

NORGES HANDELSHØYSKOLE
Bergen, våren 2006

Utredning i fordypnings-/spesialfagsområdet: Markedsføring og konkurranse
Veileder: Førsteamanuensis Øystein Foros

Hvordan identifisere mulig rovatferd i fergemarkedet fra Kristiansand til det nordlige Danmark

av
Severin Baugstø Hanssen

Denne utredningen er gjennomført som et ledd i siviløkonomutdanningen ved Norges Handelshøyskole og godkjent som sådan. Godkjenningen innebærer ikke at høyskolen innestår for de metoder som er anvendt, de resultater som er fremkommet eller de konklusjoner som er trukket i arbeidet.

SAMMENDRAG

Formålet med utredningen er å drøfte hvordan rovatferd, med fokus på rovprising, bør identifiseres i markedet for fergetrafikk fra Kristiansand til det nordlige Danmark, nærmere bestemt Nord-Jylland. Teori for rovatferd presenteres og fenomenet settes inn i en konkurranserettslig kontekst. Videre presenteres de to konkurrentene i Kristiansand, Master Ferries og Color Line. Det er knyttet noe usikkerhet til markedsavgrensningen med tanke på om Sørlandet bør sees på som henholdsvis et separat marked, i samme marked som Vestlandet, eller i samme marked som Østlandet. Grunnet etableringsbarrierer som blant annet store oppstartsinvesteringer og tilgang til nødvendige rettigheter i Kristiansand havn finner jeg at det er sannsynlig at Color Line vil kunne forvente en fremtidig merinntekt ved rovatferd. I forbindelse med måling av kortsiktig oppofrelse finner jeg at det vil være naturlige å benytte en tidsperiode på et driftsår, benytte avganger som produksjonsenhet og at man i dette markedet videre bør benytte en inkrementell kostnads- og inntekstbetraktning.

Innholdsfortegnelse

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| FORORD..... | 5 |
| DEL 1 - ROVATFERD og ROVPRISING..... | 6 |
| Kapittel 1 - Teoretisk bakgrunn..... | 6 |
| 1.1 - Hva er rovatferd?..... | 6 |
| 1.2 - Nyere teorier for rovprising..... | 7 |
| 1.2.1 - Er rovatferd rasjonelt? | 8 |
| 1.2.2 - Nyere teorier for rovprising | 10 |
| Kapittel 2 - Konkurransemyndighetene og Konkurranseloven..... | 12 |
| 2.1 - Dilemma for konkurransemyndighetene..... | 12 |
| 2.2 - Kravene til dominerende stilling og rovprising i konkurranselovens § 11..... | 12 |
| 2.2.1 - Dominerende stilling..... | 13 |
| 2.2.1.1 - Definisjon | 13 |
| 2.2.1.2 - Avgrensning: Relevant produktmarked og relevant geografisk marked | 14 |
| 2.2.2 - Utilbørlig utnyttelse..... | 15 |
| 2.2.3 - Brudd på forbudet i § 11..... | 16 |
| DEL 2 - AKTØRENE OG MARKEDET..... | 17 |
| Kapittel 3 - Aktørene og Markedet..... | 17 |
| 3.1 - Markedet..... | 17 |
| 3.2 - Aktørene..... | 17 |
| 3.2.1 - Master Ferries AS..... | 17 |
| 3.2.2 - Color Line AS | 19 |
| DEL 3 - HVORDAN IDENTIFISERE MULIG ROVATFERD I GJELDENDE MARKED? | 22 |
| Kapittel 4 - Markedsavgrensning..... | 22 |
| 4.1 - Avgrensning av det relevante marked..... | 22 |
| 4.1.1 Konkurransetilsynets avgrensning..... | 23 |
| 4.1.1.1 - Det relevante produktmarked | 23 |
| 4.1.1.2 - Det relevante geografiske marked..... | 24 |
| 4.1.2 - Kommentar til Konkurransetilsynets avgrensning..... | 25 |
| Kapittel 5 - Mergevinst på markedet?..... | 29 |
| 5.1 - Etableringsbarrierer..... | 29 |
| 5.1.1 – Kostnadsstruktur..... | 30 |
| 5.2 - Oppsummering: Mulighet for merinntekt på markedet?..... | 35 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <u>Kapittel 6 - Hvordan måle oppofrelse i gjeldende marked?</u> | 36 |
| <u>6.1 - Rettsanvendelse: Vurderingskriterier ift. EF-rettens Artikkel 82</u> | 36 |
| <u>6.1.1 - De ulike kostnadsreferansepunktene</u> | 37 |
| <u>6.1.1.1 - Prissetting under Gjennomsnittlig Unngåelig Kostnad (AAC)</u> | 38 |
| <u>6.1.1.2 - Prissetting over AAC, men under ATC</u> | 40 |
| <u>6.1.1.3 - Prissetting over gjennomsnittlig total kostnad (ATC)</u> | 42 |
| <u>6.3 - Tidsperiode og produksjonsenhet</u> | 44 |
| <u>6.3.1 - Tidsperiode</u> | 44 |
| <u>6.3.2 - Produksjonsenhet</u> | 45 |
| <u>6.4 - Hvordan bør kostnad tallfestes?</u> | 45 |
| <u>6.5 - Hvordan tallfeste inntekt</u> | 47 |
| <u>DEL 4 – KONKLUSJON</u> | 49 |
| <u>KILDELISTE</u> | 51 |
| <u>Litteratur</u> | 51 |
| <u>Referanser til diverse norske og europeiske vedtak og saker</u> | 53 |
| <u>Internettressurser</u> | 53 |
| <u>VEDLEGG</u> | 56 |

FORORD

Arbeidet med denne utredningen har vært en svært lærerik prosess. Som inspirasjon og bakgrunn for utredningen har jeg blant annet benyttet Steen og Sørgards (2004) publikasjon ”Rovatferd i Norsk Luftfart”, en publikasjon skrevet på oppdrag fra Konkurransetilsynet i forbindelse med en vurdering av om det har forekommet rovatferd innen luftfartsnæringen. I forbindelse med skriving av utredningen har jeg hatt ett møte med ledelsen i Master Ferries, representert ved administrerende direktør Svein Olaf Olsen. Samtalene med Olsen har vært nyttige ettersom det finnes lite informasjon om Master Ferries’ oppbygning og virke ut over det som er presentert på deres nettsted (eksempelvis eksisterer ingen tidligere årsrapport). Ved flere anledninger har jeg i tillegg hatt kontakt per e-post med de to konkurrerende foretakene Color Line og Master Ferries. Videre har jeg hatt kontakt per e-post og telefon med Konkurransetilsynet og Kristiansand Havn. Kontakten med de ulike partene har gitt svært nyttige innspill til utredningen. Likevel har det til tider vært vanskelig å få kommentarer fra enkelte av partene, noe som muligens kan forklares med at det i dag pågår en konkurransesak mot Color Line, og at enkelte parter ønsker å være forsiktige med å gå ut med informasjon. Jeg gjør oppmerksom på at de vurderinger og synspunkter som fremkommer i utredningen er mine egne, og dermed ikke nødvendigvis sammenfallende med de synspunkter og vurderinger Konkurransetilsynet vil ha i en eventuell konkurransesak i Kristiansand.

Til slutt vil jeg takke min veileder Øystein Foros for konstruktiv veiledning i forbindelse med skrivingen av utredningen.

Bergen, juni 2006

Severin Baugstø Hanssen

DEL 1 - ROVATFERD og ROVPRISING

I denne delen vil jeg presentere teori om rovatferd med hovedfokus på rovprising. Begrepene rovprising og predasjon benyttes ofte om hverandre, men jeg har her valgt å benytte begrepet rovprising. Det har tatt lang tid å komme frem til modeller eller teorier som forklarer fenomenet og i kapittel 1 vil jeg presentere noen av de mest fremtredende teoriene man til i dag har kommet frem til. Jeg har også valgt å se nærmere på diskusjonen som vedrører om rovprising i det hele tatt vil kunne være en rasjonell handling for et dominerende foretak. I kapittel 2 vil jeg videre plassere rovatferd og rovprising i en konkurranserettslig kontekst, der jeg også vil diskutere konkurranse - myndighetenes vanskelige oppgave knyttet til å skille denne typen atferd fra det som kan betraktes som sunn konkurranse.

Kapittel 1 - Teoretisk bakgrunn

1.1 - Hva er rovatferd?

Rovatferd innebærer at et foretak i en periode på kort sikt opptrer slik at den på lengre sikt presser en konkurrent til å forlate markedet. Rovatferd kan også dreie seg om å disiplinere en etablert konkurrent fra å opptre aggressivt, eller at foretaket selv ønsker å fremstå som aggressiv for å avskrekke potensielle konkurrenter fra å etablere seg i markedet. Ofte vil en i forbindelse med rovatferd snakke om rovprising når et dominerende foretak setter pris uvanlig lavt. Etter formålet til EF-traktatens Artikkel 82 kan rovprising presist defineres som:

... the practice where a dominant company lowers its price and thereby deliberately incurs losses or foregoes profits in the short run so as to enable it to eliminate or discipline one or more rivals or to prevent entry by one or more potential rivals thereby hindering the maintenance or the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition. (Europakommisjonens generaldirektorat for konkurranse, 2005)

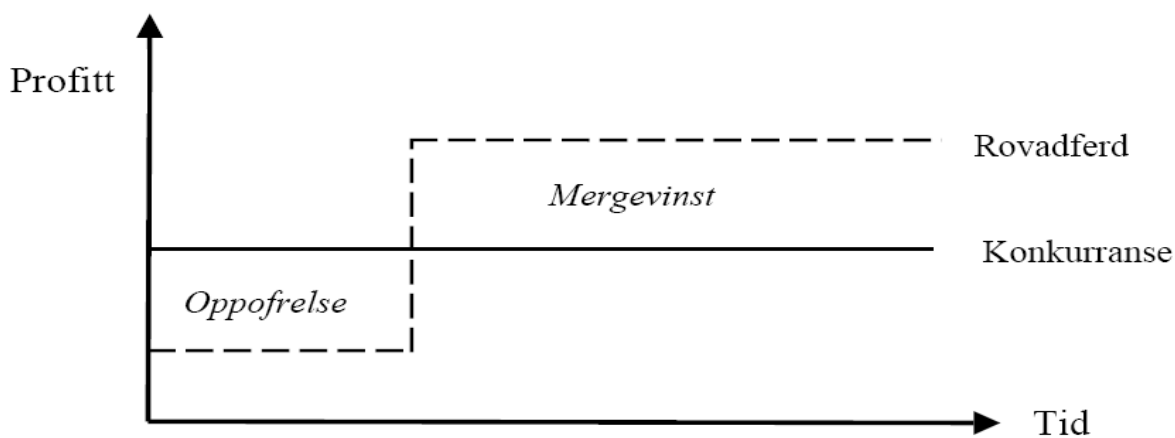
Av definisjonen ser vi at denne type atferd må forstås i et dynamisk perspektiv. Et foretak handler på en måte i inneværende periode som gir forventet negativ effekt på konkurransen i fremtidige perioder.

Figur 1 illustrerer forskjellen mellom et regime preget av rovatferd og et regime preget av vedvarende konkurranse (Steen og Sørgard, 2004). Ved å drive rovatferd vil et foretak i en periode

opptre slik at det tjener mindre, oppnår lavere profitt, enn hva den alternativt ville gjort ved å konkurrere på vanlig måte. I figuren er dette definert som *oppofrelse*. Årsaken til denne typen oppførsel på kort sikt er at foretaket ønsker å kunne oppnå en styrket posisjon i markedet på lengre sikt. På lengre sikt kan foretaket oppnå en slik posisjon ettersom svakere rivaler vil kunne bli presset til å forlate markedet og eventuelt også at potensielle rivaler tar en beslutning om ikke å etablere seg. Denne negative effekten på konkurransen i markedet gir foretaket mulighet til å oppnå det som i figuren er definert som en *mergevinst*. Denne mergevinsten er en fremtidig neddiskontert fortjeneste som oppnås ut over det foretaket ville kunne oppnådd i en situasjon preget av vedvarende normal konkurranse i markedet.

Den langsiktige effekten og muligheten til å oppnå en mergevinst i fremtidige perioder bygger på en svært viktig forutsetning. I alle tilfeller forutsettes det at foretaket innehar en så dominerende posisjon i markedet at det har mulighet til å øke prisene etter at rivalene er presset ut av markedet, eller etter at potensielle nykommere er avskrekket fra å etablere seg.

Figur 1 - Dynamisk perspektiv



1.2 - Nyere teorier for rovprising

Historisk sett er ikke rovprising ett nytt fenomen. Likevel har det ikke før nylig eksistert overbevisende økonomisk teori for denne typen praksis. Tidligere har rovprising ofte blitt forklart ut i fra den såkalte "deep pocket" historien (Motta, 2004). I følge denne historien vil et stort foretak med store ressurser, eller en "dyp lomme" ("deep pocket"), kunne drive en liten konkurrent ut av markedet ved å oppmuntre til en priskrig som medfører tap for begge parter. Den lille konkurrenten vil ha begrenset med ressurser, eller en "liten lomme" ("small pocket"), og vil derfor være ute av

stand til å overleve slike tap over tid. På et eller annet tidspunkt vil denne konkurrenten måtte gi opp og etterlate det store foretaket igjen alene på markedet. Det gjenværende foretaket vil da kunne være i stand til igjen å heve prisene sine og ta igjen det tapte fra perioden med lave priser.

1.2.1 - Er rovatferd rasjonelt?

Flere økonomer har tidligere kritisert forklaringer av typene basert på ”deep pocket” – analogi, og videre kritisert den generelle grunntanken om at rovatferd og rovprising i det hele tatt kan være en rasjonell strategi for et dominerende foretak. I en innflytelsesrik artikkel kritiserte McGee (1958) tanken om at et foretak kunne drive ut konkurrenter ved hjelp av rovprising av særlig fire hovedårsaker:

For det første påpekte han at rovprising er forbundet med store kostnader og at et stort foretak vanligvis vil måtte tåle større tap enn et lite foretak. Dette ettersom, alt annet likt, det samme tapet per enhet vil bli multiplisert med et større kvantum for det store foretaket enn hva tilfellet er for en mindre konkurrent.

For det andre påpekte han at rovprising kun vil være fornuftig dersom det store foretaket vil, eller har mulighet til å, heve prisene når konkurrenten(e) har forlatt markedet. Her argumenterte McGee for at fabrikker/lokaler og utstyr tilhørende det lille foretaket neppe vil forsvinne og at det derfor vil være en mulighet for at foretaket kan etablere seg på nytt når prisene senere heves, eller alternativt at kapitalen blir kjøpt opp av nykommere som vil etablere seg i markedet. Videre påpekte han at dette dermed vil kunne være med på redusere det store foretakets muligheter til å heve prisene i etter perioden med lave priser.

For det tredje diskuterte McGee forutsetningen om at det dominerende foretaket en ”dyp lomme”, mens offeret er forutsatt å ha en ”liten lomme”. Her hevdet han at dette heller bør undersøkes og forklares enn forutsettes. Dette mente han ettersom den lille konkurrenten kan påvise og ytre overfor sine kreditorer at det store foretaket vil tape mer, og at den lille utfordreren derfor vil ha muligheter til å bli støttet finansielt helt inntil rovprisingsperioden avsluttes av det dominerende foretaket.

For det fjerde hevdet McGee at rovprising kun vil rasjonelt dersom strategien, i tillegg til å være gjennomførbar, også er en strategi/praksis som er mer profitabel enn alternative strategier. Eksempelvis peker McGee på muligheten for fusjon mellom foretaket som en mer lønnsom strategi.

Mens McGee er en representant for synet om at rovatferd neppe vil være rasjonelt, har andre igjen stilt seg tvilende til et slikt syn. I Motta (2004) argumenterer forfatteren av samme navn for at McGee sine argumenter ofte ikke vil holde.

Vedrørende McGees første argument, der han påpekte at det store foretaket vil tape mye mer enn en mindre konkurrent, hevder Motta at foretaket ofte vil kunne være i stand til å prisdiskriminere og redusere priser selektivt i de markeder hvor små konkurrenter befinner seg. På den måten kan foretaket opprettholde høye marginer i de fleste markeder, unntatt der hvor rovprisingen forekommer. Tapet som følge av rovprisingsstrategien vil dermed reduseres for det store foretaket i forhold til et tilfelle der det benyttes en rovprisingsstrategi i alle markeder.

Videre påpeker Motta med tanke på McGee sitt andre argument at etablering, eller tilbakekomst til et marked, ofte vil innebære store irreversible faste kostnader, og at det derfor vil være vanskelig for et foretak å etablere seg eller returnere til en næring uten at dette medfører store kostnader. Motta hevder også at rovprising kan føre til en rykteeffekt som innebærer at potensielle foretak som søker å kjøpe opp "falleferdige" kandidater i en næring kan avskrekkes fra å etablere seg. En slik rykteeffekt vil bli nærmere utdypet senere i kapitlet.

Med tanke på McGee sitt argument, der han mente at rivaler vil kunne ha tilstrekkelig tilgang til finansielle ressurser, hevder Motta at dette nok ikke alltid vil være tilfellet. Motta trekker her inn problemet med imperfekt informasjon mellom foretak og kreditorer og videre at sistnevnte ikke kan være sikker på at lånte ressurser vil bli benyttet på en rasjonell måte. Rovprising fra en større konkurrent, som besitter store finansielle ressurser, vil derfor ofte kunne svekke kreditorenes incentiver til å investere mer i foretaket.

McGee argumenterte også for at alternative løsninger, eksempelvis å fusjonere, i de fleste tilfeller vil være mer lønnsomt enn å drive rovprising. Her hevder Motta at en slik løsning tvert i mot ofte vil kunne være svært kostbar og videre at denne type løsning vil kunne oppfordre andre til å etablere seg i markedet med et primært mål om bli kjøpt opp. Videre påpeker Motta et viktig konkurranserettslig poeng med tanke på at fusjoner mellom to konkurrerende aktører i en og samme næring, særlig fusjoner som inkluderer et foretak med stor markedsandel, ofte vil kunne være i strid med konkurranselovgivningen.

1.2.2 - Nyere teorier for rovprising

Det har altså hersket stor uenighet rundt spørsmålet om rovprising i det hele tatt er rasjonelt. Dersom det i dag hadde vært enighet om at rovatferd og rovprising sjelden vil være lønnsomt, ville dette implisert at det for konkurransemyndighetene vil være lite rasjonelt å foreta en vurdering om å gripe inn mot denne type praksis. Innen nyere modeller for rovprising er det likevel en enighet og en viss grunnleggende likhet med tanke på hvorfor rovprising faktisk benyttes som en strategi. Felles for de mest fremtredende teoriene er at rovprising kun kan forklares i en kontekst preget av *imperfekt informasjon* (Motta, 2004).

Innen spillteori skiller man mellom imperfekt og ufullstendig informasjon (Tirole, 1988). Kort forklart kan man si at en aktør har imperfekt informasjon når den ikke vet hva andre aktører tidligere har foretatt seg, mens en aktør har ufullstendig informasjon når den ikke eksakt kjenner til rivalens preferanser og strategier. Likevel er ikke denne forskjellen veldig viktig ettersom det har blitt vist at et spill preget av ufullstendig informasjon kan omskrives til et spill med imperfekt informasjon (Motta, 2004). Selv om de to uttrykkene altså overlapper hverandre vil jeg her benytte det sistnevnte ettersom det er dette som går igjen i litteraturen. Potensielle inntrengere eller mindre rivaler vil kunne inneha usikkerhet med tanke på det store foretakets egenskaper, strategi og tidligere atferd, mens investorer og andre utenforstående vil kunne være usikre med tanke på egenskaper ved den potensielle inntrengeren eller mindre rivaler i markedet. Videre vil det etablerte foretaket i mange tilfeller ha bedre innsikt i markedsforholdene enn øvrige aktører. Foretaket som driver rovprising vil i alle tilfeller søke å benytte rivalens, nykommerens eller investorenes imperfekte kunnskap og opptre på en slik måte at det fremstilles som lite lønnsomt å fortsette å konkurrere i markedet, foreta en nyetablering eller finansiere en eventuell etablering. Innenfor senere, spillteoretiske, rovprisingsmodeller med imperfekt informasjon finnes flere typer. Her vil jeg kort beskrive to hovedtyper av slike modeller: Ryktemodeller og signaliseringsmodeller (Motta, 2004).

Ryktemodeller for rovprising tilsier at et foretak kan sette lave priser i dag for å søke å skape et fremtidig rykte om å være hard og aggressiv og dermed avskrekke andre fra å etablere seg i fremtiden. Kreps og Wilson (1982) viser i sin "incomplete information"-modell at tilstedeværelse av noe usikkerhet vil kunne føre til rovprising. Modellen viser at til tross for at den etablerte i realiteten er "svak", i betydning av at den har høye kostnader, vil en inntrenger ved noe usikkerhet med en viss sannsynlighet anta det motsatte - at den etablerte er "sterk", har lave kostnader. På denne måten kan den etablerte, som i realiteten er "svak", utnytte nykommerens usikkerhet og kjempe mot inntreden for å overbevise inntrengere om at den er "sterk". Kreps og Wilson viser at en

”svak” aktør vil kjempe mot en inntrenger i tidlige perioder for å etablere et rykte om at den er ”sterk” og dermed avskrekke nykommere fra å etablere seg i senere perioder.¹

På samme vis som ryktemodellene er *signaliseringsmodeller* for rovprising basert på imperfekt informasjon. Også her vil en potensiell inntrenger inneha noe usikkerhet knyttet til om den etablerte aktøren henholdsvis er ”svak” eller ”sterk”, noe den etablerte vil utnytte. Milgrom og Roberts (1982) har utarbeidet en signaliseringsmodell som i korte trekk kan presenteres på følgende måte. Før en eventuell beslutning om inntreden observerer nykommeren den etablerte aktøren sin monopolpris. I en kontekst preget av usikkerhet vil en ”svak” etablert aktør kunne imitere at den i stedet er ”sterk” for å unngå inntreden. På den andre siden vil ikke en ”sterk” etablert aktør ønske å bli tatt for å være ”svak” ettersom dette vil kunne tiltrekke nykommere og dermed medføre redusert profitt. I et slikt tilfelle vil det i følge forfatterne kunne være to mulige likevekter:

I den første likevekten vil en ”sterk” aktør sette en pris under normal monopolpris, en pris som videre er så lav at ingen ”svak” aktør kunne satt denne prisen da en slik prissetting ville medført for store tap. Dersom en potensiell inntrenger observerer en slik prissetting vil den dermed avstå fra å etablere seg. Den ”sterke” aktøren har dermed signalisert at den har lave kostnader, er ”sterk”, og er i stand til å holde et lavt prisnivå.

I den andre likevekten eksisterer det ingen lønnsom pris der den "sterke" aktøren kan skille seg fra en ”svak” aktør, eller signalisere at den har et lavt kostnadsnivå. I et slikt tilfelle vil en ”sterk” aktør sette normal monopolpris, en pris også den ”svake” aktøren vil sette for å imitere en ”sterk” aktør. I et slikt tilfelle vil en kunne observere rovprising ettersom en ”svak” aktør vil kunne sette lavere priser enn hva den ellers ville gjort i en periode, og dermed ofre profitt i dag, for senere å kunne sette opp prisen og øke fremtidig profitt. Likevel er det verdt å nevne at prisen som settes både kan være over og under den ”svakes” kostnader. I utredningens del 3 vil jeg diskutere EU-Kommisjonens retningslinjer i saker som omhandler misbruk av dominerende stilling, der det blant annet benyttes ulike kostnadsreferanser for å avdekke om et dominerende foretaks prissetting er rovprising eller ikke.

¹ Modellen er en reaksjon på Selten`s (1978) ”Chain store paradox ”, en modell som tilsier at man med perfekt informasjon og et endelig antall etterfølgende inntrengere ikke vil oppleve rovprising.

Kapittel 2 - Konkurransemyndighetene og Konkurranseloven

2.1 - Dilemma for konkurransemyndighetene

Rovprising innebærer som tidligere nevnt at et dominerende foretak på kort sikt setter lave priser, og opptrer på en måte som ikke er profittmaksimerende. En slik atferd vil ofte være svært vanskelig å avdekke for konkurransemyndighetene. Dette ettersom foretaket i inneværende periode kan opptre på en måte som ikke nødvendigvis medfører direkte tap, men at foretaket likevel pådrar seg selv en oppofrelse. Foretaket kunne altså tjent betraktelig mer i inneværende periode, men velger å avstå fra dette for å oppnå en fremtidig mergevinst. Dette innebærer at rovprising ikke nødvendigvis kan avskrives på tross av at et foretak ikke opplever tap.

Identifisering av rovatferd og rovprising utgjør altså en av konkurransemyndighetenes vanskeligste oppgaver. Dette særlig fordi denne typen atferd i de fleste tilfeller er svært vanskelig å skille fra legal konkurransemessig atferd som er til fordel for konsumentene.

Lave priser som følge av konkurranse er ikke alltid et problem slik det fremstilles i forbindelse med rovprising. Tvert imot er konkurranse ønskelig ettersom konkurranse mellom foretak gir lave sluttbrukerpriser og en god utnyttelse av samfunnets ressurser. Det som utgjør et dilemma for konkurransemyndighetene er å skille det man kan kalle "sunn konkurranse" fra rovatferd og rovprising. Konkurransemyndighetenes oppgave er å beskytte konkurransen, ikke konkurrenter. Dersom myndighetene til stadighet retter fokus mot reduksjon av priser, eller lave priser generelt, vil dette kunne ha en negativ effekt på konkurransen og på aktørenes incentiv til å oppnå økt kostnadseffektivitet og vilje til å redusere sine priser. Dersom et foretak er redd for å redusere sine priser da det frykter at prissettingen skal bli sett på som rovprising (til tross for at denne prisreduksjonen ville vært tillatt i konkurranserettslig forstand) vil dette kunne lede til høyere priser enn ellers. Videre vil dette kunne medføre et effektivitetstap i allokeringen (utnyttelsen) av samfunnets ressurser og at mindre effektive foretak vil kunne bli oppmuntret til å etablere seg, noe som i tillegg kan medføre til et effektivitetstap knyttet til produksjonen (Motta, 2004).

2.2 - Kravene til dominerende stilling og rovprising i konkurranselovens § 11

Ifølge Konkurranselovens § 11 er: "*Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.*" (Konkurranseloven av 2004)

Konkurranselovens bestemmelse av 2004 er harmonisert med, og tilsvarer, EØS - avtalens artikkel 54 og EF- traktaten artikkel 82. I forhold til den tidligere konkurranselovene fra 1993 er loven av 1. mai 2004 ny med tanke på at rovatferd alltid vil være forbudt. Det er altså ikke nødvendig at Konkurransetilsynet treffer et vedtak for at denne typen atferd skal defineres som forbudt (Konkurransetilsynet, 2004a).

Det er altså to vilkår som må være oppfylt for at atferd vil bli rammet av denne loven. For det første må foretaket som anklages eller undersøkes inneha en dominerende stilling. For det andre må det i tillegg foreligge en utilbørlig utnyttelse av foretakets dominerende stilling. Under vil jeg utdype de to vilkårene i konkurranselovens § 11.

2.2.1 - Dominerende stilling

2.2.1.1 - Definisjon

Fra en konkurransesak mellom United Brands og Kommisjonen kom EF-domstolen frem til følgende definisjon for hva det innebærer å ha en dominerende stilling:

The dominant position referred to in article 86 [Les: Nåværende artikkel 82 i EF-Traktaten (egen kommentar)] relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers. In general a dominant position derives from a combination of several factors which, taken separately, are not necessarily determinative (Sak 27/76, United Brands mot Kommisjonen).

Definisjonen er senere gjentatt i en rekke saker, blant annet i den såkalte Michelin – saken (Sak 322/81, Michelin mot Kommisjonen). Det første sentrale momentet i denne definisjonen er altså at et foretak med dominerende stilling vil kunne hindre at effektiv konkurranse opprettholdes på gjeldende marked. Et annet viktig moment er at foretaket innehar en mulighet til å opptre uavhengig og til å innrette seg ensidig i markedet, uten å måtte ta hensyn til hva etterspørrere og konkurrenter foretar seg.

En dominerende stilling forekommer oftest når et foretak eller en gruppe av foretak representerer en stor andel av tilbudet i et bestemt marked, under forutsetning av at også ytterligere faktorer som analyseres i en markedsvurdering, herunder blant annet etableringsbarrierer og kundenes

reaksjonsmulighet, peker i samme retning (EFTAs Overvåkningsorgan, 1998). Det å inneha en dominerende stilling er ikke forbudt i seg selv. Dersom en slik sterk stilling hadde vært forbudt ville foretaks insentiver til å konkurrere, for der i gjennom å skaffe seg en ledende posisjon i markedet, blitt sterkt redusert. Bedrifter konkurrerer nettopp for å kunne oppnå noe markedsrett og økt profitt. Det som er forbudt er en *utilbørlig* utnyttelse av sin dominerende stilling (se under). For å kunne avgjøre om et foretak innehar en dominerende stilling på et marked må man først foreta en avgrensning av det relevante markedet

I denne sammenheng kan EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked gi en veiledning (Konkurransetilsynet, 2004a). Formålet med denne kunngjøringen er å gjøre rede for hvordan EFTAs overvåkningsorgan anvender de to begrepene relevant produkt- og geografisk marked i sin håndheving av EØS-avtalens konkurranseregler (EFTAs Overvåkningsorgan, 1998). Avgrensningen av markedet er et middel som benyttes til å trekke opp grensene for konkurransen mellom foretak. Formålet med denne avgrensningen er i første rekke å på en systematisk måte identifisere de begrensningene de berørte foretak, det være seg anklagende foretak eller foretak som undersøkes, står overfor i sin konkurransemessige handlefrihet. Foretak er særlig utsatt for tre hovedtyper av konkurransemessige begrensninger i sin handlefrihet:

Tilbudssubstitusjon, etterspørsels -substitusjon og potensiell konkurranse.

Hovedformålet med å avgrense et marked både som relevant produktmarked og som relevant geografisk marked, er finne ut hvilke faktiske konkurrenter som er i stand til å begrense markedsatferden til de berørte foretakene og i stand til å hindre disse i å opptre uavhengig av et effektivt konkurranstrykk. Avgrensning av det relevante marked både som produktmarked og geografisk marked er ofte av avgjørende betydning for vurderingen i konkurransesaker som vedrører rovattferd ettersom avgrensningen ligger til grunn for videre vurdering/analyse av konkurranseforholdene på gjeldende marked.

2.2.1.2 - Avgrensning: Relevant produktmarked og relevant geografisk marked

I EØS-avtalen defineres relevant produktmarked som:

Et relevant produktmarked omfatter alle varer og/eller tjenester som etter forbrukerens oppfatning er innbyrdes ombyttelige eller substituerbare ut fra egenskaper, pris og bruksområde. (EFTAs Overvåkningsorgan, 1998).

Videre gis følgende definisjon for relevant geografisk marked:

Et relevant geografisk marked omfatter et område der de berørte foretak tilbyr varer eller tjenester, der konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet, og som kan holdes atskilt fra tilgrensende områder særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellige.

Det relevante marked ved vurdering av et gitt konkurransemessig spørsmål vil derfor være en kombinasjon av både det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked.

Etter at det relevante marked er avgrenset må det vurderes om foretaket har en dominerende stilling på dette markedet. Som en første "screening" kan foretakets markedsandel på markedet gi en indikasjon på dets posisjon. Avgrensningen av det relevante marked som både produkt- og geografisk marked gjør det mulig å slå fast hvilke tilbydere og konsumenter dette markedet innebefatter. På grunnlag av avgrensningen kan markedsandeler for hver tilbyder beregnes på bakgrunn av deres omsetning² av de aktuelle produktene i det aktuelle geografiske området.

EU domstolen har lagt til grunn at dersom et foretak har betydelige markedsandeler, som holdes over tid, kan dette benyttes som bevis for at foretaket er dominerende (Sak 85/76, Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen).

Domstolen har også fastslått at man må oppstille en presumpsjon for dominerende stilling dersom et foretak har en markedsandel på 50 % (Sak 62/86, AKZO Chemie mot Kommisjonen). Videre vil en markedsandel over 40 % også kunne indikere dominerende stilling, særlig dersom andelen har vært forholdsvis konstant over tid (Konkurransetilsynet, 2004a). Et foretaks markedsandel vil uansett ikke være avgjørende for om man kan si at dominans foreligger, markedets konkurranseforhold må i tillegg vurderes nærmere. I denne vurderingen vil etableringshindringer, konkurrenters markedsandeler og eksistensen av kjøper- og forhandlermakt kunne være momenter av betydning.

2.2.2 - Utilbørlig utnyttelse

For at det skal foreligge ett brudd på konkurranselovens § 11 må det, i tillegg til at foretaket er dominerende, også eksistere en utilbørlig utnyttelse. Foretak som kan ansees å ha en dominerende stilling har et særlig ansvar for at deres oppførsel i markedet ikke begrenser, eller fører til en

² Som oftest er det salget som legges til grunn for beregning av markedsandeler. Likevel kan også andre forhold, avhengig av type produkt eller næring det er snakk om, gi viktige opplysninger med hensyn til eksempelvis kapasitet.

ytterligere begrensning av, den konkurransen som finnes i markedet. Det finnes i dag ingen lovfestede unntak fra forbudet etter konkurranselovens § 11 (Konkurransetilsynet, 2004a).

I konkurranseloven gis det flere eksempler på atferd om kan utgjøre en utilbørlig utnyttelse. Disse er blant annet:

- Urimelige(høye/lave) priser.
- Begrensning av produksjon og salg (eksempelvis gjennom eksklusivavtaler).
- Diskriminerende priser, rabatter eller leveringsvilkår.
- Koblingshandel der det kreves at kjøper godtar tilleggssytelser som ikke har rasjonell eller naturlig sammenheng med det produkt eller den tjenesten som kjøperen etterspør.

Denne utredningen berører i hovedsak det første eksempelet over, tilfeller der et dominerende foretak setter urimelig lave priser, driver rovprising.

2.2.3 - Brudd på forbudet i § 11

Konkurransetilsynet har ulike reaksjonsmidler å velge mellom ved overtredelse av forbudet. Ved alvorlige overtredelser av § 11 kan foretaket ilegges overtredelsesgebyr. Ved mindre alvorlige overtredelser kan tilsynet nøye seg med å pålegge opphør av atferden. Påbud om opphør kan videre også anvendes i kombinasjon med et overtredelsesgebyr. Påbud om opphør kan omfatte både atferdsregulerende og strukturelle tiltak nødvendige for å bringe overtredelsen til opphør. For å sikre at pålegget etterleves kan tilsynet også ilegge foretaket tvangsmulkt. Ved overtredelse av et påbud om opphør kan dette medføre overtredelsesgebyr eller straff (Konkurransetilsynet, 2004a).

Gitt at det finnes gode grunner for et foretak å opptre på en måte som kan ansees å være rovatferd vil konkurransemyndighetene måtte være oppmerksomme på at dette kan skje på ulike markeder. Tema for kapittel 3 i denne utredningen er å analysere hvordan konkurransemyndighetene kan identifisere eller avdekke i hvilken grad det er grunn til å frykte rovatferd og da særlig rovprising i markedet for fergetrafikk, person- og godstrafikk, fra Kristiansand til det nordlige Danmark. Før utredningens analysedel vil jeg først presentere aktørene i dette markedet.

DEL 2 - AKTØRENE OG MARKEDET

Kapittel 3 - Aktørene og Markedet

3.1 - Markedet

I oppgaven har jeg valgt å se på person- og godstrafikken mellom Kristiansand og det nordlige Danmark. Det ”nordlige Danmark” vil her innebære havnene Hirtshals og Hanstholm på Nord-Jylland. På linjen Kristiansand - Hirtshals trafikkerer i dag Color Line med to skip, passasjer- og bilfergen ”M/S Christian Quart” og hurtigbåten ”F/F Silvia Ana”. I april 2006 startet det nyetablerte fergeselskapet Master Ferries sine overfarter mellom Kristiansand og Hanstholm med hurtigbåten ”Master Cat”. Tidligere har Color Line hatt en sterk posisjon på delmarkedet med avganger fra Kristiansand. Det kan likevel diskuteres i hvilken grad Color Line før Master Ferries sin oppstart har hatt tilnærmet monopol på delmarkedet ettersom Konkurransetilsynet i et varsel mot Color Line om rovatferd i delmarkedet fra Bergen/Stavanger har gått langt i å indikere at Sør- og Vestlandet tilhører samme marked (Fjordline, 2005). Denne og alternative markedsavgrensninger vil bli nærmere diskutert i utredningens kapittel 4.

3.2 - Aktørene

3.2.1 - Master Ferries AS

Master Ferries AS er et nyetablert foretak på markedet i Kristiansand. Foretaket starter sine seilinger fra Kristiansand til Hanstholm 26. april 2006. På eiersiden sitter brødrene Bernt og Frank Mykjåland og noen få mindre medeiere. Selskapet har en egenkapital på 90 millioner kroner, og er videre finansiert med i overkant av 100 millioner kroner via eksterne investorer. Administrerende direktør er som nevnt innledningsvis Svein Olav Olsen. Olsen har en fortid i Color Line der han jobbet på markedssiden inntil 1995 (Dagens Næringsliv, 2005a).

I utgangspunktet kjøpte selskapet et 40 år gammelt skip, ”Gabriel Scott”, som skulle ha en overfartstid på tre timer og femti minutter fra Kristiansand til Hanstholm (Fædrelandsvennen, 2005a). Denne båten er fra 1965, men er senere blitt bygget om flere ganger. Båten er 100 meter lang, mens Color Lines ”Christian Quart” til sammenligning nesten er 150 meter (Fædrelandsvennen, 2005b). Båten skulle gi 80 til 90 nordmenn ny arbeidsplass og frakte passasjerer til Hirtshals, altså samme destinasjon som konkurrenten Color Line har i dag.

Planene om å ta "Gabriel Scott" i bruk ble etter hvert blitt skrinlagt til fordel for kjøp av en nyere og mer moderne båt, "Master Cat", en 91 meter lang katamaran av typen "Wave piercing Catamaran" bygd i 1998. I følge Master Ferries sitt nettsted ble denne type skip kåret til verdens raskeste fartøy i 1998 (Master Ferries, 2006a). Overfartstiden fra Kristiansand til Hanstholm er satt til i underkant av to timer, selv om skipet faktisk kan klare overfarten på én time og tjue minutter (Fædrelandsvennen, 2005c). Til sammenligning bruker Color Line sin hurtigbåt, "Silvia Ana", omkring to og en halv time på sin overfart mellom Kristiansand og Hirtshals. "Master Cat" har plass til 750 passasjerer og ca. 200 personbiler/varebiler, campingvogner, bobiler og har videre kapasitet til 4 busser (Master Ferries, 2006a).

I følge selskapet ble det valgt å kjøpe, og ikke leie, katamaranen av to hovedårsaker. For det første fordi denne typen katamaran har de høyeste residualverdiene innen hurtigferge -industrien, og for det andre fordi kjøp vil gi selskapet en mye høyere EBITDA³ -rate (Incat News, 2006,)

Svein Olav Olsen har uttalt at foretaket ønsker å skape et lavkostnadskonsept på linje med hva man de senere år har sett innen luftfart (jfr. Norwegian), bare at konseptet nå skal anvendes til havs. Olsen peker på at det i innen fergedrift (i andre land) de siste to årene har vært en rekke suksessfulle lavkostnadsselskap som har startet med denne typen katamaraner, og at Master Ferries skal være først med å komme med et slikt konsept til Norge. Videre har Olsen uttrykt at Master Ferries, med sine svært konkurransedyktige priser skal revolusjonere transporten til og fra Norge (Incat News, 2006).

I første omgang har Master Ferries lagt ut mellom 5.000 og 10.000 billetter. Billettpris per person, én vei uten bil, har en maksimumspris på kroner 79, mens den laveste prisen er satt til kroner 9. Bilpakkene har en pris per vei som lavest er satt til kroner 69 med en maksimumspris på kroner 899 (Master Ferries, 2006b). De lave prisene har blitt begrunnet i lave administrative kostnader, og at foretaket har et helt annet kostnadsbilde enn mange andre operatører. I samtalene jeg har hatt med Olsen i forbindelse med utredningen har han uttalt at en del av Master Ferries kostnadsbesparelser ligger i selve oppbyggingen av deres organisasjon. Mens Color Line har et tilnærmet "1:1" forhold med tanke på henholdsvis antall personer i land og antall personer om bord, opererer Master Ferries med et tilnærmet "1:10" forhold (7-8 personer i administrasjonen og ca. 70 om bord). Videre har Olsen uttalt at deres "Master Cat" bruker omkring 40 % mindre drivstoff enn eksempelvis Color Line sin hurtigbåt "Silvia Ana" som også opererer fra Kristiansand. Han hevder derfor at foretaket

³ EBITDA tilsvarende fortjeneste før renter, skatt, avskrivninger og amortisering

på bakgrunn av blant annet årsakene over vil komme til å fortsette med å tilby svært lave priser og likevel være i stand til å overleve i bransjen.

Om konkurransen mot Color Line peker Svein Olaf Olsen på at selskapet er svært klar over deres konkurrent, og at konkurranse alltid er vanskelig. Olsen hevder at selskapets fortrinn vil ligge i de prisgunstige tilbudene og fergens korte overfartstid, og at de derfor tror at Master Ferries skal klare å leve "side om side" med de andre rederiene (forbruker.no, 2005). I samtalen med Olsen hevder han videre at Master Ferries primære jobb er å transportere kundene på en svært rimelig måte, og at konkurrenten får ta seg av underholdningen. Videre påpekte han at deres største utfordring ligger i å overholde de fartsplaner som selskapet har planlagt. På spørsmål om hva han mener er konkurrenten, Color Line, sin styrke i forhold til Master Ferries svarte han at deres fortinn ligger i deres etablerte og erfarne, men noe store, organisasjon og i at de i forhold til konkurransen mot Master Ferries kan sees på som *"Goliat i kampen mot David"*.

3.2.2 - Color Line AS

Color Line AS er et heleid datterselskap i konsernet Color Group ASA og utgjør hoveddelen av konsernets virksomhet. Color Line er Norges største og et av Europas ledende cruisefergerederier. Foretaket har i dag en flåte på 10 skip og opererer i syv internasjonale fergeruter mellom ti havner i Norge, Sverige, Danmark og Tyskland. Color Lines virksomhet består i hovedsak av transport, cruise, frakt, spedisjon, i tillegg til hotell og handel. Rederiet hadde i løpet av 2005 ca. 3.500 ansatte i fire land. Color Group hadde i 2005 en omsetning på 4.682 millioner kroner (Årsrapport Color Line, 2005).

Årlig reiser mer enn fire millioner passasjerer med Color Line. Ifølge Color Lines Årsrapport for 2005 utgjorde 72 prosent av disse nordmenn, 14 prosent tyskere, 8 prosent dansker, 2 prosent svensker og 4 prosent fra øvrige land. Våren 2005 startet Color Line opp en ny linje på strekningen Bergen/Stavanger - Hirtshals. På denne linjen konkurrerer selskapet i dag med Fjordline.

Med overtakelsen av verdens største cruiseskip med bildekk, "M/S Color Fantasy", i 2004 innledet Color Line et målrettet program for å fornye flåten sin. Skipet trafikkerer i dag linjen Oslo-Kiel. Ifølge Color Lines årsrapport for 2004 er Color Festival ment å skulle representere en helt ny kategori der cruiseskipets aktivitetstilbud, høye kvalitetstilbud og standard er kombinert med kapasitet for transport av biler og frakt. Color Line vil i 2007 få klargjort "Color Magic", et

søsterskip til ”Color Fantasy”, som nå er under bygging ved Aker Yards i Finland (Dagens Næringsliv, 2005b).

I tillegg til den nåværende flåten inngikk Color Line i slutten av 2005 en kontrakt med Aker Yards om bygging av to nye hurtiggående ferger. Skipene skal leveres i 2007 og 2008 og skal etter planen operere på linjene Kristiansand - Hirtshals og Larvik-Hirtshals. Selv kaller Color Line innføringen av skipene på markedet, et konsept kalt ”Color Line Superspeed”, en revolusjon av danskebåt-trafikken, og skrev videre i en pressemelding at:

Gjennom Superspeed innleder Color Line en ny æra i den tradisjonsrike trafikken mellom Norge og Danmark. Skipene vil øke tilgjengeligheten og korte avstanden vesentlig til det øvrige Europa. Superspeed er fremtidens skip, som vil frakte et stort antall passasjerer, biler og last raskt og effektivt til og fra Kontinentet. (Dagens Næringsliv, 2005b)

Skipene vil innebære en enorm kapasitetsøkning på overfarten mellom Norge og Danmark. Dette ettersom disse innehar en mulighet til å laste hele to kilometer med vogntog og 1.900 passasjerer. Videre vil overfartstiden mellom Kristiansand og Hirtshals være omkring tre timer og femten minutter.

Om den forestående konkurransen mot Master Ferries i Kristiansand har Color Line vært lite villige til å røpe noen planer. Linjesjef i Color Line, Terje Markussen, har uansett uttalt at kundene i 2006 vil møte ”hyggelige priser”, og at han tror at kundene vil sette pris på Color Line sitt store antall avganger. Videre har Marcussen også uttalt at (fritt gjengitt):

Vi kommer ikke til å starte noen priskrig i alle fall. Vi legger oss på en pris som er gunstig for oss, og tenker ikke så mye på hva alle andre gjør. Skulle vi brydd oss om hva alle konkurrentene driver med hadde vi ikke hatt tid til noe annet. (Forbruker.no, 2005)

I en e-post fra Color Lines markedsjef i Kristiansand, Odd Grønberg, uttalte han vedrørende konkurransen mot Master Ferries at (fritt gjengitt):

Vi opplever ikke dette som noen kamp. Vi følger fortsatt vår markedsplan og vår prissetting som ble planlagt i fjor høst i god tid før vår nye konkurrent kom på banen [...]
En evt. priskrig vil i tilfelle ta utgangspunkt i konkurranse fra andre aktører enn fergebransjen. Billigreiser med fly er nok en større utfordring enn andre fergerederier.
(Vedlegg 1)

Den 24. april 2006 gjennomførte EFTAs overvåkningsorgan (ESA) en bevissikring hos Color Line. Inspeksjonen, som var uanmeldt, ble utført med bistand fra Konkurransetilsynet med formål å sikre eventuelle bevis for brudd på konkurransereglene i EØS- avtalen (Eftas overvåkningsorgan, 2006).

DEL 3 - HVORDAN IDENTIFISERE MULIG ROVATFERD I GJELDENDE MARKED?

I denne delen vil jeg diskutere i hvilken grad en dominerende aktør i dette markedet kan forvente en fremtidig mergevinst etter en periode med rovprising. Videre vil jeg diskutere hvordan et dominerende foretaks oppofrelse i forbindelse med rovprising bør måles i gjeldende marked.

Kapittel 4 - Markedsavgrensning

4.1 - Avgrensning av det relevante marked

I forrige kapittel presenterte jeg aktørene på delmarkedet for person- og godstrafikk mellom Sørlandet og det nordlige Danmark. Denne markedsavgrensningen for fergetrafikk til Danmark kan i en konkurranserettslig vurdering likevel diskuteres. Inndelingen av de geografiske markedene for fergetrafikk fra Norge til Danmark kan tenkes på flere mulige måter. For det første kan man se på Norge som ett enkelt marked der alle linjer til Danmark i ulik grad konkurrerer med hverandre, det vil si at Sørlandet (Kristiansand), Østlandet (Oslo/Larvik) og Vestlandet (Bergen/Stavanger) ansees å være i samme marked. Videre kan det drøftes om Sør- og Vestlandet tilhører samme marked, mens Østlandet må sees på som et separat marked. Et annet alternativ er å se på Vestlandet som et separat og uavhengig marked, og se på Sørlandet og Østlandet som et felles marked. Begge de to foregående alternativene innebærer en todeling av markedet for fergetrafikk fra Norge til Danmark. Som et siste alternativ kan man ha en mer snever definisjon av markedene, der eksempelvis hver utfartsby/område defineres som et separat marked.

For å drøfte kompleksiteten av markedsavgrensningen på gjeldende marked vil jeg først presentere og diskutere Konkurransetilsynets avgrensning i tidligere konkurransesaker på Vestlandet, for så å diskutere markedsavgrensningen dersom man tar utgangspunkt i Kristiansand som utfartsby. For oversiktens skyld har jeg i tabell 1 gruppert markedet for fergetrafikk fra Norge til Danmark i fire geografiske områder med de ruter som eksisterer i de ulike områdene.

Tabell 1 - Oversikt aktører/geografisk område

| <i>Geografisk Område</i> | <i>Color Line</i> | <i>Ford Line</i> | <i>Master Ferries</i> | <i>Kystlink</i> | <i>Stena Line</i> | <i>DFDS</i> |
|-----------------------------------------------------|------------------------|--------------------------|-----------------------|-----------------|-------------------|---------------------------|
| Bergen(B)/ Stavanger(S)/ Egersund(E) | Hirtshals (Fra B/S) | Hanstholm (Fra B/S/E) | | | | |
| Kristiansand | Hirtshals | | Hanstholm | | | |
| Langesund | | | | Hirtshals | | |
| Larvik | Hirtshals | | | | | |
| Oslo | Frederikshavn | | | | Frederikshavn | Helsingborg/ København |

4.1.1 Konkurransetilsynets avgrensning

I en konkurransesak fra 2002 (Sak V2002-97), en sak som vedrørte midlertidig opphør av gjennomføring av bedriftsintervall mellom de to partene BNR-Fjordline og Color Line, definerte Konkurransetilsynet henholdsvis et relevant produkt- og geografisk marked. Det er viktig å presisere at Color Line på dette tidspunktet *ikke* opererte med noen linje fra Bergen til Danmark. Fjordline hadde i 2002 noenlunde samme rute fra Vestlandet til Danmark som de har i dag, det vil si ruten Bergen - Haugesund - Egersund – Hanstholm (med unntak av at foretaket i 2002 ikke hadde utfart fra Haugesund), mens Color Line opererte med sin rute fra Kristiansand til Hirtshals. I saken referert til over la tilsynet frem følgende avgrensning:

4.1.1.1 - Det relevante produktmarked

Tilsynet så det slik at de relevante produktmarkedene kunne deles inn i fire hovedsegmenter: Passasjertransport, godstransport, opplevelsesprodukter og kurs-/konferanseprodukter. Innen de to sistnevnte segmentene tok ikke konkurransemyndighetene stilling til i hvilken grad der var konkurranse. Dette innebar at tilsynet la de to følgende segmentene til grunn for avgrensning av det relevante produktmarked:

- (I) Passasjertransport med ferge til/fra Danmark
- (II) Godstransport med ferge til/fra Danmark

Segmentet, eller markedet, for *passasjertransport* innebar i følge Konkurransetilsynet transport av passasjerer som i hovedsak har andre destinasjoner enn havnebyene og der overfarten ville kunne synes å være en del av en lengre reise. Videre pekte tilsynet på at det for personer som skal på et lengre opphold i Danmark ofte vil være nødvendig å ha med bil slik at alternative transportformer

ikke vil være et tilstrekkelig substitutt til transport med ferge. Eksempelvis vil flytransport ofte være dyrere og i vil liten grad dekke de samme behovene som konsumenter søker ved å velge ferge som transportmiddel. Tilsynet fant på denne bakgrunn at passasjertransport med ferge til og fra Danmark her er det relevante produktmarkedet.

Markedet for *godstransport* bestod av frakt med lastebil/trailer og trailer uten container. Alternativt til fergetransport kan gods transporteres på landeveien gjennom Sverige til kontinentet eller transporteres med linjerederienes skip. I saken mellom Fjordline og Color Line var partene etter tilsynets oppfatning begge konkurrenter i produktmarkedet for godstransport med ferge til/fra Danmark.

4.1.1.2 - Det relevante geografiske marked

Som tidligere nevnt omfatter det relevante geografiske markedet det området der etterspørerne av varer og tjenester i det relevante produktmarked gjør sine innkjøp.

For at to linjer skal kunne bli oppfattet som substitutter må avreisested for de ulike aktørene ligge rimelig i nærheten av hverandre eller ligge på en nokså lik reisetrasé. Dette gjelder også for aktørenes destinasjoner. I saken som er referert til over la tilsynet til grunn at det aktuelle geografiske markedet for *passasjertransport* for etterspørere fra Vestlandet (Rogaland og Hordaland) i hovedsak var Color Lines linje Kristiansand - Hirtshals og Fjord Lines linje Bergen - Egersund - Hanstholm. Dette begrunnet tilsynet med at det ikke syntes å være andre konkurrenter av betydning i dette markedet og ble videre begrunnet i muntlige uttalelse fra Color Line som om at deres passasjerkundemasse til denne linjen stammet fra Rogaland og Hordaland. Passasjerene fra disse områdene passerer anløpshavnen for Fjord Lines Danmarkslinje på vei til anløpshavnen for Color Lines Danmarkslinje. Tilsynet konkluderte her med at Kristiansand - Hirtshals og Bergen – Egersund - Hanstholm er i det samme geografiske markedet (Sak V2002-97).

I samme sak fant Konkurransetilsynet at rutene Egersund-Hanstholm og Kristiansand-Hirtshals er reelle substitutter for *godstransport* til Danmark og kontinentet med lokal/regional opprinnelse på Vestlandet. Som konkurrenter pekte tilsynet på blant annet Linjerederier med opprinnelse på Vestlandet og Sørlandet, med destinasjoner innen rimelig nærhet til Hanstholm og Hirtshals, som konkurrenter innenfor dette markedet.

4.1.2 - Kommentar til Konkurransetilsynets avgrensning

Avgrensningen i saken fra 2002 viser klart at Konkurransetilsynet tidligere, med utgangspunkt i avganger fra henholdsvis Bergen/Stavanger og Kristiansand har sett på Vestlandet og Sørlandet som ett og samme marked. Videre antyder tilsynet den samme avgrensningen etter at Color Line den 27. april 2005 startet opp sin nye rute fra Bergen/Stavanger til Hirtshals.

Med Color Lines oppstart på ruten Bergen/Stavanger - Hirtshals konkurrerer nå Color Line direkte med Fjordline i Bergen. Etter at Konkurransetilsynet ved brev av 13. mai 2005 mottok en klage fra Fjord Line på Color Lines oppstart av ruten, uttrykte tilsynet i et brev til Color Line at de vurderer om Color Lines atferd på det relevante markedet kan innebære en overtredelse av konkurranseloven § 11 (Skaar og Meldalen, 2005).

I brevet til Color Line skiver tilsynet videre at (fritt gjengitt):

Color Lines markedsføring av ruten Kristiansand-Hirtshals på Vestlandet, og antall kunder som reiser mellom Vestlandet og Danmark via Kristiansand, tyder på at det geografiske markedet til ruten Kristiansand-Hirtshals også omfatter Vestlandet. Konkurransetilsynet legger etter en foreløpig vurdering til grunn at de geografiske markedene for passasjertransport og godstransport er en kjede av substituerbare havner fra Kristiansand til Bergen.

I denne saken har altså tilsynet foreløpig gått i retning av å indikere at Sør- og Vestlandet må sees på som et enhetlig marked. Likevel foreligger det i dag ikke noe offentlig vedtak eller noen endelig konklusjon fra Konkurransetilsynet i denne saken, verken når det gjelder det relevante markedet eller Color Lines eventuelle dominerende stilling, noe som bekreftes i en e-post jeg har mottatt fra Konkurransetilsynet (Vedlegg 2). I Konkurransetilsynets informasjonsblad "KonkurransaNytt 4/2005" skriver likevel tilsynet i forbindelse med Color Lines vestlandsrute at (fritt gjengitt):

Ut fra den informasjonen tilsynet hittil har fått, har Color Line en dominerende posisjon i det aktuelle fergemarkedet. Color Line må derfor dekke sine relevante kostnader for ikke misbruke sin dominerende stilling i strid med § 11 i konkurranseloven. (Konkurransetilsynet, 2005)

I et vedtak har tilsynet til nå pålagt Color Line meldeplikt for resultater på månedlig basis gjeldende alle sine ruter til og fra Norge (Vedtak V2005-13). I vedtaket kreves det meldeplikt (til og med august 2006) på følgende punkter:

1. Ruteregnskap, pr. måned.
2. Regnskap over Color Line AS' kostnader som ikke fordeles på rutene, pr. måned.
3. Passasjerer pr. segment, pr. rute, pr. måned.
4. Billettinntekter pr. segment, pr. rute, pr. måned.
5. Omsetning fordelt på billettinntekter, ombordsalg og fraktinntekter pr. skip, pr. måned.

Dersom tilsynet i saken mellom Color Line og Fjord Line har funnet at det i stor grad er sannsynlig at Color Line innehar en dominerende stilling er det naturlig å tro at tilsynet har forutsatt at Color Lines nye rute befinner seg i samme marked som foretakets ruter fra Kristiansand.

Før oppstarten av den nye linjen fra Bergen hadde ikke Color Line operert med ruter fra Vestlandet (Bergen/Stavanger/Egersund). På denne bakgrunn synes det langt fra opplagt at tilsynet allerede ved oppstarten av ruten hadde funnet at Color Line hadde en dominerende stilling dersom Vestlandet hadde blitt betraktet som et separat relevant marked. Tilsynet ser altså ut til å ha betraktet og avgrenset det relevante markedet til trafikk fra både Vestlandet og Sørlandet. En slik avgrensning tilsier at det å reise fra Bergen /Stavanger er et imperfekt substitutt til å reise fra Kristiansand med Color Line for etterspørrere fra henholdsvis Hordaland og Rogaland (Foros og Hjelmeng, 2006).

I en e-post fra Color Lines Markedssjef i Kristiansand, Odd Grønberg, svarer Grønberg følgende på spørsmålet om hvem som geografisk sett utgjør Color Lines hovedmålgruppe (fritt gjengitt):

For sommerferien er det Vest Agder og Rogaland som er vårt viktigste geografiske område. Utenom sesong er det først og fremst Vest Agder, og enda mer spisset; lokalk markedet rundt Kristiansand. (Vedlegg 1)

For bergensere, eller spesielt for etterspørrere fra Stavanger kan det nok være et alternativ å kjøre til Kristiansand for å ta ferge til Danmark. Likevel vil dette alternativet innebære en lang kjøretur i motsetning til alternativet med å ta ferge med avgang direkte fra Bergen/Stavanger. Ferge direkte fra Bergen/Stavanger vil altså kunne fremstå som et nytt produkt. I en artikkel av Foros og Hjelmeng (2006) argumenteres det for at Color Line, med deler av sitt tilbud fra Bergen og Stavanger, faktisk vil kunne fremstå som en nykommer på markedet på Vestlandet, og at foretaket i dette separate delmarkedet derfor ikke kan karakteriseres som en dominerende aktør. Foros og

Hjelmeng fremholder at Color Lines nye rute på Vestlandet kan karakteriseres som et nytt produkt for det såkalte cruisesegmentet (reisende på tur-retur reise uten bil), men også for transportsegmentet (eksempelvis reisende som skal på bilferie i Danmark) ettersom det å kjøre fra Bergen eller Stavanger til Kristiansand vil føre til lengre reisetid i bil.

I utredningen har jeg valgt å sette hovedfokus på konkurransesituasjonen i Kristiansand, og hvordan rovatferd/rovprising bør identifiseres i dette delmarkedet. Med utgangspunkt i Kristiansand som utfartshavn kan det være vel så naturlig å diskutere i hvilken grad Østlandet, det vil si ruter fra Larvik og Oslo til Danmark, er i samme marked som Sørlandet. Eventuelt kan man diskutere i hvilken grad Sør- og Østlandet også er i samme marked som Vestlandet dersom man antyder at alle ruter fra Norge til Danmark befinner seg i ett marked.

Med utgangspunkt i priser for ulike produkter og ulike linjer har Steen og Sjørgard i en rapport søkt å definere empirisk hvilke mulige produktsegment og regionale markeder som finnes i Nordsjøen og Skagerrak (Steen og Sjørgard, 1999). Riktignok ble denne undersøkelsen gjennomført på et tidspunktet der "ferge-Norge" også bestod av Larvik Line som en individuell aktør (senere kjøpt opp av Color Line), men der mønsteret med tanke på utfarts- og ankomsthavner til sammenligning likevel var rimelig likt med det mønsteret som er presentert i tabell 1, og som vi ser den dag i dag. Dette med unntak av at Kystlink og deres linje Langesund - Hirtshals da ikke eksisterte. Videre inkluderte man i undersøkelsen også linjer til Sverige, England og Tyskland, mens jeg i denne utredningen særlig fokuserer på linjer fra Norge til det nordlige Danmark.

I Steen og Sjørgards undersøkelse, der man benyttet en kvantitativ metode kalt kointegrasjonstesting, ble to relativt klare resultater avdekket. For det første fant man store forskjeller mellom de to segmentene shopping- og feriesegment. Videre viste resultatene et klart skille mellom de ulike rutene på Sør-/Østlandet og rutene på Vestlandet, noe som altså indikerte at det er to regionale fergemarkeder i Norge. Dette funnet er altså motstridende til den avgrensningen Konkurransetilsynet tidligere har foretatt, der Vestlandet og Sørlandet har blitt sett på som ett felles marked. Dersom Vestlandet kan ansees som et separat marked vil dette innebære at konkurransestrukturen i Sør-/Østlands- markedet ikke vil bli påvirket av endringer i konkurransestrukturen på Vestlandet. Undersøkelsen viste altså at man på tross av avstander på omkring henholdsvis 320 km mellom Kristiansand og Oslo og 130 km mellom Larvik og Oslo må se på disse utfartsstedene som ett enhetlig marked, og at store avstander ikke nødvendigvis er nok til å unngå konkurranse fra konkurrenter på andre enkeltruter.

Det er altså ikke opplagt hvilken markedsavgrensning som bør benyttes på gjeldende marked. Konkurransetilsynet har, som diskutert tidligere, benyttet en avgrensning der Vestlandet og Sørlandet inngår i ett og samme marked i tidligere konkurransesaker på Vestlandet. I 1999 fant Steen og Sørgard noe overraskende at Vestlandet bør ansees som et separat marked, og Sør-/Østlandet som et annet.

Uansett om linjene Kristiansand-Hirtshals/Hanstholm avgrenses som et eget marked, eller om man også skal inkludere linjene på Vestlandet i en markedsavgrensning vil altså tilsynet på bakgrunn av tidligere praksis mest sannsynlig konkludere med at Color Line har en dominerende stilling. Dette ettersom Color Line i forkant av Master Ferries sin oppstart i april tidligere har hatt tilnærmet monopol på delmarkedet fra Kristiansand, noe som vitner om at foretaket innehar en klar dominerende stilling på dette separate delmarkedet. Inkluderes også linjene på Vestlandet har Konkurransetilsynet tidligere funnet at Color Line innehar en dominerende stilling på det aktuelle fergemarkedet.

Dersom det relevante markedet med utgangspunkt i avganger fra Sørlandet inkluderer Sør- og Østlandet, men ikke Vestlandet, slik Steen og Sørgard (1994) antydde, vil man nok komme til en lignende konklusjon. Ifølge Steen og Sørgard (1999) var markedet på Sør- og Østlandet (alle ruter) på denne tiden dominert av Color Line med en markedsandel på mer enn 62 %. Dette i konkurranse med Scandi Line (18 %), DFDS (9 %) og Stena Line (11 %). Når det legges til at Color Line i 1998 overtok virksomheten i Scandi Line (Color Line, 2006), vil dette indikere at Color Lines markedsandel nok har økt ettersom det er naturlig å tro at markedsandelen deres ikke er redusert som følge av oppkjøpet. Dersom man legger denne avgrensningen til grunn vil det derfor være naturlig å tenke seg at Color Line også da vil bli ansett som en dominerende aktør.

Kapittel 5 - Mergevinst på markedet?

Som illustrert i figur 1 (kapittel 1) må rovatferd forstås i et dynamisk perspektiv. Et foretak ofrer profitt i dag (oppofrelse), eller i en kortsiktig periode, for å oppnå en høyere forventet profitt, en mergevinst, i fremtidige perioder. Dette gjør at det ikke bare er interessant å undersøke foretakets kortsiktige oppofrelse, men også interessant å undersøke foretakets faktiske mulighet til å oppnå en mergevinst i fremtiden. Hvis foretaket har få muligheter til å oppnå en fremtidig merinntekt, er det liten grunn for konkurransemyndighetene til å frykte at rovatferd vil forekomme. Dette ettersom det for et dominerende foretak ikke vil være fornuftig å pådra seg en oppofrelse av profitt uten at muligheter for en mergevinst i fremtiden er tilstede.

Et foretak kan oppnå en mergevinst dersom det innehar en mulighet til å øke prisene og der i gjennom oppnå profitt etter at konkurrentene er blitt presset til å forlate markedet. I EU-kommisjonens diskusjonsnotat for vurdering av saker som vedrører rovprising (se kapittel 6) påpekes det at det ikke er nødvendig å påvise at foretaket innehar en mulighet til å sette priser over nivået som preget markedet før rovprisingen. For å vise at merinntekt er sannsynlig er det tilstrekkelig at rovprisingen fører til en unngåelse eller utsettelse av en prisreduksjon som ellers ville ha funnet sted som resultat av konkurranse fra de nå eliminerte eller disiplinerte konkurrentene, eller fra potensielle inntrengere som grunnet de lave prisene avstår fra etablering (Europakommisjonens generaldirektorat for konkurranse, 2005). Ettersom det i majoriteten av tilfellene er umulig å eksakt kvantifisere pris- og profitteffekter vil det generelt være tilstrekkelig å vise til sannsynlighet for merinntekt ved å etterforske hvilke *etableringsbarrierer* som eksisterer i markedet.

5.1 - Etableringsbarrierer

Etableringsbarrierer, eller etableringshindringer, kan i følge Bain (1956) defineres som enhver faktor som tillater etablerte bedrifter å tjene ”supernormal” profitt uten trussel for inntreden av nykommere. I fergebransjen representerer store, og nødvendige, oppstartsinvesteringer og rettigheter til fasiliteter i havner særlige etableringsbarrierer.

5.1.1 – Kostnadsstruktur

Næringen har en kostnadsstruktur som i stor grad karakteriseres av faste kostnader tilknyttet administrasjon og mannskap, kapital, terminalrettigheter, vedlikehold av teknisk utstyr og

markedsføring. (Steen og Sørgard, 1999) Som administrerende direktør i Master Ferries, Svein Olav Olsen, så beskrivende sa det i samtale jeg har hatt med ham, vil bare det å starte opp som nyetablert aktør raskt koste et ”*par hundre millioner norske kroner*”.

Det er likevel viktig å skille mellom noen essensielle økonomiske begreper knyttet til investeringer som etablerte og nykommere i denne bransjen står overfor. Særlig viktig her er det å skille mellom faste- og irreversible, eller ”sunkne”, kostnader. Faste kostnader kan defineres som kostnader som er uavhengige av produsert kvantum og som på kort sikt er ”låste” eller ”sunkne”, men som på lengre sikt kan reverseres til en viss grad. Med irreversible kostnader menes investeringskostnader som gir avkastning over en lengre tidshorisont, men som aldri kan reverseres (Tirole, 1988). Som et eksempel på forskjellen mellom de to begrepene kan vi si at en maskin kan ansees å være en fast kostnad dersom denne etter en kortere periode, eksempelvis en måned, kan selges uten betydelige tap. På den andre siden vil en investering i et broanlegg som ikke kan selges bli betraktes som en irreversibel kostnad/investering.

Kostnadselementene som her er nevnt i tilknytning til fergenæringen kan kun i begrenset utstrekning vurderes som variable på kort til mellomlang sikt. På lang sikt vil likevel de fleste av kostnadselementene kunne ansees som variable. For brukte ferger finnes det et stort annenhåndsmarked slik at foretakene nok ikke kan anse sine investeringer i ferger for å være sunkne/irreversible. Virksomheten er også preget av rene variable kostnader tilknyttet innkjøp til fergens tax-free butikker og restauranter. Ettersom det i næringen er store faste kostnader vil resultatene til det enkelte foretak i stor grad være sensitive overfor det faktiske aktivitetsnivået om bord (Steen og Sørgard, 1999).

Innen teori for konkurranseutsatte markeder (Contestable markets) hevdes det at graden av sunkne/irreversible kostnader i et marked vil kunne være en god indikator på om markedet er konkurranseutsatt eller ikke (Baumol et al., 1982). Teorien tilsier at i konkurranseutsatte markeder vil fri etablering ofte være tilstrekkelig for å sikre kostnadsbaserte, lave, priser. Ved lave irreversible kostnader vil en nykommer uten store vanskeligheter kunne etablere seg i markedet og oppnå profitt, for videre å ha anledning til å trekke seg ut av markedet uten å tape betydelige ressurser.

I denne sammenheng er det verdt å se nærmere på Master Ferries’ investering i sin nye ferge, ”Master Cat”. Teoretisk sett kan denne fergen operere på svært mange alternative ruter. Som nevnt over kan det tenkes at selve fergen kan selges uten betydelige tap dersom konkurransen viser seg å være for stor for foretaket. Likevel vil ressurser knyttet til administrasjon og markedsføring kunne

betraktes som sunkne dersom Master Ferries velger å trekke seg fra markedet. I følge teorien for konkurranseutsatte markeder vil fri etablering og faren for potensiell konkurranse disiplinere den etablerte aktøren i markedet i markedet. Dersom denne teorien stemmer i praksis burde dette tilsi at Color Line tidligere, som eneste aktør med avganger fra Kristiansand til Danmark, har satt svært lave priser. En slik prissetting ville da tilsvart priser helt ned mot den pris som ville vært satt under omstendigheter preget av perfekt konkurranse, allerede før det ble klart at Master Ferries hadde planer om å etablere seg i Kristiansand.

Hvis teorien for konkurranseutsatte markeder var korrekt ville dette innebære at det ikke ville vært mulig for Color Line å hente ut noen mergevinst etter at en rival, eksempelvis Master Ferries, hadde forlatt markedet. At monopolisten Color Line tidligere har satt svært lave priser, og videre oppnådd svært lav profitt i dette delmarkedet er nok ikke tilfellet. Dette kan blant annet forklares med øvrige etableringsbarrierer i markedet og videre ut i fra den kritikken som foreligger mot teorien om konkurranseutsatte markeder. Kritikken går særlig på at man også må se på andre egenskaper ved markedet som analyseres (Schwarz, 1986 og Shepard, 1984). Eksempelvis bør man innen enkelte markeder se på fleksibilitet i endring av priser. Justering av priser vil i mange markeder kunne gjøres på mye kortere tid enn hva eksempelvis en beslutning om valg av kapasitet eller etablering vil kunne justeres. Dette er også naturlig å anta at er tilfellet i fergemarkedet. På tross av at potensiell konkurranse tidligere har vært til stede i Kristiansand, har nok Color Line hatt muligheten til å holde priser over det nivået man ville hatt ved perfekt konkurranse ettersom foretaket på svært kort tid har vært i stand til å nedjustere prisene dersom en konkurrent ønsket å etablere seg i markedet. Eksempelet med Color Line illustrerer noe av kritikken av teori for konkurranseutsatte markeder, en kritikk som påpeker at fri etablering i seg selv ikke vil være tilstrekkelig for å sikre at dominerende foretak, her illustrert ved Color Line, ikke setter høye priser. Videre har det i den senere tid også vært rettet stor oppmerksomhet ved andre etableringsbarrierer som eksisterer i Kristiansand, særlig med tanke på barrierer tilknyttet rettighetene til ulike fasiliteter i Kristiansand havn.

5.1.2 - Havnerettigheter

I starten av 2006 var det i en rekke medier fokus på diverse havneavtaler inngått mellom Color Line og Kristiansand Havn. De ulike avtalene er i dag ikke offentlig tilgjengelige, og i et brev fra Fylkesmannen opprettholdes Kristiansand Havns KS sitt avslag på Fædrelandsvennens klage på begjæring om innsyn i avtalene (vedlegg 3).

Særlig en av avtalene har vekket medias og konkurrenters interesse. Avtalen fra 1994 ble signert av Jan Walle, som den gang var linjedirektør i Color Line, og daværende havnedirektør Odd A. Salvesen. I henhold til punkt 1 i denne avtalen, som regulerer flere forhold mellom de to partene, skal Color Line betale Kristiansand Havn et årlig beløp på to millioner kroner. Beløpet på to millioner kroner er indeksregulert, og tilsvarte i 2005 ca. 2,8 millioner kroner. Avtalen ble i utgangspunktet inngått for en periode på ti år, men Color Line fikk med henhold til punkt 6 i avtalen opsjon til å forlengelse i ytterligere 5+5 år, en opsjon som i følge bestemmelsen trer automatisk i kraft med mindre Color Line meddeler at foretaket ikke ønsker å benytte denne. Et annet interessant punkt i denne avtalen, punkt 4, gir Color Line fortrinnsrett til terminalarealet i havnen. Videre gir avtalens punkt 8 Color Line førsteretten til å operere ut i fra Kristiansand (Havneavisen, 2006). De to sistnevnte punktene kan i dag sies å være problematiske i konkurranserettslig forstand, selv om inngåelse av avtaler med denne typen punkter skal ha vært lovlig den gang avtalen ble inngått. Konkurransetilsynet kan ved en klage fra Master Ferries komme til å undersøke om avtalen, som ble fornyet for et par år siden, er med på å dempe konkurransen i markedet og gir et ulovlig fortrinn for Color Line. Direktør i Master Ferries, Svein Olaf Olsen, har i ulike media uttalt sin klare mening om avtalen:

Nå forstår jeg hvorfor det har vært så vanskelig for oss å få til en levelig avtale med Kristiansand Havn (...) Avtalen er mildt sagt svært uheldig. Det er en stygg sak og det kan umulig være lovlig at Color Line på denne måten betaler for en rett til å bestemme når en konkurrent skal få ankomme havna (Stand By, 2006)

Color Lines linjedirektør i Kristiansand, Terje Marcussen, er av en helt annen oppfatning:

Jeg er for fri konkurranse, men en ny aktør kan ikke bare komme her og forlange at vi som har drevet fergetransport i 100 år skal innrette oss. De er naturlig at Color Line og DFDS følger den ruteplanen vi har lagt opp. Så får den nye aktøren tilpasse seg dette. (Stand By, 2006)

Samtidig uttalte nåværende havnesjef i Kristiansand Havn, Svein Haartveit, at avtalen er uheldig:

Det er to punkter i avtalen som jeg tolker dit hen at de er brudd på den nye konkurranselovgivningen. Det har jeg gitt Color Line beskjed om. I forhandlinger med Master Ferries har vi således ikke lagt noen som helst vekt på disse punktene. (Stand By, 2006)

Videre har Haartveit uttrykt at Kristiansand havn muligens har latt de eksisterende selskapene i havnen, Color Line og DFDS, få fortrinnsrett fremfor Master Ferries, men han hevder at dette ikke på noe vis har hindret Master Ferries i sin etablering.

Diskusjonen rundt rettighetene i Kristiansand havn kan relateres til teori om essensielle fasiliteter. Enhver innsatsfaktor som kan ansees som nødvendig for at deltakere kan operere i en industri, og som videre ikke kan "kopieres" kan ansees som en essensiell fasilitet (Motta, 1995). Et eksempel som ofte har vært benyttet for å belyse definisjonen av en essensiell fasilitet er nettopp et eksempel med en fergehavn og videre fasiliteter tilknyttet havnen.

I forhold til rettighetene i Kristiansand havn må det for det første påpekes at fasilitetene i havnen ikke eies av Color Line, men at Color Line, som beskrevet, har en avtale som gir selskapet et fortrinn slik avtalen er i dag. For at Master Ferries skal kunne konkurrere i det delmarkedet vi her snakker om, må selskapet kunne ha tilgang til havnen i Kristiansand og de havnefasilitetene som er nødvendige for å få biler/busser og passasjerer om bord i hurtigbåten og i land. Dersom man kunne sagt at havnen og fasilitetene i havnen var lette å kopiere/duplisere kunne ikke havnen bli sett på som en innsatsfaktor som er essensiell for å konkurrere i markedet. Fasilitetene i Kristiansand havn må kunne sies å være essensielle ettersom opprettelse av en ny havn i Kristiansand nok ikke vil være praktisk mulig å få til. For det første vil opprettelse av en ny havn i tillegg til den eksisterende være svært kostbart. For det andre ligger det visse begrensninger tilknyttet infrastrukturen i Kristiansand som tilsier at en ny havn, i tillegg til den eksisterende, vil være vanskelig å opprette.

Hadde det vært Color Line som hadde bygd og eid disse essensielle fasilitetene ville en eventuell vurdering av en slik sak nok vært lettere for konkurransemyndighetene. For at Master Ferries i det hele tatt skulle fått tilgang til fasiliteter eid av Color Line måtte tilsynet først ha tatt en del hensyn i betraktning (Motta, 1995). For det første måtte det i et slikt tilfelle vurderes hvorvidt Master Ferries ville hatt substitutte havner til Kristiansand og om eksempelvis havneanlegg i Mandal, Arendal eller Langesund ville være for dårlige alternativer til å benytte Kristiansand som havn. For det andre, gitt at ingen gode alternative havner fantes i de nevnte byen, ville det vært mulig for Master Ferries å investere i en havn i en av byene? I en vurdering av et dette spørsmålet vil det ikke være nok for Master Ferries å argumentere for at en slik investering ville vært for kostbar. Foretaket må argumentere for og dokumentere at det i de alternative byene ikke finnes de samme former for forbindelse, som tog/hovedvei, eller videre at lokale myndigheter av ulike årsaker ikke vil godta en oppføring av en ny havn eller en eventuell utvidelse av en eksisterende. For det tredje måtte det blitt

undersøkt om det å gi Master Ferries og eventuelt andre nykommere tilgang til havnefasilitetene ikke ville gi eieren, her hypotetiske sett Color Line, økte kostnader.

Diskusjonen er ikke i utstrakt grad relevant for utredningens hovedtema og fokus. Dette ettersom det er Kristiansand havn som besitter ansvaret for fordeling av rettigheter i havnen. Det finnes altså ingen aktør som har ferge drift og som også er eier havnen. Et poeng i forbindelse med havneavtalen diskutert tidligere er likevel at Color Lines førsterett til havnen kan føre til et effektivitetstap. I en publikasjon fra Konkurransetilsynet med tittel "*Regulering av essensielle fasiliteter for konkurranse*" argumenteres det for at det fra et effektivitetssynspunkt er:

... irrelevant om grunneieren selv anlegger en fergeterminal i havnen, eller om han krever en høy pris ved salg eller utleie til en annen aktør som ønsker å gjøre dette. Videre er det uvesentlig om den som faktisk anlegger terminalen, samtidig engasjerer seg i fergetransport, eller om han i stedet overlater dette til én eller flere uavhengige aktører mot høye havneavgifter. Det underliggende problemet er knyttet til makt i markedet for fast eiendom, og man kan derfor anta at fergepassasjerene uansett vil bli avkrevet monopolpriser. (Konkurransetilsynet, 2002)

Det er altså viktig for konkurransemyndighetene å inkludere diskusjonen om essensielle fasiliteter ulike konkurransesaker. Dette gjelder både i saker der et dominerende foretak eier de essensielle fasiliteter, og en nykommer uten videre forventer å få tilgang til fasilitetene, men også i saker som den vi har i Kristiansand der en dominerende aktør har skaffet seg en avtale som muligens kan være med på å begrense konkurransen i markedet, og videre føre til høye sluttbrukerpriser. I denne utredningen må det påpekes at hovedtema er for lave priser, rovprising, satt av en dominerende aktør. Effektivitetshensynet illustrert over kan likevel være med på å forklare hvorfor Color Line tidligere muligens har hatt muligheten til å sette høye sluttbrukerpriser.

5.2 - Oppsummering: Mulighet for merinntekt på markedet?

Color Lines mulighet for rimelig rask prisrespons, relativt til en rivals beslutning om etablering, og eksistensen av betydelige etableringsbarrierer i tilknytning til rettigheter i Kristiansand havn vil kunne bety at Color Line innehar en mulighet til å ta ut en mergevinst i forbindelse med en strategi om rovatferd. Et annet viktig poeng er at det finnes flere delmarkeder innen markedet for ferge drift i Norge, der markedet til/fra Kristiansand representerer et delmarked. For Color Line kan det være en strategi å skape et rykte som aggressiv aktør ved å opptre aggressivt gjennom å sette lave priser i

konkurransen mot Master Ferries, for dermed å avskrekke andre potensielle nykommere fra å etablere seg på denne og/eller andre linjer på et senere tidspunkt.

I sitt diskusjonsnotat påpeker Kommisjonen at man i tillegg til å undersøke hvilke etableringsbarrierer som eksisterer i markedet også kan undersøke om foretaket i fremtiden, etter en periode med rovprising, vil inneha en styrket markedsposisjon og videre undersøke forutsigbare endringer i fremtidig markedsstruktur. Ettersom foretaket allerede har etablert dominans vil dette i mange tilfeller indikere at etableringshindringene er tilstrekkelig høye til å kunne presumere mulighet for merinntekt. Kommisjonen ser det da som unødvendig å gi ytterligere separate bevis for at merinntekt kan forventes for å kunne gå videre i en vurdering av om det foreligger et misbruk av regelen i konkurranselovgivningen. Dette ble også bekreftet i en sak mot Tetra Pak (II) der retten besluttet at ytterligere bevis for faktisk merinntekt ikke er nødvendig (Sak 83/91 – Tetra Pak II).

Kapittel 6 - Hvordan måle oppofrelse i gjeldende marked?

I forrige kapittel så vi at der vil kunne være en mulighet for Color Line til å ta ut en mergevinst i fremtiden dersom en rovpriseringsstrategi anvendes. I en analyse av om rovatferd foreligger vil konkurransemyndighetene, dersom mulighetene for fremtidig mergevinst er tilstede, i neste trinn fokusere på spørsmålet knyttet til om hvorvidt foretaket påfører seg selv en oppofrelse eller ikke. Ved å ta utgangspunkt i EU sin rettsanvendelse på området kan dette drøftes mer spesifikt i forhold til den enkelte sak eller det enkelte marked. Her vil jeg først beskrive rettsanvendelsen i EU for så å gå nærmere inn på hvordan prinsippene i EU vil kunne bli benyttet i en potensiell sak om rovatferd i vårt marked.

6.1 - Rettsanvendelse: Vurderingskriterier ift. EF-rettens Artikkel 82

I en vurdering av om rovatferd foreligger vil EU - Kommisjonen (heretter kalt Kommisjonen) kunne benytte ulike *kostnadsreferansepunkt* (benchmarks) for å analysere om prising kan ansees å være rovprising. De ulike referansepunktene anvendes normalt sett ved å benytte kostnadsdata for det dominerende foretaket. Dersom denne type data ikke er tilgjengelig kan Kommisjonen i stedet bruke kostnadsdata fra tilsynelatende effektive konkurrenter. I saker der konkurrenters info er benyttet kan det dominerende foretaket føre ulike motbevis for å forsvare at det ikke har forekommet prissetting under det hensiktsmessige kostnads – referansepunktet.

For å kunne benytte et kostnadsreferansepunkt må den relevante *tidsperioden* bestemmes for når de relevante kostnadene skal måles. Tidsperioden for når man skal måle kostnadene vil normalt være den perioden den angivelige rovatferden har funnet sted, eller hvis atferden fremdeles pågår, når denne antas å finne sted. I enkelte saker vil det likevel kunne være mer riktig å benytte en annen tidsperiode.⁴ Det å bestemme hvilken tidsperiode man skal benytte for måling av kostnader vil være viktig ettersom det som er en fast kostnad på kort sikt kan vise seg å være en variabel kostnad på lengre sikt.⁵ På lengre sikt vil alle produksjonsfaktorer blir variable ettersom blant annet maskiner og produksjonsutstyr vil bli byttet ut. Hva som bør ansees som henholdsvis faste og variable kostnader må vurderes i hvert enkelt tilfelle (Europakommisjonens generaldirektorat for konkurranse, 2005).

⁴ For eksempel har Kommisjonen innen særskilte liberaliserte sektorer har Kommisjonen eksempelvis benyttet referansepunktet LAIC, som per definisjon ser på kostnader på lang sikt

⁵ En fast kostnad er en kostnad som ikke varierer med produksjonens størrelse, mens med variabel kostnad menes kostnader som er direkte knyttet til produksjonen, og som varierer med omfanget av denne.

Den grunnleggende rettskilden med tanke på rovprising er EF-domstolens avgjørelse i den såkalte AKZO - saken (Konkurransetilsynet, 2006). Her la domstolen følgende til grunn:

1. Det en sterk *presumsjon* for at det foreligger utilbørlig utnyttelse av foretakets dominerende stilling dersom et dominerende foretaks inntekter ikke dekker deres gjennomsnittlige variable kostnader (AVC). (Sak C-62/86 AKZO Chemie BV mot Commission)
2. Dersom det dominerende foretakets inntekter dekker de gjennomsnittlige variable kostnadene (AVC), men ikke dekker de gjennomsnittlige totale kostnadene(ATC), foreligger det utilbørlig utnyttelse av foretakets dominerende stilling, dersom det *i tillegg* kan påvises at foretakets med sin prissetting har en *intensjon* om å presse konkurrenten ut av markedet.
(De overnevnte punktene vil heretter bli omtalt som AKZO - testen)

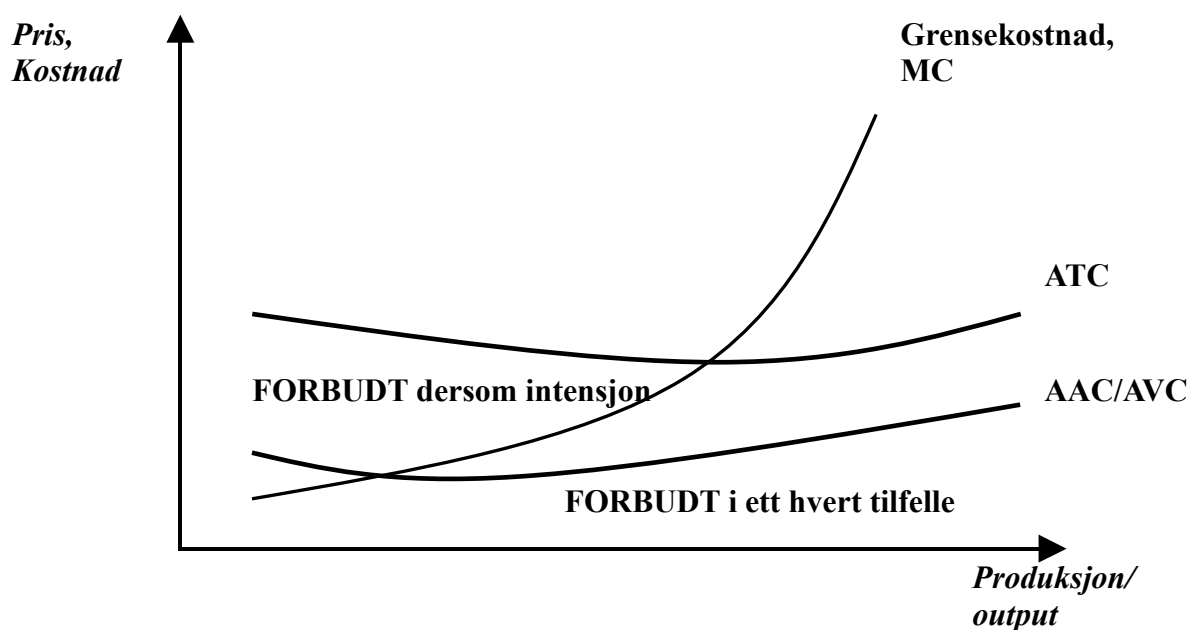
6.1.1 - De ulike kostnadsreferansepunktene

I Kommissjonens diskusjonsnotat for anvendelsen av artikkel 82 diskuteres ulike referansepunkter og hvordan disse skal benyttes innen EF-retten (Europakommisjonens generaldirektorat for konkurranse, 2005). Kommissjonen diskuterer her i hovedsak tre ulike kostnadsbegreper:

- 1) Gjennomsnittlig unngåelig kostnad (AAC)
- 2) Langsiktig gjennomsnittlig inkrementell kostnad (LAIC)
- 3) Gjennomsnittlig total kostnad (ATC).

Jeg vil i det følgende diskutere hvorvidt prissetting i forhold til ulike kostnadsreferanser (prissetting over/under gjeldende referansepunkt) ut i fra Kommissjonens synspunkt kan ansees å være rovatferd. Figur 2 gir en grov skisse av prinsippene som til nå har vært anvendt innen EF-retten.

Figur 2 – Prinsipper i EF-retten



6.1.1.1 - Prissetting under Gjennomsnittlig Unngåelig Kostnad (AAC)

Generelt vil det riktige kostnadsreferansepunktet være det som mest presist forsvarer presumsjonen om at prissetting under gjeldende referansepunkt kan forventes å være rovatferd. I denne sammenheng er det relevante spørsmålet om et dominerende foretak ved å redusere prisene for alle eller deler av sine enheter (over den relevante tidsperioden) pådrar seg, eller har pådratt seg, tap som kunne ha vært unngått ved å la være å selge enhetene (eller deler av totalt antall produserte enheter). Hvis slike unngåelige tap oppstår, kan prissettingen presumeres å være rovprising.

Teoretisk sett vil marginalkostnads – referansepunktet (MC) kunne gi svar på spørsmålet om unngåelige tap for hver individuelle enhet. Prissetting under MC innebærer at produksjon og salg av en ekstra enhet leder til et umiddelbart tap. Dette tapet kunne vært unngått ved ikke å produsere og selge denne enheten. Likevel vil det som oftest være vanskelig å benytte MC som referansepunkt ettersom denne størrelsen i de fleste tilfeller ikke er tilgjengelig eller mulig å kalkulere. Ettersom MC er vanskelig å avdekke i praksis har ulike lands konkurranse -myndigheter i konkrete saker fokusert på andre mål som kan avspeile denne størrelsen (Steen og Sørgard, 2004).

I stedet for MC er gjennomsnittlig unngåelig kostnad (AAC) her det beste referansepunktet ettersom dette er den mest praktiske og presise referansen for å besvare spørsmålet om unngåelige tap (Europakommisjonens generaldirektorat for konkurranse, 2005). Hvis et dominerende foretak

setter sine priser under AAC vil dette bety at prisen ikke vil dekke de kostnadene som kunne vært unngått ved å la være å produsere og selge den gitte mengden.

I EF - retten har det i to ulike saker tidligere vært benyttet en standard der man har referert til referansepunktet AVC (gjennomsnittlig variabel kostnad), og der prissetting under AVC har blitt sett på som misbruk. Dette ble gjort i de to sakene mot henholdsvis AKZO og Tetra Pak. (Sak 62/86 AKZO mot Kommisjonen og Sak T-83/91 Tetra Pak Int. mot Kommisjonen) Som nevnt over følger det av dommen i saken mot AKZO at dersom et foretak setter priser under AVC er det *ikke* nødvendig i tillegg å påvise at foretaket har til hensikt å presse en konkurrent ut av markedet. Årsaken til dette er at ethvert salg gir et umiddelbart tap for foretaket, noe som normalt ikke tyder på noen annen hensikt fra foretaket enn ønsket om å eliminere eller disiplinere en konkurrent (Konkurransetilsynet, 2006).

I sitt diskusjonsnotat presiserer Kommisjonen at referansepunktet AAC ofte vil være identisk med AVC ettersom man i mange tilfeller kun kan unngå variable kostnader dersom man lar være å produsere en mengde av et produkt. Likevel kan AAC i noen tilfeller bli høyere enn AVC dersom det dominerende foretaket eksempelvis må ha utvidet sin produksjonskapasitet for å i det hele tatt kunne være i stand til å drive rovatferd. I et slikt tilfelle må man også inkludere de faste eller "sunkne" investeringene som er nødvendige for en slik kapasitetsøkning.

Selv om det foreligger en sterk presumsjon for rovatferd ved prissetting under AAC kan et dominerende foretak likevel benytte ulike momenter i et forsvar for å bevise at atferden ikke vil ha noen ekskluderende effekt overfor rivaler. En slik prissetting kan i enkelte tilfeller altså ansees som lovlig dersom det foreligger en *legitim begrunnelse* for atferden. En avgjørelse med tanke på om et foretak har hatt til hensikt å presse ut eller ekskludere en konkurrent fra markedet, vil derfor hvile på en helhetsvurdering av de samlede bevis, både i form av den observerbare atferd og konkrete bevis (Konkurransetilsynet, 2006).

Ved behandling av saker innen enkelte sektorer har Kommisjonen endret beslutningspraksis og benyttet referansepunktet LAIC (langsiktig gjennomsnittlig inkrementell kostnad) i stedet for AAC. Slike sektorer har gjerne vært preget av at de enten er lovlig beskyttet, eksempelvis legalt monopol, eller at de er nyliberaliserte. I disse tilfellene er LAIC blitt benyttet som det referansepunktet der prising under dette vil gi en presumsjon for rovprising. Prissetting over LAIC, men under ATC i denne typen sektorer blir behandlet likt som prissetting over AAC, men under ATC.

6.1.1.2 - Prissetting over AAC, men under ATC

I Kommisjonens diskusjonsnotat er det fastslått at prising over AAC, men under gjennomsnittlig total kostnad (ATC) kan være lovlig for et dominerende foretak. En slik form for prissetting kan i noen tilfeller være nødvendig i perioder eksempelvis preget av et stort fall i etterspørselen. Ved stort fall i etterspørselen vil den kortsiktige profittmaksimerende prisen kunne komme til å falle under ATC. Prising under ATC, men over AAC vil ikke medføre noen tap som kunne vært unngått ved å stoppe produksjonen. Når salget av en enhet ikke dekker ATC, kan salget likevel dekke alle variable kostnader i produksjonen og en del av de faste kostnadene. Dette er bakgrunnen for at prissetting over AAC ikke uten videre kan presumeres å være rovprising.

For at prissetting over AAC, men under ATC skal kunne bevises å være rovatferd trengs ytterligere bevisementer. Dette er også uttrykket av ECJ (European Court of Justice) i AKZO-saken:

Moreover, prices below average total costs (...) but above average variable costs, must be regarded as abusive if they are determined as part of a plan for eliminating a competitor. Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition waged against them.

(Sak C-62/86, AKZO Chemie BV mot Kommisjonen)

For at prissetting over AAC, men under ATC skal kunne dømmes som rovprising må det på basis av objektive faktorer vises at det dominerende foretaket har en *intensjon* om å eliminere konkurrerende aktører, og at prisingen er en del av en plan eller strategi om å drive rovatferd. For å påvise at foretaket har hatt en hensikt eller intensjon å drive rovatferd finnes det ulike elementer som kan være med på å bevise en slik strategi (Europakommisjonens generaldirektorat for konkurranse, 2005).

For det første kan intensjon om rovatferd bevises ut i fra svært direkte bevis. Disse kan bestå i dokumenter, detaljerte planer eller konkrete trusler fra foretaket om å benytte en rovprisingsstrategi for å ekskludere en rival, eller å avskrekke en potensiell rival fra å etablere seg. I denne sammenheng må bevisene være svært klare med tanke på at de identifiserer rovatferd og eksempelvis vise de steg som det dominerende foretaket følger i sin plan eller strategi. Dersom konkurransemyndighetene besitter slike direkte bevis er det ikke videre nødvendig å påvise at også andre elementer peker i samme retning. Generell kommunikasjon eller ”prat” internt i foretaket om at man ønsker å ”knekke konkurrenten” vil ikke holde som bevis.

Ved mangel på direkte bevis av typene nevnt tidligere må myndighetene bygge en sak på bakgrunn av bevis som er av en mer indirekte form. I diskusjonsnotatet nevnes en rekke ulike former for indirekte bevis. For å avdekke sannsynlig rovatferd vil de ulike elementene kunne ha ulik grad av relevans i forhold til type sak det er snakk om. Under vil jeg beskrive de ulike indirekte bevis som kan benyttes.

Hvis prissettingen kun utgjør kommersiell forstand som en del av en rovatferdsstrategi og ingen andre fornuftige forklaring foreligger, vil dette normalt være tilstrekkelig for å bevise rovatferd. I slike tilfeller vil det *ikke* være nødvendig å vise at en ekskluderende effekt er sannsynlig.

I andre tilfeller er det i det minste nødvendig å vise at en utestengende i effekt er sannsynlig med tanke på størrelse, varighet og kontinuitet av prissettingen før man kan vise til at rovprising faktisk eksisterer. Et annet spørsmål er om foretaket setter lave priser for selektivt å møte spesifikke typer kunder i markedet. Særlig er det verdt å se nærmere på tilfeller der disse kundene er faktiske kunder av en eller flere konkurrenter i markedet. Slike bevis kan utgjøre en viktig del av den samlede bevisbyrden for å bevise at en rovatferdsstrategi foreligger. Det kan videre være nødvendig å undersøke om rovprisingen og dets effekter er begrenset til ett marked eller én periode der det dominerende foretaket står overfor potensiell inntreden, eller om effektene også kan merkes på andre markeder eller i fremtidige perioder der inntreden kan finne sted. Dersom det siste stemmer kan det, i tråd med teorien i kapittel 1, være rasjonelt for et dominerende foretak å ”investere” i et ”tøft” rykte, og foretaket kan videre være villig til å ofre mer på kort sikt enn hva tilfellet ville vært ved kun ett marked eller en periode. I et slikt tilfelle må det både avdekkes at multiple markeder eller perioder i det hele tatt eksisterer, og videre at en ”rykteeffekt” består i markedet, at denne kan observeres og videre negativt påvirke fremtidige inntrengeres valg om etablering.

Et annet element som bør undersøkes er om foretakets rival(er) er avhengig av ekstern finansiering. Dersom dette er tilfelle må det undersøkes om de reduserte prisene vil påvirke rivalens mulighet til videre finansiering. For å benytte et slikt argument må man i tillegg til å vise til rivalens vanskelige finansielle situasjon også vise til at det dominerende foretaket er mindre avhengig av ekstern finansiering og at foretaket videre kan tenkes å ha, eller lett kunne få, kjennskap til denne forskjellen.

I enkelte tilfeller kan et dominerende foretak finansiere tapene ved en rovprisingsstrategi med profitt fra annet salg. Dette kan være med på å vise at foretaket er mindre avhengig av eksterne finansieringskilder, men vanligvis kan ikke dette benyttes som bevis i seg selv for at rovprising

foreligger. Til tross for at det kan være relevant å undersøke foretakets mulighet til å direkte kunne finansiere de tap som oppstår på kort sikt, er det i større grad viktig å undersøke foretakets incentiv til å drive rovprising og undersøke mulighetene for om tapene kan inntjenes på lengre sikt ved at en mergevinst kan oppnås. Er det rasjonelt å anta at foretaket, etter rovprisingen og ekskludering av konkurrenter, er i stand til å sette høyere priser i fremtiden og at tapene dermed kan dekkes? I kapittel 5 fant jeg, på grunnlag av de etableringsbarrierer som eksisterer i markedet for person- og godstrafikk mellom Kristiansand og det nordlige Danmark, at Color Line innehar en sannsynlig mulighet til å kunne oppnå en mergevinst etter å ha benyttet en rovprisingsstrategi.

I saker der Kommisjonen, på grunnlag av bevis av typene beskrevet, hevder at det foreligger rovatferd kan det dominerende foretaket søke å ugyldiggjøre dette ved at føre motbevis som viser til at foretakets oppførsel feilaktig er blitt vurdert som rovatferd. I slike motbevis er det vanlig at foretaket hevder at prissettingen ikke vil ha noen ekskluderende eller disiplinerende effekt, at fremtidig merinntekt ikke vil være mulig å oppnå og videre at prisingsstrategien ikke vil være til ulempe for konsumentene.

6.1.1.3 - Prissetting over gjennomsnittlig total kostnad (ATC)

Prissetting over ATC vil normalt ikke bli sett på som rovatferd. Dette ettersom en slik form for prissetting vanligvis kun vil ekskludere mindre effektive konkurrenter. Likevel kan reduksjon av priser der pris etter reduksjon fremdeles er over ATC, men som leder til, eller kan lede til, en varig ulempe for konsumentene bli betraktet som rovprising.

6.2 - Bruk av AKZO - testen på dette markedet

En kan stille spørsmål om i hvilken grad AKZO testen kan benyttes i en potensiell analyse av rovatferd i det omtalte markedet. For at rovprising skal kunne avdekkes må det undersøkes i hvilken grad det er naturlig at et dominerende foretak setter så lave priser at foretaket kun oppnår profit dersom konkurrenter disiplineres eller elimineres. I bransjer preget av forholdsvis høye faste kostnader og i markeder der det eksisterer multiprodusenter kan ikke "AKZO - testen" uten videre benyttes for å besvare dette spørsmålet.

For et dominerende foretak med høye faste kostnader vil det ikke gi noen mening å vurdere foretakets priser mot dets gjennomsnittlige variable kostnader (AVC). I slike tilfeller kan det dominerende foretaket sette lave priser og være i stand til å dekke de variable kostnadene, men samtidig ikke kunne dekke de faste kostnadene. Hvis man ignorerer det faktum at de faste

kostnadene ikke blir dekket vil man kunne komme til å godta tilfeller av prissetting som faktisk er rovatferd. Dette fordi øvrige, mindre ressurssterke, konkurrenter nok vil bli tvunget til å forlate markedet ettersom de faste kostnadene utgjør størsteparten av de totale kostnadene og at inntektene ikke vil dekke disse. Årsaken til at et dominerende foretak med store faste kostnader vil kunne pådra seg et slik tap, er muligheten eller forventningen om en mergevinst etter eliminering av konkurransen i markedet. Videre vil det ofte kunne være noe vanskelig å klart definere hvilke kostnader som inngår i henholdsvis variable og faste kostnader. Dette ettersom valg av tidsrom som bakgrunn for vurderingen av hva som er variable og faste kostnader er avgjørende. Bruk av AKZO – testen direkte vil altså kunne føre til feilvurderinger i saker innen enkelte bransjer og næringer ettersom dominerende foretak kan forsvare at pris har dekket variable kostnader. I noen næringer vil det være nødvendig å tilpasse kostnadstesten for å kunne definere hva som utgjør et utilbørlig tap for en dominerende aktør i det enkelte marked.

I enkelte saker preget av dominerende multiprodusenter og dominerende produsenter med store faste kostnader har Kommisjonen i vedtakspraksis tvert i mot lagt til grunn at det må vurderes om foretaket kan dekke de langsiktige gjennomsnittlige inkrementelle kostnadene (LAIC), gjennom inntekter fra salg av aktuelt produkt (Sak COMP/35.141, United Parcel Service / Deutsche Post AG mot Kommisjonen).

Vanligvis utgjør de faste kostnadene for et fergereferi 3/4 av de totale kostnadene (Kjørnæs og Midthjell, 2005). Videre er det ofte slik at rederiene ofte konkurrerer i flere markeder samtidig, i cargomarkedet og passasjermarkedet. Dette vil kunne tale for at en inkrementell kostnadstest nok vil være mest hensiktsfull å benytte ved en vurdering av om rovatferd eksisterer i dette markedet.

6.3 - Tidsperiode og produksjonsenhet

6.3.1 - Tidsperiode

Rovatferd innebærer en langsiktig plan for å eliminere eller disiplinere en konkurrent, eller å avskrekke potensielle inntrengere fra å etablere seg. Det kan likevel være slik at nykommeren Master Ferries er klar over at Color Line kan komme til å drive rovatferd og at de derfor er inneforstått med at det kan ta tid med tanke på å bli en etablert aktør i markedet og videre å oppnå profitt. Dette kan altså indikere at Master Ferries nok ikke vil gi seg med en gang Color Line eventuelt beslutter å møte etableringen med hard priskonkurranse, men faktisk kjempe i mot. Mest sannsynlig vil Master Ferries kalkulere med et tap i introduksjonsfasen. Dersom man kommer til et stadium der Master Ferries ikke vil ha muligheten til å kjempe i mot og innser at profitt er vanskelig

å oppnå, vil foretaket nok komme til å vurdere sin videre satsing i markedet. Dette indikerer altså en langsiktighet med tanke på tidsperspektiv. Det vil nok ikke være slik at Color Line, ved å ha en reell rovatferdsstrategi, kan overvinne Master Ferries på kun noen få uker eller en måned. Color Line må altså ha et langsiktig perspektiv dersom foretaket vurderer å benytte rovatferd som en strategi for å presse Master Ferries ut av markedet. For Color Line vil det nok heller være snakk om å opptre aggressivt i en lengre periode, noe som vil kunne tilsi et tidsperspektiv fra flere måneder til over ett år. Innen det omtalte marked kan dette tale for at tidsperspektivet vil omfatte minst det man kan kalle en sesong. Innen markedet for fergetrafikk snakkes det gjerne om to sesonger:

Lavsesongen strekker seg fra september til april (8 måneder), mens *høysesongen* varer fra mai til august (4 måneder).

Dersom man i en analyse baserer seg på et tidsperspektiv på mer enn en sesong, og ikke eksempelvis en måned, vil dette være med på å gi viktige føringer på hvilke faktorer Color Line kan endre på, og der i gjennom hvilke kostnader som foretaket påfører seg i forbindelse med en eventuell rovatferdsstrategi. I forbindelse med Konkurransetilsynets vedtak om innhenting av regnskapsdata fra Color Line har foretaket blitt pålagt meldeplikt i ett år (Vedtak V2005-13). I brevet Konkurransetilsynet sendte til Color Line i september 2005 påpekte tilsynet at (fritt gjengitt):

For å kunne ta stilling til hvorvidt et foretak dekker sine kostnader i fergemarkedet, legger Konkurransetilsynet til grunn at man må ta hele driftsåret i betraktning. Etterspørselen i fergebransjen er sterkt sesongavhengig, og inntektene for sommersesongen (mai til august) vil normalt være langt høyere enn inntekter resten av året. Selv om et foretak skulle gå med overskudd i denne perioden, gir ikke dette nødvendigvis et riktig bilde av om foretaket dekker sine kostnader i løpet av et driftsår. (Skaar og Meldalen T., 2005)

Dette antyder at et driftsår, to sesonger (henholdsvis høy- og lavsesong), nok er den relevante tidsperioden for tilsynet i saker som berører denne næringen.

6.3.2 - Produksjonsenhet

Hvilken produksjonsenhet er det viktig å fokusere på i denne typen marked? Skal det fokuseres på avganger, passasjerer, cargo eller biler? Valg av produksjonsenhet er vanskelig ettersom det valgte produksjonsenhet må kunne gi et meningsfylt mål på om det forekommer rovatferd eller ikke.

Ettersom man i fergemarkedet, med tanke på tidsperiode, taler om to sesonger kan avganger virke som å være et naturlig valg av produksjonsenhet. Før en sesong må aktørene avgjøre hvilke båter som skal benyttes på hvilke ruter. For en stor aktør som Color Line vil det i mange tilfeller nok også diskuteres hvorvidt det skal kjøpes inn flere båter, eller eventuelt om enkelte båter skal selges ut. Color Lines båter som benyttes på én av deres ruter har dermed en alternativ anvendelse. I en vurdering av om rovatferd foreligger må derfor kostnaden tilknyttet siste avgang tas med. Det kan likevel være problematisk å benytte antall avganger som produksjonsenhet dersom Color Line sin strategi om rovatferd beror seg på å, ved hjelp av svært lave billettpriser, fylle opp ledig kapasitet på eksisterende avganger. I et slikt tilfelle vil de marginale kostnadene være rimelig lave, noe som innebærer at kostnaden ved selve avgangen ikke vil påvirkes av en beslutning om å drive rovatferd. Ved en slik problemstilling er det av avgjørende betydning å slå fast i hvilken grad rovatferd innebærer flere avganger eller ikke.

6.4 - Hvordan bør kostnad tallfestes?

Av diskusjonen i avsnitt 6.3.2 (om valg av produksjonsenhet) ble det vist til at Color Lines kostnad i forbindelse med rovatferd vil avhenge av om rovatferden vil føre til flere avganger eller ikke. Dersom rovatferd forekommer uten at antall avganger endres vil marginalkostnaden være rimelig lav, og kostnader som varierer med antall passasjerer vil da være det relevante. Som tidligere nevnt vil man ved kun å betrakte gjennomsnittlig variabel kostnad, eller gjennomsnittlig unngåelig kostnad, fra AKZO- testen, i dette markedet kunne komme til å foreta en alvorlig undervurdering av de marginale kostnadene. Dersom en i stedet benytter en inkrementell (langsiktig) kostnadsbetraktning, eksempelvis LAIC, vil en kunne foreta en mer nøyaktig vurdering. Vanligvis vil det ved konkurranse være slik at det blir mer og mer vanskelig å fylle opp kapasiteten i fergene ettersom antall avganger økes. En ny avgang kan føre til at det totale antallet passasjerer øker, men likevel vil det kunne være slik at dekning av passasjerkapasitet, antall passasjerer, for den nye avgangen er lavere enn for øvrige avganger. Dette vil indikere at den inkrementelle kostnaden for hver passasjer ved den nye avgangen vil øke i forhold til andre avganger. En inkrementell kostnadsbetraktning vil altså kunne avdekke høyere marginale kostnader enn hva tilfellet vil kunne være dersom en betraktning av gjennomsnittlig variabel kostnad benyttes. Den variable kostnadsbetraktningen vil kunne føre til en undervurdering av de marginale kostnadene i det en slik betraktning ser på totalt antall avganger og passasjerer, og ikke isolert fokuserer på den enkelte avgang.

Tabell 2 gir et eksempel på hvordan utfallene vil kunne bli ved å benytte henholdsvis en inkrementell- og gjennomsnittlig variabel kostnadsbetraktning. I eksempelet har jeg forenklet og antatt at et selskap (eks Color Line) utvider fra en til to avganger med tanke på sine hurtigbåavganger (eksempelvis med hurtigbåten F/F Silvia Ana). I eksempelet, som kun skal illustrere forskjellen ved bruk av ulike kostnadsreferanser, har jeg fokusert på gjeste-/passasjerkapasitet, og sett bort i fra bil- og fraktkapasitet, og videre ikke definert hvilken sesong vi snakker om (ettersom dette ikke vurderes som veldig relevant for å eksemplifisere diskusjonen over).⁶

Tabell 2 – Inkrementell - vs. gjennomsnittlig variabel kostnadsbetraktning

| | Avgang #1 | Avgang #2 | Totalt |
|------------------------------------------------------------------------------------|------------------|------------------|---------------|
| Gjeste- /passasjerkapasitet | 1065 | 1065 | 2065 |
| Påløpende kostnader pr. avgang (tall i NOK) | 100.000 | 100.000 | 200.000 |
| Passasjerbelegg | 70 % | 60 % | |
| Antall passasjerer | 746 | 639 | 1385 |
| Gjennomsnittlig inkrementell kostnad pr. passasjer (tall i NOK) | 134 | 157 | - |
| Gjennomsnittlig variabel kostnad (tall i NOK) | - | - | 144 |

Av tabellen ser vi at gjennomsnittlig inkrementell kostnad øker betydelig (fra NOK 134 til 157) ved utvidelse til to avganger. Dersom foretaket kun tilbyr en avgang vil det ikke være noen forskjell mellom gjennomsnittlig variabel kostnad og gjennomsnittlig inkrementell kostnad. Gjennomsnittlig variabel kostnad ved å utvide til to avganger øker med 10 (fra 134 til 144). Det vil si at den inkrementelle kostnaden øker mest, noe som skyldes at man ved gjennomsnittlig variabel kostnad ser på gjennomsnittet for de to avgangene, mens man ved å benytte gjennomsnittlig inkrementell kostnad kun ser på den siste avgangen. Dette innebærer at AIC, eller mer presist LAIC, teoretisk vil

⁶ Et lignende eksempel med anvendelse for luftfart finnes i publikasjonen "Rovprising i Norsk luftfart" skrevet av Steen og Sørgard (2004).

være mer korrekt å benytte enn AVC, og at dette målet bør benyttes dersom tall for kalkulering av denne størrelsen er mulig å fremskaffe. Bruk av AVC kan føre til at konkurransemyndigheter konkluderer med at en praksis ikke er rovatferd, til tross for at dette faktisk er tilfellet. I talleksempel vil dette innebære at det er fare for å trekke en slik feilkonklusjon dersom foretaket har satt pris høyere enn 144, men lavere enn 157.

6.5 - Hvordan tallfeste inntekt

Tidligere har jeg beskrevet pris som sammenligningsgrunnlag mot den marginale kostnaden for å avdekke om rovatferd foreligger. Priser kan likevel variere, og det kan være svært vanskelig å finne ut hvilken pris man skal benytte i en vurdering. I stedet for bruk av pris vil nok det mest teoretisk korrekte være å benytte grenseinntekt. Et dominerende foretak vil generelt inneha en mulighet til å utnytte noe markedsrett, noe som innebærer at foretaket kan påvirke prisen i markedet og at det dermed bør fokusere på grenseinntekt i stedet for eksempelvis laveste pris. Som diskutert i kapitlet om kostnader (kapittel 6.4) bør man, i en vurdering av om rovatferd forekommer, også med tanke på inntekter betrakte gjennomsnittlig inkrementell inntekt. Dette ettersom det ved å benytte gjennomsnittstall på eksempelvis Color Lines hurtigbåtlinje samlet sett vil kunne være en fare for å undervurdere sannsynligheten for at rovatferd forekommer.

I fergenæringen er det slik at det eksisterer en komplementaritet mellom billettsalg og salg i tax-free, restauranter og kiosker ombord. For mange foretak i næringen er det slik at en stor del av inntektene fra driften stammer fra salget ombord (Foros og Hjelmeng, 2006). På lik linje av hva man eksempelvis har sett i mobilmarkedet, lav pris for mobiltelefonen - høyere pris for bruk, vil man i fergemarkedet nok se en tilsvarende utvikling med tanke på valg av prisstrategi. En strategi vil ofte være å tilby svært lave billettpriser, pris under kostnad, for å sikre inntjening ved høy aktivitet ombord. I forhold til en vurdering av om misbruk foreligger er det likevel viktig å understreke at en slik komplementaritet kun vil bli ansett som rovprising dersom hele ”pakkeprisen” bestående av billettpris og priser om bord medfører et tap for et dominerende foretak.

Konkurransetilsynet må altså inkludere alle inntekter knyttet til salg om bord i fergene, så vel som inntekter fra billettsalg i en vurdering av om rovatferd eksisterer. Dersom tilsynet i en eventuell vurdering velger å se bort fra enkelte av foretakets inntekter, vil dette kunne medføre store feilvurderinger i retning av å stemple lovlig atferd som rovatferd. Som diskutert i avsnitt 2.1 utgjør vurderinger av rovatferd en av konkurransetilsynets vanskeligste oppgaver. Dersom enkelte foretak frykter at deres rettmessige atferd feilaktig vil bli sett på som rettstridig vil dette kunne medføre høyere priser. En konsekvens av faren for slike feilvurderinger er at særlig en gruppe vil tape på

dette; forbrukerne. Disse vil oppleve redusert konkurranse i det gjeldende marked, og nødvendigvis måtte betale mer enn nødvendig for foretakeenes varer og tjenester. Konkurransemyndighetene står altså i fare for å beskytte konkurrenter, og ikke konkurransen, noe som strider mot formålsbestemmelsen i konkurranselovgivningen (Ekeberg, Skaar og Sørgard, 2004).

DEL 4 – KONKLUSJON

I denne utredningen har jeg undersøkt hvordan konkurransemyndighetene bør identifisere mulig rovatferd i fergemarkedet fra Kristiansand til det nordlige Danmark. Utredningens tema har ikke vært å avsløre om rovatferd/rovprising eksisterer i markedet, men å identifisere hvilke faktorer som i en konkurranserettslig vurdering vil kunne bli benyttet.

I utredningens del 1 ble teori om rovatferd, med hovedfokus på rovprising, presentert. Rovatferd innebærer at et foretak i en periode på kort sikt opptrer slik at den på lengre sikt presser en konkurrent til å forlate markedet. Fenomenet må derfor sees på i et dynamisk perspektiv. Det har vært uenighet om hvorvidt rovprising vil være en rasjonell strategi for et dominerende foretak, og jeg presenterte her to modeller som viser hvorfor rovprising kan forekomme. I denne delen presenterte jeg også konkurranselovgivningen på området, og diskuterte videre konkurransemyndighetenes vanskelige oppgave med å skille rovatferd fra ”sunn”, rettmessig konkurranse.

Det er to vilkår som må være oppfylt for at atferd vil bli rammet av konkurranseloven § 11. For det første må foretaket som anklages eller undersøkes inneha en dominerende stilling. For det andre må det i tillegg foreligge en utilbørlig utnyttelse av foretakets dominerende stilling. For å kunne avgjøre om et foretak innehar en dominerende stilling på et marked må man først foreta en avgrensning av det relevante markedet. I denne sammenheng kan EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, som henholdsvis et relevant produktmarked og et geografisk marked gi en veiledning.

I del 2 presenterte jeg aktørene på fergemarkedet i Kristiansand, Master Ferries og Color Line. Master Ferries er et nyetablert foretak i Kristiansand som startet sine seilinger fra Kristiansand til Hanstholm 26. april 2006. Color Line er etablert aktør som tidligere har hatt en sterk posisjon på delmarkedet med avganger fra Kristiansand.

Del 3 ble innledet med å diskutere markedsavgrensningen for gjeldende marked. Jeg diskuterte jeg at det med utgangspunkt i Kristiansand som avreisested ikke er opplagt hvilken markedsavgrensning som bør benyttes på gjeldende marked. Konkurransetilsynet har i en tidligere konkurransesak på Vestlandet benyttet en avgrensning der Vestlandet og Sørlandet inngår i ett og samme marked, mens Steen og Sørgard (1999) noe overraskende har funnet at Vestlandet bør ansees som et separat marked, og Sør-/Østlandet som et annet. I denne delen diskuterte jeg videre

i hvilken grad en dominerende aktør i dette markedet kan forvente en fremtidig mergevinst i forbindelse med eventuell rovatferd i Kristiansand. Jeg fant her at Color Lines mulighet for rimelig rask prisrespons, relativt til en rivals beslutning om etablering, samt eksistensen av betydelige etableringsbarrierer i tilknytning til rettigheter i Kristiansand havn vil kunne bety at Color Line innehar en mulighet til å ta ut en mergevinst i forbindelse med en strategi om rovatferd.

I en analyse av om rovatferd foreligger vil konkurransemyndighetene, dersom mulighetene for fremtidig mergevinst er tilstede, i neste trinn fokusere på spørsmålet knyttet til om hvorvidt foretaket påfører seg selv en oppofrelse eller ikke. Her innledet jeg med å beskrive vurderingskriteriene som tidligere har vært benyttet innen EF-retten. Jeg fant at det i den omtalte næringen nok vil være mest hensiktsmessig å benytte en tidsperiode, for måling av kostnader og inntekter på et driftsår, og videre at antall avganger benyttes som produksjonsenhet. Vedrørende måling av henholdsvis inntekter og kostnader fant jeg at det i fergemarkedet nok vil være mest riktig å benytte en inkrementell kostnadsbetraktning, og ikke en gjennomsnittlig kostnadstest som har vært inkludert i den såkalte AKZO-testen som er den gjeldende rettskilden på området.

KILDELISTE

Litteratur:

Ekeberg, Skaar, Sørgard, 2004, *Formålsbestemmelsen i konkurranseloven*, Jubileumsskrift 2004, Konkurransetilsynet.

Europakommisjonens generaldirektorat for konkurranse (2005), *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussel.

Foros og Hjelmeng (2006), *Virker Konkurranseloven Prisdrivende?*, Økonomisk forum Nr.1/2006

Kjørnæs A.D. og Midthjell J.Ø.E., for Fjordline AS (2005), *Klage over misbruk av dominerende stilling* (Sladdet versjon), Klage mot Color Group ASA og Color Line AS for misbruk av dominerende stilling.

Konkurransetilsynet (2002), *Regulering av essensielle fasiliteter for konkurranse*, Skrifter fra Konkurransetilsynet, 01/2002.

Motta M. (2004), *Competition Policy*, Cambridge University Press, s. 66, 67, 412, 414-419

Steen F. og Sørgard L. (1999), *Fergekampen i Nordsjøen og Skagerrak*, SNF - rapport 42/99

Steen F. og Sørgard L. (2004), *Rovatferd i Norsk Luftfart*, Rapport skrevet på oppdrag fra Konkurransetilsynet

Skaar J. og Meldalen T. (2005), *Fjord Line – klage over Color Line – utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i stri med konkurranseloven § 11*, Brev til Color Line skrevet for Konkurransetilsynet.

Tirole, J. (1988), *The Theory of Industrial Organization*, Boston: MIT Press, s.307/308, 433

Årsrapport Color Line, 2005

Følgende kilder er referert til i Motta (2004):

Kreps, D. og R. Wilson. (1982), *Reputation and Imperfect Information*, Journal of Economic Theory. 27: 253–79.

McGee, J. (1958), *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*, Journal of Law and Economics, 1: 137-169.

Milgrom, P. og J. Roberts. (1982), *Predation, Reputation and Entry Deterrence*, Journal of Economic theory.

Selten, R. (1978), *The Chain-Store Paradox*, Theory and Decision, 9: 127-159

Følgende kilder er referert til i Tirole (1988):

Bain, J. (1956), *Barriers to New Competition*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Baumol, W., J. Panzar, og R. Willig (1982), *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. New York: Harcourt Brace Jovanovich

Følgende kilder er referert til i Steen og Sørgard (2004)

Schwartz, M. (1987), *The nature and scope of contestability theory*, kapittel i D.J. Morris et al. (red.), *Strategic behaviour and industrial competition*, Clarendon Press, Oxford.

Shepherd, W. G. (1984), *Contestability vs. competition*, American Economic Review, 74: 572-587.

Referanser til diverse norske og europeiske vedtak og saker:

Sak 27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission of the European Communities [1978].

Sak 85/76, Hoffmann-La Roche and Co. Ag. v. Commission of the European Communities [1979].

Sak 322/81; NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities [1983]

Sak C-62/86, AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities [1991].

Sak T- 83/91, Tetra Pak International Sa v. E.C.R. [1991]. (Tetra Pak II)

Sak V 2002-97, *Midlertidig forbud mot å gjennomføre bedriftsserverv – Color Group/BNR-Fjord Line* [2002].

Sak COMP/35.141, United Parcel Service / Deutsche Post AG [2001].

VedtakV2005-13 - Color Line AS - konkurranseloven § 24- meldeplikt av regnskapsdata [2005].

Internettressurser:

Color Line, 2006, *Color Lines historie*, tilgjengelig fra:

<<http://www.colorline.no/servlets/page?section=1006&item=9001>>

[Nedlastet 13.mai 2006]

Dagens Næringsliv, 2005a, *Utfordrer Color Line*, tilgjengelig fra:

<<http://www.dn.no/forsiden/article683712.ece>> [Nedlastet 10.januar 2006]

Dagens Næringsliv, 2005b, *Ny æra for danskebåten*, tilgjengelig fra:

<<http://www.dn.no/forsiden/naringsliv/article676574.ece>> [Nedlastet 10.januar 2006]

DFDS, 2006, *Reiser og priser*, tilgjengelig fra:

< http://www.dfds.no/DSW/NO/Travel_new/> [Nedlastet 14.mai 2006]

EFTAs Overvåkningsorgan, 2006, *PR (06)17: Statement on EFTA Surveillance Authority inspection in Norway*, pressemelding, tilgjengelig fra:

<<http://www.eftasurv.int/information/pressreleases/2006pr/dbaFile8995.html>>

[Nedlastet 12.april 2006]

EFTAs Overvåkningsorgan, 1998, *Kunngjøring fra EFTAs Overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde*, Vedlegg i EØS-tillegget til De Europeiske Fellesskaps Tidende (Norsk utgave), tilgjengelig fra:

<<http://secretariat.efta.int/Web/Publications/EEASupplement/NO/EEASupplement19>

98/98SU28NO.PDF> [Nedlastet 24.februar 2006]

Fjordline, 2005, *Konkurransetilsynet støtter klage*, tilgjengelig fra:

<<http://www.fjordline.com/article.php?id=1208>> [Nedlastet 14.april 2006]

Forbruker.no, 2005, *Billigere danskebåt*, tilgjengelig fra:

<<http://forbruker.no/reise/article1186436.ece>> [Nedlastet 10.januar 2006]

Fædrelandsvennen, 2005a, *Her er Olsens første skip*, tilgjengelig fra:

<<http://www.fedrelandsvennen.no/nyheter/kristiansand/article317503.ece>>

[Nedlastet 10. januar 2006]

Fædrelandsvennen, 2005b, *Her ligger den nye danskeferja*, tilgjengelig fra:

<<http://www.fedrelandsvennen.no/nyheter/kristiansand/article317388.ece>>

[Nedlastet 10.januar 2006]

Fædrelandsvennen, 2005c, *Til Hanstholm på 1t. Og 20 min*, tilgjengelig fra:

<<http://www.fedrelandsvennen.no/nyheter/article322355.ece>> [Nedlastet 10.januar 2006]

Havneavisen, 2006, *Turbulens rundt havneavtale*, tilgjengelig fra:

<<http://www.havneavisen.no/default.asp?page=46&article=7879>>

[Nedlastet 20.mars 2006]

Incat News, 2006, *Incat sells 91 metre Wave Piercing Catamaram*, tilgjengelig fra:

<<http://www.incat.com.au/news/news.cgi?articleID=63944&year=2006>>

[Nedlastet 12.januar 2006]

Konkurranseloven av 2004, *Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger*, tilgjengelig fra:

<<http://www.lovdatab.no/all/tl-20040305-012-003.html#11>> [Nedlastet 24.februar 2006]

Konkurransetilsynet, 2004, *Konkurranseloven § 11: Forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling*, tilgjengelig fra:

<http://www.kt.no/archive/internett/vedlegg/konkurranseregler/juridiske_infoark/%C2%A711_dominerende_stilling.pdf> [Nedlastet 24.februar 2006]

Konkurransetilsynet, 2005, *Konkurransenytt 4/2005 - Varsler granskning av Color Lines nye vestlandsrute*, tilgjengelig fra:

<http://www.kt.no/archive/internett/publikasjoner/konkurransenytt/konkurransenytt_4_2005.pdf> [Nedlastet 24.februar 2006]

Konkurransetilsynet, 2006, *AKZO – testen*, tilgjengelig fra:

<<http://www.kt.no/archive/internett/vedlegg/akzo-testen.pdf>> [Nedlastet 24.februar 2006]

Master Ferries, 2006a, *Om Master Cat*, tilgjengelig fra:

<<http://www.masterferries.com/index.php?menuid=68&expand=53,68>>
[Nedlastet 21.februar 2006]

Master Ferries, 2006b, *Prisliste*, tilgjengelig fra:

<<http://www.masterferries.com/index.php?menuid=39&expand=39>>
[Nedlastet 21.februar 2006]

Stand By, 2006, *Havneavtale gir Color Line fortrinnsrett*, tilgjengelig fra:

<http://www.standbynews.no/7160.0.html?&tx_standbynews_pi1%5BshowUid%5D=17367&cHash=89d0e03f2e> [Nedlastet 20.mars 2006]

Stena Line, 2006, *Tider og priser*, tilgjengelig fra:

<http://www.stenaline.no/stena_line/norway/no/tider_priser.html>
[Nedlastet 14.mai 2006]

Under har jeg stilt opp noen spørsmål som det hadde vært strålende om dere kunne besvart/kommentert. Jeg er samtidig forståelsesfull dersom dere finner det vanskelig å gå ut med enkelte former for informasjon.

Jeg har funnet en del info på deres nettsted, men det som videre er særlig interessant av informasjon er:

[Odd Grønberg sine svar er klippet inn direkte under hvert spørsmål under, fritt gjengitt etter hans svar per mail 2.6.2006:]

1. Color Lines syn på den nåværende/forestående konkurransen med Master Ferries?

[Grønberg 2.6.2006:]

Konkurransen engasjerer våre medarbeidere, og er i så måte positivt. Vi ser selvfølgelig at en konkurrent vil ta en del av markedet, men vår holdning er at vi får bruke vår energi og fokus på å gjøre produktet vårt så attraktivt og positivt som mulig, så vil kundene gjøre sine valg. Vi skal ikke bruke energi på å se for mye på hva vår konkurrent gjør. Vi har tro på at kundene vet å velge det produktet som er best, og da gjelder det å tilfredsstille kundenes behov.

2. Hvem anser Color Line som sin hovedmålgruppe (geografisk sett) til avgangene fra Kristiansand?

[Grønberg 2.6.2006:]

Dette er veldig forskjellig i forhold til hvilken periode vi snakker om. For sommerferien er det Vest Agder og Rogaland som er vårt viktigste geografiske område. Utenom sesong er det først og fremst Vest Agder, og enda mer spisset; lokalmarkedet rundt Kristiansand.

3. Color Lines største konkurransefortrinn overfor Master Ferries?

[Grønberg 2.6.2006:]

Kundens valgmulighet mellom konvensjonelt skip og hurtigbåt. Vårt salg av mer enn bare turen/overfarten. Hotellpakker, feriesentra, parker osv. med de beste og største aktørene i Danmark.

4. Hva mener dere er Master Ferries sitt fortrinn?

- I media har Master Ferries blant annet uttalt at deres båt er mer kostnadseffektiv enn Silvia Ana.

[Grønberg 2.6.2006:]

Beklager, dette har vi ikke noen formening om. Vi er som tidligere sagt opptatt av å gjøre vårt produkt best mulig, og bruker ikke tid på å se på hva vår konkurrent gjør.

5. Etableringsbarrierer

- Havneavtalen: Mange mener jo at denne virker hemmende på konkurransen. Hva er deres syn?

[Grønberg 2.6.2006:]

Den mye omtalte "hemmelige avtalen" ble i sin tid opprettet mellom oss og Havnevesenet med det formål å skulle gi evt. nykommere i havna en mulighet til å etablere seg, altså åpne for konkurranse. Før denne avtalen disponeret vi alle fasiliteter i havna, og det måtte lages en avtale som skulle sikre nykommere tilgang til både bygninger og oppstillingsplass. (Den gang DFDS skulle etablere seg). For at vi skulle sikre oss en viss langsiktighet i vår avtale ble det lagt inn at vi skulle legge inn vår fartsplan den 1. april hvert år for påfølgende år, og avtalen skulle regulere at vi dermed hadde "fortrinnsrett". Dette er nemlig det tidspunktet vi legger frem vår fartsplan for det tyske markedet på NTW, en stor messe for utenlandske turoperatører. Avtalen ble den gang godkjent av Fiskeridepartementet. Mye har skjedd siden den gang, og EU lovgivningen godkjenner ikke lengre denne typen avtaler. Vi har ingen problemer med å godta at avtalen ikke lengre blir godkjent. Praksis har jo vist at avtalen ikke gir oss noen form for særrettigheter, så den kan like gjerne fjernes.

6. Har Color Line inngått samarbeidsavtaler (evt. om eksklusivitet) med eksterne hoteller/turistbedrifter etc. på Sørlandet og/eller det nordlige Danmark?

[Grønberg 2.6.2006:]

Vi opererer ikke med eksklusivavtaler mot samarbeidspartnere i Danmark, men har en lang rekke interessante overnattingsbedrifter og aktivitets sentre å tilby. På grunn av vår størrelse og hva vi tilfører disse bedriftene av omsetning er det rimelig å anta at svært få andre aktører vil ha mulighet til å tilby tilsvarende produkter og priser til sine kunder.

På samme måten opererer vi med innkommende trafikk til Norge. Vi er en stor aktør som tilfører norsk reiselivsvirksomhet flere hundre tusen overnattingsdøgn.

7. Største utfordringer i "kampen" mot Master Ferries?

[Grønberg 2.6.2006:]

Vi opplever ikke dette som noen kamp. Vi følger fortsatt vår markedsplan og vår prissetting som ble planlagt i fjor høst i god tid før vår nye konkurrent kom på banen.

8. Har Color Line planer om å ekspandere i Kristiansand/På sørlandet?

[Grønberg 2.6.2006:]

Ja. I løpet av 2007 får vi inn vår nye tonnasje som allerede er kontrahert. Satsingen er et synlig bevis på at vi satser tungt på å utvikle oss videre. Vi er for øyeblikket inne i en periode der vi fornyer vår tonnasje for ca. 7,5 milliarder nkr. hvorav i overkant av 1 milliard satses på ny tonnasje på Kristiansand.

9. Kan kundene vente seg priskrig i Kristiansand? Hvorfor/Hvorfor ikke?

[Grønberg 2.6.2006:]

En evt. priskrig vil i tilfelle ta utgangspunkt i konkurranse fra andre aktører enn fergebransjen. Billigreiser med fly er nok en større utfordring enn andre fergereidier.

10. Color Line fikk tidligere i år uanmeldt besøk av ESA, videre har selskapet fått meldeplikt om regnskapsdata i ett år. Hva vil dette ha å si for Color Lines strategi i konkurransen mot Master Ferries. Vil dere trå mer varsomt enn "ellers"?

[Grønberg 2.6.2006:]

Vi mener at vi ikke har opptrått på noen måte som skulle tilsi at ESA eller konkurransetilsynet skal finne noe klanderverdig, og vi føler derfor ikke at vi har noe å frykte når de en gang er ferdig med sine kontroller. Følgelig vil vi fortsette vår markedsføring og prising som før, inntil vi evt. mot formodning skulle bli pålagt noe annet.

Tusen takk for at du/dere tar dere tid til å besvare spørsmålene. Hvis noen av spørsmålene virker uklare er det bare å ta kontakt. Er det noe dere vil tilføye, gir jeg dere "frie tøyler".


Ha en fortsatt flott dag!

Mvh.

Severin Baugstø Hanssen
Siviløkonomstudent, NHH
Mob. 95 20 41 11

Svar fra Konkurransetilsynet:

Logg:

Fra: Løvhaug Karl Rikard [KRLO@kt.no] Sendt: ti 06.06.2006 08:41
Til: Severin Hanssen
Kopi:
Emne: VS: siv.øk. utredning rovatferd
Vedlegg:  dok 24.pdf(160kB)

Hei Severin Baugstø Hanssen,

Vi kan dessverre ikke si noe konkret om saken, da saksbehandlingen fortsatt pågår. Vi har ikke gjort noen endelige konklusjoner, verken når det gjelder det relevante markedet eller Color Lines eventuelle dominerende posisjon.

Opplysningene som kom fram i Konkurransenytt 4/2005 baserer seg på et brev vi sendte Color Line 14. september 2005. Dette brevet kan du få innsyn i. Det følger vedlagt.

Merk at vurderingene som er gjort i brevet 14. september var foreløpige.

Lykke til i det videre arbeidet med oppgaven.

Vennlig hilsen

Karl Rikard Løvhaug
Rådgiver

Konkurransetilsynet
Postboks 439 Sentrum
NO- 5805 BERGEN

Besøksadresse (Bergen):
Olav Kyrres gate 8

Telefon: +47 55 59 75 00
Direkte: +47 55 59 75 42
Mobil: +47 920 30 969
Faks: +47 55 59 75 99

post@konkurransetilsynet.no
www.konkurransetilsynet.no



Fylkesmannen i Vest-Agder

Samfunnsavdelingen

Saksbehandler: Siv Torunn Skagestad
Tlf.: 38 17 67 80

Deres ref.:
Vår ref.: 2006/967

Vår dato: 19.05.2006
Arkivkode: 326.1

Kristiansand havn KF
Postboks 114
4662 Kristiansand

| | |
|----------------------|------------|
| KRISTIANSAND HAVN KF | |
| Saksnr. 200602376 | Dok.nr. 11 |
| Kontor/Saksbeh. SEH | |
| 22 MAI 2006 | |
| Arkiv kode | 041 600 |
| Unntatt off. i.h.t. | |

Fædrelandsvennen – klage på avslag på begjæring om innsyn i avtaler mellom Color Line AS og Kristiansand Havn KF

Vi viser til ekspedisjon av 11.mai 2006 fra Kristiansand Havn KF, mottatt hos Fylkesmannen 12.mai s.å.

Sakens bakgrunn:

Fædrelandsvennen henvendte seg den 13.februar 2006 til Kristiansand Havn KF og ba om innsyn i ”de 11 avtalene mellom Color Line og Kristiansand Havn, som så langt ikke er offentliggjort”.

Begjæringen ble avslått i brev av 14.s.m. Av vedlegg til dette brevet fremgår at avslaget er hjemlet i offentlighetsloven § 6 første ledd nr 2 bokstav a.

Fædrelandsvennen påklaget avslaget i brev av 15.s.m til Fylkesmannen i Vest-Agder. Avisen anfører at regelen om unntak fra offentlighet i offentlighetsloven § 6 første ledd nr 2 a ikke under noen omstendighet kan hjemle unntak i dette tilfellet. Videre anføres at bokstav b i samme bestemmelse ikke kan hjemle avslag. Avisen anfører at det har betydelig offentlig interesse å få bekreftet – eller avkreftet – at de nevnte avtaler ikke er lovstridige eller inneholder tvilsomme favoriseringer, sett på bakgrunn av den oppmerksomhet som offentliggjøring av avtalen av 24.februar 1994 mellom de samme parter, skapte.

Fylkesmannen sendte i brev av 17.s.m klagen til Kristiansand Havn KF for behandling jf offentlighetsloven § 9 femte ledd jf forvaltningsloven § 33.

Havnestyret behandlet klagen i sitt møte 9.mai 2006. Klagen ble ikke tatt til følge. Av saksdokumentene fremgår det at avgjørelsen bygger på offentlighetsloven § 6 første ledd nr 2 bokstav a. Kristiansand Havn KF har lagt til grunn at offentliggjøring av avtalene vil kunne skade havnas drift gjennom at konkurrerende havner vil få innsyn i Kristiansand Havn sine konkurransestrategier og forretningsmessige sider ved driften. Når det gjelder spørsmålet om meroffentlighet har havna lagt til grunn at avdekking av havnas forretningsmessige strategier vil være like skadelig som å offentliggjøre faktiske størrelser. Konkurrenter vil kunne benytte denne kunnskapen til sin fordel. Det vises også til at Kristiansand havn sin virksomhet er nært knyttet opp mot næringslivet. Mye av kontakten omhandler kunnskap og informasjon om private selskapers strategier, som heller ikke ønskes videreformidlet ut fra konkurransemessige og forretningsmessige hensyn.

Kristiansand Havn KF har oversendt klagen til Fylkesmannen i Vest-Agder for behandling.

Besøksadr. Tordenskjoldsgate 65
Postadr. Serviceboks 513, 4605 Kristiansand
Telefon 38 17 66 00 Telefaks 38 17 60 13

E-post postmottak@fmva.no
Hjemmeside <http://www.fylkesmannen.no/va>
Org.nr. NO974 762 994 Bankgiro 7694.05.01381

Fylkesmannen bemerker:

Klagen behandles i medhold av offentlighetsloven § 9 tredje ledd andre setning.

Hovedregelen i offentlighetsloven § 2 første ledd er at forvaltningens saksdokumenter er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov.

Kristiansand Havn KF har som hjemmel for ikke å gi innsyn i dokumentene vist til unntaket fra offentlighet som er inntatt i offentlighetsloven § 6 første ledd nr 2 bokstav a.

Denne bestemmelsen gir adgang, men ikke plikt, til å nekte innsyn dersom det er påkrevd av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av statens, kommunens eller vedkommende organs økonomiforvaltning. Formålet med unntaket er å beskytte det offentliges privatøkonomiske interesser i forhandlings situasjoner, slik at utgiftene blir minst mulig eller gevinsten størst mulig (Justisdepartementets veileder i offentlighetsloven G-0354 side 77). Bestemmelsen beskytter bare det offentliges privatøkonomiske interesser, og det må være påkrevd å nekte innsyn. For å nekte innsyn, må opplysningene i dokumentet som utgangspunkt ha et konkurransemessig aspekt: offentlighet må kunne skade det offentliges forhandlings situasjon eller strategiske stilling i den aktuelle saken eller i fremtidige saker. Det må foreligge en noenlunde reell fare for at det vil oppstå skade på de interessene bestemmelsen skal beskytte, og skaden må ha et vist omfang (veilederen side 77-78).

De aktuelle løpende avtalene mellom Kristiansand Havn KF og Color Line fastsetter betingelsene for leieforholdet mellom disse, og beskriver således havnas konkurransestrategier og forretningsmessige forhold ved havnas drift. Fylkesmannen finner etter en konkret vurdering at offentliggjøring av avtalene vil gi konkurrerende havner opplysninger som kan benyttes i konkurranse med Kristiansand Havn, og således svekke havnas privatøkonomiske interesser. Fylkesmannen finner derfor at unntaket fra offentlighet i offentlighetsloven § 6 første ledd nr 2 bokstav a kommer til anvendelse.

Det følger av offentlighetsloven § 2 tredje ledd at meroffentlighet alltid skal vurderes. Forvaltningsorganet skal vurdere hvor sterkt de hensyn som har begrunnet den aktuelle unntakshjemmelen gjør seg gjeldende i det aktuelle tilfellet, og hvilke hensyn som taler for offentlighet. I denne sammenheng skal det vurderes hvor stor allmenn interesse det er for spørsmål som dokumentene behandler.

Fylkesmannen finner etter å ha gjennomgått avtalene at hensynene bak unntaket i § 6 første ledd nr 2 bokstav a gjør seg gjeldende for alle de aktuelle avtalene, og for avtalene i sin helhet. Etter Fylkesmannens vurdering gjelder dette selv om kronebeløp i avtalene sladdes. På den annen side finner ikke Fylkesmannen at disse avtalene inneholder opplysninger av stor allmenn interesse. Avtalene gjelder konkrete betingelser for leieavtalene mellom ferjeselskapet og havna. Også slike opplysninger kan det være grunn til å ha åpenhet om, men i dette tilfellet finner ikke Fylkesmannen at dokumentene inneholder opplysninger som er av en slik karakter at behovet for åpenhet i forvaltningen oppveier det konkrete behovet for å beskytte Kristiansand Havns privatøkonomiske interesser i konkurransen om kundene.

Kristiansand Havn KS sitt avslag på begjæring om innsyn blir etter dette å opprettholde.

Fylkesmannen finner imidlertid grunn til å påpeke at Kristiansand Havn KF brukte for lang tid på behandlingen av Fædrelandsvennens klage i denne saken. Det følger av

opphold. Klagen ble oversendt i brev av 17.februar 2006, mens klagen først ble behandlet 9.mai s.å. Det er opp til organet selv å avgjøre hvordan en klage skal behandles i organisasjonen, men det må ikke legges opp til rutiner for behandlingen som ikke ivaretar kravet i offentlighetsloven om at disse sakene skal behandles rimelig raskt. Hensynet bak offentlighet tilsier at det ikke tar for lang tid før saker om innsyn behandles. Tar behandlingen av innsynsbegjæringer, og klager over avslag på slike begjæringer, for lang tid, kan det bidra til å undergrave den nødvendige og lovregulerte åpenhet om forvaltningens virksomhet.

Fylkesmannens vedtak:

Med hjemmel i offentlighetsloven § 9 jf § 6 første ledd nr 2 bokstav a jf § 2 tredje ledd opprettholdes Kristiansand Havn KS sitt avslag på begjæring om innsyn i de løpende avtaler mellom Color Line og havna.

Fylkesmannen opplyser:

Fylkesmannen vedtak i klagesaken er endelig og kan ikke påklages videre jf offentlighetsloven § 9 siste ledd jf forvaltningsloven § 28.

Klager er underrettet om avgjørelsen ved gjenpart av dette brev.

Etter fullmakt



Elin Saltrøe
Ass.avdelingsdirektør



Siv Torunn Skagestad
rådgiver

Kopi: Fædrelandsvennen, postboks 369, 4664 Kristiansand