

Gram, Hambro & Garman Advokatfirma AS

Rådhusgaten 5 B  
0151 Oslo  
Att: Advokat Gian Luca Congeddu

Deres ref.:

Vår ref.: 2008/300  
MAB WESE 524.3

Dato: 11.02.2009

## **Avgjørelse A2009-7 - BenAir AS - Oslo Lufthavn AS - konkurranseloven § 12 tredje og fjerde ledd jf. § 10 og 11 - avslag på begjæring om midlertidig vedtak og pålegg om opphør**

### **1. Innledning**

Konkurransetilsynet viser til klage av 18. mars 2008, begjæring om midlertidig vedtak av 1. oktober 2008 og brev av 20. januar 2009, samt øvrig korrespondanse i anledning saken.

Benair AS ("Benair") har anført at Oslo Lufthavn AS ("OSL") opptrer i strid med konkurranseloven § 10 og § 11 ved å nekte å fornye Benairs hangarleiekontrakt på Oslo Lufthavn Gardermoen. Konkurransetilsynet ble i klagen av 18. mars 2008 anmodet om å fatte vedtak om opphør med hjemmel i konkurranseloven § 12 første ledd. Benair anmodet om at OSL skulle pålegges å opprettholde kontraktsforholdet med Benair, slik at Benair kunne fortsette å benytte fasilitetene i Hangar 2.

Ved brev av 1. oktober 2008 anmodet Benair om at Konkurransetilsynet skulle treffe midlertidig vedtak om opphør etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd frem til det foreligger en endelig avgjørelse i saken.

Noen dager etter anmodningen om midlertidig vedtak avtalte Konkurransetilsynet å avholde et møte med Benair. Møtet ble imidlertid avlyst av Benair under henvisning til at tvisten var gjenstand for forhandlinger. Ved brev av 20. januar 2009 anmodet Benair igjen Konkurransetilsynet om å fatte midlertidig vedtak i saken.

OSL begjærte tvangsfravikelse til Nannestad og Gjerdrum lensmannskontor v/namsmannen 21. mai 2008. Begjæringen ble innvilget 3. juli 2008. Namsmannens avgjørelse ble stadfestet av Øvre Romerike tingrett 15. oktober 2008. Benair påanket tingrettens kjennelse til lagmannsretten.

Eidsivating lagmannsrett forkastet anken ved kjennelse av 2. februar 2009. Lagmannsretten la til grunn at OSLs beslutning om å ikke fornye leiekontrakten med Benair måtte anses som et ensidig tiltak, og ikke som en avtale, beslutning eller annen form for samordnet opptreden som reguleres av konkurranseloven § 10. Benair hadde heller ikke dokumentert at OSLs beslutning var en følge av en eksklusivitetsforpliktelse eller lignende i avtaleforholdet med Westair. Etter lagmannsrettens oppfatning var det ikke nødvendig å ta stilling til om OSL innehar en dominerende stilling av nødvendig infrastruktur for det nedstrømsmarked Benair opererer i, da leie av OSLs infrastruktur uansett ikke kunne anses å være absolutt nødvendig for Benairs virksomhet. Videre fant lagmannsretten det ikke dokumentert at OSL opptrådte diskriminerende ovenfor sine leietagere jf. konkurranseloven § 11 annet ledd bokstav c.

## 2. Sakens bakgrunn

Benair driver flytransport av post og aviser i Norge. Foretaket har transportoppdrag for Posten Norge AS ("Posten") og andre postleverandører. Selskapet er ett av flere mindre flyselskap som flyr for Posten. I følge Benair står selskapet for ca. █ prosent av postleveringen til/fra Oslo Lufthavn Gardermoen.

Selskapet har siden 1993 vært aktiv innenfor flytransport av post til/fra Oslo Lufthavn Gardermoen. Benair har i hele denne perioden leid hangar av OSL på Gardermoen. Dagens leiekontrakt for leie av hangar 2 på Oslo Lufthavn Gardermoen utløp 31. desember 2007. Benair ønsket å fortsette leieforholdet, og etter forhandling med OSL ble leiekontrakten forlenget til 31. mars 2008. OSL har imidlertid opprettholdt kravet om fraflytting 31. mars 2008.

OSL begrunner kontraheringsnektelsen med manglende hangarkapasitet. Ifølge klager er planen at Westair Sweden AB ("Westair"), som har delt hangar med Benair, skal overta hele Hangar 2. Westair er Postens hovedsamarbeidspartner innen flyfrakt av post. Selskapet vant en anbudskonkurranse om en treårig fraktavtale etter offentlig anbudskonkurranse.

## 3. Konkurransetilsynets vurdering

### **Konkurranseloven § 10**

Konkurranseloven § 10 forbyr uavhengige foretak å samarbeide på en måte som har til formål eller virkning å begrense konkurransen i et marked. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81. Praksis tilknyttet til de aktuelle bestemmelsene i EF-traktaten og EØS-avtalen vil således være relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 10.

Benair har anført at leieavtalen mellom OSL og Westair vedrørende hangarplassen som i dag benyttes av Benair innebærer en samordnet opptreden mellom leietaker og utleier i strid med konkurranseloven § 10. I brev av 20. januar 2009 har Benair videre anført at avtalen mellom OSL og Westair har en diskriminerende effekt og derfor må anses som en overtredelse av konkurranseloven § 10 første ledd bokstav d. Benair har også anført at avtalen mellom OSL og Westair begrenser tilbudet innenfor transport av postforsendelser i strid med konkurranseloven § 10 første ledd bokstav b.

Konkurransetilsynet har i medhold av konkurranseloven § 24 pålagt OSL å fremlegge alle avtaler mellom OSL og Westair, samt opplyse hvorvidt det foreligger avtaler mellom partene som ikke fremgår av de skriftlige avtalene, særlig om det er avtalt eksklusivitet. OSL har på bakgrunn av pålegget oversendt kopi av gjeldende leieavtale med Westair for hangar 2 på Gardermoen. Dette er i følge e-post av 9. februar 2009 eneste gjeldende kontrakt mellom Oslo Lufthavn AS og Westair Sweden AB. OSL har opplyst at det ikke foreligger andre avtaler mellom partene enn det som fremgår av denne skriftlige avtalen.

Konkurransetilsynet har gjennomgått leieavtalen mellom OSL og Westair. Det er ikke funnet forhold som indikerer at det foreligger samarbeid i strid med konkurranseloven § 10.

### **Konkurranseloven § 11**

Konkurranseloven § 11 forbyr et eller flere foretaks "*utilbørlige utnyttelse*" av sin "*dominerende stilling*". Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82. Praksis tilknyttet til de aktuelle bestemmelsene i EF-traktaten og EØS-avtalen vil således være relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 11.

Benair har anført at OSLs nektelse av å inngå ny kontrakt med Benair er å anse som en forretningsnektelse i strid med konkurranseloven § 11. Ifølge Benair forsterkes effekten av kontraheringsnektelsen av at OSL har hevet en festekontrakt inngått mellom OSL og Benair i 1998.

Konkurranseloven § 11 første ledd oppstiller to vilkår som begge må være oppfylt for at et foretak skal ha overtrådt forbudet. For det første må foretaket ha en "*dominerende stilling*", og

for det andre må foretakets atferd innebære en ”*utilbørlig utnyttelse*”. En forretningsnektelse kan utgjøre en slik leveringsnektelse, men vilkårene for å konstatere dette er strenge. Sentralt i denne vurderingen vil være om det finnes alternativer til den aktuelle leveringen (i dette tilfelle leieavtalen), om effektiv konkurranse utelukkes og om det foreligger objektive grunner for nektelsen.

Konkurransetilsynet har mottatt og innhentet et relativt omfattende materiale i saken, herunder dokumenter fra tvangsfravikelsessaken der forholdet til konkurranseloven har vært tema. Benair har blant annet fremlagt leieavtalen mellom OSL og Benair med vedlegg, korrespondanse mellom partene og prosesskrift, samt anken til lagmannsretten. I tillegg har OSL fremlagt leieavtalen mellom OSL og Westair med vedlegg, samt en rekke dokumenter fra tvangsfravikelsessaken. Ut fra de nevnte dokumenter kan ikke Konkurransetilsynet se at det er fremkommet opplysninger som gir rimelig grunn til å anta at det ikke finnes alternativer for Benair eller at effektiv konkurranse i markedet for postforsendelser med fly utelukkes. Det fremstår derfor som lite trolig at det foreligger en leveringsnektelse i strid med konkurranseloven § 11. Det er heller ikke fremkommet opplysninger som kan underbygge andre typer overtredelser av § 11.

Det blir etter dette ikke nødvendig å ta stilling om OSL i denne saken innehar en dominerende stilling. Konkurransetilsynet finner heller ikke grunn til å foreta en nærmere vurdering av betydningen av at OSL ikke opererer i markedet for postforsendelser med fly.

#### ***Avslag på anmodning om pålegg om opphør***

På bakgrunn av ovennevnte finner Konkurransetilsynet ikke grunn til å prioritere ressurser til ytterligere undersøkelser av saken. Følgelig avslås anmodningen om pålegg av opphør.

Avgjørelsen kan påklages innen tre uker, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet gjør for øvrig oppmerksom på at personer og foretak som mener seg rammet av overtredelse i strid med konkurranseloven §§ 10 og 11 selv kan forfølge saken ved å reise sak for domstolene.

#### ***Midlertidig vedtak – konkurranseloven § 12 fjerde ledd***

Med hjemmel i konkurranseloven § 12 fjerde ledd kan Konkurransetilsynet treffe midlertidig vedtak om pålegg etter konkurranseloven § 12 første ledd, dersom det er ”*rimelig grunn*” til å anta at konkurranseloven § 10 eller § 11 er overtrådt, og det er ”*fare for*” at konkurransen utsettes for ”*varig og uopprettelig skade*” jf. § 12 fjerde ledd bokstav a og b. Midlertidig vedtak kan likevel ikke treffes dersom den vedtaket retter seg mot påføres ”*skade eller ulempe*” som står i ”*åpenbart misforhold*” til de hensyn vedtaket skal ivareta jf. konkurranseloven § 12 fjerde ledd annet punktum.

Vilkårene i konkurranseloven § 12 fjerde ledd er kumulative – det vil si at samtlige vilkår må være oppfylt for at det skal kunne fattes midlertidig vedtak. Det fremgår av ovennevnte at Konkurransetilsynet i foreliggende sak funnet det ikke foreligger rimelig grunn til å anta at § 10 eller § 11 er overtrådt slik at vilkåret i bokstav a ikke anses oppfylt.



Anmodningen om midlertidig vedtak etter konkurranseloven § 12 fjerde ledd avslås derfor. Denne avgjørelsen kan ikke påklages.

Med hilsen

Jostein H. Solberg (e.f.)  
*seksjonsleder*

Wenche Sædal Egeland  
*førstekonsulent*

Kopi: Advokatfirmaet Haavind AS, PB 359 Sentrum, 0101 Oslo