

BECCLE

Bergen senter for konkurransepolitikk

NHH

SAS/COAST AIR SAKEN:



ØKONOMISK ANALYSE

I

OSLO TINGRETT

Professor Lars Sørgard, Norges Handelshøyskole og BECCLE

Domsseminar på Universitetet i Oslo, 29.-30. august 2013

Samfunns-/rettsøkonomi





Disclaimer!

- Jeg var tungt involvert i saken
 - Jobbet i Konkurransetilsynet som sjeføkonom da vedtaket ble fattet i 2005
 - Var statens ekspertvitne i Oslo tingrett i 2006
 - Arbeidet for Konkurransetilsynet på denne saken da den ble forlikt i 2007



Dagens tekst

- Kort om bakgrunnen
- Rettsgrunnlaget
 - Økonomisk analyse av rovprising
 - Rettspraksis på området
- Dommen fra Oslo tingrett
 - De to partenes synspunkter
 - Dommens tilnærming
- Noen avsluttende kommentarer
 - Hvordan bør domstolene forholde seg til økonomiske analyser?
 - Rom for forbedringer?



Bakgrunnen

- Ny bestemmelse i konkurranseloven i mai 2004
 - Forbud mot misbruk av en dominerende stilling (§ 11)
 - Helt tilsvarende rettsregel i EU (samme ordlyd)
 - Konkurransetilsynet fikk myndighet til å kunne ilegge overtredelsesgebyr
- Ga mulighet for å bygge på lang rettspraksis fra EU-domstolen
- Konkurransetilsynets første vedtak om gebyr for misbruk av dominans i juni 2005 til SAS
- Anklaget for rovprising (utestengende misbruk)
 - Priste så lavt på ruten Oslo-Haugesund at Coast Air ble tvunget til å forlate denne ruten



Bakgrunnen fortsettelse: Rovprising på Oslo-Haugesund?



- SAS:
 - 5 daglige rundturer
- Coast Air:
 - 3 daglige rundturer, med mindre fly
 - 20% av SAS' antall seter
 - Etablering i juni 03
 - Trakk seg ut i juni 04
- KT vedtok gebyr på 20 mill kroner i juni 05
 - SAS stevnet saken inn for Oslo Tingrett
 - SAS fikk medhold i juli 2006, men staten anket
- Forlik i november 2007:
 - Vedtak står, men gebyr bortfaller



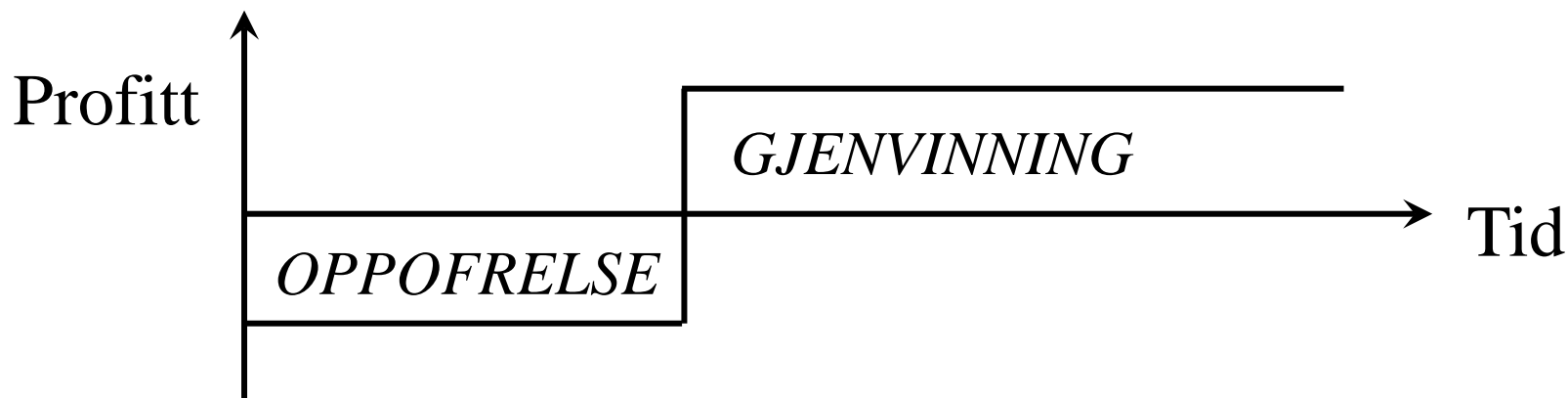
Rettsgrunnlaget: Økonomisk analyse?

- Flere typer mulig misbruk av dominans, og de ulike typene adferd behandles til dels ulikt av domstolen
 - Streng praksis ad kontrakter om eksklusivitet og visse rabatter
 - Høy terskel for å gripe inn mot forretningsnektelse
- EU-Kommisjonen har tatt til orde for en mer økonomisk basert analyse
 - Utgitt 'guidance paper' i 2009
 - Vil innebære at de ulike typene adferd behandles like strengt
- Men domstolen har så langt i liten grad endret praksis
- For rovprising ble det imidlertid allerede på 80-tallet etablert praksis basert på økonomisk analyse



Rovprising: Økonomisk analyse

- Kortsiktig tap for å oppnå en langsiktig gevinst
 - Antyder et dynamisk perspektiv



- Bedriften tjener mindre enn den kunne i dag
- Hensikten er å presse en rival ut av markedet
- Det gir mulighet for høyere pris i fremtiden



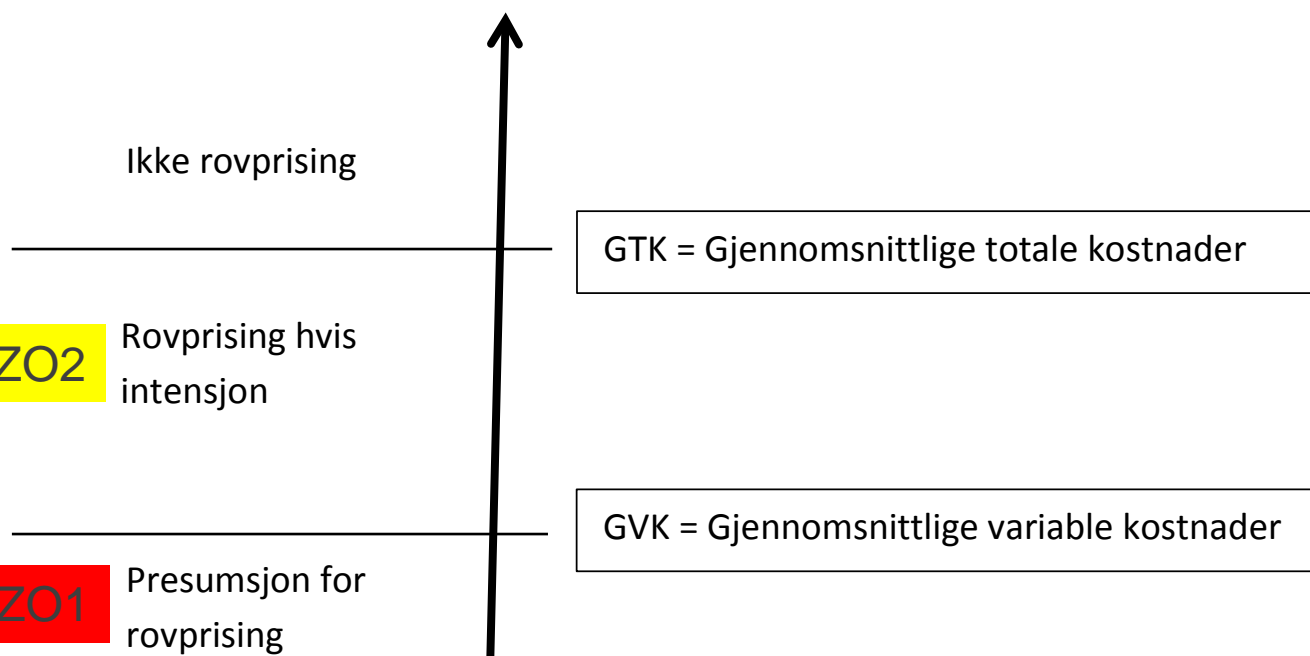
Rovprising: Hvilke momenter?

- Bør i prinsippet sjekke to ulike vilkår:
 1. Oppofrelse i dag
 2. Mulighet for gjenvinning i fremtiden
- I USA er begge momenter viktige
 - Hvis ikke mulighet for gjenvinning (oppnå høyere pris i fremtiden), er det ikke rovprising
- I EU (og Norge) fokus på om det er en oppofrelse
 - Kravet om dominans kan tolkes som at det er mulighet for gjenvinning, så slik sett likheter mellom USA og EU
- Oppofrelse er gitt en tolkning som er streng (i betydningen skal mye til for å være oppofrelse)
 - Ser om en taper penger, det vil si pris under relevante kostnader



Rovprising: Hva er testen?

- Hvor lavt har det dominerende foretaket lov å prise?



- Testen er følgelig to-delt:
 - AKZO1 – stryker på den strengeste testen
 - AKZO2 – stryker på den snilleste testen



Rovprising – AKZO-testen

- Testen er ment å hjelpe domstolen i å avgjøre om det er rovprising
- Hvis stryk på AKZO1 (pris under variable kostnader) er det presumsjon for rovprising
 - Partene kan komme med en objektiv begrunnelse for at det ikke er rovprising
- Hvis stryk kun på AKZO2 (pris under totale kostnader) må det foretas en mer helhetlig vurdering
 - Hadde det dominerende selskapet en intensjon om rovprising?
 - Er vilkårene for å lykkes med rovprising til stede, for eksempel stor mulighet for gjenvinning?
 -



Oslo tingrett

- To vilkår for brudd på § 11:
 - Dominerende stilling
 - Misbruk av dominans
- SAS uenig på begge punkter med KT, men det ble lite fokus på dominansspørsmålet
 - SAS fokuserte hovedsaklig på misbruksvurderingen
- SAS angrep alle deler av misbruksvurderingen
 - Mente at de ikke strøk på noen av de to testene
 - Pekte på det de mente var feil i KT's vedtak
- Men samtidig var partene enige om prinsippet om å benytte en to-delt test
 - Skillet mellom AKZO1 og AKZO2



AKZO1 vs AKZO2

- Tydelig skille i Konkurransetilsynets vedtak
 - Primært stryk på AKZO1 testen
 - Subsidiært stryk på AKZO2 testen og intensjon
- SAS enig i skillet, men ikke enig med Konkurransetilsynet når de bruker begrepet «sterk presumsjon»
 - *‘.. det er en presumsjon, og ikke en «sterk presumsjon», for at priser som gir inntekter under gjennomsnittlige påvirkbare (variable) kostnader er utilbørlige.’* (side 46 i Oslo tingrett)
- Men uenig i konklusjon ad begge tester:
 - Strøk ikke på AKZO1: Annen definisjon av variable kostnader, og annen definisjon av inntekt for hver passasjer
 - Strøk ikke på AKZO2: Flere feil i KT's intensjonshistorie, og SAS gjorde ikke noe annet på denne ruten enn på andre ruter



KTs kostnadstest (fra vedtaket)

Kostnadstest sommersesongen 2004 (tusener kroner og prosent av ruteinntekt)

Tilsynets kostnadskategorisering	mai	juni	apr-jun	S 04	mai	juni	apr-jun	S 04
Totale ruteinntekter (4+...+7)	13030	14595	39908	95243	100,0 %	100,0 %	100,0 %	100,0 %
Avgangsspesifikke kostnader (10+12+16+..)	4389	4916	13485	32069	33,7 %	33,7 %	33,8 %	33,7 %
Øvrige unngåelige (8+9+11+13+14+15+22+)	9291	10167	28489	66474	71,3 %	69,7 %	71,4 %	69,8 %
Sum unngåelige	13679	15082	41974	98544	105,0 %	103,3 %	105,2 %	103,5 %
Faste (35)	1632	1842	5066	11881	12,5 %	12,6 %	12,7 %	12,5 %
Delvis faste (32)	255	254	777	1865	2,0 %	1,7 %	1,9 %	2,0 %
Dekningsbidrag	-713	-551	-2260	-3767	-5,5 %	-3,8 %	-5,7 %	-4,0 %
Ruterresultat	-2536	-2583	-7909	-17046	-19,5 %	-17,7 %	-19,8 %	-17,9 %

AKZO1

AKZO2

- Strøk på AKZO1 (og enda mer på AKZO2)
- SAS klassifiserte noen kostnader annerledes
 - Piloter og fly ikke variable (unngåelige); ca 20 %
 - Stort nettverksbidrag (inntekter på andre ruter); 54 %
- Detaljert debatt i retten om kostnader
 - Hvor fleksible var SAS ad disponering av fly og piloter?

Ikke så lett å skjønne alt dette



Tabell 2:

Ruteregnskap Oslo-Haugesund 2004 (tusen kroner og prosent av ruteinntekt)

		mai	juni	apr-jun	S 04	S 03	apr-jun	S 04	Var KT	Var SAS
Total Net pass revenue TNOK	4	12142	13438	36937	88 680	92,3 %	92,6 %	93,1 %		
Belly Capacity Revenue	5	107	163	453	1 037	1,3 %	1,1 %	1,1 %		
Other Ext Revenue	6	594	823	1998	4 393	4,4 %	5,0 %	4,6 %		
Internal revenue	7	188	172	521	1 132	2,0 %	1,3 %	1,2 %		
Agent&Customer Supp	8	126	137	381	904	0,0 %	1,0 %	0,9 %	Ja	Ja
Agents Comm Pass	9	139	172	413	950	0,9 %	1,0 %	1,0 %	Ja	Ja
Credit Card	10	163	178	497	1 188	0,0 %	1,2 %	1,2 %	Ja	Ja
Sales Service Fee	11	-337	-373	-1034	(2 493)	0,0 %	-2,6 %	-2,6 %	Ja	Ja
Meals & Consumption	12	250	295	773	1 812	6,2 %	1,9 %	1,9 %	Ja	Ja
Irreg. and Claim	13	93	107	285	676	0,2 %	0,7 %	0,7 %	Ja	Ja
Distribution Cost	14	521	592	1596	3 689	4,1 %	4,0 %	3,9 %	Ja	Ja
Insurance Cost	15	197	214	590	1 369	1,3 %	1,5 %	1,4 %	Ja	Delvis
Fuel cost	16	1422	1646	4365	10 922	10,3 %	10,9 %	11,5 %	Ja	Ja
Airport Fees	17	1513	1656	4651	10 771	10,8 %	11,7 %	11,3 %	Ja	Ja
Enroute Fees	18	409	455	1262	2 947	3,0 %	3,2 %	3,1 %	Ja	Ja
Meal Handl. Cabin Mtrl	19	273	291	829	1 920	2,6 %	2,1 %	2,0 %	Ja	Ja
Crew Route Exp F/D	20	165	182	509	1 143	1,5 %	1,3 %	1,2 %	Ja	Ja
Crew Route Exp C/A	21	193	213	600	1 367	1,5 %	1,5 %	1,4 %	Ja	Ja
Crew Personnel F/D	22	1659	1837	5147	11 990	11,5 %	12,9 %	12,6 %	Ja	Nei
Crew Personnel C/A	23	964	1070	3012	7 070	6,8 %	7,5 %	7,4 %	Ja	Ja
Var Maint - ABHR	24	563	613	1753	4 030	4,2 %	4,4 %	4,2 %	Ja	Ja
Var Maint - Landings	25	1445	1573	4427	10 352	10,5 %	11,1 %	10,9 %	Ja	Ja
Line Maintenance	26	498	550	1529	3 551	6,0 %	3,8 %	3,7 %	Ja	Ja
Fleet Appear/IFE	27	4	5	14	34	0,0 %	0,0 %	0,0 %	Ja	Ja
Oper/Comm Modifications	28	0	0	0	-	0,0 %	0,0 %	0,0 %	Ja	Ja
Stn Org - OSL	29	1260	1347	3820	8 823	9,6 %	9,6 %	9,3 %	Ja	Ja
Stn Org Oth Scand	30	819	904	2516	5 839	6,9 %	6,3 %	6,1 %	Ja	Ja
Oth Stn Cost	31	74	85	233	548	0,3 %	0,6 %	0,6 %	Ja	Ja
Passenger Sales Org	32	255	254	777	1 865	5,5 %	1,9 %	2,0 %	Delvis	Delvis
Central Marketing	33	285	292	851	1 997	1,6 %	2,1 %	2,1 %	Ja	Ja
Aircraft Cost	34	980	1042	2958	7 145	6,4 %	7,4 %	7,5 %	Ja	Nei
OH & Support - Tot	35	1632	1842	5066	11 881	9,6 %	12,7 %	12,5 %	Nei	Nei



.... og dommeren ble litt matt ..

- Følgende formulering 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)*
- Et rop om fagkyndige meddommere?



Tilnærmingen i dommen

- Aksepterte at kostnadsinndeling var viktig:
 - *‘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 valgte så en **helhetlig** tilnærming, hvor det ikke ble forsøkt å skille 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)
- Tok dermed ikke stilling til om det var presumsjon for rovprising



Min (kritiske) tolkning

- Dommeren fant at diskusjonen om kostnader og inntekter var det vanskelig å ta stilling til
- Skar klar av hele diskusjonen med å foreta en helhetlig tilnærming
 - Mer i tråd med norsk rettspraksis?
- Men dermed forsvant hjelpen fra rettspraksis
 - Kunne ikke fastslå om det var presumsjon om rovprising
- Kom dermed skjevt ut i drøftingen, da det ble åpnet for en for vid definisjon av den objektive begrunnelsen
 - Argumentene ble til dels merkelige hvis en hadde tatt som utgangspunkt at SAS strøk på AKZO1



Eksempler på uheldig drøfting

- Intensjon er noe som er nødvendig dersom en står på AKZO1 og stryker på AKZO2
 - *‘ 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 tilkjenner at man tenkte seg konkurrenten borte.’ (side 87)*
- Å prise under variable kostnader er åpenbart ikke noe som bedrer økonomien på kort sikt:
 - *‘ Det var åpenbart behov for å bedre inntjeningen gjennom akseptable priser og kostnadsreduksjoner.’ (side 88)*
- Hvis ønsket var å bedre inntjeningen på kort sikt, hadde det vært ønskelig å vite om de strøk på AKZO1



Eksempler forts.

- Retten antok implisitt at SAS ikke strøk på AKZO1
- Hvis de strøk på AKZO1, hadde argumentene deres trukket i *motsatt* retning
 - Hvis SAS opptatt av inntjening, er pris under variabel kostnad tegn på at de driver med rovprising
- Gir heller ikke mening å tolke noe ut fra Coast Airs lønnsomhet:
 - *‘Det er rettens inntrykk at Coast Air etter en samlet vurdering valgte å trekke seg fra ruten etter at de ikke lykkes å få den lønnsomheten de selv hadde satt som mål.’* (side 91)
 - **Hvorfor** hadde de ikke lykkes – **rovprising** kan jo være grunnen!
- Testen ber oss fokusere på den dominerende aktøren og dets kostnader, ikke på utfordreren
 - Kunne en like effektiv konkurrent ha tjent penger?



Noen avsluttende merknader

- Det finnes ingen enkel metode for å fastslå hva som er misbruk av dominans
 - Kan ikke bare se på typen adferd; må se på virkning
 - Må vurdere fra sak til sak
- Selv 'de lærde' strides
 - Finnes gode argumenter som hver av partenes økonomiske eksperter kan benytte
 - Økonomer brukes (ikke overraskende) av begge parter
 - Og de kan lett ende opp i en 'intern' debatt seg i mellom
- Saken blir mer komplisert enn den trenger å være?
 - Fornuftig strategi av forsvarer å skape mer enn rimelig tvil
 - Hvis jeg var forsvarer, ville jeg pøst på med (uforståelige) detaljer



En samtale mellom to forsvarere på trappen til tinghuset i Bergen:

- *‘Hei Peter, hva skjer?’*
- *‘Økonomi. .. Jeg skjønner ingenting av det. Det er tredje uken ... Jeg blir rævende sprø.’*
- *‘Det går vel bra, tenker jeg. Du kan sende verdens største regning.’*
- *‘Klart det går bra. Dommerne skjønner enda mindre enn meg. Og når jeg er ferdig med dem, kommer de til å skjønnne ... ingenting. Økonomisaker er paradiset for forsvarere. Det er bare så jævlig kjedelig.’*

Chris Tvedt: Rimelig tvil, s. 31



Konkurransesaker – utfordringer

- Rettspraksis (jf. AKZO₁/AKZO₂) ment som hjelp til å sortere argumenter, men krever økonomiforståelse selv da
- Fullt forståelig at retten avgjør saken på andre måter, og det er nettopp det som har skjedd i en del tilfeller
 - SAS-saken; tok ikke stilling til testene
 - Tine-saken i Oslo tingrett; klassisk bevisvurdering
- Men det skaper stor usikkerhet, og vanskelig å forutsi hva retten legger vekt på
 - Jf. Tine-saken i tingretten vs Tine-saken i lagmannsretten
- Problem for rettssikkerheten når det er så stor usikkerhet om hva retten vil legge vekt på i den type sak?



Konkurransesaker – løsninger?

- Bruke fagkyndige meddommere
 - Har vært benyttet i bl.a. SAS-Norwegian sak om erstatning for spionasje
 - Vil bety at jus-dommerne har mer støtte og føler seg mer komfortable med å gå inn i sakens økonomiske kjerne
 - Men vanskelig å finne egnede fagkyndige meddommere?
- Legge alle saker til en domstol?
 - Men for få saker til å få erfaring blant dommerne?
 - Kombinere med saker etter markedsføringsloven, som i Sverige (egen Marknadsdomstol)?
- Ekspertvitner
 - Retten oppnevner ekspertvitner, i stedet for partene?