

Advokatene Skøyen, Medalen & Wangensten-Øye
v/ Tom Medalen
Rådhusgata 23 B
0158 Oslo

Deres ref.: TM/nc-
042120

Vår ref.: 2004/1212
MAO-M4 KRLO 522.1

Saksbeh.: Karl Rikard Løvhaug

Dato: 19.01.2006

■ **NSB Persontog og Nettbuss Sør AS – konkurranseloven § 12 jf. § 11 – nytt avslag på anmodning om å gi pålegg om opphør av konkurranseskadelig underprising**

Avgjørelse A2006-10

Vi viser til vår avgjørelse A2005-26 av 14. oktober 2005, hvor Konkurransetilsynet besluttet å avslutte behandlingen av klagen på NSB Persontogs og Nettbuss Sør AS' (heretter NSB-konsernet) priser på strekningene Oslo – Trondheim, Oslo – Bergen og Oslo – Kristiansand. Vi viser dessuten til klage fra Arctic Express Buss og Reisebyrå AS (heretter Arctic) av 21. oktober 2005 på Konkurransetilsynets avgjørelse.

I vår avgjørelse A2005-26 har Konkurransetilsynet gjort rede for sakens bakgrunn, for hvilken informasjon som er hentet inn og for saksbehandlingen. Saken ble ikke prioritert videre fordi saksbehandlingen hadde vist at NSB-konsernets priser på de aktuelle strekningene ikke medførte konkurransebegrensende virkninger.

Konkurransetilsynet begrunnet ikke i avgjørelsen hvorfor det ikke forelå konkurransebegrensende virkninger i saken. I og med at NSB-konsernets prising på de aktuelle strekningene faktisk har vært vurdert i en viss grad av Konkurransetilsynet, ser vi at det kunne vært på sin plass med en noe mer utførlig begrunnelse enn det som var tilfelle i vår avgjørelse A2005-26. Vi har på den bakgrunn valgt å fatte en ny avgjørelse, med en mer utførlig begrunnelse.

Rettslig utgangspunkt

Konkurranseloven § 11 nedlegger forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling, og er utformet etter mønster av EF-traktaten artikkel 82 og EØS-avtalen artikkel 54. Det understrekes i forarbeidene¹ til konkurranseloven at rettspraksis om de tilsvarende forbudene i EF-traktaten artikkel 82 og EØS-avtalen artikkel 54 vil veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelsen av innholdet i konkurranseloven § 11.

¹ Se Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68

Konkurranseloven § 11 første ledd oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at forbudet skal være overtrådt. For det første må foretaket ha en dominerende stilling, og for det andre må foretakets atferd innebære utilbørlig utnyttelse. Det er ikke forbudt i seg selv å ha en dominerende stilling i markedet, men konkurranseloven § 11 setter visse grenser for hvordan dominerende foretak kan opptre i markedet. Et dominerende foretak har et særlig ansvar for å unngå at dets atferd begrenser konkurransen.²

Dominerende stilling

Konkurransetilsynet fant at det relevante markedet består av ekspressbuss og tog på hver enkelt strekning, slik det også ble funnet i Konkurransetilsynets vedtak V2004-34.³

Markedsavgrensningen gir NSB-konsernet markedsandeler på over 90 prosent på alle tre strekningene Oslo – Trondheim, Oslo – Bergen og Oslo – Kristiansand. Videre går det frem av V2004-34 at det er betydelige etableringshindringer i markedet. Til sammen gir dette en presumsjon om at NSB-konsernet har dominerende stilling på de aktuelle strekningene etter konkurranseloven § 11.

Utilbørlig utnyttelse

Konkurranseloven § 11 forbyr ensidig atferd fra dominerende foretak som begrenser konkurransen i markedet. Avgjørende er om det dominerende foretaket opptre på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres.⁴

Konkurranseskadelig underprising innebærer at en dominerende aktør bevisst pådrar seg tap i en periode ved å prise sitt produkt så lavt at den marginale inntekten er under den marginale kostnaden. En slik atferd kan være rasjonell dersom konkurrenten trekker seg ut av markedet. Tapet i perioden med underprising vil kunne oppveies av fremtidige inntekter som følge av høyere pris.

Skillet mellom sunn priskonkurranse og forbudt underprising er utdypet gjennom praksis i EF-retten. Den grunnleggende rettskilde på området er AKZO-dommen.⁵ I dommens premiss 70 sier EF-domstolen at det er forbudt for et dominerende foretak å eliminere en konkurrent og derigjennom styrke sin markedsposisjon gjennom andre tiltak enn ytelsesbasert konkurranse. Det følger av AKZO-dommen at dersom et foretak setter sine priser så lavt at foretaket ikke dekker sine gjennomsnittlige variable kostnader, er det en sterk presumsjon for at foretaket foretar utilbørlig utnyttelse av dominerendes stilling. Dersom inntektene dekker de gjennomsnittlige variable kostnadene, men ikke de gjennomsnittlige totale kostnadene, foretar foretaket utilbørlig utnyttelse av foretakets dominerendes stilling dersom det i tillegg kan påvises at foretakets prissetting er ledd i en plan om å presse en konkurrent ut av markedet.

Konkurransetilsynet har hentet inn informasjon om NSB-konsernets inntekter og kostnader på strekningen Oslo – Kristiansand fra foretaket direkte. Det er også gjort undersøkelser av inntekter

² Se for eksempel sak 322/81 Michelin mot Kommisjonen (Michelin-dommen), premiss 57 og sak T-65/89 BPB Industries mot Kommisjonen, premiss 67.

³ V2004-34 ”Nettbuss Sør AS - Omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak V2004-29 om pålegg om opphør av rabattordninger på Sørlandsekspressen”.

⁴ Forenede saker 6 og sak 7/73 Commercial Solvents, premiss 25; sak 311/84 Télémarketing, premiss 27; og sak C-7/97 Bronner, premiss 38.

⁵ Sak C-62/86 AKZO Chemie BV mot Kommisjonen



og kostnader på hele NSB-konsernets regiontogvirksomhet i offentlig tilgjengelig informasjon via presseuttalelser, årsrapporter etc. fra NSB-konsernet.

Informasjonen som er hentet inn viser at ekspressbusstilbudet Oslo – Kristiansand dekker sine totale kostnader og derfor isolert sett ikke er ulovlig etter konkurranseloven § 11. Ekspressbusstilbudet og togtilbudet i samme konsern på samme strekning bør imidlertid ses i sammenheng.

For regiontogenes del har klager anført at NSBs minipristilbud på 150 kr på alle strekninger var problematisk. 150 kr-tilbudet ble innført 8. januar 2004. Forbudet mot misbruk av dominerende stilling trådte i kraft 1. mai 2004.

NSB-konsernet hadde et underskudd i persontogvirksomheten på 34 millioner kroner i 2004 og 153 millioner kroner i 2003. I NSBs årsrapport for 2003 står det at underskuddet er: *”oppstått først og fremst på drift av persontog på strekningene Dovrebanen, Bergensbanen og Sørlandsbanen mellom Kristiansand og Oslo, hvor staten ikke kjøper transporttjenester.”* I regnskapstallene som er innrapportert til Konkurransetilsynet dekker ikke NSB sine totale kostnader. NSB ser dermed ut til å ha gått med tap.

Siden 1. mai 2004 er to ekspressbussruter på de aktuelle strekningene lagt ned. HSD Buss AS, A/S Jotunheimen og Valdresrutens Bilselskap, Sogn Billag L/L og Nettbuss Ringerike AS har lagt ned sin felles rute Oslo – Bergen 7. november 2005 og Nettbuss Trøndelag AS lagt ned sin rute Oslo – Trondheim 7. november 2005. Det har dermed vært aktører som har avsluttet sine operasjoner på de aktuelle strekningene i perioden etter at forbudet mot misbruk av dominerende stilling trådte i kraft.

Som følge av at NSB har gått med tap og at aktører har trukket seg fra markedet, er det undersøkt om det finnes en annen rasjonell forklaring på tapet enn at NSB forsøker å presse ut konkurrenter. NSB har anført at formålet med de lave prisene på enkelte av billettene er å utnytte kapasiteten bedre og å snu en negativ trend i trafikk tallene.

Årsregnskapet til NSB viser at selskapet har opplevd en resultatforbedring på regiontogene fra 2003 til 2004, dvs. linjene der 150 kr minipris på enkelte billetter var tilbudt fra 8. januar 2004. En resultatforbedring vil sjelden være sammenfallende med en predasjonsatferd. NSB-konsernet har gjennom Nettbuss vært involvert i begge ekspressbussrutene som ble nedlagt på de aktuelle strekningene. Foretaket kan neppe ha hatt som mål å eliminere konkurransen fra seg selv.

Konkurransetilsynet anser det som sannsynlig at formålet med prispolitikken er å bedre inntjeningen på kort sikt. NSB-konsernets prispolitikk har derfor etter Konkurransetilsynets vurdering neppe hatt konkurransebegrensende virkninger i strid med konkurranseloven § 11.

Konklusjon

Konkurransetilsynet finner ikke å kunne prioritere ytterligere ressurser til undersøkelse av NSB-konsernets prising.

Konkurransetilsynet vil understreke at en avgjørelse om ikke å prioritere videre behandling fra Konkurransetilsynets side ikke gir NSB-konsernet mulighet til en hvilken som helst markedsatferd. Foretaket er underlagt bestemmelsene i konkurranseloven § 11 uavhengig av at Konkurransetilsynet i denne omgang har vurdert saken som beskrevet ovenfor.

Vi gjør oppmerksom på at foretak som mener seg rammet av en overtredelse av konkurranseloven § 10 eller § 11 selv kan forfølge saken ved å reise sak for domstolene. Man er således ikke



avhengig av at Konkurransetilsynet skal involvere seg i saken og eventuelt gripe inn for å kunne beskytte seg mot en overtredelse.

Dersom Arctic fortsatt ønsker å påklage avgjørelsen om å ikke gripe inn mot NSB Persontogs og Nettbuss Sør AS' prising på de aktuelle strekningene, ber vi om at det sendes en ny klage. Avgjørelsen kan påklages innen tre uker. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. Forøvrig vises til vedlagte skjema "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak".

Med hilsen

Eivind Kloster-Jensen (e.f.)
avdelingsdirektør

Karl Rikard Løvhaug
førstekonsulent

Vedlegg:

1 Skjemaet "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak"

Kopi til:

Wikborg, Rein & Co	Postboks 1513 Vika	0117	Oslo
NSB Persontog		0048	Oslo
Nettbuss Sør AS	Postboks 158	4801	Arendal
Arctic Express Buss og Reisebyrå AS	Gamle Snarøyvei 21 b	1367	Snarøya
Risdal Touring	Verksmoen	4735	Evje
A/S Jotunheimen og Valdresruten Bilselskap	Jernbaneveien 30	2900	Fagernes
Østerdal Billag	Elvegata 2	2500	Tynset
Nettbuss Trøndelag	Osloveien 129	7018	Trondheim

Mottakere:

Advokatene Skøyen, Medalen & Wangensten-Øye
Rådhusgata 23 B
0158
Oslo