

Freshfields Bruckhaus Deringer  
v/advokat Eide Midthjell  
Bastion Tower  
Place du Champ de Mars 5  
1050 Brussels  
Belgium

Deres referanse  
BR380675/ JMI

Vår referanse  
200602930

Dato  
27. juli 2007

---

**VEDTAK I KLAGESAK - KONKURRANSETILSYNETS AVGJØRELSE A2006-46 –  
COLOR LINE AS FJORD LINE AS - KONKURRANSELOVENS § 12, JF § 11-  
AVSLAG PÅ ANMODNING OM Å GI PÅLEGG OM OPPHØR**

Fornyings- og administrasjonsdepartementet viser til klage datert 24. juli 2006 fra Fjord Line AS, v/advokat Jon Øyvind Eide Midthjell, over Konkurransetilsynets avgjørelse A2006-46 datert 19. juli 2006. Departementet beklager at klagesaksbehandlingen har tatt lang tid.

**1. SAKENS BAKGRUNN**

Fjord Line AS (Fjord Line) og Color Line AS (Color Line), som eies av Color Group ASA, er begge norsk eide fergerederier som frakter passasjerer og gods mellom Norge og utlandet. Color Line har mellom 60-70 prosent av det samlede fergemarkedet mellom Norge og utlandet, mens Fjord Line har under 10 prosent.

Fjord Line henvendte seg 13. mai 2005 til Konkurransetilsynet etter at Color Line 27. april 2005 satte inn sitt skip "Prinsesse Ragnhild" i en ny rute til Hirtshals i Danmark, fra Bergen via Stavanger. Ruten konkurrerer med Fjord Lines ferger på strekningen Bergen/Haugesund/Egersund – Hanstholm i likhet med Color Lines ferge på strekningen Kristiansand - Hirtshals. Fjord Line hevdet at Color Line holdt meget lave priser på den nye ruten fra Bergen, for å drive Fjord Line ut av markedet og slik gjorde seg skyldig i brudd på konkurranseloven § 11 om utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling ved såkalt predasjon (rovprising). Det ble hevdet at i henhold til Fjord Lines beregninger ville Color Line gå med tap på den aktuelle ruten de fire første driftsårene. Fjord Line mente at dette viser at det ikke foreligger noen forretningsmessig grunn for Color Lines etablering på Vestlandet, og at Color Line har hatt til hensikt å presse Fjord Line ut av markedet.

I avgjørelsen A2006-46 av 19. juli 2006 avslo Konkurransetilsynet Fjord Lines anmodning om å gripe inn da Konkurransetilsynet kom til at den påklagede praksis ikke er i strid med

forbudet i konkurranseloven § 11 mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

I brev av 24. juli 2006 påklaget Fjord Line, v/advokat Jon Øyvind Eide Midthjell, Konkurransetilsynets avgjørelse.

Konkurransetilsynet fant ikke grunn til å omgjøre sin avgjørelse og oversendte klagen til Fornyings- og administrasjonsdepartementet ved brev av 24. september 2006.

## **2. KONKURRANSETILSYNETS VURDERING I A2006-46**

Konkurransetilsynet gir i avgjørelsen en nærmere redegjørelse for sakens faktiske og rettslige sider.

Tilsynet viser til at konkurranseskadelig rovprising kan foreligge dersom et dominerende foretak selger sine produkter med tap. Slik atferd kan lønne seg på sikt fordi det dominerende foretaket kan gjenvinne tapet, etter at konkurrenten har trukket seg ut av markedet<sup>1</sup> eller etter at konkurrenten(e) er disiplinert(e). Det anføres at EF-domstolens og Kommisjonens praksis om konkurranseskadelig underprising under EF/EØS-retten veier tungt ved fastleggelsen av rettstilstanden under konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54.

Denne saken dreier seg om fergetrafikk mellom Norge og Danmark. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at samhandelen er påvirket, og at artikkel 54 kommer til anvendelse.

Tilsynet viser til at sunn priskonkurranse er gunstig og ønskelig i et samfunnsøkonomisk perspektiv og at skillet mellom sunn priskonkurranse og forbudt konkurranseskadelig underprising er nærmere behandlet i praksis fra EF-domstolen, hvor AKZO dommen er sentral.

Følgende er i den forbindelse referert fra dommen:

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

I tillegg er det vist til avgjørelsen i Deutsche Post<sup>2</sup> der Kommisjonen la til grunn at det i den konkrete saken måtte foretas en sammenligning av pris og ytelsesspesifikke merkostnader (summen av variable kostnader og produktspesifikke faste kostnader).

For å bringe på det rene om forholdet mellom Color Lines kostnader og inntekter gir grunn til å anta at det foreligger predasjon, har tilsynet foretatt en omfattende kostnadsanalyse med

---

<sup>1</sup> Se særlig sak C-62/86 AKZO Chemie mot Kommisjonen (AKZO-dommen) og sak C-333/94 Tetra Pak mot Kommisjonen (Tetra Pak II-dommen).

<sup>2</sup> EFT (2001) L 125/127.

nevnte dom som utgangspunkt. Det er pekt på at man i hver enkelt sak må foreta en konkret analyse av relevante inntekter og kostnader.

Når det gjelder inntekter, er tilsynet kommet til at prisen på den enkelte billett (enhetspris), etter tilsynets oppfatning, ikke er ”representativ for Color Lines samlede prisstrategi”. Det kan være rasjonelt å bruke lave priser innenfor enkelte produktgrupper fordi dette bidrar til bedre kapasitetsutnyttelse. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at det er relevant å se hen til ”Prinsesse Ragnhilds” samlede inntekter på den aktuelle fergeruten, ikke bare billettinntektene.

Konkurransetilsynet har på bakgrunn av det foranstående, i kostnadstesten for predasjonsprising/rovprising, vurdert de totale inntektene på fergeruten opp mot de relevante kostnadene over 12 måneder. Tidsperioden er valgt pga. store sesongvariasjoner mht. kundegrunnlag og omsetning.

For kostnadsvurderingen har tilsynet, ”i tråd med de prinsipper som kan utledes av fellesskapspraksis”, benyttet en kostnadstest hvor det vurderes hvilke kostnader som var påvirkbare (eller unngåelige) på beslutningstidspunktet. Tilsynet er i sin gjennomgang av forskjellige kostnadstyper og i kostnadsanalysen i tvil når det gjelder behandlingen av kannibaliseringkostnader, som er tapte inntekter på ruten Kristiansand - Hirtshals på grunn av kundelekkasje til selskapets egen rute Bergen/Stavanger – Hirtshals.

Når det gjelder felleskostnader, uttaler tilsynet at de kan fordeles på to måter: Som ”fullfordelte kostnader der kostnadene fordeles etter fastsatte drivere” eller som ”merfordelte kostnader, der man kun regner de merkostnadene som påløp Color Line på konsernnivå som følge av opprettelsen av den nye ruten.” Tilsynet mener at det ikke er avgjørende for resultatet hvordan felleskostnadene blir fordelt, fordi de er dekket inn uavhengig av hvilket prinsipp som legges til grunn.

Konkurransetilsynet har konkludert med at ”inntektene fra ”Prinsesse Ragnhild” sannsynligvis dekker de fullfordelte kostnadene (og dermed også de merfordelte kostnadene), hvis man ser bort fra kannibaliseringen” og at det ”vil innebære at en like effektiv konkurrent har mulighet til å oppnå lønnsomhet (”like effektiv konkurrent” test)”.

Det heter videre: ”Dersom kannibaliseringkostnadene hensyntas, er det sannsynlig at de relevante inntektene er lavere enn de merfordelte kostnadene (og dermed også lavere enn de fullfordelte kostnadene). Det er imidlertid usikkerhet knyttet til den konkrete beregningen av kannibaliseringkostnadene og således vanskelig å konstatere om Color Line har ofret profitt (”oppofrelses” test). Konkurransetilsynet har under tvil kommet til at Color Line kan anses for å ha ofret profitt.”

Det er ut fra EF-domstolens praksis ikke entydig om det skal anvendes en ”like effektiv konkurrent” test eller en ”oppofrelses” test. Hvis et selskap ikke dekker sine relevante kostnader i ”oppofrelse” testen, kan det være en indikasjon på at selskapet har valgt en predasjonsstrategi: Selskapet ofrer profitt i dag for å oppnå en sterkere markedsstilling i fremtiden og dermed skader forbrukerne. Tilsynet har derfor også vurdert om det foreligger en legitim begrunnelse for handlingen.

Dersom det dominerende foretaket ikke dekker sine relevante kostnader, kan dette ifølge tilsynet ha en legitim begrunnelse ("objective justification") som innebærer at atferden likevel ikke er i strid med forbudet i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54. I foreliggende sak er det relevant å ta hensyn til at det er en ny fergerute som er etablert. Det vil ta noe tid før ruten er innarbeidet, hvilket taler for at inntjeningen i fremtiden kan øke i forhold til i dag. Resultatene for perioden 1. januar til 30. april gir grunn til å tro at resultatet i 2006 og i fremtiden, vil bli bedre enn det første driftsåret. Dette taler for at Vestlandsruten kan bli lønnsom for Color Line selv om det tas hensyn til kannibaliseringkostnadene.

Etter Konkurransetilsynet vurdering er det begrenset fare for tap for forbrukerne i denne saken. I vurderingen er det tatt hensyn til at det kan være i forbrukernes interesse ikke å legge for store begrensninger på et dominerende foretaks mulighet til å introdusere nye produkter.

Tilsynet har ikke ansett det for nødvendig å drøfte og endelig konkludere på hvilke geografiske markeder som saken gjelder, og i tilfelle i hvilket marked Color Line kan være dominerende. Det skyldes at dette ikke er avgjørende for tilsynets konklusjon.

Konkurransetilsynet konkluderer med at "samtlige vilkår for anvendelse av konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 ikke kan anses for å være tilstede i perioden frem til sommeren 2006." Tilsynet antar dermed at § 11 ikke er overtrådt og at det således ikke er grunnlag for å pålegg opphør etter § 12, tredje ledd.

### **3. KLAGEN**

I brev av 24. juli 2006 påklaget Fjord Line, v/advokat Jon Øyvind Eide Midthjell, Konkurransetilsynets avgjørelse A2006-46 av 19. juli 2006.

Fjord Line påberoper seg to hovedgrunnlag for sin klage:

1. Mangelfull begrunnelse for at forbrukerne ikke vil bli skadelidende ved Color Lines påståtte drift med underskudd på ruten Bergen/Stavanger – Hirtshals.
2. Feil lovanvendelse når det gjelder hvilke kostnader som det skal tas hensyn til i det tilsynet kaller "as efficient" testen, og feil lovanvendelse ved vurdering av en eventuell legitim begrunnelse for underprising.

#### **Mangelfull begrunnelse**

Klager anfører at avgjørelsen ikke inneholder avgrensning av det relevante markedet eller vurdering av om Color Line har dominerende stilling. Begge deler er etter klagers oppfatning nødvendig for å vurdere om etableringshindringene er høye.

Videre foreligger det heller ikke noen sannsynlighetsvurdering av om Color Line har elimineringshensikt og mulighet til å lykkes på grunn av sin sterke finansielle stilling. Det hevdes at dette gjør det vanskelig å forstå hvorfor tilsynet mener at forbrukerne ikke vil bli skadelidende. Dersom Color Line har en dominerende stilling og etableringshindringene er høye, og dersom det er sannsynlig at Fjord Line må forlate markedet, og Color Lines behandling av Fjord Line avskrekker andre konkurrenter fra å prøve seg senere, er det etter klagers oppfatning nærliggende at selskapets atferd kan skade forbrukernes interesser.

Den mangelfulle begrunnelsen gjør det også vanskeligere å etterprøve om avgjørelsen bygger på en riktig lovanvendelse. I denne sammenheng er det dessuten vist til at håndhevingen av

EØS-avtalen artikkel 54 krever at departementet må påse at tilsynets begrunnelse er tilstrekkelig til at man kan etterprøve lovanvendelsen.

### **Feil lovanvendelse**

Det hevdes at det er feil når tilsynet legger til grunn at det ikke foreligger rovprising selv om Color Line har tapt mer enn 70 millioner kroner i året på ruten Kristiansand – Hirtshals etter etableringen av den nye ruten. Konkurransetilsynet har ifølge klager konkludert med at Color Lines nye rute ble drevet med tap det siste året og at tapet synes å være omfattende.

På denne bakgrunn mener klager at tilsynets avgjørelse i saken er uklar. Klagers påstand er at dersom det er riktig å benytte oppofrelsestesten, er det nærliggende at Color Line har overtrådt artikkel 54 og konkurranseloven § 11. Det anføres dessuten at tilsynet synes å ha misforstått den såkalte ”as efficient as” testen. Tilsynet har anvendt testen slik at den ikke gir svar på spørsmålet om en like effektiv konkurrent ville valgt å etablere seg i konkurranse med Fjord Line med samme produksjonskapasitet som Color Line har på Sør-/Vestlandet, dvs. både på ruten mellom Kristiansand – Hirtshals og på ruten Bergen/Stavanger – Hirtshals. I så fall blir det spørsmålet om ”en like effektiv konkurrent” ville vært villig til å tape mer enn 70 millioner kroner på å etablere seg på begge rutene. I stedet har tilsynet forutsatt at testen skal svare på om en like effektiv konkurrent ville valgt å etablere seg med samme produksjonskapasitet som Color Line har på ruten Bergen/Stavanger – Hirtshals alene, og da gått med det mindre tapet Color Line har pådratt seg første driftsåret. Tilsynets måte å bruke ”as efficient as”- testen på egner seg ikke til å avgjøre om det dominerende foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres. Det vises for øvrig til at det ikke kan stilles krav om at den dominerende stillingen og misbruket må foreligge i et og samme marked.<sup>3</sup> Konklusjonen påvirkes derfor ikke av om tilsynet avgrenser ett felles eller to ulike markeder i saken, gitt de tette båndene mellom virksomheten i Kristiansand og Rogalandsdistriktet.

Fjord Line mener også at tilsynet feilaktig har holdt 17 millioner kroner av Color Lines drivstoffkostnader utenfor rovprisingstesten. Tilsynet begrunner dette med at bunkersprisen økte etter at beslutningen om opprettelse av den nye ruten ble tatt, og derfor ikke kan anses å være påvirkbare på beslutningstidspunktet. At prisøkningen ikke var kjent på det aktuelle tidspunktet, kan etter klagers oppfatning ikke føre til en konklusjon om at kostnadene var uunngåelige. Color Line kunne unngått kostnadene ved å tilpasse rutetilbudet sitt og/eller billett- og ombordprisene sine da prisøkningen kom.

Endelig anfører klager at tilsynet har misforstått vilkårene for det ulovfestede unntaket for legitime begrunnelser. Klager viser til at læren om legitim begrunnelse er unntak som er tolket restriktivt i rettspraksis og sjeldent kommer til anvendelse. Det er ingen eksempler på at unntaket er benyttet på tilsvarende tilfeller som i denne saken. Bevisbyrden ligger dessuten på Color Line og ikke tilsynet.<sup>4</sup>

Det er vist til Kommissjonens utkast til retningslinjer for anvendelse av artikkel 82 i EF-traktaten der det er gitt to ulike typer unntak under henvisning til legitime begrunnelser; at en konkurransebegrensning er nødvendig for å oppnå et allment samfunnsmessig mål og at underprising settes i verk for å møte konkurranse fra andre. I så tilfelle må tiltaket være forholdsmessig, dvs. både nødvendig og egnet til å oppnå formålet.

<sup>3</sup> Se bl.a. sak C-333/94 (Tetra Pak II)

<sup>4</sup> Se sak T-203/01 (MichelinII) punkt 107-109

Det vises til at det i denne saken ikke foreligger noe grunnlag for den første typen unntak. Argumentet om å møte konkurranse er ikke aktuelt dersom Color Line har hatt elimineringshensikt. Det vises til at det finnes flere indisier på elimineringshensikt: Color Line forsøkte i 1995 og 2002 å overta Fjord Line. Color Line har tapt inntekter på rundt 70 mill. kroner som følge av etableringen av den nye ruten. Tilsynet har imidlertid ikke tatt stilling til om det har vært slik hensikt.

Fjord Line har i tillegg kommentarer til de forutsetninger tilsynet (feilaktig) har lagt vekt på for å anvende unntaket. Det pekes på at tilsynets antagelse om bedret lønnsomhet over tid nettopp er tegn på at selskapet høster frukter av sin predasjon overfor Fjord Line og ikke er resultatet av en vekst i markedet. Det vises til at effekten overfor en finansielt svak aktør vil vise seg raskt. Fjord Line har vært nødt til å begrense kapasitet og kvalitet gjennom å skifte til et mindre og dårligere utrustet skip og legge ned en annen rute samtidig som Color Line har delt ut gratisbilletter til sitt mer attraktive skip.

#### **4. KONKURRANSETILSYNETS KOMMENTARER TIL KLAGEN**

På bakgrunn av konkurranselovens forarbeider og tidligere vedtak fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet, er Konkurransetilsynet av den oppfatning at begrunnelsen ikke er mangelfull. Videre tilbakeviser tilsynet påstanden om skjerpet begrunnelsesplikt fordi Konkurransetilsynet håndhever EØS-avtalen artikkel 54.

##### **Betydningen av dominansvurdering med tilhørende markedsavgrensning**

Konkurransetilsynet understreker at vilkårene i konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen artikkel 54 om utilbørlig utnyttelse og dominerende stilling, er kumulative. Det vises også i denne sammenheng til Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak av 18. september 2006 (Klage fra Ragn-Sells AS på Konkurransetilsynets avgjørelse A2006-40) hvor det er gitt uttrykk for at det ikke er nødvendig å drøfte vilkåret om dominans når det er brakt på det rene at det ikke foreligger noen utilbørlig utnyttelse. Fordi tilsynet kom til at vilkåret om utilbørlig utnyttelse ikke kunne anses for å være oppfylt, var det ikke nødvendig å foreta en dominansvurdering med en tilhørende markedsavgrensning.

##### **Om vurderingen av ”utilbørlig utnyttelse”**

Når tilsynet har anvendt både ”as efficient”- og ”oppofrelses”-testen, er dette ifølge tilsynet for å sikre at man har sett på faktum fra ulike synsvinkler. Det gir ikke alltid rettskildemessig mening å ”velge” den ene testen fremfor den andre. Tilsynet avviser derfor Fjord Line sin påstand om ”at det er en lovanvendelsesfeil at ”as efficient-testen” er konstruert annerledes enn slik Fjord Line måtte foretrekke”.

Tilsynet tilbakeviser påstander om at tilsynet skal ha gitt klager opplysninger om at Color Line ”har gått med underskudd det siste året selv om man trekker fra selskapets oppstartskostnader”, og at kannibaliseringkostnaden overstiger 70 millioner kroner. Tilsynet viser i denne sammenheng til den påklagede avgjørelsen punkt 8.3.6 hvor tilsynet har uttalt at inntektene fra ”Prinsesse Ragnhild” sannsynligvis dekker de fullfordelte kostnadene om man ser bort fra kannibaliseringkostnaden.

Det anføres at Fjord Lines problemformulering vedrørende innholdet i ”as efficient as” testen er egnet til å villed, når Fjord Line spør om en like effektiv konkurrent ville vært villig til ”å tape mer enn 70 millioner kroner på å etablere seg på *begge* rutene”. Dette kan ifølge tilsynet

gi inntrykk av at Color Line har et slikt underskudd, noe som ikke er riktig. Tvert i mot, så går Color Line med et solid samlet overskudd på rutene Bergen/Stavanger – Hirtshals og Kristiansand – Hirtshals.

Tilsynet fastholder at det er relevant å betrakte Color Lines etablering i Bergen som et nytt produkt som det etter en introduksjonsperiode er mulighet for bedre fremtidige resultater for. Det vises også til Kommisjonens diskusjonsnotat om anvendelsen av EF-traktatens artikkel 82 (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 54), hvor introduksjon av nye produkter er berørt i avsnitt 110.<sup>5</sup>

At et selskapet med et lavt prisnivå tvinger andre markedsaktører til å endre sin kapasitet, medfører ikke i seg selv at konkurranseatferden blir lovstridig. Påstanden om at Color Line består kostnadstesten som følge av at de har lyktes med en predasjonsstrategi, bl.a. fordi Fjord Line ble tvunget til å skifte til et mindre attraktivt skip med tap av passasjerer til Color Line som konsekvens, tilbakevises derfor.

## **5. DEPARTEMENTETS VURDERING OG VEDTAK**

Konkurranseloven § 12, første ledd, gir Konkurransetilsynet mulighet til å pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i konkurranseloven § 10 eller § 11, å bringe overtredelsene til opphør.

Når Konkurransetilsynet anvender konkurranseloven § 11 på handlinger som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, skal tilsynet også anvende artikkel 54, jf. EØS-konkurranseloven § 7. Departementet er enig med tilsynet i at artikkel 54 antakelig får anvendelse i saken. Det har imidlertid ikke avgjørende betydning for innholdet/kravet til innhold i tilsynets avgjørelse.

Konkurranseloven § 12, tredje ledd, gir tredjemenn klagerett over avgjørelser som ikke er enkeltvedtak. Når tilsynet avslår å gripe inn etter § 12, første ledd, skal dette begrunnes. Begrunnelsen skal, uavhengig om konkurranseloven § 11 eller EØS-avtalen 54 anvendes, ivareta tredjeparters behov for å få forstå avgjørelsen slik at de har grunnlag for eventuelt å påklage denne. Det betyr at de hovedhensyn som har ført frem til tilsynets konklusjon, skal fremgå.

### **Nærmere om begrunnelsen og lovanvendelsen**

Når Konkurransetilsynet i denne saken skal vurdere om Color Line har drevet med predasjon, er det av stor betydning om det kan bevises at selskapet har gått med tap som følge av at det har etablert seg på ruten Bergen/Stavanger – Hirtshals, og i tilfelle hvor stor del av de relevante kostnadene som dekkes av relevante inntekter fra ruten. Lønnsomhetsvurderingen er avgjørende for om det foreligger presumsjon for predasjon eller ikke. I Akzo-saken sondres det som nevnt mellom to situasjoner: der prisene ikke dekker unngåelige eller variable kostnader og tilfeller der prisene ligger over dette nivået men under totale kostnader. I det første tilfellet er det presumsjon for predasjon, med mindre aktøren kan sannsynliggjøre en objektiv grunn til at det er nødvendig å ta en pris som ikke dekker variable/unngåelige kostnader. Dersom det kan sannsynliggjøres predasjonshensikt og forbrukerskade må det antas at forsvaret uansett ikke er holdbart. I det andre tilfellet er det ikke presumsjon for

---

<sup>5</sup> European Commission DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussel desember 2005.

predasjon. Konkurransemyndighetene har da bevisbyrden for at det foreligger predasjonshensikt.

Tilsynets inntekts- og kostnadsanalyse vil altså være en sentral del av begrunnelsen. De inntekts-/kostnadstestene som kan utledes av rettspraksis og som tilsynet har anvendt i denne saken, er imidlertid hjelpemidler, og det er ikke slik at en av testene nødvendigvis er bedre enn en annen, eller alltid gir et riktig resultat i forhold til om den konkrete atferden er utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.

Tilsynets avgjørelse viser at tilsynet har basert sin konklusjon på en konkret analyse av ruteregnskaper og annet tallmateriale for Color Lines rute fra Bergen, herunder hvilke kostnadsarter som skal vurderes, hvilken tidsperiode som skal legges til grunn når lønnsomheten for Bergen/Stavanger – Hirtshals ruten skal vurderes, hva som skal regnes som produkt(er) og priser og hvilke kostnader og inntekter som skal henføres til perioden. Tilsynet har herunder pekt på at fergedrift like mye er basert på at ombordkjøp genererer inntekter som prisen på den enkelte billett, og det må derfor være de totale inntekter ved fergen som skal holdes opp mot de relevante kostnadene.

Utgangspunktet for tilsynets kostnadsvurdering er knyttet til rettspraksis og Kommisjonens utkast til retningslinjer om unngåelige kostnader ved kapasitetsøkning (kap. 6.2.1., pkt. 108). Det fører til at vurderingstemaet i praksis blir om selskapets inntekter ved den nye fergeruten dekker gjennomsnittlig totale kostnader, herunder også inntektstapet på fergen Kristiansand/Hirtshals. Men samtidig må fergens ytelser kunne betraktes som nye produkter.

Tilsynet har med ovenstående utgangspunkt, som nevnt foran, kommet til at inntekten fra den nye ruten sannsynligvis dekker de fullfordelte relevante kostnadene og dermed også de merfordelte kostnadene ved de nye ruten. Departementet har ikke avgjørende innvendinger mot måten tilsynet har begrunnet dette standpunkt på eller resultatet av analysen. Dette gir således grunn til å anta at Color Line ikke har overtrådt konkurranseloven § 11.

Departementet er imidlertid enig med klager og Konkurransetilsynet i at det er relevant å ta hensyn til at Color Line taper inntekter på ruten Kristiansand – Hirtshals som en følge av at selskapet etablerer seg med en ny rute Bergen/Stavanger – Hirtshals. Etter å ha tatt hensyn til dette inntektstapet, har tilsynet under tvil kommet til at det er sannsynlig at de relevante inntektene er lavere enn de merfordelte kostnadene. Departementet er enig i at det reiser tvil om Color Line likevel har overtrådt § 11.

Det var således grunn for tilsynet til å vurdere nærmere om det forelå en såkalt legitim begrunnelse for drift av ruten med inntekter under gjennomsnittlige unngåelige kostnader. Departementet er imidlertid ikke enig med klager i at tilsynets henvisning til innarbeiding av nye produkter som ”legitim begrunnelse” gir uttrykk for en misforståelse av begrepet.

Tilsynets lovanvendelse og begrunnelse er etter departementets oppfatning forankret i EU-praksis så langt det har latt seg gjøre. Det er relativt få predasjonsavgjørelser i rettspraksis. Departementet har ikke funnet saker med sammenlignbart faktum. Det er etter departementets oppfatning derfor nødvendig å ta utgangspunkt i prinsippene som EF-domstolen har brukt for å innfortolke en innskrenkning i artikkel 82, som innebærer at atferd som i utgangspunktet klassifiseres som et misbruk likevel ikke rammes av forbudet. Da er det relevant å se på om



Color Line ved å opptre på en annen måte kunne gjort etableringen lønnsom allerede det første driftsåret.

I denne saken kan den konkrete etableringen til Color Line betraktes som en kapasitetsøkning for Color Lines allerede eksisterende fergetrafikk, men departementet mener at det er mer nærliggende å betrakte ruten som et nytt produkt siden Color Line etablerte seg på en strekning selskapet ikke tidligere opererte på. Departementet er enig med tilsynet i at det er nødvendig med en introduksjonsperiode for et nytt produkt. Etter departementets oppfatning er det neppe vanlig at prisene for nye produkter i denne perioden reflekterer inntektstapet som følge av at de i en situasjon som den foreliggende fortrenger eksisterende produkter. Et slikt inntektstap vil være uunngåelig fordi kundene vanligvis vil prøve nye produkter på bekostning av allerede eksisterende.

Departementet har i likhet med Konkurransetilsynet kommet til at det er lite sannsynlig at Color Line gjennom sin billettprispolitikk, antall avganger mv. kunne ha drevet sin virksomhet uten tap i perioden før produktet antas å være innarbeidet i markedet. Derimot fremstår det som sannsynlig at inntjeningen på ruten vil bedre seg når den er innarbeidet og at det således kan bli lønnsomt for Color Line å drive ruten selv om en tar hensyn til inntektstapet på ruten Kristiansand – Hirtshals. Tatt i betraktning at tilsynet er i tvil om det er sannsynlig at de relevante inntektene er lavere enn de merfordelte kostnadene, mener departementet at tilsynet kunne legge bort saken på dette grunnlaget.

Kravet til begrunnelse innebærer som nevnt bare at det skal redegjøres for hovedhensyn som har ført frem til en avgjørelse og ikke alle vurderinger som foretatt. Departementet mener likevel at tilsynets vedtak kunne gitt en nærmere vurdering av mulige virkninger for forbrukerne av at Fjord Line eventuelt trekker seg ut av ruten mellom Vestlandet og Danmark. Tilsynet gir i vedtaket uttrykk for at det har foretatt en slik vurdering, men etter departementets syn framgår ikke vurderingen av tilsynets avgjørelse.

Som det fremgår av det ovenstående, har departementet, slik saken er opplyst, ikke avgjørende innvendinger til tilsynets vurdering og konklusjon om at det ikke er sannsynlighetsovervekt for predasjon og at konkurranseloven § 11 og EØS avtalen artikkel 54 dermed ikke er overtrådt.

## **KONKLUSJON**

På bakgrunn av ovennevnte har Fornyings- og administrasjonsdepartementet fattet følgende vedtak:

*Konkurransetilsynets vedtak den 19. juli 2006 opprettholdes. Klage fra Fjord Line AS tas ikke til følge.*

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)  
avdelingsdirektør

Karin Kilset  
seniorrådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet