

Wikborg, Rein & Co
Advokat Morten Goller
Postboks 1513 Vika
0117 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.:

Dato: 19.07.2006

■ **Fjord Line AS - konkurranseloven § 12, jf. § 11 - avslag på anmodning om å gripe inn mot Color Group ASA og Color Line AS**

Avgjørelse A2006-46

1. Innledning

Konkurransetilsynet viser til tidligere korrespondanse og kontakt i sakens anledning, herunder Deres henvendelse av 13. mai 2005.

Konkurransetilsynet har på bakgrunn av henvendelsen vurdert om Color Group ASA og Color Line AS (heretter "Color Line") har misbrukt sin dominerende stilling i strid med forbudet i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.

Etter EF/EØS-konkurranseretten kan ulike typer atferd anses som utilbørlig utnyttelse og således være i strid med de nevnte forbudsbestemmelsene. En type atferd som etter praksis kan rammes er såkalt ulovlig underprising/kapasitetsøkning. For å ta stilling til om det foreligger ulovlig underprising/kapasitetsøkning, er det nødvendig å foreta en vurdering av relevante kostnader og inntekter i det aktuelle selskapet. Konkurransetilsynet har i den foreliggende sak foretatt en sammenligning av skipet "Prinsesse Ragnhilds" totale inntekter på fergeruten mellom Bergen/Stavanger og Hirtshals (heretter også "Vestlandsruten") og de kostnader som var påvirkbare da beslutningen om å opprette ruten ble fattet. Det er også vurdert om det finnes en legitim begrunnelse for atferden. I tillegg har tilsynet vurdert om forbrukerne kan anses som skadelidende som følge av atferden.

Etter en samlet vurdering har Konkurransetilsynet funnet at det sannsynligvis ikke kan konstateres noe brudd på konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 i perioden frem til sommeren 2006. Konkurransetilsynet finner derfor ikke grunnlag for å forfølge saken videre.

2. Sakens bakgrunn

Color Line besluttet høsten 2004 å opprette den nye fergeforbindelsen på strekningen Bergen/Stavanger-Hirtshals. Strekningen skulle betjenes av fergeren "Prinsesse Ragnhild", som var virksom på ruten fra 27. april 2005.

Den 13. mai 2005 innga Fjord Line AS (heretter "Fjord Line") en klage til Konkurransetilsynet, hvor det hevdes at Color Line har opptrådt i strid med forbudet i konkurranseloven § 11. Fjord Line anfører at Color Line har foretatt en konkurranseskadelig kapasitetsøkning, og at Fjord Line vil bli presset ut av markedet som følge av etableringen av den nye Vestlandsruten. I henhold til Fjord Lines beregninger vil Color Line gå med tap på ruten de fire første driftsårene. Fjord Line gjør på denne bakgrunn gjeldende at det ikke foreligger noen forretningsmessige

begrunnelser for Color Lines etablering på Vestlandet, og at dette viser at Color Line har hatt til hensikt å presse Fjord Line ut av markedet.

Ifølge Fjord Lines klage medførte innsettingen av "Prinsesse Ragnhild" at den samlede produksjonskapasiteten mellom Sør/Vestlandet og Danmark økte fra cirka 2 240 000 passasjerer, 1 027 000 biler og/eller 1 378 000 løpemeter, til cirka 2 610 000 passasjerer, 1 232 000 biler og/eller ca 1 658 000 løpemeter.

I tillegg til den nye Vestlandsruten har Color Line lenge vært etablert på strekningen Kristiansand-Hirtshals.

3. Informasjonsinnhenting

Konkurransetilsynet har innhentet omfattende informasjon fra Color Line, samt pålagt Color Line en plikt til å oversende månedlige ruteregnskaper med mer. Det er videre innhentet betydelig tilleggsinformasjon fra Fjord Line og andre aktører i markedet. I tillegg har det vært avholdt flere møter mellom Konkurransetilsynet og henholdsvis Color Line og Fjord Line.

4. Beskrivelse av berørte foretak

Color Line AS er et datterselskap i Color Group ASA (eiet av O.N. Sunde AS), og er konsernets operative selskap. I 2005 hadde selskapet en årsomsetning på cirka fire milliarder kroner. Per 31. desember 2005 opererte Color Line syv internasjonale linjer mellom ti havner i Norge, Tyskland, Danmark og Sverige. Selskapet har en flåte på ti skip.¹

Fjord Line ble etablert i 1993. På samme tidspunkt opprettet selskapet fergeruten mellom Bergen/Egersund og Hantsholm. I 1998 overtok Fjord Line linjen mellom Bergen/Haugesund/Stavanger og Newcastle. Selskapet har tre skip, "MS Fjord Norway", "MS Lygra" (lasteskip Danmarkslinjen) og "MS Atlantic Traveller". Fjord Line er i dag eiet av 3200 aksjonærer, der hovedaksjonærene er de to skipseiende selskapene KS Nordsjøferger og KS Bergensfjord. Disse to har til sammen 90 prosent av aksjene. Selskapet omsatte i 2004 for cirka 700 millioner kroner.²

5. Rettslig utgangspunkt

Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å utilbørlig utnytte sin dominerende stilling.

Bestemmelsen lyder i sin helhet:

§11. Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,*
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med hovedgjenstanden.*

Konkurranseloven § 11 er utformet etter mønster av EF-traktaten artikkel 82 og EØS-avtalen artikkel 54. Ifølge forarbeidene til konkurranseloven vil praksis om de tilsvarende forbudene i EF-traktaten artikkel 82 og EØS-avtalen artikkel 54 veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelsen av innholdet i konkurranseloven § 11.

¹ Kilde: www.colorline.no, Årsrapport Color Group ASA 2005.

² Kilde: www.fjordline.no.

EØS-avtalen artikkel 54 kommer direkte til anvendelse på handlinger som kan påvirke handelen mellom EØS-statene. Ved vurderingen av om samhandelen er påvirket har Konkurransetilsynet sett hen til EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer om samhandelsvilkåret.³ Det er i foreliggende sak tale om fergetrafikk mellom Norge og Danmark. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at samhandelen er påvirket og at EØS-avtalen kommer til anvendelse.

EØS-avtalen artikkel 54 har følgende ordlyd:

”Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av denne avtale, eller i en vesentlig del av det, skal være forbudt og uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom avtalepartene.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,*
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.”*

Så vel EØS-avtalen artikkel 54 som konkurranseloven § 11 oppstiller to vilkår som begge må være oppfylt for at et foretaks konkurranseatferd skal rammes av forbudet. For det første må foretaket ha en dominerende stilling, og for det andre må atferden innebære en utilbørlig utnyttelse. Det er ikke forbudt i seg selv å ha en dominerende stilling, men EØS-avtalen artikkel 54 og konkurranseloven § 11 setter skranker for hvordan dominerende foretak kan opptre i markedet. Et dominerende foretak har et særlig ansvar for å unngå at dets atferd er skadelig for konkurransen.⁴ Dersom opptreden er skadelig for konkurransen, vil også normalt atferden være skadelig for forbrukerne.

Fra praksis under EF/EØS-retten er det flere saker som gjelder såkalt konkurranseskadelig underprising/kapasitetsøkning (også kalt predasjonsprising eller rovprising).

Konkurranseskadelig underprising kan foreligge dersom et dominerende foretak selger sine produkter med tap. Slik atferd kan lønne seg på sikt fordi det dominerende foretaket kan gjenvinne tapet etter at konkurrenten har trukket seg ut av markedet⁵ eller etter at konkurrenten(e) er disiplinert(e). EF-domstolens og Kommisjonens praksis om konkurranseskadelig underprising under EF/EØS-retten veier som nevnt tungt ved fastleggelsen av rettstilstanden under konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.

I denne saken har Konkurransetilsynet vurdert hvorvidt Color Lines etablering og drift av Vestlandsruten utgjør utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Ved vurderingen skal det ifølge praksis sees hen til hvorvidt Color Lines relevante inntekter dekker de relevante kostnadene. Det bemerkes at de relevante inntektene fremkommer ved å multiplisere (enhets)pris med solgt kvantum. Inntektene sammenliknes deretter med de relevante kostnadene. Økt kapasitet og lavere pris vil føre til økte (enhets)kostnader/lavere (enhets)inntekter. Det medfører derfor ingen realitetsforskjell om man taler om underprising eller overkapasitet. Konkurransetilsynet vil således i det følgende benytte begrepet ”underprising” som en felles betegnelse dersom ikke noe annet fremgår av sammenhengen.

³ EFTA Surveillance Authority Notice Guidelines on The effect on trade concept contained in Articles 53 and 54 of the EEA Agreement (Samhandelskunngjøringen).

⁴ Se f.eks. sak 322/81 Michelin mot Kommisjonen (Michelin-dommen), premiss 57 og sak T-65/89 BPB Industries mot Kommisjonen, premiss 67.

⁵ Se særlig sak C-62/86 AKZO Chemie mot Kommisjonen (AKZO-dommen) og sak C-333/94 Tetra Pak mot Kommisjonen (Tetra Pak II-dommen).

6. De relevante markedene

For å kunne vurdere sakens konkurransemessige virkninger, må Konkurransetilsynet vurdere hvilke markeder som berøres.

Generelt vil en kjøper ta beslutninger basert på egenskaper ved produktene og tilbydernes lokalisering. Derfor avgrenses et relevant marked, som deles inn i det relevante produktmarkedet og det relevante geografiske markedet. I denne avgrensningen vil Konkurransetilsynet hente veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked.⁶

På bakgrunn av de opplysninger Konkurransetilsynet har mottatt, samt foretatte undersøkelser synes det å foreligge tre relevante produktmarkeder; passasjertransport, godstransport og rundturer.

Når det gjelder markedets geografiske utstrekning er Konkurransetilsynet av den oppfatning at etterspørerne i noen grad vil oppfatte havner sør for avreisestedet som substituerbare. Substitusjon nordover vil føre til både økt reisetid til havn samt økt overfartstid, og antas å være lite sannsynlig. Det vil dermed primært være kunder i Hordaland og Rogaland som er relevante å vurdere i denne saken.

Konkurransetilsynet har mottatt opplysninger med hensyn til reisemønstre og fylkesfordeling på fergerutene, supplert med en vurdering av avstand mellom havner, endringer i reisetid/reisekostnad, som kan tyde på at kunder i Rogaland (både passasjerer og fraktkunder) vil oppfatte ruten mellom Kristiansand og Danmark som et tilstrekkelig nært substitutt til Vestlandsruten slik at denne skal inkluderes i det relevante geografiske markedet. Det er imidlertid mer usikkert om kunder i Hordaland vil oppfatte ruten fra Kristiansand som et tilstrekkelig nært substitutt.

Ettersom det ikke er avgjørende for Konkurransetilsynets konklusjon, tas det imidlertid ikke endelig stilling til markedets geografiske utstrekning.

7. Dominerende stilling

Konkurransetilsynet har, som det fremgår nedenfor, kommet til at det sannsynligvis ikke foreligger konkurranseskadelig underprising i denne saken. Det er derfor ikke nødvendig å redegjøre for, samt ta endelig stilling til om Color Line må anses som dominerende i ett eller flere markeder.

8. Utilbørlig utnyttelse

8.1 Innledning

Konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 forbyr ensidig atferd fra dominerende foretak som begrenser konkurransen i markedet og således er skadelig for forbrukerne. Det avgjørende vurderingstemaet er om det dominerende foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres.⁷ Det kreves ikke årsakssammenheng mellom den dominerende stillingen og den utilbørlige utnyttelsen.⁸ Normalt vil den utilbørlige atferden finne sted i det samme markedet som den dominerende stilling påvises, men det er ikke et vilkår at så er tilfellet.⁹

Alminnelig sunn priskonkurranse er gunstig og ønskelig i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Konkurranseskadelig underprising innebærer at den dominerende aktøren bevisst pådrar seg et tap i en periode, ved å prise sitt produkt så lavt at den marginale inntekten er lavere enn den marginale kostnaden. Tapet i perioden med underprising vil kunne oppveies av fremtidig økning i

⁶ EF-Tidende 1998 L 200/48 og EØS-tillegget 1998 28/3, C372 av 9. desember 1997.

⁷ Forenede saker 6 og 7/73 Commercial Solvents, premiss 25, sak 311/84 Télémaking, premiss 27 og sak C-7/77 Bronner, premiss 38.

⁸ Sak 6/72 Continental Can mot Kommisjonen, premiss 27.

⁹ Sak C-333/94 Tetra Pak II, premiss 2.

inntekt som følge av høyere pris. Det vil særlig være lønnsomt å drive utilbørlig underprising dersom konkurrenten er finansielt svak.

Skillet mellom sunn priskonkurranse og forbudt konkurranseskadelig underprising er nærmere behandlet i praksis fra EF-domstolen. Det vises i denne forbindelse til AKZO-dommen¹⁰ hvor følgende ble lagt til grunn:

1. Dersom et dominerende foretaks priser ikke dekker de gjennomsnittlige variable kostnadene (GVK) er det en sterk presumsjon for at det foreligger utilbørlig utnyttelse av foretakets dominerende stilling.
2. Dersom prisene dekker de gjennomsnittlige variable kostnadene, men ikke de gjennomsnittlige totale kostnadene (GTK), foreligger det utilbørlig utnyttelse av foretakets dominerende stilling såfremt det i tillegg kan påvises at foretakets prissetting er ledd i en plan om å presse konkurrenten ut av markedet.

Det følger av ovennevnte at man i hver enkelte sak må foreta en konkret analyse (kostnadstest) av relevante inntekter og kostnader. Kostnadstesten må således tilpasses til det aktuelle markedsområdet det dominerende foretaket opererer i. Det er imidlertid samme grunnleggende prinsipp som anvendes; de relevante inntektene sammenlignes med de relevante kostnadene.

I Deutsche Post-avgjørelsen¹¹ la Kommisjonen til grunn at det i den konkrete saken måtte foretas en sammenligning av pris og ytelsesspesifikke merkostnader, der ytelsesspesifikke merkostnader var definert som summen av variable kostnader og produktspesifikke faste kostnader for det aktuelle produktet. Kommisjonen kom til at Deutsche Post ikke hadde dekket sine ytelsesspesifikke merkostnader i perioden 1990-1995, og uttalte at en slik prispolitikk på lengre sikt var i strid med virksomhetens egen økonomiske interesse.

I nærværende sak er det tale om flere ulike produkter. Både Color Line og Fjord Line opererer med forskjellige billettkategorier og priser, noe som muliggjør prisdifferensiering. Det kan derfor være vanskelig å vurdere prisen på billetter innenfor hvert produkt i forhold til relevante inntekter og kostnader. Dette skyldes at en billettpris som ikke dekker kostnadene ut fra en gjennomsnittsbetraktning, likevel kan være rasjonell dersom den bidrar til at foretaket oppnår en bedre kapasitetsutnyttelse. En fergepassasjer genererer også gjennom ombordkjøp betydelige inntekter for fergeselskapene. Prisen på den enkelte billett (enhetspris) vil derfor, etter tilsynets oppfatning, ikke være representativ for Color Lines samlede prisstrategi. Konkurransetilsynet vil av denne grunn vurdere de totale inntektene på fergeruten opp mot de relevante kostnadene i kostnadstesten.

Utgangspunktet for vurderingen av om Color Lines atferd kan anses som konkurranseskadelig underprising vil være beslutningstidspunktet høsten 2004. Konkurransetilsynet vil derfor benytte en kostnadstest hvor det vurderes hvilke kostnader som var påvirkbare (eller unngåelige) på beslutningstidspunktet. Denne kostnadstesten er i tråd de prinsipper som kan utledes av fellekskapspraksis, samt den metode Fjord Line har vist til i sin klage av 13. mai 2005.

Etter at det er tatt stilling til hvilke kostnader og inntekter som er påvirkbare, er neste spørsmål hvilken tidsperiode som skal benyttes ved gjennomføring av selve kostnadstesten. Konkurransetilsynet har lagt til grunn at hele driftsåret må tas i betraktning. Bakgrunnen for dette er at etterspørselen i markedet er svært sesongbetont. Inntektene fra sommersesongen vil normalt være langt høyere enn inntektene resten av året. Det vil således kunne gi et uriktig bilde av inntekter og kostnader, hvis man kun skulle ta hensyn til noen få måneder i selve vurderingen. Tilsynet legger til grunn at enhver periode bestående av tolv etterfølgende måneder kan utgjøre en relevant tidsperiode. Begrunnelsen for dette er at alle sesongene, med deres ulike prisnivåer og etterspørselsmønstre, vil være inkludert i en slik enhet.

¹⁰ AKZO-dommen premiss 71 og 72.

¹¹ EFT (2001) L 125/127.

Ruteregnskapene foreligger månedlig og Konkurransetilsynet har i sin vurdering tatt utgangspunkt i perioden 1. mai 2005 til 30. april 2006. Ettersom det i denne saken dreier seg om første driftsår har Konkurransetilsynet, som det fremgår nedenfor, også tatt hensyn til ekstraordinære forhold.

De konkrete beregningene som er gjort i denne saken bygger på tallmateriale som må anses for å være forretningshemmeligheter i henhold til forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Beregningene er derfor ikke inntatt i dette brevet. Konkurransetilsynet vil imidlertid gjøre nærmere rede for hvilke poster som er vurdert, og hvilke beregningsmetoder som er anvendt.

8.2 Relevante inntekter

Konkurransetilsynet legger til grunn, som nevnt foran, at det er relevant å se hen til "Prinsesse Ragnhilds" samlede inntekter på den aktuelle fergeruten, ikke bare billettinntektene.

Color Line har anført at selskapet tapte inntekter den første sommersesongen fordi markedsføring og oppstart av ruten ble forsinket. Dette skyldtes, i følge Color Line, forhold utenfor deres kontroll. Konkurransetilsynet har vurdert Color Lines anførsel og kommet til at det foreligger grunnlag for å ta hensyn til forsinkelsen vedrørende oppstartstidspunktet ved vurderingen av relevante kostnader og inntekter. Dette innebærer at de inntekter som er lagt til grunn i Konkurransetilsynets analyse er noe høyere enn det som fremgår av ruteregnskapet.

8.3 Relevante kostnader

Konkurransetilsynet har foretatt følgende kategorisering av Color Lines kostnader:

- kostnader i ruteregnskapet
- felleskostnader
- finanskostnader
- oppstartskostnader
- kannibaliseringkostnader

8.3.1 Kostnader i ruteregnskapet

I ruteregnskapet til Color Line fremgår det en rekke direkte og indirekte kostnader. Konkurransetilsynet legger til grunn at alle kostnadskategoriene som inngår i ruteregnskapet var påvirkbare da Color Line besluttet å sette inn "Prinsesse Ragnhild" på Vestlandsruten.

Color Line anfører at deler av kostnadene må anses som oppstartskostnader. For det første gjelder det kostnader som oppstod som følge av sommerbemanning, mens oppstarten av ruten ble forsinket. Konkurransetilsynet er enig i at slike kostnader i prinsippet kan tas ut av regnskapet og behandles sammen med oppstartskostnadene. Det må imidlertid vurderes om disse kostnadene ville ha påløpt i en "normalsituasjon", der de tapte inntektene også ville påløpt. I en normalsituasjon må man anta at Color Line ville ha hatt behov for den bemanningen foretaket faktisk hadde planlagt. Som følge av at Konkurransetilsynet har korrigert inntektene grunnet sen oppstart, er disse kostnadene utgiftsført direkte.

For det andre gjør Color Line gjeldende at kostnader knyttet til markedsføring gir en fremtidig økonomisk fordel, og at slike kostnader må avskrives over tid på lik linje med oppstartskostnadene. Konkurransetilsynet er ikke enig i dette. Årsaken er at det i en normalsituasjon vil påløpe markedsføringskostnader hvert år. I tillegg er det rimelig å anta at markedsføring i hovedsak får en umiddelbar effekt på salget. Konkurransetilsynet har av denne grunn ansett markedsføringskostnader som direkte utgiftsførbare.

Bunkersprisene har på grunn av høy oljepris i den aktuelle perioden vært høyere enn det Color Line kunne forvente da beslutningen om å opprette ruten ble fattet. Disse ekstrakostnadene kan, slik tilsynet ser det, ikke anses for å være påvirkbare på beslutningstidspunktet. Konkurransetilsynet har således korrigert regnskapet for de økte bunkerskostnadene.

8.3.2 Felleskostnader

Det bemerkes at ikke alle kostnader forbundet med å produsere et produkt, blir henført direkte til produktet i regnskapene. Årsaken kan enten være at det ikke er regnskapsmessig mulig eller at det ikke lønner seg å benytte så mye ressurser på registreringssystemet. Felleskostnader kan like fullt være relevante i produksjonen.

Etter tilsynets oppfatning er det to måter å fordele felleskostnader på:

1. Fullfordelte kostnader, der kostnadene fordeles etter fastsatte drivere. Ved en slik metode må Vestlandsruten bære en representativ andel av de totale kostnadene.
2. Merfordelte kostnader, der man kun regner de merkostnadene som påløp Color Line på konsernnivå som følge av opprettelsen av den nye ruten.

De fullfordelte kostnadene utgjør et høyere beløp enn de merfordelte kostnadene. I nærværende sak er det imidlertid ikke avgjørende for resultatet hvorledes felleskostnadene blir fordelt, ettersom de er dekket inn uavhengig av hvilket prinsipp som legges til grunn.

8.3.3 Finanskostnader

Finanskostnader er kostnader Color Line har ved å disponere kapitalen som er bundet opp i fergen. Kostnaden fremkommer ikke i ruteregnskapet. Finanskostnaden er likevel reell, og inkluderer både kapitalslit og krav til avkastning på kapitalen. Den er et økonomisk offer ved den valgte anvendelsen sett i forhold til en alternativ anvendelse som eksempelvis salg. Det vil derfor være relevant å inkludere finanskostnader i kostnadstesten.

Konkurransetilsynet har vurdert ulike alternative anvendelser for "Prinsesse Ragnhild" og har ved beregningen av finanskostnadene tatt utgangspunkt i et mulig salg av skipet.

Konkurransetilsynet har i denne forbindelse innhentet to uavhengige verddivurderinger. Tilsynet har tatt utgangspunkt i verddivurderingene, trukket fra salgsomkostninger og deretter diskontert verdien over gjenværende levetid slik at det tilsvarer renter og avdrag på kapitalen. Annuitetsmetoden er benyttet slik at den årlige kostnaden blir konstant over skipets levetid. I salgsverdien inngår også foretatte investeringer på skipet i forbindelse med oppstart. Konkurransetilsynet har også korrigert for den skattekostnad som ville ha oppstått ved salg av skipet. På denne bakgrunn har tilsynet kommet frem til en årlig finanskostnad, som er benyttet i kostnadsanalysen.

8.3.4 Oppstartskostnader

Oppstartskostnadene er etter Konkurransetilsynets oppfatning relevante i kostnadsanalysen. Oppstarten av en fergelinje vil normalt føre til at linjen kommer i trafikk for en periode som er lenger enn den 12 måneders periode som ellers legges til grunn. Oppstartskostnadene må derfor periodiseres over en lenger periode enn 12 måneder. Dette er i samsvar med praksis fra Kommisjonen. I Wannadoo-avgjørelsen¹² spredte Kommisjonen kundeakkvisisjonskostnader utover en periode på 48 måneder. Dette fordi denne perioden bedre reflekterte hvor lenge en gjennomsnittskunde holdt seg til den samme leverandøren.

Konkurransetilsynet har i samsvar med det ovennevnte periodisert oppstartskostnadene over en periode tilsvarende "Prinsesse Ragnhilds" gjenværende levetid.

Enkelte oppstartskostnader inngår i ruteregnskapet. Color Line har imidlertid anført at påvirkbare oppstartskostnader bare kan utgjøre 75 prosent av disse kostnadene. Som grunnlag vises det til at Color Line på beslutningstidspunktet ikke kunne forutse hvor høye disse kostnadene ville bli.

Konkurransetilsynet har som nevnt ovenfor ansett investeringer knyttet direkte til skipet som omfattet av den verddivurdering som ble foretatt i 2005. Andre investeringer (landbaserte investeringer), anses som oppstartskostnader.

¹² COMP/38.233 – Wannadoo Interactive, premiss 76 ff.

Når det gjelder oppstartskostnadene har tilsynet også anvendt annuitetsmetoden til å diskontere kostnadene.

8.3.5 Kannibaliseringskostnader

Kapasitetsøkninger på en fergerute vil kunne kannibalisere inntekter på andre ruter. Noen av de passasjerene som tidligere ville reist med Color Lines rute Kristiansand – Hirtshals velger trolig isteden å reise Bergen/Stavanger – Hirtshals etter opprettelsen av den nye Vestlandsruten. Fjord Line har anført at det kannibaliseringstapet som oppstår på ruten Kristiansand – Hirtshals er relevant i vurderingen av Color Lines påståtte underprising.

Kannibalisering er en kostnad som har direkte sammenheng med opprettelsen av den nye ruten, og vil derfor kunne være en relevant kostnad. Da Color Lines styre i oktober 2004 besluttet å opprette den nye Vestlandsruten, ble det lagt til grunn at det ville påløpe en kannibaliseringskostnad. I de tall for lønnsomheten som ble forelagt styret i oktober 2004 var tall for kannibalisering på Kristiansand – Hirtshals fratrukket.

Som redegjort for ovenfor vil en predasjonsstrategi kunne innebære at et dominerende selskap i en periode ofrer profitt for deretter å gjenvinne det tapte som følge av høyere priser når selskapet har oppnådd en mer dominerende posisjon. Det er relevant å se hen til om Color Line som følge av opprettelsen av den nye ruten pådro seg et tap, noe som vil kunne indikere om selskapet hadde en predasjonsstrategi. Konkurransetilsynet har derfor også foretatt en kostnadstest hvor kannibaliseringskostnadene er vurdert. Videre har tilsynet vurdert om det foreligger en legitim begrunnelse for handlingen, mulighet for gjenvinning av et eventuelt tap og om forbrukerne kan anses for å være skadelidende.

8.3.6 Nærmere om kostnadsanalysen

Konkurransetilsynet har i den foreliggende sak foretatt kostnadstester basert på de kostnader og inntekter som er beskrevet ovenfor.

Konkurransetilsynet har kommet til at inntektene fra ”Prinsesse Ragnhild” sannsynligvis dekker de fullfordelte kostnadene (og dermed også de merfordelte kostnadene), hvis man ser bort fra kannibaliseringen, jf. punkt 8.3.5. Dette vil innebære at en like effektiv konkurrent har mulighet til å oppnå lønnsomhet (”like effektiv konkurrent” test).

Dersom kannibaliseringskostnadene hensyntas er det sannsynlig at de relevante inntektene er lavere enn de merfordelte kostnadene (og dermed også lavere enn de fullfordelte kostnadene). Det er imidlertid usikkerhet knyttet til den konkrete beregningen av kannibaliseringskostnadene og således vanskelig å konstatere om Color Line har ofret profitt (”oppofrelses” test). Tilsynet har derfor også vurdert om det foreligger en legitim begrunnelse for handlingen, mulighet for gjenvinning av et eventuelt tap og om forbrukerne kan anses for å være skadelidende.

Det bemerkes at formålet med konkurransereglene er å beskytte konkurransen, ikke konkurrentene. Dominerende foretak skal i utgangspunktet også ha mulighet til å konkurrere. I tråd med dette kan det være uheldig dersom det legges for sterke begrensninger på det dominerende selskapets atferd for på den måten å beskytte en mindre effektiv konkurrent.

Det er ut fra EF-domstolens praksis ikke entydig om det skal anvendes en ”like effektiv konkurrent” test isteden for en ”oppofrelses” test. Hvis et selskap ikke dekker sine relevante kostnader i ”oppofrelse” testen, kan det være en indikasjon på at selskapet har valgt en predasjonsstrategi: ofret profitt i dag for å oppnå en sterkere markedsstilling i fremtiden og dermed skade forbrukerne. Konkurransetilsynet har under tvil kommet til at Color Line kan anses for å ha ofret profitt. Konkurransetilsynet finner derfor grunn til å foreta en vurdering av andre momenter som er av betydning for om handlingen er lovstridig.

8.3.7 Legitim begrunnelse, mulighet for gjenvinning av tap og virkning for forbrukerne

Dersom det dominerende foretaket ikke dekker sine relevante kostnader, kan det være en legitim begrunnelse (”objective justifications”) som innebærer at atferden likevel ikke er i strid med forbudet i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. I foreliggende sak er det relevant å

ta hensyn til at det er en ny fergerute som er etablert. Det vil ta noe tid før ruten er innarbeidet, hvilket taler for at inntjeningen i fremtiden kan overstige den inntjeningen Color Line har per i dag. Resultatene for perioden 1. januar til 30. april gir grunn til å tro at resultatet i 2006, og i fremtiden vil bli bedre enn det første driftsåret. Dette taler for at Vestlandsruten kan bli lønnsom for Color Line selv om det tas hensyn til kannibaliseringkostnadene.

En eventuell predasjonsstrategi vil innebære at foretaket i fremtiden kan gjenvinne det tapte ved for eksempel å sette høyere priser etter at konkurrenten har trukket seg ut av markedet eller blitt disiplinert. Dersom det er usikkert om det faktisk foreligger et tap i den perioden som vurderes, kan det også være relevant å se hen til mulighetene for at det i fremtiden foreligger et potensial for en gjenvinning som skader forbrukerne. I den foreliggende sak er det flere forhold som er av betydning for vurderingen, herunder om Color Lines inntreden fører til varig konkurranse i noen markedssegmenter, hvilket i så fall taler for at kundene kommer bedre ut på lang sikt. Derneft om andre aktørers eventuelle ekspansjon hindrer Color Line i å ta ut økt profitt i form av høyere priser, og om det er kvalitetsforskjeller eller andre forhold som taler for at kundene er bedre tjent med Color Lines produkt enn Fjord Lines'.

Basert på de nevnte momenter finner Konkurransetilsynet at det er begrenset fare for tap for forbrukerne i denne saken. I vurderingen er det også tatt hensyn til at det kan være i forbrukernes interesse ikke å legge for store begrensninger på et dominerende foretaks mulighet til å introdusere nye produkter.

9. Oppsummering

Konkurransetilsynet har foretatt en grundig vurdering av Fjord Lines klage, herunder gjennomført en rekke høringsrunder, samt hatt løpende kontakt både med Fjord Line og Color Lines representanter.

Etter en helhetsvurdering har Konkurransetilsynet kommet til at samtlige vilkår for anvendelse av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 ikke kan anses for å være tilstede i perioden frem til sommeren 2006. I denne vurderingen har tilsynet lagt vekt på at det er sannsynlig at inntektene fra "Prinsesse Ragnhild" overstiger de kostnader som var påvirkbare da Color Line besluttet å opprette den nye Vestlandsruten, hvis kannibaliseringkostnadene holdes utenfor.

I tillegg er Konkurransetilsynet av den oppfatning at det foreligger en legitim begrunnelse for handlingen, ved at det er sannsynlig at Color Lines inntjening vil bli gradvis bedre. Dette er i samsvar med at Color Line har økt sin inntjening i den perioden skipet har vært operativt. Endelig har Konkurransetilsynet funnet det lite sannsynlig at forbrukerne vil være skadelidende som følge av Color Lines atferd.

Konkurransetilsynet anser med dette saken som avsluttet.

Konkurransetilsynet gjør oppmerksom på at avgjørelsen kan påklages med hjemmel i konkurranseloven § 12 tredje ledd. Klagefristen er tre uker. Forvaltningslovens bestemmelser om klage i kapittel VI gjelder så langt de passer. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet.