiðni Cargo Express.

Samkeppniseftirlitið taldi þessar skýringar ekki fullnægjandi og sendi því aðra fyrirspurn til IGS með tölvupósti síðar sama dag, þ.e. 30. maí 2011. Var þess óskað m.a. að IGS upplýsti hver væri áætluð hlutdeild „transit“ fraktar í framangreindum tölum IGS og hvort hlutfall „transit“ fraktar hefði breyst á tímabilinu frá 2006 til 2011 og ef svo væri, hve mikil breytingin hefði orðið. Í fyrirspurninni var einnig vísað til þess að á fundi Samkeppniseftirlitsins með framkvæmdastjóra IGS og lögmanni Logos-lögmannsþjónustu hefði komið fram að afkastageta IGS væri nú sú sama og árið 2007 og að magn á þessu ári í útflutningi stefndi í að vera það sama á þessu ári og árið 2007. Óskað var eftir að



útskýrt yrði nánar hvernig þetta fengist staðist með hliðsjón af þeim upplýsingum sem fram kæmu í gögnum Isavia og fram koma í töflu 3 hér að framan.

Í svari IGS kemur fram að félagið geti ekki upplýst um vægi „transit“ fraktar félagsins samkvæmt gögnum Isavia eða hvort og þá hvernig hún hafi breyst á umræddu árabili. Varðandi skýringu á umræddu misræmi milli þess sem fram kemur í upplýsingum Isavia annars vegar og fullyrðinga um eigin afkastagetu er vísað til upplýsinga sem afhentar höfðu verið um inn- og útflutning Icelandair Cargo. Þó aðeins væri um upplýsingar um flutninga þess félags að ræða væri það yfirgnæfandi hluti þess magns sem farið hefði í gegnum vöruhús IGS. Engar aðrar skýringar voru veittar í svarinu.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessar skýringar IGS. Telur eftirlitið ljóst að afgreitt fraktmagn um þessar mundir (þ.e. það sem af er þessu ári og 2010) hjá IGS er eins og fyrr segir um 30-45% minna en það var á árunum 2007 og 2008, sbr. tafla 3. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að þessi munur skýrist „hugsanlega“ af transit frakt enda hefur Isavia í málinu upplýst að ekki sé algengt að millilent sé með transit frakt á Keflavíkurlflugvelli. Með öðrum orðum hefur IGS ekki getað útskýrt umræddan mun á annars vegar afgreiddu fraktmagni fyrirtækisins samkvæmt upplýsingum Isavia og hins vegar eigin fullyrðingum um að magn nú sé það sama og árin 2007 og 2008 þegar afkastagetan hafi verið við þolmörk.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki ljóst hvaða þýðingu það hefur að Icelandair Cargo geri ráð fyrir að útflutt magn þess fyrirtækis verði árið 2011 [...]. Samkvæmt upplýsingum sem IGS hefur lagt fram um flutningsmagn Icelandair Cargo árin 2007 til 2010 og áætlun fyrir árið 2011 er ljóst að áætlunin gerir ráð fyrir [...]. Með öðrum orðum gerir áætlunin ráð fyrir að magn í útflutningi verði [...]. Ljóst er því að viðbótarmagn á árunum fyrir hrun skýrist væntanlega af öðru en útflutningi Icelandair Cargo. Má reyndar ætla að það skýrist a.m.k. að einhverju leyti af flutningum á frakt fyrir Iceland Express en IGS annaðist flugþjónustu fyrir það félag árin 2007 og fram á árið 2008.

Eins og áður greinir er þörf Cargo Express áætluð rúmlega 900 tonn á ársgrundvelli í útflutningi. Það magn jafngildir um [5-15]% af þeim samdrætti sem IGS hefur orðið fyrir í útflutningi sl. 2-3 ár. IGS hefur sem fyrr segir upplýst að afkastageta fraktafgreiðslu fyrirtækisins sé sú sama núna og hún var árið 2007 en þá hafi hún verið fullnýtt. Með hliðsjón af þessu fæst því ekki annað séð en að nú sé umtalsverð ónýtt afkastageta í fraktafgreiðslu hjá fyrirtækinu þvert á það sem IGS heldur fram.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að hertar kröfur um skimun á frakt sem flutt er til Bandaríkjanna geti orsakað að „álag á húsa- og tækjakost“ IGS sé a.m.k. jafn mikið nú og það hafi verið árin 2007 og 2008 þegar fraktafgreiðsla var í hámarki. Í fyrsta lagi er ljóst eins og fyrr segir að magn nú er um 30-40% minna en það var á umræddu árabili. Þá er samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins frá Flugmálastjórn ljóst að í meginatriðum eru nákvæmlega sömu kröfur gerðar nú til skimunar á farmi sem fluttur er út til Bandaríkjanna eins og voru í gildi á árunum 2007 og 2008. Loks ber að nefna að jafnvel þó kröfur um skimun hefðu verið auknar nýlega hefði það ekki mikil áhrif á fraktafgreiðslu til Cargo Express enda flutningur félagsins til Bandaríkjanna takmarkaður eins og áður greinir.



Með hliðsjón af öllu framangreindu telur Samkeppniseftirlitið að sennilegt sé að IGS hafi ekki sýnt fram á það að takmörkuð afkastageta fyrirtækisins við afgreiðslu á flugfrakt og/eða hertar öryggiskröfur geti talist hlutlæg réttlætingarástæða fyrir synjun á fraktafgreiðslu til Cargo Express.

6.2 Sjónarmið vegna 10. gr. samkeppnislaga

IGS heldur því fram að ef fyrirtækið geri samning við Cargo Express sé hætt á að slíkur samningur kunni að fara gegn 10. gr. samkeppnislaga. Það er mat IGS að samningur á milli félaganna myndi leiða af sér takmörkun eða stýringu á framleiðslu, mörkuðum og fjárfestingu, sbr. b-lið. 2. mgr. 10. gr. laganna. Það er einnig mat IGS að slíkur samningur myndi fela í sér ólögleg upplýsingaskipti um verð fyrir fraktafgreiðslu í andstöðu við 10. gr. laganna. Í þessu sambandi vísar IGS einnig til þess að Icelandair Group annars vegar og Iceland Express og tengd félög hins vegar séu nú orðin keppinautar á þremur mörkuðum, þ.e. í áætluðum flugi, fraktflugi og nú síðast í flugafgreiðslu. Á fundi með Samkeppniseftirlitinu lýsti IGS því hins vegar yfir að þetta sjónarmið fyrirtækisins hefði víkjandi þýðingu.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er óljóst hvað það er nákvæmlega sem IGS telur að muni fara gegn bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga ef fyrirtækið gerir samning við Cargo Express um fraktafgreiðslu. Sé um að ræða samning sem gerður er á eðlilegum viðskiptalegum forsendum og þess t.a.m. gætt af hálfu IGS að viðkvæmum viðskiptaupplýsingum Cargo Express sé ekki miðlað til annarra systurfélaga IGS, sérstaklega Icelandair Cargo, hefur ekkert komið fram í málinu sem gefur til kynna að samningurinn fari gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að áður en Airport Associates gerðu samning um flugafgreiðslu við Iceland Express árið 2008 þjónustaði IGS Iceland Express. Þá er ljóst af svörum IGS við upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins að í hópi 10 stærstu viðskiptavina IGS eru flugfélög sem teljast keppinautar Icelandair í farþegaflugi til og frá Íslandi, s.s. SAS, Lufthansa og Air Greenland. IGS hefur ekki sent Samkeppniseftirlitinu ósk um undanþágu frá 10. gr. samkeppnislaga, sbr. 15. gr. laganna, vegna samninga við þessi flugfélög.

6.3 Niðurstaða um ástæður IGS fyrir neitun

Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að réttlætingarástæður IGS eigi ekki við í málinu. Í málinu hefur IGS ekki sýnt fram á að það hafi ekki möguleika á að bæta magni Cargo Express við núverandi afkastagetu í fraktafgreiðslu. Þvert á móti benda upplýsingar Samkeppniseftirlitsins til þess að ónýtt afkastageta í fraktafgreiðslu hjá IGS sé umtalsverð og í öllu falli næg til að bæta við áætluðu magni Cargo Express. Þá telur Samkeppniseftirlitið ekki ástæðu til að ætla að samningur IGS og Cargo Express um fraktafgreiðslu verði ekki samþýðanlegur ákvæðum 10. gr. samkeppnislaga. Að þessu virtu telur Samkeppniseftirlitið því sennilegt að synjun IGS á flugafgreiðslu til Cargo Express fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.



7. Málið þolir ekki bið

Að framan hefur verið greint frá því að Samkeppniseftirlitið telur sennilegt að synjun IGS um flugafgreiðslu til Cargo Express, án þess að hlutlægar málefnalegar ástæður liggi til grundvallar synjuninni, fari í bága við ákvæði 11. gr. samkeppnislaga.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er hér sennilega um að ræða brot sem er til þess fallið að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Einnig er sennilegt að bið eftir endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins geti leitt til röskunar á samkeppni. Ef samningar nást ekki milli IGS og Cargo Express eru verulegar líkur á því að hið síðarnefnda félag muni þurfa að láta eftir stóran hluta af viðskiptum sínum á markaði fyrir flugfrakt til systurfélags IGS, Icelandair Cargo. Getur það leitt óafturkræfrar takmörkunar á samkeppni með skaðlegum afleiðingum fyrir m.a. fyrirtæki sem stunda inn- og útflutning frá Íslandi. Er það því mat Samkeppniseftirlitsins að framangreint kalli á aðgerðir þegar í stað.

Í ákvörðunarorðum er IGS gert skylt að ganga til samninga við Cargo Express um flugþjónustu þegar í stað. Þau kjör og skilmálar sem gilda í viðskiptunum eiga að taka mið af gjaldskrá IGS fyrir fyrirtæki í sambærilegum viðskiptum. Þá er IGS einnig gert skylt að upplýsa ekki aðra aðila, þ.m.t. Icelandair Group, Icelandair Cargo, Icelandair eða önnur fyrirtæki innan vébanda Icelandair Group samstæðunnar um viðkvæm viðskiptaleg málefni Cargo Express, s.s. upplýsingar um verð eða umfang þjónustu. Að mati Samkeppniseftirlitsins er með þessum ákvörðunarorðum komið í veg fyrir þá röskun á samkeppni sem annars getur hlotist.

Þessi ákvörðunarorð eru tímabundin til 31. október 2011. Ef ekki hefur verið tekin ákvörðun í málinu innan þess frests verður tekin afstaða til þess hvort nauðsynlegt sé að framlengja þessa bráðabirgðaákvörðun til þess að markmið hennar náist.

Athygli IGS er vakin á því að skylda á fyrirtækinu skv. ákvörðunarorði tekur gildi við birtingu þessarar ákvörðunar.

III.

Ákvörðunarorð:

„Með heimild í ákvæði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 tekur Samkeppniseftirlitið eftirfarandi ákvörðun til bráðabirgða:

1.

Samkeppniseftirlitið telur að IGS ehf. hafi sennilega brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga með því að neita að taka Cargo Express ehf. í viðskipti. Með vísan til ákvæða 16. gr. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið eftirfarandi tímabundnum fyrirmælum til IGS ehf.:

- 1. IGS ehf. skal ganga til samninga við Cargo Express ehf. þegar í stað um fraktafgreiðslu miðað við áætlað magn Cargo Express ehf.**



- 2. Viðskiptaskilmálar skulu vera almennir og fela í sér sambærileg kjör og gilda um samskonar viðskipti annarra viðskiptavina IGS ehf.**
- 3. IGS ehf. er óheimilt að upplýsa aðra aðila, þ.m.t. Icelandair Group ehf., Icelandair Cargo ehf., Icelandair ehf. eða önnur fyrirtæki innan vébanda Icelandair Group samstæðunnar, um viðkvæm viðskiptaleg málefni Cargo Express ehf.**

2.

Bráðabirgðaákvörðun þessi gildir til 31. október 2011. Brot á þessari ákvörðun varðar viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson