

Thommessen Krefting Greve Lund  
advokat Siri Teigum  
Postboks 1484 Vika  
0116 OSLO

Deres referanse  
564064/2

Deresreferanse  
200400808-/CER

Dato 14. juni 2004

## **Klage på Konkurransetilsynets vedtak V2003-71 – Inngrep mot SAS-gruppens bedriftskundeavtaler**

### **1. INNLEDNING**

Konkurransetilsynet traff 18. desember 2003 følgende vedtak (V2003-71) i medhold av lov av 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (konkurranseloven) § 3-10:

*Scandinavian Airlines, Braathens ASA og Widerøe's Flyveselskap ASA forbyes, både på egenhånd og gjennom øvrige distribusjonskanaler, å gi sine kunder progressive volumrabatter. Forbudet gjelder på norske innenriksruter.*

*Scandinavian Airlines, Braathens ASA og Widerøe's Flyveselskap ASA forbyes videre, både på egenhånd og gjennom SAS World Sales, å ha og inngå bedriftskundeavtaler som inneholder preferanseklausuler. Forbudet gjelder på norske innenriksruter og på ruter til/fra Norge.*

*Scandinavian Airlines, Braathens ASA og Widerøe's Flyveselskap ASA pålegges ved inngåelse av nye avtaler og ved reforhandling av eksisterende avtaler å innta en klausul om kundene står fritt til å reise med andre selskaper på norske innenriksruter og på reiser til/fra Norge.*

*Vedtaket trer i kraft 1. januar 2004 og gjelder frem til 1. januar 2009.*

Klagefristen ble utsatt etter anmodning fra klager til 22. januar 2004. Advokatfirmaet Thommessen Krefting Greve Lund (Thommessen) har på vegne av SAS-gruppen i brev av 22. januar 2004 klaget over vedtaket.

Konkurransetilsynet utsatte i vedtak av 9. januar 2004 (vedtak V2004-1), etter anmodning fra SAS-gruppen, ikrafttreddelsen av vedtaket til 1. april 2004.

Konkurransetilsynet har etter å ha vurdert klagen ikke funnet grunn til å omgjøre vedtaket, og oversendte 20. februar 2004 saken til departementet for klagesaksbehandling.

## **2. SAKENS BAKGRUNN**

Konkurransetilsynet grep 3. desember 1997 inn mot SAS' og Braathens' bedriftskundeavtaler (da kalt storkundeavtaler) i medhold av konkurranse-loven § 3-10. Konkurransetilsynet forbød i vedtaket SAS og Braathens "å ha og inngå nye avtaler med kunder som inneholder bestemmelser om at selskapet skal prioriteres eller foretrekkes fremfor andre flyselskap som tilbyr bedre betingelser." Vedtaket som skulle ha løpt ut i mars i fjor ble ved Konkurransetilsynets vedtak av 28. mars 2003 forlenget i seks måneder i påvente av at tilsynet kunne foreta en mer fullstendig vurdering av bedriftskundeavtalene.

I brev av 30. september 2003 varslet Konkurransetilsynet SAS-gruppen om at de vurderte å gripe inn mot SAS-gruppens bedriftskundeavtaler. Det varslede vedtaket innebar et forbud mot progressive rabatter på norske innenriksruter og forbud mot preferanseklausuler på innenriksruter og på ruter til/fra Norge. SAS-gruppen ble i tillegg pålagt å formidle til alle som har bedriftskundeavtaler med SAS-gruppen at de står fritt til å reise med andre selskaper både på norske innenriksruter og på reiser til/fra Norge.

## **3. KONKURRANSETILSYNETS VURDERINGER**

### **3.1 Det relevante marked**

Konkurransetilsynet har i flere saker lagt til grunn at lufttransport av passasjerer, på grunn av lange avstander, normalt vil utgjøre et eget produktmarked.

Det går imidlertid et skille mellom forretningsreisende og ferie- og fritidsreisende. For forretningsreisende vil andre transportmidler sjelden være tilfredsstillende substitutter. For ferie- og fritidsreisende vil andre transportmidlers substituerbarhet avhenge av reisens lengde, totale varighet og pris. Konkurransetilsynet har konkludert med at forretningsreisende og ferie- og fritidsreisende tilhører det samme relevante markedet, men at de kan betraktes som to forskjellige grupper innenfor dette markedet. Bakgrunnen for at begge grupper reisende tilhører det samme relevante markedet er at begge etterspør flyreiser mellom to destinasjoner, selv om de kan velge mellom ulike billettyper med forskjellige priser og fleksibilitet. Konkurransetilsynet legger også til grunn at bedriftskundeavtalene vil kunne påvirke konkurransen om alle flypassasjerer, ikke bare de forretningsreisende.

Konkurransetilsynet fastholder også sin oppfatning om at såkalte flaggselskaper og lavkostnadsselskaper inngår i det samme relevante markedet, selv om det kan finnes viktige forskjeller mellom de to typene selskap. Det faktum at bedriftskundeavtalene ofte inngås for hele ruteområder/rutenettet under ett, samt at det i flere avtaler gis rabatt basert på samlet kjøp hos SAS-gruppen, kan tale for å avgrense det relevante markedet til ruteområder, eventuelt SAS-gruppens samlede rutenett. Luftfart er en nettverksnæring, der de ulike delene henger nøye sammen teknisk, økonomisk og markedsføringsmessig. Ofte vil det også være nettverkseffekter på etterspørselssiden. Dette medfører at det ofte ikke er helt dekkende å betrakte hver av de ulike flystrekingene isolert. SAS-gruppens totale rutenett vil være av større betydning ved inngåelse av bedriftskundeavtaler enn når den enkelte reise skal foretas. Når den enkelte reise skal foretas, vil det kunne være riktigere å vurdere hver rute for seg.

Konkurransetilsynet konkluderer på denne bakgrunn med at de relevante markedene normalt vil være lufttransport av passasjerer mellom to destinasjoner. Nettverksdimensjonen fører imidlertid til at det også er nødvendig å vurdere SAS-gruppens ruteområder/-nett samlet.

## **3.2 Beskrivelse av markedet**

### **3.2.1 Markedsstruktur**

Det deregulerte norske innenriksmarkedet for luftfart betjenes av to aktører, SAS-gruppen og Norwegian Air Shuttle AS (Norwegian). Markedet består per 1. september 2003 av 11 konkurranseruter og ca. 50 monopolruter. De fire rutene Norwegian har operert lengst er strekningene mellom Oslo og henholdsvis Stavanger, Bergen, Trondheim og Tromsø.

På ruter til og fra Norge møter SAS-gruppen varierende grad av konkurranse. Markedet kjennetegnes imidlertid av at SAS-gruppen i stor grad konkurrerer mot ulike flyselskaper på de forskjellige rutene. Det er ingen selskaper som har et like stort rutenettverk til/fra Norge som SAS-gruppen.

Det er ingen formelle restriksjoner som hindrer et flyselskap hjemmehørende i et EØS-land i å etablere seg på de konkurranseutsatte norske innenriksrutene eller på ruter til og fra Norge. I de norske innenriksmarkedene er det heller ingen reelle kapasitetsskranker. Det eksisterer imidlertid uformelle etableringshindringer. Dette var bakgrunnen for Konkurransetilsynets vedtak V2002-22 som forbød opptjening av bonuspoeng på SAS-gruppens norske innenriksruter.

## **3.3 Konkurransanalyse**

### **3.3.1 Markedsmakt**

En forutsetning for at en aktør skal kunne opptre konkurransebegrensende er normalt at den har markedsmakt. Med markedsmakt menes en bedrifts evne til, alt annet likt, å kunne gjennomføre en ikke ubetydelig prisøkning uten at dette får merkbar innvirkning på omsatt kvantum.

### **3.3.2 De norske innenriksmarkedene**

SAS-gruppen har, på de fire rutene der Norwegian opprinnelig etablerte seg, en markedsandel på litt over 80 prosent, målt i antall reisende. Norwegian har en noe svakere posisjon på Oslo-Stavanger og Oslo-Tromsø i forhold til Oslo-Bergen og Oslo-Trondheim. Disse fire rutene utgjør omlag 40 prosent av det norske innenriksmarkedet. Uavhengig av om vi vurderer hver rute for seg, eller det norske innenriksmarkedet samlet, har SAS-gruppen en markedsandel som indikerer at gruppen har markedsmakt.

Norwegian har etter dette åpnet åtte nye innenriksruter. SAS-gruppens markedsandel må derfor antas å ha sunket noe i forhold til de ovennevnte tall. Norwegian rutetilbud er imidlertid ikke tredoblet selv om antallet ruter skulle tilsi dette, det gjennomsnittlige antallet daglige avganger har økt fra 34 til 45.

Konkurransetilsynet presiserer at en markedsavgrensning der hver strekning mellom to destinasjoner utgjør et eget relevant marked, ikke betyr det samme som at det kun tas hensyn til point-to-point-trafikken. Tilsynets markedsavgrensning innebærer at indirekte ruter mellom

to destinasjoner også kan inngå i det relevante markedet. De indirekte rutenes substituerbarhet i forhold til direkterutene øker, alt annet likt, i takt med reiselengden. Under enhver omstendighet har SAS-gruppen en markedsandel som indikerer markedsrett, også når en ser point-to-point-trafikken isolert. I tillegg vil mange av passasjerene på de aktuelle rutene ikke ha noe annet valg enn å reise via Oslo når de skal ut av Norge. Selv om Norwegian i all hovedsak kun trafikkerer reisende som ikke skal videre med/kommer fra et annet fly, vil det derfor etter tilsynets vurdering være mest relevant å vurdere hele kundemassen samlet. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at SAS-gruppen fortsatt har en høy markedsandel i de norske innenriksmarkedene.

En høy markedsandel er imidlertid ikke alene avgjørende. Hvorvidt SAS-gruppen kan utnytte markedsrett avhenger blant annet av om det er konkurranse mellom de etablerte aktørene (aktuell konkurranse) og om det er gode etableringsmuligheter for eventuelle nye aktører (potensiell konkurranse). Dersom det ikke foreligger etableringshindringer, vil det normalt ikke foreliggemarkedsrett, eller en eventuell konkurransebegrensende atferd vil gjerne bli kortvarig. Per i dag er Norwegian de reisendes eneste reelle alternativ til SAS-gruppen som leverandør av flyreiser, og dette er begrenset til et fåtall ruter. På de øvrige rutene er SAS-gruppen monopolist.

Det kan være vanskelig både for nye og eksisterende aktører å få innpass hos kunder i et marked der det fra før er en dominerende aktør. SAS-gruppen er et såkalt «nettverksselskap» der driften er organisert gjennom nav-ekte-systemer. Som omtalt over innebærer dette stordrifts- og samproduksjonsfordeler som gir opphav til kostnadsbesparelser. Også når det gjelder kvalitet, vil SAS-gruppen ha et konkurransefortrinn gjennom sin overlegne avgangshyppighet og utvalg av betjente destinasjoner.

Konkurransetilsynet legger til grunn at SAS-gruppen har konkurransefortrinn i form av blant annet sterke merkevarer og et godt utbygd distribusjonsapparat i de norske innenriksmarkedene. Så lenge det kun er konkurranse på et fåtall av rutene, vil uansett store deler av kundemassen være avhengige av SAS-gruppen.

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

Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at det eksisterer etableringshindringer i dette markedet. Det at Norwegian i den senere tid har etablert seg på ytterligere åtte ruter, endrer ikke denne konklusjonen. For det første er tilsynet opptatt av etableringshindringer generelt og vurderer derfor ikke kun situasjonen i forhold til mulighetene til den eksisterende konkurrenten. Videre har Norwegian sine totale tilbud i form av antall avganger ikke økt i like stor grad som antallet nye ruter skulle tilsi. Det synes også vanskeligere å etablere seg i forretningssegmentet enn i ferie- og fritidssegmentet.

Basert på en totalvurdering finner Konkurransetilsynet det ikke tvilsomt at SAS-gruppen har en betydelig markedsrett i det norske innenriksmarkedet for flyreiser.

### 3.3.3 Ruter til og fra Norge

Konkurransetilsynets inngrep mot eneleverandørklausuler omfatter også SAS-gruppens internasjonale ruter til/fra Norge. Da det kan være aktuelt å videreføre dette vedtaket, har tilsynet vurdert SAS-gruppens markedsposisjon også i disse markedene.

Det er ingen andre selskaper enn SAS-gruppen som kan tilby sine tjenester til kunder i Norge i et så stort omfang både på innenriks- og utenriksmarkedet. Blant annet er det kun SAS-gruppen som tilbyr et så omfattende nett av destinasjoner til/fra Norge. Muligheten for bonuspoengopptjening vil også gjøre det lønnsomt for store deler av kundegruppen å velge SAS-gruppen på alle sine internasjonale reiser, fremfor å dele opp reisevolumet mellom flere andre selskaper. Tilsvarende etableringshindringer som på innenriksrutene, finnes også på de internasjonale rutene. Konkurransetilsynet konkluderer med at SAS-gruppen innehar en dominerende stilling også på ruter til/fra Norge.

### 3.3.4 Utgjør bedriftsavtalekundene store og viktige deler av markedet?

For å vurdere de konkurransebegrensende virkningene av bedriftskundeavtalene er det nødvendig å vurdere om de omfatter store deler av kundemassen i det relevante markedet, og om disse kundene er viktige for eksisterende og nye konkurrenter. Konkurransetilsynet har funnet det mest hensiktsmessig å foreta denne vurderingen før eventuelle innlåsingseffekter vurderes.

Rabattskalaene er utformet forskjellig fra kunde til kunde. De noe mindre bedriftene har mulighet til å inngå standardavtaler med SAS-gruppen. Dette innebærer at de fleste forretningskunder i prinsippet har mulighet til å oppnå rabatter. Bedriftsavtalekundene synes å være svært viktige kunder for SAS-gruppen. Disse kundene er viktige for alle selskaper som ønsker å etablere seg, muligens med unntak av rene lavkostnadsselskaper som ikke retter seg mot forretningsreisende i særlig grad.

Konkurransetilsynet finner det ikke tvilsomt at bedriftskundeavtalene omfatter store og viktige deler av kundemassen i det relevante markedet. Konkurransetilsynet mener at bedriftsavtalekundernes andel først og fremst bør vurderes i forhold til volum, da disse kundene nettopp betaler en lavere pris enn øvrige kunder. Ut fra de opplysninger Konkurransetilsynet har fastholder de sin konklusjon om at avtalekundene utgjør en tilstrekkelig stor og viktig del av markedet til at bedriftskundeavtalene begrenser konkurransen i strid med konkurranselovens formål om effektiv ressursbruk.

### 3.3.5 Avtalenes konkurransebegrensende virkninger

#### *Preferanseklausuler*

Konkurransetilsynets vedtak av 3. desember 1997, fornyet i vedtak V2003-16 av 28. mars 2003, forbyr SAS-gruppen å ha avtaler der SAS-gruppen skal foretrekkes fremfor aktører som tilbyr marginalt bedre betingelser. I det følgende finner tilsynet det hensiktsmessig å omtale slike klausuler som preferanseklausuler.

Rabattavtaler som inneholder klausuler som hindrer kundene i å benytte seg av mer konkurransedyktige selskaper, binder opp kundene til SAS-gruppen. Dette vil begrense konkurransen i markedet. Rabattavtaler som inneholder slike klausuler, vil være mer

skadelige jo høyere markedsandel selskapet har, fordi en desto større andel av kundemassen blir utilgjengelig for konkurrentene. Konkurransetilsynet har konkludert med at SAS-gruppen innehar en dominerende stilling i de relevante markedene. Bedriftskundeavtaler med preferanseklausuler vil kunne fungere konkurransbegrensende i forhold til etablerte aktører og som etableringshindre i markedet, fordi både etablerte og nye aktører får færre kunder å konkurrere om. Konkurransetilsynet anser det som svært viktig for konkurransen at andre aktører enn SAS-gruppen har en mulighet til å vinne kunder gjennom å gi et bedre tilbud enn SAS-gruppens. Særlig gjelder dette i et marked som det norske hvor det bare er to konkurrenter, og hvor den ene har betydelig markedsrett. Videre er det viktig at de reisende, også etter avtaleinngåelse, løpende vurderer flere aktørers tilbud enn avtaleselskapets.

I den vurderingen av bedriftskundeavtalene som tilsynet har foretatt, har tilsynet kommet til at også øvrige preferanseklausuler, herunder klausuler som regulerer de tilfeller der andre flyselskaper tilbyr like gode betingelser som SAS-gruppen, vil være egnet til å begrense konkurransen. Bakgrunnen er at slike klausuler er egnet til å heve kundenes terskel for å velge et annet selskap.

På denne bakgrunn kom tilsynet til at det er nødvendig å forby bruken av preferanseklausuler i SAS-gruppens bedriftskundeavtaler. Med preferanseklausuler mener tilsynet enhver form for klausul om at SAS-gruppen skal foretrekkes fremfor øvrige aktører.

For å gjøre det klart overfor kundene at de står fritt til å velge andre flyselskaper, har Konkurransetilsynet pålagt SAS-gruppen å ta inn, ved inngåelse av nye avtaler og reforhandling av eksisterende avtaler, en klausul om at kundene står fritt til å velge hvilket selskap de vil reise med.

### *Volumrabatter*

#### Byttekostnader

Byttekostnader innebærer at det påløper kostnader for en kunde å skifte tilbyder. Dette kan være kostnader i form av tapte rabatter, administrative kostnader knyttet til bestillings- og faktureringsystemer etc. En aktør som påfører sine kunder byttekostnader, kan oppnå at kundene blir mer lojale.

Rabattordninger kan gi slike byttekostnader og dermed virke innlåsende overfor kundene. Følgen av dette kan være at konkurransen i markedet begrenses. Rabattordninger kan virke konkurransbegrensende dersom de har lojalitetsfremmende egenskaper som kan ha en innlåsende virkning overfor kundene, med en derav følgende utestenging av andre aktører.

Volumrabatter gis avhengig av hvor mye kunden kjøper hos den aktuelle leverandøren i løpet av en gitt periode. Slike volumrabatter kan gis enten i form av flate satser eller som progressive rabatter. De progressive rabattene kan igjen gis enten i form av kumulative satser eller intervallsatser. Kumulative satser innebærer at en, ved å krysse grensen for et nytt intervall, får den høyere rabattsatsen for alt kjøp. Med intervallsatser gjelder hver rabattsats innenfor det aktuelle intervallet. I de avtalene tilsynet har fått oversendt, gir SAS-gruppen volumrabatter i form av flate satser samt progressive volumrabatter med intervallsatser. Det er de progressive rabattene som vurderes i vedtaket.

Progressive rabatter kobler reiser sammen. Dette vil gjelde både for intervallrabatter og for kumulative rabatter. Både innenfor den enkelte rute og mellom ulike ruter påvirker kjøp av én reise den samme kundens pris på de øvrige reisene som foretas. Som et eksempel bidrar reisevolum på monopolrutene til at kunden oppnår høyere rabatter også på konkurranserutene. Når SAS-gruppen tilbyr en progressiv intervallsats, vil kundene «starte» med en rabatt hos SAS-gruppen gjennom de flygningene de allerede foretar på monopolrutene. Alt annet likt kommer derfor SAS-gruppens kunder på et høyere rabattnivå på konkurranserutene enn med tilsvarende rabatt hos aktører som kun er etablert på et fåtall ruter, forutsatt at kunden flyr på monopolrutene. Kjøp av reiser hos konkurrenten, per i dag kun Norwegian, vil dermed fortrenge rabatt hos SAS-gruppen. Denne «tapte» rabatten er en byttekostnad. Generelt vil de kumulative rabattene være ytterligere innlåsende, fordi nye, høyere rabattsatser får virkning på hele kundens kjøp av flyreiser. Også med flygninger kun på konkurranserutene vil det derfor lønne seg for kunden å samle alt kjøp hos ett selskap.

For at kundene likevel skal velge å splitte opp kjøpene, må konkurrentene, for å være konkurransedyktige, kompensere med et beløp som tilsvarer byttekostnadene, alt annet likt. Som følge av blant annet nettverksfordeler, må en mindre aktør antakelig i utgangspunktet underby SAS-gruppen for å være konkurransedyktig. Dersom en kunde foretar sine reiser på de konkurranseutsatte rutene med andre flyselskaper fremfor avtalepartneren SAS-gruppen, mister kunden rabatt hos SAS-gruppen både på monopol- og duopolrutene.

Konkurransetilsynets konklusjon er på denne bakgrunn at SAS-gruppens volumrabatter med progressive satser er egnet til å virke innlåsende ved at de kobler prisen på én enkeltreise sammen med prisen på øvrige reiser. Dette gjør det ulønnsomt for kunden å splitte sin kjøp av flyreiser mellom flere aktører. Særlig kan koblingen mellom SAS-gruppens monopolruter og konkurranserutene fungere konkurransebegrensende.

### Søkekostnader

Søkekostnader oppstår når det blir vanskeligere å sammenlikne ulike alternativer i markedet. Søkekostnader kan også oppstå ved at etterspørres motivasjon for å søke i markedet etter alternativer reduseres. Økte søkekostnader kan begrense konkurransen i markedet.

Så lenge endelig pris ikke avgjøres før opptjeningsperiodens utløp, og/eller har innvirkning på fremtidig kjøp, blir det tilnærmet umulig å se hva nøyaktig avtalepris blir. Dette er tilfelle med progressive rabatter. Dette bidrar til å øke bedriftens søkekostnader.

Når først en bedriftskundeavtale er inngått, reduserer den kundens motivasjon for å søke i markedet etter alternativer på reisetidspunkt. I tillegg medfører avtalene økte søkekostnader ved at det blir vanskeligere å sammenlikne ulike alternativer når prisen «kamoufleres». På denne måten fører rabattene til at konkurransen begrenses.

### Konklusjon

Det er på det rene at SAS-gruppens bedriftskundeavtaler fungerer innlåsende og at de omfatter store og viktige deler av markedet. Preferanseklausuler benyttet av en dominerende aktør, som SAS-gruppen, er egnet til å heve terskelen for å velge et annet selskap og kan således fungere innlåsende. Progressive volumrabatter medfører byttekostnader ved at kjøp hos konkurrenter fortrenge rabatt hos SAS-gruppen.

Rabattene kan også ha innlåsende virkninger gjennom økte søkekostnader. Konsekvensen av denne innlåsing er at det blir færre «frie» kunder for konkurrerende selskaper å konkurrere om. Bedriftsavtalekundene må videre anses å utgjøre en stor og viktig andel av kundemassen i det relevante markedet. Dette segmentet er dermed i vesentlig grad avstengt for andre aktører, noe som gjør etablering, ekspansjon og opprettholdelse av tilbud mindre attraktivt både for aktuelle og mulige nye konkurrenter.

Basert på det ovenstående finner Konkurransetilsynet at preferanseklausuler og progressive volumrabatter i SAS-gruppens bedriftskundeavtaler er egnet til å begrense konkurransen.

### **3.4 Samfunnsøkonomisk effektivitet**

For at vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 3-10 skal være oppfylt, er det også nødvendig å vurdere om konkurransebegrensningen er i strid med konkurranselovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. konkurranseloven § 1-1.

#### **3.4.1 Samfunnsøkonomisk effektivitetstap**

Selv om bedriftsavtalekundene til SAS-gruppen i dag har fordeler av rabattsystemet isolert sett, er rabattene samtidig til hinder for mer effektiv konkurranse. Luftfartsmarkedene er allerede svært konsentrerte, og både preferanseklausulene og de progressive volumrabattene er egnet til å virke konkurransebegrensende på en slik måte at de hindrer nyetablering samtidig som de kan lede til en reduksjon i antall aktører i markedet.

Konkurranse mellom flere aktører gir normalt lavere priser, økt kostnadseffektivitet og økte incentiver til å utvikle nye og bedre produkter og produksjons-/distribusjonsmetoder. Uten innlåsende avtaler mellom SAS-gruppen og bedriftsavtalekundene ville kundene få økte incentiver til å velge en annen leverandør av flyreiser enn SAS-gruppen. Et inngrep mot preferanseklausuler og progressive volumrabatter vil lette etableringsmulighetene for nye aktører og samtidig gjøre det enklere for den eksisterende konkurrenten, Norwegian, å få innpass hos kundene.

Konkurransetilsynet finner derfor at preferanseklausuler og progressive volumrabatter i SAS-gruppens bedriftskundeavtaler er egnet til å begrense konkurransen i luftfartsmarkedene og derigjennom til et samfunnsøkonomisk effektivitetstap.

#### **3.4.2 Potensielle effektivitetsgevinster**

For å vurdere om inngrepsvilkårene i krrl. § 3-10 er oppfylt, må Konkurransetilsynet også vurdere om bedriftskundeavtalene medfører samfunnsøkonomiske gevinster som oppveier det samfunnsøkonomiske tapet knyttet til avtalenes konkurransebegrensende virkninger.

Avtaler med volumrabatter kan gjøre det lettere å forutsi etterspørselen og planlegge produksjonen. Dette kan gi effektivitetsgevinster som SAS-gruppen deler med kunden i form av volumrabatter. Kvantumsrabatter basert på sparte kostnader innenfor bestilling, produksjon, pakking, transport, oppgjør etc. vil kunne gi effektivitetsgevinster.

Tjenesteproduksjon skiller seg imidlertid fra vareproduksjon ved at kjøp av store kvanta og lagring er vanskelig, om ikke umulig. Flyreiser kan i aller høyeste grad betegnes som «ferskvarer», et flysete på én avgang kan ikke «lagres» til neste avgang. Videre vil det ofte være vanskelig for kunden å bestille et stort antall reiser samtidig, fordi behovet for ulike reiser oppstår løpende. Mange av de normale kostnadsbesparelsene som ofte oppstår gjennom



bestilling av store kvanta, vil dermed ikke oppstå for flyreiser. Det er derfor trolig lite aktuelt for SAS-gruppen å operere med tradisjonelle kvantumsrabatter i særlig stor utstrekning.

Avtalene vil kunne gi enkelte kostnadsbesparelser knyttet til fakturering. Ved å benytte samlefakturaer kan man oppnå en gevinst fremfor å foreta kjøp og betaling av enkeltreiser. Imidlertid oppgir de fleste store kunder at de ansatte selv belastes reisen på sine kredittkort, for så å få igjen beløpet via ordinære reiseregninger. Det synes derfor ikke som om avtalene bidrar til effektivitetsgevinster av betydning på dette området.

På bestillingssiden kan det oppstå enkelte effektivitetsgevinster både hos SAS-gruppen og hos kundene, knyttet til at noen bedrifter har direkte tilgang til bookingsystemer og individuelt tilpassede bestillingsrutiner. Bestilling via Internett krever ikke at man har bedriftskundeavtale med SAS-gruppen, og effektivitetsgevinster knyttet til dette vil dermed kunne oppnås også uten slike avtaler. Videre er det trolig knyttet utviklingskostnader til slike bookingsystemer, slik at nettoeffekten på kostnadsnivået vil variere. Endelig har SAS-gruppen, med sitt nye distribusjonssystem, allerede differensiert bestillingsgebyrene i forhold til om reisen bestilles på Internett, per telefon eller i skranke hos SAS-gruppen. Tilsynet antar at grunnlaget for rabatter begrunnet ut fra kostnadsbesparelser knyttet til distribusjon/utstedelse av billetter som et minimum er redusert om ikke falt helt bort. Slike effektivitetsgevinster vil i alle tilfeller kunne realiseres slik vedtaket om inngrep er utformet.

### **3.4.3 Konklusjon – samfunnsøkonomisk effektivitet**

Preferanseklausuler og progressive volumrabatter i SAS-gruppens bedriftskundeavtaler er egnet til å begrense konkurransen i luftfartsmarkedene og således lede til et samfunnsøkonomisk tap. På tross av at avtalene medfører enkelte effektivitetsgevinster, for eksempel knyttet til mer forutsigbar etterspørsel, kan tilsynet ikke se at disse er store nok til å veie opp for de konkurransebegrensende virkningene, og derigjennom det samfunnsøkonomiske effektivitetstapet, knyttet til avtalene.

Enkelte av gevinstene kan uansett oppnås uten utstrakt bruk av rabatter. Et inngrep mot preferanseklausuler og progressive volumrabatter vil ikke frata SAS-gruppen mulighet til å inngå bedriftskundeavtaler, slik at gevinstene også kan oppnås etter et slikt inngrep.

### **3.5 Konklusjon**

SAS-gruppen innehar etter tilsynets oppfatning en dominerende stilling både på de norske innenriksrutene og på ruter til/fra Norge. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at preferanseklausuler og progressive volumrabatter i SAS-gruppens bedriftskundeavtaler er egnet til å begrense konkurransen i markedet for flyreiser, fordi de hindrer andre aktører i å opprettholde sine tilbud og gjør ekspansjon/nyetablering vanskelig. Dette gir SAS-gruppen økt mulighet til å utnytte markedsmakt i de norske innenriksmarkedene for lufttransport av passasjerer. På sikt kan ordningene også bidra til å drive konkurrenten ut av markedet, og derigjennom gi ytterligere et samfunnsøkonomisk tap. Det er på denne bakgrunn Konkurransetilsynets konklusjon at preferanseklausuler og progressive volumrabatter i SAS-gruppens bedriftskundeavtaler er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål om effektiv ressursbruk, jf. konkurranseloven § 1-1. Inngrepsvilkårene i konkurranseloven § 3-10 er dermed oppfylt.

## **4. SAS-GRUPPENS KLAGE**

### **4.1 SAS-gruppens hovedinnsigelser**

SAS-gruppen hevder prinsipalt at vedtaket er uforholdsmessig inngripende på grunn av sin varighet og at det heller ikke er tilfredsstillende begrunnet.

Subsidiært hevder klager at forbudet mot progressive volumrabatter er uforholdsmessig. Dessuten mangler Konkurransetilsynet jurisdiksjon vedrørende preferanseklausuler på ruter til/fra Norge, og forbudet mot preferanseklausuler er uansett uforholdsmessig inngripende på de ruter til/fra Norge hvor SAS-gruppen ikke er dominerende. I tillegg hevder klager at Konkurransetilsynets markedsavgrensning ikke er korrekt.

### **4.2 Vedtaket som sådan er uforholdsmessig inngripende**

Klager viser til at vedtakets ikrafttredelse er 1. april mens konkurranse-loven § 3-10 som vedtaket er truffet i medhold av, oppheves 1. mai i forbindelse med ikrafttredelsen av ny konkurranselov. Vedtaket er videre gitt en varighet på 5 år. Den nye konkurranse-loven inneholder ingen inngrepsbestemmelse tilsvarende § 3-10, men et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling tilsvarende forbudet i EF-traktaten artikkel 82/EØS-avtalen artikkel 54.

Klager hevder at forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i den nye konkurranse-loven § 11 vil ha en snevrere rekkevidde enn § 3-10, blant annet slik at det ikke er tilstrekkelig at bedriftskundeavtalene er *egnet* til å hindre etablering, men at det må påvises at de enten har dette som formål eller faktisk virker etableringshindrende. Selv om Konkurransetilsynet kan treffe vedtak etter konkurranse-loven av 1993 frem til den blir avløst av ny lov, er det ikke forsvarlig av tilsynet å la være å vurdere om bedriftskundeavtalene også rammes av den nye loven. I tillegg fremstår det som uforholdsmessig inngripende at tilsynet treffer et vedtak med 5 års varighet kun uker før den nye loven trer i kraft. Dette medfører at SAS-gruppen står i fare for å komme i en situasjon hvor dens lovlige markedsadferd under den nye loven begrenses i neste 5 år, fordi Konkurransetilsynet hadde hjemmel til å gripe inn mot denne adferden i den gamle loven. Dette vil også medføre negativ forskjellsbehandling av SAS-gruppen i forhold til andre foretak som behandles etter den nye loven.

På denne bakgrunn fastholder SAS-gruppen at vedtakets varighet må begrenses til 1. juli 2004.

### **4.3 Forbudet mot progressive volumrabatter er uforholdsmessig inngripende**

Selv om det ikke skulle være grunnlag for å begrense varigheten av vedtaket som sådan, er det uansett grunnlag for å begrense vedtakets omfang og varighet for så vidt gjelder forbudet mot bruk av progressive volumrabatter på norske innenriksruter. Klager hevder at progressive volumrabatter som ikke er kumulative, og som ikke har kostnadmessig ubegrunnede store trappetrinn, ikke kan forbys.

Når det gjelder varigheten av vedtaket, fremholder klager at det er høyst usikkert, blant annet på bakgrunn av praksis fra Kommisjonen og svenske konkurransemyndigheter, om progressive volumrabatter som er økonomisk begrunnet, vil være i strid med forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Klager viser til brev til Konkurransetilsynet av

20. oktober 2003 hvor klager fremholder at det ikke er forsvarlig å se på rutenettet som sådan, men at analysen må ta utgangspunkt i de enkelte bypar som betjenes.

Vedtaketets varighet må på denne bakgrunn begrenses til 1. juli 2004.

#### **4.4 Forbudet mot preferanseklausuler – manglende jurisdiksjon og uforholdsmessighet**

Klager hevder at Konkurransetilsynets vurdering av SAS-gruppens markedsrett på ruter til/fra Norge ikke er korrekt. SAS-gruppen aksepterer at de kan være dominerende på enkelte ruter. Dette medfører ikke at Konkurransetilsynet har jurisdiksjon til å gripe inn mot disse rutene, jf. konkurranseloven § 1-5, da det ikke er godtgjort at konkurransen på disse rutene er egnet til å ha virkning for konkurransen i Norge.

Dersom klager ikke skulle få medhold i jurisdiksjonsspørsmålet, tilsier SAS-gruppens markedsandeler at selskapet uansett ikke kan anses som dominerende på øvrige internasjonale ruter til/fra Norge. Bruk av preferanseklausuler på ruter hvor SAS-gruppen ikke er dominerende vil ikke rammes av forbudet i den nye konkurranseloven §11. Det vil derfor være klart uforholdsmessig å forby slike klousuler frem til 2009. Vedtakets varighet må derfor begrenses til 1. juli 2004.

Klager har videre i brev til Arbeids- og administrasjonsdepartementet av 3. mars 2004 kommet med innsigelser mot Konkurransetilsynets vurderinger i oversendelsesbrevet av 20. februar 2004. Klager fremholder at Konkurransetilsynets vedtak er utilstrekkelig begrunnet for så vidt gjelder konklusjonen om markedsrett på ruter til/fra Norge. Det er ikke tilstrekkelig for å begrunne en påstand om at SAS-gruppen har markedsrett å vise til at selskapet er et nettverksselskap slik Konkurransetilsynet gjør.

## **5. DEPARTEMENTETS VURDERINGER**

### **5.1 Videre fremstilling**

Departementet vil først behandle klagers anførsler mot forbudet mot henholdsvis progressive volumrabatter og preferanseklousuler innenlands samlet under punkt 5.2 og forbudet mot preferanseklousuler på ruter til/fra Norge i punkt 5.3. Innsigelsene mot vedtakets varighet og forholdet mellom konkurranseloven av 1993 § 3-10 og forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i den nye konkurranseloven §11 vil bli behandlet samlet under punkt 5.4.

### **5.2 Forbudet mot preferanseklousuler og progressive volumrabatter innenlands**

#### **5.2.1 Konkurranseloven § 3-10**

I følge konkurranseloven § 3-10 kan Konkurransetilsynet gripe inn mot ”vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å påvirke konkurransen i strid med formålet i loven § 1-1” som er ”å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse.” Dette omfatter blant annet vilkår, avtaler og handlinger som kan:

- a) opprettholde eller styrke en dominerende stilling i et marked ved hjelp av konkurransehennende metoder, eller

- b) begrense kunders valg, fordyre produksjon, distribusjon eller omsetning, stenge konkurrenter ute eller nekte forretningsforbindelse eller medlemskap i sammenslutninger.

### 5.2.2 Progressive volumrabatter – etableringshindrende virkninger

Konkurransetilsynets forbud mot progressive volumrabatter gjelder kun på innenlands flyruter i Norge. Forbudet mot preferanseklausuler gjelder derimot både innenlands og på ruter til og fra Norge.

Departementet slutter seg til Konkurransetilsynets avgrensning av det relevante marked til i utgangspunktet å være lufttransport av passasjerer mellom to destinasjoner. Departementet er videre enig i at det for bedriftskundeavtaler, som ofte inngås for hele ruteområder/rutenett, vil være nødvendig å ta hensyn til SAS-gruppens rutenett under ett.

På det norske innenlandske luftfartsmarkedet er SAS-gruppen, på tross av Norwegians' inntreden, fortsatt den dominerende aktør. Dette fremkommer klart av de opplysninger Konkurransetilsynet har innhentet i saken, og er så vidt departementet kan se heller ikke bestridt av klager.

Rabattordninger som premierer kunder som samler hele eller store deler av sine innkjøp hos en leverandør, vil kunne ha en innelåsende effekt som dermed medfører utestengning av andre leverandører. Progressive volumrabatter medfører at kunden oppnår høyere rabatt jo større andel av sine innkjøp han samler hos den enkelte leverandør. Progressive rabatter kobler reiser sammen ved at kjøp av én reise påvirker den prisen kunden må betale på øvrige reiser i rutenettet. Dette medfører også at kunder som reiser på strekninger hvor SAS-gruppen er eneste tilbyder, vil ha incentiv til å velge SAS-gruppen også på de strekningene hvor det er konkurranse.

Progressive volumrabatter medfører at kunden ved å velge et annet selskap på konkurranserutene, påføres en byttekostnad i form av tapt rabatt hos SAS-gruppen. Dette tvinger konkurrenter til å sette sine priser så lavt at det minst kompenserer for den tapte rabatten.

Progressive rabatter medfører videre at kunden når han skal inngå bedriftskundeavtale for en rute, tar flyselskapenes øvrige rutenett med i vurderingen ved valg av selskap, forutsatt at det er flere selskaper som opererer på ruten. Konkurransen foregår således ikke lenger bare på enkeltruter. Dette medfører en fordel for dominerende aktører med stort rutenett i forhold til mindre aktører. Det fører også til at SAS-gruppen kan bruke de rutene hvor det ikke er konkurranse til å forsterke sin dominans på de konkurranseutsatte rutene. Dette gjør det vanskeligere for konkurrenter å etablere seg på enkeltruter og begrenser således konkurransen. Mindre aktører som konkurrerer på enkeltruter, tvinges gjennom dette til å tilby enda større rabatt per reise som kompensasjon. Dette gir de små aktørene lavere inntekter per passasjer relativt sett, og gjør det enda vanskeligere å være konkurransedyktig i forretningssegmentet på de enkeltrutene selskapene trafikkerer.

Progressive volumrabatter vil videre kunne føre til at det blir vanskeligere å sammenligne priser. Dette fordi endelig pris først fremkommer når opptjeningsperioden er omme, samt at det enkelte kjøp influerer prisen på senere innkjøp fra samme leverandør. Det blir derfor

vanskelig for kunden, i innkjøpsøyeblikket, å se om avtalepartnerens tilbud er konkurransedyktig i forhold til konkurrentenes ordinære og eventuelle avtalefestede priser. I tillegg vil progressive volumrabatter kunne redusere kundens motivasjon til å sjekke andre aktørers tilbud. Dette virker ytterligere konkurransebegrensende.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet slutter seg således til Konkurransetilsynets vurdering av at progressive volumrabatter er egnet til å virke innelåsende ved at de kobler prisen på den enkelte reiser sammen med prisen på øvrige reiser. Dette gjør det ulønnsomt for kunden å dele sine innkjøp på flere flyselskaper. Særlig vil koblingen mellom de ruter hvor SAS-gruppen er eneste tilbyder og de rutene hvor det er konkurranse kunne virke konkurransebegrensende.

### 5.2.3 Preferanseklausuler – innenlands

Konkurransetilsynets vedtak av 3. desember 1997, fornyet i vedtak V2003-16 av 28. mars 2003, forbyr SAS-gruppen å ha avtaler der SAS-gruppen skal foretrekkes fremfor aktører som tilbyr marginalt bedre betingelser. Vedtak V2003-16 ble kun gitt varighet i seks måneder fordi tilsynet ønsket å foreta en mer omfattende vurdering av bedriftskundeavtalene.

Rabattavtaler som inneholder klausuler som hindrer kundene i å benytte seg av mer konkurransedyktige selskap, binder opp kundene til SAS-gruppen. Dette vil begrense konkurransen i markedet. Skadevirkningene blir større der det er en dominerende aktør som opererer med preferanseklausuler, fordi dette medfører at en stor del av potensielle kunder blir bundet opp til en aktør og dermed utilgjengelige for andre aktører. Departementet har ovenfor konkludert med at SAS-gruppen er den dominerende aktøren i det norske flymarkedet.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at det er svært viktig for konkurransen at andre aktører enn SAS-gruppen gis mulighet til å vinne kunder ved å gi et bedre tilbud enn SAS-gruppens. Særlig gjelder dette i et marked som det norske hvor det bare er to konkurrenter, og hvor den ene har betydelig markedsrett.

Siden bedriftskundene utgjør en stor og viktig kundegruppe, er det også viktig at disse vurderer andre aktørers tilbud, også etter at det er inngått bedriftskundeavtale med SAS-gruppen.

I vedtak V2003-16 skrev Konkurransetilsynet at dersom kundene kunne kjøpe flyreiser av andre, hvis de etter kundenes vurdering har et marginalt bedre tilbud, vil dette redusere avtalenes innlåsende virkninger og sannsynligvis redusere avtalenes konkurransebegrensende virkninger. På denne bakgrunn forbød Konkurransetilsynet SAS-gruppen å operere med klausuler som innebærer at SAS-gruppen skal prioriteres fremfor selskaper som tilbyr bedre betingelser.

I den vurderingen av bedriftskundeavtalene som Konkurransetilsynet nå har foretatt, har tilsynet kommet til at også øvrige preferanseklausuler, herunder klausuler som regulerer de tilfeller der andre flyselskaper tilbyr like gode betingelser som SAS-gruppen, vil være egnet til å begrense konkurransen. Bakgrunnen er at slike klausuler er egnet til å heve kundenes terskel for å velge et annet selskap. Med preferanseklausuler mener tilsynet enhver form for klausul om at SAS-gruppen skal foretrekkes fremfor øvrige aktører. På denne bakgrunn har tilsynet kommet til at det er nødvendig å forby bruken av preferanseklausuler i SAS-gruppens bedriftskundeavtaler. Departementet slutter seg også her til Konkurransetilsynets vurderinger.

#### 5.2.4 Avveining av de samfunnsøkonomiske gevinster og tap ved et inngrep

Det er et vilkår for å gripe inn etter konkurranseloven § 3-10 at de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene ved et eventuelt inngrep overstiger det samfunnsøkonomiske effektivitetstap inngrepet måtte medføre. Vurderingen beror på skjønnsmessig helhetsvurdering i det enkelte tilfelle.

Departementet slutter seg til Konkurransetilsynet i at progressive volumrabatter er til hinder for mer effektiv konkurranse i det norske luftfartsmarkedet. Luftfartsmarkedene er allerede svært konsentrerte, og både preferanseklausulene og de progressive volumrabattene er egnet til å virke konkurransebegrensende på en slik måte at de hindrer nyetablering og i verste fall kan lede til en reduksjon i antall aktører i markedet.

Det er i samsvar med alminnelig økonomisk teori at økt konkurranse gir lavere priser, økt kostnadseffektivitet og økte incentiver til å utvikle nye og bedre produkter og produksjons-/distribusjonsmetoder. Uten innlåsende avtaler mellom SAS-gruppen og bedriftsavtalekundene vil disse få økte incentiver til å velge en annen leverandør av flyreiser. Et inngrep mot preferanseklausuler og progressive volumrabatter vil derfor gjøre det lettere for nye aktører å etablere seg og samtidig øke mulighetene for den eksisterende konkurrenten, Norwegian, til å konkurrere også om bedriftskundene.

For å vurdere om inngrepvilkårene i konkurranseloven § 3-10 er oppfylt, må det også vurderes hvorvidt bedriftskundeavtalene medfører samfunnsøkonomiske gevinster som oppveier det samfunnsøkonomiske tapet knyttet til avtalenes konkurransebegrensende virkninger.

Avtaler med volumrabatter kan gi effektivitetsgevinster ved å gjøre det lettere å forutsi etterspørselen og planlegge produksjonen. Disse gevinstene kan SAS-gruppen dele med kunden i form av volumrabatter. Kvantumsrabatter basert på sparte kostnader innenfor bestilling, produksjon, pakking, transport, oppgjør etc. vil kunne gi effektivitetsgevinster. Departementet kan imidlertid ikke se at dette i noen større grad er tilfelle i denne saken og slutter seg til Konkurransetilsynets vurdering av at bedriftskundeavtalene ikke medfører samfunnsøkonomiske gevinster som oppveier det samfunnsøkonomiske tapet knyttet til avtalenes konkurransebegrensende virkninger.

#### 5.2.5 Konklusjon

SAS-gruppen har etter departementets vurdering en dominerende stilling på de norske innenriksrutene. Det er videre departementets oppfatning at preferanseklausuler og progressive volumrabatter i SAS-gruppens bedriftskundeavtaler vil kunne begrense konkurransen i markedet for flyreiser ytterligere, fordi slike klausuler gjør det vanskeligere for andre aktører både å opprettholde eksisterende tilbud og å ekspandere ytterligere. Preferanseklausuler og progressive volumrabatter vil også gjøre det enda vanskeligere for potensielle konkurrenter å etablere seg i markedet. Dette gir SAS-gruppen økt mulighet til å utnytte sin markedsrett i de norske innenriksmarkedene for lufttransport av passasjerer. På sikt kan ordningene også bidra til å drive konkurrenten ut av markedet, og derigjennom gi ytterligere et samfunnsøkonomisk tap.

Departementet kan heller ikke se at det i denne saken foreligger noen effektivitetsgevinster som oppveier det samfunnsøkonomiske effektivitetstapet.

Departementet slutter seg på denne bakgrunn til Konkurransetilsynets konklusjon om at preferanseklausuler og progressive volumrabatter i SAS-gruppens bedriftskundeavtaler er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål om effektiv ressursbruk, jf. konkurranseloven (1993) § 1-1. Inngrepsvilkårene i konkurranseloven § 3-10 er dermed oppfylt.

### **5.3 Forbudet mot preferanseklausuler på reiser til og fra Norge**

#### **5.3.1 Konkurranselovens stedlige virkeområde og markedsmakt**

Konkurransetilsynet har forbudt bruk av preferanseklausuler i bedriftskundeavtaler også på ruter til/fra Norge.

Klager hevder at Konkurransetilsynets vurdering av SAS-gruppens markedsmakt på ruter til/fra Norge ikke er korrekt. Klager aksepterer at SAS-gruppens på enkeltruter ruter til/fra Norge har markedsandeler som indikerer markedsmakt. Dette medfører imidlertid ikke at Konkurransetilsynet uten videre har jurisdiksjon, da Konkurransetilsynet ikke har godtgjort at konkurransen på disse rutene er egnet til å ha virkning for konkurransen i Norge. Uansett kan ikke SAS-gruppen anses som dominerende på andre internasjonale ruter til/fra Norge. Klager viser her til en rekke eksempler på SAS-gruppens markedsandeler på ruter til/fra Norge.

Konkurransetilsynet har i sitt oversendelsesbrev av 20. februar 2004 imøtegått klagers innsigelser. I følge Konkurransetilsynet er markedsandeler kun én av de faktorer som spiller inn når tilsynet vurderer om en aktør har markedsmakt. Konkurransetilsynet har lagt betydelig vekt på at SAS-gruppen er et såkalt "nettverksselskap". SAS-gruppen er den eneste aktøren som tilbyr flytjenester i så stort omfang både innenlands og på ruter til/fra Norge.

Departementet er usikker på hva klager mener når det anser at Konkurransetilsynet ikke har jurisdiksjon til å gripe inn mot preferanseklausuler på ruter til/fra Norge. Forutsatt at vilkårene i konkurranseloven § 3-10 er oppfylt er det vanskelig å se at dette ikke skulle ha virkning på konkurransen i Norge.

Departementet er imidlertid enig i at Konkurransetilsynets vedtak ikke i tilstrekkelig grad begrunner at SAS-gruppen generelt har dominerende stilling på ruter til og fra Norge og i tilfelle at en preferanseklausul i bedriftsavtalene er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål. Departementet er enig med tilsynet i at SAS-gruppens sterke stilling på det norske marked og gode nettverk for ruter til og fra Norge også kan innebære en konkurransefordel ved konkurransen om kunder som flyr til og fra utlandet. På flere av utenlandsrutene er det imidlertid flere konkurrenter som til dels også har egne nettverk. Det har også i de senere år skjedd nyetablering. På disse rutene må det etter departementets oppfatning derfor foretas en mer grundig vurdering av SAS-gruppens markedsposisjon for å kunne konstantere at gruppen er dominerende, og det må også vurderes nærmere om en hver form for preferanseklausuler vil ha konkurransebegrensende virkning.

#### **5.3.2 Konklusjon**

Departementet anser at Konkurransetilsynets forbud mot preferanseklausuler på reiser til/fra Norge ikke er tilstrekkelig begrunnet og opphever derfor denne delen av vedtaket.

Departementet vil understreke at dette ikke medfører at preferanseklausuler på disse rutene er tillatt. Konkurranseloven § 3-10 er som kjent avløst av et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i den nye konkurranseloven § 11. SAS-gruppen må derfor selv vurdere om de har dominerende stilling på noen/alle ruter til og fra Norge og om deres avtaler i så utgjør en utilbørlig utnyttelse av denne markedsposisjonen. Konkurransetilsynets vurdering gjør at selskapet har grunn til å vise særlig aktpågivenhet i denne henseende.

Dersom Konkurransetilsynet skulle anse at det kreves særlige tiltak for å sikre etterlevelse av forbudet i § 11, kan tilsynet eventuelt treffe vedtak etter konkurranseloven (2004) § 12 om opphør av ulovlig adferd. Dette pålegget kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør.

#### **5.4 Vedtakets varighet**

Konkurransetilsynet har gitt vedtaket varighet til 1. april 2009. Klager hevder at dette er uforholdsmessige fordi vedtaket ble fattet kun kort tid før konkurranseloven § 3-10 ble opphevet og den nye konkurranseloven ikke inneholder en tilsvarende inngrepshjemmel.

Konkurranseloven (1993) § 3-10 er avløst av den nye konkurranseloven § 11 som forbyr utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Klager hevder at det nye forbudet har en snevrere rekkevidde enn § 3-10, og at det er grunn til å tro at de avtaleklausuler vedtaket retter seg mot ikke vil være forbudt etter den nye loven. Klager hevder videre at Konkurransetilsynet ikke har påvist at de forbudte klausulene har til formål eller virkning å begrense konkurransen, kun at de er egnet til å begrense konkurransen og at dette ikke er tilstrekkelig til å konstatere overtredelse av § 11. Konkurransetilsynet har i sitt brev til departementet av 20. februar 2004 i forbindelse med oversendelsen av klagen, anført at de forhold som tilsynet har grepet inn mot, også vil være i strid med den nye konkurranseloven § 11 og at det således ikke er grunn til å fravike den alminnelige praksis med å gi vedtak en varighet på 5 år.

Arbeids- og administrasjonsdepartementet er enig med Konkurransetilsynet i at det ikke er grunnlag for å si at § 3-10 går lenger enn den nye loven § 11 selv om det etter § 3-10 er tilstrekkelig at de forhold det gripes inn mot er "egnet" til å begrense konkurransen. Praksis fra EF-domstolen viser at det, for å konstatere overtredelse av artikkel 82, er tilstrekkelig å påvise at den adferd det gripes inn mot, er i stand til å begrense konkurransen<sup>1</sup>. De uttalelser klager viser til i forarbeidene til den nye loven, gjelder hovedsakelig at § 3-10, i motsetning til forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, ikke krever at det foreligger markedsrett, selv om kontroll med misbruk av markedsrett utvilsomt var hovedformålet med bestemmelsen.

Departementet vil først slå fast at i følge den nye konkurranseloven § 33 annet ledd gjelder enkeltvedtak i medhold av konkurranseloven av 1993 i den tid som er fastsatt i vedtaket eller til de blir endret eller opphevet. Det er således ikke noe formelt i veien for å gi vedtaket varighet frem til 2009 slik Konkurransetilsynet har gjort. Imidlertid er departementet enig i at det ville være lite rimelig å gripe inn mot avtaleklausuler med hjemmel i § 3-10 like før bestemmelsen ble opphevet og gi vedtaket 5 års varighet, dersom avtaleklausulene ikke i strid med den nye loven.

---

<sup>1</sup> Case T-203/1, Michelin v. Commission, 30. september 2003.(Michelin II) særlig pkt. 239. Case T-219/99 British Airways v. the Commission, 17. desember 2003



Den nye konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å utnytte sin markedsposisjon på en utilbørlig måte. Virkeområdet for § 11 er i hovedsak sammenfallende med § 3-11, selv om det etter § 3-11 ikke er noe uttalt vilkår om markedsrett for at Konkurransetilsynet skal kunne gripe inn. Den største forskjellen mellom bestemmelsene er at § 11 er en forbudsbestemmelse som gjelder direkte uten at det må treffes noe vedtak fra Konkurransemyndighetenes side. Forutsetningen i den nye loven er således at det er foretakene selv som må vurdere om de har en slik markedsposisjon, at forbudet kommer til anvendelse, og i så fall om deres adferd innebærer utilbørlig utnyttelse av denne posisjonen i strid med loven.

Departementet har ovenfor konkludert med at vilkårene for å gripe inn mot preferanseklausuler og progressive volumrabatter i SAS-gruppens bedriftskundeavtaler er oppfylt når det gjelder innenlands flyreiser. Dette fordi SAS-gruppen har en dominerende stilling i markedet og disse avtaleklausulene er egnet til å begrense konkurransen i strid med konkurranselovens formål om samfunnsøkonomisk effektivitet. Dette er etter departementets vurdering tilstrekkelig også for å konstatere overtredelse av den nye konkurranseloven § 11.

En fordel med et forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, i motsetning til en inngrepshjemmel, er at forbudbestemmelsen er mer dynamisk og vil ta hensyn til endringer i markedsforholdene. Å fatte et inngrep med hjemmel i § 3-10 var en omstendelig prosess som tok lang tid. Den adferd det var aktuelt å gripe inn mot, var tillatt frem til et eventuelt inngrep trådte i kraft. Dersom markedsforholdene endret seg slik at det ikke lenger var grunnlag for inngrepet, måtte tilsynet i utgangspunktet endre eller oppheve vedtaket, eventuelt etter anmodning fra partene. Det nye forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling gjelder imidlertid uten forutgående vedtak fra konkurransemyndighetenes side, og det er i utgangspunktet opp til foretakene selv å vurdere om de har markedsrett og om deres adferd i så fall er i overensstemmelse med loven.

I et marked hvor det skjer raske og omfattende endringer, slik som i luftfartsmarkedet, ser departementet det som uheldig å treffe vedtak med så lang varighet som 5 år. Dersom markedsforholdene skulle endre seg, ville det være uheldig å komme i en situasjon hvor SAS-gruppens markedsadferd begrenses utover det som følger av den nye loven i hele 5 år.

Departementet ser imidlertid at Konkurransetilsynet vil ha behov for noe tid til å vurdere behovet for eventuelle vedtak etter den nye loven. Vedtakets varighet settes derfor til 2 år fra ikrafttredelsestidspunktet.

## 6. VEDTAK

AAD har på denne bakgrunn truffet følgende vedtak:

*Konkurransetilsynets vedtak V2003-71 av 18. desember 2003 jf. vedtak V2004-1 av 9. januar 2004 opprettholdes med unntak av de deler av inngrepet som retter seg mot reiser til/fra Norge. For så vidt gjelder reiser til/fra Norge oppheves vedtaket.*

*Forbudet mot progressive volumrabatter og preferanseklausuler på innenriksruter samt pålegget om å innta en klausul om at kundene står fritt til å reise med andre selskaper på norske innenriksruter, gjelder frem til 1. april 2006.*

Med hilsen

Jan A. Halvorsen (e.f.)  
ekspedisjonssjef

Christina Erichsen  
rådgiver

Kopi: Konkurransetilsynet