

A1998-03 06.02.98

Konkurransetilsynets avgjørelse av 6. februar 1998 under krrl. § 3-10 i sak 95/18 DuPont Jet AS

Sammendrag:

Du Pont Jet AS (JET) ber Konkurransetilsynet om å pålegge eierne av de eksisterende depotanleggene for bensin å gi JET en avtale for bensin på de samme vilkår som det de øvrige bensinselskapene har. Tilsynet har ikke funnet det godt gjort at de andre oljeselskapene generelt sett utøver markedsrett, verken samlet eller hver for seg. Det er etter tilsynets oppfatning ikke grunn til å tro at leveringsnektelsen av depottjenester, slik situasjonen er i dag, bidrar til en begrensning av konkurransen i forhold til lovens formål om effektiv ressursbruk. Tilsynet griper følgelig ikke inn i saken.

1. Innledning

Du Pont Jet AS (Jet) ber i brev av 31. januar 1997 om at Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven (krrl.) § 3-10 pålegger eierne av de eksisterende depotanleggene for bensin om å gi en trekkavtale for bensin på de samme vilkår som det de øvrige bensinselskapene har. Subsidiært ønsker Jet at Konkurransetilsynet pålegger de etablerte selskapene å selge Jet bensin til markedspris for levering i bulk på tankbil. Klagen er foranlediget av det Jet oppfatter som en manglende vilje blant selskapene med depoter til å inngå forhandlinger med Jet om levering på kommersielle vilkår, noe Jet flere ganger har forsøkt å få til siden de først etablerte seg i Norge i 1992.

Konkurranseloven § 3-10 gir Konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn mot bl.a. forretningsnektelser som er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. Jet er av den oppfatning at et pålegg fra tilsynets side om å oppta forretningsforbindelse vil sikre virksom konkurranse i det norske bensinmarkedet, og dermed en effektiv bruk av samfunnets ressurser i tråd med lovens formål.

På denne bakgrunn gikk Konkurransetilsynet senest i brev av 2. april 1997 ut med en gjentatt henstilling til de øvrige oljeselskapene som opererer i det norske nedstrømsmarkedet for bensin om å gå i forhandlinger med Jet om ovennevnte alternativer. Samtidig ba tilsynet om selskapenes merknader til Jets klage vedrørende det de oppfatter som en forretningsnektelse.

2. Det norske nedstrømsmarkedet for bensin

Det norske nedstrømsmarkedet for bensin består av fem ulike kjeder. Kjedene og deres markedsandeler finnes i figur 1. Tallene i figuren er avrundede tall basert på bransjestatistikk fra NPI.

I tillegg til selskapene som er nevnt i figuren under er det et nytt bensinkonsept under etablering som skal selge bensin i tilknytning til Rema-butikker. På litt sikt er målet at alle Rema-butikker i landet skal ha en tankmaskin for salg av drivstoff. I likhet med Jet, Smart og Uno-X satser Rema Bensin på helautomatiske, selvbetjente anlegg.

Totalt fantes det 2361 anlegg for salg av bensin i Norge i 1996. (Tall fra Norsk Petroleumsinstitutt (NPI)) Disse anleggene fordeler seg omtrent likt på selskapseide og forhandlereide. Flertallet av de selskapseide anleggene drives av selvstendig næringsdrivende etter franchise-prinsippet.

Den samlede norske omsetningen av bensinprodukter i 1996 var på ca. 2,3 mill m³. Dette var en svak økning fra foregående år. Tidligere på 1990-tallet har omsetningen av bensin-produkter vært fallende.

2.1 Utviklingstrekk i salget av bensin de senere år

Utsalgsstedene for bensin har utviklet seg i to ulike hovedretninger de senere årene. På den ene siden har vi stasjoner som har utviklet seg i retning av å bli små dagligvarebutikker med fokus på andre produkter enn bensin (Shell Select, Esso Tigerbutikk etc.). Den andre typen bensinstasjoner har oppstått som et svar på denne utviklingen, og består av stasjoner som kun selger bensin. Jet er eksponent for denne typen stasjonsanlegg.

Etableringen av automatstasjoner synes å ha hatt en positiv konkurransemessig effekt. I alle fall tyder Konkurransetilsynets prisundersøkelser på at det finnes en slik sammenheng.

Det foreløpig siste utviklingstrekket i markedet er salg av bensin i tilknytning til lavpris dagligvareforretninger. Dette er en trend som har slått bra an i resten av Europa, der den i enkelte markeder har oppnådd store markedsandeler. I Frankrike har denne typen anlegg ca. 50 % av det totale drivstoffmarkedet og i England er andelen ca. 30 %. I Norge er Rema 1000 i gang med en landsomfattende etablering av et slikt konsept, gjennom etableringen av Rema Bensin Norden AS (driftsselskap for Rema Oil International). Hittil er seks anlegg etablert i Midt-Norge, og selskapet vil etablere ytterligere 25 anlegg i løpet av 1998, blant annet i Nordland, Troms og Oslo-området. På sikt har selskapet som mål at 15 % av bensinen som omsettes i Norge skal flyte gjennom deres pumper. Frakten til Norge skjer med selskapets egne tankbiler fra Preem Petroleum i Sverige. Preem Petroleum er etablert med depoter over hele Sverige, og skal i følge Rema Bensin Norden forsyne deres tankmaskiner i hele Norge med mulig unntak for deler av Vestlandet. Her vil selskapet i såfall etablere et eget depot.

2.2 Distribusjon

Før bensinproduktene kommer ut til sluttforbrukeren (bilistene), har den blitt fraktet i bulk på tankbil fra et depotanlegg for bensinprodukter. Disse anleggene ligger spredt langs hele norskekysten, der de fylles opp ved anløp av større tankbåter som henter produkter fra raffinerier i inn- og utland. Det har foregått en nedbygging av antallet depotanlegg de seneste årene, men det ligger fremdeles ett eller flere depotanlegg i tilknytning til de fleste større norske kystbyer. Etter opplysninger som fremkommer i Hydro Texacos brev til tilsynet av 15. mai 1997 er det i dag i drift 57 depotanlegg for bensinstasjonsbransjen i Norge. Dagens distribusjonsstruktur bidrar til å opprettholde den vertikale strukturen i nedstrømsmarkedet for bensin, der samme selskap i stor grad har kontroll med produktet fra

raffineri til forbruker.

De etablerte oljeselskapene (Shell, Statoil, Esso, Hydro Texaco og Fina) er ikke etablert med depotanlegg i alle områder av landet. Mellom selskapene foreligger det ulike tosidige avtaler om trekk og utveksling av produkter ved de forskjellige anleggene. Disse avtalene omfatter også andre produkter enn bensin. I noen tilfeller vil det også være rent økonomiske transaksjoner inne i bildet; det vil si at den ene parten må yte økonomisk kompensasjon i tillegg til den faktiske utvekslingen av trekkavtaler.

Dette systemet bidrar til at de etablerte selskapene i stor grad får fullt utbytte av *fraktutjevningsordningen*. Forskrift fastsatt av Konkurransetilsynet med hjemmel i Stortingsvedtak 28. juni 1995 - Nr. 620: "*Forskrift om statstilskudd til nedskrivning av transport- og kjørekostnader for bensin og autodiesel*". Denne ordningen har til hensikt å holde bensinprisene på samme nivå over hele landet, uavhengig av transportkostnader. Støtten deles ut med utgangspunkt i de såkalte 0-sonene, som er identisk med steder med depotanlegg for bensin og autodiesel. Totalt utbetalt støttebeløp i forbindelse med ordningen utgjorde i 1996 i overkant av 100 millioner kroner.

Da Jet etablerte seg i Norge i 1992, valgte de å frakte bensin til den enkelte bensinstasjon med tankbil fra et anlegg i Göteborg (Sverige). Denne ordningen gjør at Jet i liten utstrekning får glede av tilskuddene fra fraktutjevningsordningen slik den er bygget opp i dag. Fordi fraktutjevningsordningen slik den fungerer i dag tar utgangspunkt i enkelte depoter som ikke alle aktørene har tilgang til, kan den virke som en hindring for nyetablering i det norske nedstrømsmarkedet for bensin og autodiesel.

3. Klagers anførsler

Jet hevder i sin klage til tilsynet av 31. januar 1997 at det vil være umulig å etablere seg i det norske nedstrømsmarkedet for bensin dersom en ikke har tilgang til et depotanlegg. På grunn av de høye transportkostnadene er det nødvendig å ha tilgang til depoter som ligger så nær de enkelte stasjonsanlegg som mulig. Kravet til nærhet mellom depot og stasjonsanlegg forsterkes av at de etablerte selskapene har tilgang til hverandres depotanlegg gjennom gjensidige trekkavtaler, og gjennom fraktutjevningsordningen hvor 0-sonerområdene tar utgangspunkt i eksisterende depotanlegg. Jet skisserer videre tre løsninger som alternativ til å få adgang til de depotene som allerede er etablert her i landet:

- bygge nye depotanlegg
- bygge om eksisterende anlegg som pr. i dag benyttes til andre formål
- hente ut bensinprodukter fra utenlandske depoter

Jet konkluderer med at ingen av disse alternativene er realistiske praktisk og økonomisk dersom en aktør ønsker å betjene hele det norske markedet for bensinprodukter.

Jet hevder at de høye etableringshindringene i markedet har resultert i et bensinmarked med alle de kjennetegn som særpreger et oligopolistisk marked, og at dette har vært årsaken til manglende priskonkurranse i markedet før Jets inntreden. Fraktutjevningsordningen, som ikke aksepterer 0-soner utenfor landets grenser bidrar til å sementere den oligopolistiske markedsstrukturen. (Jet hevder at

fraktutjevningsordningen er i strid med EØS-avtalen.) De etablerte selskapene har således konkurrert på andre ting enn pris, nemlig salg av andre varer og tjenester enn bensin. Etter Jets inntreden har bensinmarkedet endret karakter. I den delen av markedet der Jet har kommet inn har en fått en sterk priskonkurrans (priskrig). I tillegg har Jet lansert et nytt produkt på markedet - salg av bensin fra ubetjente stasjoner.

Jet hevder at de ønsker å etablere seg i en større del av markedet enn i dag, men at dette ikke er mulig uten trekkavtaler med de andre selskapene, eventuelt å få kjøpe bensin fra deres depotanlegg. Jet hevder videre at de har rettet en rekke henvendelser til de andre selskapene siden 1992 uten å oppnå noen form for avtaler. De har i tillegg undersøkt mulighetene for å bygge nytt, samt for å kjøpe seg inn i eksisterende anlegg. Dette hevdes å være praktisk og økonomisk umulig. Etter Jets syn er det er nødvendig at Konkurransetilsynet pålegger de andre selskapene å levere til Jet dersom Jet skal kunne etablere seg i andre deler av markedet enn det sentrale østlands-området.

Jet presiserer videre i sin rettslige vurdering at det er to vilkår som må være oppfylt for at tilsynet skal kunne gripe inn mot en forretningsnektelse. For det første kreves det at den som nekter er i besittelse av markedsrett. For det andre kreves det at leveringsnektelsen er i strid med lovens mål om effektiv ressursbruk. Jet hevder at begge disse kravene er oppfylt i den foreliggende saken.

3.1 Markedsavgrensning og markedsrett

Jet er av den oppfatning at de etablerte selskapene sammen er i besittelse av markedsrett i det relevante markedet, som de avgrensner til det norske infrastrukturmarkedet for bensindepoter. Etter Jets syn støttes markedsavgrensningen av Konkurransetilsynets avgjørelse i sak 94/49 (Enebakk Sparebank), hvor Konkurransetilsynet fant at det eksisterte et eget marked for betalingsformidling. Det vises også til saker fra EF-retten, der lignende betraktninger er lagt til grunn. Det geografiske markedet avgrenses til Norge, subsidiært flere mindre geografiske områder.

Antagelsen om at selskapene sammen har markedsrett understøttes av at Jet mener seg utsatt for en kollektiv nektelse. Jet er av den oppfatning at de trekkavtalene som foreligger mellom selskapene er tilstrekkelig for å kunne konstatere en kollektiv nektelse. Jet mener at disse avtalene danner utgangspunktet for de etablerte selskaperes konkurransebegrensende samarbeid. De samarbeidende partene hindrer Jet adgang til depotene, der det etter selskapets syn ikke er kapasitetsbegrensninger som kan forsvare en nektelse.

Selv om avtalene ikke skulle inneholde eksplisitte bestemmelser om å nekte lagringskapasitet til utenforstående, vil avtalene etter Jets oppfatning danne grunnlaget for en felles forståelse om dette. Videre mener Jet at depotmarkedet må betegnes som et oligopolistisk marked (på lik linje med bensinmarkedet), der de rent markedsstrukturelle forhold også taler for at det foreligger en samforstand mellom depoteierne.

Etter Jets oppfatning er det lite sannsynlig at det vil bli etablert nye depoter i Norge, og viser til at slik etablering ikke har funnet sted på mange år. Selskapet viser til at det ikke finnes ledige anlegg som kan bygges om til bensindepoter, og hevder at det uansett ikke vil være tilstrekkelig med ett anlegg, men at

en er avhengig av tilgang til depoter i alle 0-soner. Det hevdes heller ikke å være mulig å etablere nye depoter, da en etablering i alle 0-soner antas å koste om lag en milliard kroner, i tillegg til kostnadene ved etablering av selve bensinstasjonene. Dette hevdes å være kostnader som vil være tapt dersom selskapet blir tvunget til å trekke seg ut av markedet. Det hevdes videre at en uansett neppe vil få de nødvendige tillatelser til en slik etablering, og til at det er knapphet på interessante tomter, bl.a. p.g.a. behovet for kaianlegg.

3.2 Effektiv ressursbruk

Jet hevder at nektelsen er i strid med effektiv ressursbruk av flere grunner. For det første fordi priskonkurransen i bensinmarkedet har økt kraftig på Østlandsområdet siden Jet etablerte seg her i 1992. Denne priskrigen hevdes å bl.a. være finansiert av bensinstasjonskundene i områder der Jet ikke er etablert. (Det er noe uklart om selskapet her antyder at priskrigen er et ledd i et forsøk fra de etablerte selskapene i å drive Jet ut av markedet, såkalt "predatory pricing".) Jet mener at dersom resten av landet skal nyte godt av fordelene ved økt konkurranse, må Jet gis adgang til de etablerte depotanleggene. Jet viser i denne sammenheng bl.a. til tilsynets avgjørelse i sakene vedrørende Gull-Funn (sak 95/463) og Tinghuset (sak 93/984), og det fremheves at tilsynet i saken vedrørende Tinghuset la avgjørende vekt på den nektedes lavprispolitikk.

For det andre er det Jets oppfatning at en eventuell nyetablering av depotanlegg fra Jets side vil bidra til en dobbeltetablering av depotanlegg i strid med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, fordi det etter deres oppfatning må være ledig kapasitet i de eksisterende depotene. Jet fremhever også at en slik nybygging vil ha negative miljømessige konsekvenser.

For det tredje hevder Jet at det ikke eksisterer noen effektivitetsgevinster som kan oppveie de konkurransebegrensende ulempene ved nektelsene. Jet viser i denne sammenheng til at enkelte av selskapene har hevdet at et inngrep vil dempe lysten til å foreta fremtidige investeringer i infrastruktur. Dette er i følge Jet en avveining mellom statisk og dynamisk effektivitet, og selskapet viser til at så vel lovens forarbeider som tilsynets praksis legger størst vekt på statisk effektivitet. Jet mener imidlertid at problemstillingen ikke er særlig relevant i saken, fordi det uansett ikke er mulig for Jet å etablere egne depoter. Det hevdes å være en markedssvikt i dagens depotmarked som følge av høye etableringshindringer, og dette gjør at tilsynet bør gripe inn.

Jet fremhever videre at det heller ikke eksisterer noen andre legitime grunner til å nekte tilgang. Kapasitetsproblemer kan i følge Jet ikke foreligge, først og fremst fordi Jets tilgang ikke vil medføre noen omsetningsøkning. De påståtte kapasitetsproblemene er uansett ikke dokumentert.

3.3 Essential facility doctrine

Det må etter Jets oppfatning være relevant å se hen til EF-retten i den foreliggende saken, og fremhever derfor at depotene må anses som en "essential facility" i tråd med kommisjonens og EF-domstolens praksis. Jet viser til at Kommisjonen har definert en "essential facility" til å være et anlegg eller infrastruktur som konkurrentene nødvendigvis må ha adgang til for å kunne yte tjenester overfor sine

kunder. Selskapet er av den oppfatning at de etablerte depotanleggene er å betrakte som en essential facility. Nektelse av adgang til en essential facility kan etter Jets oppfatning både rammes av Romatraktatens art. 85 og 86. Etter Jets oppfatning vil den foreliggende forretningsnektelsen være i strid med EØS-avtalens art. 53, som tilsvarer Romatraktatens art. 85.

4. Merknader fra de innklagede parter

Det følgende inneholder en kort oppsummering av de etablerte selskaperes kommentarer til Jets klage av 31. januar 1997. Generelt er selskapene sterkt motstandere av et inngrep fra konkurransemyndighetenes side. Det er bred enighet om at det er hard konkurranse i bransjen slik situasjonen er i dag, og at å gi Jet tilgang til depotene uten at de har motytelser å tilby i form av volumer fra egne anlegg ikke vil være i tråd med lovens formål om en effektiv bruk av samfunnets ressurser.

4.1 Hydro Texaco AS

Hydro Texaco AS (HT) anfører i sitt brev til tilsynet av 15. mai 1997 at det ikke foreligger noen forretningsnektelse, og at § 3-10 ikke gir hjemmel til inngrep i saken.

HT anfører videre at de ikke innehar noen dominerende stilling i det relevante markedet, som de avgrenser til det norske bensinstasjonsmarkedet. Det finnes ikke noe eget depotmarked. Det er her fullt mulig å operere uten alternative lagringsmuligheter, noe JETs etablering viser. JET har ikke gjort noe forsøk på å etablere seg utenfor Østlandet.

Videre hevder de at det ikke eksisterer noen form for kollektiv markedsrett blant de etablerte aktørene i nedstrømsmarkedet for bensin. Trekkavtalene er gjenstand for individuelle forhandlinger med sikte på å oppnå gjensidige fordeler. Saken kan ikke sammenlignes med sakene vedrørende Tinghuset og Gullfunn. Her var det ekstraordinært at levering ikke fant sted, og det var derfor nektelsen som krevde en særskilt begrunnelse. I denne saken er det omvendt. HTs eventuelle nektelse har videre ingen sammenheng med andre aktørers oppfatning. Det stilles også spørsmål ved om krrl. § 3-10 gir hjemmel til inngrep overfor kollektive nektelser.

HT mener deres håndtering av Jets henvendelser vedrørende levering ikke begrenser konkurransen i strid med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, og at det ikke dreier seg om en forretningsnektelse. Det foreligger ingen etableringshindringer av betydning, og konkurransen fungerer. Selskapet mener tvert i mot at å gi Jet tvungen tilgang til de etablerte depotene vil være direkte i strid med lovens effektivitetshensyn fordi det griper inn i det enkelte selskap betrakter som den mest effektive løsning sett fra et effektivitetssynspunkt.

HT betegner videre Jets henvisning til essential facility-doktrinen som forfeilet all den tid det eksisterer et stort antall depotanlegg rundt om i landet. De mener dette i seg selv indikerer at vi ikke står overfor en essensiell fasilitet. Samtidig understreker de at depot-anleggene er "meget store og kostnadskrevenne å anlegge". HT synes også det er et argument mot å betrakte depotanleggene som en essensiell fasilitet at andre aktører har fått tilgang til HT's anlegg på bestemte vilkår gjennom trekkavtalene. Selskapet

viser videre til at det kreves mye etter doktrinen. Det må dreie seg om tyngre infrastruktur, og parallell etablering må være umulig og tilgang til eksisterende anlegg absolutt nødvendig. Doktrinen må anvendes med forsiktighet også fordi man griper inn i en bedrifts anvendelse av eget anlegg. Norsk rettstradisjon tilsier forsiktighet m.h.t. inngrep i eierskap.

HT tilbakeviser JETs påstand om at det er umulig å etablere seg i bensinstasjonsmarkedet uten adgang til depotanlegg. Det hevdes at JETs etablering med betydelig markedsandel på Østlandet viser at dette er uriktig. HT anfører videre at de tre alternativer for nyetablering som JET skisserer er mer enn tilstrekkelig. JET har ikke klart å dokumentere noen "faktisk umulighet" med hensyn til de tre alternativene. De anstrengelser JET eventuelt har gjort er ikke tilstrekkelig, og er under enhver omstendighet ikke tilstrekkelig dokumentert. JETs kalkyle over kostnader for etablering av depotanlegg er ikke grunnlagt og dobbelt så høye som HTs egne. HT viser til at Hydro hadde tilsvarende rammebetingelser som JET i perioden fra 1985 til 1992, uten at dette har hindret etablering og ekspansjon i markedet.

HT deler ikke Jets oppfatning om at det er overkapasitet i de eksisterende depotanleggene. De savner også en dokumentasjon for disse påstandene. Videre presenterer de et regnestykke som skal dokumentere at det ikke er plass til en varestrøm av den størrelse Jet ønsker uten at det går utover HT's forretningsfrihet. Konkurransetilsynet har ikke vurdert dette regnestykket.

HT viser også til at et eventuelt inngrep blir vanskelig å utforme og håndheve. Svært kompliserte spørsmål vil oppstå mht. bl.a. pris og logistikk. Det stilles også spørsmål ved hvordan et eventuelt inngrep vil stille seg i forhold til trekkavtaler HT selv har ønsket, men ikke fått.

4.2 Statoil Norge AS

Statoil hevder at det ikke foreligger noen forretningsnektelse, og at selskapet har åpnet for samtaler med Jet. Det er også Statoils oppfatning at Jets henvendelse om trekkavtaler i 1995 gjaldt Østlandsområdet, og ikke hele landet. Det vises også til at når selskapet tidligere har gitt uttrykk for at det vil være et krav at en oppnår "klare og gjensidige fordeler av operativ karakter", har dette kun vært knyttet til gjensidige trekkavtaler, ikke til avtaler om samlagring og kjøp av bensinprodukter.

Statoil hevder videre at Jet ikke har godtgjort noen etableringshindringer. Således vises det til at Jet har etablert seg på Østlandsområdet. Det at fraktutjevningsordningen medfører høyere fraktkostnader for Jet enn for de andre selskapene, utgjør i følge Statoil ingen etableringshindring i denne sammenheng. Dette fordi ordningen "er innført og administreres av myndighetene og er unntatt Statoils innvirkning og kontroll". Jet har heller ikke godtgjort at det ikke er mulig for selskapet å etablere egne anlegg i Norge. Det er dessuten ikke riktig at nye depoter ikke er etablert i Norge på lang tid, slik Jet hevder. Selskapet fremhever videre at det "ikke er motstander av nyetableringer", men at Jet ikke må tillates å bli en "gratispassasjer" på deres investeringer.

Det er i følge Statoil ikke riktig å operere med et særskilt depotmarked som er atskilt fra bensinstasjonsmarkedet. På bakgrunn av dette definerer Statoil hele det norske bensin-stasjonsmarkedet som det relevante markedet. I dette markedet fremhever Statoil at de ikke er i besittelse av

markedsrett. Det foreligger i følge Statoil heller ikke avtaler eller samordnet opptreden med de andre selskapene, som berettiger Jets påstand om kollektiv nektelse.

Som eksempel på at det er fungerende konkurranse i markedet, viser selskapet til den senere tids harde priskonkurranse, ikke bare i Østlandsområdet, men også i områder der konkurrerende selskapers automatstasjoner er etablert.

Når det gjelder påstander om kapasitetsbegrensninger, fremhever Statoil at de muligens kan åpne for små volum ved enkelte anlegg, men at kapasiteten i all hovedsak er utnyttet optimalt for Statoil ved den gjeldende depotstruktur og ved de allerede gjeldende trekkavtaler inngått med andre bensinselskaper.

Statoil er for øvrig av den mening at krrl. § 3-10 primært er rettet mot vertikale forhold mellom leverandør og videreforhandler. Etter Statoils syn dreier denne saken seg om et horisontalt forhold som det ikke er redegjort for i de foreliggende retningslinjene, slik at disse ikke kan brukes direkte på denne saken.

4.3 Norske Fina AS

Norske Fina AS (Fina) mener det ikke foreligger noen forretningsnektelse. Fina kan fysisk ikke etterkomme en henvendelse fra Jet om å levere til Jet på Østlandet, som er det markedet Jet ifølge Fina har vært interessert å få leveringer til. Grunnen til dette er at Fina ikke har depoter for bensin på Østlandet.

Fina er enig med Jet i at praktiseringen av fraktutjevningsordningen kan være i strid med EØS-avtalen. Etter Finas oppfatning er det klart at ordningen kan "føre til et mer statisk marked med høyere terskel for nyetableringer". Selskapet oppfordrer derfor Konkurransetilsynet til å se nærmere på ordningen.

Fina avgrensar det relevante markedet til å omfatte distribusjon av bensin i både Norge og Sverige. Selskapet åpner for å avgrense det geografiske markedet ytterligere, blant annet mellom Øst-, Nordvest-, Vest- og Sørlandet samt flere distrikter nord for Dovre. Fina understreker videre den nære tilknytningen mellom depotmarkedet og bensinstasjons-markedet, og at disse markedene ikke kan behandles atskilt.

Det er Finas oppfatning at de ikke er i besittelse av markedsrett i det relevante markedet, verken alene eller sammen med ett eller flere av de andre selskapene. Selskapet mener det vil være tilstrekkelig for Jet å etablere ett depotanlegg for å komme i forhandlingsposisjon vis-a-vis de andre aktørene med depotanlegg i Norge. Fina understreker at trekkavtalene i stor grad bygger på et gjensidighetsprinsipp i den forstand at man får adgang til å gis adgang til å trekke oljeprodukter fra hverandres tankanlegg eller at det gis andre kommersielt interessante motytelser. Jet har ikke dokumentert eller fremlagt analyser vedrørende muligheten til å etablere egne anlegg.

Fina avviser at en henvisning til EF-rettens lære om essensielle fasiliteter vil være relevant i denne saken. Spesielt avviser de at det i bensinbransjen eksisterer et monopol eller et kartell som kan kontrollere en slik essensiell fasilitet. Det er videre ikke riktig at det er umulig å etablere nye

depotanlegg i Norge i dag. Jet har ikke dokumentert at det eksisterer vesentlige hindringer for dette. For at et anlegg skal kunne karakteriseres som en "essensiell fasilitet" er det i følge Fina ikke nok at tilgang til anlegget er en konkurransemessig fordel. Det hevdes å være et grunnleggende trekk ved essensielle fasiliteter at det eksisterer et naturlig monopol, og at ugjenkallelige kostnader da vil være så høye at det ikke er realistisk at andre aktører kan bygge ut noe tilsvarende. Fina nevner Telenors faste telefonnett som et eksempel på en essensiell fasilitet, og at depotanleggene ikke vil være faste anlegg av en slik essensiell art all den tid det eksisterer en rekke frittstående aktører som eier de ulike anleggene. Fina avviser videre at det foreligger avtaler med gjensidig fortrinnsrett mellom de ulike eierne, som eventuelt kunne gi dem kontroll over alle depotene i fellesskap.

Under enhver omstendighet foreligger det i følge Fina ingen forretningsnektelse, da Jet kun har vært interessert i en leveringsavtale for Østlandsområdet. Her har Fina ingen anlegg. Fina er imidlertid villig til å inngå avtaler om bulksalg av bensin fra de depoter man har. Fina mener imidlertid at det vil kunne være saklig grunn til å nekte i de tilfeller Fina ikke har kapasitet til å levere.

4.4 Esso Norge AS

Esso presiserer at de har kommet med et tilbud om salg av bensin til Jet fra raffineriet på Slagen på kommersielle vilkår. Jet fant at dette tilbudet ikke var godt nok sammenlignet med de eksisterende transportløsningene selskapet benytter. I Essos øvrige depotanlegg er det på grunn av kraftig nedbygging de siste 20 årene (fra 77 til 15 depoter) ikke mulig å gjøre plass til en ny aktør. På denne bakgrunn har Esso vanskelig for å se at det foreligger en forretningsnektelse.

Esso er videre av den oppfatning at de alene ikke har markedsrett i det relevante produktmarkedet, som de avgrenser til bensinmarkedet. De avviser at det finnes et eget depotmarked, slik Jet hevder. Fordi det ikke foreligger noen form for avtaler eller samforstand mellom de ulike selskapene, er det i følge Esso heller ikke snakk om at de etablerte selskapene er i besittelse av kollektiv markedsrett.

Esso avviser at depotanleggene kan betraktes som en essensiell fasilitet, og viser i den sammenheng til at Jet allerede er etablert i Østlandsområdet. Det er således mulig å betjene det relevante nedstrømsmarkedet uten å ha tilgang til de aktuelle depotene, noe som bekrefter at disse anleggene ikke er essensielle.

4.5 AS Norske Shell

AS Norske Shell er av den oppfatning at det ikke eksisterer noe eget marked for depot-tjenester. Dersom en ny aktør skal ha håp om å få i stand avtaler om trekk fra konkurrerende selskapers anlegg, må de i følge Shell måtte kunne tilby kapasitet gjennom egne anlegg. Slik Shell ser det, er Jets ønske om tilgang til etablerte norske depoter tuftet på et ønske om redusere risikoen ved ikke å ta på seg dyre og risikable grunnlagsinvesteringer samtidig som en reduserer kostnadene.

Shell viser til at Jet har anvist tre alternativer for etablering i markedet. Jet har imidlertid ikke dokumentert sin påstand om at ingen av disse alternativene er realistiske. Det fremheves at oljebransjen

er en langsiktig bransje, hvor det kreves tunge grunnlagsinvesteringer.

Selskapet stiller seg avvisende til påstandene om samforstand mellom Shell og de andre depoteierne. De deler heller ikke Jets syn på tolkningen av essential facility-doktrinen, og mener at bruk av denne vil være forfeilet i denne saken. For det første fordi det i denne saken ikke er snakk om *en* fasilitet, men mange spredt utover hele landet. Disse anleggene er heller ikke kontrollert en monopolist eller et kartell. At Jet faktisk er etablert med en vesentlig andel av markedet på Østlandet bekrefter i følge Shell at depoter ikke er essensielle.

Shell konstaterer vider at konkurransen i hele det norske bensinmarkedet er meget hard, og viser i den sammenheng til sterk priskonkurranse og "regnskapstall for markedsførings-virksomheten som ikke er direkte imponerende, selv ikke i perioder da forholdene var upåvirket av Jets priskrig-initiativ". Den etter Shells syn harde konkurransen understreker at det uansett ikke vil være for grunnlag for noe inngrep fra konkurranse-myndighetenes side.

Shell har ikke begrunnet direkte hvorfor de ikke vil inngå avtaler med Jet. De fremhever imidlertid at de ikke er kjent med hvorfor andre ikke ønsker å avgi kapasitet, men "ser en lang rekke gode og legitime grunner". I denne sammenheng fremheves manglende kapasitet, ønske om å reservere kapasitet for seg selv i fremtiden, administrative problemer med å betjene nye aktører og marginal lønnsomhet.

5. Konkurransetilsynets vurderinger

5.1 Konkurranseloven § 3-10, vilkår for inngrep

Ervervsdrivende har i utgangspunktet frihet til selv å velge hvem de ønsker å inngå forretningsforbindelse med. Enhver tilbyder står således i utgangspunktet fritt til å nekte forretningsforbindelse med aktører som etterspør deres produkter. Dette kan betegnes som en leveringsnektelse. En slik nektelse er i utgangspunktet ikke ulovlig.

I enkelte tilfeller kan nektelse av en forretningsforbindelse føre til redusert konkurranse. Konkurransetilsynet har med hjemmel i konkurranseloven § 3-10 mulighet til å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1 om effektiv ressursbruk gjennom virksom konkurranse.

I krrl. § 3-10 b) annet ledd er forretningsnektelse nevnt som en handling Konkurransetilsynet kan gjøre inngrep mot. Bestemmelsens tredje ledd presiserer at nektelse av en forretningsforbindelse også omfatter det tilfelle at en ervervsdrivende kun er villig til å inngå avtale på bestemte vilkår.

Konkurransetilsynet vil normalt ikke gripe inn mot en forretningsnektelse med mindre leverandøren eller leverandørene som nekter levering har markedsrett. Markedsrett vil normalt være en forutsetning for å kunne innføre konkurransebegrensende tiltak i strid med lovens formål om effektiv ressursbruk.

En leverandør har ikke nødvendigvis markedsrett selv om det ikke finnes gode alternative kjøpsmuligheter for en aktør som ønsker tilgang på denne leverandørens produkter. Markedsrett gir uttrykk for i hvilken grad leverandøren eller leverandørene har mulighet til å opptre uavhengig av sine konkurrenter overfor sluttbrukerne.

Markedsrett kan også oppstå som følge av kollektive leveringsnektelser. Med kollektive leveringsnektelser menes her at to eller flere leverandører i samforstand nekter levering til en avtaker eller bare er villig til å levere på bestemte vilkår. Med samforstand menes både eksplisitt og implisitt avtale. I tillegg omfattes situasjoner der det ikke har vært noen kontakt mellom partene, men hvor det kan sies å foreligge såkalt kollektiv dominans. Dette vil etter omstendighetene kunne foreligge der markedsstrukturen medfører en koordinert atferd fordi hver enkelt aktør innser at konkurranse ikke lønner seg. Det vises til Konkurransetilsynets retningslinjer for inngrep mot bedriftserverv (side 10 flg.) og til lovens forarbeider (se NOU 1991:27 side 87-88).

For å fastslå om en leverandør har markedsrett alene eller sammen med andre aktører, er det i utgangspunktet alternativene til sluttbrukerne som skal kartlegges. Dette gjøres ved å avgrense det relevante marked, der en ser på både produktmarkedet og det geografiske markedet. Tilsynet kommer tilbake til sin vurdering av det relevante markedet under punkt 5.4. Det må videre foretas en nærmere vurdering av etableringshindringene i markedet.

Dersom tilsynet skal gripe inn må det dessuten foretas en nærmere vurdering av de konkurransebegrensende virkningene som følge av forretningsnektelsen (e), i tillegg til en vurdering av mulige effektivitetsvirkninger.

Saken er spesiell ettersom den dreier seg om tilgang til andres (konkurrenters) depotanlegg. Det er altså ikke tale om levering av et produkt som den nektende vanligvis selger, men vurderingstemaet er like fullt det samme; om nektelsene er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.

5.2 Foreligger det en forretningsnektelse?

Jet hevder de blir utsatt for en forretningsnektelse fra de øvrige oljeselskapene fordi de ikke får trekkavtaler, eventuelt fordi de ikke får kjøpe bensin i bulk på tankbil. Jet har henvendt seg til selskapene en rekke ganger med sikte på å oppnå slike avtaler, senest i vår etter at Konkurransetilsynet oppfordret selskapene til å komme til enighet.

De øvrige selskapene har på sin side hevdet at det ikke foreligger noen forretningsnektelse, bl.a. fordi en har vært villig til å inngå forhandlinger, men mulighetene begrenses pga kapasitetshensyn.

Spørsmålet er derfor for det første om det kan sies å foreligge en forretningsnektelse hvis den/de som påstås å nekte levering har kommet med et tilbud, eventuelt sagt seg villig til å gå inn i forhandlinger. Det er for det andre spørsmål om det kan sies å foreligge en forretningsnektelse dersom nektelsen er begrunnet i faktiske kapasitetsproblemer.

En forretningsnektelse er etter krrl. § 3-10 et eksempel på en handling som *kan* være

konkurransbegrensende i strid med lovens formål. Hvorvidt handlingen kan karakteriseres som en forretningsnektelse eller ikke, har for så vidt ingen betydning - vurderingstemaet er om det foreligger "vilkår, avtaler eller handlinger" som er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i § 1-1. Uttrykket "nektelse av forretningsforbindelse" er i så måte et hjelpebegrep uten noen selvstendig rettslig betydning.

Etter krrl. § 3-10 tredje ledd menes med nektelse av forretningsforbindelse også at en ervervsdrivende bare er villig til forretningsforbindelse på bestemte vilkår. Det er derfor klart at det kan foreligge en forretningsnektelse i lovens forstand selv om det foreligger et tilbud. Det kan etter tilsynets oppfatning også foreligge en forretningsnektelse i situasjoner der det forhandles om levering. Dette vil være tilfelle hvis det viser seg at forhandlingene ikke fører frem, eller hvis en kan anta at forhandlingene ikke vil føre frem fordi det er grunn til å tro at den ene parten ikke ønsker noen forhandlingsløsning. En kan for så vidt vise til EF-retten, hvor Kommisjonen som Jet påpeker i sin klage, har indikert at det å trenere forhandlinger i seg selv kan utgjøre misbruk av dominerende stilling. (Se Jets klage side 18 med henvisninger.)

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det ikke opplagt at selv reelle kapasitetsproblemer bør kunne hindre et inngrep mot en ellers konkurransebegrensende nektelse. En antar imidlertid at dette etter omstendighetene kan tenkes. Konkurransetilsynet vil i såfall bl.a. måtte vurdere om kapasiteten i eksisterende anlegg er fullt utnyttet eller om det foreligger et effektiviseringspotensial. Både vurderingen av om reelle kapasitetsbegrensninger kan forsvare en nektelse, og vurderingen av om de påberopte kapasitetsbegrensningene er reelle, er det imidlertid bare nødvendig å foreta dersom en først kommer til at nektelsene er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål. Tilsynet ser det således ikke naturlig å foreta vurderingen av eventuelle kapasitetsproblemer i forbindelse med spørsmålet om det foreligger en forretningsnektelse, men vil om nødvendig komme tilbake til spørsmålet etter vurderingen av konkurransebegrensningskriteriet.

Når det gjelder den konkrete vurderingen av om det foreligger en forretningsnektelse vil Konkurransetilsynet bemerke at Jet har vært i kontakt med samtlige selskaper gjentatte ganger siden 1992 uten å oppnå noen avtale, verken om trekk eller salg. Etter Konkurransetilsynets oppfordring av 2. april i år har det igjen vært samtaler mellom selskapene uten at dette synes å ha gitt resultater. Ingen avtale er således kommet i stand, og det må i utgangspunktet derfor sies å foreligge en forretningsnektelse overfor Jet fra samtlige innklagede selskaper. I tilknytning til de enkelte selskaper vil tilsynet bemerke følgende: (Konkurransetilsynet bygger her på opplysninger fra Jet (se brev av 7. juli 1997).)

5.2.1 Esso

Esso har tilbudt Jet levering av bensin fra sitt anlegg på Slagen. Tilbudet er i følge Jet "uten kommersiell realitet", ved at det er begrenset til ett års levering og ved at prisene ligger "meget betydelig over noterte markedspriser". Når det gjelder varigheten er tilsynet enig med Jet i at en vanskelig vil kunne basere seg på en avtale med så kort varighet. De trekkavtalene tilsynet har fått tilgang til har en vesentlig lenger varighet enn dette. Jet har videre påvist at det vil være rimeligere for

dem å frakte bensin fra Sverige til Slagen på tankbil, for så å frakte bensinen ut i markedet, enn å kjøpe bensin fra Esso på Slagen til den prisen Esso har tilbudt. Konkurransetilsynet antar derfor at det foreligger en forretningsnektelse fra Esso`s side.

5.2.2 Fina

Jet har vært i samtaler med Fina hvor selskapet ga uforpliktende uttrykk for at en ville vurdere mulig salg av eierandeler eller andre former for samarbeid med Jet. Den 27. juni ba Jet om en avklaring på dette, og fikk i svar at selskapet ville vurdere dette i september/oktober. Tiden som er gått tatt i betraktning foreligger det etter Konkurransetilsynets oppfatning en forretningsnektelse.

5.2.3 Hydro/Texaco

Jet har hatt møte med Hydro/Texaco i mai hvor det ble gitt uttrykk for at trekkavtaler ikke ville bli aktuelt. En skulle imidlertid innen kort tid gi tilbakemelding vedrørende mulighetene for salg av bensin. Noen slik tilbakemelding er etter det tilsynet kjenner til ikke gitt. På denne bakgrunn antar Konkurransetilsynet at det foreligger en forretningsnektelse overfor Jet.

5.2.4 Shell

Shell har ikke villet gå inn i forhandlinger med Jet overhode fordi Jet etter deres oppfatning ikke har dokumentert tilstrekkelig sine forsøk på å etablere depoter i Norge. Det foreligger derfor en forretningsnektelse.

5.2.5 Statoil

Statoil ga i sitt brev av 28 april til Konkurransetilsynet uttrykk for at en ikke ville kunne levere til Jet/ tilby samlagring fra sine depoter på Sjursøya og Mongstad. Depotet i Trondheim ble opplyst å sannsynlig skulle avvikles, mens depotet i Tromsø og Harstad hadde ledig kapasitet. Dette eies imidlertid sammen med Shell, og en er derfor avhengig av samtykke fra Shell. Det ble videre opplyst at en kunne tilby mellomlagring av et lite kvantum i Kristiansand, forutsatt at innskiping ikke skjer med båtlaster på over 2000 kbm. Dette er i følge Jet et svært lite volum som medfører at dette alternativet ikke vil være lønnsomt. Statoil har videre i møter med Jet gitt uttrykk for at kapasitetsproblemer gjør enhver form for leveranser til Jet vanskelig å tilby. Selskapet har dessuten gitt uttrykk for at en ikke kunne garantere noen trekkavtale selv om Jet skulle få kjøpe depotet Statoil vurderer å legge ned i Trondheim. Dette på grunn av et krav om "balanse" mellom partene i en trekkavtale. På bakgrunn av dette og av at ingen avtale er kommet i stand, foreligger det etter Konkurransetilsynets oppfatning en forretningsnektelse.

5.3 Konkurransbegrensning i strid med lovens formål

5.3.1 Innledning

Saken dreier seg om tilgang til konkurrenters depotanlegg, og Jets krav går på kjøp av lagringskapasitet. Denne lagringskapasiteten er ikke gjenstand for regulært kjøp og salg, men i utgangspunktet forbeholdt eierne selv. (Det er med dette ikke tatt stilling til om det eksisterer et eget konkurransemessig "depotmarked". Det må dessuten presiseres at lagringskapasiteten er gjenstand for en slags omsetning gjennom ordningen med trekkavtaler, som innebærer at det skjer et visst bytte av lagringskapasitet. Saken skiller seg imidlertid likevel noe fra de ordinære forretningsnektelsene.) Saken har derfor store likhetstrekk med konkurransesaker vedrørende såkalte "essential facilities" (heretter også kalt "essensiell fasilitet"). (Tilsynet har ikke klart å komme på noe godt norsk uttrykk for "essential facility", derav "essensiell fasilitet". En kunne brukt "nødvendig infrastruktur", men det kan godt tenkes saker vedrørende tilsvarende problemstillinger hvor det ikke vil falle naturlig å omtale fasiliteten som "infrastruktur".) Flere av partene argumenterer også ut fra "doktrinen" om essensielle fasiliteter. Tilsynet ser derfor allerede på grunn av dette behov for å gå noe inn på ovennevnte "doktrine".

Konkurransetilsynet antar altså at det vil kunne være avgjørende for vurderingen av saken om vi har å gjøre med en essensiell fasilitet. Det er derfor først nødvendig å si noe om hva tilsynet forstår med uttrykket "essensiell fasilitet", og hvilke momenter tilsynet antar bør vektlegges i vurderingen av om det er tale om en slik fasilitet. Det gjøres imidlertid oppmerksom på at uttrykket "essensiell fasilitet" ikke tillegges noen rettslig betydning i seg selv under konkurranseloven. Det vil kun bli brukt som et hjelpebegrep for å klarlegge hvilke spørsmål en må ta stilling til i slike saker for å avgjøre om det kan antas å foreligge en konkurransebegrensning i strid med lovens formål.

5.3.2 "Læren" om essential facilities

I korthet tilsier "læren" om essensielle fasiliteter at en som kontrollerer en slik fasilitet plikter å gi andre tilgang på ikke-diskriminerende vilkår, dersom tilgang er nødvendig for å kunne konkurrere på et annet, nærliggende marked (gjerne ned-strøms). I kravet til at tilgang må være *nødvendig* ligger bl.a. at den som ønsker tilgang ikke må ha andre alternativer og at kontroll med fasiliteten gjør det mulig å begrense konkurransen på det andre markedet. Bruken av uttrykket "essential facility" har sin bakgrunn i amerikansk konkurranserett, og er også brukt i en rekke konkurransesaker avgjort av EU-Kommisjonen og EF-domstolen. I saken vedrørende Stena Sealink definerte Kommisjonen begrepet slik:

"a facility or infrastructure, without access to which competitors cannot provide services to their customers". (Sea Containers v. Stena Sealink, EF-Tidende nr. L 15/8 1994 premiss nr. 66.)

Praksis viser at både art. 85 og 86 kan komme til anvendelse på essensielle fasiliteter, og at en rekke ulike former for fasiliteter kan være "essensielle". Bruken av uttrykket "essential facility" synes imidlertid særlig å være brukt i saker relatert til tyngre anlegg og infrastruktur.

I korte trekk er det generelt sett neppe grunnlag i EF-retten for en påstand om at dominerende aktører har en alminnelig leveringsplikt. En leveringsplikt, eller plikt til å dele en fasilitet med konkurrenter, kan imidlertid tenkes. I følge John Temple Lang (Temple Lang er leder (director) for EUs konkurransemyndighet (DG IV).) foreligger det et generelt rettslig prinsipp om at dominerende aktører ikke kan nekte levering dersom nektelsen har "vesentlig" virkning på konkurransen. (John Temple

Lang: "Defining legitimate competition: Companies` duty to supply competitors, and access to essential facilities", Fordham International Law Institute 1994, side 245 flg., på side 312.) Dette gjelder imidlertid både i forhold til kunder og konkurrenter. Følgelig er det i EF-retten "unnecessary to develop a special category for essential facilities cases". Temple Lang fremhever imidlertid at der hvor tilgang til en fasilitet er "essential", har Kommisjonen funnet ut at:

"a strict rule is necessary requiring supply on nondiscriminatory terms to competitors. To this rule, where it applies, there will be few exceptions. Because this rule requires close relations between competitors, because of the risk of discouraging legitimate competition, the terms of this rule and the exceptions to it need to be clarified as far as possible. This can be done only by case law and by analysis. There is a duty to provide access to essential facilities if the effect of refusal to supply on competition is serious enough, notably where there is little competition in the downstream market."

Han uttrykker det også slik:

"But, if the consequences of a refusal by a dominant enterprise to supply is that all or most of its competitors are excluded from the market, only strong business reasons can justify the refusal. In brief, access to a facility is "essential" when refusal would exclude all or most competitors from the market". (Op. cit. side 275.)

For en nærmere redegjørelse for når slik leveringsplikt har blitt ansett å foreligge i praksis, og for hvilke krav som i praksis har blitt stilt, vises det til ovennevnte artikkel, samt for så vidt til partenes innlegg i denne saken. Av grunner som tilsynet kommer tilbake til nedenfor, ser en det ikke som hensiktsmessig å foreta en bredere gjennomgang av denne praksisen.

I amerikansk teori og rettspraksis har en i grove trekk satt opp fire vilkår for ansvarsgrunnlag under "doktrinen":

- 1) Kontroll over en "essential facility" av en monopolist (markedsdominerende aktør).
- 2) En konkurrent må, ut fra hva som ut fra praktiskhet og rimelighet kan anses mulig, være avskåret fra å duplisere fasiliteten.
- 3) Konkurrenten må bli nektet bruk av fasiliteten (på rimelige vilkår).
- 4) Det er praktisk mulig å gi konkurrenten tilgang. (Se særlig MCI Communic. Corp. v. AT & T, 708 F.2d 1081, på side 1132-1133 (7th Cir.), 464 U.S. 891, 104 S.Ct. 234 (1983). Se også Herbert Hovenkamp: "Federal antitrust policy - the law of competition and its practice", s. 274.)

I USA kan læren om essential facilities spores tilbake til Terminal Railroad-saken fra 1912, hvor en gruppe foretak som kontrollerte en bro over Mississippi, med visse tilknyttede fasiliteter, ble pålagt å dele dette med konkurrerende jernbaneselskaper. (United States v. Terminal R.R. Ass., 224 U.S. 383, 32 S.Ct. 506 (1912). Saken finnes på internett på: <http://caselaw.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=224&invol=383>. Supreme Court har imidlertid aldri uttrykkelig anvendt doktrinen, se for eksempel Aspen Skiing, hvor retten gjorde et visst nummer av at det var "unnecessary to consider

the possible relevance of the essential facilities doctrine...". (Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585, 105 S.Ct. 2847 (1985). Saken finnes på internett på <http://caselaw.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=472&invol=585>.) Saken gjaldt en nektelse av å inngå et joint venture om salg og markedsføring av heiskort til konkurrerende heisanlegg i Aspen. Tidligere hadde de to foretakene samarbeidet om å tilby billetter som gav tilgang til alle skianlegg i Aspen, men det største foretaket (kontrollerte tre av fire anlegg) gikk etter hvert ut av samarbeidet. Retten kom til at nektelsen var i strid med Sherman Act sec. 2. I følge *Hovenkamp* faller det meste av det domstolene har ansett som essensielle fasiliteter (uten nødvendigvis å ha brukt dette uttrykket) i tre kategorier:

- 1) Naturlige monopoler eller joint venture arrangementer med betydelige stordriftsfordeler,
 - 2) Infrastruktur, fabrikkasjonsanlegg eller annet verdifullt produksjonsutstyr skapt under et reguleringsregime (uavhengig av om det var snakk om naturlig monopol) og
 - 3) Infrastruktur eiet av myndighetene, hvor fasiliteten enten er laget med hjelp av subsidier eller hvor driften er subsidiert.
- (Hovenkamp (note 11 over) side 274.

En gjennomgang av praksis fra USA og EU synes å vise at "læren" om essential facilities i utgangspunktet bygger på alminnelige prinsipper som tilsier at dominerende aktører under visse forutsetninger kan ha plikt til å inngå forretningsforbindelse og til å levere på ikke-diskriminerende vilkår. Praksis fra begge rettssystemer viser også at læren, eller i alle fall de prinsipper den bygger på, ikke bare er anvendt i saker vedrørende tyngre anlegg og infrastruktur av stor samfunnsmessig betydning. Det synes heller ikke å ha blitt stilt som vilkår at en har å gjøre med noe som kan karakteriseres som et "naturlig monopol". (Se Temple Lang side 286.) Det er derfor tvilsomt om "læren" har noe eget materielt innhold, slik at en anvendelse av den vil kunne medføre andre resultater enn ellers. Særlig synes vurderingen av om en fasilitet er "essensiell" sjelden å innebære mer (og eventuelt noe annet) enn en vurdering av om kontroll over fasiliteten gir markedsmakt. I alle fall må det etter tilsynets oppfatning være dette som blir avgjørende etter norsk rett.

Det er etter Konkurransetilsynets oppfatning mer nærliggende å se på begrepet "essensiell fasilitet" som en nyttig merkelapp på en viss type saker, snarere enn et analytisk verktøy. (Slik også John Temple Lang side 280. Se videre Phillip Areeda: "Essential facilities: An epithet in need of limiting principles", Antitrust Law Journal vol. 58 side 841 flg., som synes å legge lignende betraktningmåter til grunn mht. amerikansk rett. Se imidlertid også *Hovenkamp* (se note 112 over): som synes å legge til grunn at "læren" kan ha et eget innhold. Hovenkamp gir således uttrykk for at læren om essensielle fasiliteter kan reserveres for saker hvor det er "extreme amounts of monopoly, thus suggesting a stronger duty to deal" (side 275).)

Fra praksis kan en imidlertid trekke frem enkelte momenter, som det kan være grunn til å legge vekt på. For eksempel vil det også etter norsk rett ha betydning hvordan konkurransesituasjonen på nedsstrømsmarkedet er, om tilgang til fasiliteten er nødvendig for å kunne konkurrere på dette markedet, om det finnes ledig kapasitet i anlegget, hvilken begrunnelse som er anført for nektelsen osv. Konkurransetilsynet vil således i det følgende komme inn på mange av de samme vurderingstemaene som blir vurdert i forbindelse med saker vedrørende essensielle fasiliteter i EF og USA. I denne

sammenheng vil tilsynet i noen grad se hen til relevant praksis fra disse rettsystemene, og da særlig EF-retten. (Praksis fra begge rettssystemer har etter tilsynets generell relevans under konkurranseloven. Tilsynet vil imidlertid ikke tillegge utenlandsk praksis særlig egenvekt, men vil heller se på styrken i argumentasjonen som sådan.) Konkurransetilsynet er imidlertid oppmerksom på at denne praksisen kan ha begrenset overføringsverdi, både på grunn av ulikheter knyttet til de materielle konkurransereglene og på grunn av andre lovmessige forskjeller. For eksempel vil reglene om bevisbyrde og beviskrav i sivile saker for amerikanske domstoler kunne lede til et annet resultat enn når et tilsvarende forhold skal vurderes etter krrl. § 3-10.

Se for eksempel *Florida Fuels*. (Florida Fuels Inc. v. Belcher Oil Co., 717 F. Supp. 1528 (S.D. Fla. 1989).) Saken gjaldt tilgang til depoter for lagring av olje for salg til skip fra havner i Sør-Florida. Appelldomstolen viste bl.a. til at "an essential facility need not be indispensable; but it must be economically unfeasible to recreate and must present a severe handicap on market entry". Det var ikke tilstrekkelig for saksøker bare å påvise at tilgang til fasiliteten var økonomisk gunstigere enn andre alternativer. Domstolen uttalte bl.a. at: "An inquiry into the practicality of duplicating the facility should consider economic, regulatory, and other concerns. Although expensive in absolute terms, the cost of duplication may be reasonable in light of the transactions that would be facilitated and the possible profits to be gained". Offentligrettslige krav og ordninger kunne medfører kostbare forsinkelser og i noen tilfeller utelukke etablering. Saksøker måtte imidlertid påvise at han, realistisk sett, ikke var i stand til å lage en fasilitet med de samme fordelene. Dette hadde saksøker bevisbyrden for, og i saken var dette ikke oppfylt. Saksøker hadde bare undersøkt to alternativer for lokalisering av egne depoter, og det var ikke fremlagt andre bevis for hvorfor heller ikke andre steder var aktuelle. Det var ingen bevis for at saksøker hadde søkt havnen om leie av plass, eller kontaktet havnen for å få dem til å endre langsiktige planer for bruk av den (planer som ikke gav rom for saksøkers depoter). Saksøkte hadde videre aldri spesifisert overfor saksøkte hvor mye lagringsplass de trengte. Dette var i utgangspunktet ikke nødvendig, men det ville vært enklere å ta stilling til en nektelse av et konkret volum i bedømmelsen av saksøkers alternativer. Saksøker hadde videre heller ikke klart å påvise hvorfor ikke dets eksisterende lagringssystem (vann-basert i motsetning til saksøktes) var tilstrekkelig, særlig ettersom saksøker hadde kapret store markedsandeler i løpet av relativt kort tid. Det ble også lagt til grunn at profittmulighetene var store, selv om investeringene i tanker og rørledninger vitterlig ville koste mye.

Som en ser har denne saken klare likhetstrekk med den foreliggende sak. På grunn av de nevnte ulikheter mht beviskrav mv, er Konkurransetilsynet imidlertid noe tilbakeholden med å tillegge den vekt i vurderingen av Jet-saken.

Konkurransetilsynet antar at konkurransemyndighetene i utgangspunktet bør være forsiktige med å pålegge noen å gi andre (konkurrenter) tilgang til egne anlegg. Årsaken til dette er at en ellers vil kunne underminere insentivene til å lage slike anlegg i første omgang. Dette gjelder særlig dersom det dreier seg om et aktivum som eieren normalt benytter kun til eget bruk.

Ordningen med gjensidige trekkavtaler gjør at selskapenes depoter ikke benyttes utelukkende til eget bruk. Argumentet over gjør seg derfor ikke like sterkt gjeldende som hvis dette ikke hadde vært tilfelle. Fra en økonomisk synsvinkel synes det videre ikke å kunne være av avgjørende betydning om man får

betalt for å dele lagringskapasitet i form av en bytteavtale eller i form av penger. Selv om det således eksisterer en viss "handel" med lagringskapasiteten, fremstår dette imidlertid ikke som noe vanlig marked. (Det kan likevel tenkes at depotmarkedet må betraktes som *et relevant marked* i konkurranserettslig forstand, men dette er etter tilsynets oppfatning uten betydning for saken.) Konkurransetilsynet antar derfor at terskelen for å gripe inn bør ligge noe høyere enn i de "normale" tilfellene av forretningsnektelser. (Det at det ikke eksisterer noe "vanlig" marked for salg av depotkapasitet gjør også at det kan være vanskelig for tilsynet å fastsette en pris for tilgang. Et eventuelt inngrep vil antagelig heller måtte bestemme en del prinsipper for beregningen av denne prisen.) Også dette kan imidlertid by på problemer, og det er en mulighet for at tilsynet her vil kunne trå feil. Dette taler også for å utvise forsiktighet mht inngrep.

I tråd med det som ble nevnt over vedrørende "læren" om vesentlige fasiliteter, antar Konkurransetilsynet at det for inngrepsvurderingen etter § 3-10 er uten materiell betydning om man bruker uttrykket essensiell fasilitet i tilknytning til depotene eller ikke. Spørsmålet er om nektelsene overfor Jet innebærer at konkurransen i ned-strømsmarkedet for bensin begrenses i strid med lovens formål, gjennom utøvelse av (kollektiv) markedsrett fra de andre oljeselskapenes side.

For det første har Jet ikke tilgang til konkurrentenes depoter i dag. For at nektelsene skal kunne være egnet til å begrense konkurransen må derfor konkurransen i ned-strømsmarkedet for salg av bensin allerede være begrenset. For å avgjøre dette må det relevante markedet avgrenses, og det må avklares om oljeselskapene sammen eller hver for seg har mulighet til å utøve markedsrett i dette markedet.

Dersom konkurransen i det relevante markedet må antas å være begrenset, blir det spørsmål om det er nødvendig å gi Jet tilgang til de andres depoter for å bøte på dette. Herunder blir det spørsmål om det finnes andre, bedre stilte potensielle konkurrenter enn Jet, som kan bidra til virksom konkurranse uten tilgang til depotene. Det blir videre spørsmål om Jet har andre alternativer.

I tråd med dette vil tilsynet først avgrense det relevante markedet og vurdere om de innklagede parter kan utøve markedsrett i dette (disse) markedet (ene). Deretter vil det bli vurdert om det er nødvendig å gi Jet depottilgang for å hindre en eventuell konkurransebegrensning. Vurderingene vil i noen grad gli over i hverandre, typisk ved at en i vurderingen av om det foreligger markedsrett må ta i betraktning en del av de samme momenter som i vurderingen av Jets alternativer.

5.4 Markedsavgrensning og markedsrett

Markedsrett gir som tidligere nevnt uttrykk for i hvilken grad leverandøren eller leverandørene har mulighet til å opptre uavhengig av sine konkurrenter, ofte uttrykt ved evnen til selv å sette prisene på sine produkter. En leverandør vil ha en slik uavhengighet i den grad sluttbrukerne ikke har gode alternativer til leverandørens produkter.

For å fastslå om en leverandør har markedsrett i sluttbrukermarkedet, må derfor alternativene til *de aktørene som handler i dette markedet* kartlegges. Dette gjøres ved å avgrense det relevante marked, der en ser både på produktmarkedet og geografiske marked. Sluttbrukerne vil i denne saken være de som kjøper bensinprodukter fra bensinstasjonene, dvs bilistene.

Jet hevder i denne spesielle saken at det korrekte relevante markedet vil være markedet for levering av depottjenester. De får langt på vei støtte av Fina i denne vurderingen. De øvrige selskapene hevder at en slik avgrensning vil være forfeilet fordi det ikke finnes marked for depottjenester i Norge, bare gjensidige bytteavtaler som bidrar til en mer effektiv utnyttelse av depotanleggene.

Etter tilsynets oppfatning vil en drøfting om hvorvidt det finnes et eget marked for depottjenester i Norge være interessant i den utstrekning det er forhold i dette markedet som bidrar til redusert konkurranse i sluttbrukermarkedet, dvs salg av bensin til forbruker. Det er følgelig ikke avgjørende om det kan sies å eksistere noe relevant marked for depottjenester. Spørsmålet er om kontroll over depotene gir mulighet til utøvelse av markedsrett i sluttbrukermarkedet.

5.4.1 Det relevante produktmarkedet

Det relevante produktmarkedet avgrenses ut fra sluttbrukernes mulighet til å erstatte leverandørens produkt med andre produktvarianter. I denne saken antas det relevante produktmarkedet å være bensin og annet drivstoff til bruk i motorkjøretøyer.

Konkurransetilsynet har vurdert om salg av bensin fra automatstasjoner (ubetjente stasjoner) utgjør et eget relevant produktmarked. Generelt sett er det mindre kostnader forbundet med drift av automatstasjoner enn ordinære bensinstasjoner, bl.a. fordi de normalt trenger mindre plass og grunnlagsinvesteringer. De ubetjente stasjonene kan også innebære at selskapene kutter ut et ledd i distribusjonsskjeden (forhandlerne). På den annen side har de betjente stasjonene et større spekter av varer å fordele kostnadene på. Like fullt selger automatstasjonene i dag gjennomgående bensin til lavere pris enn de betjente stasjonene. Ettersom bensin er et fullstendig homogent produkt burde dette lede til at automatstasjonene tar over hele markedet. Når dette ikke skjer, selv i områder der det finnes automatstasjoner og også hvor automatstasjonenes bensin er billigere, kan dette tyde på at det dreier seg om to separate markeder, i det minste to nisjer i det samme markedet.

Selv om konsumentene synes å være villige til å betale noe mer for bensin hvis de også får tilgang til andre tjenester (service, vask, bilrekvisita, kioskvarer og til dels matvarer), legger imidlertid tilsynet likevel til grunn at det dreier seg om ett konkurranserettslig marked. Konkurransetilsynet antar således at en ikke ubetydelig prisøkning hos betjente stasjoner vil medføre at kundene bytter til automatstasjoner, gitt at slike finnes innenfor rimelig avstand. Konkurransetilsynets prisundersøkelser, som generelt indikerer at prisnivået synker i områder der det er etablert automatstasjoner, understøtter dette.

5.4.2 Det geografiske markedet

Nedslagsfeltet til en forretning i detaljhandelen kan normalt avgrenses til den avstand en konsument er villig til å reise for å besøke handelsstedet. Dette skulle tilsi at det relevante geografiske markedet for bensin er av lokal eller regional karakter, men dette vil ikke nødvendigvis være den beste avgrensingen av det relevante geografiske markedet når konkurransen i stor grad foregår mellom ulike

kjedekonstellasjoner.

Dette gjelder spesielt der konkurransen foregår mellom ulike kjedekonstellasjoner som er etablert over hele eller store deler av landet. I en slik situasjon vil sentrale konkurranse-parametere bli bestemt på nasjonalt nivå. Et eksempel på dette er konkurransen mellom de fire store norske dagligvaregruppene nasjonale kjeder. Et tilsvarende standpunkt er tidligere tatt av Kommisjonen (Case IV/M.784 Kesko-Tuko), der det ble slått fast at konkurransen i dagligvarehandelen foregikk mellom kjedene på landsbasis.

Tilsynet har registrert at konkurransen mellom de etablerte salgskjedene i det vi tradisjonelt har betegnet som bensinstasjonsbransjen i stor grad foregår på landsbasis gjennom landsdekkende reklame på TV, aviser og liknende. Denne annonseringen dreier seg imidlertid i stor grad om andre produkter enn bensin.

I tillegg er det til dels store prisforskjeller mellom ulike geografiske områder, forskjeller som ikke kan forklares med forskjeller i transportkostnader. Dette kan tilsi at det eksisterer lokale (relevante) markeder for salg av bensin.

Slik Konkurransetilsynet ser det, foregår konkurransen på markedet for salg av bensin både lokalt og på landsbasis mellom "kjedene". Dette har flere implikasjoner. For det første vil muligheten til å utnytte markedsrett lokalt kunne motvirkes gjennom konkurransen som skjer sentralt. For det andre kan lokal konkurranse i prinsippet begrense skadevirkningene av manglende insentiver til å konkurrere på nasjonalt plan. Selv om forholdene ellers skulle ligge til rette for en form for samforstand mellom oljeselskapene sentralt om ikke å konkurrere på pris, vil det følgelig likevel kunne være virksom konkurranse på lokale markeder.

På bakgrunn av dette antar Konkurransetilsynet at det relevante markedet i utgangspunktet kan avgrenses til å utgjøre en rekke geografiske områder. I vurderingen av om konkurransen på disse markedene er begrenset, vil en imidlertid også se på konkurransen på nasjonalt plan.

5.4.3 Konkurransen i det relevante markedet

Når en skal se på hvordan konkurransen i bensinmarkedet fungerer, er det etter tilsynets oppfatning også nødvendig å se på depotsiden. (Konkurransetilsynet vil normalt ikke trekke inn forhold på tilbudssiden i avgrensningen av det relevante geografiske markedet, og har således ikke trukket inn depotenes beliggenhet i markedsavgrensningen. Betydningen av depotenes beliggenhet for konkurransen mellom bensinstasjoner blir således i stedet vurdert her.) Det kan således være grunn til å dele markedet i to - de områder som med rimelighet kan forsynes fra svenske depoter og de som ikke kan det. Det er vanskelig å trekke noen presise grenser mellom disse markedene, men det er naturlig å tro at deler av Sørlandet og Vestlandet ikke kan betjenes fra Sverige.

Tilsynet legger til grunn at ingen av aktørene har en markedsandel på over 30 % på landsbasis. Dette skulle tilsi at ingen av selskapene er i stand til å utøve markedsrett på egen hånd i den forstand at de kan sette en pris som overstiger prisen hos konkurrentene uten å miste markedsandeler.

Konkurransetilsynet fant i sin kontroll av bensinselskapene våren 1997 ingen heller ingen indikasjoner på at det foregikk noe samarbeid selskapene i mellom som skulle tilsi at de samarbeider om utøvelse av kollektiv markedsrett.

Likevel har de veiledende prisene fra selskapene sentralt en tendens til å være tilnærmet like. Dette kan skyldes den oligopolistiske strukturen i det norske bensinstasjonsmarkedet som helhet, der de fire største aktørene har omtrent 90 % av markedet. Sammen med homogeniteten i produktet bensin indikerer dette at det er lett å observere hvilke disposisjoner de andre aktørene foretar seg med hensyn til prisfastsetting. Et gjennomsiktig marked kan også bidra til å forklare de sammenfallende prisene i sluttbrukermarkedet i mindre geografiske områder.

Konkurransen i bensinmarkedet har etter tilsynets vurdering fungert tilfredsstillende i store deler av landet de senere årene. Dette skyldes i noen grad Jets inntreden i deler av det norske markedet for 5 år siden. Deres sterke fokusering på pris har bidratt til økt priskonkurransen i alle områder der selskapet er etablert. Jets konsept er senere adoptert av flere av de andre selskapene (Uno-X, Smart). Dette har bidratt til at automatstasjonene er blitt etablert i store deler av Østlandsområdet, og også i enkelte andre deler av landet. Det er således etablert automatstasjoner i alle de store byene, med unntak av Kristiansand.

For disse stasjonene vil det i alle områder være viktig å ligge under lokale konkurrenter i pris, fordi lav pris er automatkonseptets viktigste konkurranse-parameter.

Det er ikke tvil om at det er i områder der det er etablert automatstasjoner priskonkurransen har vært spesielt hard. Dette bekreftes av tilsynets egne prisundersøkelser, der det dokumenteres at prisene stiger jo lenger bort en fjerner seg fra en automatstasjon. Samtidig kan det virke som om oppmerksomheten rundt automatstasjonene har skapt en økt prisbevissthet omkring bensin generelt.

Etableringen av Rema Bensin kan bidra til at enda flere områder får tilgang til automatstasjoner med en uttalt lavprisprofil. Dersom etableringen av denne kjeden blir vellykket, vil fordelene med økt priskonkurransen komme enda større deler av landet til gode enn det som er tilfelle i dag. Rema har på sikt ambisjoner om å selge bensin fra alle Rema-butikker der forholdene ligger til rette for det. Dette skal etter planen gi en markedsandel på landsbasis på 15 %.

I sin klage viser Jet til saken med Enebakk Sparebank og tilgang til et felles betalingsformidlingssystem for banker. I den nevnte sak baserer samarbeidet innenfor dette systemet etter det tilsynet har skjønnet seg på en skriftlig avtale mellom partene vedrørende et landsomfattende system som det vil være uaktuelt for en nyetablert sparebank å etablere på egenhånd. En slik skriftlig samarbeidsavtale i markedet for betalingstjenester ga etter tilsynets oppfatning muligheter for utøvelse av kollektiv markedsrett i dette markedet, noe som igjen kunne påvirke konkurransen i det tilknyttede markedet for banktjenester.

Etter tilsynets oppfatning kan ikke resultatet av denne saken benyttes i vurderingen av tilgang til depotene. Konkurransetilsynet er blitt forelagt trekkavtalene mellom de ulike selskapene i den foreliggende sak, og konkluderer med at disse avtalene i seg selv ikke bidrar vesentlig til muligheter for utøvelse av markedsrett, da avtalene ikke involverer mer enn to avtaleparter. Det er heller ikke slik at

alle selskapene automatisk får trekk-rettigheter hos andre aktører dersom de skulle ønske det, eller at de kan få trekkavtaler uten å stille med andre motytelser enn penger. Som det fremgår nedenfor eksisterer det etter tilsynets oppfatning dessuten ikke uoverstigelige etableringshindringer.

Etableringsmulighetene taler i seg selv mot en mulighet for utnyttelse av kollektiv markeds-makt. Som en vil se nedenfor, anser Konkurransetilsynet det heller ikke som nødvendig å ha tilgang til alle depoter for å kunne delta i nedstrømsmarkedet i denne saken. På denne bakgrunn har Konkurransetilsynet kommet til den konklusjon at det ikke foreligger bevis for utøvelse av kollektiv markeds-makt i et eventuelt depotmarked.

Så langt har Konkurransetilsynet lagt til grunn at det er virksom konkurranse i det norske bensinmarkedet som helhet. Konkurransetrykket kan likevel variere fra ett lokalt marked til et annet. Dette indikeres blant annet av de prisundersøkelsene Konkurransetilsynet har utført i den senere tid. At automatstasjonene virker konkurransefremmende, indikeres også av de samme prisundersøkelsene. Det er imidlertid verdt å merke seg at dette gjelder overalt hvor det er etablert automatstasjoner, og ikke bare i de lokale markeder hvor Jet er etablert. Det er etter tilsynets oppfatning allerede av denne grunn neppe grunnlag for inngrep med hjemmel i krrl. § 3-10. Tilsynet viser i denne sammenheng også til at det som nevnt må kreves mye for inngrep som gir adgang til konkurrenters anlegg. Tilsynet ønsker likevel også å knytte noen bemerkninger til enkelte av de øvrige spørsmål som har vært reist i saken.

5.5 Jets alternativer/etableringshindringer

Dersom konkurransen i markedene for salg av bensin til sluttbruker hadde vært begrenset, ville dette i seg selv ikke vært tilstrekkelig for inngrep. Tilgang til konkurrentenes anlegg må i tillegg være en nødvendig forutsetning for Jets etablering. Nødvendighetsvurderingen vil etter tilsynets oppfatning måtte avgjøres konkret. Det må i denne vurderingen kreves mer enn at manglende tilgang bare gjør etablering vanskeligere eller dyrere. På den annen side kan en ikke kreve umulighet, d.v.s. at etablering er umulig for Jet uten tilgang til konkurrentenes depoter. Manglende tilgang må altså gjøre etablering *kvalifisert* vanskeligere. Hvor mye vanskeligere vil antagelig avhenge av en samlet vurdering av bl.a. markedet, konkurransebegrensningens styrke, etableringsforholdene ellers, arten og omfanget av de nødvendige investeringer for å duplisere fasiliteten og de samfunnsmessige virkningene av en eventuell slik duplisering. I en sak som denne, hvor Jet mener seg utsatt for en kollektiv nektelse, men hvor det ikke foreligger noen beviselig samordnet opptreden, må en antagelig også kunne ta den usikkerheten dette medfører i betraktning i nødvendighetsvurderingen, slik at det må stilles ytterligere krav til nødvendigheten.

For så vidt gjelder områder der Jet allerede er etablert, mener tilsynet at etableringen i seg selv indikerer at kravet til nødvendighet ikke ville vært oppfylt.

Jet hevder imidlertid at det er umulig å etablere seg i det norske bensinstasjonsmarkedet uten å ha tilgang til depotanlegg. Videre hevder selskapet at det eksisterer tre alternativer dersom et selskap ønsker å etablere seg i det norske markedet uten å ha tilgang til eksisterende depoter:

- bygge om eksisterende anlegg benyttet eller regulert til andre formål
- bygge nye anlegg

· benytte depotanlegg utenfor Norges grenser

Konkurransetilsynet er enig i denne vurderingen av hvilke krav som stilles til et selskap som ønsker å etablere seg i Norge.

Både Jet selv og Rema Bensin forsyner sine anlegg fra depoter i Sverige. Dette begrenser disse selskapenes muligheter for geografisk ekspansjon til markeder i rimelig avstand fra et svensk depot. I Jets tilfelle er lengste fraktavstand i dag Göteborg-Notodden, en avstand på opp mot 500 km. Transportkostnadene i forbindelse med levering fra svenske depotanlegg kan pr. i dag vanskeliggjøre etablering på Sør- og Vestlandet for nye aktører som ikke ønsker å bygge egne depoter.

En etableringshindring i tillegg til vanskelighetene ved finne et gunstig forsynings-alternativ, er eksistensen av fraktutjevningsordningen. Denne offentlig administrerte ordningen gir selskapene som er etablert i 0-sonene en kostnadsfordel sammenlignet med aktører som benytter andre forsyningsveier. Ordningen sikrer at de etablerte selskapenes transportutgifter begrenses seg oppad til 7 øre pr. liter. Til sammenlikning får Jet kostnader ved transport på over 20 øre pr. liter ved transport til de stasjonsanlegg som ligger lengst unna det depotet de benytter i dag. Situasjonen vil bedre seg fra 1. januar 1998, da de etter planen skal ta i bruk et anlegg i Strømstad, men fortsatt vil de ha høyere transportkostnader enn konkurrentene i det samme markedet.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning av frakttilskuddsordningen i seg selv ikke er noe avgjørende argument for å gripe inn mot en leveringsnektelse fra 0-sone depotene. Dersom en ønsker å fjerne de mulig konkurransevridende effektene denne tilskuddsordningen er opphav til, må en se nærmere på ordningen selv. For Konkurransetilsynet vil en evaluering av ordningen komme inn under krrl. § 2-2 bokstav d). Utformingen av fraktutjevningsordningen kan videre være i strid med EØS-avtalen på grunn av de eventuelle konkurransevridninger og etableringshindringer den er opphav til. Konkurransetilsynet vil se nærmere på fraktutjevningsordningen i kjølvannet av denne saken.

I tillegg til problemene med å finne økonomisk gunstige leveringsalternativer, møter Jet ifølge seg selv motstand fra de etablerte selskapene ved at eiendommer de er interessert i blir kjøpt opp til det de kaller overpris av andre selskaper og ikke benyttet. Dette gjør det vanskelig å finne gunstige tomter for etablering i nedstrømsmarkedet. Konkurransetilsynet er kjent med at det kan være vanskelig å skaffe aktuelle tomter. Det er imidlertid ikke så vanskelig at det utgjør noe tungtveiende argument i denne saken. Jets etablering viser i seg selv at det slett ikke er umulig.

Videre er tilsynet av den oppfatning at det ikke er en absolutt forutsetning for etablering i ett av de avgrensede norske nedstrømsmarkedene for bensin at en aktør får tilgang til *norske* depotanlegg. Både Jets egen etablering på Østlandet og Rema Bensins etablering i Trøndelag viser at det finnes alternative leveringsveier for store deler av det norske markedet. Konkurransetilsynet har også lagt vekt på at Rema selv hevder å kunne betjene hele det norske markedet, med unntak for visse deler av Vestlandet, med leveranser fra Sverige. Rema Bensin omtaler selv kontrakten med Preem Petroleum i Sverige som "svært langsiktig".

Konkurransetilsynet er enig med Jet i at det antakelig ikke vil være noe godt alternativ å kjøre bensin

fra Sverige dersom en ønsker å etablere seg langt unna den svenske grensen, dvs på Sørlandet og Vestlandet. Dette betyr at dersom selskapet ønsker å etablere seg i denne delen av markedet må det enten bygge nytt anlegg i dette området eller kjøpe et eksisterende anlegg. Begge deler kan by på problemer, men etter tilsynets oppfatning kan ikke disse problemene være større enn at de lar seg løse både praktisk og økonomisk. Jets prospekt på et anlegg ved Langesund viser at det er muligheter dersom man kommer ut av de mest belastede områdene i Indre Oslofjord. Jet har heller ikke på noen måte kunne dokumentere vesentlige hindringer for etablering av egne depoter på Sørlandet og Vestlandet. Videre viser det faktum at det finnes et 50-talls depotanlegg over hele landet at kostnadene ved bygging av et depotanlegg ikke kan være så store at disse anleggene kan regnes som en essensiell fasilitet.

Dette er etter tilsynets oppfatning i tråd med de vurderingene omkring essensielle fasiliteter som er gjort i EF-retten, der det legges vekt på at det å etablere andre forretningsmuligheter skal være så å si praktisk og økonomisk umulig. I så forstand er Eurotunnel-saken et godt eksempel på en uoverstigelig etableringshindring. (EF-tidende C 176/2 (1990) og L 354/66, 31. desember 1994.) Det kan ikke godt forventes at et togselskap som ønsker å kjøre under kanalen skal anlegge sin egen tunnel ved siden av den eksisterende. Den samme argumentasjonen kan gjøre seg gjeldende i de havnesaker Jet omtaler i sin klage. Sett i forhold til disse sakene virker investeringer i et depotanlegg til 75 millioner i en bransje der investeringene for å delta generelt er store, ikke som uoverkommelige. Det dreier seg heller ikke om anlegg av en slik karakter at Jet kan vinne frem med argumentet om at en duplisering av anleggene er samfunnsmessig sløsing.

Konklusjonen er at depotanleggene ikke er å betrakte som en essensiell fasilitet, og dersom de hadde vært det hadde doktrinen ikke kommet til anvendelse fordi minst ett av vilkårene etter tilsynets oppfatning ikke er tilstrekkelig godtgjort:

- i) Det er ikke tilstrekkelig dokumentert at de etablerte selskapene har kollektiv markedsrett i markedet for depottjenester. Uansett er depotene ikke kontrollert av en enkelt monopolist.
- ii) Det er ikke tilstrekkelig dokumentert at Jet ikke har tilfredsstillende alternative etableringsmuligheter.

Et argument flertallet av de innklagede selskapene fremfører taler også isolert sett *mot* et inngrep med utgangspunkt i essential facility-doktrinen:

- iii) Kapasitetsproblemer ved depotene kan legitimere en eventuell nektelse.

Hvorvidt det virkelig er kapasitetsproblemer ved depotanleggene har tilsynet ikke tatt stilling til. Mens Jet hevder at kapasiteten ikke kan være noe problem i et fallende bensinmarked, mener selskapene selv at det ikke er muligheter for å slippe inn Jet med de krav til volumer selskapet etterspør. Et av argumentene for dette standpunktet er at en ved å slippe inn Jet ville måtte endre mye på egen logistikk, og at dette griper inn i en ervervsdrivendes rett til å disponere egne anlegg. Å gi Jet tilgang til depotene vil kunne bidra til en utnyttning av depotet som ikke er optimal for det enkelte eierselskap.

Konkurransetilsynet antar at dette kan være riktig sett fra den enkelte bedrifts synspunkt, men ser ikke bort fra at stordriftsfordeler i depotvirksomheten kan bidra til at den samfunnsøkonomisk optimale

løsningen i enkelte tilfeller avviker fra dette. (I en analyse av Shells depotvirksomhet for perioden 1990-1994 bekreftes hypotesen om stordriftsfordeler. (Johan Nitter-Hauge: Utnyttelse av stordriftsfordeler i oljebransjens distribusjonsside, Hovedoppgave ved Sosialøkonomisk Institutt, UiO 1996).)

6. Oppsummering og konklusjon

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det virksom konkurranse i de avgrensede nedstrømsmarkedene for bensin, jf. krrl. § 1-1. Dette er i tråd med vurderinger foretatt i forbindelse med vurderingen av rabatt-delingsavtalene flere av selskapene har fått dispensasjon til å inngå med sine videre-forhandlere.

Riktignok har etableringen av Jet bidratt til dette, bl.a. ved å ha medført andre automatkonsepter under paraplyene til de andre oljeselskapene. Automatstasjonene bidrar også til å redusere prisnivået, jfr. tilsynets pris-undersøkelser. Jet synes av være av den oppfatning at disse stasjonene bare vil finnes så lenge Jet er i det norske markedet, og at leveringsnektelsene er en del av en taktikk for å tvinge Jet ut av Norge. Dersom Jet presses ut, synes Jet å mene at lavprisstasjonene til de andre selskapene vil være en saga blott.

Konkurransetilsynet finner det imidlertid ikke godtgjort at de andre oljeselskapene generelt sett utøver markedsrett, verken samlet eller hver for seg. Selv om konkurransen skulle være begrenset tilstrekkelig i forhold til lovens formål, er det videre tilsynets oppfatning at det uansett ikke ville være grunnlag for inngrep på et generelt plan. Dette fordi Jet må antas å ha tilstrekkelige alternative etableringsmuligheter. (Jets klage har vært av generell karakter. Tilsynet kan ikke *utelukke* at konkurransen er begrenset i enkelte lokale markeder, og at kontroll med et depot som kan forsyne disse markedene gir en viss markedsrett. En kan heller ikke utelukke at mulighetene til å etablere alternative depoter kan være tilstrekkelig begrenset i tilknytning til disse områdene. Dette kan tilsynet imidlertid ikke vurdere nærmere uten en mer konkret henvendelse.)

Konkurransetilsynet forholder seg i sin vurdering av konkurransesituasjonen først og fremst til forholdet i markedet pr. i dag. Når en i tillegg synes å få etablering av en lavprisaktør (Rema Bensin) som har som uttalt mål å erobre en markedsandel på 15 %, virker det som om konkurransen opprettholdes og at automatstasjonenes positive innvirkning på bensinprisene står foran en større geografisk utspredning.

Det er etter tilsynets oppfatning følgelig ikke grunn til å tro at leveringsnektelsen av depottjenester, slik situasjonen er i dag, bidrar til en begrensnings av konkurransen i forhold til lovens formål om effektiv ressursbruk.

7. Avgjørelse

På bakgrunn av ovenstående har Konkurransetilsynet fattet følgende avgjørelse:

Konkurransetilsynet finner ikke grunnlag for inngrep under krrl. § 3-10 til fordel for Jet.

[til toppen](#)