



**Norges
Handelshøyskole**

<http://www.nhh.no/sam/debatt/>

**Institutt for
samfunnsøkonomi**

Helleveien 30
5045 Bergen

**SAMFUNNSØKONOMISK
DEBATT
SØD-08/09**

ISSN: 1502-5683
2009

Hvordan virker forbudet mot misbruk av dominans?

av

Lars Sørgard

Publisert i: *Konkurransen i Norge*, Januar 2009, s. 18-24

Synspunkter og konklusjoner som fremkommer er forfatterens egne.

SKRIFTSERIEN - SAMFUNNSØKONOMISK DEBATT

Skriftserien Samfunnsøkonomisk Debatt utgjør et supplement til den tradisjonelle "reprint" serien ved Institutt for Samfunnsøkonomi ved NHH. Mens reprint serien omfatter publiserte artikler i internasjonale vitenskapelige tidsskrifter, er Samfunnsøkonomisk Debatt primært rettet mot mindre omfattende og mer debattorienterte bidrag. Bidragene omfatter eksempelvis artikler fra norske fagtidsskrifter, kronikker og debattinnlegg med faglig forankring samt foredrag og temaforelesninger i fulltekst.



Konkurransetilsynet
Norwegian Competition Authority

Konkurransen i Norge



Konkurransen i Norge

Forord

Konkurransopolitikk er en viktig del av en helhetlig økonomisk politikk. Verken finanskrisen eller klimautfordringer gir et rasjonale for å slakke på konkurransepolitikken. Snarere tvert imot. Bedrifter som er vant til å forholde seg til konkurranse står sterkere rustet til å forholde seg til kriser. Og velfungerende markeder og konkurranse gir en mer treffsikker og effektiv miljøpolitikk.

Håndheving av konkurranseloven er en viktig del av konkurransepolitikken, og det er Konkurransetilsynets hovedoppgave. Hvor godt vi har gjort denne jobben, om den kan gjøres bedre, og hvilke nye utfordringer vi vil møte, er spørsmål vi hele tiden må spørre oss.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) ba for to år siden Copenhagen Economics (CE) om å utrede metodikk for å vurdere virkningene av håndhevingen av konkurranseloven. Dette resulterte i to rapporter. Den ene var en gjennomgang og vurdering av ulike konkurranseindikatorer og metodeverktøy som kan egne seg for Konkurransetilsynets resultatrapportering. Den andre rapporten fokuserte på metodikk for, og eksempler på hvordan de ulike sentrale delene av Konkurransetilsynets virksomhet og virkningene av konkurransepolitikken kunne synliggjøres.¹ CEs rapporter forelå i 2007.

I tildelingsbrevet for 2008² ba FAD tilsynet om å vise eksempler på sin eksistensverdi knyttet til kjerneområdene; nemlig av fusjonskontrollen (krll §16), forbudet mot ulovlig prissamarbeid, anbudssamarbeid og markedsdeling (krll §10), av kontroll med at dominerende foretak ikke misbruker sin stilling (krll §11), og vår rett og plikt til å påpeke konkurransebegrensende virkninger av offentlige tiltak (krll §9e). Konkurransen

i Norge er et svar på Fornyings- og administrasjonsdepartementets anmodning om å evaluere og synliggjøre. Rapporten er også laget for å gi aktører i markedet så vel som andre interesserte et innsyn i tilsynets tenking i forhold til de aktuelle markedene.

Konkurransen i Norge består av to hoveddeler, der vi i den første delen ser bakover, og forsøker å beskrive virkninger av konkurransepolitikken i enkelte viktige markeder.

Konkurransetilsynets oppgave er å se til at regelverket blir håndhevet slik at vi oppnår det beste resultatet – for norsk økonomi og for forbrukerne. Den første hoveddelen av Konkurransen i Norge presenterer fire kapitler som gjennom utvalgte eksempler hver for seg illustrerer virkningen av Konkurransetilsynets håndheving. I kapittelet om preventive effekter ser vi på en viktig del av Konkurransetilsynets virksomhet, nemlig i) at vi gjennom selve *eksistensen* av en konkurranselov og et –tilsyn kan oppnå at foretakene i de ulike markeder tilpasser seg lovgivingen, og ii) at vi gjennom konstruktiv dialog med partene kan nå konkurransepolitiske mål.

I kapittelet om forbudet mot misbruk av dominans ser vi nærmere på konkurranselovens §11, og gjennom flere eksempler illustreres betydningen av at Konkurransetilsynet i sin håndheving beskytter konkurransen, ikke (ineffektive) konkurrenter som utsettes for ubehagelig konkurranse. Kapittelet om kontroll med foretakssammenslutninger presenterer eksempler fra fusjonskontrollen. Her er fokus bl.a. på betydningen av å beskytte konkurransen i lokale markeder. I det siste kapittelet i denne delen presenteres den analysen som Konkurransetilsynet fremla sommeren 2008 av utviklingen i bokmarkedet, i en videre ramme.

Den andre delen av rapporten er fremoverskuende, og et resultat av en annen viktig funksjon som Konkurransetilsynet ivaretar, nemlig at det skal *føres tilsyn med konkurransen* i de ulike markedene (krll. §9).

¹ Rapportene kan lastes ned fra FAD på <http://www.regjeringen.no/nm/dep/fad/Aktuelt/Nyheter/2007/Utredninger-om-konkurransopolitikk.html?id=498165>

² Tildelingsbrev er det sentrale styringsinstrumentet fra et departement til en underliggende virksomhet. Tildelingsbrevet skisserer økonomiske rammer og beskrivelser prioriteringer, resultatmål og rapporteringskrav for virksomhetene. Tildelingsbrevene sendes virksomhetene årlig etter behandlingen av statsbudsjettet i Stortinget. Konkurransetilsynets tildelingsbrev kan lastes ned fra våre hjemmesider www.ktno.no.

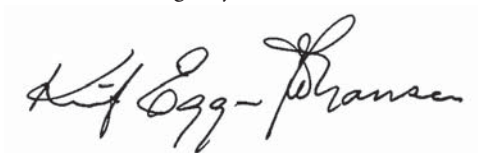
De ulike seksjonene i Konkurransetilsynet valgte våren 2008 ut et marked innenfor sitt ansvarsområde som det ut fra en konkurransemessig betraktning var særlig behov for å rette oppmerksomheten mot. Markeder med konkurransemessig utfordringer er således tema for den andre delen av Konkurransen i Norge. Her presenteres konkurransesituasjonen i seks utvalgte markeder: sluttbrukermarkedet for elektrisk kraft, tv-markedet, betalingskort, apotek, dagligvare og meieri. I hvert av

kapitlene gis en beskrivelse av markedet og markedsstrukturen, eksempler på hva Konkurransetilsynet anser som mulige bekymringer i dette markedet, samt hva tilsynet anbefaler som mulige tiltak for å bedre konkurransen.

Beskrivelsene er generelle, og er ikke bindende for Konkurransetilsynets vurderinger i konkrete saker i fremtiden.

Takk til alle bidragsyterne for en flott innsats med å få fram materialet, og god lesning!

Bergen, januar 2009

A handwritten signature in black ink, reading 'Knut Eggum Johansen'. The signature is written in a cursive, flowing style.

Knut Eggum Johansen

Konkurransedirektør

Innhold

VIRKNINGER AV KONKURRANSEPOLITIKKEN

Konkurransopolitikkens preventive effekter	11
1. Innledning.....	11
2. Hva er effektiv konkurransepolitikk?	11
3. Hva vet vi om preventive effekter?	13
3.1 Generelle preventive effekter.....	13
3.2 Direkte rådgiving: noen eksempler fra TV-markedet	15
4. En mer effektiv konkurransepolitikk – hva bør gjøres?	16
Hvordan virker forbudet mot misbruk av dominans?	18
1. Innledning	18
2. Mulige effekter av et forbud	18
3. Fergemarkedet	20
4. Luftfartsmarkedet	22
5. Noen avsluttende merknader.....	23
Kontroll med foretakssammenslutninger	25
1. Et historisk tilbakeblikk	25
2. Betydningen av inngrepvilkåret	26
3. Betydningen av total velferdsstandard	27
4. Betydningen av lokal konkurranse	29
5. Samfunnsøkonomiske gevinster av fusjonskontrollen	30
6. Fusjonssaker etter 2007	32
Bokbransjen og §10	35
1. Innledning.....	35
2. Bransjestruktur	35
3. Hva særpreger bøker?	37
4. Et kort historisk tilbakeblikk	39
5. Internasjonale erfaringer.....	40
6. Faste bokpriser og kulturpolitiske mål	42
7. Norske erfaringer	43
7.1 Priser	45
7.2 Solgte bøker	45
7.3 Solgte titler.....	45
7.4 Fastprisrabatten	45
8. Oppsummering.....	46
9. Referanser	47

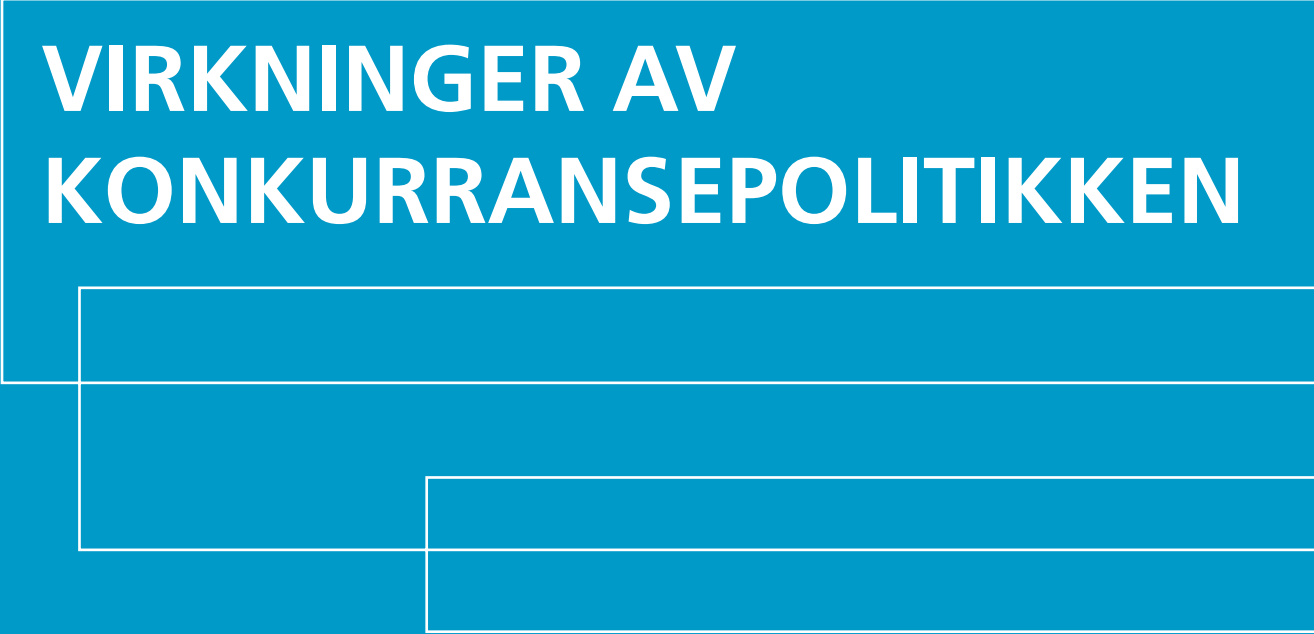
KONKURRANSEN I UTVALGTE MARKEDER

Kraftmarkedet	51
1. Innledning	51
2. Kraftmarkedet i Norge	51
2.1 Fra produsent til sluttbruker	51
2.2 Eksport og import av elektrisk kraft	52
2.3 Markedsaktører og konsentrasjon i sluttbrukermarkedet	52
2.4 Priser og kontrakter i kraftmarkedet	53
2.5 Forbrukernes valgmuligheter	56
2.6 Det er penger å spare på å bytte kraftavtale	60
3. Konkurransemessige utfordringer med betydning for sluttbrukermarkedet	60
3.1 Informerte, prisbevisste og aktive forbrukere har stor betydning for prisen til sluttbruker	60
3.2 Prisen i engrosmarkedet har stor betydning for prisen til sluttbruker	61
3.3 Nettforbindelsene og eierskapet til nettet har stor betydning for prisen til sluttbruker	63
4. Konkurransetilsynets anbefalinger	64
4.1 Informerte, prisbevisste og aktive forbrukere som søker etter og bytter til den beste kraftavtalen	64
4.2 Redusere konsentrasjonen i engrosmarkedet for å legge til rette for god konkurranse	65
4.3 Økt overføringskapasitet og utskillelse av nettvirksomheten for å bedre konkurransen	65
Kringkastingsmarkedene	67
1. Innledning	67
2. Verdikjeden for kringkasting	67
2.1 Innhold	68
2.2 Kringkastere	68
2.3 Distributører	69
2.4 Tilbydere av overføringskapasitet	69
2.5 Sluttbrukere	69
3. Konkurransen i distribusjonsmarkedene	70
3.1 Innledning	70
3.2 Beskrivelse av tilbudet på hver plattform	70
3.3 Sammenligning av TV-produktene	73
3.4 Konkurransen mellom plattformene	74
4. Konkurransetfordringer i kringkastingsmarkedene	80
4.1 Innledning	80
4.2 Byttekostnader	80
4.3 Eksklusivitet	81
4.4 Fordeling av signalpakker i det digitale bakkenettet	84
4.5 Pakkesalg av TV-kanaler	85
5. Oppsummering	86

Betalingskortsystemer i Norge	89
1. Innledning	89
2. Generelt om betalingskortsystemer	89
2.1 Utviklingen i bruk av betalingskort	89
2.2 Rettslig rammeverk	90
2.3 Aktører i betalingskortsystemer	90
2.4 Et tosidig marked	91
3. BankAxept - det nasjonale kortsystemet	92
3.1 Bakgrunn	92
3.2 Et samarbeid mellom konkurrenter	92
3.3 Konkurransmessige utfordringer	94
4. Internasjonale betalingskort	95
4.1 Utviklingen i bruk av internasjonale betalingskort	95
4.2 Begrenset konkurranse i markedet for innløsning av internasjonale betalingskorttransaksjoner	96
4.3 Konkurransmessige utfordringer knyttet til de internasjonale kortselskapenes regelverk	97
5. Avslutning	99
Legemidler og apotek	101
1. Innledning	101
2. Særtrekk ved legemiddelmarkedet	101
2.1 Tilbudssiden	101
2.2 Etterspørselsiden	101
3. Markedsstruktur og aktører	103
3.1 Produsentledd	103
3.2 Grossistledd	103
3.3 Detaljistledd	103
3.4 Bransjeforeningen sin rolle	104
3.5 Sluttbrukerleddet	104
4. Reguleringer	105
4.1 Reguleringer begrunnet i folkehelse/tilgjengelighet	105
4.2 Reguleringer begrunnet i ønske om kostnadskontroll	106
5. Konkurransmessige utfordringer i legemiddelmarkedet i Norge	108
5.1 Konkurransesutfordringer knyttet til markedsstruktur	108
5.2 Konkurransesutfordringer knyttet til reguleringsrammeverk	109
6. Tiltak for å fremme konkurranse	110
Dagligvarebransjen	113
1. Innledning	113
2. Særtrekk ved den norske dagligvarebransjen	113
2.1 Detaljistleddet	113
2.2 Konsentrasjonen på detaljistleddet øker	114
2.3 Hvor tas de viktige beslutningene?	115
2.4 Leverandørsiden	116
2.5 Konkurransens nasjonale og lokale dimensjoner	116

3.	Konkurransemessige utfordringer	117
3.1	Etableringsbarrierer.....	117
3.2	Konkurransekadelig atferd.....	119
4.	Internasjonal råvareprisøkning – gjennomslag i norske detaljpriser	120
4.1	Internasjonal råvareprisøkning	120
4.2	Virkning av internasjonal råvareprisøkning på detaljprisene i Norge	121
4.3	Detaljprisutviklingen for matvarer	123
4.4	Oppsummering av detaljprisutviklingen	123
5.	Tiltak for å fremme konkurransen.....	124
5.1	Tiltak innen kontroll med foretakssammenslutninger.....	124
5.2	Tiltak for å redusere etableringshindre	124
5.3	Tiltak for å styrke konkurransen innenfor eksisterende markedsstruktur	124
	Melk og meieri.....	126
1.	Oversikt over markedene	126
1.1	Verdikjeden i den norske meierisektoren	126
1.2	Aktørene i den norske meierisektoren.....	127
1.3	Importvernet for meieriprodukter.....	128
2.	Trekk ved markedsstrukturen.....	128
2.1	Konsentrasjon.....	128
2.2	Etableringshindringer i meierisektoren.....	129
2.3	Kjøpermakt.....	129
3.	Beskrivelse av konkurransefremmende reguleringer innen markedsordningen for melk.....	130
3.1	Prisutjevningsordningen for melk (PU)	130
3.2	Forsyningsplikten for melk	131
4.	Utløst utnyttelse av markedsrett	131
4.1	Marginskvis.....	131
4.2	Eksklusivavtaler og konkurransekadelige rabatter.....	131
5.	Beskrivelse av gjennomførte tiltak for å møte de konkurransemessige utfordringene.....	132
5.1	Etablering av overvåkningsordning i meierisektoren	132
5.2	Forsyningsplikten for melk.....	133
6.	Tiltak som styrker konkurransen i meierisektoren	134

VIRKNINGER AV KONKURRANSEPOLITIKKEN



Hvordan virker forbudet mot misbruk av dominans?

Av Professor Lars Sørsgard ved NHH, tidligere sjeføkonom i Konkurransetilsynet (2004-2007)

1. Innledning

Norge var lenge i en særstilling når det gjaldt mulige inngrep mot konkurranseskadelig adferd. I motsetning til de fleste andre land hadde Norge noe forbud mot misbruk av en dominerende stilling. Rett nok kunne Konkurransetilsynet gripe inn mot konkurranseskadelig adferd, men inntil et eventuelt inngrep fra Konkurransetilsynet var adferden lovlig. I mai 2004 ble det innført et forbud mot misbruk av dominans i Norge. Det er vanskelig å fastslå hva effekten er av å innføre et slikt forbud. I dette kapittelet skal vi drøfte mulige effekter av forbudet. I avsnitt 2 foretar vi en generell drøfting av hva vi bør forvente av mulige effekter av forbudet. I avsnitt 3 og 4 gir vi eksempler fra to markeder – ferge-markedet og luftfartsmarkedet – på hvordan forbudet synes å ha påvirket dominerende aktørers adferd. Vi gir i avsnitt 5 noen avsluttende merknader.

2. Mulige effekter av et forbud

Det er etter mitt syn gode argumenter for et skifte fra en inngrepslov til en forbudslov hva angår konkurranseskadelig adferd. Bedriftene må under den nye loven selv være oppmerksomme på hvilke mulige virkninger som følger av deres egen adferd, og for å hindre lovovertrødelse vil de dermed måtte opptre på en slik måte at forbrukerne ikke blir skadelidende. Følgelig vil forbudet i større grad enn hva som var tilfellet under gammel lov virke disiplinerende på bedriftenes adferd. De oppmuntres til å ikke opptre på en måte som er skadelig for konkurransen og dermed for forbrukerne. Forbudet lukker en dør for hva de kan gjøre, og det tvinger bedriftene til å tjene penger på andre og mer gunstige måter sett fra kundenes ståsted. De vil for eksempel tvinges til å senke kostnadene snarere enn å legge hindringer i veien for nye konkurrenter og i ly av etableringshindringer sette høyere priser.

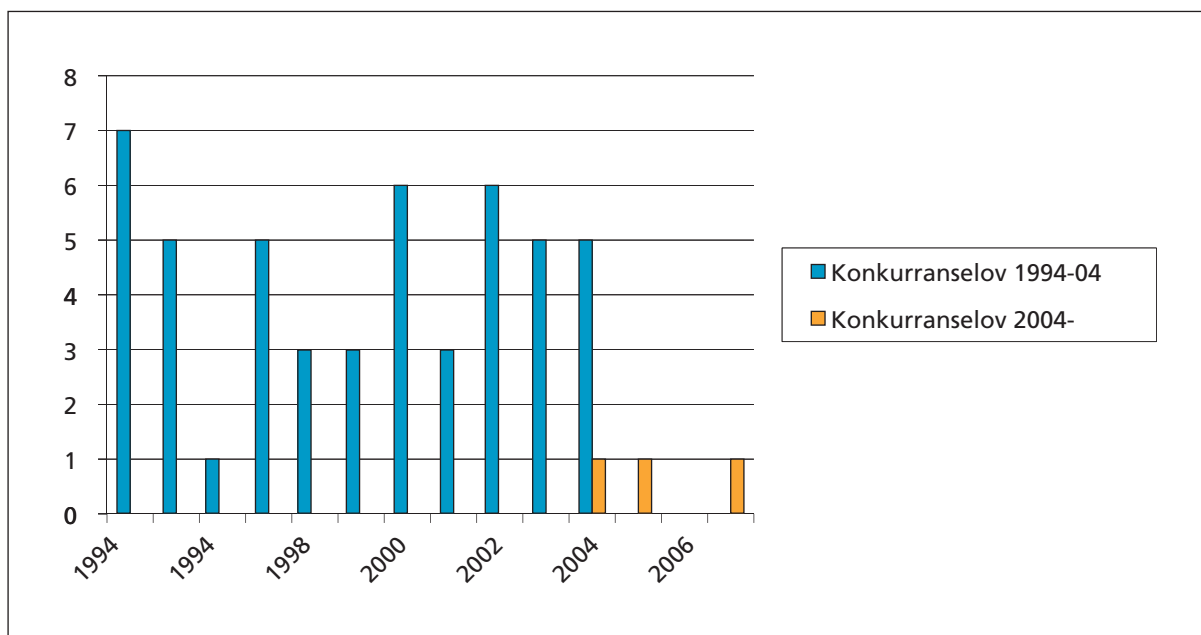
Både fra bedriftene og samfunnets side er det gunstig dersom bedriftene disiplineres. Da vil en sikre at konkurransen er sunn, og en unngår konkurransesaker som er ressurskrevende både for partene og konkurransemyndighetene. For å kunne fastslå mulige virkninger av den nye lovbestemmelsen bør en følgelig være varsom med å fokusere ensidig på hvorvidt det fattes mange eller få vedtak om misbruk av dominans. En burde faktisk forvente at antallet vedtak om misbruk av dominans burde være lavere enn antallet sam-

menlignbare vedtak under den gamle konkurranseloven, da den nye loven som forklart er forventet å virke mer disiplinerende.

Under den gamle konkurranseloven ble det med hjemmel i § 3-10 grepet inn mot konkurranseskadelig adferd. Selv om dominans ikke var et kriterium, vil den type mulighet for inngrep ha en viss parallell til forbudet mot misbruk av dominans i § 11 i den nåværende konkurranseloven. I figur 1 har vi vist antallet årlige vedtak etter henholdsvis den gamle og den nye konkurranseloven. Vi ser at under konkurranseloven 1994-2004 var det i gjennomsnitt 4,5 vedtak årlig mot konkurranseskadelig adferd, mens det etter den nye loven er mindre enn ett vedtak årlig mot misbruk av dominans. Det er selvfølgelig svært vanskelig å vite om det faktisk er for få vedtak etter ny lov, eller om det var for mange vedtak etter gammel lov. Men en mulig tolkning er at den nye loven har en mer disiplinerende virkning på bedrifters adferd. I utgangspunktet er det grunn til å tro at det er en gunstig effekt av lovendringen.

I kapittel 2 rapporteres det fra en spørreundersøkelse som Konkurransetilsynet nylig har foretatt blant advokater i Norge som arbeider med konkurransesaker. Den tyder på at den nye konkurranseloven har en betydelig disiplinerende effekt, ikke minst hva angår mulig misbruk av dominans. Det rapporteres blant annet at en betydelig mengde avtaler ble enten droppet eller vesentlig modifisert på grunn av faren for at de kunne bli betraktet som brudd på forbudet mot misbruk av en dominerende stilling.

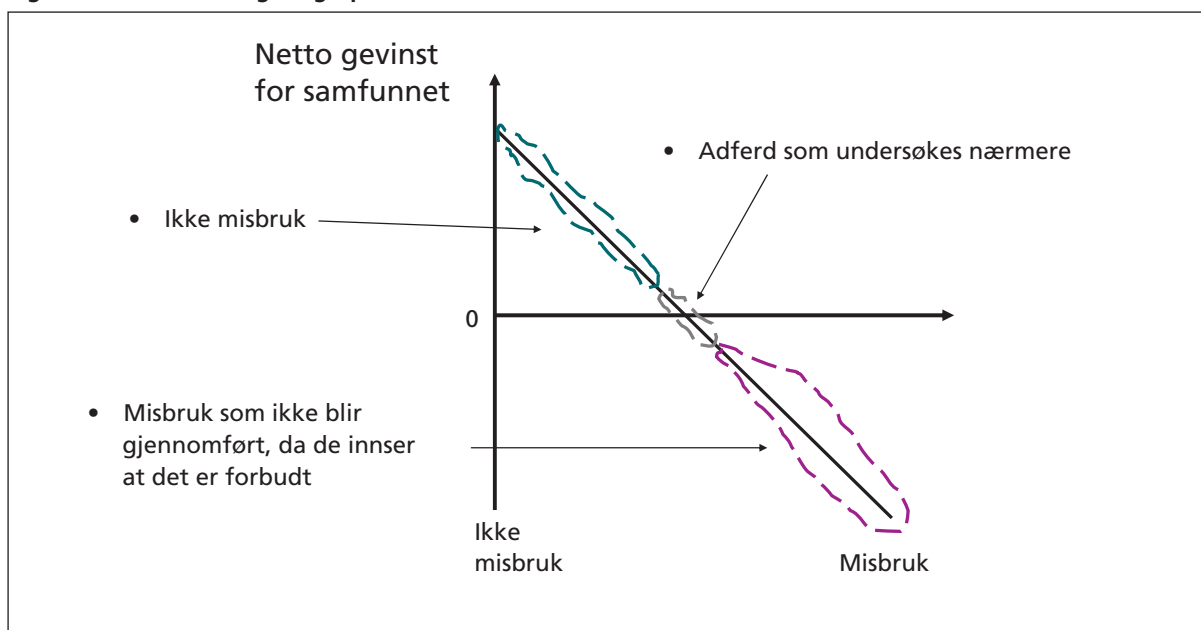
Antallet vedtak blir ikke bare færre, men det er grunn til å tro at de saker hvor det er mistanke om misbruk av dominans er i minst like stor grad tvilstilfeller som det var under gammel lov. Nedsiden for bedriften forbundet med å iverksette konkurranseskadelig adferd synes større under ny lov enn under gammel lov. Ut fra dette er det grunn til å forvente at en dominerende bedrift under dagens lov neppe vil opptre på en måte som er opplagt i strid med loven. Det betyr – som forklart over – at den nye loven er i større grad disiplinerende. Det faktum at det under ny lov åpnes for å ilegge overtredelsesgebyr gradert ut fra hvor alvorlig saken er taler for at den er særlig disiplinerende når det gjelder muligheten for konkurranseskadelig adferd med store negative virkninger for forbrukerne.

Figur 1: § 3-10 vedtak etter gammel lov og § 11 vedtak etter nåværende lov.

Den nye loven har følgelig en påvirkning på mulige handlinger av den dominerende bedriftene. Dette kan illustreres i figur 2.

Ulike dominerende bedrifter kan iverksette ulike tiltak i konkurransen mot sine potensielle og eksisterende konkurrenter. Noen tiltak er bra for samfunnet, for eksempel økt priskonkurranse som sådan. Andre tiltak er skadelig for forbrukerne. Det kan for eksempel være tilfelle dersom pris er under de relevante kostnadene. Dette kan tvinge konkurrenten til å forlate markedet og det oppstår monopol med påfølgende høye priser. La oss langs den horisontale akse rangere tiltak av

dominerende bedrifter ut fra netto effekt for samfunnet; fra dem som er best for samfunnet og dem som er mest skadelig for samfunnet. Til venstre i figuren har en de situasjoner som åpenbart ikke er misbruk. Selv om saken blir brakt inn til konkurransemyndighetene, for eksempel som følge av klage fra en konkurrent, avvises slike saker fort. Nede til høyre er de åpenbart skadelige tiltakene av dominerende aktører. Det er grunn til å tro at den dominerende aktøren vil vite at adferden vil være i strid med loven, og av den grunn avstår fra slik adferd for å unngå negativ omtale og for å unngå overtredelsesgebyr som følge av en eventuell overtredelse.

Figur 2: Effekt av mulig inngrep mot misbruk av dominans.

De sakene som konkurransemyndighetene da sitter tilbake med er markert med grått i figuren. Det er saker som er bokstavelig talt i gråsonen; konkurransemyndighetene kan ikke med sikkerhet si hvorvidt hvert enkelt tilfelle er en overtredelse eller ikke. Det illustrerer at effektiv konkurransepolitikk i betydningen av avskrekking av de åpenbare overtredelsene gjør at en sitter tilbake med saker som er genuint vanskelige. Nettoeffekten for samfunnet av de vedtak som fattes vedrørende disse sakene er derfor neppe særlig stor. Men det vil ut fra det være feil å konkludere med at forbudet mot misbruk av dominans har liten samfunnsmessig nytteverdi, og derfor bør avskaffes.

Forbudet medfører som nevnt at det blir en større nedside for dominerende bedrifter hva angår adferd som kan tenkes å bli kategorisert som konkurransekadelig. Dette kan tenkes å medføre at dominerende bedrifter blir for forsiktige i sin opptreden i markedet, for å unngå negativ omtale som følge av at det åpnes en sak og at selskapet eventuelt blir bøtelagt. I så fall kan lovforbudet bidra til mindre hard konkurranse, da den dominerende aktør ikke våger å konkurrere så hardt som den ønsker og så hardt som den strengt tatt kunne uten å gå over grensen for det lovlige. I den forbindelse er det relevant hva Konkurransetilsynet gjør i aktuelle saker, ikke minst relevant å betrakte de signaler som gis når det konkluderes med at den dominerende aktørens adferd ikke er lovstridig. Den type avgjørelser gir dominerende bedrifter signaler om hvor aggressivt de kan konkurrere uten å trække over grensen for hva som er lovlig.

I det norske telemarkedet har det vært en rekke saker vedrørende mulig misbruk av dominans etter at den nye loven trådte i kraft. Flere av Telenors konkurrenter har levert klager til Konkurransetilsynet der det har vært hevdet at Telenor har misbruk av dominerende stilling. I løpet av de første årene med ny lov fattet Konkurransetilsynet flere avgjørelser, der samtlige konkluderte med at Telenor ikke hadde brutt loven.¹ Disse avgjørelsene har åpenbart signalisert at Telenor har anledning til å konkurrere hardt mot sine utfordrere uten at det av den grunn er lovstridig. Telenors konkurrenter synes å ha tatt dette signalet, da det etter 2006 ikke har vært flere saker som omhandler mulig misbruk av dominans i telemarkedet. Samtidig synes det som om priskonkurransen i sluttmarkedet for telefonitjenester er hardere enn noen gang.² Dette antyder at konkurransen er sunn, og at det var korrekt å tillate Telenor å konkurrere hardt mot sine utfordrere. Ved å si nei til klager fra Telenors konkurrenter har dermed Konkurransetilsynet beskyttet konkurransen, og dermed *ikke* beskyttet konkurrentene til Telenor.

¹ Se A2005-1, A2005-22, A2006-51, A2006-62, A2006-69, A2006-73 og A2007-1. Etter tidlig januar 2007 har det kun vært en avgjørelse, se A2008-7.

² Se for eksempel figur 4-2 i Teleplan: 'Kampen om mobilkunden', rapport skrevet på oppdrag av Post- og Teletilsynet, 9. juni 2008.

3. Fergemarkedet

Sommeren 2005 til sommeren 2006 behandlet Konkurransetilsynet en sak vedrørende mulig ulovlig underprising (predasjon) på fergemarkedet mellom Norge og Danmark. Saken gjaldt rutene mellom Danmark og det sørlige og sørvestlige Norge, og den kan illustrere hvordan saksbehandlingen som sådan og en avgjørelse om ikke å gripe inn kan påvirke aktørenes adferd.

Color Line har flere ruter fra Sørlandet, og den største er ruten som går mellom Kristiansand og Hirtshals. Siden 1993 har Fjord Line hatt en fergerute mellom Bergen, Egersund og Hanstholm. Dette er illustrert i figur 3.

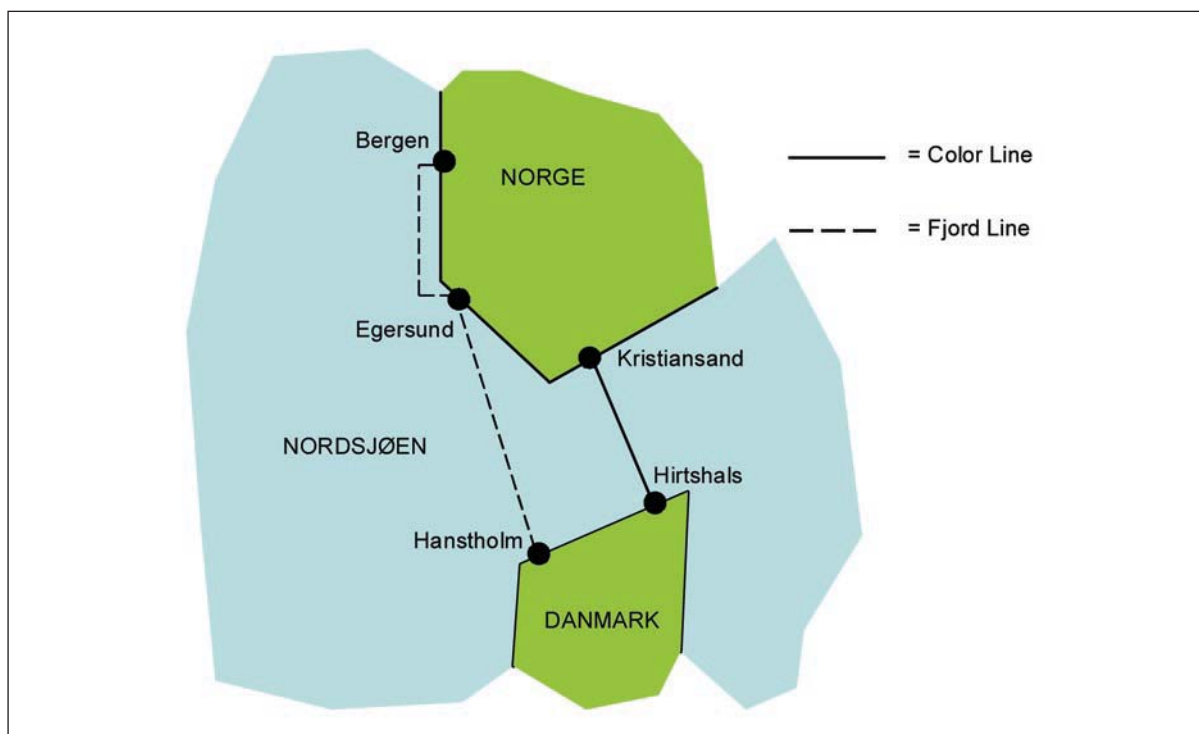
I slutten av april 2005 startet Color Line en ny rute på strekningen Bergen-Stavanger-Hirtshals. Den ble en direkte konkurrent til Fjord Lines rute fra Bergen til Hanstholm. Dette innebar en betydelig kapasitetsøkning i fergetrafikken på strekningen mellom Sørvestlandet og Danmark.

Fjord Line klaget til Konkurransetilsynet der de hevdet at Color Line drev predasjon og dermed overtrådte forbudet mot misbruk av dominans. Klagen ble sendt kun noen få uker etter at Color Line hadde startet sin nye rute. Konkurransetilsynet valgte å foreta en grundig vurdering av hvorvidt det forelå predasjon. I midten av september 2005 sendte Konkurransetilsynet et brev til Color Line der de rettslige grensene for predasjon ble drøftet, og selskapet ble pålagt å melde sine ruteresultater månedlig. Color Line ble også bedt om å redegjøre skriftlig for hvordan selskapet ser for seg at de relevante inntektene dekker de relevante kostnadene i de første 12 månedene med drift.

Brevet fra Konkurransetilsynet til Color Line fikk omtale i flere aviser, og det ble beskrevet som at dette var 'en kraftig advarsel' til Color Line. En nærliggende tolkning for Color Line ville da være at de sto i fare for å bryte lovens forbud mot misbruk av dominans. Ifølge Color Line fikk dette betydning for deres adferd i markedet. Selskapet ble mer forsiktig i konkurransen mot Fjord Line enn det de ellers ville vært, blant annet ved at reklamekampanjer rettet mot kunder ble mindre omfattende enn hva selskapet opprinnelig hadde tenkt.

Fjord Line hadde store økonomiske problemer, og det var tilfelle selv før Color Line etablerte den nye ruten. Spørsmålet var om det i seg selv var et relevant argument i vurderingen av mulig predasjon. Det har vært en omfattende debatt i Europa de siste årene om forbudet mot misbruk av dominans, og spørsmålet har vært om en skal beskytte konkurransen eller konkurrentene. Dersom en tar hensyn til at en rival har dårlig økonomi, for eksempel er organisert på en lite hensiktsmessig måte og derfor har høye kostnader, vil en i realiteten

Figur 3: Fergemarkedet Sørvestlandet-Danmark 1993-2005.



beskytte konkurrenten og ikke nødvendigvis konkurransen. En risikerer da å legge hindringer i veien for den etablerte aktøren skal kunne konkurrere på pris. Det kan tenkes at forbrukerne er lite tjent med det, og det vil også ventelig føre til en dårlig struktur i markedet ved at en ineffektiv aktør er aktiv.

Rettspraksis fra EF-domstolen hva angår predasjon er imidlertid klar. Det gis normalt ikke støtte til et syn der en ønsker å beskytte en konkurrent som har innrettet seg på en lite effektiv måte og av den grunn har høye kostnader. Testen for hvorvidt det kan forekomme predasjon tar utgangspunkt i den etablerte bedriftens kostnader. Hvis pris er lavere enn det etablerte selskapets relevante kostnader, kan det være predasjon.³ Dette vil innebære at en konkurrent som har innrettet seg lite effektivt og av den grunn har høyere kostnader enn den dominerende aktøren kan bli tvunget til å forlate markedet uten at dette defineres som predasjon.

I denne saken foretok Konkurransetilsynet pris-kostnadstester basert på kostnads- og inntektstall for det første driftsåret for Color Lines nye rute. De konkluderte i juli 2006 med at det ikke forelå predasjon.⁴ Den

konkurransen en observerte mellom Color Line og Fjord Line ble følgelig definert som sunn og innenfor lovens grenser.

Fjord Line fikk dermed ikke medhold i sin klage. Selskapet ble da tvunget til å videreføre den omstilling som det allerede hadde startet. Gjennom refinansiering og annen omstrukturering lyktes det selskapet å bli et mer effektivt selskap.

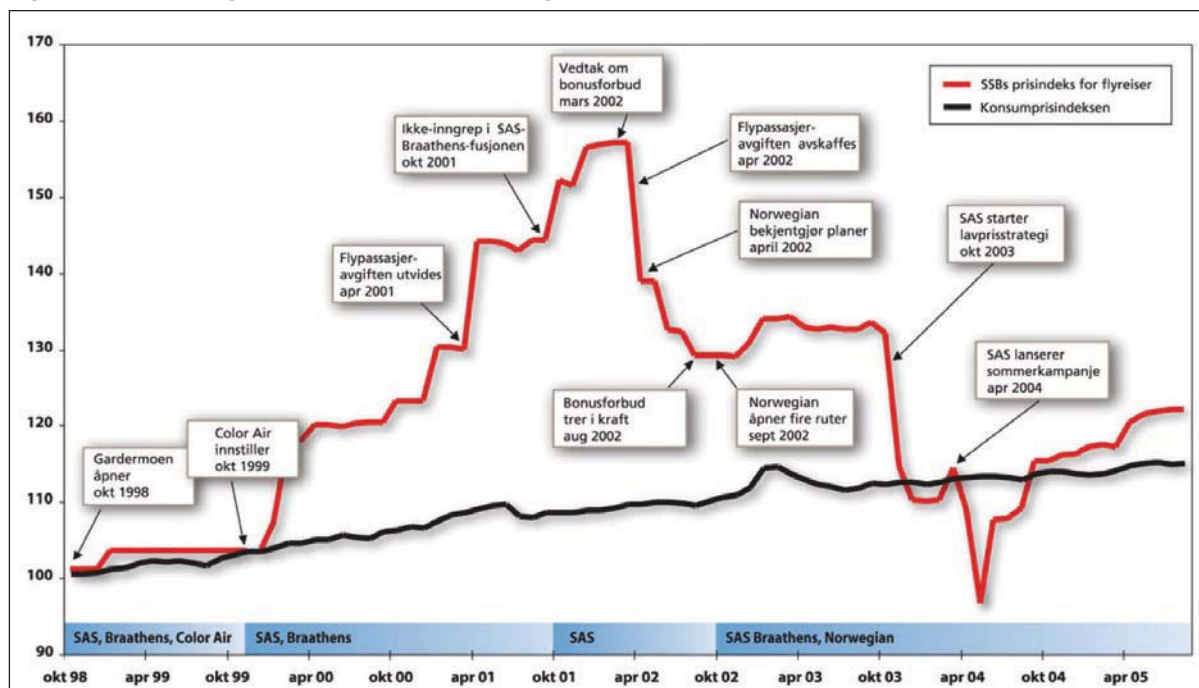
Høsten 2007 ble det annonsert at Color Line ville legge ned sin rute fra Bergen fra januar 2008 av. I desember 2007 overtok Fjord Line kontrollen over selskapet Master Ferries. Dette innebar at Master Ferries' tilbud på strekningen Kristiansand-Hanstholm ble styrket, og dermed førte det til hardere konkurranse mellom Color Line og Fjord Line/Master Ferries. Men Fjord Line ønsker å seile denne strekningen kun i sommerhalvåret. Havnestyret i Kristiansand vedtok i oktober at Fjord Line måtte seile hele året. I så fall kan det bety nedleggelse av denne ruten. Saken er når dette skrives under behandling i EFTAs overvåkingsorgan (ESA).

Hendelsene i dette markedet illustrerer at konkurranse-loven er lagt til rette for å beskytte konkurransen, ikke konkurrentene. Fjord Line var et selskap med dårlig drift, og følte seg truet av Color Line. Konkurransetilsynet verken kunne eller ville hjelpe selskapet å overleve med en slik ineffektiv drift som det opprinnelig hadde. Dette medførte at selskapet ble tvunget til selv å omstille sin drift, og derigjennom overleve som selskap.

³ Strengt tatt er testen to-delt, jf. AKZO-dommen. Dersom pris er lavere enn gjennomsnittlig variable kostnader, vil det være presumsjon for predasjon. Dersom pris er over gjennomsnittlig variable kostnader og under gjennomsnittlige totale kostnader, er det predasjon dersom det er en del av en plan for å eliminere konkurrenten.

⁴ Se avgjørelse A2006-46. Det ble foretatt to ulike tester, henholdsvis en like-effektiv-konkurrent test og en oppofrelsestest. De to testene ga ulike resultater, og Konkurransetilsynet fant ut fra en helhetlig vurdering at det ikke forelå predasjon.

Figur 4: Prisutviklingen på stamrutenettet i Norge oktober 1998 – mai 2005.



Selv om Konkurransetilsynet ikke kan hjelpe en ineffektiv aktør å overleve, kan tilsynets handlinger bidra til at den dominerende aktøren ikke trår over grensen for hva som er lov og dermed hindre at selv en effektiv aktør blir presset ut av markedet. Hendelsene i dette markedet illustrerer også at Konkurransetilsynet kan påvirke aktørenes adferd selv uten at det fattes vedtak i en sak. I dette tilfellet førte det faktum at Konkurransetilsynet undersøkte saken til at Color Line trolig opptrådte mindre aggressivt enn hva de ellers ville gjort.

Det er vanskelig å si med sikkerhet hva som ville skjedd i denne saken dersom det ikke hadde eksistert en konkurranselov, og hva som hadde skjedd uten en aktiv saksbehandling av Konkurransetilsynet. Color Line hevder selv at den som følge av brevet den mottok fra Konkurransetilsynet opptrådte mindre aggressivt. Det er mulig at dette var en medvirkende årsak til at Fjord Line overlevde, og at det ble Color Line i stedet for Fjord Line som måtte legge ned sin nye rute. I den grad det er konkurranse mellom Color Lines gjenværende ruter og Fjord Lines ruter – herunder den nye ruten de overtok ansvaret for etter oppkjøpet av master Ferries og som eventuelt drives videre i sommerhalvåret – er det grunn til å tro at dette kan ha hatt en gunstig virkning for kundene.

4. Luftfartsmarkedet

I luftfartsmarkedet i Norge var det i perioden da ny Konkurranselov ble innført en svært hard priskonkurranse mellom SAS og Norwegian. Det som skjedde i dette markedet idet lovforbudet trådte i kraft kan bidra til å illustrere hvordan forbudet som sådan og aktiv ad-

ferd fra konkurransemyndighetene kan påvirke adferden til dominerende aktører.

Stamrutenettet i Norge ble deregulert i april 1994, og fra da av konkurrerte SAS og Braathens SAFE på en rekke ruter. Color Air etablerte seg på fire ruter i september 1998, men trakk seg ut av markedet 14 måneder senere etter store tap. Braathens ble kjøpt av SAS i 2001 etter at Braathens ble definert som fallittbedrift, og fra oktober 2001 var en igjen tilbake til monopol på det norske stamrutenettet. Opptjening av bonuspoeng ble forbudt våren 2002, og som en direkte følge av dette etablerte Norwegian seg i august 2002 på de fire største rutene. I løpet av 2003 utvidet Norwegian sitt nettverk, og etablerte seg både på nye norske innenriksruter og opprettet en rekke nye direkte ruter fra de største norske byene og til Europa.

Utviklingen i priser vist i figur 2 antyder at det har vært perioder hvor priskonkurranse har vært svært hard i dette markedet. Det var et prisfall forut for og idet Norwegian etablerer seg, men noe av dette skyldes fjerning av flypassasjeravgiften. I oktober 2003 er det imidlertid et betydelig prisfall, og det er også et betydelig prisfall i april 2004. En viktig årsak til de betydelige prisfallene er at SAS iverksatte priskutt. Norwegian's inntreden i 2002 hadde ikke ført til noe særlig aggressiv prising fra SAS' side, da Norwegian i starten kun hadde et begrenset ruteprogram. Selskapet var aktive på de fire største rutene i Norge, og hadde i underkant av en tredjedel av det antallet flyvninger SAS hadde på hver av de fire rutene. Men gradvis ekspanderte Norwegian, og utover i 2003 opprettet de flere nye ruter både innenriks og fra Norge til ut-

landet. For å unngå ytterligere tap av markedsandeler var SAS tvunget til å konkurrere på pris, hvilket de gjorde.

Men spørsmålet var hvor grensen gikk mellom konkurranse og predasjon. SAS var allerede i 2003 i dialog med Konkurransetilsynet, og de ønsket veiledning angående hvor hardt de hadde lov til å konkurrere. De var særlig opptatt av hvordan Konkurransetilsynet ville tolke det nye forbudet mot predasjon som ville trå i kraft i mai 2004. Konkurransetilsynet var tilbakeholdne med å gi konkret veiledning, og henviste til at hensikten med den nye loven som skulle trå i kraft var at det var bedriftene selv som hadde ansvaret for å holde seg på riktig side av loven. Den norske konkurranseloven ville bli harmonisert med EUs konkurranselovgivning, hvilket innebar at rettspraksis angående predasjon fra EF-domstolen ville være gyldig også for Norge. Følgelig var det betydelig rettspraksis SAS kunne forholde seg til når selskapet skulle vurdere hvor hardt det kunne konkurrere mot Norwegian uten at de overtrådte forbudet mot misbruk av dominans.

Konkurransetilsynet var opptatt av at det oppstod sunn og varig konkurranse som følge av Norwegians inntreden. Historien hadde vist at det var fare for at konkurransen ikke ble varig i dette markedet: Color Air måtte gi tapt i 1999 i kampen mot SAS og Braathens, og Braathens ble en fallittbedrift i 2001. Dette gjorde det naturlig for Konkurransetilsynet å følge nøye med, hvilket de gjorde. SAS ble bedt om å levere månedlige ruteregnskap på en rekke ruter. Det ble høsten 2003 igangsatt et eksternt prosjekt om predasjon i norsk luftfart. Prosjektet ble sluttført i april 2004, og da ble det på grunnlag av data frem til oktober 2003 konkludert med at SAS ikke drev predasjon mot Norwegian.⁵

Men priskuttene i oktober 2003 og april 2004 gjorde at det ble reist spørsmål om det som var konkurranse frem til da hadde skiftet over til å være predasjon. Konkurransetilsynet og SAS hadde i denne perioden en rekke møter, blant et møte tidlig i juni 2004 der det ble stilt spørsmål ved lønnsomheten (eller mangel på lønnsomhet) på utvalgte ruter og deriblant ruten Ålesund-Oslo. I slutten av juni 2004 foretok Konkurransetilsynet en bevissikring hos SAS, for å få avkreftet eller bekreftet om SAS drev predasjon. Bevissikringen førte til at det ble fattet vedtak i juni 2005 om predasjon av SAS på ruten Oslo-Haugesund mot selskapet Coast Air, og SAS ble ilagt en overtredelsesgebyr på 20 MNOK. SAS tok vedtaket inn for retten, og selskapet fikk i juli 2006 medhold i Oslo tingrett og Konkurransetilsynets vedtak ble opphevet. Saken ble anket, men endte med et forlik i november 2007. Vedtaket ble stående, men overtredelsesgebyret ble frafalt.

⁵ Prosjektet ble dokumentert i rapporten 'Predasjon i norsk luftfart', som ble skrevet av Frode Steen og Lars Sørgard og overlevert Konkurransetilsynet i april 2004.

Som det klart fremgår av figur 4 reverserte SAS sin aggressive prispolitikk sommeren 2004. Det gjaldt generelt på de innenlandske rutene, men deriblant også på ruten Oslo-Ålesund. På den sistnevnte ruten annonserte de dessuten i slutten av august at de fra vinterprogrammet av skulle redusere antallet avganger. Det ble i juni 2005 varslet et overtredelsesgebyr til SAS på 30 MNOK for predasjon mot Norwegian på strekningen Oslo-Ålesund. Saken ble høsten 2007 lagt bort. En viktig grunn var at SAS hadde foretatt en kraftig reversering av sin prispolitikk etter at den nye konkurranseloven trådte i kraft, både på Oslo-Ålesund og på andre ruter. Denne reverseringen synes å være lite forenlig med at det i perioden etter mai 2004 – under den nye Konkurranseloven – forekom predasjon.

Norwegian var i en svært vanskelig finansiell situasjon i 2004. Selskapet ble børsnotert på slutten av 2003. Aksjeverdien for selskapet sommeren og tidlig høsten 2004 om lag en tredjedel av verdien da selskapet ble børsnotert et drøyt halvår tidligere. Selskapet hadde ikke lyktes i å generere overskudd, og en viktig årsak til dette var den harde konkurransen på pris de hadde møtt fra SAS fra sent på høsten 2003. Sommeren og høsten 2004 var det spekulasjoner om selskapet ville være i stand til å overleve.

Som kjent har Norwegian overlevd og har etter 2004 vokst betydelig både innenriks og på ruter til og fra Norge. Aksjekursen ble mer enn doblet i løpet av relativt kort tid. I ettertid er det imidlertid svært vanskelig å vite om den reverseringen som SAS foretok av sin prispolitikk var avgjørende for Norwegians eksistens, men den bidro utvilsomt til at Norwegian forbedret sine resultater og omsider kunne oppnå overskudd.

SAS har i flere sammenhenger uttalt at Konkurranselovens forbud mot misbruk av dominans har påvirket deres adferd i betydningen at den har hindret dem i å konkurrere så hardt som de har ønsket. Det er selvsagt en fare for at SAS har blitt for forsiktige og dermed at konkurransen har blitt mindre hard enn det som er til gunst for kundene. På den annen side er det grunn til å frykte konsekvensene av at Norwegian hadde gått konkurs. Det kunne forsterket inntrykket av det norske luftfartsmarkedet som et marked hvor SAS' konkurrenter måtte gi tapt, og dermed gjort det lite fristende for nye flyselskaper å ta opp konkurransen med SAS på det innenlandske markedet i Norge.

5. Noen avsluttende merknader

Forbudet mot misbruk av dominans har nå vært gjeldende i mer enn fire år i Norge. Det er så langt kun fattet tre vedtak. Ett av disse er opphevet av Konkurransetilsynet etter en klage fra partene, i ett tilfelle er vedtaket opprettholdt men overtredelsesgebyret frafalt i forbindelse med forlik og ett vedtak om overtredel-

sesgebyr er av selskapet tatt inn for Oslo tingrett. Sett i et slikt perspektiv kan en lett få det inntrykk at den nye lovbestemmelsen har hatt en liten effekt i markedet. Men som forklart blir det feil å fokusere på antallet vedtak. Det mest effektive vil være at bedriftene etterlever forbudet og dermed at det er sunn og varig konkurranse. Slik sett er det ikke overraskende at det i nesten alle saker Konkurransetilsynet behandler konkluderes med at den dominerende bedriften har holdt seg på riktig side av loven. På den annen side er det nødvendig for Konkurransetilsynet å benytte betydelige ressurser på vedtak og rettsavgjørelser for å få klargjort hva § 11 betyr. Dette er særlig viktig nå når loven fortsatt er relativt ny, for å ha et godt grunnlag for å kunne signalisere hvor grensen for hva som er lovlig faktisk går.

Enkelte har hevdet at lovbestemmelsen har hatt en for stor effekt i den forstand at dominerende aktører blir overforsiktige, i frykt for at de i konkurransen mot mindre konkurrenter trækker over grensen for hva som er lovlig. Konkurransetilsynets håndheving av lovbestemmelsen vil forhåpentligvis over tid bidra til å klargjøre hvor grensen går, ikke minst klargjøre hva som er sunn konkurranse. Som forklart over ser vi allerede eksempler på at det synes å bli signalisert hvor grensen går, for eksempel gjennom de avgjørelser som er gjort i telemarkedet. Dette bidrar til at dominerende aktører kan konkurrere hardt men samtidig ikke for hardt mot sine utfordrere, til glede for kundene både på kort og lang sikt.

Utkommet i serien Samfunnsøkonomisk Debatt 2009

- 01/09** Januar, **Stig Tenold**, "Crisis? What crisis? The expansion of Norwegian shipping in the interwar period, Maritime Sectors in the North Sea Region 1790-1940" (8th North Sea History Conference, Bremerhaven 2005), eds. Lars U. Scholl & David M. Williams, Verlag H.M. Hauschild GmbH, Bremen, 2008, side 117-133.
- 02/09** Januar, **Øystein Thøgersen**, "Lys i enden av tunnelen?", *Finansavisen*, 24.01.2009.
- 03/09** Mars, Tommy Staahl Gabrielsen og **Lars Sjørgard**, "Sykliske bensinpriser", *Samfunnsøkonomen* nr. 1-2009, s. 4-11.
- 04/09** April, **Hans Jarle Kind**, Tore Nilssen og **Lars Sjørgard**, "Hvordan skal avisene tjene penger?", *Dagens Næringsliv*, 20.03.2009.
- 05/09** April, **Hans Jarle Kind** og Helge østbye, "Øk pressestøtten", *Aftenposten*, 1.4.2009.
- 06/09** April, **Rolf Jens Brunstad**, "Strukturerte spareprodukter", *Samfunnsøkonomen* Nr. 3-2009, s. 39-42.
- 07/09** April, **Øystein Thøgersen**, "Løses gjeldskrisen av mer gjeld?", *Finansavisen*, 25.4.2009.
- 08/09** Mai, **Lars Sjørgard**, "Hvordan virker forbudet mot misbruk av dominans?", *Konkurransen i Norge*, Konkurransetilsynet 2009, s. 18-24.