



Thommessen Krefting Greve Lund AS
Ved: Siri Teigum
Postboks 1484 Vika
0116 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2004/415
MAO-M4 LIEC 524.1

Saksbeh.: Johan Aasen
Terje Melhuus Line
Linn Eckhoff

Dato: 6. juni 2005

■ **SAS AB (publ) - vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 jf. § 11 - konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund**

Vedlagt er Konkurransetilsynets vedtak V2005-9 om overtredelsesgebyr for konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund.

Med hilsen

Knut Eggum Johansen
konkurransedirektør

Lasse Ekeberg
avdelingsdirektør

Vedlegg



Offentlig versjon

**SAS AB (publ) – vedtak om overtredelsesgebyr etter
konkurranseloven § 29 jf. § 11 – konkurranseskadelig
underprising på ruten Oslo-Haugesund**

Vedtak V2005-9

Konkurransetilsynets vedtak av 6. juni 2005

Vedlegg

Innhold

1	Innledning	4
2	Sakens bakgrunn	4
2.1	Generelt om utviklingen i det norske luftfartsmarkedet.....	4
2.2	Beskrivelse av berørte foretak.....	5
2.3	Behandlingen av denne saken	6
3	Sammendrag av Konkurransetilsynets varsel om inngrep av 8. desember 2004	7
3.1	Dominerende stilling	7
3.2	Utilbørlig utnyttelse	7
3.3	Anvendelse av AKZO-testen på ruten Oslo-Haugesund.....	7
3.4	Nettverksinntekter	8
3.5	Særlig om intensjon.....	8
3.6	SAS mulighet for gjenvinning av tapet	9
3.7	Overtredelsesgebyr.....	10
4	Sammendrag av SAS-gruppens merknader av 17. januar 2005	10
4.1	Lovens ikrafttredelse	10
4.2	Konkurransetilsynets veiledningsplikt	10
4.3	Vurdering av kostnader og inntekter	10
4.4	Særlig om intensjon.....	11
4.5	Faktisk og rettslig vurdering	12
4.6	Overtredelsesgebyr.....	13
5	Konkurranselovens anvendelse	13
6	Det relevante marked	14
6.1	Markedsavgrensning i tidligere saker.....	15
6.2	Avgrensning av produktmarkedet	15
6.3	Geografisk avgrensning av markedet.....	17
7	Dominerende stilling	19
8	Utilbørlig utnyttelse	21
8.1	Nærmere om konkurranseskadelig underprising	22
8.2	AKZO-testen	22
8.3	AKZO-testens anvendelse innenfor luftfartssektoren	25
8.4	Kategorisering av kostnader.....	29
8.5	Anvendelse av AKZO-testen på ruten Oslo-Haugesund.....	31
8.6	Alternativ kostnadstest	33
8.7	Betydningen av SAS' nettverksinntekter	39
8.8	Andre mulige legitime begrunnelser for SAS' atferd.....	43
8.9	Intensjonsvurdering	45
8.9.1	Nærmere om intensjon.....	45
8.9.2	Resultatutvikling på ruten	46
8.9.3	Kapasitetsutvikling	48
8.9.4	SAS prisingspolitikk på ruten Oslo-Haugesund	49
8.9.5	Nærmere om SAS adferd i mai og juni 2004.....	52
8.9.6	Coast Airs finansielle situasjon.....	55
8.9.7	Øvrige merknader	55
8.9.8	SAS mulighet for gjenvinning av tapet.....	56
8.9.9	Oppsummering av intensjonsvurderingen	57
9	Konklusjon – SAS' utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling	58
10	Overtredelsesgebyr	59
10.1	Beviskrav ved ileggelse av overtredelsesgebyr.....	59
10.2	Grunnlaget for overtredelsesgebyr	60
10.3	Konkurransetilsynets veiledningsplikt	63
10.4	Generelt om utmåling av overtredelsesgebyr.....	63
10.5	Utgangspunkt for utmålingen.....	64
10.6	Økonomiske fordeler av overtredelsen.....	65



10.7	Foretakets omsetning.....	66
10.8	Formildende omstendigheter.....	66
10.9	Konklusjon	67
11	Vedtak.....	67

1 Innledning

Det vises til Konkurransetilsynets varsel om overtredelsesgebyr i brev av 8. desember 2004 og SAS' merknader til varselet i brev av 17. januar 2005.

Konkurransetilsynet har funnet det bevist at SAS på en utilbørlig måte har utnyttet sin dominerende stilling gjennom konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund, i strid med forbudet i konkurranseloven § 11.

Coast Air etablerte seg på ruten Oslo-Haugesund 1. juni 2003 og opphørte sin drift på ruten 13. juni 2004. Den gjeldende konkurranseloven trådte i kraft 1. mai 2004. Det er derfor bare SAS prising i mai og juni 2004 som er forbudt. Atferden forut for lovens ikrafttredelse bidrar likevel til å underbygge at SAS' prising ikke var tilfeldig lav. Etter Konkurransetilsynets vurdering har SAS gjennom en langsiktig strategi presset sin konkurrent Coast Air ut av markedet. SAS har ikke dekket sine gjennomsnittlige variable kostnader i hele den perioden SAS konkurrerte med Coast Air. En slik prising kan etter Konkurransetilsynets oppfatning kun forklares rasjonelt ut fra en hensikt om å eliminere Coast Air fra markedet. SAS konkurrerte med Coast Air om punkt-til-punkt passasjerer på ruten Oslo-Haugesund. Konkurransetilsynets analyse viser at SAS målrettet har priset punkt-til-punkt-billetter lavere enn gjennomgående billetter i hele den perioden selskapet møtte konkurranse fra Coast Air. I mai 2004 kuttet SAS gjennomsnittsprisen på punkt-til-punkt billetter på ruten Oslo-Haugesund kraftig sammenlignet med øvrig innenrikstrafikk i Norge. SAS' kraftige priskutt ble foretatt i en avgjørende fase for Coast Airs beslutning om videre drift på ruten. Konkurransetilsynet mener videre at SAS har opprettholdt for høy kapasitet på ruten. SAS' valg med hensyn til kapasitet og prisnivå, samt SAS' målrettede prising av punkt-til-punkt-billetter underbygger at SAS har hatt til hensikt å presse Coast Air ut fra ruten Oslo-Haugesund.

Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn besluttet å ilegge SAS et overtredelsesgebyr på 20 millioner kroner i medhold av konkurranseloven § 29.

2 Sakens bakgrunn

SAS AB (publ) er morselskap i SAS-gruppen. I det følgende vil Konkurransetilsynet, med mindre annet er presisert eller fremgår av sammenhengen, benytte SAS eller SAS-gruppen som felles betegnelse som omfatter SAS AB med alle dets datterselskaper og virksomhetsområder.¹

2.1 Generelt om utviklingen i det norske luftfartsmarkedet

SAS offentliggjorde 21. mai 2001 at avtale var inngått med hovedaksjonærene i Braathens ASA (Braathens) om erverv av deres aksjer i selskapet. Samtidig annonserte SAS bud på alle aksjer i Braathens. SAS tilbud ble akseptert av alle aksjonærer. Braathens ble operert som et datterselskap i SAS-gruppen fra 1. januar 2002. Gjennom ervervet av Braathens ble SAS eneoperatør på de største rutene i Norge.

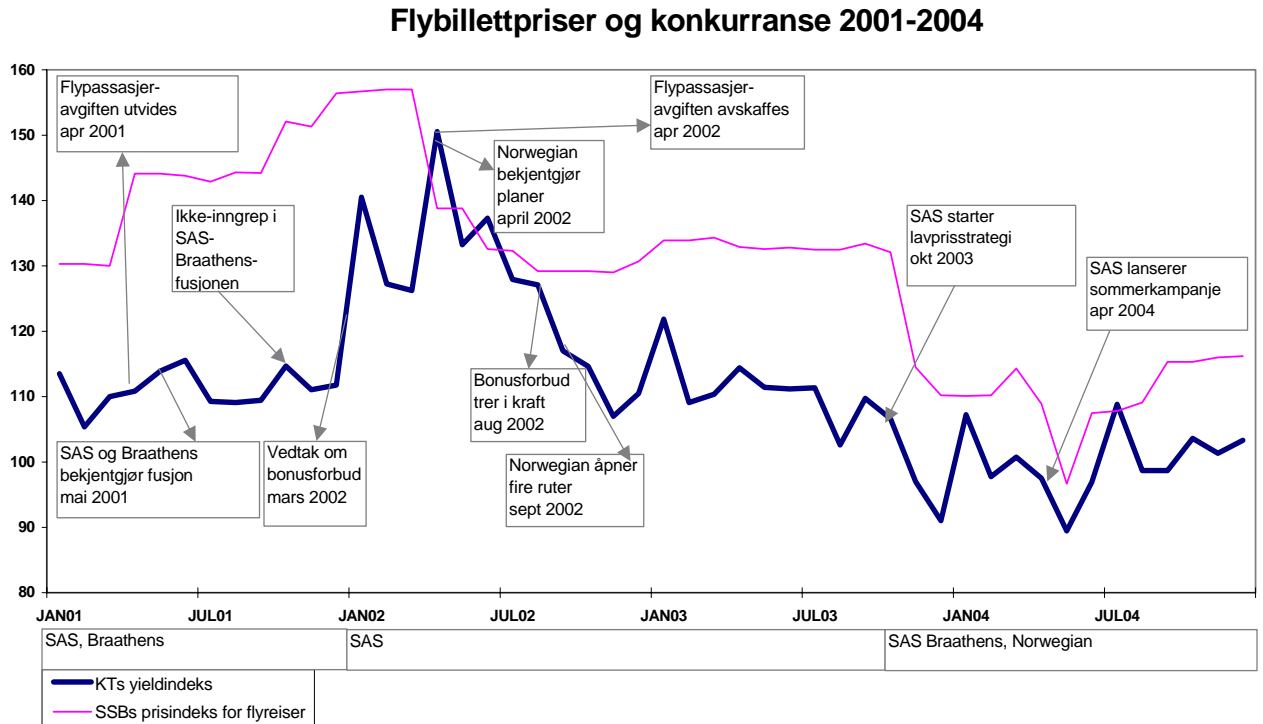
I april 2002 ble det kjent i media at Norwegian Air Shuttle ASA (Norwegian) hadde planer om å konkurrere med SAS på en del sentrale ruter i Norge. Norwegian startet flygninger fra Gardermoen til Bergen, Stavanger, Trondheim og Tromsø 1. september 2002. I vedtak av 7. april 2003 påla Konkurransetilsynet SAS-gruppen meldeplikt med månedlig rapportering av ruteregnskaper for de viktigste innenriksrutene i Norge.²

¹ Se The SAS Group's Annual Report 2003, note 45 s. 84.

² Vedtak V2003-29 om SAS-gruppens meldeplikt.

Figur 1 viser Konkurransetilsynets beregnede referanseprisindeks (se om beregningen av denne i punkt 8.9.4) sammenstilt med Statistisk sentralbyrås (SSB) konsumprisindeks for passasjertransport med fly for perioden fra 1. januar 2001 til 31. desember 2004. Som det går frem av figuren, har prisutslagene vært store. Prisene for flyreiser nådde sin topp da SAS hadde monopol på jettflytransport i Norge. Videre kommer det frem av figuren at prisene har falt betydelig etter at Norwegian etablerte seg. Fra mars 2002 til mai 2004 falt SSBs indeks med 38 prosent. Fra april 2002 til mai 2004 falt tilsynets referanseprisindeks med 41 prosent.

Figur 1:



SAS-gruppen annonserte 24. mars 2004 at dens jettflyvirksomhet i Norge ville bli samlet i ett selskap ved at Scandinavian Airlines' norske virksomhet fusjonerer med Braathens. Det nye selskapet har navnet SAS Braathens AS. I forbindelse med den markedsmessige lanseringen av SAS Braathens, annonserte SAS-gruppen i april 2004 betydelige priskutt med virkning for sommersesongen 2004 og innføring av enveispriser. Ledelsen i SAS Braathens presenterte den nye prispolitikken for Konkurransetilsynet i møte 6. mai 2004.

2.2 Beskrivelse av berørte foretak

SAS AB (publ) med datterselskaper er det fjerde største flyselskapet i Europa. SAS-gruppen har organisert sin virksomhet i fem forretningsområder, Scandinavian Airlines, Subsidiary & Affiliated Airlines, Airline Support Businesses, Airline Related Business og Hotels. SAS-gruppens flyruter i Norge ble i 2004 operert av Scandinavian Airlines, Braathens og Widerøe. SAS-gruppens selskaper har et landsdekkende rutenett med til sammen mer enn 40 destinasjoner i Norge. SAS-gruppen hadde i 2003 samlede driftsinntekter på 57,7 milliarder svenske kroner.

SAS-gruppens jettflytrafikk ble i 2004 organisert i tre datterselskaper, SAS Braathens AS, Scandinavian Airlines Sverige AB og Scandinavian Airlines Danmark AS. Omorganiseringen medførte at all jettflytrafikk i Norge drives i det nye selskapet SAS Braathens, som er resultatet av fusjonen mellom Scandinavian Airlines' norske virksomhet og Braathens. SAS Braathens AS ble etablert 20. september 2004. Propellflytrafikken på kortbanerutene vil fortsatt bli operert av Widerøe.

SAS ABs aksjer er notert på børsen i Stockholm og sekundærnotert på børsene i København og Oslo. Utenom de svenske, danske og norske statene, som til sammen har 50 prosent av aksjene, er Wallenbergstiftelsene de største aksjonærene.

Coast Air AS (Coast Air) ble etablert i 1975. Selskapet har i dag et rutenett som dekker Sør- og Vestlandet. Fra Haugesund opererer selskapet ruter til Bergen, Sandefjord, Fagernes, Trondheim og Kristiansund. I tillegg opererer selskapet ruten Oslo-Fagernes og fra 16. august 2004 også Oslo-Stord. Coast Air har også charter- og fraktoppdrag. Selskapet opererer fire fly av typen British Aerospace Jetstream 31 og to fly av typen ATR 42-320. Coast Air startet flygninger mellom Oslo og Haugesund 1. juni 2003, men varslet 14. mai 2004 at selskapet ville innstille sine flygninger på strekningen 27. juni 2004. Rutenedleggelsen ble senere fremskyndet til 13. juni 2004. Coast Air eies av TS Industri Invest AS, som er eiet av Trygve Seglem.

Coast Air etablerte seg på ruten Oslo-Haugesund med to, senere tre daglige rundturer med flytypen ATR 42-320, som tar 48 passasjerer. SAS opererer ruten med fem daglige avganger.³ SAS benytter ulike versjoner av Boeing 737, som har en setekapasitet på 116 til 131.

SAS Braathens AS ble etablert som eget selskap etter at Coast Air hadde sluttet å fly ruten Oslo-Haugesund. I den perioden hvor overtredelsen av forbudet i konkurranseloven § 11 skjedde, ble ruten Oslo-Haugesund operert av Scandinavian Airlines. Som det fremgår ovenfor var Scandinavian Airlines ikke organisert som et eget datterselskap, men var et forretningsområde i SAS AB. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at det er SAS AB (publ) som er part i denne saken.

2.3 Behandlingen av denne saken

Konkurransetilsynet har hatt fokus på prisene i norsk luftfart siden høsten 2003. I den første fasen av arbeidet med å vurdere om det forekommer ulovlig underprising i norsk luftfart, innhentet Konkurransetilsynet en betenkning fra to eksterne eksperter, førsteamanuensis Frode Steen og professor Lars Sjørgard fra Norges Handelshøyskole. Rapporten foreslår en metode for hvordan en skal vurdere konkurranseskadelig underprising innenfor luftfartssektoren.⁴

På bakgrunn av at SAS i april 2004 annonserte betydelige priskutt med virkning for sommersesongen 2004, og ikrafttredelse av ny konkurranselov 1. mai 2004 med forbud mot – utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, intensiverte Konkurransetilsynet sine undersøkelser av om SAS' prissetting utgjorde ulovlig konkurranseskadelig underprising.

I begjæring av 21. juni 2004 ba tilsynet Oslo tingrett om adgang til bevissikring, fordi det var rimelig grunn til å anta at SAS-gruppen hadde overtrådt forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Tilsynet ønsket gjennom en bevissikring å søke etter bevis som kunne bekrefte eller avkrefte om SAS-gruppen hadde drevet konkurranseskadelig underprising på norske innenriksruter. I beslutning av 21. juni 2004 ga Oslo tingrett adgang til bevissikring. Konkurransetilsynet gjennomførte bevissikringen i SAS-gruppens lokaler i Bærum 22. og 23. juni 2004. Ruten Oslo-Haugesund er kun en av flere innenriksruter som var gjenstand for Konkurransetilsynets søk etter bevis for en mulig overtredelse av loven.

Konkurransetilsynet varslet 8. desember 2004 at tilsynet vurderte å ilegge SAS et overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 11 gjennom konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund. Konkurransetilsynet er foreløpig ikke ferdig med

³ Se brev av 17. januar 2005 vedlegg 28, som viser SAS kapasitetsutvikling på ruten fra 2002-2004.

⁴ Frode Steen og Lars Sjørgard, Rovadferd i norsk luftfart? (Rapport til Konkurransetilsynet, 2004).

undersøkelsene av om SAS har drevet med utilbørlig underprising på innenriksruter hvor selskapet konkurrerer med Norwegian.

3 Sammen drag av Konkurransetilsynets varsel om inngrep av 8. desember 2004

Konkurransetilsynet la i varselet til grunn at SAS har utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling gjennom konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund og varslet om at tilsynet vurderte å ilegge SAS et overtredelsesgebyr oppad begrenset til 20 millioner kroner.

3.1 Dominerende stilling

Konkurransetilsynet avgrenset i varselet det relevante markedet til å være markedet for lufttransport av passasjerer mellom to destinasjoner, i denne saken ruten Oslo-Haugesund. Tilsynet viste til at SAS' totale markedsandel på innenriksruter i Norge er rundt 80 prosent. Tilsynet viste videre til SAS' egne beregninger hvor det fremgår at foretaket hadde en markedsandel på ruten Oslo-Haugesund på mellom 85 og 88 prosent. Videre fant tilsynet at det finnes etableringshindringer i markedet. På bakgrunn av SAS' stabilt høye markedsandel, i tillegg til eksistensen av etableringshindringer i markedet, la Konkurransetilsynet derfor til grunn at SAS har en dominerende stilling.

3.2 Utilbørlig utnyttelse

Alminnelig sunn priskonkurranse er gunstig og ønskelig i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Normalt vil en aktør maksimere sin profitt i en periode ved å prise sitt produkt slik at inntekt ved siste produserte enhet (marginal inntekt) blir lik kostnad ved siste produserte enhet (marginal kostnad). Konkurranseskadelig underprising kan foreligge dersom et dominerende foretak i en periode selger sine produkter med tap, i den hensikt å presse en konkurrent ut av markedet eller for å disiplinere konkurrentens markedsadferd, med den følge at foretaket senere får en enda sterkere stilling i markedet. Underprising kan også ha til formål å motvirke etablering av nye konkurrenter. Slik atferd kan lønne seg på sikt fordi det dominerende foretaket vil ha mulighet til å sette opp prisene igjen for å gjenvinne tapet knyttet til perioden med lave priser. Den grunnleggende rettskilden på området er EF-domstolens dom i AKZO-saken.⁵ Det fremgår av denne dommen at dersom et foretak ikke dekker sine gjennomsnittlige variable kostnader, foreligger det en presumsjon for at foretaket har hatt til hensikt å presse ut konkurrenten fra markedet. Dersom foretaket dekker sine gjennomsnittlige variable kostnader, men ikke de gjennomsnittlige totale kostnadene, må det i tillegg påvises at foretakets prissetting er ledd i en plan om å presse konkurrenten ut av markedet.

3.3 Anvendelse av AKZO-testen på ruten Oslo-Haugesund

For å vurdere om SAS-gruppens prising på ruten Oslo-Haugesund representerte en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, anvendte Konkurransetilsynet en test basert på ruteregnskap, med sommersesongen som det relevante tidsperspektiv. Siden Coast Air innstilte sine flygninger på ruten 13. juni 2004, la tilsynet i vurderingen av forholdet mellom inntekter og kostnader også vekt på SAS' prising i perioden forut for sommersesongen. I en konkurransesituasjon vil foretakene rasjonelt tilpasse pris og kapasitet på en slik måte at det økonomiske resultatet blir best mulig for selskapet. Tilsynets utgangspunkt var å måle differansen mellom ruteinntekter og variable kostnader for å vurdere hvorvidt SAS' atferd på ruten Oslo-Haugesund representerte konkurranseskadelig underprising. Etter Konkurransetilsynets oppfatning lå denne kostnadstesten nært opptil prinsippene for vurdering av ulovlig underprising i EF-domstolens dom i AKZO-saken.

Konkurransetilsynets beregninger viste at SAS ikke dekket sine gjennomsnittlige variable kostnader i perioden mai og juni 2004. Akkumulert for disse månedene var de variable

⁵ Se sak C-62/86 AKZO Chemie BV mot Kommisjonen (AKZO-dommen).

kostnadene [...] ⁶ kroner høyere enn inntektene på [...] ⁷. SAS dekket heller ikke sine gjennomsnittlige variable kostnader i perioden forut for 1. mai 2004. Det forelå derfor en presumsjon om at SAS har hatt til hensikt å eliminere Coast Air fra markedet i strid med konkurranseloven § 11, og det var derfor i henhold til AKZO-testen ikke nødvendig å påvise en ytterligere hensikt. På grunn av at den nye konkurranseloven trådte i kraft 1. mai 2004, var det bare atferden i mai og juni 2004 som ble rammet av lovens forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

3.4 Nettverksinntekter

Konkurransetilsynet fant at de relevante nettverkseffektene var inntekter på andre ruter som SAS ville gått glipp av dersom rutetilbudet på Oslo-Haugesund hadde blitt redusert. Dersom de relevante nettverkseffektene var tilstrekkelige store, kunne det forsvare at gjennomsnittlig inntekt (slik den fremkommer av ruteregnskapet uten nettverksinntekter) var lavere enn kostnadene på ruten samlet sett. SAS' atferd ville i så tilfelle være lønnsom i lys av nettverksinntektene.

Av dokumenter beslaglagt under bevissikringen fremgikk det at SAS regnet med å gå glipp av nettverksbidrag på [...] ⁸ prosent av ruteinntekten dersom ruten Oslo-Haugesund legges ned. Konkurransetilsynet fant at en reduksjon i rutetilbudet, med for eksempel en daglig avgang noen dager i uken, ville medføre en vesentlig mindre reduksjon i nettverksinntektene på ruten. Tilsynet konkluderte derfor med at hensynet til nettverksinntektene ikke ville tilbakevise presumsjonen om at SAS hadde hatt til hensikt å presse Coast Air ut fra markedet. SAS' prising under gjennomsnittlige variable kostnader kunne på denne bakgrunn bare rasjonelt forklares med en slik elimineringshensikt.

3.5 Særlig om intensjon

I vurderingen av om SAS' priser på ruten Oslo-Haugesund i perioden mai og juni var en del av en strategi om å fjerne Coast Air fra ruten, vurderte Konkurransetilsynet først den perioden Coast Air konkurrerte med SAS før den nye loven trådte i kraft. Selv om den tidligere konkurranseloven ikke inneholdt et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, la tilsynet vekt på at SAS' atferd i denne perioden kunne bidra til å underbygge at foretaket hadde en intensjon om å presse Coast Air ut av markedet.

Konkurransetilsynets beregninger viste at SAS ikke dekket sine gjennomsnittlige variable kostnader i noen av månedene hvor de konkurrerte med Coast Air (juni 2003-juni 2004), og at det i tillegg var et markant fall i inntekter for hver måned i perioden med konkurranse sammenlignet med året før hvor SAS var eneoperatør på ruten.

Det markante inntektsfallet SAS hadde i perioden med konkurranse sammenlignet med perioden som eneoperatør underbygger presumsjonen om at SAS' hensikt var å eliminere Coast Air fra markedet. Konkurransetilsynet mente at SAS, gjennom sitt yield management system, kunne ha tilpasset sin atferd til den nye konkurransesituasjonen på en måte som ville gjort driften lønnsom. Tilsynet fant at SAS i stedet valgte en endring av pris/kapasitet som i betydelig grad reduserte lønnsomheten på kort sikt, noe som etter Konkurransetilsynets oppfatning bare kunne forklares rasjonelt ut fra et ønske om å eliminere konkurrenten.

Konkurransetilsynet viste videre at resultatutviklingen for ruten Oslo-Haugesund ikke var typisk for resultatutviklingen ellers i SAS, noe som ytterligere talte for at SAS hadde hatt en hensikt om

⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

å presse Coast Air ut av markedet. Akkumulert for hele perioden Coast Air konkurrerte med SAS var de variable kostnadene [...] ⁹ kroner høyere enn inntektene (som var på [...] ¹⁰ kroner). I perioden juni 2002 til mai 2003, altså i monopolperioden, utgjorde differansen mellom inntekter og variable kostnader et lite underskudd på [...] ¹¹ kroner, tilsvarende [...] ¹² prosent av ruteinntekten. Det negative resultatet på ruten i denne perioden kunne rasjonelt forklares med nettverksinntekter. Påfølgende tolv månedersperiode, da SAS konkurrerte med Coast Air, utgjorde differansen mellom inntekter og variable kostnader et underskudd på [...] ¹³ kroner, tilsvarende et underskudd på [...] ¹⁴ prosent av ruteinntektene. Et slikt resultat kunne ikke rasjonelt forklares med nettverksinntekter.

Konkurransetilsynet mente at SAS møtte konkurransen fra Coast Air med å opprettholde tilnærmet samme kapasitet og å redusere gjennomsnittsprisen, med den følge at ruter resultatet forverret seg betraktelig i forhold til øvrig virksomhet i SAS-gruppen i samme periode. En slik atferd var etter Konkurransetilsynets oppfatning bare rasjonell dersom hensikten var å presse den nye konkurrenten vekk fra ruten.

3.6 SAS mulighet for gjenvinning av tapet

Konkurransetilsynet viste til at muligheten for gjenvinning av tap er god i luftfartsnæringen. Flyselskaper har stor fleksibilitet til å endre de publiserte prisene. Det kan skje svært raskt, gjerne kun få timer etter at en konkurrent har endret sine priser, og det kan skje til lave kostnader, blant annet fordi det ikke er noen kataloger som må trykkes på nytt. Det er også mulig å endre på fordelingen av de ulike priskategoriene om bord på flyene. Dette kan skje umiddelbart. Videre mente tilsynet at det eksisterer etableringshindringer som gjør at den oppnådde monopolstillingen kan ventes å vare en stund. Konkurransetilsynet la til grunn at det faktum at en konkurrent er presset ut av ruten som følge av den dominerende aktørens prissetting, i seg selv vil kunne ha en avskrekkende effekt på potensielle nye konkurrenter. Tilsynet la vekt på at dette gir SAS-gruppen en god mulighet til å gjenvinne tapet.

Det fremgikk av dokumenter beslaglagt under bevissikringen at SAS-gruppen etter at Coast Air hadde varslet at selskapet ville innstille sine flygninger på ruten, beregnet en årlig netto resultatforbedring som eneoperatør på ruten Oslo-Haugesund på [...] ¹⁵ kroner. Det gikk frem av de beslaglagte dokumentene at resultatforbedringen kun er en følge av at SAS igjen blir eneoperatør på ruten, slik at kostnadsbesparelser som følge av SAS' vedtatte kostnadskuttprogram kommer i tillegg. Konkurransetilsynet la til grunn at denne beregningen er riktig.

Konkurransetilsynet viste også til resultatutviklingen på ruten etter at Coast Air innstilte sine flygninger. Resultatet i den etterfølgende tremånedersperioden bedret seg med [...] ¹⁶ kroner i

⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

2004 sammenlignet med året før, da SAS hadde konkurranse fra Coast Air. Resultatforbedringen tilsvarte [...] ¹⁷ prosent av totale inntekter på ruten i perioden.

3.7 Overtredelsesgebyr

Konkurransetilsynet la til grunn at SAS ikke hadde dekket sine gjennomsnittlige variable kostnader siden Coast Air etablerte seg på ruten. Etter Konkurransetilsynets vurdering hadde SAS handlet forsettlig. SAS' prising var ikke tilfeldig lav i mai og juni. SAS hadde en langsiktig plan om å eliminere Coast Air fra markedet. SAS' valg med hensyn til kapasitet og prisnivå, samt SAS' målrettede prising av punkt-til-punkt-billetter, underbygde selskapets forsett. Konkurransetilsynet la vekt på at SAS' prising og kapasitet, på grunn av yield-management systemet, til enhver tid var en følge av en bevisst strategi. Videre kunne SAS gjenvinne tapet på ruten Oslo-Haugesund, noe som viste at SAS hadde hatt et sterkt insentiv til å eliminere konkurrenten. Konkurransetilsynet fant at vilkårene for å ilegge SAS overtredelsesgebyr dermed var oppfylt.

Konkurransetilsynet la i sin utmåling av overtredelsesgebyret vekt på at overtredelsen er av en grov karakter. I vurderingen av overtredelsens grovhet la tilsynet vekt på overtredelsens art, overtredelsens innvirkning på markedet og markedets størrelse. Overtredelsens varighet var kort og medførte derfor ikke noen økning av gebyrets størrelse. Tilsynet tok hensyn til de spesielle omstendighetene knyttet til overgang til et system med forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i den nye konkurranseloven. Det ble lagt vekt på at store deler av strategien ble gjennomført før forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling trådte i kraft. Det var tilsynets foreløpige vurdering at overtredelsesgebyret ikke ville overstige 20 millioner kroner.

4 Sammendrag av SAS-gruppens merknader av 17. januar 2005

SAS-gruppen har i sitt brev av 17. januar 2005 en rekke innsigelser mot Konkurransetilsynets varsel om overtredelsesgebyr.

4.1 Lovens ikrafttredelse

SAS viser til at lovens forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling trådte i kraft 1. mai 2004 og hevder at Coast Air besluttet å trekke seg fra ruten før dette. Dette ble kjent for offentligheten senest 28. april 2004. Ifølge SAS er det ikke grunnlag for å konkludere med at Coast Airs tilbaketrekning fra ruten Oslo-Haugesund har sammenheng med SAS pristilbud etter 1. mai 2004. Konkurransetilsynet bør derfor etter SAS' forståelse avslutte saken.

4.2 Konkurransetilsynets veiledningsplikt

SAS mener at Konkurransetilsynet ikke har oppfylt veiledningsplikten. SAS viser til at selskapet i mer enn ett år har søkt avklaring av hvilke krav den nye konkurranseloven § 11 stiller til dominerende foretaks priser, kapasitet og lønnsomhet. Ifølge SAS er spørsmålet om hvordan loven skal anvendes i forhold til priser i luftfarten, ikke løst i lovens ordlyd, lovens forarbeider eller EU/EØS-rettslig praksis. Det finnes heller ingen entydige råd om dette i økonomisk teori.

SAS legger vekt på at foretaket har et sterkt behov og ønske om å innrette seg i forhold til de reglene som Konkurransetilsynet behandler i denne saken.

4.3 Vurdering av kostnader og inntekter

Konkurransetilsynet legger ifølge SAS til grunn feil faktum, og Konkurransetilsynets bevisvurdering tilfredsstillende ikke de kravene som loven stiller. SAS hevder at det faktum Konkurransetilsynet vurderer, er for snevert. Videre hever selskapet at en rekke relevante spørsmål, som er av betydning for vurderingen av SAS' priser, står ukommentert. SAS mener en vurdering av alle relevante fakta i seg selv vil vise at det ikke er grunn til å anse SAS priser på

¹⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

ruten Oslo-Haugesund som utilbørlig lave. For det første mener SAS at tilsynet undervurderer hvilke inntekter SAS har på ruten. For det andre tar ikke tilsynet hensyn til nettverksinntektene. For det tredje mener SAS at tilsynet feilvurderer kostnadene SAS har på ruten, og at det ikke er forsvarlig å anse kostnadene til fly og piloter som variable når man vurderer produksjonen over en periode tilsvarende sommerprogrammet for 2004. I et slikt tidsrom mener SAS at kostnadene må anses som faste. SAS mener denne feilvurderingen fører til at foretakets variable kostnader anses høyere enn de er, og til en feilaktig konklusjon om at de variable kostnadene overstiger de reelle inntektene.

SAS viser til at dersom Konkurransetilsynets kategorisering av kostnader og vurdering av relevante nettverksinntekter legges til grunn, ville SAS ha gått med tap og operert med konkurranseskadelig underprising, i perioder hvor SAS var alene på ruten, i perioden hvor Braathens (før SAS overtok Braathens) konkurrerte på ruten, i en ny periode hvor SAS var alene, i perioden mens Coast Air konkurrerte på ruten og etter at SAS igjen var eneste operatør på ruten. Konkurransetilsynet kommenterer ifølge SAS ikke dette faktum. Ifølge SAS tilsier resultatet at Konkurransetilsynets vurdering av fordelingen mellom faste og variable kostnader i selskapets virksomhet og vurderingen av selskapets lønnsomhet på ruten er uriktig. Under enhver omstendighet tilsier resultatet at SAS' prispolitikk på Oslo-Haugesund ikke kan anses å ha noe med et påstått ønske om å presse ut Coast Air å gjøre.

SAS konstaterer at det er enighet mellom tilsynet og SAS om at foretakets inntekter i utgangspunktet må dekke dets variable kostnader, med mindre det finnes en objektiv, rasjonell forklaring som gjør det legitimt å ikke dekke de variable kostnadene. Det er videre enighet om at vurderingen av om det foreligger underprising må gjøres ut fra produksjonen på rutenivå og over et trafikkprogram (sommer eller vintersesongen). SAS fastholder at det i vurderingen må legges til grunn en konkret grensedragning mellom faste og variable kostnader. SAS hevder at foretakets kostnader til fly og piloter må regnes som faste på en rute over et trafikkprogram.

SAS mener at vurderingen av hva som er faste og variable kostnader må gjøres på gruppenivå. Det må alltid vurderes om en kostnadspost helt eller bare delvis kan regnes som variabel innenfor den bestemte tidsperioden. Der ruteregnskapet påviselig behandler faste kostnader som variable, må det ifølge SAS gjøres justeringer i beløpene for å reflektere dette. Videre mener SAS at nettverksbidrag (inntekter) til en rute som skriver seg fra gjennomgangstrafikk til andre ruter må inkluderes når det vurderes om foretakets inntekter dekker dets variable kostnader. Når forholdet mellom inntekter og kostnader skal vurderes på rutenivå, kan det ifølge SAS ikke ses bort fra nettverksbidrag med den begrunnelse at antallet avganger på ruten kunne vært endret. SAS mener at Konkurransetilsynet i så tilfelle fraviker den definisjon de har gjort med hensyn til rute som produksjonshet. Argumentasjonen er ifølge SAS inkonsekvent fordi tilsynets kostnadskategorisering foretas ut fra med ruten som den relevante produktenheten, mens tilsynet på inntektssiden ser på avgang som den relevante produktenheten. SAS mener at kostnader som er variable hvis man ser på rute, ikke vil være det hvis man bare ser på avgang.

4.4 Særlig om intensjon

SAS hevder Konkurransetilsynet feilvurderer selskapets strategier. SAS har ikke hatt som strategi å presse Coast Air ut fra ruten Oslo-Haugesund. SAS mener tilsynets konklusjon om SAS' intensjon er uriktig.

SAS mener Konkurransetilsynet må vurdere Coast Airs strategier eller mangel på strategier, herunder årsaken til deres opprinnelige satsning på og senere uttreden fra ruten Oslo-Haugesund. Ifølge SAS er det ingen dokumentert sammenheng mellom Coast Airs uttreden fra ruten og SAS' strategi relatert til ruten Oslo-Haugesund. Etter SAS' oppfatning var Coast Airs satsning på ruten et resultat av at Coast Air ikke fikk fornyet to anbudsruiter for staten (Florø-Bergen/Oslo) som selskapet hadde drevet i anbudsperioden 2000-2003. SAS viser til at Coast Air hadde investert i fly for å betjene disse rutene, og måtte finne en snarlig alternativ utnyttelse av flyene for å dekke

sine kostnader i den forbindelse. SAS hevder Coast Airs økonomi på det tidspunkt var meget presset. Med hovedkontor i Haugesund mener SAS at Coast Air fant det naturlig å forsøke å løse sitt problem ved å betjene en rute derfra, hvor det var et visst trafikkgrunnlag og ikke mer enn ett annet flyselskap som betjente ruten.

SAS viser til at Coast Air gikk inn i markedet med et pristilbud som lå betydelig under SAS' priser, og at Coast Air holdt seg på dette nivået så lenge selskapet betjente ruten. SAS mener at da Coast Air ett år senere trakk seg ut av ruten hadde dette ingen dokumentert sammenheng med SAS atferd.

SAS peker på at flyet som ble benyttet på ruten Haugesund-Oslo nå benyttes på ruten Stord-Oslo med tre daglige rundturer. Videre at prisene som Coast Air har på sin rute Stord-Oslo nesten er dobbelt så høye som de prisene som Coast Air hadde på ruten Haugesund-Oslo. Prisene er også over dagens priser på denne ruten. Coast Air er i dag eneoperatør på ruten Stord-Oslo, men SAS antar at det høye prisnivået reflekterer driftskostnadene for denne flytypen.

4.5 Faktisk og rettslig vurdering

SAS mener hver enkelt av de ovennevnte feilvurderingene og vurderingen som helhet leder Konkurransetilsynet til uriktige konklusjoner. SAS hevder at tilsynets markedsavgrensning ikke er forsvarlig. SAS mener tilsynet velger en snever markedsavgrensning – trafikk på bypar – i denne saken, hvor det vil gi den strengest mulige bedømmelse av SAS' opptreden, og en videre markedsavgrensning – trafikk på norske innenriksruter som helhet – i andre saker, hvor det vil gi det strengest mulige bedømmelse av SAS. SAS mener dette ikke begrunnes, og at vurderingen derfor ikke er egnet som grunnlag for et vedtak om å ilegge sanksjon.

Slik SAS ser det velger Konkurransetilsynet en strengere anvendelse av forbudet mot utilbørlige utnyttelse av dominerende stilling i § 11 enn Konkurransetilsynet har rettslig grunnlag for. SAS mener det ikke er endelig avklart i EF-domstolens eller Kommisjonens praksis hva som skal anses som konkurranseskadelig underprising i luftfarten.

SAS mener Konkurransetilsynet velger en strengere norm enn alle øvrige konkurransemyndigheter som har vurdert spørsmålet. SAS peker på at økonomisk og juridisk teori anbefaler konkurransemyndigheter å vise tilbakeholdenhet med hensyn til å gripe inn mot priskonkurranse i markedet. Ifølge SAS avviker tilsynet fra praksis uten å ha tilstrekkelig grunnlag for dette.

Videre mener SAS at Konkurransetilsynet gjør en ufullstendig vurdering av mulige objektive grunner til at SAS opererer med priser som tilsynelatende gir kortsiktig tap. Ifølge SAS gir dette grunnlag for en uriktig konklusjon fra Konkurransetilsynets side.

SAS legger vekt på at det ikke er forsvarlig å vurdere ruten Oslo-Haugesund isolert fra de ruter Konkurransetilsynet for øvrig har til vurdering. SAS peker på at foretaket driver nettverksvirksomhet i konkurranse med flere lavprisselskaper og på flere ruter enn ruten Oslo-Haugesund. Selskapets strategi for ruten Oslo-Haugesund må forstås i sammenheng med selskapets strategi på andre ruter. Tilsynet har ifølge SAS ikke begrunnet hvorfor SAS skulle finne det hensiktsmessig å bedrive konkurranseskadelig underprising overfor et lite flyselskap som Coast Air bare på én av rutene hvor selskapet konkurrerer med SAS. SAS mener tilsynet ikke vurderer om foretaket bedriver slik underprising overfor Norwegian eller andre flyselskaper på andre ruter ut av Norge. Videre peker SAS på at det er usannsynlig at foretaket skulle bedrive ulovlig underprising i en situasjon hvor SAS visste at forholdet ville bli gjenstand for granskning av Konkurransetilsynet. Slik SAS ser det var det i denne situasjonen lite gevinst å hente ved å presse konkurrenten ut av markedet i forhold til risikoen for å bli anklaget for brudd på forbudet i konkurranseloven § 11.

SAS hevder Konkurransetilsynet forsøker å underbygge sitt resonnement om at den eneste rasjonelle forklaringen på SAS opptreden på ruten er elimineringsintensjon, med antakelser om mangel på kortsiktig profittmaksimering. SAS mener at en test som stiller krav til kortsiktig profittmaksimering er i strid med alminnelige oppfatninger i juridisk og økonomisk teori, og relevant praksis. En slik test vil også være umulig å håndheve og etterleve, og vil lede til helt urimelige og ineffektive løsninger. SAS mener dessuten at tilsynet verken har begrunnet eller forsøkt å gjennomføre denne testen på en forsvarlig måte.

Konsekvensene av Konkurransetilsynets rettsanvendelse vil ifølge SAS være at foretaket vil bli tvunget til å forlate ruter med svakt passasjergrunnlag dersom en konkurrent etablerer seg – uansett om denne har et sammenlignbart tilbud eller er i stand til å drive like effektivt som SAS. I verste fall mener SAS at konsekvensen kan bli at SAS blir tvunget til å drive sin virksomhet i Norge i retning av et punkt-til-punkt selskap, med virksomhet kun på de mest trafikksterke rutene og kun i peak-perioder. Resultatet vil være et langt dårligere flytilbud og dyrere billettpriser.

SAS hevder at Konkurransetilsynets saksbehandling er uforsvarlig. SAS mener at foretakets skriftlige og muntlige synspunkter som er inngitt til Konkurransetilsynet over en periode på nesten et år knapt nok er kommentert i tilsynets varsel. Videre hevder SAS at gjentatte forespørsler om møter med Konkurransetilsynet i sakens anledning ikke er imøtekommet.

SAS viser til at Konkurransetilsynet i varselet påpeker at det ikke kan utelukkes at tilsynet vil vurdere SAS' atferd i markedet etter en annen metode på et senere stadium i denne saken, eller eventuelt i en senere sak. SAS mener at foretaket ikke kan gi et uttømmende svar på tilsynets varsel siden tilsynet ennå ikke har bestemt hvilken test SAS skal bedømmes etter. Etter SAS' vurdering kan selskapet ikke ivareta sine interesser og tilpasse sin virksomhet når tilsynet ikke har bestemt seg for hvilke krav som gjelder.

4.6 Overtredelsesgebyr

SAS mener at bruk av overtredelsesgebyr ikke kan bli aktuelt om Konkurransetilsynet skulle opprettholde sin vurdering i henhold til varselet. SAS mener at lovens skyldkrav ikke er oppfylt, og at det dermed ikke er grunnlag for overtredelsesgebyr.

Skulle Konkurransetilsynet fastholde at også dette vilkåret for overtredelsesgebyr er oppfylt, mener SAS at gebyr uansett ikke kan bli aktuelt fordi det ikke har vært avklart hvordan bedømmelsen av underprising i luftfarten skal foretas.

SAS anfører at dersom Konkurransetilsynet opprettholder påstanden om at konkurranseloven § 11 er overtrådt, bør tilsynet heller pålegge SAS en forpliktelse til å opphøre med den ulovlige virksomheten og gi anvisning på hvilke prinsipper SAS må forholde seg til i sin løpende forretningsførsel på alle ruter.

5 Konkurranselovens anvendelse

Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å utilbørlig utnytte sin 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 kontraktsgjenstanden.*

Konkurranseloven § 11 er utformet etter mønster av EF-traktaten artikkel 82 og EØS-avtalen artikkel 54. Det understrekes i forarbeidene til konkurranseloven at rettspraksis om de tilsvarende forbudene i EF-traktaten artikkel 82 og EØS-avtalen artikkel 54 vil veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelsen av innholdet i konkurranseloven § 11.¹⁸

Bestemmelsens første ledd oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at forbudet skal være overtrådt. For det første må foretaket ha en ”dominerende stilling,” og for det andre må foretakets atferd innebære ”utilbørlig utnyttelse”. Det er ikke forbudt i seg selv å ha en dominerende stilling i markedet, men konkurranseloven § 11 setter visse grenser for hvordan dominerende foretak kan opptre i markedet. Et dominerende foretak har et særlig ansvar for å unngå at dets atferd begrenser konkurransen.¹⁹

Gjennom praksis under EU/EØS-konkurransereglene er det identifisert en rekke forskjellige typer atferd som kan anses som utilbørlig utnyttelse. Den foreliggende saken gjelder en type utilbørlig utnyttelse som kan omtales som konkurranseskadelig underprising (eller predasjonsprising/rovprising). Konkurranseskadelig underprising kan foreligge dersom et dominerende foretak selger sine produkter med tap, i den hensikt å presse en konkurrent ut av markedet. Slik atferd kan lønne seg på sikt fordi det dominerende foretaket kan gjenvinne tapet etter at konkurrenten har trukket seg ut av markedet.²⁰ Etter Konkurransetilsynets vurdering gir EF-domstolens og Kommisjonens praksis om konkurranseskadelig underprising under EU/EØS-konkurranseretten også uttrykk for rettsstilstanden under konkurranseloven § 11. Det som er ansett som ulovlig konkurranseskadelig underprising etter EF-traktaten artikkel 82, vil følgelig også være forbudt etter konkurranseloven § 11.

Som det vil fremgå av det følgende, er det Konkurransetilsynets vurdering at begge vilkårene i konkurranseloven § 11 er oppfylt i den foreliggende saken. Tilsynet er av den oppfatning at SAS har en dominerende stilling i det relevante markedet, og at foretaket har utilbørlig utnyttet sin stilling ved konkurranseskadelig underprising på flyreiser på ruten Oslo-Haugesund.

6 Det relevante marked

For å kunne vurdere de konkurransemessige virkninger av SAS' atferd, må Konkurransetilsynet avgjøre hvilke markeder som berøres. Generelt vil en kjøper ta beslutninger basert på egenskaper ved produktene og tilbyderens lokalisering. Derfor avgrenses et såkalt 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.²¹

¹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 68.

¹⁹ Se for eksempel sak 322/81 Michelin mot Kommisjonen (Michelin-dommen), premiss 57 og sak T-65/89 BPB Industries mot Kommisjonen, premiss 67.

²⁰ Se særlig AKZO-dommen og sak C-333/94 Tetra Pak mot Kommisjonen (Tetra Pak II-dommen).

²¹ EF-Tidende 1998 L 200/48 og EØS-tillegget 1998 28/3, C 372 av 9. desember 1997.

6.1 Markedsavgrensing i tidligere saker

Konkurransetilsynet har i sine tidligere vedtak i saker om luftfart definert det relevante produktmarkedet som lufttransport av passasjerer og det geografiske markedet som strekningen mellom to destinasjoner.²² I Konkurransetilsynets vedtak om inngrep mot SAS' bedriftskundeavtaler²³ ble markedsavgrensningen presisert ved at det ikke ble definert et eget geografisk marked, men et produktmarked med en geografisk dimensjon. Denne markedsavgrensningen ble opprettholdt av Arbeids- og administrasjonsdepartementet i klagevedtak av 14. juni 2004, og er i overensstemmelse med prinsippene for avgrensning av det relevante markedet i EU/EØS-retten. Konkurransetilsynet har likevel i begge tilfeller foretatt en samlet vurdering for hele det norske innenriksmarkedet, uten å gå inn på de konkrete rutene. Årsaken til at alle innenriksrutene ble behandlet under ett, var at SAS utvilsomt var dominerende på alle rutene, og at den såkalte nettverkseffekten var av betydning i vurderingen. Luftfart er en nettverksnæring, der de ulike delene henger nøye sammen teknisk, økonomisk og gjennom markedsføringen. Ofte vil det også være nettverkseffekter på etterspørselssiden. Dette medfører at det ofte ikke er helt dekkende å betrakte hver av de ulike flystrekningene isolert. Flere geografiske markeder kobles på denne måten sammen. I den foreliggende saken er det kun én rute som undersøkes. Konkurransetilsynet vil imidlertid også drøfte hvorvidt denne ruten genererer inntekter på andre ruter, og hvorvidt dette er relevant i den aktuelle saken.

Det er lagt til grunn i EF-domstolens praksis at Kommisjonens avgrensning av det relevante markedet i en sak ikke er bindende for avgrensningen av det relevante markedet i en senere sak. Det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak.²⁴ Konkurransetilsynet vil derfor drøfte om det er omstendigheter ved denne saken som gjør at det relevante markedet må defineres annerledes enn i tidligere vedtak i saker om luftfart.

6.2 Avgrensning av produktmarkedet

Avgrensningen av det relevante produktmarkedet foretas ut fra en vurdering av hvorvidt etterspørerne anser produkter som innbyrdes substituerbare. Med substituerbar menes at etterspørerne vurderer et sett produkter å dekke samme behov, basert på produktenes egenskaper, priser eller anvendelsesformål. Jo bedre substitutt et produkt er til produktet vi ser på, desto større er sannsynligheten for at dette produktet inkluderes i det relevante produktmarkedet.

I praksis under EU/EØS-retten om avgrensningen av det relevante produktmarkedet innenfor flytransport, er det særlig lagt vekt på substituerbarheten mellom ulike transportmidler, ulike passasjergrupper og ulike typer flyselskaper. Konkurransetilsynet vil i det følgende vurdere nærmere om noen av disse momentene endrer vårt utgangspunkt om at det relevante marked i denne saken er lufttransport av passasjerer mellom to destinasjoner.

For det første må det undersøkes om andre transportmidler er substituerbare med fly på ruten Oslo-Haugesund. I praksis er det blitt lagt til grunn at det særlig er høyhastighetstog som fremstår som et reelt alternativ til fly på strekninger mellom 350 og 600 km.²⁵ Høyhastighetstog kan representere et alternativ til fly på grunn av reisetid og komfort, samt at tjenestenes priser er sammenlignbare. Høyhastighetstog er tog som på rutestrekninger holder hastighet over 200 km/t. Slike togtilbud finnes ikke på den aktuelle strekningen og representerer derfor ikke noe substitutt for flyreiser.

²² Blant annet vedtak V2002-22 om inngrep mot bonusprogrammer, punkt 3.

²³ Vedtak V2003-71 om inngrep mot SAS-gruppens bedriftskundeavtaler, punkt 4.

²⁴ Sak T-125 Coca-Cola mot Kommisjonen, premiss 82.

²⁵ Sak nr. COMP/M.3280 AIR FRANCE/KLM, premiss 35 og den svenske Marknadsdomstolens avgjørelse 2000/4.

I EU/EØS-retten er det i visse tilfeller lagt til grunn at det kan være relevant å skille mellom forretningsreisende og turistreisende.²⁶ Det vises i denne forbindelse til EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked premiss 43, som gir veiledning om hvilke tilfeller det kan identifiseres atskilte kundegrupper. Forretningsreisende og turistreisende kan legge vekt på ulike hensyn i forbindelse med valg av flyselskap og transportmiddel. Tjenestens pris er av sentral betydning for den turistreisende, mens en forretningsreisende ofte vil legge mer vekt på tidsperspektivet, antall avganger og rutenettet. På tross av disse ulikhetene har Konkurransetilsynet i tidligere saker konkludert med at forretningsreisende og fritidsreisende tilhører det samme relevante marked, men at de kan betraktes som to forskjellige kundegrupper innenfor dette markedet.²⁷ Bakgrunnen for at de er blitt ansett å tilhøre det samme relevante marked, er at begge grupper etterspør flyreiser mellom to destinasjoner, selv om de kan velge mellom ulike billettyper med forskjellige priser og fleksibilitet. Konkurransetilsynet legger på denne bakgrunn til grunn at de ulike kategorier reisende kan betraktes som to forskjellige grupper, men innenfor ett relevant marked.

I EU/EØS-retten er det videre lagt til grunn at selskaper som opererer i store nettverk med høykvalitetstjenester, og enkeltstående lavprisselskaper, kan inngå i to atskilte produktmarkeder.²⁸ Selv om det kan finnes viktige forskjeller mellom de to typene selskap, har tilsynet tidligere konkludert med at de inngår i det samme relevante markedet. Oppfatningen har fått støtte fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet.²⁹ Konkurransetilsynet la i varselet til grunn at SAS og Coast Air tilhørte det samme relevante produktmarkedet.

SAS anfører at Coast Air og SAS opererer i ulike markeder. SAS begrunner dette med en konkret vurdering av de kriterier EU/EØS-retten har definert som relevante for å ta stilling til om et lavprisselskap og en nettverksoperatør inngår i samme marked, herunder forskjeller i rutenett, antall avganger og servicenivå. Videre anfører SAS at prisutviklingen på ruten indikerer at de to selskapene ikke har operert i ett og samme marked.

Konkurransetilsynet fastholder sin vurdering av at SAS og Coast Air på ruten Oslo-Haugesund opererte i samme produktmarked. Det er for det første en sterk formodning om at to selskaper som flyr parallelt mellom samme lufthavner konkurrerer i samme marked. Dette underbygges også av andre forhold.

Konkurransetilsynet mener at det ikke er riktig som SAS hevder at foretaket ikke senket sine priser etter at Coast Air etablerte seg. Tall Konkurransetilsynet har innhentet viser entydig at gjennomsnittsprisen på punkt-til-punkt-billetter på ruten Oslo-Haugesund falt mer enn det generelle prisnivået for passasjertrafikk med fly, slik dette kommer frem i SSBs konsumprisindeks og tilsynets beregnede referanseindeks (se pkt. 7.9.4). Prisreduksjonen SAS gjennomførte på ruten var en konsekvens av at foretaket konkurrerte i samme marked som Coast Air.

²⁶ Sak nr. COMP/M.3280 AIR FRANCE/KLM, premiss 19; sak nr. COMP/M.1305 Eurostar, premiss 15; sak nr. COMP/M.2041 United Airlines/US Airways, premiss 18; sak nr. COMP/JV.19 KLM/Alitalia, premiss 21.

²⁷ Vedtak V2003-71 om inngrep mot SAS-gruppens bedriftskundeavtaler, punkt 4.

²⁸ Sak nr. COMP/38.479 British Airways/Iberia/GB Airway, premiss 28.

²⁹ Arbeids- og administrasjonsdepartementets vedtak av 7. juni 2002 i saken om klage over Konkurransetilsynets vedtak V2002-22 punkt 8.2.5.

Konkurransetilsynet er enig i at SAS' omfattende rutenett vil være en fordel for gjennomgående passasjerer, det vil si passasjerer på ruten Haugesund-Oslo som skulle videre til andre destinasjoner enn Oslo. Det var imidlertid bare 35 prosent av passasjerene som benyttet seg av SAS' nettverk. Punkt-til-punkt-passasjerer utgjorde hele 65 prosent av antallet passasjerer SAS hadde på ruten. For punkt-til-punkt-passasjerene har det ingen betydning om SAS har et nettverk. Selv om SAS hadde høyere avgangsfrekvens og en annen flytype, betyr ikke det at foretakene ikke konkurrerte i samme marked.

Konkurransetilsynet merker seg at også SAS synes å legge til grunn at den observerte prisnedgangen på ruten var en konsekvens av at foretaket fikk konkurranse på ruten. I merknadene til varselet uttaler SAS at nedgangen i gjennomsnittspris og derav påfølgende inntektsreduksjon er en helt naturlig konsekvens av konkurranse.³⁰ Hadde ikke Coast Air vært i samme produktmarked som SAS, hadde ikke Coast Airs etablering hatt noen konsekvens for konkurransen på ruten.

Konkurransetilsynet legger på denne bakgrunn til grunn at Coast Air og SAS tilhører det samme relevante produktmarkedet.

6.3 Geografisk avgrensning av markedet

Det geografiske markedet blir gjerne definert snevert i saker som involverer transport, og ofte er produktmarkedet og det geografiske markedet sammenfallende.³¹ De reisende etterspør en transporttjeneste fra ett sted til et annet. Produktmarkedet inneholder således en geografisk avgrensning.

For flytransport avgrenses vanligvis det relevante geografiske markedet til strekningen mellom to destinasjoner. Transport til/fra andre steder er normalt ikke substituerbart for den reisende, selv om dette kan være tilfelle for visse typer ferie- og fritidsreiser. Hvorvidt flere flyplasser i samme region inngår i det samme relevante markedet, vil variere. Dette avhenger blant annet av om det dreier seg om forretningsreisende eller fritidsreisende, av reiseavstand og av reisens varighet.

SAS fremhever at Torp i enkelte sammenhenger har blitt vurdert som et substitutt til Gardermoen for reisende fra Oslo-regionen. Konkurransetilsynet la til grunn i varselet at, ruten Torp-Haugesund ikke kan anses som et substitutt til ruten Gardermoen-Haugesund. Konkurransetilsynet la vekt på at prisen på den ekstra etappen Sandefjord-Oslo er uforholdsmessig høy i forhold til prisen på etappen Gardermoen-Oslo og at turen i de fleste tilfeller vil ta lengre tid.

SAS anfører at Konkurransetilsynets vurdering ikke tilfredstiller de krav som må stilles til begrunnelse og at beviskravet med hensyn til å kunne foreta en slik avgrensning av markedet ikke er oppfylt. SAS mener at tilsynet ikke belegger sin vurdering med tilstrekkelig fakta både hva gjelder vurderingen av prisen på den ekstra etappen og påstanden om at turen i de fleste tilfeller vil ta lengre tid.

Konkurransetilsynet fastholder sin vurdering av at Torp lufthavn ikke inngår i det samme relevante markedet som Oslo Lufthavn Gardermoen. Dette vil bli ytterligere underbygget i avsnittene nedenfor.

³⁰ Brev av 17. januar 2005 punkt 14.6.

³¹ Se blant annet Jones og Suffrin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials* (2. utgave 2004) s. 327.

SAS viser i sitt svar til at 35 prosent av passasjerene på ruten Oslo – Haugesund er gjennomgående passasjerer. For disse passasjerene vil Torp i svært liten grad være et substitutt for Gardermoen fordi frekvens- og destinasjonstilbudet fra Torp er svært begrenset sammenlignet med Gardermoen.

Ifølge SAS' rutetabell tar flyturen Oslo-Haugesund 50 minutter. Med Coast Air tar turen Haugesund-Torp 50-55 minutter, mens Stord-Oslo tar 55 minutter. Distansen fra Haugesund sentrum til lufthavnen er 14 kilometer og tar om lag 20 minutter med bil. Reisetiden med flytoget fra Gardermoen til Oslo Sentralstasjon er fra 19 til 22 minutter (avhengig av om toget stopper på Lillestrøm eller ikke) med avgang hvert tiende minutt. Avstanden fra Oslo (Fr. Nansens plass) til Torp er 118,4 kilometer og reisetiden med bil anslås til 1 time og 46 minutter.³² Strekningen er til tider svært trafikkbelastet slik at reisetiden er trafikkavhengig. Med bil tar det fra én time og tjue minutter til to og en halv time. Rutebuss tar to timer med fem daglige avganger. Om den reisende ikke har anledning til å benytte privat bil eller taxi, er ekstra reisetid ved å benytte Torp minst to timer hensyn tatt til at forventet ventetid på bussavgang fra Torp er vesentlig større enn ventetid på flytoget. Utviklingen de siste årene med stadig lavere flypriser sammenlignet med annen transport, gjør det mindre aktuelt å fly til alternative flyplasser og benytte et annet transportmiddel derfra. Dette gjelder særlig på korte innenriksreiser som strekningen Oslo-Haugesund. Konkurransetilsynet legger på denne bakgrunn til grunn at Torp ikke representerer noe substitutt for Gardermoen.

SAS hevder videre at Stord Lufthavn kan være et substitutt til Haugesund lufthavn.

Konkurransetilsynet mener at heller ikke Stord Lufthavn inngår i det samme relevante markedet som Haugesund Lufthavn.

Avstanden fra Haugesund til Stord Lufthavn er om lag 60 kilometer. Bilturen fra Haugesund til Stord Lufthavn tar 64 minutter.³³ Det må betales bompenger for tunnelen mellom Sveio og Stord. Avgiften er 80 kroner (48 kroner for abonnenter). Den økte avstanden innebærer en merkostnad på 138 kroner ved å benytte Stord Lufthavn i stedet for Haugesund, regnet etter Statens satser for bilgodtgjørelse på tre kroner per kilometer. Samlet merkostnad ved å reise fra Stord blir da 218 kroner (186 kroner med abonnement) for passasjerer fra Haugesund som reiser til Oslo.

I mai 2004 hadde SAS en gjennomsnittlig inntekt (yield) per passasjer på M-klasse mellom Oslo og Haugesund på [...] ³⁴ kroner ifølge SAS' ruteregnskap. Samlet merkostnad ved å fly fra Stord utgjorde dermed over 50 prosent av gjennomsnittsinntekten. For hele tolv-månedersperioden SAS fløy i konkurranse med Coast Air var gjennomsnittlig inntekt per passasjer for en M-klassebillett på ruten [...] ³⁵ kroner. Av denne prisen utgjør merkostnad ved å reise fra Stord 32 prosent. For passasjerer som kjører egen bil eller taxi tilsvarer økningen i reisetid nesten flytiden på 50 minutter.

Et ytterligere moment er at det ikke finnes noe direkte kollektivtilbud mellom Hagesund og Stord Lufthavn. De reisende må ta buss til Leirvik for så å bytte til flybussen. Dermed er økningen i reisetid ved å fly fra Stord enda større for reisende som er avhengig av kollektiv transport.

³² Jf. Statens Vegvesens ruteplanlegger på www.visveg.no.

³³ Jf. Statens Vegvesens ruteplanlegger på www.visveg.no.

³⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

³⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

SAS hevder i sitt brev av 17. januar 2005 at prisene Coast Air har på sin rute Stord-Oslo, som er samme strekning som Haugesund-Oslo, nesten er dobbelt så høye som de prisene som Coast Air hadde på ruten Haugesund-Oslo og de er også over dagens priser på denne ruten. En slik prising hadde ikke vært mulig om ruten Stord-Oslo hadde vært i samme marked som Haugesund-Oslo.

Tabell 1:

Markedsavgrensing - gjennomsnittlig billettpris Coast Air i forhold til SAS

	AUG	SEP	OKT	NOV	DES
Coast HAU/SAS HAU 03	-2 %	-9 %	-5 %	0 %	9 %
Coast Stord/SAS HAU 04	60 %	27 %	32 %	23 %	29 %

Tabell 1 viser at i perioden august til oktober 2003 var gjennomsnittsprisen på Coast Airs rute Oslo-Haugesund 2 til 9 prosent lavere enn SAS' gjennomsnittspris på ruten. I november var operatørens gjennomsnittspriser like, mens i desember 2003 var gjennomsnittsprisen til Coast Air 9 prosent høyere enn gjennomsnittsprisen til SAS.

I samme periode 2004 var Coast Airs gjennomsnittspris på ruten Oslo-Stord 23 til 60 prosent høyere enn SAS gjennomsnittspris på ruten Oslo-Haugesund. Det hadde ikke vært mulig for Coast Air å oppnå så mye høyere gjennomsnittspris enn SAS dersom ruten Oslo-Stord hadde vært i samme marked som ruten Oslo-Haugesund.

På denne bakgrunn finner Konkurransetilsynet at heller ikke Stord Lufthavn representerer noe substitutt for flypassasjerer som reiser fra Haugesund til Oslo.

Konkurransetilsynet opprettholder sin markedsavgrensing slik den ble gjort i varselet, hvor tilsynet konkluderte med at det relevante markedet er lufttransport av passasjerer mellom to destinasjoner, i denne saken ruten Oslo-Haugesund.

7 Dominerende stilling

Det er slått fast i EF-domstolens praksis at et foretak har en dominerende stilling når det er i stand til i betydelig grad å opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og sluttbrukere i det relevante markedet.³⁶ I vurderingen av om et foretak i betydelig grad er i stand til å opptre uavhengig vil særlig markedsandeler og eventuelle etableringshindringer være sentrale elementer. Det følger av rettspraksis under EU/EØS-retten at dersom et foretak har en markedsandel på mer enn 50 prosent, foreligger det en presumsjon for at det er dominerende.³⁷ Videre er det slått fast at med unntak av i helt spesielle tilfeller vil svært høye markedsandeler alene være tilstrekkelig bevis for et foretaks dominerende stilling. Foretaket må i så fall ha opprettholdt en slik markedsposisjon over en viss periode.³⁸

Konkurransetilsynet har foretatt beregningen av markedsandeler på grunnlag av antall passasjerer. SAS' totale markedsandel på innenriksruter i Norge er rundt 80 prosent. Dette er lagt til grunn i Konkurransetilsynets tidligere praksis, som også er stadfestet av Arbeids- og administrasjonsdepartementet.³⁹ Dette er også bekreftet av SAS' egne beregninger. I en presentasjon fra juni 2004, som ble beslaglagt under Konkurransetilsynets bevissikring hos SAS,

³⁶ Sak 27/76 United Brands mot Kommisjonen, premiss 65.

³⁷ AKZO-dommen premiss 60.

³⁸ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen, premiss 41.

³⁹ Konkurransetilsynets vedtak V2003-71 om SAS-gruppens bedriftskundeavtaler og Arbeids- og administrasjonsdepartementets klagevedtak i saken.

fremgår det at foretaket hadde en markedsandel på ruten Oslo-Haugesund på mellom 85 og 88 prosent, avhengig av hvilken billettype man så på.

Vedlegg 1: Dokument beslaglagt på kontoret til [...] ⁴⁰.
(Dokumentbeslag nr. 32)

Akkumulert for perioden fra Coast Air startet sine flygninger Oslo-Haugesund 1. juni 2003 til og med 31. mai 2004 reiste det totalt 247 536 betalende passasjerer på ruten. Av disse reiste 30 918 med Coast Air, mens 216 618 reiste med SAS. Målt i antall betalende passasjerer var SAS andel av markedet 87,5 prosent.

Frem til Coast Air etablerte seg på ruten Oslo-Haugesund var SAS eneoperatør. SAS har følgelig hatt en sterk markedsposisjon på denne ruten over en lang periode.

Selv om det i denne saken foreligger en presumsjon for at SAS har en dominerende stilling, vil Konkurransetilsynet i tillegg vurdere hvilke etableringshindringer som foreligger i markedet. Etableringshindringer er forhold som gjør det vanskelig for andre foretak å komme inn på markedet. Som SAS påpeker vil graden av etableringshindringer ha betydning for SAS' mulighet til å gjenvinne et eventuelt tap som følge av underprising i markedet.

Det er ingen formelle, rettslige restriksjoner som hindrer et flyselskap hjemmehørende i et EØS-land i å etablere seg på de konkurranseutsatte norske innenriksrutene eller på ruter til og fra Norge. Det eksisterer imidlertid markedsmessige etableringshindringer.

Det kan være vanskelig både for nye og eksisterende aktører å få innpass hos kunder i et marked der det fra før er en stor og etablert aktør. SAS er et såkalt nettverksselskap der driften er organisert gjennom nav-eke-systemer, som innebærer at passasjerene transporteres fra ulike destinasjoner inn til en sentral flyplass, for deretter å transporteres videre til sin endelige destinasjon. Det å være organisert som et nettverksselskap gir SAS et konkurransefortrinn i forhold til et punkt-til-punkt selskap. En slik organiseringen har blant annet den fordel at gjennomgående passasjerer kan sjekke inn bagasje og få ombordstigningskort helt frem til bestemmelsesstedet.

Videre vil SAS' overlegne antall destinasjoner tjene som en etableringshindring. SAS-gruppen betjener 42 destinasjoner i Norge. SAS' største konkurrent innenriks er Norwegian som betjener 8 destinasjoner. På ruter til og fra Norge møter SAS varierende grad av konkurranse. Markedet kjennetegnes imidlertid av at SAS i stor grad konkurrerer mot ulike flyselskaper på de forskjellige rutene. Det er ingen selskaper som har et like stort rutenettverk til/fra Norge som SAS.

SAS har også et konkurransefortrinn i form av blant annet sterke merkevarer og et godt utbygd distribusjonsapparat i de norske innenriksmarkedene.

Konkurransetilsynet legger videre til grunn at SAS' høye frekvenstilbud representerer en etableringshindring. I luftfart er det mulig for en dominerende aktør med overlegent frekvenstilbud å benytte prisdifferensiering til å utkonkurrere en mer kostnadseffektiv konkurrent. En ny aktør vil normalt ikke kunne tilby et tilsvarende antall avganger som en dominerende aktør.

Forretningsreisende har generelt høyere tidskostnader enn ferie- og fritidsreisende, og parametere som fleksibilitet, service og komfort betyr trolig mer for disse kundene enn for ferie- og fritidsreisende. SAS' nettverksorganisering og frekvens antas derfor å ha enda større betydning for forretningsreisende enn for ferie- og fritidsreisende.

⁴⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

Potensielle nye aktører vil benytte anledningen til å gå inn i nye markeder der de ser forretningsmuligheter. Hvis nye aktører er mer kostnadseffektive enn etablerte aktører, vil forretningsmuligheter oppstå fordi den mest kostnadseffektive aktøren kan ta priser som er lavere enn den etablerte for på den måten å oppnå økte markedsandeler. Det fremgår av dokumenter som ble beslaglagt under Konkurransetilsynets bevissikring hos SAS, at kostnadsnivået til SAS i Norge, og da særlig Scandinavian Airlines' virksomhet i Norge, er vesentlig høyere enn kostnadsnivået for sammenlignbare konkurrenter.

Vedlegg 2: Dokument beslaglagt på kontoret til [...] ⁴¹
(Dokumentbeslag nr. 18)

Til tross for at SAS ikke er en kostnadseffektiv aktør, har ingen konkurrenter lyktes å etablere seg og drive lønnsomt i konkurranse med SAS på innenrikstrafikk i Norge. Norwegian startet å fly i konkurranse med SAS på det norske innenriksmarkedet september 2002. Selskapet har fortsatt ikke oppnådd lønnsomhet. Dette underbygger at det foreligger etableringshindringer i markedet.

Videre vil det faktum at en konkurrent ikke har klart å etablere seg på markedet i konkurranse med en dominerende aktør i seg selv kunne ha en avskrekkende effekt på potensielle nye konkurrenter og således representerer en etableringshindring. ⁴² Historien har som nevnt vist at det er vanskelig å konkurrere med SAS på innenrikstrafikk i Norge. Braathens ble kjøpt opp av SAS etter at foretaket fikk store finansielle problemer som følge av negative resultater. Color Air gikk konkurs etter 14 måneders drift og Coast Air har som nevnt trukket seg fra ruten Oslo-Haugesund. I takt med at antallet slike tilfeller øker vil det bli mindre fristende å prøve seg som konkurrent på det norske innenriksmarkedet.

Det faktum at rundt en fjerdedel av passasjerene på ruten Oslo-Haugesund er bedriftskunder representerer også en etableringshindring, fordi en del av disse passasjerene er bundet opp til SAS gjennom bedriftkundeavtaler.

På bakgrunn av SAS' stabilt høye markedsandel og eksistensen av etableringshindringer i markedet, legger Konkurransetilsynet til grunn at SAS-gruppen har en dominerende stilling i markedet. SAS har derfor et særlig ansvar for å unngå at dets atferd begrenser konkurransen. SAS er for øvrig enig med Konkurransetilsynet i at selskapet hadde en dominerende stilling på ruten Oslo-Haugesund i den perioden hvor SAS konkurrerte med Coast Air. ⁴³

8 Utilbørlig utnyttelse

Konkurranseloven § 11 forbyr ensidig atferd fra dominerende foretak som begrenser konkurransen i markedet. Avgjørende er om det dominerende foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres. ⁴⁴ Det kreves ikke årsakssammenheng mellom den dominerende stilling og den utilbørlige utnyttelsen. ⁴⁵

⁴¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁴² Se blant annet Massimo Motta (2004): 'Competition Policy – Theory and Practice', Cambridge University Press, avsnitt 2.6 og Richard Whish, Competition Law (5. utgave 2003), s. 187 og 703. .

⁴³ Brev av 17. januar 2005 s. 40.

⁴⁴ Forenede saker 6 og sak 7/73 Commercial Solvents, premiss 25; sak 311/84 Télémarketing, premiss 27; og sak C-7/97 Bronner, premiss 38.

⁴⁵ Sak 6/72 Continental Can mot Kommisjonen, premiss 27.

Vurderingen av om det foreligger en slik konkurransebegrensende atferd er i utgangspunktet objektiv.⁴⁶ Det er de faktiske forhold som er avgjørende for om konkurranseloven § 11 er overtrådt. I visse tilfeller av utilbørlig utnyttelse vil imidlertid bevis for virksomhetens hensikt likevel kunne ha betydning for vurderingen, særlig ved konkurranseskadelig underprising.⁴⁷ Dominerende foretak vil kunne bruke sin markedsrett til å eliminere konkurransen og således styrke sin posisjon ytterligere. Konkurranseskadelig underprising er en form for elimineringsatferd som går ut på at det dominerende foretaket setter prisene på sine produkter så lavt at konkurrentene ikke finner det lønnsomt å møte konkurransen. Konkurrentene mister markedsandeler til det dominerende foretaket, og konkurransen elimineres helt dersom konkurrentene trekker seg ut av markedet. Samtidig kan det tenkes at nye aktører avstår fra å etablere seg som følge av den dominerende aktørens atferd i markedet.⁴⁸ Det dominerende foretaket vil pådra seg et tap i en periode, men gjenvinne tapet ved å sette høyere priser når konkurransen er eliminert. På nærmere bestemte vilkår, som beskrives i det følgende, vil slik atferd utgjøre utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11.

8.1 Nærmere om konkurranseskadelig underprising

Alminnelig sunn priskonkurranse er gunstig og ønskelig i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Normalt vil en aktør maksimere sin fortjeneste i en periode ved å prise sitt produkt slik at inntekt ved siste produserte enhet (marginal inntekt) blir lik kostnad ved siste produserte enhet (marginal kostnad). Konkurranseskadelig underprising innebærer at en dominerende aktør bevisst pådrar seg tap i en periode, ved å prise sitt produkt så lavt at den marginale inntekten er under den marginale kostnaden. En slik atferd vil ikke gi størst mulig fortjeneste i den aktuelle perioden, men atferden kan likevel være rasjonell dersom den har til virkning at en konkurrent trekker seg ut av markedet. Tapet i perioden med underprising vil kunne oppveies av fremtidig økning i inntekt som følge av høyere pris. Det vil særlig være lønnsomt å drive utilbørlig underprising dersom konkurrenten er finansielt svak. I en slik situasjon vil underprising sannsynligvis vil bli kortvarig. Grunnen er at en konkurrent som er finansielt svak og ikke har mulighet til å hente inn eksternt kapital er tvunget til å trekke seg ut av markedet etter en relativ kort periode med tap.⁴⁹

Skillet mellom sunn priskonkurranse og forbudt konkurranseskadelig underprising er blitt utdypet gjennom praksis i EF-domstolen. EF-domstolen har oppstilt visse vilkår for at en slik atferd rammes av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i EF-traktaten artikkel 82. Som redegjort for i punkt 4 gir EF-domstolens praksis om konkurranseskadelig underprising også uttrykk for rettstilstanden under konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet vil nedenfor redegjøre nærmere for vilkårene for at det kan anses å foreligge konkurranseskadelig underprising.

8.2 AKZO-testen

I vurderingen av om det foreligger konkurranseskadelig underprising bør det i prinsippet undersøkes om den dominerende aktørens marginale inntekter er under dens marginale kostnader. Med andre ord skal kostnadstesten måle om den dominerende aktøren kunne oppnådd bedre resultat ved å tilby et lavere kvantum til en høyere pris. Det er vanskelig å beregne marginale inntekter og kostnader. Marginale inntekter og kostnader er ikke direkte observerbare i et foretaks

⁴⁶ Sak 85/76 Hoffmann-La Roche mot Kommissjonen, premiss 91 og Michelin-dommen, premiss 70.

⁴⁷ AKZO-dommen premiss 72.

⁴⁸ Se blant annet Massimo Motta (2004): 'Competition Policy – Theory and Practice', Cambridge University Press, avsnitt 7.2 og Richard Whish, Competition Law (5. utgave 2003), s. 703.

⁴⁹ Se Massimo Motta (2004): 'Competition Policy – Theory and Practice', Cambridge University Press, avsnitt 7.2.

regnskap. I praksis har derfor EF-domstolen og Kommisjonen valgt å betrakte lettere observerbare tallstørrelser, som en tilnærming til de marginale inntekter og kostnader som en strengt tatt ønsker å tallfeste. I EF-domstolens praksis er det benyttet gjennomsnittstall i stedet for tall som avspeiler marginale endringer. Den grunnleggende rettskilden på området er EF-domstolens avgjørelse i den nevnte AKZO-dommen.⁵⁰ I denne avgjørelsen la EF-domstolen til grunn at:

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

Testen som er brukt i AKZO-dommen, hvor en sammenligner gjennomsnittlig inntekt med gjennomsnittlig variabel kostnad, kan gi feil konklusjon fordi gjennomsnittlig inntekt typisk er høyere enn marginal inntekt, og gjennomsnittlig variabel kostnad typisk er lavere enn marginal kostnad.⁵¹ Anvendelsen av AKZO-testen er derfor til gunst for et foretak som driver konkurranseskadelig underprising.

Med fast kostnad menes en kostnad som ikke varierer med produksjonens størrelse. Med variabel kostnad menes kostnader som varierer med produksjonens omfang. Dette er kostnader som er direkte knyttet til produksjonen. Variable kostnader er det samme som påvirkbare og unngåelige kostnader. Konkurransetilsynet vil i det følgende benytte betegnelsen variabel kostnad.

En kostnad er ikke fast eller variabel i sin natur. Det må vurderes konkret om kostnaden varierer med produsert mengde. Viktige momenter i vurderingen er hvilken vare eller tjeneste det er snakk om og hvilket tidsperspektiv som legges til grunn. I et kort perspektiv vil nærmest alle kostnader regnes som faste, mens i et langt perspektiv må de fleste kostnader regnes som variable. For vurderingen av hva som kan karakteriseres som henholdsvis faste og variable kostnader, må en således bestemme hvilket tidsperspektiv som skal legges til grunn. Se under punkt 8.3 om tidsperspektivet som legges til grunn i denne saken.

Det følger av AKZO-dommen at dersom et foretak opererer med priser under gjennomsnittlige variable kostnader, er det ikke nødvendig å påvise at foretaket har til hensikt å presse en konkurrent ut av markedet. Bakgrunnen for dette er at ethvert salg gir tap for foretaket, noe som normalt ikke kan ha noen annen rasjonell begrunnelse enn ønsket om å eliminere en konkurrent.

Selv om et foretaks inntekter ikke dekker de variable kostnadene vil atferden likevel ikke anses som ulovlig underprising dersom det foreligger en legitim begrunnelse for atferden. Legitime begrunnelser kan for eksempel være kortvarige kampanjer for å introdusere en ny vare, at konkurransesituasjonen ikke gjør det mulig å holde priser over gjennomsnittlige variable kostnader, at foretaket må kvitte seg med mindre kurante varer eller at foretaket ønsker å etablere en kundemasse. Det er foretaket som har bevisbyrden for at atferden kan rettferdiggjøres. I og med at det er en sterk presumsjon for konkurranseskadelig underprising dersom et dominerende foretak opererer med priser som ikke dekker de gjennomsnittlige variable kostnadene, skal det mye til for å rettferdiggjøre en slik atferd.

⁵⁰ AKZO-dommen premiss 71 og 72.

⁵¹ Se Frode Steen og Lars Sørgaard, *Rovadferd i norsk luftfart?* (Rapport til Konkurransetilsynet, 2004), punkt 5.2 og 5.3.

Dersom inntektene er mindre enn de totale kostnadene, men dekker de variable kostnadene, kan det likevel være rasjonelt å opprettholde virksomheten. Selv om virksomheten går med tap, gir driften et bidrag til dekning av de faste kostnadene. Fortsatt drift reduserer derfor tapet. I henhold til AKZO-testen vil en slik prissetting utgjøre utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling dersom det kan påvises at foretaket har hatt en intensjon om å presse konkurrenten ut av markedet.

I EF-domstolens praksis er det lagt til grunn at vurderingen av om det foreligger utilbørlig utnyttelse, i utgangspunktet er en objektiv vurdering.⁵² Hvorvidt det dominerende foretaket har hatt til hensikt å presse en konkurrent ut av markedet, må vurderes på bakgrunn av det dominerende foretakets handlinger, praksis og metoder.⁵³ I den grad dokumentbevis med uttalelser om foretakets hensikt kan kaste lys over bakgrunnen for de valgte metoder, vil de kunne ha betydning i intensjonsvurderingen.

Avgjørelsen av om et foretak har hatt til hensikt å presse en konkurrent ut av markedet vil derfor bero på en helhetsvurdering av de samlede bevis, både i form av konkrete bevis og den observerbare atferd. Selv om det er lagt vekt på visse omstendigheter i én sak, kan en ikke motsetningsvis slutte at det ikke foreligger utilbørlig underprising dersom de samme omstendighetene ikke foreligger i en annen sak.⁵⁴ Hvilken vekt det enkelte bevis skal få vil avhenge av hvor klart og entydig beviset er.

I sakene fra EU-retten er det lagt vekt på en rekke forskjellige typer bevis, og det stilles ikke særskilte krav til hva som må fremgå av det enkelte bevis. I AKZO-dommen la EF-domstolen vekt på møtereferater utarbeidet av ledere i konkurrenten ECS, et notat utarbeidet av en leder i AKZO, samt en rapport utarbeidet av en leder i ECS, som alle viste at AKZO hadde fremsatt trusler om underprising dersom ECS ikke trakk seg fra markedet. I tillegg forelå det en detaljert plan utarbeidet av AKZO som beskrev hvilke tiltak foretaket skulle iverksette dersom ECS ikke trakk seg fra markedet.⁵⁵ I Tetra Pak II-dommen la EF-domstolen vekt på at det fremgikk av Tetra-Paks styreberetninger at det var nødvendig å foreta betydelig finansielle ofre med hensyn til priser og leveringsvilkår i kampen mot konkurrenten.⁵⁶ I Wanadoo-avgjørelsen forelå det forskjellige dokumenter som viste at Wanadoo tok et bevisst valg der lønnsomhet på kort sikt ble ofret til fordel for langsiktig etablering i markedet.⁵⁷

Konkurransetilsynet legger til grunn at det så langt i rettspraksis under EU/EØS-retten ikke har vært oppstilt som vilkår for at prissettingen utgjør utilbørlig utnyttelse, at det dominerende foretaket har en realistisk sjanse til å gjenvinne tapet på et senere tidspunkt. Det vises i denne forbindelse til avgjørelsen i Tetra Pak II-dommen, hvor Førsteinstansdomstolen uttalte at det i lys av omstendighetene i saken ikke var nødvendig i tillegg å kreve bevis for at det dominerende foretaket hadde en realistisk sjanse til å gjenvinne tapet.⁵⁸ Tetra Pak var superdominant i et

⁵² Se AKZO-dommen premiss 69 og Hoffman-La Roche-dommen premiss 91.

⁵³ Lars Henriksson, Retten til priskonkurrens i marknadsdominans (2003), s. 91.

⁵⁴ Førsteinstansdomstolens sak T-83/91 Tetra Pak mot Kommisjonen, premiss 151 og Kommisjonens avgjørelse i sak Comp/38.233- Wanadoo Interactive (Wanadoo-avgjørelsen), premiss 271.

⁵⁵ AKZO-dommen premiss 76-82.

⁵⁶ Førsteinstansdomstolens sak T-83/91 Tetra Pak mot Kommisjonen, premiss 151.

⁵⁷ Wanadoo-avgjørelsen premiss 119 - 124.

⁵⁸ Tetra Pak II-dommen premiss 44.

nærliggende marked og det forelå klare bevis for en elimineringshensikt. Tetra Pak II-dommen utelukker derfor ikke muligheten for at det i andre saker, hvor det ikke er så klare bevis for en elimineringshensikt og hvor foretakets markedsstilling ikke er så sterk, kan være aktuelt å oppstille krav om bevis for at det dominerende foretaket har mulighet for å gjenvinne tapet. Det foreligger imidlertid ingen senere avgjørelser under EU/EØS-retten som oppstiller et slikt krav.⁵⁹

I Compagnie Maritime Belge-saken foreslo generaladvokaten at det måtte oppstilles et visst krav om gjenvinning av tapet.⁶⁰ EF-domstolen uttalte seg ikke om dette i sin avgjørelse, men kom likevel til at foretakets atferd var i strid med forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.⁶¹

I Wanadoo-avgjørelsen uttalte Kommisjonen:

"It should be pointed out that neither the case-law of the Court of Justice nor the decision-making practice of the Commission requires proof that initial losses were actually recouped before finding can be made of abuse through predatory pricing. Action by the competition authorities is justified as soon as there is a risk that competition may be distorted, regardless of any prospect of loss recoupment."⁶²

Selv om det ikke oppstilles et krav i EU/EØS-retten om at det må bevises at det dominerende foretaket må ha mulighet for å gjenvinne tapet, legger Konkurransetilsynet til grunn at det er en nær sammenheng mellom utilbørlig underprising og muligheten til å gjenvinne tapet. Det vil bare være rasjonelt å drive slik underprising dersom foretaket gjennom prissettingen har en realistisk sjanse til å gjenvinne tapet ved senere prisøkninger.

Konkurransetilsynet legger videre til grunn at dersom det kan påvises en mulighet til å gjenvinne tapet, vil dette underbygge at foretaket har til hensikt å presse konkurrenten ut av markedet.

8.3 AKZO-testens anvendelse innenfor luftfartssektoren

Det har så langt ikke vært noen saker under EU/EØS-retten om konkurranseskadelig underprising innenfor luftfart. Konkurransetilsynet kan derfor ikke hente noen veiledning fra EU/EØS-retten hva gjelder spørsmålet om hvordan AKZO-testen konkret skal anvendes innenfor luftfartssektoren. Det er imidlertid truffet avgjørelser i slike saker under nasjonal konkurranselovgivning. Det vises i denne forbindelse til American Airlines-saken, Lufthansa/Germania-saken og Iceland Air-saken.⁶³ Vurderinger og resultater fra disse sakene kan ikke overføres direkte til norsk rett, men kan ha illustrasjonsverdi.

⁵⁹ Wanadoo-avgjørelsen premiss 333 og 334.

⁶⁰ Generaladvokat Fennellys forslag til avgjørelse i forenede saker C-395/96 P og C-396/96 P Compagnie Maritime Belge, premiss 136.

⁶¹ Forenede saker C-395/96 P og C-396/96 P Compagnie Maritime Belge.

⁶² Wanadoo-avgjørelsen premiss 333.

⁶³ Den amerikanske ankeinstans' avgjørelse i US v. AMR Corporation, American Airlines Inc and AMR Eagle Holding Corporation, 140 F. Supp. 2d 1141 (2001); Islandske konkurransemyndigheters avgjørelse i sak nr. 16/1999 Iceland Air; Tyske konkurransemyndigheters avgjørelse av 18. februar 2002 Deutsche Lufthansa/ Germania.

I saker innenfor andre markeder har det kommet frem at i visse tilfeller kan AKZO-testen ikke gis direkte anvendelse.⁶⁴ Kostnadstesten som oppstilles i AKZO-dommen passer ikke direkte på produksjon av alle typer varer og tjenester. I visse virksomheter er de faste kostnadene svært høye sammenlignet med de variable, noe som blant annet er tilfellet innenfor telekommunikasjon og andre nettverksindustrier. Selv om det må foretas en tilpasning av kostnadstesten til den enkelte næring er det imidlertid ett og samme grunnleggende prinsipp som legges til grunn i alle sakene; de relevante inntektene sammenlignes med de relevante kostnadene. I AKZO-saken var det relevant å sammenligne pris og gjennomsnittlig variable kostnad, mens i andre saker, for eksempel Deutsche Post-saken, er det relevant å sammenligne pris og for eksempel ytelsespesifikke merkostnader. I samtlige saker om konkurranseskadelig underprising er imidlertid målet å undersøke om den dominerende aktøren går med tap, og de spesifikke kostnadsforholdene i den enkelte næring avgjør hvordan testen konkret utformes i hver enkelt sak. Testen må derfor alltid tilpasses det konkrete saksforhold.⁶⁵

I Deutsche Post-avgjørelsen la Kommisjonen til grunn at AKZO-testen måtte tilpasses. Kommisjonen fastslo at det i den konkrete saken måtte foretas en sammenlikning mellom pris og ytelsespesifikke merkostnader. Deutsche Post hadde hatt lave priser på pakketjenester til postordresektoren i perioden 1990-1995. Deutsche Post har en lovfestet plikt til å opprettholde en reservekapasitet for ordinære postforsendelser, og visse kostnader knyttet til behandling av pakker ved posthusene ville følgelig oppstå uavhengig av utførelsen av pakketjenester for postordresektoren. Blant annet som en følge av denne lovfestede plikten benyttet Kommisjonen, som en tilpasning til AKZO-testen, en test basert på ytelsespesifikke merkostnader. Kommisjonen sondret mellom de ytelsespesifikke merkostnadene som kun oppstod i forbindelse med utførelsen av pakketjenesten til postordresektoren og de felles faste kostnadene som oppstod som følge av de ordinære postforsendelsene.⁶⁶ Kommisjonen la til grunn at Deutsche Post ikke hadde dekket sine ytelsespesifikke merkostnader i perioden 1990-1995, og uttalte at en slik prispolitikk på lengre sikt var i strid med virksomhetenes egne økonomiske interesse. Europakommisjonen uttalte:

”virksomheden kunne nemlig forbedre sin fortjeneste ved enten at hæve prisen til over de ydelsesspecifikke meromkostninger eller - såfremt en sådan pris ikke er gennemførlig på markedet - fuldstændig at give afkald på at udføre denne tjeneste, fordi indtægterne med den nuværende pris ligger under de meromkostninger, der opstår ved levering heraf. En fortsat tilstedeværelse på dette markedet uden en forudseelig forbedring af indjeningsituationen udelukker på den anden side konkurrenter, som selv er i stand til at tilbyde denne tjeneste, så omkostningerne er dækket ind.”⁶⁷

Europakommisjonen fant derfor at Deutsche Post utilbørlig hadde utnyttet sin dominerende stilling i strid med EF-traktaten artikkel 82, ved at prisene på pakketjenester i postordresektoren ikke dekket de ytelsespesifikke merkostnadene.

Prinsippene i AKZO-dommen egner seg på tilsvarende måte ikke til direkte anvendelse innenfor luftfartssektoren og det må derfor gjøres visse tilpasninger. Konkurransetilsynet vil i det følgende redegjøre for de tilpasningene som tilsynet mener er nødvendig i denne sektoren.

⁶⁴ Kommisjonens avgjørelse i sak Comp/35.141- Deutsche Post AG, OJ (2001) L 125/27 (Deutsche Post-avgjørelsen).

⁶⁵ Richard Whish, Competition Law (5. utgave 2003), s. 708-709.

⁶⁶ Deutsche Post-avgjørelsen premiss 7-10

⁶⁷ Deutsche Post-avgjørelsen premiss 36.

I henhold til AKZO-dommen skal prisen vurderes opp mot gjennomsnittskostnaden ved å produsere *den enkelte enhet*. Innenfor luftfarten opereres det med flere billett-kategorier og priser. Ulike billett-kategorier setter foretaket i stand til å prisdifferensiere sitt produkt. Dette gjør at foretaket kan bedre kapasitetsutnyttelsen, samtidig som foretaket sikrer høyere inntekt fra de kunder som har høyest betalingsvillighet. En slik styring av priser og kapasitet omtales som *yield management*. Det kan være vanskelig å vurdere prisen på billetter innenfor hver billett-kategori i forhold til gjennomsnittlige variable og faste enhetskostnader. Grunnen til dette er at en billettpris som ikke dekker kostnader ut fra en gjennomsnittsbetraktning, allikevel kan være rasjonell dersom den bidrar til at foretaket oppnår en bedre kapasitetsutnyttelse. Den enkelte enhetsprisen vil derfor ikke være representativ eller gi uttrykk for selskapets samlede prisstrategi. Konkurransetilsynet vil derfor vurdere de *totale* inntektene på ruten opp mot variable og faste kostnader. En slik tilnærming er til gunst for SAS.

Det ble lagt til grunn i AKZO-dommen at predasjonsatferd skal vurderes med utgangspunkt i salgstidspunktet. Salgstidspunktet som utgangspunkt for vurderingen passer imidlertid ikke i saker innenfor luftfart, der en vurderer ruten som den relevante produksjonsenheten. For det første er det ikke ett bestemt salgstidspunkt, men mange, da billetter selges på ulike tidspunkter og helt frem til hver enkelt avgang. For det andre passer det som nevnt ikke å vurdere prisen på hver enkelt billett, og derfor passer det heller ikke å ta utgangspunkt i salgstidspunktet for hver enkelt billett. For det tredje vil en større del av kostnadene på salgstidspunktet være faste når ruteopplegget først er satt. For å kunne avdekke en mulig strategi om konkurranseskadelig underprising innenfor luftfarten er det derfor etter Konkurransetilsynets oppfatning riktig å anvende en test hvor det vurderes hvilke kostnader som er faste og variable på det tidspunktet ruteopplegget bestemmes. Konkurransetilsynet vil komme nærmere tilbake til denne vurderingen under punkt 8.4 nedenfor.

Når det gjelder hvilket tidsperspektiv som skal danne grunnlaget for vurderingen av inntekter og kostnader, legger Konkurransetilsynet til grunn at den relevante tidsperioden innenfor luftfart i utgangspunktet er en sesong. Ruteopplegget bestemmes i forkant av hver sesong og et foretak som driver konkurranseskadelig underprising vil ha et langsiktig perspektiv. Det er ikke realistisk å overvinne en konkurrent i løpet av en uke eller en måned. Steen og Sørgard la til grunn i sin betenkning om rovadferd i norsk luftfart, at den relevante tidsperioden for vurdering av underprising i luftfarten var en sesong.⁶⁸ SAS legger på tilsvarende måte til grunn at den relevante tidsperioden minst er en enkelt sesong.⁶⁹

Tidsperspektivet er som nevnt relevant for spørsmålet om hvilke kostnader som skal kategoriseres som faste (ikke variabel innenfor den relevante tidshorisont), avgangsspesifikke (kostnader knyttet til hver enkelt avgang) og variable (kostnader som varierer med produksjonens omfang innenfor den relevante tidshorisonten). For drøftingen av tidshorisont hva gjelder kategoriseringen av kostnader i faste og variable vises det til punkt 8.4.

Inntekts-/kostnadsanalysen som AKZO-testen gir anvisning på foretas innenfor det relevante tidsperspektivet. Den aktuelle perioden å vurdere vil i utgangspunktet være sommersesongen 2004. Det er imidlertid kun SAS' prising i perioden mai og juni 2004 som kan rammes av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Den gjeldende konkurranseloven trådte først i kraft 1. mai 2004. En eventuell underprising i april vil derfor ikke rammes av lovens forbud. Videre innstilte Coast Air sine flygninger på ruten Oslo-Haugesund 13. juni 2004. Forbudet mot konkurranseskadelig underprising vil kun være aktuelt i de tilfeller hvor

⁶⁸ Frode Steen og Lars Sørgard, Rovadferd i norsk luftfart? (Rapport til Konkurransetilsynet, 2004), punkt 5.2.

⁶⁹ Brev av 23. august 2004 punkt 4.2 og brev av 17. januar 2005 punkt 9.3.1.

det foreligger aktuell eller potensiell konkurranse. Fra det tidspunktet Coast Air innstilte sin virksomhet, var SAS monopolist på ruten Oslo-Haugesund.

Selv om SAS' atferd før 1. mai 2004 ikke vil rammes av konkurranselovens forbud, vil foretakets prising og annen atferd i perioden før sommersesongen likevel bidra til å belyse om SAS har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av markedet. Dersom SAS har underpriset på ruten over en lang periode, viser dette at prisingen i mai og juni ikke var tilfeldig lav, men et ledd i en langsiktig plan om å eliminere Coast Air fra markedet. Tilsvarende har blitt lagt til grunn av andre konkurransemyndigheter i tilsvarende saker om konkurranseskadelig underprising. Konkurransetilsynet viser i denne forbindelse til avgjørelsen fra den britiske ankeinstansen for konkurransesaker (Competition Appeal Tribunal) i Aberdeen Journal-saken. Ankeinstansen opprettholdt vurderingene i vedtaket fra Office of Fair Trading (OFT). Det ble det lagt til grunn at Aberdeen Journal hadde drevet konkurranseskadelig underprising i nærmere fire år, men at denne atferden bare hadde pågått én måned etter at forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling hadde trådt i kraft. OFT fant i sitt vedtak at dette var tilstrekkelig til å konstatere brudd på forbudet. OFT la til grunn at foretaket ikke hadde gjort tilstrekkelig for å endre atferden sin før ikrafttredelsen av den nye loven. OFT slo også fast at det ved ikrafttredelsen av en ny lov kan tas hensyn til atferd forut for den nye lovens ikrafttredelse ved bedømmelsen av konkurranseskadelig underprising etter dette tidspunktet.⁷⁰

Det er også et spørsmål om hvilken produksjonsenhet som skal legges til grunn ved vurderingen av om det foreligger underprising. Innenfor luftfart kan de aktuelle produksjonsenhetene være passasjer, avgang eller rute. Konkurransetilsynet tar i denne saken utgangspunkt i rutenivå og det faktum at kapasiteten på en rute justeres ved å legge til eller ta bort avganger. I en konkurransesituasjon vil dårlig lønnsomhet på en rute medføre at selskapet tilpasser seg ved å redusere antallet avganger, for på den måten å få redusert kostnadene og øke inntjeningen per passasjer (høyere priser). SAS er enig i at det i denne saken er produksjonsenheten rute som skal vurderes.

Utgangspunktet for vurderingen av om SAS' atferd kan anses som konkurranseskadelig underprising, vil være hvilke tilpasninger SAS kan gjøre på ruten hva gjelder kapasitet når opplegget for ruten planlegges. Det vil si hvilke muligheter SAS har til å tilpasse sin kapasitet til den aktuelle markedssituasjonen. I en konkurransesituasjon vil dårlig lønnsomhet på en rute medføre at selskapet tilpasser seg ved å redusere antallet avganger, for på den måten å få redusert kostnadene og øke inntjeningen per passasjer. Ruten Oslo-Ålesund illustrerer dette. Inntektene var ikke tilstrekkelig høye til å dekke de totale kostnadene, og SAS planla av den grunn å redusere antallet avganger med to per uke (tirsdag og fredag) fra 1. november 2004 for å bedre lønnsomheten.⁷¹ Dette var på en rute hvor SAS Braathens hadde konkurranse fra Norwegian da det ble annonsert en reduksjon i antallet avganger, og ruten hadde en bedre lønnsomhet enn Oslo-Haugesund.⁷² Også på andre ruter responderte SAS på Norwegianes etablering med å redusere sin kapasitet, hvilket ytterligere illustrerer at det i en konkurransesituasjon kan være naturlig å

⁷⁰ The Competition Appeal Tribunals avgjørelse i sak 1009/1/1/02 Aberdeen Journals Limited mot Office of Fair Trading, premiss 449 og Office of Fair Tradings vedtak av 16. september 2002 i sak CA98/14/2002 Aberdeen Journal Limited, punktene 5.3.1 og 5.3.4.

⁷¹ Opplysningene er hentet fra brev fra Thommessen Krefting Greve Lund AS av 23. august, s. 23-24, angående SAS Braathens sommerpriser. I november valgte imidlertid SAS Braathens å ikke redusere antallet avganger på ruten likevel, fordi det viste seg at Norwegian opphørte flygningene på den ruten.

⁷² Se for eksempel tabell 8 i brev fra Thommessen Krefting Greve Lund AS av 23. august 2004.

tilpasse kapasitet for å oppnå best mulig lønnsomhet.⁷³ Konkurransetilsynet vil derfor legge til grunn at det var fullt mulig for SAS å justere kapasiteten på ruten Oslo-Haugesund.

Konkurransetilsynet vil på denne bakgrunn anvende en test basert på ruteregnskap, med utgangspunkt i sommersesongen som det relevante tidsperspektiv. Siden Coast Air innstilte sine flygninger på ruten 13. juni 2004, vil tilsynet i vurderingen av forholdet mellom inntekter og kostnader, også se på SAS' prising i perioden forut for sommersesongen. I en konkurransesituasjon vil foretakene rasjonelt tilpasse pris og kapasitet på en slik måte at det økonomiske resultatet blir best mulig for selskapet. Som nevnt over vil vårt utgangspunkt være å måle differansen mellom gjennomsnittlige ruteinntekter og gjennomsnittlige variable kostnader for å vurdere hvorvidt SAS' atferd på ruten Oslo-Haugesund representerer konkurranseskadelig underprising. Denne kostnadstesten ligger nær opptil prinsippene i AKZO-dommen.

8.4 Kategorisering av kostnader

I kostnadstesten som anvendes for å avdekke konkurranseskadelig underprising skilles det mellom variable kostnader og faste kostnader. For å kunne gjennomføre en slik kostnadstest på ruten Oslo-Haugesund må følgelig postene som inngår i SAS' ruteregnskap kategoriseres som enten variable eller faste kostnader.

Nedenstående tabell viser SAS' ruteregnskap for ruten Oslo-Haugesund.

Tabell 2:

[...]⁷⁴

I sitt brev av 17. januar 2005 er SAS enig i Konkurransetilsynets kategorisering av kostnadene i ruteregnskapet, bortsett fra postene Crew Personell F/D (pilotkostnader), Aircraft Cost (flykostnader) og Insurance Cost (forsikringskostnader). SAS mener at pilotkostnader og flykostnader er faste kostnader, og at 15 prosent av forsikringskostnader er faste kostnader. I tillegg mener SAS at det må foretas en korrigerende for andre kapitalkostnader med [...] ⁷⁵ kroner per måned, som må anses som faste kostnader.

Konkurransetilsynet har foretatt en grundig vurdering av SAS' argumenter knyttet til kostnadskategorisering. Konkurransetilsynet har kommet til at det er grunnlag for å gjøre én endring i kategoriseringen i forhold til varselet. I varselet ble posten Passenger Sales Org, behandlet som en variabel kostnad. Tilsynet aksepterer SAS' anførsel om at 75 prosent av denne kostnadsposten er fast. For øvrig opprettholder tilsynet kostnadskategoriseringen som ble presentert for SAS i møte 9. juni 2004 og som ble lagt til grunn i tilsynets varsel.

Konkurransetilsynet deler ikke SAS' oppfatning av at ruteregnskapet må korrigeres for andre kapitalkostnader. Ruteregnskapet er utarbeidet for å gi beslutningsunderlag for å styre virksomheten. Tilsynet finner derfor ikke grunnlag for å inkludere kostnadsposter som ikke inngår i regnskapet i vurderingen.

⁷³ Se brev fra Thommessen Krefting Greve Lund AS av 23. august 2004, side 29: 'Tvert i mot er kapasiteten på flere av konkurranserutene redusert etter etableringen av NAS [Norwegian].'

⁷⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Konkurransetilsynet har ikke funnet grunnlag for å gjøre endring i kategoriseringen av pilotkostnader, flykostnader og forsikringskostnader. Som det vil fremgå nedenfor anser tilsynet dette som variable kostnader.

Dersom flykostnader betraktes som variable, synes det klart at alle forsikringskostnader også er variable. Konklusjonen med hensyn til forsikringskostnader avhenger derfor av konklusjonen med hensyn til flykostnader.

I vurderingen av flykostnader som ble gjort i varselet, tok Konkurransetilsynet utgangspunkt i SAS' brev av 23. august. I brevet ga SAS en separat kategorisering av kostnadene til henholdsvis SAS og Braathens. I behandlingen av flykostnadene til SAS ble det vist til de tilsvarende kostnadene for Braathens hvor det ble konkludert med at: *"Dette tilsier at det [kostnader til fly] gjennomgående er tale om en fast kostnad. Ved noe lenger tidsperspektiv kan deler måtte anses som en variabel kostnad."* I tabell 4 og 5 i brevet ble kostnader til fly kategorisert som delvis variable både for SAS og Braathens. I sitt brev av 17. januar 2005 har SAS endret oppfatning. Kostnader til fly blir nå kategorisert som fullt ut faste kostnader.

På ruten Oslo-Haugesund benyttes ifølge SAS flytypen Boeing 737-600, samt i noen grad Boeing 737-700. [...] ⁷⁶

SAS anfører både i brev av 23. august 2004 og i brev av 17. januar 2005 at kostnader til lønn for piloter og kabinansatte i Braathens samt kabinansatte i SAS er variable kostnader, mens lønn til piloter i SAS blir kategorisert som faste kostnader. [...] ⁷⁷

Selv om det kommer klart frem av SAS' egen drøftelse at kostnader til fly og piloter er variable kostnader, mener SAS at disse kostnadspostene i denne saken må betraktes som faste kostnader fordi kostnadene ikke er påvirkbare innenfor en rutesesong som for SAS varer 5-7 måneder.

Konkurransetilsynet legger til grunn at kategorisering av kostnader må baseres på en konkret vurdering av hva som er rasjonell tilpasning av kapasiteten til den aktuelle markedssituasjonen foretaket befinner seg i. Når et marked kommer i ubalanse, slik at aktørene taper penger, må aktørene vurdere hva som kan gjøres for å gjenopprette lønnsomheten. Hva som er rasjonell tilpasning er forskjellig i en situasjon med forbigående etterspørselsvikt på grunn av uforutsette hendelser som for eksempel terrorhandlinger eller naturkatastrofer, og en situasjon hvor det skjer en strukturell endring i markedet som følge av en ny aktørs etablering.

Dersom ubalansen i markedet må anses å være forbigående, vil det være rasjonelt å opprettholde kapasiteten. Skyldes ubalansen i markedet en strukturell endring, må foretaket umiddelbart begynne å tilpasse seg den nye situasjonen. I en slik situasjon vil det være rasjonelt å redusere kapasiteten selv om dette ikke gir effekt på kostnadene i førstkommende planperiode, som i luftfarten er en rutesesong. Dersom trafikkgrunnlaget ikke gir grunnlag for lønnsom beskjeftigelse for piloter og fly, må det dominerende foretaket foreta omdisponeringer eller iverksette andre tiltak for å redusere kostnadene, selv om dette ikke får effekt i løpet av kommende rutesesong. Om nødvendig må foretaket avhende fly og si opp piloter.

Etablering av en ny aktør på en rute kan innebære at markedet kommer i ubalanse. Et dominerende foretak kan ikke ta som utgangspunkt at en ny aktørs etablering på en rute er et forbigående fenomen. Det dominerende foretaket må basere seg på at den nye aktøren er kommet for å bli og tilpasse sin kapasitet deretter. Dersom den nye aktørens etablering fører til

⁷⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

resultatforverring slik situasjonen var på ruten Oslo-Haugesund, må det dominerende foretaket vurdere tiltak for å redusere tapet. I og med at det dominerende foretaket må ta som utgangspunkt at inntrengeren er kommet for å bli, må iverksettelsen av kostnadskutt gjennomføres selv om tiltakene ikke får virkning før det har gått noe tid.

At SAS løpende tilpasser flyflåten til trafikkgrunnlaget dokumenteres på side 32 i foretakets årsrapport for 2004:

”The need for aircraft varies depending mainly on short and long term production plans, seasonal variations and business environment factors. The drawdown that has taken place since 2001 for approximately 30 aircraft has been handled on a current basis through sales and leases, as well as leasing contracts that have come due. In the fall of 2004 the decision was made to take a further 10 aircraft out of production for Scandinavian Airlines Businesses due to the overcapacity in the market and the opportunity to utilize the remaining aircraft fleet more efficiently.”

Med andre ord vil SAS i løpet av femårsperioden 2001 til 2005 som et ledd i å tilpasse seg et svekket trafikkgrunnlag, ha kvittet seg med til sammen 40 fly, i gjennomsnitt 8 enheter per år.

Det går frem av SAS’ brev av 17. januar 2005 at flykostnader er variable i løpet av en tidsperiode på [...] ⁷⁸ måneder, mens pilotkostnader er variable i løpet av en tidsperiode på [...] ⁷⁹ måneder. Konkurransetilsynet finner det ikke nødvendig å gå inn på om de angitte tidsperiodene er korrekte. Konkurransetilsynet mener at dersom kapasitetskutt er uunngåelig for å oppnå resultatmessig balanse, må de gjennomføres uansett. I en slik situasjon vil alle kostnader knyttet til å opprettholde kapasiteten på en rute, herunder pilotkostnader og flykostnader, måtte bli betraktet som variable på rutenivå. Dette er i tråd med den kostnadskategoriseringen Konkurransetilsynet presenterte for SAS i møte 9. juni 2004 og som ble lagt til grunn i tilsynets varsel. Konkurransetilsynet understreker at når SAS faktisk foretar planlagte justeringer i kapasiteten, så påvirker dette kostnadsnivået på ruten. Kostnadene varierer dermed med produksjonen på ruten. Det vises i denne forbindelse til en rapport utarbeidet av professor Trond Bjørnenak.

Vedlegg 3: Rapport fra professor Trond Bjørnenak, Relevante rutekostnader i SAS - begreper, metoder og grunnleggende kriterier.

8.5 Anvendelse av AKZO-testen på ruten Oslo-Haugesund

Konkurransetilsynet vil i det følgende vurdere om SAS’ prising i mai og juni 2004 på ruten Oslo-Haugesund utgjør en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i strid med forbudet i konkurranseloven § 11.

For å undersøke om en SAS bedriver ulovlig underprising benytter Konkurransetilsynet den kostnadstesten som det er redegjort for ovenfor i punktene 8.2 og 8.3. I overensstemmelse med AKZO-dommen foretar Konkurransetilsynet en vurdering av i hvilken grad SAS’ gjennomsnittlige inntekter dekker foretakets gjennomsnittlige variable og faste kostnader på ruten. Kostnadstesten baseres på ruteregnskapet slik det utarbeides av SAS.

Utilbørlig underprising innebærer at et foretak setter en så lav pris at den ikke dekker kostnaden ved å produsere enheten. Konkurransetilsynet legger til grunn at pris og kapasitet er to sider av samme sak. Dersom det dominerende foretaket enten senker prisene, tilbyr mer kapasitet eller

⁷⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁷⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

benytter en kombinasjon av begge disse virkemidlene vil det innebære lavere inntekter og/eller høyere kostnader.

SAS er en nettverksoperatør. Inntektspostene i ruteregnskapet inkluderer alle inntektene SAS har på ruten. Inntekter som foretaket har på andre ruter fordi det betjener ruten Oslo-Haugesund, såkalte nettverksinntekter, fremkommer imidlertid ikke i ruteregnskapet.

Konkurransetilsynet er enig med SAS i at nettverksinntekter kommer i tillegg til inntektene som er vist i ruteregnskapet. Konkurransetilsynet er imidlertid ikke enig med SAS i at det er de totale nettverksinntekter som skal inkluderes i kostnadstesten. Dette ville være det samme som å anta at en marginal nedgang i produksjonen i form av et redusert antall avganger eliminerer nettverksinntektene på alle rutens avganger. Dette er åpenbart ikke riktig. Konkurransetilsynet vil derfor ikke inkludere de totale nettverksinntektene i den kostnadstesten som gjennomføres nedenfor. Konkurransetilsynet vil i punkt 8.7 nedenfor foreta en separat drøftelse av betydningen av nettverksinntekter på ruten Oslo-Haugesund. Som det vil fremgå av denne drøftelsen legger tilsynet til grunn at det er endringen i nettverksinntekt som følge av at antallet avganger reduseres, som er det relevante.

Basert på kostnadskategoriseringen til henholdsvis Konkurransetilsynet og SAS, blir resultatet av AKZO-testen som vist i tabellene 3 og 4. Tallene i parentes refererer seg til resultatpostene i ruteregnskapet i tabell 2. Dekningsbidrag måler om gjennomsnittlige inntekter var høyere enn gjennomsnittlige variable kostnader. Ruterresultat måler om gjennomsnittlige inntekter var høyere enn gjennomsnittlige totale kostnader. Tabellene viser at ruterresultatet ikke berøres av kostnadskategoriseringen og at SAS' gjennomsnittlige inntekter ikke dekket de gjennomsnittlige totale kostnadene uavhengig av kostnadskategoriseringen. I denne beregningen er som nevnt nettverksinntekter ikke inkludert, men som det vil fremgå av punkt 8.7 nedenfor er de relevante nettverksinntektene av en slik begrenset størrelse at de ikke endrer resultatet av kostnadstesten.

Tabell 3 viser kostnadstesten basert på SAS' egen kostnadskategorisering.

Tabell 3:

[...]⁸⁰

Basert på SAS' kostnadskategorisering var de gjennomsnittlige totale kostnader i perioden mai og juni 2004 henholdsvis [...] ⁸¹ prosent høyere enn de gjennomsnittlige ruteinntektene. Selv om SAS' kostnadskategorisering legges til grunn, følger det altså av AKZO-dommen at foretaket har bedrevet utilbørlig underprising dersom det i tillegg kan påvises at foretaket hadde til hensikt å presse konkurrenten ut av markedet. Som det fremgår av punkt 8.7 nedenfor vil konklusjonen være den samme selv om de relevante nettverksinntektene inkluderes.

Tabell 4 viser kostnadstesten basert på Konkurransetilsynets kostnadskategorisering.

Tabell 4:

[...]⁸²

⁸⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Basert på Konkurransetilsynets kostnadskategorisering, var de gjennomsnittlige variable kostnadene i mai og juni 2004 henholdsvis [...] ⁸³ kroner høyere enn ruteinntektene, tilsvarende samlet [...] ⁸⁴ prosent av ruteinntekten. Rutesultatet utgjorde for mai og juni 2004 et underskudd på henholdsvis [...] ⁸⁵ millioner kroner, tilsvarende samlet [...] ⁸⁶ prosent av ruteinntekten i mai og juni.

I henhold til AKZO-dommen foreligger det som nevnt en presumsjon for at det foreligger utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling dersom et foretak ikke dekker de gjennomsnittlige variable kostnadene.⁸⁷ Basert på Konkurransetilsynets kostnadskategorisering dekket SAS ikke sine gjennomsnittlige variable kostnader i perioden mai og juni 2004. Det fremgår av punkt 8.9.2 nedenfor at SAS heller ikke dekket sine gjennomsnittlige variable kostnader i perioden forut for 1. mai 2004. Som vist i punkt 8.7 gjelder dette også når de relevante nettverksinntektene inkluderes. Etter AKZO-dommen foreligger det derfor en presumsjon om at SAS har hatt til hensikt å eliminere Coast Air fra markedet i strid med konkurranseloven § 11, og det er derfor ikke nødvendig å påvise en ytterligere hensikt. Konkurransetilsynet vil likevel i punkt 8.9 nedenfor foreta en vurdering av SAS' observerbare atferd og subjektive forhold for ytterligere å underbygge at SAS har hatt en slik hensikt. Konkurransetilsynet vil gjennom den analysen vise at SAS' handlinger og tilpasninger ikke kan forklares på andre måter enn at selskapet har hatt en strategi om å eliminere Coast Air fra ruten.

8.6 Alternativ kostnadstest

I utgangspunktet er det de marginale kostnader og inntekter som avgjør hvordan et selskap må tilpasse seg for å oppnå størst mulig overskudd. Normalt vil det lønne seg for et selskap å øke produksjon fram til det punkt der marginalinntekten (grenseinntekten) blir mindre enn marginalkostnaden (grensekostnaden). Ved en større produksjon enn dette vil selskapet tape på å produsere den siste enheten, siden marginalinntekten normalt er synkende, mens marginalkostnaden er stigende. Det vil derfor lønne seg for selskapet å produsere noe mindre, og heller ta en litt høyere pris.

Fordi det er vanskelig å måle de marginale kostnadene og inntektene, har som nevnt EF-domstolen i AKZO-dommen lagt til grunn en forenklet tilnærming, som tar utgangspunkt i de gjennomsnittlige variable kostnadene og inntektene. I de aller fleste tilfeller vil dette innebære en lempeligere test for det dominerende foretaket enn en test som tar utgangspunkt i marginale størrelser. Årsaken er at marginalkostnaden normalt stiger med produksjonsvolumet. Tilleggs-kostnaden for den sist produserte enheten er derfor høyere enn den gjennomsnittlige variable kostnaden. I tillegg kommer at marginalinntekten er synkende og derfor normalt lavere enn gjennomsnittsinntekten per enhet. Selskapet tjener således mindre på den siste enheten enn gjennomsnittet for de tidligere enhetene. Begge deler trekker i retning av at AKZO-testen slipper gjennom en del tilfeller som ville rammes av en stringent og økonomisk korrekt marginalbetragtning.⁸⁸

⁸³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁸⁷ AKZO-dommen premiss 71.

⁸⁸ Se Frode Steen og Lars Sørgard, Rovadferd i norsk luftfart? (Rapport til Konkurransetilsynet, 2004), punkt 5.2 og 5.3.

Konkurransetilsynet mener at resultatene fra AKZO-testen i denne saken er tilstrekkelig til å konstatere at SAS har hatt som hensikt å eliminere Coast Air fra markedet. Konkurransetilsynet mener at det derfor ikke er nødvendig å foreta en alternativ kostnadstest basert på en beregning av marginalinntekter og marginalkostnader.

SAS har i pkt 14.11.3 i sitt brev av 17. januar beregnet antatt lønnsomhet ved en frekvensreduksjon på ruten, basert på en slik alternativ kostnadstest som angitt ovenfor. Som nevnt hadde SAS på ruten Oslo-Haugesund fem daglige avganger. Formålet med beregningen er å anslå lønnsomheten av å redusere antall daglige avganger fra fem til fire. Grunnlaget for beregningen er ruter resultatet for de tre månedene april – juni 2004.

Konkurransetilsynet vil på denne bakgrunn likevel benytte den alternative kostnadstesten til å foreta en analyse av om det hadde vært lønnsomt for SAS å fjerne én avgang på ruten Oslo-Haugesund på det tidspunktet ruteopplegget ble fastsatt. I denne analysen vil tilsynet ta utgangspunkt i SAS' egne beregninger av lønnsomheten ved en frekvensreduksjon. Som det vil fremgå nedenfor mener Konkurransetilsynet at resultatene fra denne testen bidrar til ytterligere å underbygge at SAS har hatt en hensikt om å eliminere Coast Air fra markedet.

Effekten på lønnsomheten beregnes ved å anslå hvordan volum, pris og kostnader ville blitt påvirket av at antall daglige avganger reduseres fra fem til fire. Det er imidlertid mulig for SAS å gjennomføre en mindre nedgang i kapasiteten, for eksempel ved å bare kutte den femte avgangen enkelte dager. Dersom det er mulig for SAS å oppnå samme prisøkning med en mindre reduksjon i frekvensen, er det grunn til å tro at en reduksjon i kapasiteten hadde vært enda mer lønnsomt enn det som følger av beregningen gjengitt i tabell 6 og 7 nedenfor.

Volumeffekten består av to faktorer, frekvens og kabinfaktor. Dersom ingen passasjerer på den kansellerte avgangen benytter én av de andre fire avgangene vil volumeffekten bli lik nedgangen i frekvens. Dersom alle passasjerene på den kansellerte avgangen benytter en av de andre avgangene, vil volumeffekten bli null, dvs at antall passasjerer ikke påvirkes av at én avgang innstilles.

I sin beregning tar SAS utgangspunkt i at ved å fjerne en rundtur per dag, blir antallet avganger tilbudt av SAS redusert fra 32 til 24, som tilsvarer en reduksjon i frekvensen på 25 prosent.

SAS viser til at foretaket i mai 2004 hadde en kabinfaktor på [...] ⁸⁹ prosent og benytter denne kabinfaktoren som utgangspunkt for sin beregning av effekten på kabinfaktor. Videre viser SAS til at det i praksis ikke er mulig å oppnå høyere kabinfaktor enn [...] ⁹⁰ prosent. SAS legger derfor til grunn at det ikke ville vært mulig å øke kabinfaktoren med mer enn [...] ⁹¹ prosentpoeng i forbindelse med en reduksjon av frekvensen.

På denne bakgrunn finner SAS at volumeffekten av å redusere antallet daglige avganger fra fem til fire ville vært [...] ⁹² prosent.

Konkurransetilsynet vil beregne alternative anslag for volumeffekten av redusert frekvens. For beregningene vil tilsynet benytte SAS' forutsetning om at antallet ukentlige avganger reduseres med 25 prosent fra 32 til 24.

⁸⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Konkurransetilsynet vil imidlertid ta utgangspunkt i en lavere kabinfaktor enn det SAS benytter. En kabinfaktor på [...] ⁹³ prosent var ikke representativ for kabinfaktoren på ruten Oslo-Haugesund, og kan derfor etter tilsynets oppfatning ikke legges til grunn når effekten av redusert frekvens på kabinfaktoren skal anslås. I planleggingen av kapasiteten for hele sommersesongen 2004 måtte SAS ta utgangspunkt i tidligere erfaringer med kabinfaktor på denne ruten. I figur 2 er utviklingen i kabinfaktor vist på ruten Oslo-Haugesund.

Figur 2:

[...] ⁹⁴

Det er sannsynlig at kapasiteten på ruten for sommeren 2004 ble bestemt i god tid på forhånd. Det fremgår av figur 2 at kabinfaktoren SAS hadde på ruten Oslo-Haugesund i perioden fra januar 2002 til desember 2003 varierte mellom [...] ⁹⁵ prosent. Gjennomsnittlig kabinfaktor for ulike perioder er vist i nedenstående tabell.

Tabell 5:

[...] ⁹⁶

Konkurransetilsynet aksepterer at [...] ⁹⁷ prosent kan representere et tak på oppnåelig kabinfaktor på ruten. Tilsynet aksepterer imidlertid ikke at en kabinfaktor på [...] ⁹⁸ prosent benyttes som basis for å anslå hvor mye kabinfaktoren ville økt som følge av redusert frekvens. Ved å ta utgangspunkt i en høy kabinfaktor oppnår SAS at potensialet for å øke kabinfaktoren blir begrenset. I sitt regneeksempel benytter SAS [...] ⁹⁹ prosent som et utgangspunkt med den følge at det bare er mulig å øke kabinfaktoren med [...] ¹⁰⁰ prosentpoeng. Basert på SAS faktiske kabinfaktor på ruten, ville [...] ¹⁰¹ prosent kabinfaktor vært et naturlig nivå å ta utgangspunkt i for å beregne hvor stort potensialet for å øke kabinfaktoren var. Med dette utgangspunktet ville det vært mulig for SAS å øke kabinfaktoren med inntil [...] ¹⁰² prosentpoeng uten å komme opp i en kabinfaktor på over [...] ¹⁰³ prosent.

⁹³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

⁹⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁰⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁰¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁰² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

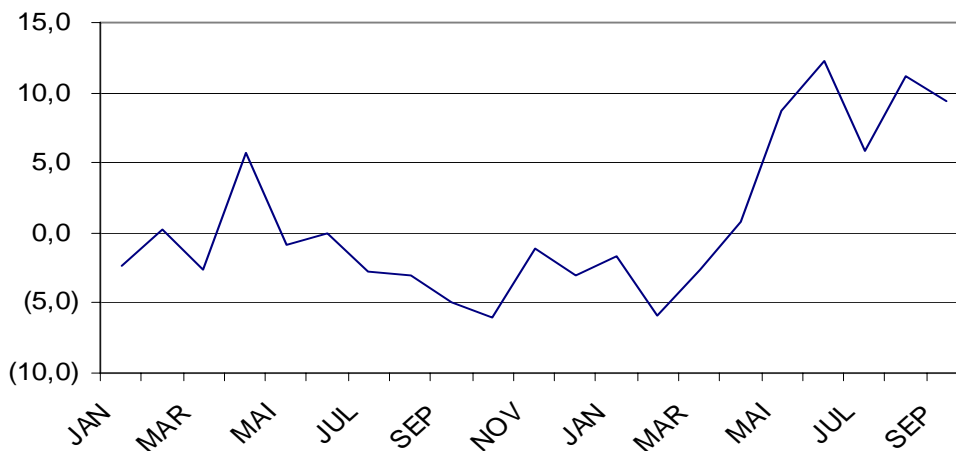
¹⁰³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

At SAS er for forsiktige i sitt anslag på muligheten til å øke kabinfaktoren underbygges av de faktiske trafikk tallene på ruten. SAS hadde [...] ¹⁰⁴ prosent av den samlede kapasiteten på ruten i perioden da både SAS og Coast Air fløy ruten. Det går frem av figur 2 at SAS' kabinfaktor falt som følge av Coast Airs etablering i juni 2003. Videre at den etter at Coast Air stanset sine flygninger økte med nesten [...] ¹⁰⁵ prosentpoeng fra [...] ¹⁰⁶ til [...] ¹⁰⁷. På basis av det ovenstående finner Konkurransetilsynet at en reduksjon i antall daglige avganger fra fem til fire ville ført til en økning i kabinfaktoren på [...] ¹⁰⁸ prosentpoeng, ikke [...] ¹⁰⁹ prosentpoeng slik SAS legger til grunn.

Figur 3:

SAS' rute Oslo - Haugesund 2002-04

%-vis endring i kabinfaktor i forhold til samme måned forrige år



Konkurransetilsynet finner at produktet av redusert frekvens og økt kabinfaktor ville vært en nedgang i volumet på [...] ¹¹⁰ prosent, ikke [...] ¹¹¹ prosent slik SAS legger til grunn.

En reduksjon i kapasiteten vil også ha en prisseffekt. SAS legger til grunn at kapasitetsnedgangen på [...] ¹¹² prosent ville ført til en prisøkning på [...] ¹¹³ prosent.

¹⁰⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁰⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁰⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁰⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁰⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

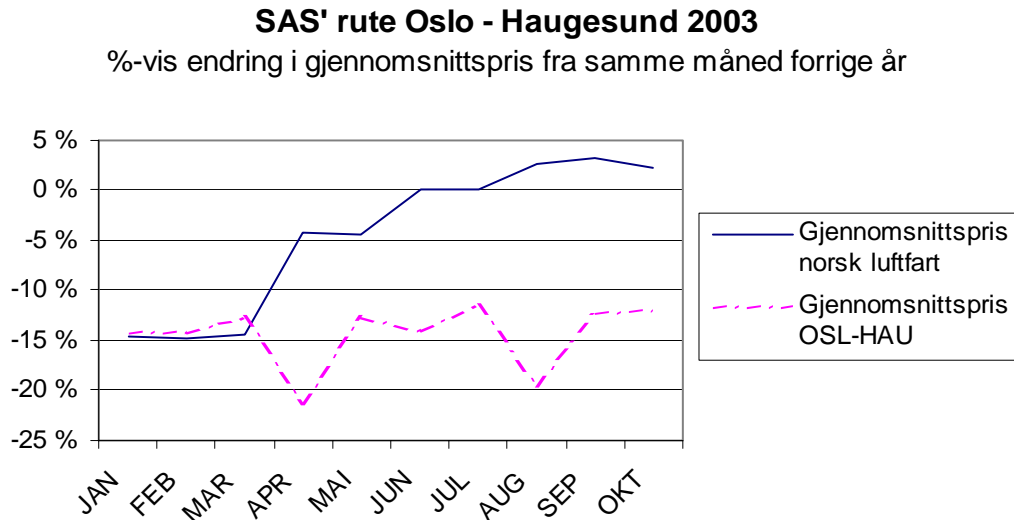
¹⁰⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹¹⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹¹¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹¹² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Figur 4:



Figur 4 viser prisutviklingen på ruten Oslo-Haugesund de første 10 månedene i 2003. Figuren viser effekten på prisen av at kapasiteten på ruten øker. Det går frem av figuren at prisutviklingen på ruten var tilnærmet lik den generelle prisutviklingen for de siste tre månedene av vintersesongen 2002/03, da SAS hadde monopol. Som nevnt ble det kjent i media i mars 2003 at Coast Air ville etablere seg på ruten. Figuren viser at gjennomsnittsprisen på ruten fra april 2003 falt vesentlig i forhold til den generelle prisutviklingen. Prisutviklingen var en konsekvens av at Coast Airs etablering medførte en samlet kapasitetsøkning på ruten på 10 prosent. Med bakgrunn i den observerte prisutviklingen på ruten etter at Coast Air etablerte seg, konkluderer Konkurransetilsynet med at priseffekten av å redusere kapasiteten med [...] ¹¹⁴ prosent ville være mer enn [...] ¹¹⁵ prosent. Tilsynet anslår priseffekten av en slik kapasitetsreduksjon til [...] ¹¹⁶ prosent.

Reduksjon i antall avganger vil altså få konsekvenser for kabinfaktor og gjennomsnittspris. I nedenstående tabell oppsummeres resultateffekten av å redusere kapasiteten.

Tabell 6:

¹¹³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹¹⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹¹⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹¹⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

[...]¹¹⁷

Det fremgår av tabell 6 at selv under SAS' forutsetninger om resultatet av en frekvensnedgang og hva som er variable kostnader, ville redusert frekvens vært lønnsom dersom det førte til en reduksjon i volumet på [...]¹¹⁸ prosent samt en økning i gjennomsnittsprisen på [...]¹¹⁹ prosent. Det fremgår videre at avgangsreduksjonen ville vært svært lønnsom med volumreduksjon på [...]¹²⁰ prosent og en økning i gjennomsnittsprisen på [...]¹²¹ prosent. Det følger av drøftelsen ovenfor at dette er realistiske forutsetninger.

I sitt brev av 17. januar 2005 anslår SAS at kostnadene for månedene april, mai og juni 2004 ville blitt redusert med [...]¹²² millioner kroner som følge av en reduksjon i kapasiteten på [...]¹²³ prosent. Når SAS anslår hvilke kostnader som faller bort hvis én avgang innstilles, tar foretaket utgangspunkt i kansellering av den planlagte avgangen. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er dette ikke et korrekt utgangspunkt for vurderingen. Utarbeidelse av ruteopplegget, herunder antall avganger på ruten skjer to ganger i året i forbindelse med planleggingen av rutesesongen. De relevante kostnadene for vurderingen er hvilke kostnader som påvirkes av at ruten planlegges operert med fire i stedet for fem daglige avganger.

Oppsummeringsvis tar Konkurransetilsynet utgangspunkt i hvilke kostnader som faller bort dersom det planlegges å fjerne én daglig avgang. SAS tar utgangspunkt i hvilke kostnader som faller bort dersom en planlagt avgang innstilles. I sin analyse tar SAS bare med de avgangsspesifikke kostnadene, mens tilsynet inkluderer alle variable kostnader.

Som nevnt i punkt 8.7 nedenfor, finner Konkurransetilsynet at den relevante nettverkseffekten av en kapasitetsreduksjon fra fem til fire daglige avganger var [...]¹²⁴ prosent av ruteinntekten. I perioden april – juni 2004 var ruteinntekten [...]¹²⁵ kroner. Bortfallet av nettverksinntekter utgjør dermed etter Konkurransetilsynets mening [...]¹²⁶ kroner. I nedenstående tabell er lønnsomheten av en frekvensreduksjon beregnet, basert på SAS og tilsynets kategorisering av variable kostnader. Hensyn tatt til nettverksinntekter på [...]¹²⁷ prosent av ruteinntekten, blir resultatene som følger:

Tabell 7:

¹¹⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹¹⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹¹⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹²⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹²¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹²² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹²³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹²⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹²⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹²⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹²⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

[...] ¹²⁸

Beregningene viser at en frekvensreduksjon ville vært lønnsom med SAS' vurdering av hva som er unngåelige kostnader selv om kabinfaktoren bare hadde økt med [...] ¹²⁹ prosentpoeng.

Oppstillingen viser at det er feil når SAS hevder at foretaket ville tapt betydelig mer på en frekvensreduksjon enn selskapet gjorde i perioden. Årsaken er at SAS legger uriktige forutsetninger til grunn for beregningen. Det er sannsynlig at redusert frekvens ville gitt grunnlag for større prisøkning enn hva SAS legger til grunn. SAS ser også bort fra det faktum at en planlagt reduksjon i frekvensen får andre kostnadmessige konsekvenser enn en kansellering av en planlagt avgang. I SAS' beregning inngår bare avgangsspesifikke kostnader. Etter Konkurransetilsynets vurdering er dette ikke riktig. Ved en planlagt frekvensreduksjon ville SAS spart alle variable kostnader. Selv om SAS' egen kostnadskategorisering legges til grunn finner Konkurransetilsynet at en frekvensreduksjon sannsynligvis ville vært lønnsom og bedret ruter resultatet med [...] ¹³⁰ kroner, tilsvarende [...] ¹³¹ prosent av ruteinntekten for perioden.

Konkurransetilsynets analyse viser at SAS har valgt en strategi som på kort sikt var mindre lønnsom enn å fjerne en avgang. Etter Konkurransetilsynets oppfatning bidrar denne alternative kostnadstesten testen til å ytterligere underbygge resultatene fra AKZO-testen, som gir en presumsjon for at SAS har hatt til hensikt å eliminere Coast Air fra markedet.

8.7 Betydningen av SAS' nettverksinntekter

Konkurransetilsynet har vurdert om det foreligger en legitim begrunnelse for SAS' atferd, som kan tilbakevise presumsjonen om at SAS har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av markedet. I denne forbindelse har Konkurransetilsynet særlig vurdert om SAS har hatt inntekter på andre ruter som opereres av SAS, fordi selskapet flyr ruten Oslo-Haugesund, såkalte nettverksinntekter. Slike nettverksinntekter fremgår ikke av ruteregnskapet for ruten. De relevante nettverkseffektene er inntekter på andre ruter som SAS ville gått glipp av dersom rutetilbudet på Oslo-Haugesund hadde blitt redusert. Dersom de relevante nettverkseffektene er tilstrekkelige store, kan de begrunne at gjennomsnittlig inntekt (slik den fremkommer av ruteregnskapet uten nettverksinntekter) er lavere enn kostnadene på ruten samlet sett. SAS' atferd vil i så tilfelle være lønnsom i lys av nettverksinntektene.

I sitt brev av 17. januar 2005 anslår SAS nettverksbidraget fra ruten Oslo-Haugesund til å ha vært [...] ¹³² kroner i 2003, tilsvarende [...] ¹³³ prosent av inntektene på ruten. For 2002 og 2004 anslår SAS at nettverksinntektene utgjorde henholdsvis [...] ¹³⁴ prosent av ruteinntektene.

De anslagene SAS gir er betydelig høyere enn anslag for nettverksinntektene som er gitt i andre sammenhenger. Av dokumenter som Konkurransetilsynet beslagla under bevissikringen hos SAS

¹²⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹²⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹³⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹³¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹³² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹³³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹³⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

fremgår det at SAS regner med å gå glipp av nettverksinntekter på [...] ¹³⁵ prosent av ruteinntekten, dersom ruten Oslo-Haugesund legges ned, se vedlegg 1.

I rapporten utarbeidet for SAS av RBB Economics, anslås nettverksinntektene på ruten Oslo-Haugesund til å utgjøre [...] ¹³⁶ prosent av ruteinntekten. ¹³⁷ I rapporten sier RBB at de ikke har sett på alle data på ruten, men utsagnet kan likevel antyde at [...] ¹³⁸ prosent er for høyt.

Konkurransetilsynet legger som nevnte ovenfor i punkt 8.5 til grunn at det ikke er rutens totale nettverksinntekter som skal legges til grunn i vurderingen. SAS hadde fem daglige avganger. Det er åpenbart ikke slik som SAS hevder at nettverksinntektene hadde blitt redusert fra [...] ¹³⁹ kroner i 2003 da selskapet hadde fem daglige avganger, til null dersom SAS hadde redusert kapasiteten på ruten. Det ville bare være relevant å ta hensyn til de totale nettverksinntektene dersom alternativene til SAS enten var å holde virksomheten uforandret eller å legge ned hele virksomheten på ruten. Konkurransetilsynet har ikke grunnlag for å anta at det ville være et alternativ for SAS å trekke seg ut fra ruten, og at det heller ikke ville være et rasjonelt alternativ å holde virksomheten uforandret, gitt konkurransesituasjonen etter Coast Airs inntreden i markedet.

Konkurransetilsynet legger til grunn at SAS har anledning til å foreta større eller mindre justeringer i sin kapasitet med det mål å oppnå best mulig resultat. Det er derfor ikke de totale nettverksinntektene på ruten som er relevante for vurderingen, men hvordan nettverksinntektene blir påvirket av å justere antall avganger. Det sentrale spørsmålet når det gjelder betydningen av nettverkseffekter, er altså hvor mye inntektene fra SAS' øvrige ruter ville blitt redusert dersom SAS, da foretaket planla ruteopplegget for vintersesongen 2003/2004 og sommersesongen 2004, hadde foretatt en viss reduksjon i rutetilbudet på ruten Oslo-Haugesund.

Flyprogrammene utarbeides ifølge SAS som sommerprogram for april-oktober (7 mnd) og vinterprogram for november-mars (5 mnd). Når planene for et nytt år fastsettes på høsten, inkluderer det derfor resten av et påbegynt vinterprogram, et nytt sommerprogram og en forutsetning om kommende års vinterprogram. Ved planlegging av ruteopplegget må SAS ta stilling til hvilket antall avganger som er optimalt, herunder ta stilling til hvordan inntekter og kostnader blir påvirket av endringer i kapasiteten.

Konkurransetilsynet mener at SAS ved planleggingen av vintersesongen 2003/2004 og sommersesongen 2004 kunne ha tilpasset sin kapasitet på en måte som bare i ubetydelig grad ville ha redusert nettverksinntekten. Dersom antall daglige avganger hadde blitt redusert fra fem til fire, ville det bare påvirket marginalt nettverksinntektene fra de fire avgangene som fortsatte uforandret. Effekten på nettverksinntektene til SAS av å kutte én avgang på ruten Oslo-Haugesund er det antall nettverkspassasjerer (passasjerer som benytter SAS til/fra en destinasjon uten direkteforbindelse til Haugesund) som dropper reisen som følge av at den femte avgangen innstilles. Dersom alle nettverkspassasjerer på den femte avgangen benytter én av de fire andre avgangene er nettverksinntektene uforandret av kapasitetsreduksjonen. Dersom alle nettverkspassasjerene på den femte avgangen dropper reisen vil nettverksinntektene på ruten bli redusert med mindre enn [...] ¹⁴⁰ prosent av ruteinntekten. ¹⁴¹ Hvis [...] ¹⁴² prosent av

¹³⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹³⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹³⁷ RBB Economics, Summer routes – interim profitability assessment (Rapport til SAS, 2003), side 25.

¹³⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹³⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁴⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

nettverkspassasjerene dropper reisen som følge av at den femte avgangen innstilles, reduseres nettverksinntektene på ruten med [...] ¹⁴³ prosent. Hvis [...] ¹⁴⁴ prosent av nettverkspassasjerene dropper reisen som følge av at den femte avgangen innstilles, reduseres nettverksinntektene på ruten med [...] ¹⁴⁵ prosent. Konkurransetilsynet finner på denne bakgrunn at nettverksinntektene på ruten Oslo-Haugesund ville blitt redusert med [...] ¹⁴⁶ prosent av ruteinntekt som følge av at antallet daglige avganger hadde blitt redusert med én, fra fire til fem. Konsekvensen av dette er at den relevante nettverkseffekten i en kostnadstest utgjør [...] ¹⁴⁷ prosent av ruteinntekten.

Ovenstående underbygges av data fra ruteregnskapene. Tabell 8 nedenfor gir en oppstilling over sammenhengen mellom kapasitetstilbudet, antallet punkt-til-punkt-passasjerer og antallet gjennomgående passasjerer på rutene Oslo-Bergen og Oslo-Stavanger. Den mest relevante perioden å fokusere på er endringen fra sommeren 2002 til sommeren 2003. Som respons på Norwegianians etablering kuttet da SAS henholdsvis 19 og 20 prosent av sin kapasitet på rutene Oslo-Bergen og Oslo-Stavanger.

Tabell 8 viser at antallet punkt-til-punkt-passasjerer falt omtrent på linje med reduksjonen i kapasitet. For de gjennomgående passasjerene er bildet annerledes. På ruten Oslo-Bergen førte kapasitetsnedgangen på [...] ¹⁴⁸ prosent til at antallet gjennomgående passasjerer falt med [...] ¹⁴⁹ prosent. På ruten Oslo-Stavanger førte kapasitetsreduksjonen til en nedgang i antallet gjennomgående passasjerer med [...] ¹⁵⁰ prosent.

I senere sesonger er ikke endringene i kapasitet like stor. Den mest markante endringen i antallet passasjerer er nedgangen i antallet gjennomgående passasjerer på ruten Oslo-Bergen på 9 prosent fra sommeren 2003 til sommeren 2004. Nedgangen skyldes ikke rutetilbudet, siden SAS denne sommeren opererte med uforandret kapasitet fra sommeren 2003. En mulig årsak kan være at Norwegian utvidet sitt rutetilbud betydelig i samme periode, med ruter til utlandet både fra Bergen og Oslo.

Tabell 8 underbygger konklusjonen i Konkurransetilsynets drøftelse om at endringen i nettverksinntekter som følge av en marginal kapasitetsreduksjon utgjør i størrelsesorden [...] ¹⁵¹ prosent av ruteinntekten.

¹⁴¹ [...] Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁴² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁴³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁴⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁴⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁴⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁴⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁴⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁴⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁵⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁵¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Tabell 8:

[...] ¹⁵²

Tabell 9 nedenfor viser sammenhengen mellom kapasitetstilbudet og nettverksinntekter på ruten Oslo-Haugesund.

Tabell 9:

[...] ¹⁵³

Tabell 9 viser en større forholdsmessig nedgang i antallet gjennomgående passasjerer på ruten Oslo-Haugesund enn tabell 8 viser for rutene Oslo-Bergen og Oslo-Stavanger. Etter Konkurransetilsynets vurdering er det sannsynlig at dette først og fremst skyldes andre forhold enn kapasitetsnedgang.

Konkurransetilsynet legger til grunn at Coast Airs etablering på ruten Oslo-Haugesund 1. juni 2003 ikke påvirket SAS nettverksinntekter. Dette er begrunnet i at Coast Air ikke hadde noe rutetilbud fra Oslo til andre destinasjoner, mens SAS hadde et omfattende frekvens- og destinasjonstilbud videre fra Oslo og kunne tilby gjennomgående billetter og innsjekking av bagasje til sluttdestinasjonen.

Konkurransetilsynet mener imidlertid at Ryanairs etablering på ruten Haugesund-London Stansted 30. april 2003 hadde en effekt på SAS' nettverksinntekter og kan forklare at nedgangen i antallet gjennomgående passasjerer på ruten Oslo-Haugesund var større enn på øvrige ruter. Konkurransetilsynet legger til grunn at en del reisende fra Haugesund til London benyttet Ryanairs direkte rute i stedet for SAS' forbindelse via Oslo til London. Som det fremgår nedenfor har tilsynet flere holdepunkter for dette. Konkurransetilsynet er derfor ikke enig med SAS i at nedgangen i antallet passasjerer med SAS som flyr videre til London i hovedsak er et resultat av andre forhold enn Ryanairs oppstart.

Det uttales det både i NRK Rogaland 8. oktober 2003 og på nettstedet boarding.no 8. oktober 2003 at Ryanairs etablering medførte et redusert passasjergrunnlag for SAS på ruten Oslo-Haugesund.

Vedlegg 4: Utskrift av uttalelse i NRK Rogaland 8. oktober 2003

Vedlegg 5: Utskrift av uttalelse fra Boarding.no 8. oktober 2003

Videre kom Stasjonssjef Ove Tungesvik i SAS med følgende uttalelse til Radio 102 gjengitt på nettstedet boarding.no 21. desember 2003:

"Etter at Coast Air startet å fly Haugesund-Oslo har vi merket det på belegget, men Ryanairs rute er også et konkurransemoment, i og med at haugalendingers reisevaner endrer seg med en utenlandsrute fra den lokale flyplassen."

Vedlegg 6: Utskrift av uttalelse fra Boarding.no 21. desember 2003

¹⁵² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁵³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

Ryanairs etablering på ruten Haugesund-London hadde altså antakelig også en betydning for valg av reisemål, ved at London ble foretrukket av en del reisende på grunn av Ryanairs gode tilbud. Dette er forhold som ytterligere kan ha påvirket SAS' nettverksinntekter.

Som vist i tabell 9 ovenfor var det et negativt skift i antallet gjennomgående passasjerer på 5 prosent den sesongen Ryanair etablerte seg. Fra slutten av november 2003 satte Ryanair inn et større fly på ruten, og antall tilgjengelige seter økte til 110 000 per år. Den første vintersesongen med konkurranse fra Ryanair var nedgangen i antallet gjennomgående passasjerer på 9 prosent. Det negative skiftet i antallet gjennomgående passasjerer som skjedde sommeren 2003 vedvarte sommeren 2004, og det er en ytterligere reduksjon på 2 prosent.

Konkurransetilsynet mener at disse omstendighetene indikerer at SAS hadde en viss nedgang i nettverksinntektene på ruten Oslo-Haugesund som følge av Ryanairs etablering. Dette reduserte trafikkgrunnet for gjennomgående passasjerer, noe som kan tale for at SAS etter Ryanairs etablering kunne redusert sin kapasitet uten at nettverksinntektene ville blitt redusert vesentlig.

Konkurransetilsynet har gjennom det ovenstående vist at dersom SAS hadde redusert sitt rutetilbud med én avgang på ruten Oslo-Haugesund, ville nettverksinntekten bli redusert med [...] ¹⁵⁴ prosent av ruteinntekten. I mai og juni 2004 var SAS' inntekter på ruten [...] ¹⁵⁵ prosent lavere enn de variable kostnadene. Det faktum at SAS ikke dekket sine gjennomsnittlige variable kostnader kan derfor ikke forklares rasjonelt gjennom nettverksinntekter. SAS kunne ha tilpasset sin kapasitet på en måte som bare i ubetydelig grad ville ha redusert nettverksinntekten samtidig som inntjeningen ville blitt forbedret.

8.8 Andre mulige legitime begrunnelser for SAS' atferd

Konkurransetilsynet har også vurdert om det er andre mulige forklaringer enn nettverksinntekter, som kan tilbakevise presumsjonen om at SAS har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av markedet.

SAS anfører at Konkurransetilsynet ikke kan bruke utviklingen i priser og inntekter på ruten som bevis for intensjon om å presse Coast Air ut av markedet. SAS mener at nedgang i gjennomsnittspris og at derav påfølgende inntektsreduksjon er en helt naturlig konsekvens av konkurranse, og at SAS' atferd derfor ikke kan være forbudt.

Konkurransetilsynet legger til grunn at SAS' inntektsfall etter Coast Airs etablering ikke kan forklares med en naturlig tilpasning til konkurransen. Konkurransetilsynet er enig i at en endring fra å være eneoperatør til en konkurransesituasjon kan medføre en inntektsreduksjon. Etter Konkurransetilsynets vurdering er det verken i norsk konkurranserett eller i EU/EØS-konkurranseretten en adgang for et dominerende foretak til å møte konkurranse med konkurranseskadelig underprising. Det ble slått fast i Wanadoo-avgjørelsen at selv om det ikke er forbudt i ethvert tilfelle for et dominerende foretak å ta etter konkurrentens priser, så kan det ikke tillates dersom det innebærer at selskapet ikke dekker kostnadene knyttet til leveransen. Videre ble det slått fast at selv om en dominerende stilling ikke er til hinder for at foretaket kan forsvare sine økonomiske interesser, så kan denne atferden ikke tillates dersom målet nettopp er å forsterke og utilbørlig utnytte foretakets dominerende stilling. Det påhviler således det dominerende foretaket et særlig ansvar for å sørge for at dets atferd ikke skader konkurransen i markedet. ¹⁵⁶

¹⁵⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁵⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁵⁶ Wanadoo-avgjørelsen premiss 315.

SAS kan på denne bakgrunn ikke benytte Coast Air etablering på markedet som en legitim begrunnelse for at de ikke dekket sine kostnader. Konkurransetilsynet vil under punkt 8.9.3 og 8.9.4 nedenfor vise hvordan SAS etter Coast Airs etablering opprettholdt høy kapasitet og reduserte gjennomsnittsprisen på ruten for derved å presse Coast Air ut av markedet.

I brev av 17. januar 2005 punkt 14.5 anfører SAS at resonnementet om at SAS ville presse Coast Air ut av markedet brister, fordi foretaket heller ikke dekket sine variable kostnader i 1999, 2000, 2003 og 2004, dersom Konkurransetilsynets kostnadskategorisering blir lagt til grunn. SAS mener den eneste rasjonelle forklaringen på dette er at Konkurransetilsynets kategorisering av faste og variable kostnader er feil og at tilsynet ikke inkluderer nettverksinntekter.

Konkurransetilsynet er ikke enig i SAS' vurdering. Det er riktig at SAS ikke dekket sine variable kostnader på ruten Oslo-Haugesund i 1999, 2000, 2003 og 2004, men at de dekket sine variable kostnader i 1996, 1997, 1998, 2001 og 2002. I tolv månedersperioden før Coast Air startet sine flygninger, lå ruteinntektene [...] ¹⁵⁷ prosent over gjennomsnittlige variable kostnader. I perioden fra oktober 1998 til oktober 1999 konkurrerte SAS med Braathens på ruten Oslo-Haugesund. SAS' manglende dekning av variable kostnader i 1999 kan derfor skyldes konkurransen med Braathens. I 2003 og 2004 konkurrerte SAS med Coast Air. 2000 var det eneste året SAS var eneoperatør og ikke dekket sine variable kostnader basert på Konkurransetilsynets kostnadskategorisering. Selv om SAS ikke dekket sine variable kostnader i 2000, så utgjorde resultatforbedringen fra året før [...] ¹⁵⁸ kroner av en ruteinntekt på [...] ¹⁵⁹. Som nevnt fløy Braathens på ruten til oktober 1999. Det at SAS tapte penger i 2000 til tross for at foretaket da var eneoperatør kan skyldes at det tar noe tid å tilpasse kapasitet og få gjennomslag for prisendringer etter at konkurrenten har trukket seg ut av markedet. Videre kan eksistensen av storkundeavtaler ha hatt betydning for SAS' resultat. En studie har vist at antallet storkundeavtaler og storkunderabattene økte betydelig fra 1998 til 2000 i norsk luftfart, og at det også ble gitt betydelige rabatter på monopolruter og herunder også ruten Oslo-Haugesund. ¹⁶⁰ Storkundene fikk ofte rabatt på samtlige ruter i et rutenett, inkludert monopolruter. Treghet i endring i storkundeavtaler samt det faktum at det også ble gitt rabatt på monopolruter kan følgelig forklare det dårlige resultatet i 2000 på denne ruten.

I juridisk teori er det reist som problemstilling hvilken vekt en skal legge på en ineffektiv aktørs etablering på markedet. I noen markeder tilsier etterspørselen at det bare er plass til en eller to aktører. Det er uttalt at:

”Vissa marknader kan vara beskaffade så att endast ett eller två företag kan existera samtidigt på grund av avsevärda skalekonomier. Om en aktör gör den felaktiga bedömningen att det finns plats för ytterligare en aktör på marknaden, så kan detta framtinga att samtliga aktörer måste sälja under AVC. Det dominerande företaget ställs därmed inför valet att stanna kvar och göra förluster på marknaden eller lämna den till förmån för en - kanske mindre effektiv - aktör. Skulle dominanten välja att stanna kvar på marknaden och matcha priserna hos en konkurrent, så kommer prissättningen hos dominanten inte nödvändigtvis att betraktas som ett misbruk.” ¹⁶¹

¹⁵⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁵⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁵⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁶⁰ Se Frode Steen og Lars Sjørgard, Konkurransen versus monopol i norsk luftfart (Rapport til Konkurransetilsynet, 2001), punkt 4.3.

¹⁶¹ Lars Henriksson, Retten til priskonkurrens i marknadsdominans (2003), s. 78.

I sitt brev av 17. januar 2005 anfører SAS at de anså Coast Air for å være en ineffektiv aktør. SAS anfører også at det ikke var grunnlag for to aktører på ruten.

Konkurransetilsynet er ikke enig i SAS' vurderinger. Det er flere forhold som tilsier at ruten Oslo-Haugesund kan være lønnsom for mer enn én aktør. For det første var ikke SAS en kostnadseffektiv aktør. Av dokumenter beslaglagt under bevissikringen hos SAS går det frem at Scandinavian Airlines ifølge sine egne analyser i 2004 hadde [...] ¹⁶² prosent høyere enhetskostnader enn en kostnadseffektiv aktør, se vedlegg 2.

For det andre hadde SAS i 2002 på ruten et bidrag til dekning av de faste kostnadene på [...] ¹⁶³ kroner. Det er således ikke riktig når SAS hevder at ruten Oslo-Haugesund isolert sett ikke var lønnsom for én aktør. For det tredje, dersom det var riktig at Coast Air var en ineffektiv aktør, så hadde det ikke vært nødvendig for SAS å sette prisen under de variable kostnadene.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at prising som medfører at et dominerende foretak ikke dekker sine variable kostnader uansett ikke kan rettferdiggjøres gjennom en henvisning til at det egentlig bare er plass til én aktør i markedet. I så tilfelle vil et dominerende foretak som ikke er kostnadseffektivt kunne benytte virkemidler som pris og kapasitet til å presse en mer kostnadseffektiv konkurrent ut av markedet. Konkurransetilsynet mener at dette ikke kan være en korrekt forståelse av forbudet i konkurranseloven § 11 og prinsippene for vurdering av konkurranseskadelig underprising.

8.9 Intensjonsvurdering

8.9.1 Nærmere om intensjon

I henhold til AKZO-testen er det ikke nødvendig å påvise en ytterligere intensjon dersom et dominerende foretak opererer med priser som ikke dekker de gjennomsnittlige variable kostnadene. Det vil i slike situasjoner foreligge brudd på forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, uansett om det foreligger konkrete bevis for intensjon eller ikke. EF-domstolens begrunnelse er at:

*"A dominant undertaking has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position."*¹⁶⁴

Begrunnelsen ovenfor gjelder tilfeller hvor foretaket ikke dekker sine gjennomsnittlige variable kostnader. En slik atferd vil bare være lovlig dersom foretaket har en annen, legitim begrunnelse for den. Det følger også av AKZO-dommen at i de tilfeller hvor foretaket dekker sine gjennomsnittlige variable kostnader, men ikke de gjennomsnittlige totale kostnadene, vil det foreligge et brudd på forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling dersom prissettingen ikke lar seg forklare på andre måter enn at foretaket har en elimineringshensikt. I sistnevnte tilfelle vil det imidlertid være konkurransemyndighetene som har bevisbyrden for at det foreligger hensikt.

I denne saken viser AKZO-testen at SAS' inntekter i hele perioden SAS møtte konkurranse fra Coast Air, herunder mai og juni 2004, ligger under de gjennomsnittlige variable kostnadene. Det foreligger etter Konkurransetilsynets oppfatning ingen legitim forklaring på hvorfor SAS ikke

¹⁶² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁶³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁶⁴ AKZO-dommen premiss 71.

dekker sine variable kostnader. I henhold til AKZO-testen er derfor SAS' atferd i strid med forbudet mot konkurranseskadelig underprising i konkurranse-loven § 11. Dette innebærer at det ikke er nødvendig for Konkurransetilsynet å påvise at SAS i tillegg har hatt til hensikt å eliminere konkurrenten. I denne saken er det imidlertid klare holdepunkter for at SAS' prissetting på ruten Oslo-Haugesund var ledd i en plan om å presse Coast Air ut av markedet, og Konkurransetilsynet finner det hensiktsmessig å redegjøre nærmere for tilsynets vurdering av SAS' elimineringshensikt. SAS' prissetting på ruten Oslo-Haugesund utgjør derfor misbruk av dominerende stilling uavhengig av om en legger SAS' eller Konkurransetilsynets kostnadskategorisering til grunn.

Det følger av praksis fra EU-retten at intensjon kan påvises både gjennom konkrete bevis og gjennom et foretaks observerbare atferd, se punkt 8.2 ovenfor.

I Wanadoo-avgjørelsen ble det uttalt:

“In the Commission’s view, proof of the intention to drive out competition may take the form of a plan to damage competitors. In the absence of documents providing direct evidence, the intention to eliminate competitors may be deduced from the circumstances of the case and from a series of important and convergent factors.”¹⁶⁵

I vurderingen av om SAS' priser på ruten Oslo-Haugesund i perioden mai og juni 2004 har vært en del av en strategi om å fjerne Coast Air fra ruten, vil Konkurransetilsynet både vurdere SAS' atferd den perioden Coast Air konkurrerte med SAS før den nye loven trådte i kraft og SAS atferd i mai og juni 2004. Selv om den tidligere konkurranse-loven ikke inneholdt et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, kan SAS' atferd i perioden før 1. mai 2004 bidra til å underbygge at SAS hadde en intensjon om å presse Coast Air ut av markedet.

Som det fremgår av vurderingen nedenfor mener Konkurransetilsynet at de valg og tilpasninger SAS gjorde etter Coast Airs' inntreden kun kan forklares rasjonelt ut fra en strategi om å eliminere konkurrenten fra markedet.

8.9.2 Resultatutvikling på ruten

Ulovlig konkurranseskadelig underprising kan som nevnt i punkt 8.5 foreligge dersom det dominerende foretaket enten senker prisene, tilbyr mer kapasitet eller benytter en kombinasjon av begge disse virkemidlene. SAS kan styre hvor mange seter selskapet skal tilby til hvilken pris. SAS' prising og kapasitet vil således til enhver tid være en følge av en bevisst strategi.

Figur 5 nedenfor viser AKZO-testen gjennomført for ruten Oslo-Haugesund akkumulert for månedene Coast Air konkurrerte med SAS og tilsvarende periode året før hvor SAS var eneoperatør. Figur 6 viser AKZO-testen for hver enkelt måned fra og med januar 2003 til og med mai 2004. En fullstendig resultatoppstilling er vedlagt.

Vedlegg 7: AKZO-testen for juni 2002 til og med mai 2004.

Figurene viser at SAS ikke dekket sine gjennomsnittlige variable kostnader i noen av månedene hvor de konkurrerte med Coast Air, og at det i tillegg var et markant fall i inntekter for hver måned sammenlignet med den perioden SAS var eneoperatør på ruten.

Figur 5:

¹⁶⁵ Wanadoo-avgjørelsen premiss 271.

[...]¹⁶⁶

Figur 6:

[...]¹⁶⁷

Akkumulert for perioden juni 2002 til mai 2003, altså i da SAS hadde monopol på ruten, utgjorde differansen mellom inntekter og variable kostnader et overskudd på [...]¹⁶⁸ kroner, tilsvarende [...]¹⁶⁹ prosent av foretakets ruteinntekter.¹⁷⁰ Påfølgende tolv månedersperiode, da SAS konkurrerte med Coast Air, var ruteinntektene [...]¹⁷¹ kroner lavere enn de variable kostnadene, tilsvarende [...]¹⁷² prosent av ruteinntekten på [...]¹⁷³ kroner.

Det markante inntektsfallet SAS hadde i perioden med konkurranse sammenlignet med perioden som eneoperatør, underbygger at SAS har hatt en hensikt om å eliminere Coast Air fra markedet. SAS kunne ha tilpasset sin atferd til den nye konkurransesituasjonen på en måte som ville gjort driften lønnsom. SAS valgte i stedet en endring av pris/kapasitet som i betydelig grad reduserte lønnsomheten på kort sikt.

For å kunne vurdere om det foreligger intensjon om å presse konkurrenten ut av markedet, må den dominerende aktørens resultatutvikling over tid vurderes. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at det i intensjonsvurderingen er relevant å foreta en sammenligning av data fra ulike perioder.

Konkurransetilsynet legger videre vekt på at resultatutviklingen for ruten Oslo-Haugesund ikke var typisk for den generelle utviklingen ellers i Scandinavian og Braathens, noe som ytterligere taler for at SAS har hatt en hensikt om å presse Coast Air ut av markedet. Figur 7 nedenfor viser at totale inntekter på ruten Oslo-Haugesund fra og med juni 2003 til og med mai 2004 falt [...]¹⁷⁴ prosent sammenlignet med samme periode forrige år. Tilsvarende inntektsreduksjon for Scandinavian og Braathens generelt, fra og med juli 2003 til og med juni 2004, var henholdsvis [...]¹⁷⁵ prosent. Mens resultatmarginen (resultat før skatt i prosent av inntektene) på ruten Oslo-Haugesund falt med [...]¹⁷⁶ prosent poeng ([...]¹⁷⁷), var marginutviklingen generelt en liten

¹⁶⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁶⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁶⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁶⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁷⁰ Dette er en endring fra testen som ble gjort i varselet fordi kostnadsposten *Passenger Sales Org* i varselet ble behandlet som variabel, mens den nå i tråd med hva SAS anfører, legges til grunn at 75 prosent av denne kostnaden er fast.

¹⁷¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁷² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁷³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁷⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁷⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁷⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁷⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

nedgang med [...] ¹⁷⁸ prosent poeng ([...] ¹⁷⁹) for Scandinavian og en betydelig bedring med [...] ¹⁸⁰ prosent poeng ([...] ¹⁸¹) for Braathens. Det er derfor ikke riktig at SAS atferd på ruten Oslo-Haugesund ikke skiller seg fra atferden på andre ruter, slik som SAS hevder.

Figur 7:

[...] ¹⁸²

8.9.3 Kapasitetsutvikling

I luftfartsmarkedet kan en eliminering av en konkurrent skje ikke bare gjennom prissetting, men vel så effektivt gjennom tilpasning av kapasitet. Konkurransetilsynet mener at SAS' tilpasning av kapasitet på ruten Oslo-Haugesund de første fire månedene i 2004 underbygger at selskapet har hatt til hensikt å eliminere Coast Air fra markedet.

Det ble kjent i media 10. mars 2003 at Coast Air planla å starte flygninger på ruten Oslo-Haugesund, mens Ryanairs rute fra Haugesund til London Stansted ble offentliggjort i media 28. januar 2003.

I juni 2003 hadde Coast Air 10 avganger per uke, fra 6. august 2003 ble dette øket til tre daglige avganger, 17 avganger per uke. Coast Air benyttet flytypen ATR42 320 som har 48 seter. SAS opprettholdt i denne perioden fem daglige avganger, hovedsakelig med Boeing 737-600 og 700 som i innenlandstrafikk har mellom 116 og 131 seter. Det betyr at Coast Airs tilbudte setekapasitet (ASK), akkumulert de første 12 månedene foretaket fløy ruten, tilsvarte 17 prosent av den ASK SAS hadde på ruten foregående 12 måneder. Ryanair hadde én daglig flygning fra Haugesund til London fra 30. april 2003. Fra slutten av november 2003 satte Ryanair inn et større fly, slik at selskapet fra da av hadde en årlig kapasitet på strekningen Haugesund-London på 110.000 seter.

SAS reduserte sin ASK med 7 prosent for de 12 månedene foretaket fløy i direkte konkurranse med Coast Air og indirekte konkurranse med Ryanair, sammenlignet med foregående 12 måneder. Målt i antall avganger reduserte SAS sin kapasitet med 6 prosent. Samlet ASK på ruten økte med 10 prosent som følge av Coast Airs etablering og SAS' reduksjon.

I tillegg førte Ryanairs inntreden til redusert trafikkgrunnlag for SAS på ruten Oslo-Haugesund, ved at reisende fra Haugesund til London som tidligere fløy Haugesund-Oslo-London Heathrow, nå kunne benytte direkteruten Haugesund-London Stansted. ¹⁸³

For å bedømme foretakets adferd, er det imidlertid nødvendig å vurdere hvordan SAS' kapasitet utviklet seg over tid. I det følgende vurderes utviklingen i antallet avganger på ruten.

¹⁷⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁷⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁸⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁸¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

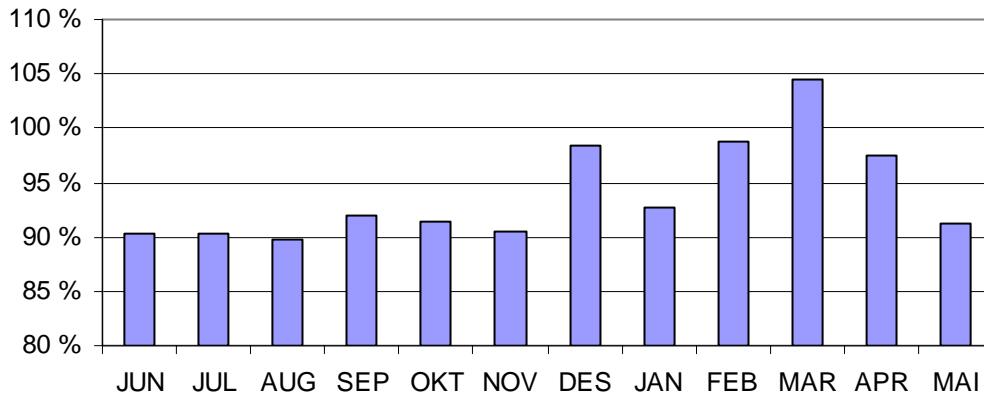
¹⁸² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁸³ NRK Rogaland 8. oktober 2003 (vedlegg 4); Boarding.no 21.12 2003 (vedlegg 6).

Figur 8:

SAS antall månedlige avganger OSL-HAU

indeks i % av samme måned forrige år



Figur 8 viser utviklingen i forholdstallet mellom antall månedlige avganger SAS hadde på ruten Oslo-Haugesund, i perioden de fløy i konkurranse med Coast Air og i samme periode tolv måneder tidligere. Figuren viser at SAS' antall avganger i juni 2003 utgjorde 90 prosent av antallet avganger i juni 2002. Videre går det frem av figuren at SAS reduserte antall avganger i begynnelsen av den perioden de møtte konkurranse fra Coast Air. Til tross for dette, var SAS' ruterresultat vesentlig svakere utover høsten 2003 enn samme periode foregående år. I og med at SAS' ruteinntekt høsten 2003 ikke på langt nær dekket de variable kostnadene ville en rasjonell tilpasning for SAS vært å redusere kapasiteten ytterligere for å bedre resultatet. I stedet viser figur 5 at SAS fra desember 2003 til mai 2004 økte sin frekvens opp mot nivået fra perioden før Coast Air etablerte seg. Samlet i perioden januar til april 2004 da SAS konkurrerte mot Coast Air var antall avganger bare 1,7 prosent lavere enn i perioden januar til april 2003 da SAS hadde monopol på ruten. Dette skjedde i en periode da Ryanair ekspanderte sin kapasitet, fordi selskapet satte inn et større fly på strekningen Oslo-Haugesund. Det i seg selv skulle tale for en ytterligere reduksjon i SAS' kapasitet.

Konkurransetilsynet har i punkt 8.6 foretatt en alternativ kostnadstest som beregner lønnsomheten av å redusere kapasiteten i den situasjonen SAS befant seg i på ruten Oslo-Haugesund i 2004. Analysen underbygger at det ikke var rasjonelt av SAS å opprettholde den kapasiteten selskapet gjorde i sommersesongen 2004. Både Coast Air og Ryanair reduserte trafikkgrunnlaget for SAS, hvilket talte for en ytterligere reduksjon i kapasiteten.

8.9.4 SAS prisingspolitikk på ruten Oslo-Haugesund

For å bedømme om SAS hadde til intensjon å eliminere konkurransen på ruten Oslo-Haugesund, vil Konkurransetilsynet vurdere foretakets prisingsadferd på ruten. Figur 1 viser at Statistisk Sentralbyrås (SSB) konsumprisindeks for passasjertransport med fly steg 55 prosent fra oktober 1998 til mars 2002, deretter falt indeksen 38 prosent til mai 2004. Det har følgelig vært store fluktasjoner i det generelle prisnivået på flyreiser i perioden Coast Air fløy på ruten Oslo-Haugesund. Prisutviklingen på ruten må derfor bedømmes på bakgrunn av utviklingen i det generelle prisnivået. For å kunne gjøre det, må det etableres en referansepris som prisingen på ruten bedømmes ut fra.

I varselet av 8. desember 2004 benyttet Konkurransetilsynet SSB's konsumprisindeks for passasjertransport med fly som referansepris. I pkt 2.1 i brev av 17. januar 2005 argumenterer SAS for at nevnte indeks er uegnet som referansepris. Som et alternativ til SSBs konsumprisindeks for flytransport har Konkurransetilsynet utarbeidet en ny referansepris som

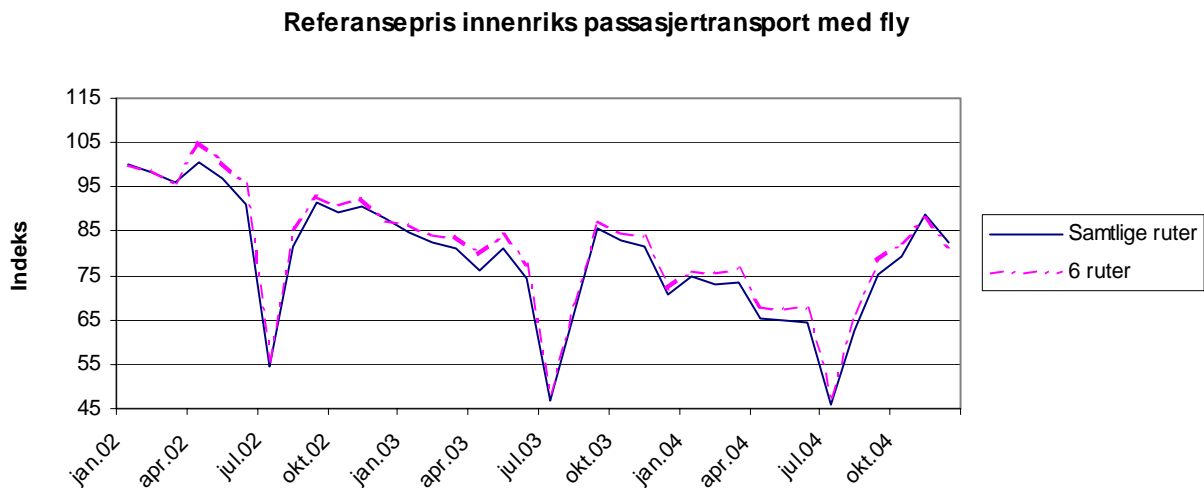
benyttes for å bedømme prisutviklingen på ruten. Denne nye referanseprisen tar hensyn til SAS' innsigelser mot anvendelsen av SSBs indeks.

Konkurransetilsynet har laget to verdivektete prisindekser. SAS er pålagt en meldeplikt til Konkurransetilsynet av datamateriale på rutenivå herunder månedlig ruteregnskap på spesifiserte ruter, opplysninger vedrørende billetter og kapasitet.¹⁸⁴ Den ene prisindeksen omfatter alle ruter hvor tilsynet mottar månedlig ruteregnskap etter meldeplikten. Den andre er en prisindeks for de seks største rutene, Oslo-Bergen/Trondheim/Stavanger/Tromsø/Bodø/Kristiansand. Indeksen for disse rutene inkluderer kun SAS' gjennomsnittspriser, mens den andre også inkluderer Norwegianians gjennomsnittspriser.¹⁸⁵ Begge indeksene er basert på ruteregnskapene Konkurransetilsynet mottar fra SAS og Norwegian.

Vedlegg 8: Beskrivelse av fremgangsmåte for konstruksjon av prisindeks

Konkurransetilsynet har ikke data for samtlige ruter lenger tilbake enn januar 2002. For de seks nevnte rutene har tilsynet data tilbake til januar 2000. Tilsynet velger derfor å bruke de seks nevnte rutene for å gi et bilde av det norske innenriksmarkedet generelt og SAS' prisutvikling spesielt.

Figur 9:



Figur 9 viser at prisutviklingen for samtlige ruter som omfattes av meldeplikten er tilnærmet identisk med prisutviklingen for de seks rutene. Konkurransetilsynet vil derfor benytte indeksen som viser prisutviklingen på de seks største rutene som referansepris.

I sitt brev av 17. januar 2005 viser SAS gjentatte ganger til at ”*prisene til SAS på ruten [har] vært de samme som prisene på andre sammenlignbare ruter i hele perioden.*” Etter Konkurransetilsynets beregninger er dette ikke riktig.

Konkurransetilsynet mottar regelmessig prisoversikt fra SAS for rutene som omfattes av meldeplikten. Prisoversikten viser prisen for alle priskategorier på ruten. Ifølge SAS er

¹⁸⁴ Vedtak av 7. april 2003 V2003-29 som ble fornyet 13. desember 2004.

¹⁸⁵ Med unntak av Norwegianians gjennomsnittspris på ruten Oslo-Bodø, fordi ruten ikke er omfattet av meldeplikten.

kategoriprisene på Oslo-Haugesund de samme som på Oslo-Bergen. Det går frem av prisoversikten tilsynet mottar at da Coast Air etablerte seg (priser fra og med 1. januar 2003), kostet SAS' dyreste billett på ruten 2920 kroner tur retur, mens selskapets billigste billett kostet 430 kroner. I mai 2004 kostet SAS' dyreste billett 2090 tur retur, mens selskapets billigste billett kostet 340 kroner.

SAS opererer med ni billett-kategorier og dyreste billett er over seks ganger dyrere enn billigste. SAS kan endre gjennomsnittsprisen gjennom å endre billettmiksen. Dersom det i mai 2004 bare ble solgt billetter i billigste kategori, hadde gjennomsnittsprisen vært 170 kroner én vei. Om det bare hadde blitt solgt billetter i dyreste kategori hadde gjennomsnittsprisen én vei vært 1045 kroner. Det at SAS på ruten Oslo-Haugesund ikke endret prisene på billett-kategoriene er derfor irrelevant for vurderingen av hvorvidt prisingen var et ledd i en strategi om å presse konkurrenten ut. Selv om prisene på hver enkelt billett-kategori holdes uforandret varierer prisen på billetter i billigste og dyreste kategori fra 170 til 1045 kroner én vei. For å bedømme SAS' atferd må derfor gjennomsnittsprisen vurderes.

Konkurransetilsynet legger til grunn at Coast Airs etablering ikke hadde effekt for nettverksinntektene SAS hadde på ruten. Dette bestrides ikke av SAS. Coast Airs etablering hadde effekt på punkt-til-punkt-trafikken til SAS. Dette underbygges av prisutviklingen på punkt-til-punkt-billetter sammenlignet med gjennomgående billetter. Som det går frem av figur 10, falt gjennomsnittsprisen på ruten vesentlig mindre enn punkt-til-punkt-billetter. SAS konkurrerte med andre ord om punkt-til-punkt-passasjerene. For å bedømme adferden er det derfor nødvendig å analysere prisutviklingen på punkt-til-punkt-billetter.

Figur 10 viser utviklingen i SAS' gjennomsnittspris på ruten Oslo – Haugesund sammenlignet med den generelle prisutviklingen i norsk luftfart. For perioden mars-mai 2004 er det også data for prisendringen på punkt-til-punkt-billetter. I juni 2003 da Coast Air startet sine flygninger, var indeksen for gjennomsnittsprisen på ruten Oslo-Haugesund og indeksen for SAS' 6 største ruter nesten identiske med en verdi på henholdsvis [...] ¹⁸⁶ prosent, dvs at prisene var ned [...] ¹⁸⁷ prosent sammenlignet med juni 2002. Prisutviklingen på ruten følger den generelle prisutviklingen til og med juli 2003. Deretter er prisetallet større for ruten Oslo-Haugesund enn den generelle prisutviklingen. Dette viser at selv om SAS gjennomførte de samme prisjusteringer her som på andre innenriksruter, så var prisnedgangen større på ruten Oslo-Haugesund enn den generelle prisnedgangen. Som nevnt har SAS anledning til å endre billettmiksen, og slike endringer gjorde at gjennomsnittsprisen falt mer på ruten Oslo-Haugesund enn den generelle prisutviklingen. Med unntak av desember var prisnedgangen på ruten større enn den generelle prisnedgangen i alle måneder etter juli 2003.

Figur 10:

[...] ¹⁸⁸

Konkurransetilsynet legger på denne bakgrunn til grunn at prisnedgangen på punkt-til-punkt-billetter på ruten Oslo-Haugesund var vesentlig større enn den generelle prisutviklingen. Det er

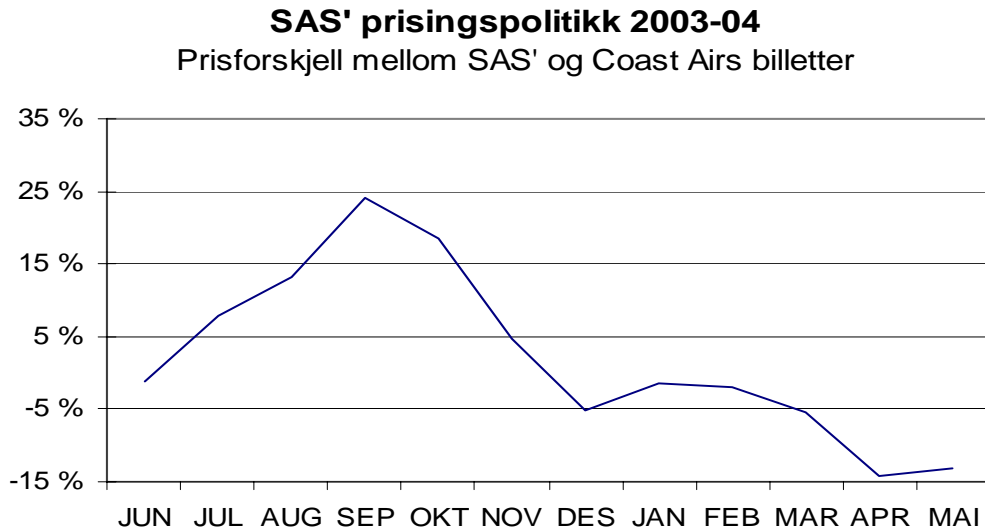
¹⁸⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁸⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁸⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

derfor ikke riktig som SAS hevder at selskapets prisreduksjon på ruten Oslo-Haugesund ikke skiller seg fra prisreduksjonene på de andre rutene. Etter juli 2003 var reduksjonen i gjennomsnittsprisen på ruten [...] ¹⁸⁹ prosentpoeng større enn den generelle prisutviklingen. Gjennomsnittsprisen på punkt-til-punkt-billetter på ruten Oslo-Haugesund var i mai 2004 [...] ¹⁹⁰ prosent lavere enn i mai 2003, gjennomsnittsprisen på alle billetter på ruten var i mai 2004 [...] ¹⁹¹ prosent lavere enn i mai året før, mens referanseprisindeksen for norsk luftfart var 19 prosent lavere i mai 2004 enn mai 2003.

Figur 11:



Figur 11 viser utviklingen i prisforskjellen på SAS' punkt-til-punkt-billetter i forhold til Coast Airs billetter. Figuren viser at SAS hadde nesten samme pris som Coast Air på sine punkt-til-punkt-billetter i juni 2003. Deretter økte prisen på SAS' billetter i forhold til Coast Airs. I september 2003 var Coast Airs billetter i gjennomsnitt 24 prosent billigere enn SAS' punkt-til-punkt-billetter. Utover høsten kuttet SAS sine priser relativt til Coast Air slik at foretakene i desember hadde tilnærmet like priser. SAS holdt stabilt prisnivå i forhold til Coast Air i første kvartal 2004. I april 2004 fortsatte SAS sine priskutt i forhold til Coast Air slik at gjennomsnittlig punkt-til-punkt-pris hos SAS da var 14 prosent lavere enn gjennomsnittsprisen til Coast Air. I mai 2004 var SAS' punkt-til-punkt-billetter i gjennomsnitt 13 prosent lavere enn Coast Airs priser.

På bakgrunn av ovennevnte legger Konkurransetilsynet til grunn at prisutviklingen på ruten Oslo-Haugesund ikke var et resultat av den generelle prisutviklingen til SAS, men et resultat av at prisene på denne ruten ble kuttet mer enn prisene på øvrige ruter, noe som tilsier at SAS hadde til hensikt å presse Coast Air ut av ruten.

8.9.5 Nærmere om SAS adferd i mai og juni 2004

I varselet la Konkurransetilsynet til grunn at Coast Air kunngjorde 14. mai 2004 at selskapet ville innstille sine flyvninger mellom Oslo og Haugesund fra 27. juni.

¹⁸⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁹⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁹¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

SAS anfører i brev av 17. januar 2005 at Coast Air allerede i april 2004 hadde besluttet å legge ned ruten, og at det derfor er vanskelig å forstå hvordan SAS i mai og juni - altså i tiden etter at beslutningen var tatt - kan ha bidratt til denne avgjørelsen.

I brev av 25. januar 2005 har Coast Air redegjort for sine beslutninger vedrørende fortsatt drift på ruten Oslo-Haugesund.

Vedlegg 9: Brev fra Coast Air til Konkurransetilsynet av 25. januar 2005.

Det fremgår klart av brevet at det ikke ble endelig fattet noen beslutning om å legge ned ruten før den nye konkurranseloven trådte i kraft. Coast Air hadde håp om å få et økt passasjertall slik at ruten kunne opprettholdes. I styremøte i Coast Air 7. mai 2004 ble det fattet følgende vedtak:

”Ruten mellom Haugesund og Oslo videreføres ut juni 2004, men det forutsettes at passasjerantallet fortsetter på minst dagens nivå. Eventuell flyging etter juni på denne ruten, avhenger av hvilken respons vi får i markedet frem til 30.06.d.å, og skal avgjøres av styret.”

Vedlegg 10: Referat fra styremøte i Coast Air AS 7. mai 2004.

Den endelige beslutningen om å legge ned ruten ble tatt i styremøtet i Coast Air 8. juni 2004.

Vedlegg 11: Referat fra styremøte i Coast Air AS 8. juni 2004.

Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at det ikke er riktig som SAS' anfører at Coast Air allerede i april 2004 hadde besluttet å legge ned ruten.

Konkurransetilsynet mener derfor at SAS i slutten av april 2004 ikke hadde grunnlag for å vite at Coast Air skulle ut av markedet. Som det fremgår nedenfor mener Konkurransetilsynet at dokumenter beslaglagt under bevissikringen hos SAS, sammen med SAS' atferd i mai og juni 2004 viser at selskapet også i denne perioden hadde en intensjon om å presse Coast Air ut av markedet.

I en e-post av 14. mai 2004 fra [...] ¹⁹² i SAS til blant annet [...] ¹⁹³ og [...] ¹⁹⁴ skriver [...] ¹⁹⁵ følgende:

”Direktøren i Coast Air var på lokal TV i går. Han informerte om at Coast Air flyr til Oslo ut juni måned. Dersom kabinfaktoren ble 60% i mai-juni skulle de vurdere å fortsette med ruten. Jeg tror de jobber med å få lease ut det sist flyet sitt, men har ikke fått napp enda.

BX er ute av Amadeus/Resaid på HAU-OSL fra og med 28. juni 2004. Jeg tror det også blir slik.

¹⁹² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

¹⁹³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

¹⁹⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

¹⁹⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

Siden ingenting enda er 100% sikkert når det gjelder BX må vi fortsette det gode arbeidet med [...] ¹⁹⁶. Jeg ser helt tydelig at når SK maskinene blir fulle, renner resten over på BX. Et godt eksempel på det er OSL-HAU/16may”

Vedlegg 12: E-post av 14. mai 2004 fra [...] ¹⁹⁷ til blant annet [...] ¹⁹⁸ og [...] ¹⁹⁹.

E-posten er videresendt til [...] ²⁰⁰ og [...] ²⁰¹. E-posten underbygger for det første at SAS ikke hadde lagt til grunn i april 2004 at Coast Air skulle ut av markedet. Videre underbygger e-posten at SAS i denne perioden hadde en intensjon om å presse Coast Air ut av markedet. Det vises til [...] ²⁰² uttalelse om at SAS må [...] ²⁰³. SAS måtte sørge for at Coast Air ikke oppnådde den kabinfaktoren de trengte for å opprettholde virksomheten på ruten og bruker egen tapsbringende kapasitet som virkemiddel for å presse ut konkurrenten. Konkurransetilsynet mener denne e-posten klart viser SAS’ intensjon om å presse Coast Air ut av markedet.

Videre fremgår det av SAS’ forretningsplan 2004 for distrikt sørvest Norge, datert 5. mars 2004, at SAS anså at konkurransen med Coast Air på ruten Oslo-Haugesund våren 2004 var ”forventet å gå inn i en avgjørende fase.”

Vedlegg 13: Dokument beslaglagt på kontoret til [...] ²⁰⁴.
(Dokumentbeslag 8).

I denne avgjørende fasen kuttet SAS i mai 2004 gjennomsnittsprisen på punkt-til-punkt-billetter Oslo-Haugesund med 28 prosent, mens SAS kuttet gjennomsnittsprisen på all innenrikstrafikk i Norge med 19 prosent, se punkt 8.9.4. SAS’ prisreduksjon på punkt-til-punkt-billetter var med andre ord vesentlig større enn det generelle prisfallet og således en medvirkende årsak til at Coast Air måtte trekke seg fra ruten.

Figur 11 viser at gjennomsnittsprisene som SAS hadde på ruten lå høyere eller nær gjennomsnittsprisen til Coast Air frem til og med mars 2004. Deretter kuttet SAS gjennomsnittsprisen slik at den ble 13-14 prosent billigere enn gjennomsnittsprisen til Coast Air i april og mai 2004.

I mai 2004 kunne Coast Air konstatere at SAS i årets fire første måneder hadde fløyet ruten Oslo-Haugesund med en frekvens som var bare marginalt (1,7 prosent) lavere enn foregående år, da SAS hadde monopol på ruten. Videre hadde SAS 20. april annonsert nye priser for sommeren.

¹⁹⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

¹⁹⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

¹⁹⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

¹⁹⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

²⁰⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

²⁰¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

²⁰² Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

²⁰³ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

²⁰⁴ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 1

Fra SAS ble det fremholdt at de nye prisene for sommersesongen ikke var noen tidsbegrenset kampanje, men representerte prisnivået SAS aktet å operere med i fremtiden. Effekten av de nye prisene for punkt-til-punkt-billetter for ruten Oslo-Haugesund var som sagt en gjennomsnittlig prisnedgang på 28 prosent fra mai 2003, en vesentlig større prisnedgang enn noen av de foregående månedene. SAS visste at Coast Air hadde dårlige resultater og var svakt finansiert. Dersom det var riktig som SAS hevder at foretaket la til grunn at Coast Air alt i april hadde besluttet å legge ned sin rute Oslo-Haugesund, ville det vært lite fornuftig å kutte prisene så aggressivt som SAS gjorde i mai 2004. SAS kunne daglig styre hvor mange seter selskapet skulle tilby til hvilken pris. SAS' adferd i mai 2004 er på denne bakgrunn ikke rasjonell med mindre intensjonen var å presse Coast Air vekk fra ruten.

Konkurransetilsynet legger til grunn at SAS' atferd i mai og juni 2004, både i form av prising og ved delvis reversering av kapasitetskutt på ruten Oslo-Haugesund bidro til at Coast Air besluttet å innstille sine flygninger på ruten.

8.9.6 Coast Airs finansielle situasjon

I punkt 4.3 i sitt brev av 17. januar gir SAS sin vurdering av Coast Airs økonomi, herunder resultat- og egenkapitalutvikling. I oppsummeringen i brevets pkt. 4.3.3 hevder SAS at Coast Airs omsetning relatert til flytransport i Norge har vært liten i forhold til SAS og at resultatene har vært meget svake i hele perioden Coast Air har vært i virksomhet. SAS peker på at Coast Air i årene 1999-2003 hadde et akkumulert underskudd på 65 millioner kroner. Videre legger SAS vekt på at Coast Air hadde behov for, men problemer med å få tilstrekkelig tilførsel av kapital.

Konkurransetilsynet deler ikke SAS' konklusjon om at Coast Airs svake finansielle stilling innebærer at SAS ikke hadde foranledning til å opptre på en måte som presset Coast Air ut av markedet. Det at inntrengeren på markedet var finansielt svak, skjerper etter Konkurransetilsynets mening den dominerende aktørens aktsomhetsplikt. Sannsynligheten for å lykkes med en predasjonsstrategi er vesentlig større dersom inntrengeren er finansielt svak. Det er grunn til å tro at perioden med underprising vil bli kortvarig fordi en aktør med en svak finansiell stilling er tvunget til å gå ut av markedet når likviditetsproblemene blir akutte. Nettopp i en situasjon der en forventer at underprisingen vil bli kortvarig vil en slik strategi kunne forventes å være lønnsom.

8.9.7 Øvrige merknader

SAS anfører at selskapet har vært godt kjent med forbudet i konkurranseloven § 11 og har søkt å tilpasse seg dette gjennom å søke veiledning fra profesjonelle rådgivere og Konkurransetilsynet. Dette tilsier etter SAS' oppfatning at mangel på lønnsomhet på ruten Oslo-Haugesund ikke kan forklares i et ønske om å presse ut Coast Air fra ruten.

Konkurransetilsynet kan ikke se at det faktum at SAS har søkt veiledning om forståelsen av forbudet mot konkurranseskadelig underprising kan tjene som bevis for at foretaket ikke har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av ruten Oslo-Haugesund. I avgjørelsen av om SAS har hatt slik elimineringshensikt er det den observerbare atferd og andre foreliggende bevis som er avgjørende. Konkurransetilsynet har ovenfor vist at SAS' observerbare atferd ikke kan forklares på noen annen måte enn gjennom et ønske å eliminere konkurrenten.

I brev av 17. januar punkt 14.12 anfører SAS at ruten Oslo-Haugesund ville vært lønnsom dersom Braathens hadde fløyet og at dette tilsier at SAS ikke har hatt en hensikt om å presse Coast Air ut av markedet. SAS viser til at Braathens har drevet mer kostnadseffektivt enn Scandinavian Airlines. SAS hevder at dersom selskapet hadde hatt til hensikt å presse ut Coast Air fra ruten kunne SAS ha latt Braathens fly på ruten Oslo-Haugesund, mens Scandinavian Airlines kunne ha fløyet på en eneoperatørrute.

Konkurransetilsynet finner det tilstrekkelig å vise til at det faktisk ikke var Braathens, men Scandinavian Airlines som opererte på ruten Oslo-Haugesund i den relevante perioden.

Konkurransetilsynet kan ikke foreta en hypotetisk analyse om hvordan resultatet hadde vært dersom Braathens hadde fløyet på denne ruten. Det er de faktiske inntekter og kostnader som forelå i den relevante tidsperioden som må vurderes, uavhengig av om SAS kunne valgt en annen løsning som ville vært mer lønnsom.

8.9.8 SAS mulighet for gjenvinning av tapet

Det er ikke rasjonelt for et foretak å gå med tap i en periode hvis det er små muligheter til å gjenvinne tapet når konkurrenten er eliminert. EF-domstolen har fastslått at det ikke er noe krav om at det må kunne bevises at tapet kan gjenvinnes for at atferden skal være forbudt.²⁰⁵ Muligheten for å gjenvinne tapet kan likevel få betydning i vurderingen av om foretakets hensikt med prissettingen er å eliminere konkurrenten.

Konkurransetilsynet finner at SAS hadde gode muligheter til å gjenvinne tapet etter at Coast Air innstilte sine flygninger på ruten Oslo-Haugesund. Det fremgår av det beslaglagte dokumentet inntatt som vedlegg 1 til dette vedtaket, at SAS-gruppen etter at Coast Air hadde varslet uttreden fra ruten, beregnet en årlig netto resultatforbedring som eneoperatør på ruten Oslo-Haugesund på [...] ²⁰⁶ kroner. Denne resultatforbedringen er utelukkende en følge av at SAS igjen ville bli eneoperatør på ruten. Kostnadsbesparelser som følge av SAS' vedtatte kostnads-kuttprogram kommer i tillegg. ²⁰⁷ Konkurransetilsynet legger til grunn at denne beregningen er riktig.

Videre legger Konkurransetilsynet til grunn at en dominerende aktørs markedsrett innebærer at foretaket i betydelig grad kan oppføre seg uavhengig av sine kunder. Det ble i punkt 6 ovenfor slått fast at SAS har en dominerende stilling i norsk luftfart fordi foretaket har over 80 prosent markedsandel og fordi det eksisterer betydelige etableringshindringer. Når konkurrenten trekker seg ut fra markedet slik at SAS får monopol på ruten, vil det derfor være mulig for SAS å øke sine priser og dermed gjenvinne tapet. Dette underbygges av resultatutviklingen på ruten etter at Coast Air innstilte sine flygninger.

Tabell 10:

²⁰⁵ Tetra Pak II-dommen premiss 44.

²⁰⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

²⁰⁷ Gjennom kostnads-kuttprogrammet Turnaround 2005 skal SAS innen utløpet av 2005 ha kuttet kostnadene med 14 milliarder svenske kroner per år.

AKZO-test juli - desember (tusen kroner)

	2002	2003	2004
Totale ruteinntekter (4+...+7)	[...]	[...]	[...]
Tilsynets kostnadskategorisering			
Avgangsspesifikke kostnader (10+12+16+...+21)			
Øvrige unngåelige (8+9+11+13+14+15+22+...+31+33+34)			
Sum unngåelige			
Faste (35)			
Delvis faste (32)			
Dekningsbidrag			
Ruterresultat			
SAS kostnadskategorisering			
Avgangsspesifikke kostnader (10+12+16+...+18)			
Øvrige unngåelige (8+9+11+13+14+19+20+21+23+...+31+33)			
Sum unngåelige			
Sum faste (22+34+35)			
Sum delvis (15+32)			
Dekningsbidrag			
Dekningsbidrag justert for andre kapitalkostnader			
Ruterresultat			

[...] ²⁰⁸

Tabellen viser ruterresultatet for annet halvår 2002, da SAS hadde monopol, annet halvår 2003 da SAS fløy i konkurranse med Coast Air samt annet halvår 2004 da SAS igjen hadde monopol. Uavhengig av om SAS' eller Konkurransetilsynets kostnadskategorisering legges til grunn, svekket dekningsbidraget seg med [...] ²⁰⁹ kroner fra annet halvår 2002 til annet halvår 2003. Denne resultatsvekkelsen ble fullstendig reversert da SAS igjen fikk monopol. Annet halvår 2004 bedret dekningsbidraget seg med [...] ²¹⁰ kroner sammenlignet med samme periode i 2003.

Det faktum at SAS kan gjenvinne tapet på ruten Oslo-Haugesund, gir SAS et sterkt insentiv til å oppnå monopol. Dette er forhold som underbygger at SAS har hatt en hensikt om å presse Coast Air ut av markedet.

8.9.9 Oppsummering av intensjonsvurderingen

Konkurransetilsynet har i punkt 8.9.1 redegjort for at det i denne saken ikke er nødvendig å bevise at SAS har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av markedet, for at det skal foreligge brudd på konkurranseloven § 11. Som det fremgår av drøftelsen ovenfor har imidlertid Konkurransetilsynet vist at SAS' prissetting på ruten Oslo-Haugesund faktisk var ledd i en plan om å presse Coast Air ut av markedet.

Konkurransetilsynet har ovenfor vist at ruterresultatet på Oslo-Haugesund i betydelig grad svekket seg etter at Coast Air etablerte seg på ruten og at denne resultatutviklingen ikke var typisk for den generelle resultatutviklingen i SAS-gruppen.

Coast Airs etablering hadde en direkte negativ effekt på trafikkgrunnlaget, og Ryanairs etablering på ruten Haugesund-London hadde, på omtrent samme tid, en indirekte negativ effekt på

²⁰⁸ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

²⁰⁹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

²¹⁰ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

trafikkgrunnlaget. SAS reduserte sin kapasitet i første sesong etter de to nyetableringene. SAS reverserte imidlertid store deler av kapasitetskuttet de første fire månedene i 2004.

SAS konkurrerte med Coast Air om punkt-til-punkt-passasjerer på ruten. Gjennomsnittsprisen på Oslo-Haugesund falt mer enn den generelle prisreduksjonen. Mens SAS de første månedene etter at Coast Air startet flygninger på ruten opererte med betydelig høyere priser enn Coast Air, ble prisene i 2004 satt ned til et nivå vesentlig under Coast Airs priser.

SAS visste at Coast Air var i en svak finansiell posisjon og hadde problemer med å hente inn eksternt kapital. Sannsynligheten for at SAS skulle lykkes med en strategi om å presse konkurrenten ut i løpet av relativt kort tid var derfor stor, og dermed var det et stort potensiale for at en predasjonsstrategi ville være lønnsom.

I sin forretningsplan fra mars 2004 ga SAS uttrykk for at konkurransen på ruten var forventet å gå inn i en avgjørende fase våren 2004. I denne avgjørende fasen kuttet SAS sin gjennomsnittspris vesentlig mer enn det generelle prisfallet på andre ruter, samtidig som SAS økte kapasiteten på ruten opp mot nivået fra før Coast Air etablerte seg. SAS' handlinger i mai 2004 var utslagsgivende for Coast Airs beslutning om å innstille flygningene på ruten.

Dokumenter beslaglagt under bevissikringen viser at SAS selv regnet med å øke ruterresultatet med [...] ²¹¹ kroner etter at foretaket igjen ble eneoperatør på ruten. Dette, sammen med resultatutviklingen etter juni 2004 da SAS igjen opererte ruten alene, viser at SAS som dominerende aktør kunne gjenvinne tapet fra perioden foretaket konkurrerte med Coast Air.

Drøftelsen viser at de disposisjoner SAS foretok seg på ruten i den perioden foretaket konkurrerte med Coast Air, bare kan forklares med at SAS hadde en intensjon om å presse Coast Air vekk fra ruten.

9 Konklusjon – SAS' utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Konkurransetilsynets analyse viser at SAS' gjennomsnittlige inntekter ikke har dekket de gjennomsnittlige variable kostnadene på ruten Oslo-Haugesund i perioden mai og juni 2004, og heller ikke i hele perioden hvor SAS møtte konkurranse fra Coast Air forut for den nye konkurranselovens ikrafttredelse. Dette gjelder selv om nettverkseffekter fra andre ruter av å fly ruten Oslo-Haugesund legges til de samlede inntektene slik de fremkommer i ruteregnskapet. I henhold til EF-domstolens dom i AKZO-saken foreligger det således en presumsjon for at SAS har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av markedet, og det er ikke nødvendig å påvise en ytterligere hensikt.

Konkurransetilsynet har likevel foretatt en ytterligere vurdering av om SAS har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av markedet. Konkurransetilsynets analyse viser at SAS' prissetting på ruten Oslo-Haugesund i perioden mai og juni 2004 var en del av en langsiktig plan om å presse Coast Air ut av markedet. Dette underbygges av at SAS har priset under sine gjennomsnittlige variable kostnader helt fra Coast Airs etablering, og da med et markant inntektsfall sammenlignet med perioden da SAS var eneoperatør. En fortsatt drift med et slikt resultat vil normalt føre til tiltak fra et foretak for å begrense tapet, for eksempel ved justeringer i kapasitet. I stedet reverserte SAS langt på vei sin opprinnelige kapasitetsreduksjon og reduserte prisene betydelig utover våren 2004. En slik tilpasning kan bare forklares ut fra en hensikt om å eliminere Coast Air fra markedet. SAS' egne beregninger viser at selskapet forventet en betydelig forbedring i egen

²¹¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

fortjeneste etter at Coast Air forlot markedet, og resultat tall for ruten etter av Coast Air sluttet å fly indikerer at SAS vil gjenvinne tapet.

Konkurransetilsynet konkluderer med at SAS på en utilbørlig måte har utnyttet sin dominerende stilling gjennom konkurranseskadelig underprising, for å presse ut konkurrenten Coast Air fra ruten Oslo-Haugesund. SAS atferd er i strid med forbudet i konkurranseloven § 11.

10 Overtredelsesgebyr

10.1 Beviskrav ved ileggelse av overtredelsesgebyr

Beviskravet stiller krav til hvilken sannsynlighetsgrad som må foreligge for at et visst faktum skal anses bevist. En kan skille mellom tre grader av sannsynlighet: alminnelig sannsynlighetsovervekt, sterk sannsynlighetsovervekt og sikkert (ingen rimelig tvil).

Utgangspunktet i norsk forvaltningsrett er at det gjelder et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Et tilsvarende beviskrav er lagt til grunn i sivilprosessen.²¹² Et overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon som skal gå etter sivilrettslige regler, noe som tilsier at det skal gjelde et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Konkurransetilsynet har innhentet en betenkning fra professor Hans Petter Graver, som på bakgrunn av en gjennomgang av norske og internasjonale kilder konkluderer med at det gjelder et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranselovens forbud.²¹³ Som det fremgår nedenfor legger Konkurransetilsynet til grunn at beviskravet i den foreliggende saken er alminnelig sannsynlighetsovervekt, i overensstemmelse med konklusjonene i professor Gravers betenkning.

Konkurranseloven regulerer ikke spørsmålet om hvilket beviskrav som gjelder, og selve lovteksten gir for øvrig heller ingen veiledning til avgjørelsen av dette spørsmålet. Lovgivers intensjon er imidlertid klar. I forarbeidene til konkurranseloven er det lagt til grunn at det skal gjelde et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt ved ileggelse av overtredelsesgebyr.²¹⁴ Departementet mente at det "ikke foreligger særlige hensyn i slike saker som tilsier at det skal oppstilles spesielle krav til bevisets styrke, utover det som følger av alminnelige bevisregler i sivile saker." Familie-, kultur- og administrasjonskomiteen på Stortinget uttalte at "beviskravet [er] at det er en sannsynlighetsovervekt for at det er foregått et lovbrudd" og viste til departementets begrunnelse for dette.²¹⁵

Etter Konkurransetilsynets oppfatning skal det tungtveiende grunner til for å fravike lovgivers intensjon om at spørsmålet om overtredelse av lovens forbud skal bedømmes etter det vanlige overvektsprinsippet som gjelder i sivile saker. Som det fremgår nedenfor kan Konkurransetilsynet ikke se at det foreligger slike tungtveiende grunner som gir tilsynet grunnlag for å sette til side lovgivers klart uttalte vilje.

Ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 må anses som straff etter EMK artikkel 6. Konkurransetilsynet legger til grunn at EMK artikkel 6(2) ikke stiller noe krav til

²¹² Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål 2. utg.*, Oslo 2001 s. 675.

²¹³ Se Hans Petter Graver, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 4-5/2004 s. 465, som bygger på betenkningen skrevet for Konkurransetilsynet.

²¹⁴ Ot.prp.nr.6 (2003-2004), s. 117.

²¹⁵ Innst.O.nr.50 (2003-2004) s. 41.

hvilken sannsynlighetsgrad som skal legges til grunn, og derfor ikke medføre noe krav om skjerpet beviskrav ved ileggelse av overtredelsesgebyr.

Det følger av EMK artikkel 6(2) at:

”Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.”

Bestemmelsens ordlyd, ”bevist etter loven”, taler for at det er opp til nasjonale myndigheter å avgjøre hvilke beviskrav som skal gjelde. Det foreligger ingen avgjørelser fra EMD som gir grunnlag for å oppfatte bestemmelsen slik at den innebærer et krav til bevisets styrke.²¹⁶ I internasjonal juridisk teori er også den rådende oppfatningen at det ikke kan innfortolkes et beviskrav i EMK artikkel 6(2).²¹⁷ Det finnes også enkelte utenlandske rettsavgjørelser som legger denne tolkningen av EMK artikkel 6(2) til grunn. Det vises i denne forbindelse til den britiske Competition Appeal Tribunals dom i Napp-saken, hvor det legges til grunn at uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6(2) ikke stiller noe krav til hvilken sannsynlighetsgrad som må legges til grunn for at et visst faktum skal anses bevist.²¹⁸

Konkurransetilsynet legger videre til grunn at heller ikke EU/EØS-retten stiller noe krav til hvilken sannsynlighetsgrad som skal legges til grunn ved ileggelse av overtredelsesgebyr for brudd på konkurranselovens forbudsbestemmelser. Ved anvendelsen av de tilsvarende forbudene i EU-retten har Førsteinstansdomstolen uttalt at det må foreligge ”sufficiently precise and consistent evidence to support the firm conviction that the alleged infringement took place.”²¹⁹ Dette innebærer imidlertid ikke noe krav til skjerpet sannsynlighet. Under enhver omstendighet er beviskravet en del av EUs egen forvaltningsrett og er derfor ikke bindende for medlemsstatenes forvaltnings- og prosessrett. Beviskravet kan ikke anses som en av EU/EØS-rettens grunnrettigheter. Det er derfor opp til medlemsstatene selv å bestemme hvilket beviskrav som skal gjelde.²²⁰

Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at beviskravet ved ileggelse av overtredelsesgebyr er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Konkurransetilsynet er imidlertid av den oppfatning at det i denne saken ikke foreligger rimelig tvil om at SAS utilbørlig har utnyttet sin dominerende stilling gjennom konkurranseskadelig underprising og utvist den tilstrekkelige skyld, se punkt 10.2 nedenfor.

10.2 Grunnlaget for overtredelsesgebyr

Etter konkurranseloven § 29 kan et foretak ilegges overtredelsesgebyr dersom foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket, forsettlig eller uaktsomt overtrer konkurranseloven § 11. Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor har SAS utilbørlig utnyttet sin dominerende stilling

²¹⁶ Se Asbjørn Strandbakken, Uskyldspresumsjonen, Bergen 2003 s. 342. Erik Møse, Menneskerettigheter, Oslo 2002 s. 366 og Jørgen Aall, Rettsstat og Menneskerettigheter, Bergen 2004 s. 357.

²¹⁷ Hans Petter Graver, Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten, Tidsskrift for Rettsvitenskap 4-5/2004 s. 485-486.

²¹⁸ Competition Appeal Tribunals sak 1001/1/1/01 Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading, premises 101 følgende.

²¹⁹ Se blant annet sak T-67/2000 Kommissjonen mot JFE Engineering Corp, premiss 179.

²²⁰ Hans Petter Graver, Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten, Tidsskrift for Rettsvitenskap 4-5/2004 s. 494-495.

gjennom konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund, og således handlet i strid med konkurranseloven § 11.

Konkurransetilsynet legger til grunn at skyldkravet i konkurranseloven § 29 er oppfylt. SAS har overtrådt konkurranseloven § 11 i mai og juni 2004. Etter Konkurransetilsynets vurdering har denne overtredelsen vært forsettlig. Konkurransetilsynet har ovenfor redegjort for hvordan SAS' handlinger og beslutninger viser at SAS har hatt som hensikt å eliminere Coast Air fra ruten Oslo-Haugesund. SAS har ikke dekket sine gjennomsnittlige variable kostnader siden Coast Air etablerte seg på markedet. Dette viser at SAS' prising ikke var tilfeldig lav i mai og juni, men at SAS har hatt en langsiktig plan om å eliminere Coast Air fra markedet. SAS' valg med hensyn til kapasitet og prisnivå, samt SAS' målrettede prising av punkt-til-punkt-billetter, underbygger selskapets forsett. SAS' prising og kapasitet vil på grunn av yield-management-systemet til enhver tid være en følge av en bevisst strategi. Videre har SAS beregnet at selskapet kan gjenvinne tapet på ruten Oslo-Haugesund, noe som ytterligere underbygger at SAS har hatt til hensikt å presse konkurrenten ut av markedet.

Hensikt er en kvalifisert form for forsett. Konkurransetilsynet finner det ikke nødvendig å gå videre inn på hva som ligger i begrepet forsett, da skyldkravet etter Konkurransetilsynets oppfatning er klart oppfylt.

SAS hevder at kravet til skyld ikke er oppfylt fordi de handlingene som hadde den vesentligste innflytelsen på forholdet mellom inntekter og kostnader etter 1. mai ble gjennomført før loven trådte i kraft og at en derfor ikke kan vektlegge disse i vurderingen. SAS hevder at det vil være i strid med forbudet mot tilbakevirkende kraft i Grunnloven § 97 og straffeloven § 3 dersom SAS handlinger før den nye lovens ikrafttredelse blir tillagt virkning. SAS viser til ulike utdrag fra juridisk teori hvor det fremgår at det avgjørende for når en handling skal anses foretatt er utførelsen og at en ikke skal tillegge virkningens inntreden betydning. Det er således ikke avgjørende at straffbarheten avhenger av en spesiell følge eller virkning.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning foreligger det ikke et brudd på Grunnlovens § 97 i dette tilfellet. En overtredelse av forbudet mot konkurranseskadelig underprising består av en rekke handlinger og beslutninger som er knyttet til hverandre, og som dermed må sees i sammenheng. Enkelte av de handlinger og beslutninger som er av betydning for SAS' resultat i mai og juni, herunder salg av billetter for reiser i mai og juni og opprettholdelse av kapasitet, er som SAS påpeker foretatt forut for lovens ikrafttredelse. Så lenge Konkurransetilsynet har påvist at SAS har hatt en intensjon i mai og juni, og det foreligger en sammenhengende kjede av handlinger som fortsetter inn i overtredelsesperioden, får det ikke betydning for overtredelsen at enkelte av handlingene er foretatt forut for lovens ikrafttredelsestidspunkt, så lenge virkningen av handlingene får effekt i overtredelsesperioden. Dersom man skulle fulgt SAS' resonnement ville dette medført en mulighet for foretakene til å utsette iverksettelsen av en lovbestemmelse. Foretak ville da rett før ikrafttredelsen av konkurranseloven kunne treffe beslutninger, inngå avtaler og foreta handlinger som har konkurranseskadelig virkninger i lang tid fremover, uten at dette ville rammes av lovens forbud. Dette kan ikke være meningen med Grunnloven § 97.

Selv om man skulle akseptere SAS' argument om at det er tidspunktet for hver enkelthandlings utførelse som er avgjørende, så vil det å ta hensyn til handlinger foretatt før lovens ikrafttredelse, for å vurdere om det foreligger en overtredelse i mai og juni, uansett ikke være i strid med forbudet mot tilbakevirkende kraft i Grunnlovens § 97. De handlingene og beslutningene som har hatt betydning for SAS' resultat i mai og juni, herunder salg av billetter og opprettholdelse av kapasitet, ble foretatt etter at konkurranseloven ble vedtatt og etter at SAS fikk kjennskap til at loven var vedtatt og dens innhold. Det kan på denne bakgrunn ikke være i strid med Grunnloven § 97 å legge vekt på handlinger og beslutninger som i tid ligger etter vedtakelsen av loven.

Den nye konkurranseloven ble vedtatt 5. mars 2004. Det er ingen tvil om at SAS hadde kjennskap til loven og dens innhold på det tidspunktet. Konkurransetilsynet legger videre til grunn at SAS på et tidligere tidspunkt enn 5. mars kjente til den nye konkurranseloven og dens innhold, noe som har betydning for spørsmålet om tilpasning av kapasitet. Utvalget som skulle utarbeide forslag til ny konkurranselov ble opprettet ved kongelig resolusjon 24. november 2000. Det lå i utvalgets mandat at den nye konkurranseloven skulle tilpasses EØS-avtalens konkurranseregler.²²¹ Utvalget avga sitt forslag 1. april 2004. SAS er et stort konsern, med god juridisk ekspertise. SAS' eksterne juridiske rådgiver satt for øvrig i lovutvalget som fremmet forslag til den nye konkurranseloven. SAS har dessuten allerede i mange år måttet forholde seg til det tilsvarende forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82. Etter Konkurransetilsynets oppfatning kan SAS ikke høres med at selskapet ikke hadde kjennskap til den nye konkurranseloven og dens innhold. SAS hadde plikt til å tilpasse seg de til enhver tid gjeldende konkurranseregler. SAS burde derfor ha tilpasset sin kapasitet og/eller sine priser slik at foretakets atferd ikke kom i strid med den nye konkurranseloven § 11.

SAS anfører også at Konkurransetilsynet under enhver omstendighet må avstå fra å ilegge SAS overtredelsesgebyr, fordi SAS har vært i unnskyldelig rettsvillfarelse hva gjelder rekkevidden av forbudet mot konkurranseskadelig underprising.

Konkurransetilsynet kan ikke se at SAS har vært i noen form for rettsvillfarelse som kan gi tilsynet grunnlag for å ikke ilegge overtredelsesgebyr for brudd på konkurranseloven § 11.

Straffeloven § 57 regulerer spørsmålet om frifinnelse på grunn av unnskyldelig rettsvillfarelse. Rettsvillfarelse er en del av skyldspørsmålet i strafferetten. Rettsvillfarelse foreligger når gjerningspersonen begår en straffbar handling i den tro at handlingen er lovlig. Rettsvillfarelse kan skyldes at lovbryteren ikke har visst om straffebudet eller har forstått loven galt. Dersom en person har vært i unnskyldelig rettsvillfarelse skal vedkommende frifinnes. Det er lagt til grunn i rettspraksis og juridisk teori at det skal svært mye til for at en kan frifinnes for rettsvillfarelse. Det må foreligge helt særegne omstendigheter for at villfarelse skal bli godtatt som unnskyldelig.²²² Straffeloven § 57 er ikke direkte anvendelig i denne saken.

Konkurransetilsynet legger til grunn at prinsippet om unnskyldelig rettsvillfarelse ikke kan få tilsvarende anvendelse i vurderingen av skyldkravet ved ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 jf. § 11. Selv om prinsippet hadde fått tilsvarende anvendelse, mener Konkurransetilsynet at det ikke foreligger slike særegne omstendigheter som kan tilsi at SAS har vært i unnskyldelig rettsvillfarelse i denne saken.

Selv om det ikke er presist fastslått hvordan AKZO-testens inntekts/kostnadsanalyse skal anvendes innenfor luftfartssektoren, er det klart at dersom det kan påvises at et foretak har hatt en hensikt om å presse en konkurrent ut av markedet gjennom konkurranseskadelig underprising, foreligger det et brudd på forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet har påvist at SAS har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av markedet. Etter Konkurransetilsynets oppfatning kan det da ikke være aktuelt med unnskyldelig rettsvillfarelse.

Konkurransetilsynet legger på denne bakgrunn til grunn at SAS forsettlig har overtrådt konkurranseloven § 11. Skyldkravet i konkurranseloven § 29 første ledd er derfor oppfylt.

²²¹ NOU 2003:12 punkt 1.1.2.

²²² Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff. Innføring i strafferett*, (-2001), s. 124-125 og Johs Andenæs, *Alminnelig strafferett* (5.utgave 2004), s.260-265.

10.3 Konkurransetilsynets veiledningsplikt

Det følger av konkurranseloven § 9 annet ledd, jf. fvl. § 11, at Konkurransetilsynet plikter å veilede foretak om konkurranselovens innhold og anvendelse. Konkurransetilsynet skal gi foretak slik veiledning som er nødvendig for å unngå feil og forsømmelser, og ellers bruke veiledning som virkemiddel i arbeidet med å fremme konkurranselovens formål.

SAS anfører at skyldkravet i konkurranseloven § 29 første ledd ikke er oppfylt, fordi Konkurransetilsynet ikke har gitt selskapet tilstrekkelig veiledning om forståelsen av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling gjennom konkurranseskadelig underprising. SAS viser til at de gjentatte ganger har anmodet tilsynet om veiledning om forståelsen av lovens forbud uten at tilsynet har imøtekommet anmodningene. Dette må i følge SAS få betydning for spørsmålet om selskapet har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av markedet, spørsmålet om rettsvillfarelse og om SAS' kan ilegges overtredelsesgebyr.

Konkurransetilsynet legger til grunn at det er foretakets eget ansvar å opptre i overensstemmelse med konkurranselovens bestemmelser. Henvendelse til Konkurransetilsynet om veiledning fritar ikke fra de forpliktelser som følger av konkurranseloven, og påvirker dermed ikke foretakenes ansvar.

Større foretak og foretak som har tilgang på bistand fra profesjonelle rådgivere vil normalt ha gode muligheter til å ivareta sine interesser tilfredsstillende på andre måter enn gjennom veiledning fra Konkurransetilsynet. Slike foretak vil ofte ha de beste forutsetninger for selv å vurdere om deres atferd kan komme i strid med konkurranselovens forbud og innrette seg deretter. SAS er et stort konsern som bistås av rådgivere med spesialkompetanse innenfor konkurranserett og konkurranseøkonomi. Etter Konkurransetilsynets vurdering må SAS ha hatt svært god kjennskap til innholdet av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. SAS har gjennom flere år vært bistått av konkurranserettsadvokater fra advokatfirmaet Thommessen og har blant annet også innhentet en rapport fra RBB Economics om predasjonsprising i det norske innenriksmarkedet. Videre har SAS allerede i mange år måttet forholde seg til forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktatens artikkel 82, som er identisk med forbudet i konkurranseloven § 11. SAS bør derfor ha hatt svært gode forutsetninger for sørge for at selskapets ikke overtrer forbudet i konkurranseloven § 11 gjennom konkurranseskadelig underprising.

I denne saken har Konkurransetilsynet påvist at SAS har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av markedet. Det er ikke tvil om at konkurranseskadelig underprising rammes av konkurranseloven § 11, og det kan ikke være nødvendig for SAS å få veiledning av Konkurransetilsynet om dette.

Konkurransetilsynet mener derfor at det ikke er grunnlag for SAS' anførsel om manglende veiledning. At SAS ikke har fått den veiledning av Konkurransetilsynet som selskapet har ønsket, har ingen innvirkning på spørsmålet om skyldkravet i konkurranselovens § 29 er oppfylt i denne saken. Det får heller ingen betydning for utmålingen av overtredelsesgebyr.

10.4 Generelt om utmåling av overtredelsesgebyr

Etter konkurranseloven § 29 tredje ledd annet punktum skal det ved fastsettelsen av gebyrets størrelse særlig legges vekt på foretakets omsetning og på overtredelsens grovhet og varighet. Angivelsen av disse momentene er imidlertid, som det fremgår av ordlyden, ikke til hinder for at det kan være andre momenter som er relevante å ta i betraktning.

Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det ved utmåling av overtredelsesgebyr særlig skal ses hen til regelverk, retningslinjer og praksis for utmåling av bøter under EU/EØS-

retten.²²³ Henvisningen til EU/EØS-retten får konsekvenser for både fremgangsmåten som benyttes ved utmålingen og for nivået på overtredelsesgebyret. I konkurranse-loven § 29 siste ledd er det gitt hjemmel til å gi forskrift med nærmere regler om beregning av overtredelsesgebyr. Foreløpig er slik forskrift ikke gitt, men Moderniseringsdepartementet har utarbeidet et utkast til forskrift og høringsnotat om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.²²⁴ Utkastet til forskriften bygger i stor grad på EU/EØS-retten. Høringsnotatet fremhever betydningen av regelharmonisering og gir retningslinjer om utmåling av overtredelsesgebyr som i det vesentlige samsvarer med retningslinjene og praksis i EU/EØS retten. Det fremgår av høringsnotatet at et hovedformål med forskriftsutkastet er å legge til rette for at det kan ilegges overtredelsesgebyr på et nivå som gjenspeiler målsetningen i forarbeidene om en harmonisering i forhold til bøtenivået i konkurransesaker i EU/EØS.

Så lenge forskriften ikke er vedtatt, vil det på bakgrunn av forarbeidene være naturlig å se hen til Europakommisjonens retningslinjer for beregningen av bøter ved overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82, når overtredelsesgebyr skal utmåles.²²⁵ EFTAs overvåkningsorgan har gitt tilsvarende retningslinjer for sin fastsettelse av bøter ved overtredelse av EØS-avtalen artikkel 53 og 54.

Kommisjonens retningslinjer gir anvisning på en standardisert fremgangsmåte for utmåling, hvor en rekke faktorer er relevante. Retningslinjene inneholder en tildels matematisk metode for beregning av bøter. Det er ikke naturlig å legge detaljene i denne metoden til grunn ved utmåling av overtredelsesgebyr etter konkurranse-loven § 29. Konkurransetilsynet vil benytte de viktigste utmålingsprinsippene fra Kommisjonens retningslinjer, og legge vekt på de momenter og forhold som er fremhevet i Kommisjonens retningslinjer som relevante. En slik metode samsvarer med departementets utkast til forskrift og retningslinjene som gis i departementets høringsnotat.

10.5 Utgangspunkt for utmålingen

Konkurranse-loven § 29 fastlegger at det ved utmåling av overtredelsesgebyr skal tas utgangspunkt i overtredelsens grovhet og varighet. Det samme følger av Kommisjonens retningslinjer.

Ved vurderingen av overtredelsens grovhet bør det blant annet tas hensyn til overtredelsens art, dens faktiske innvirkning på markedet og størrelsen på det relevante markedet.²²⁶ Det vil her være naturlig å se hen til hvordan overtredelsene er gruppert i henholdsvis mindre alvorlige, grove og svært grove overtredelser i Kommisjonens retningslinjer.

I den foreliggende saken dreier det seg om en overtredelse av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranse-loven § 11. I Kommisjonens retningslinjer karakteriseres utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling som enten en grov eller svært grov overtredelse av loven. SAS har utnyttet sin dominerende stilling gjennom konkurranseskadelig underprising. SAS har eliminert sin eneste konkurrent ved å prise under egne kostnader og har således oppnådd

²²³ Se for eksempel Innst.O. nr. 50 (2003-2004) punkt 2.7 og Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 116-118 og s. 241.

²²⁴ Departementets utkast til forskrift og departementets høringsnotat finnes på følgende internettadresse: http://odin.dep.no/mod/norsk/dok/hoeringer/under_behandling/050061-990006/dok-bn.html

²²⁵ Kommisjonens retningslinjer finnes på følgende internettadresse: [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DA&numdoc=31998Y0114\(01\)&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DA&numdoc=31998Y0114(01)&model=guichett)

²²⁶ Retningslinjene punkt 2; AKZO-dommen premissene 161-164; Førsteinstansdomstolens sak T-83/91 Tetra Pak mot Kommisjonen, premiss 240-248.

monopol. Dette er gjort gjennom en langsiktig strategi. Selv om store deler av strategien har funnet sted før den nye loven trådte i kraft, hadde SAS tid til å tilpasse sin atferd til den nye lovens ikrafttredelse. Konkurransetilsynet har påvist at SAS har hatt til hensikt å eliminere sin konkurrent. Hensikt er en kvalifisert form for forsett og SAS' atferd må anses som sterkt klanderverdig.

SAS' prisstrategi i perioden SAS konkurrerte med Coast Air førte samlet sett til at den eneste konkurrenten på strekningen Oslo-Haugesund forsvant, og at SAS dermed fikk monopol i det relevante markedet. SAS' atferd har imidlertid bare vært ulovlig etter konkurranseloven i perioden fra 1. mai 2004 og frem til Coast Air opphørte sin virksomhet 13. juni 2004. Det må derfor legges til grunn at skaden av underprisen delvis har oppstått før SAS' atferd ble forbudt. Perioden hvor atferden var forbudt har likevel vært en medvirkende årsak til at Coast Air trakk seg ut av markedet. Det legges til grunn at overtredelsen vil være av stor betydning for forbrukerne, fordi SAS gjennom monopol har mulighet til å øke prisene betraktelig.

Konkurransetilsynet har videre lagt vekt på at det i dette tilfellet er et stort konsern som har presset et foretak, som ved sammenlikning fremstår som meget lite, ut av markedet. SAS har en juridisk og økonomisk ekspertise som tilsier at det er svært alvorlig dersom foretak i konsernet overtrer konkurransereglene.

Ruten Oslo-Haugesund er et lite marked sammenlignet med øvrige innenriksruter. SAS' omsetning på ruten Oslo-Haugesund var i tolv månedersperioden juni 2003 til og med mai 2004 [...] ²²⁷ kroner. SAS' totale omsetning fra rutetrafikken i Norge var i 2003 anslagsvis 17,3 milliarder svenske kroner inklusive utenrikstrafikken. Omsetningen på SAS' innenriksruter i Norge eksklusive Widerøe var i 2003 6,8 milliarder norske kroner.

I praksis under EU/EØS-retten har konkurranseskadelig underprising i strid med EF-traktaten artikkel 82 dels blitt kategorisert som en svært grov overtredelse ²²⁸ og dels som en grov overtredelse. ²²⁹ Sakene gir imidlertid liten veiledning for denne saken, særlig fordi størrelsen på markedet Oslo-Haugesund er meget lite sammenlignet med de øvrige sakene.

Konkurransetilsynet har på bakgrunn av en samlet vurdering lagt til grunn at SAS overtredelse av konkurranseloven § 11 er å anse som en grov overtredelse.

Overtredelsens varighet er begrenset til den perioden hvor overtredelsen er rammet av den gjeldende konkurranseloven, det vil si fra 1. mai 2004 til Coast Air innstilte sine flygninger 13. juni 2004. Det betyr at overtredelsens varighet er relativt kort. Det legges til grunn i Kommissjonens retningslinjer at overtredelser av kort varighet (vanligvis mindre enn ett år) ikke skal medføre noe tillegg i gebyrets størrelse.

10.6 Økonomiske fordeler av overtredelsen

Det legges til grunn i Kommissjonens retningslinjer at overtredelsesgebyret må ha en tilstrekkelig avskrekkende virkning. ²³⁰ For å avgjøre om en sanksjon vil ha en avskrekkende virkning, må en se hen til foretakets økonomiske evne og de økonomiske fordelene som er oppnådd gjennom overtredelsen.

²²⁷ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

²²⁸ AKZO-dommen premiss 162 og Førsteinstansdomstolens sak T-83/91 Tetra Pak mot Kommissjonen premiss 241.

²²⁹ Wanadoo-avgjørelsen premiss 403.

²³⁰ Retningslinjene punkt 2.

Størrelsen på de økonomiske fordelene SAS til nå har hatt som følge av den ulovlige atferden, er foreløpig ikke kjent. Som nevnt har SAS lagt til grunn i sin gjenvinningsanalyse at foretaket vil oppnå en årlig nettoresultatforbedring på [...] ²³¹ kroner i året ved å være eneoperatør på ruten Oslo-Haugesund. ²³² Hvorvidt SAS faktisk vil være i stand til å oppnå en slik resultatforbedring vil imidlertid avhenge av en rekke forhold, blant annet om andre konkurrenter i fremtiden vil etablere seg på markedet. Det faktum at det er etableringshindringer i markedet gjør at SAS posisjon som eneoperatør på ruten kan ventes å vare en stund. Videre tilsier resultatutviklingen på ruten Oslo-Haugesund etter at Coast Air trakk seg ut av markedet i juni 2004 at en resultatforbedringer sannsynlig, se punkt 8.9.8.

10.7 Foretakets omsetning

Det fremgår av konkurranseloven § 29 at det ved utmåling av overtredelsesgebyr også skal legges vekt på foretakets omsetning. Luftfartsvirksomheten drives gjennom konsortiet Scandinavian Airlines System. I denne saken foretas overtredelsen derfor av SAS AB. SAS-gruppen, hvor SAS AB er morselskap, hadde en omsetning på 57 754 millioner svenske kroner i 2003. Børsverdien var 29. november 2004 9,3 milliarder svenske kroner.

Det er i konkurranseloven § 29 ikke angitt noen øvre grense for overtredelsesgebyrets størrelse. Det fremgår imidlertid som nevnt av forarbeidene at nivået skal være på linje med bøtenivået i konkurransesaker i EU/EØS. I rådsforordning (EF) 1/2003 artikkel 23 nr. 2 er størrelsen på bøter oppad begrenset til 10 prosent av foretakets omsetning. Med foretakets omsetning menes dets årlige omsetning på verdensbasis. Denne terskelverdien vil imidlertid ikke få noen betydning i denne saken, da momentene for øvrig i saken tilsier at overtredelsesgebyret ikke vil være noe i nærheten av denne øvre grensen.

10.8 Formildende omstendigheter

Det legges til grunn i Kommisjonens retningslinjer at det kan tale i formildende retning at et foretak har vært i rimelig tvil med hensyn til ulovligheten av den konkurransebegrensende atferden. I AKZO-dommen ble boten for konkurranseskadelig underprising redusert blant annet fordi de nærmere grensene for hva som utgjorde slik ulovlig atferd ikke tidligere var fastlagt i rettspraksis. ²³³ Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i form av underprising ble først forbudt da den nye konkurranseloven trådte i kraft i mai. Konkurransetilsynet har ikke grepet inn mot slik atferd etter den tidligere konkurranseloven. AKZO-testen er heller ikke direkte anvendelig innenfor luftfartssektoren. Det foreligger ingen praksis under EU/EØS-retten som kan gi veiledning innenfor denne sektoren spesielt.

Konkurransetilsynet legger til grunn at SAS ikke kan sies å ha vært i rimelig tvil hva gjelder ulovligheten av sin atferd. Det vises i denne forbindelse til punkt 10.3 om Konkurransetilsynets veiledningsplikt. For det første er konkurranseloven § 11 likelydende med EØS-avtalens artikkel 54. For at forbudet i EØS-avtalens artikkel 54 skal komme til anvendelse, må samhandelen mellom EØS-statene bli påvirket. Det skal i henhold til praksis og teori lite til for at samhandelen anses påvirket. SAS har derfor på mange av sine ruter måttet tilpasse sin prising til et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling allerede før den nye loven trådte i kraft. Videre har tilsynet lenge undersøkt SAS' prissetting og SAS har selv foretatt egne vurderinger og innhentet en rapport fra RBB Economics som gjaldt predasjonsprising i det norske innenriksmarkedet. SAS er på denne bakgrunn godt kjent med de prinsippene som følger av EU/EØS-retten. Stortinget

²³¹ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

²³² Se vedlegg 1.

²³³ AKZO-dommen premiss 163.

vedtok den nye konkurranse-loven 5. mars 2004. SAS hadde derfor tid til å tilpasse sin atferd frem til den nye loven trådte i kraft 1. mai.

Selv om det ikke er presist fastslått hvordan AKZO-testen skal anvendes innenfor luftfartssektoren, herunder prinsippene for hvordan kostnadene skal kategoriseres, har Konkurransetilsynet under enhver omstendighet påvist at SAS har hatt til hensikt å presse Coast Air ut av markedet. Det kan ikke være tvil om at en slik atferd er forbudt. I Wanadoo-avgjørelsen la Kommisjonen til grunn at det ikke kunne trekke i formildende retning at det var brukt en litt annerledes kostnadstest enn den kostnadstesten AKZO-dommen gir anvisning på. Kommisjonen viste til at metoden baserte seg på AKZO-dommen og derfor ikke var ny. Videre la Kommisjonen vekt på at tilpasningen av AKZO-testen var til gunst for Wanadoo.²³⁴

Det foreligger på denne bakgrunn ingen berettiget tvil om lovligheten av den aktuelle atferden som kan gi grunnlag for en reduksjon av overtredelsesgebyret.

10.9 Konklusjon

Konkurransetilsynet vil i sin utmåling av et overtredelsesgebyr legge vekt på at overtredelsens er av en grov karakter. I henhold til Kommisjonens retningslinjer vil en grov overtredelse av konkurransereglene medføre en bot mellom EUR 1 million og EUR 20 millioner. Overtredelsens varighet er kort og vil derfor ikke medføre noen økning av gebyrets størrelse. Konkurransetilsynet må videre se hen til at gebyret skal ha en avskrekkende virkning og legger i den forbindelse både vekt på omsetningen på ruten ([...] ²³⁵ kroner) og muligheten for resultatforbedring ([...] ²³⁶ kroner i året etter SAS' egne beregninger). Som det fremgår av drøftelsen ovenfor tilsier momentene for utmålingen et betydelig beløp. Det vises i denne forbindelse til departementet høringsnotat hvor det fremgår at forskriftsutkastet skal gjenspeile målsetningen i forarbeidene om at nivået på overtredelsesgebyr skal harmoniseres med bøtenivået i konkurransesaker i EU/EØS.²³⁷ Bøtenivået i konkurransesaker i EU/EØS er vesentlig høyere enn de bøkene som til nå har vært gitt av påtalemyndigheten og domstolene i konkurransesaker etter den tidligere konkurranse-loven.

I denne konkrete saken vil det likevel bli lagt vekt på de spesielle omstendighetene knyttet til overgang til et system med forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i den gjeldende konkurranse-lov. Det må legges vekt på at store deler av strategien ble gjennomført før forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling trådte i kraft.

På bakgrunn av en samlet vurdering av de ovenfor nevnte momenter har Konkurransetilsynet kommet frem til at SAS skal ilegges et overtredelsesgebyr på 20 millioner kroner.

11 Vedtak

På denne bakgrunn og med hjemmel i konkurranse-loven § 29 jf. § 11, har Konkurransetilsynet fattet følgende vedtak:

”SAS AB (publ) ilegges overtredelsesgebyr på 20 millioner kroner for konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund.

²³⁴ Wanadoo-avgjørelsen premiss 410.

²³⁵ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

²³⁶ Unntatt offentlighet i medhold av offvl. § 5a jf. fvl. § 13 første ledd nr. 2

²³⁷ Departementets høringsnotat til forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr punkt 3.2.



Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd.”

Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg. I henhold til konkurranseloven § 29 fjerde ledd kan et vedtak om overtredelsesgebyr ikke påklages. SAS kan imidlertid gå til søksmål mot staten for å prøve vedtaket. Dersom SAS går til slikt søksmål vil tvangskraften suspenderes. Ved et eventuelt søksmål kan retten prøve alle sider av saken, og tvistemålsloven gjelder så langt den passer, jf. konkurranseloven § 29 fjerde ledd.

Oslo, 6. juni 2005

Knut Eggum Johansen
konkurransedirektør

Lasse Ekeberg
avdelingsdirektør