

# ØKONOMISK ANALYSE I OSLO TINGRETT I SAS/COAST AIR SAKEN

---

AV

*PROFESSOR LARS SØRGARD<sup>1</sup>*  
*NORGES HANDELSHØYSKOLE OG BECCLE*

## *Et sammendrag:*

I denne artikkelen drøftes Oslo tingretts dom vedrørende mulig rovprising av SAS på strekningen Oslo-Haugesund, en mulig overtredelse av konkurranseloven § 11 sitt forbud mot misbruk av en dominerende stilling. Først gjengis rettspraksis fra EU angående denne typen misbruk av dominans, og dernest drøftes det hvordan retten behandlet spørsmålet om misbruk i form av mulig rovprising. Det argumenteres for at retten avvek fra rettspraksis i EU, ved å ta en helhetlig tilnærming i stedet for å benytte den todelte testen som er i tråd med Akzo-dommen. Dette medførte at rettens tilnærming i realiteten var forbundet med store svakheter vurdert ut fra en økonomisk tilnærming til problemstillingen.

---

<sup>1</sup> Jeg gjør oppmerksom på at jeg jobbet i Konkurransetilsynet som sjeføkonom da de fattet vedtak i denne saken, og var Statens vitne i rettsaken i Oslo tingrett.

## 1. EN INTRODUKSJON

I mai 2004 ble det innført en ny konkurranselov i Norge. Det var fra dette tidspunkt forbudt i henhold til § 11 i konkurranseloven for et dominerende foretak å misbruke sin dominerende stilling. Den norske bestemmelsen er tilnærmet en ordrett gjengivelse av tilsvarende bestemmelse i EU, og det gjorde det mulig å bygge direkte på de erfaringer som var høstet gjennom rettspraksis i EU. Konkurransetilsynet fikk myndighet til å ilegge bedrifter gebyr for overtredelse av denne bestemmelsen. Første gang denne bestemmelsen ble prøvd for norsk rett var i Oslo tingrett mai 2006. Bakgrunnen var at SAS hadde anket Konkurransetilsynets vedtak fra juni 2005 om å gi SAS et overtredelsesgebyr på NOK 20 millioner kroner for å ha misbruke sin dominerende stilling.<sup>2</sup>

Konkurransetilsynet mente at SAS hadde misbrukt sin dominans ved å sette så lave priser på strekningen Oslo-Haugesund at Coast Air ble tvunget til å trekke seg ut fra denne ruten. Denne typen misbruk er kalt for rovprising, og det eksisterer en relativt omfattende rettspraksis i EU. En såkalt AKZO-test er helt sentral i rettspraksis, og den er utledet fra økonomiske modeller.

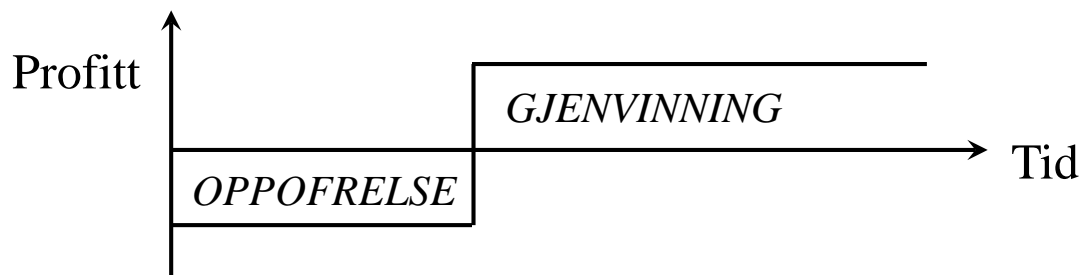
I denne artikkelen vil jeg først forklare kort den økonomiske begrunnelsen for den testen som anvendes i rettspraksis i EU, og deretter forklare hvordan denne rettspraksis ble tatt hensyn til – eller rettere sagt ikke tatt hensyn til – i dommen fra Oslo tingrett. Til slutt gir jeg noen avsluttende kommentarer, og spør blant annet hvordan vi kan sikre at den type dommer med stort innslag av økonomiske vurderinger har en høy kvalitet.

---

<sup>2</sup> Angående Konkurransetilsynets vedtak, se V2005-9 av 6. juni 2005. Angående saken i Oslo tingrett, se sak SAS AB mot Staten v/Konkurransetilsynet i Oslo tingrett av 26. juli 2006. Staten anket saken inn til Borgarting lagmannsrett. Det ble inngått forlik i november 2007 mellom Konkurransetilsynet og SAS. Forliket bestod i at Konkurransetilsynet fastholdt at SAS hadde brutt konkurranseloven, men boten ble frafalt. Se Konkurransetilsynets vedtak V2007-28

## 2. AKZO-TESTEN I EU-RETTE

Rovprising vil som nevnt innebære at en bedrift opptrer aggressivt i en periode for derved å tvinge en konkurrent til å forlate markedet. Da vil den i fremtidige perioder oppleve mindre konkurranse, og dermed oppnå større fortjeneste i fremtidige perioder. Dette er illustrert i figur 1.



**Figur 1: Rasjonalet for rovprising**

Den dominerende bedriften opptrer mer aggressivt i inneværende periode enn det den ellers ville gjort, fordi det leder til at en utfordrer tvinges til å forlate markedet. Følgelig er det en *OPPOFRELSE* i inneværende periode, som mer enn motsvares av en *GJENVINNING* i fremtidige perioder.

Hvorvidt rovprising er lønnsomt for den dominerende bedriften vil variere fra marked til marked. I økonomisk litteratur er det pekt på en del forhold som kan tale for at rovprising ikke er lønnsomt for den dominerende aktøren.<sup>3</sup> Det er imidlertid noen vilkår som taler for at det er en rasjonell adferd i noen typer markeder, eller rettere sagt markedssituasjoner.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> En grunn til dette er at rovprising vil, som forklart over, måtte innebære en oppofrelse i betydningen å prise lavt og dermed ofre profitt. Da dette skjer i inneværende periode og eventuell gevinst først kommer i fremtidige perioder, vil det faktisk at bedriften neddiskonterer nåverdien kunne bety at dagens oppofrelse blir for stor til at dette er lønnsomt. Hvis den dominerende aktøren er stor i betydningen har stor markedsandel, vil det innebære at oppofrelsen kan bli betydelig, særlig hvis den må senke prisen på alt sitt salg.

<sup>4</sup> Det er blant annet pekt på at rovprising kan være rasjonelt for den dominerende aktøren dersom (1) den kjenner kostnader og etterspørsel bedre enn utfordreren, (2) utfordreren er avhengig av ekstern finansiering og (3) det aktuelle markedet er ett av flere markeder der det kan være aktuelt for den dominerende aktøren å drive rovprising. Det sistnevnte betyr at aggressiv adferd i ett marked kan skape rykte om aggressiv adferd i andre markeder. Det kan avskrekke utfordrere fra å etablere seg i andre markeder, og den type ryktedannelse

La oss i det følgende ikke fokusere på om spørsmålet om rovprising er rasjonelt, men i stedet på selve testen for rovprising. I amerikanske rett er det typisk slik at de er opptatt av begge vilkårene, det vil si om det er oppofrelse og om det er mulighet for gjenvinning. Hvis ikke det er mulighet for gjenvinning, det vil si å sette opp prisen etter at utfordreren har forlatt markedet, er det ikke grunnlag for å konkludere med at det er rovprising.

I rettspraksis i Europa er det først og fremst fokus på selve oppofrelsen, da Domstolen har avvist å operere med gjenvinning som eget vilkår for rovprising.<sup>5</sup> På den annen side kan en hevde at kravet om dominans kan bety at det er få reelle utfordrere, og dermed er det implisitt i dominansvurderingen at når en utfordrer blir tvunget til å forlate markedet vil det gi stort potensial for høyere fremtidige priser og dermed gjenvinning.

La oss nå fokusere primært på oppofrelsen, da det var det mest interessante i den aktuelle saken gitt koblingen mot rettspraksis i EU. Oppofrelse vil innebære at en bedrift har lavere fortjeneste i en periode enn den strengt tatt kunne oppnådd. Ved å sette en pris slik 100 for hver enhet kunne den oppnådd en fortjeneste på en million kroner, mens den faktisk setter en pris lik 80 for hver enhet og oppnår null i fortjeneste. Dette er tilsynelatende lite rasjonelt. Men hvis en slik aggressiv prising fører til at en utfordrer ikke lenger finner det lønnsomt å operere i dette markedet og av den grunn trekker seg ut, vil det kunne være lønnsomt fordi en da kan sette en enda høyere pris og oppnå enda høyere fortjeneste i fremtidige perioder.

For å avgjøre om det er en oppofrelse må prisen sammenlignes med kostnader. Den grunnleggende kostnadstesten for rovprising er AKZO-testen, som er illustrert i figur 2.<sup>6</sup> Denne er formulert av EU-domstolen på bakgrunn av den såkalte Areeda/Turner-testen i amerikansk rett. Testen forutsetter en oppdeling i gjennomsnittlige faste og variable

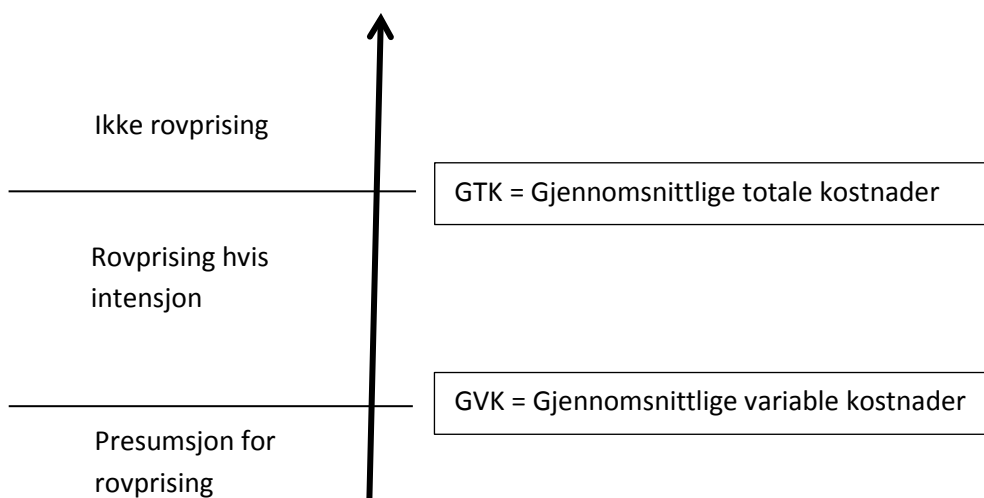
---

kan gjøre det mer lønnsomt mer rovprising i kun ett marked. Disse momentene er nevnt i EU-Kommisjonens veiledning vedrørende utnyttende misbruk av dominans (See Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, O.J. 2009, C 45/7), avsnitt 68. For en grundig drøfting av disse vilkårene, se Bolton, P., Brodley, J.F. & Riordan, M.H. 2000. "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy." *The Georgetown Law Journal*, 88: 2239-2330.

<sup>5</sup> Sak C-202/07 P France Télécom v Kommisjonen, [2009] ECR I-2369, prem. 110, jf. også sak C-333/94 P Tetra Pak v Kommisjonen [1996] ECR I-5951, prem. 44.

<sup>6</sup> Sak C-62/86 AKZO v Kommisjonen [1991] ECR I-3359, prem. 70-71, sak C-333/94 P Tetra Pak v Kommisjonen [1996] ECR I-5951, prem. 41 og sak C-202/07 P France Télécom v Kommisjonen, [2009] ECR I-2369, prem. 109.

kostnader. Hvis prisen settes så lavt at foretaket ikke engang får dekket sine gjennomsnittlige variable kostnader (GVK), vil det normalt foreligge misbruk. Det vil da være presumsjon for rovprising. Dette er kalt AKZO 1 testen. Settes prisen høyere enn GVK men under gjennomsnittlige totale kostnader (GTK), vil det bare foreligge misbruk hvis prisene "are determined as part of a plan for eliminating a competitor."<sup>7</sup> Her kreves det således en form for konkurransebegrensende intensjon eller hensikt. Dette er kalt AKZO 2 testen. Priser over totale kostnader vil ikke i seg selv representere et misbruk.<sup>8</sup>



**Figur 2: En illustrasjon av AKZO-testen**

Denne inndelingen gir mening ut fra en økonomisk analyse. Tenk på en bedrift som kjøper en vare til 80 kroner per enhet. Dette blir kostnad per enhet for bedriften, og vil tilsvare det i figuren som kalles GVK: For hver ny enhet den selger, pådrar den seg en ekstra kostnad på 80. Hvis den selger den til sine kunder for under 80 kroner per enhet, pådrar den seg følgelig et tap. Hvis den for eksempel selger den for 70 kroner per enhet, vil den tape 10 kroner for hver enhet som selges. Det er åpenbart at det ikke gir mening ut fra en økonomisk betraktning å sette en så lav pris til kundene. Hvis en opplever at en bedrift setter en så lav pris, vil det normalt bety at den har andre grunner for nettopp å opptre slik. Av den grunn er det en konkluderer med at det er presumsjon for rovprising hvis prisen settes så lavt. I

<sup>7</sup> Sak C-62/86 AKZO v Kommissjonen [1991] ECR I-3359, prem. 72.

<sup>8</sup> Det er en åpning for at strategiske selektive priskutt overfor konkurrenters kunder kan representere et misbruk, jf. forente saker C-395 etc./96 P Compagnie Maritime Belge v Kommissjonen [2000] ECR I-1365. Dette kommer vi ikke nærmere inn på her.

France Télécom sier Domstolen for eksempel at "prices below average variable costs must be considered prima facie abusive inasmuch as, in applying such prices, an undertaking in a dominant position is presumed to pursue no other economic objective save that of eliminating its competitors."<sup>9</sup> Priser på dette nivået presumeres således ikke å ha noen rasjonell forklaring utover å eliminere konkurrenter.<sup>10</sup> Presumsjonene er imidlertid ikke absolutt; f.eks. må det være mulig å selge ut fjorårsmodeller til en lav pris før neste sesong, selv om man er dominerende. Tilsvarende gjelder for en oppstartsfase i helt nye markeder.<sup>11</sup>

Hvis derimot pris er over GVK gir det ikke mening med en presumsjon om rovprising. Grunnen er at en da får dekket kostnaden ved den siste enheten som selges, samtidig som en pris ut over det vil bidra til dekning av selskapets andre kostnader. Det kan for eksempel være dekning av kostnader ved sentraladministrasjonen. Men hvis en bedrift derimot ikke får dekket disse andre kostnadene på lang sikt, kan det eneste økonomisk rasjonelle være å legge ned denne aktiviteten. Det innebærer at så lenge pris er over GVK men under GTK kan det være at prisingen ikke er en langsiktig tilpasning, men i stedet del av en plan om å eliminere konkurrenten.

Pris er over GTK vil det bety at den dominerende aktøren dekker alle sine kostnader, inkludert de kostnadene som ikke er direkte knyttet til salget av en ekstra enhet av dette produktet. Det vil for eksempel bety at selv i et langsiktig perspektiv kan den finne det rasjonelt å prise på denne måten. Det vil i et slikt tilfelle være mulig for en rival som er like effektiv å sette en tilsvarende pris og overleve i markedet, og av den grunn vil det normalt ikke være rovprising når pris er over GTK.

Det er verdt å merke seg at vi hele tiden referer til den dominerende bedriftens kostnader og dets pris. Ved å sammenligne den dominerende aktørens kostnader med dets egen pris får en avdekket hvorvidt en like effektiv utfordrer har mulighet til å tjene penger ved å sette

---

<sup>9</sup> Sak C-202/07 P France Télécom v Kommissjonen, [2009] ECR I-2369, prem. 109.

<sup>10</sup> Dette har sammenheng med at det ut fra bedriftsøkonomiske vurderinger vil være mer rasjonelt å stenge produksjonen enn å fortsette når man ikke engang oppnår kostnadsdekning for variable kostnader.

<sup>11</sup> I Wanadoo sier f.eks. Kommissjonen: "Although Wanadoo Interactive's ADSL services were launched commercially at the end of 1999, and made significant losses in 2000, the Commission takes the view that at that time the high-speed market had not yet developed sufficiently for a test of predation to be significant." (Sak COMP/38233, vedtak 16. Juli 2003, avsn. 71).

samme pris som den dominerende aktøren. Dette betyr også at testen er utformet slik at det ikke er noen beskyttelse av en utfordrer som er mindre effektiv enn den dominerende bedriften. Det er følgelig en test som beskytter mer effektive utfordrere, men som ikke beskytter en ineffektiv utfordrer. Slik sett er testen utformet for å beskytte konkurransen, og ikke beskytte en konkurrent som er lite effektiv.

Dette er en svært forenklet fremstilling av testen som benyttes i rettspraksis for å fastslå om det er rovprising. I nyere saker etter AKZO-saken er kostnadsbegrepene som har vært benyttet mer raffinerte enn de enkle begrepene vi har referert til.<sup>12</sup> Vi velger imidlertid å ikke gå nærmere inn på det her. Poenget er at i denne saken var partene enige om at utgangspunktet var AKZO 1 og AKZO 2 testene. Stryk på AKZO 1 vil innebære at pris er under GVK, og det er presumsjon for rovprising. Da er det strenge krav til hvilken objektiv begrunnelse som kan fremlegges av partene som et forsvar for en slik adferd. Stryk på AKZO 2 er pris over GVK og under GTK, og krav om at det er en plan om å eliminere konkurrenten. Da er en helt annen mulighet for den dominerende aktøren å fremme et forsvar. Ideen med en slik todeling av testen er godt forankret i økonomisk analyse, og er utviklet for å gjøre behandlingen av den type saker enklere. Det store spørsmålet var om SAS sin opptreden var slik at de strøk på begge, en eller ingen av de to testene.

### **3. DOMMEN FRA OSLO TINGRETT**

Denne saken angår spørsmålet om SAS brøt § 11 i konkurranseloven. To vilkår må være oppfylt for at det skal være en overtredelse. For det første må SAS være en dominerende aktør, og for det andre må selskapet ha misbrukt sin dominerende stilling. Det ble brukt begrenset med tid og ressurser på dominansspørsmålet i denne saken, og hovedspørsmålet var selve misbruksvurderingen.

---

<sup>12</sup> I saker vedrørende Deutsche Post ble det for eksempel drøftet såkalt produktspesifikke faste kostnader, det vil si kostnader som ikke varierer med produksjonen men som bortfaller hvis bedriften slutter å selge dette produktet (se sak COMP/35141 [2001] OJ L 125/ 27). Dette har ført til at en nå i stedet for GVK anvender gjennomsnittlige bortfallskostnader (kalt AAC – average avoidable costs) og i stedet for GTK anvender langsktigate gjennomsnittlige inkrementelle kostnader (LRAIC – long run average incremental cost). For en nærmere beskrivelse av disse kostnadsbegrepene, se EUs veiledning vedrørende utnyttende misbruk av dominans (See Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, O.J. 2009, C 45/7).

De første 60 sidene av dommen er i all hovedsak en direkte gjengivelse av de to partenes synspunkter. Begge parter forholder seg til rettspraksis fra EU, der det er et skille mellom AKZO 1 og AKZO 2 testen. SAS beskriver for eksempel AKZO 1 testen på følgende måte:

*'.. det er en presumsjon, og ikke en «sterk presumsjon», for at priser som gir inntekter under gjennomsnittlige påvirkbare (variable) kostnader er utilbørlige.'* (side 46)

Henvisningen til begrepet «sterk presumsjon» omhandler debatten med Konkurransetilsynet om definisjonen av begrepene. Det var imidlertid ikke noen uenighet mellom partene om selve tilnærmingen i form av AKZO 1 og AKZO 2. Stridens kjerne var hvilke inntekter og dermed priser som var relevante, og hvilke kostnader som var relevante for henholdsvis AKZO 1 og AKZO 2 testen i dette spesifikke tilfellet. Ikke overraskende var Konkurransetilsynet av den oppfatning at SAS strøk på både AKZO 1 og AKZO 2 testen, mens SAS var av den oppfatning at de bestod begge testene.

Konkurransetilsynet hadde i sitt vedtak foretatt en inndeling av SAS' kostnader og skilt mellom faste og variable kostnader, og sammenlignet med den gjennomsnittspris som SAS hadde på den aktuelle ruten. Ut fra det konkluderte de med at SAS strøk på AKZO 1 testen, og at det var presumsjon for rovprising. Subsidiært argumenterte de med at SAS hadde en plan for å eliminere sin rival, og dermed at det var rovprising om de bestod AKZO 1 testen og strøk på AKZO 2 testen.

SAS fremmet en omfattende kritikk mot Konkurransetilsynet, både før og etter vedtaket. La meg fokusere på det som er mest direkte relatert til selve testen. For det første var de uenige med Konkurransetilsynet i inndelingen mellom faste og variable kostnader. De mente en større andel av kostnadene var faste, hvilket alene gjorde at SAS ikke lenger strøk på AKZO 1 testen. For det andre mente de at nettverksbidraget var betydelig, det vil si at mange av de som reiste på denne ruten reiste videre på andre SAS-ruter og dermed genererte økte inntekter for SAS. Det medførte at SAS fikk økte inntekter, og dermed strøk de heller ikke på AKZO 2 testen. Subsidiært argumenterte SAS med at selskapet ikke hadde noen intensjon om å presse Coast Air ut av markedet. I den forbindelse påpekte de flere feil i faktum i



Konkurransetilsynets vedtak, blant annet at SAS' snittpris aldri var under Coast Airs snittpris slik Konkurransetilsynet hevdet i sitt vedtak.

Uenigheten mellom partene antyder at sakens kjerne omhandlet økonomiske analyser, herunder spørsmål om kostnadsfordeling, og spesifikke økonomiske forhold knyttet til dette spesielle markedet. Under overskriften 'Den rettslige behandlingen' leser vi følgende i dommen:

*'Dommeren tok under saksforberedelsene opp spørsmålet om rett burde settes med fagkyndige meddommere. Prosessfullmektigene avviste behovet for dette under henvisning til at saken kun gjaldt et avgrenset tema av rent juridisk karakter. I ettertid kan konstateres at bevisførselen avdekket partenes sterke fokusering på samfunns- og bedriftsøkonomiske problemstillinger særskilt vinklet mot flyregnskap og særegenheter innenfor luftfart og konkurranse på dette område.'* (side 45)

Dette antyder at mye av det som kom frem i retten var stoff som var vanskelig tilgjengelig for en ikke-økonom og dermed også for dommeren i denne saken. Rettens vurderinger som fremkommer i dommen bærer preg av det.

I dommen erkjennes det at skillet mellom faste og variable kostnader er et viktig skille:

*'Det fremgår tydelig av dette hvorfor kategoriseringen av hva som er faste og hva som er variable kostnader er av stor betydning for utfallet av testene.'* (side 85)

Men retten ønsker allikevel ikke å gå inn på dette skillet mellom faste og variable kostnader:

*'Om det foreligger objektive akseptable forklaringer på manglende dekning av variable kostnader og vurderingen av om det foreligger tilleggsargumenter for situasjonen der inntektene ikke dekker totale kostnader, vil langt på vei bero på tolkningen av omstendigheter og være gjenstand for vurderinger som er sammenfallende. Retten vil derfor drøfte denne problemstillingen under ett. En rekke momenter må trekkes inn og vurderes.'* (side 85)

De anlegger deretter det som de selv karakteriserer som en helhetlig tilnærming:

*'Det er etter rettens oppfatning at når SAS handlinger vurderes i disse kontekster er det helheten som er avgjørende.'* (side 86)

Etter mitt syn har de med en slik tilnærming brutt med det som er rettspraksis i EU, da de ikke lenger forholder seg til en to-delt AKZO-test. En to-delt AKZO-test, inndelt i henholdsvis AKZO 1 og AKZO 2, er hensiktsmessig fordi det bidrar til å sortere argumentene. Hvis et selskap stryker på AKZO 1 (og dermed også stryker på AKZO 2), er det kun noen typer argumenter som er gyldige som et forsvar for denne handlingen. Hvis de derimot stryker kun på AKZO 2, er det åpning for å drøfte om det foreligger en plan for å eliminere en utfordrer. Det siste åpner for flere argumenter som er legitime som et forsvar. Følgelig kan en tenke seg at en helhetlig tilnærming, som er det som er anlagt i denne saken, er mer forenlig med AKZO 2 enn med AKZO 1. Det skyldes at ved AKZO 2 er det åpning for en rekke argumenter som et legitimt forsvar, mens det ved AKZO 1 er svært begrenset med mulighet for et forsvar og dermed ikke grunnlag for en helhetlig tilnærming.

Rettens tilnærming har dermed langt på vei lagt til grunn at SAS ikke stryker på AKZO 1, og i stedet gått direkte på den helhetlige tilnærmingen som er den naturlige ved AKZO 2 testen. Dette er for eksempel tilfelle når de skriver følgende, i starten av sin helhetlige vurdering:

*'Retten konstaterer innledningsvis under denne drøftelse at det ikke foreligger noen eksplisitt uttrykt strategi som viser at SAS' mål var å utkonkurrere Coast Air fra ruten, - enn si at det er registrert noen uttalelser som tilkjennegir at man tenkte seg konkurrenten borte.'*  
(side 87)

Dette synes å være en del av en drøfting av om selskapet hadde en plan om å eliminere utfordreren, et forsvar som utelukkende er gyldig dersom en står på AKZO 1 testen og stryker på AKZO 2 testen.

Retten viser deretter blant annet til SAS' program for å bedre lønnsomheten generelt på alle ruter, og skriver følgende:

*'Det var åpenbart behov for å bedre inntjeningen gjennom akseptable priser og kostnadsreduksjoner.'* (side 88)

Det høres rimelig ut at SAS kuttet kostnader og gjorde alt de kunne for å bedre lønnsomheten generelt sett i den perioden. Men hvis SAS faktisk stryker på AKZO 1 på denne strekningen, vil det ikke kunne forklares og forsvares med denne typen argument. Tvert i mot, stryk på AKZO 1 er noe som fører til lavere lønnsomhet på kort sikt. Sterkt fokus på lønnsomhet generelt kombinert med stryk på AKZO 1 på den ruten ville vært en indikasjon på at det var andre motiver for tilpasningen på akkurat den ruten. Det illustrerer at den helhetlige tilnærmingen, hvor en i praksis forholder seg til AKZO 2 testen, ikke gir mening i en slik kontekst.

Den helhetlige tilnærmingen er tolket av retten som at det også innbefatter å betrakte hvorfor Coast Air trakk seg ut av ruten. Retten har påpekt at konkurranselovens bestemmelse om misbruk av dominans ikke skal beskytte en ineffektiv utfordrer:

*'I den grad problemene skyldes konkurransen med SAS, skal – som tidligere angitt – ikke konkurranseloven som sådan beskytte dårlig drift og/eller manglende tilpasning og/eller manglende finansiell basis.'* (side 86)

Som forklart over er selve testen lagt opp slik at nettopp det er tilfelle, da for eksempel stryk på AKZO 1 testen betyr at en like effektiv utfordrer ikke en gang får dekket sine variable kostnader. Følgelig er det ved stryk på AKZO 1 testen nødvendig å ta stilling til hvorfor utfordreren har måttet forlate markedet. Retten har imidlertid tatt stilling til nettopp det:

*'Det er rettens inntrykk at Coast Air etter en samlet vurdering valgte å trekke seg fra ruten etter at de ikke lyktes å få den lønnsomheten de selv hadde satt som mål.'* (side 91)

Men hva kan vi lære av at de ikke lyktes med å få den ønskede lønnsomhet? Hvis SAS stryket på AKZO 1, er det åpenbart ikke lønnsomt for utfordreren å operere i dette markedet. Følgelig ville stryk på AKZO 1 gi oss en plausibel forklaring på hvorfor de ikke lyktes med å oppnå den ønskede lønnsomheten. Testen hadde vært tilstrekkelig til å konkludere, og vi hadde ikke hatt behov for å drøfte nærmere hvorfor Coast Air trakk seg ut av markedet. Nok en gang er dette et eksempel på at den helhetlige tilnærmingen ikke gir mening når den også skal omfatte tilfellet der SAS har priset under sine variable kostnader.

#### **4. NOEN AVSLUTTENDE MERKNADER**

Saker som omhandler mulig brudd på konkurranseloven er utfordrende for retten, da det er betydelige innslag av økonomisk analyse som kan ligge til grunn for vurderingen av om det er en overtredelse av loven. Dette gjelder særlig saker vedrørende mulig misbruk av dominans, hvor det i de fleste tilfeller er en komplisert økonomisk analyse som må foretas for å kunne avgjøre om loven er brutt.

Gjennom rettspraksis har det imidlertid blitt utviklet systemer som gjør det enklere å vurdere den type saker. I den type sak vi her omtaler, mulig rovprising, er det i rettspraksis i EU blitt utviklet en test som går under benevnelsen Akzo-testen. Denne testen gjør det mulig å fastslå om det er presumsjon for rovprising. Hvis svaret er ja, er det svært begrenset mulighet for den dominerende aktøren å nå frem med en objektiv begrunnelse til forsvar for sin handling. Hvis testen derimot viser at det ikke er presumsjon for rovprising men at det kan forekomme, er det med ett en større mulighet for den dominerende aktøren å nå frem med et effektivitetsforsvar.

Denne testen er forankret i økonomisk analyse, og må betraktes som et hjelpemiddel for retten. En helhetlig analyse der alle former for effektivitetsforsvar tas i betraktning skal kun være gyldig i de tilfellene der det ikke er presumsjon for rovprising. Det gir ikke mening ut fra en økonomisk vurdering å gi åpning for et fullt effektivitetsforsvar uansett hvor lavt selskapet setter sine priser. Følgelig er det gode grunner til å beholde en type tilnærming av den typen som er i Akzo-testen.

Men testen betyr at det må foretas en relativt krevende analyse knyttet til selve testen, med et særlig fokus på inndelingen av kostnader. Det i seg selv krever en forståelse for økonomisk analyse, og det kan det være svært krevende for en ikke-økonom å ha full innsikt i. Slik sett er det fullt forståelig at en norsk tingrett med kun en juridisk dommer er ukomfortabel med å gå dypt inn i den typen detaljer, og i stedet velger en mer helhetlig tilnærming der alle argumenter tas i betraktning.

Problemet med den valgte tilnærmingen i denne dommen er at en dermed implisitt har lagt til grunn at det aktuelle selskapet ikke stryker på den strengeste Akzo-testen, det vil si at det ikke er presumsjon for rovprising. Som vi har forklart blir det i så fall helt feil å tillate alle typer argumenter som et forsvar for sin handling. Det er for eksempel ikke grunnlag for å argumentere med at de gjorde dette for å øke sin lønnsomheten, da stryk på den strenge Akzo-testen er bevis på det motsatte – nemlig at det de gjør ikke bedrer lønnsomheten på kort sikt.

Denne saken er en god illustrasjon av de utfordringer en norsk domstol vil møte i saker som omhandler mulig brudd på konkurranseloven, og da særlig brudd på misbruksforbudet. Det er fullt forståelig at en juridisk dommer vil finne det svært vanskelig å gå inn i kjerne av den komplekse økonomiske analysen. En naturlig måte å unngå dette på er å ta en annen tilnærming, hvor en for eksempel ser mer helhetlig på den samlede mengden av bevis. Det var nettopp dette som skjedde i denne saken, og som etter min mening førte til at effektivitetsforsvaret fikk en rolle det strengt tatt ikke burde få dersom det dominerende foretaket hadde strøket på den strengeste Akzo-testen.

Denne saken er unik, men kan allikevel avspeile et mer generelt problem knyttet til saker i norske domstoler som omhandler tema med stort innslag av økonomiske analyser. Domstolen vil kunne føle seg lite komfortabel med å gå inn i de mest komplekse økonomiske vurderingene, og kan vri fokus mot andre deler av saken. Som illustrert i denne saken kan det lede til en feil tilnærming. Dette taler for at det bør være et stort potensial for å benytte fagkyndige dommere, nærmere bestemt fagøkonomer, i den type saker. Det synes også å være vurderingen til dommeren i denne saken i ettertid, da han hadde erfart det tunge innslaget av økonomisk analyse i denne aktuelle saken.

Denne saken kan tenkes også å avspeile et generelt problem knyttet til Akzo-testen. Den kan være en utfordring å gjennomføre, selv med fagkyndige dommere. Det kan tale for en mer helhetlig tilnærming, men dog av en annen type enn den helhetlige tilnærmingen som ble gjort i denne saken. En kan for eksempel først sjekke om vilkårene for at rovprising er lønnsomt for den dominerende aktøren er til stede, og dernest om det er potensial for gjenvinning. Hvis disse vilkårene er oppfylt, kreves det en mindre grundig sjekk av mulig oppofrelse enn det som gjøres i Akzo-testen. I så fall tones Akzo-testen ned, og det legges vekt på andre vilkår.<sup>13</sup> I denne artikkelen har jeg imidlertid tatt for gitt den eksisterende rettspraksis, og derfor ikke drøftet den typen mulige endringer i rettspraksis.

---

<sup>13</sup> Denne tilnærmingen er blant annet foreslått i et diskusjonsnotat fra to medlemmer i EU-kommisjonens sjeføkonomgruppe, se M. de la Mano og B. Durand (2005): 'A three-step structured rule of reason to assess predation under Article 82', office of Chief Economist, DG Competition, 12. desember 2005.