



BA-HR

Postboks 1524 Vika
0117 Oslo

Deres ref.: #552135/1 Vår ref.: 2004/492
MA2-M4 KRLO 521.4

Saksbeh.:

Dato: 22. desember 2004

■ **Nettbuss Sør AS - Omgjøring av Konkurransetilsynets vedtak V2004-29 om pålegg om opphør av rabattordninger på Sørlandsekspressen**

V2004-34

Konkurransetilsynet viser til Deres brev av 10. september 2004, hvor De på vegne av Nettbuss Sør AS klager på Konkurransetilsynets vedtak V2004-29 av 19. juli 2004.

Det påklagede vedtaket ble fattet av Konkurransetilsynet med hjemmel i konkurranseloven § 12 jf. § 11, og lyder som følger:

”Nettbuss Sør AS pålegges å opphøre med bruk av tur-returrabatt og kundekortrabatt på ekspressbussene som trafikkerer hele eller deler av strekningen mellom Oslo og Kristiansand. Innføring av andre rabatter som har tilsvarende virkning eller formål vil også være forbudt.

Vedtaket trer i kraft straks. Nettbuss Sør AS pålegges å redegjøre for sin oppfyllelse av vedtaket overfor Konkurransetilsynet innen 26. august 2004.

Vedtaket gjelder i fem år fra ikrafttredelse.”

På bakgrunn av klagen har Konkurransetilsynet foretatt en ny vurdering av saken. Som det vil fremgå nedenfor er tilsynet kommet til at verken tur-retur-rabatten eller kundekortrabatten som tilbys av Nettbuss Sør AS er i strid med konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet tar klagen til følge og opphever det påklagede vedtaket med hjemmel i forvaltningsloven § 33 annet ledd.

1 Innledning

Bakgrunn for saken

Nettbuss Sør AS (Nettbuss) var inntil mai 2002 eneste selskap med ekspressbussvirksomhet på strekningen Kristiansand – Oslo. Nettbuss driver Sørlandsekspressen, som går innom de større byene langs Sørlandskysten. Risdal Touring AS (Risdal) fikk i mars 2002 konsesjon for å starte

ekspressbussrute, og startet kjøring på strekningen 15. mai 2002 under merkenavnet Konkurrenten.no. Denne ruten kjører praktisk talt E18 direkte fra Kristiansand til Oslo.

Inntil omleggingen av takststrukturen som følge av det påklagede vedtaket fra Konkurransetilsynet hadde Nettbuss blant annet en tur-retur-rabatt og en kundekortrabatt på Sørlandsekspressen. For en reise mellom Kristiansand og Oslo ga tur-retur-rabatten et avslag i forhold til full pris på 29 prosent for voksenbilletter og 8 prosent for billetter til barn, studenter og honnør. Rabatten kunne brukes sammen med alle andre rabatter, med unntak av kundekortrabatten hos Nettbuss. Omtrent [...] ¹ prosent av voksenbillettene på Sørlandsekspressen ble solgt med tur-retur-rabatt, jf. brev fra Nettbuss 11. juli 2003.

Kundekortrabatten var et tilbud gjennom Nor-Way Bussekspress, som Nettbuss er en del av. Kundekortet koster 450 kroner for kalenderåret og ga 33 prosent rabatt på fullpris voksen enkeltbillett med minimum reisestrekning 100 km. Kundekortrabatten og tur-retur-rabatten var gjensidig utelukkende, det vil si at det ikke ble gitt kundekortrabatt på tur-retur-billetter.

Konkurransetilsynet sendte 10. juni 2004 ut et varsel om pålegg om opphør av tur-retur-rabatten og kundekortrabatten på Sørlandsekspressen. Nettbuss fremmet sine merknader til varselet i brev av 5. juli 2004. Konkurransetilsynet mottok også merknader i saken fra Risdal i notat av 13. juli 2004. Konkurransetilsynet fattet 19. juli 2004 det påklagede vedtaket. Vedtaket skulle etter sin ordlyd tre i kraft straks. Fylkeskommunen skal imidlertid godkjenne ekspressbussenes takstendringer. Nettbuss ba i brev av 28. juli 2004 om utsatt iverksetting av vedtaket inntil slik godkjenning forelå. Konkurransetilsynet ga utsettelse i brev av 2. august 2004, jf. forvaltningsloven § 42. Utover dette ble det ikke anmodet om utsatt iverksetting, og de nye takstene uten rabattordningene ble innført 16. august 2004.

Fristen for å påklage vedtaket var tre uker. Klagefristen ble etter anmodning fra Nettbuss først forlenget til 20. august og deretter til 4. september 2004. Som følge av bytte av advokat i saken ble det anmodet om ytterligere utsatt klagefrist, og slik utsettelse ble innvilget til 10. september 2004. Klagen er således rettidig.

Aktørene

Nettbuss Sør AS kjører rute- og ekspressbuss i Agderfylkene og Telemark. I tillegg har selskapet egen turbilavdeling. Driftsinntektene for selskapet var 232 millioner kroner i 2002 og resultatet før skatt var 10 millioner kroner. Nettbuss Sør AS har rundt 175 busser. Nettbuss Sør AS er et heleid datterselskap av Nettbuss AS, som igjen er et heleid datterselskap av NSB AS. Nettbuss AS er i dag Norges største busselskap. På strekningen Kristiansand – Oslo kjører NSB-konsernet dermed både tog og ekspressbuss.

Risdal Touring AS holder til på Evje i Aust-Agder og driver turoperatørvirksomhet, utleie av turbuss og ekspressbusskonseptet Konkurrenten.no. Risdal kjører én ekspressbussrute, strekningen Kristiansand – Oslo. Selskapet har også lokalruterettigheter i Aust-Agder. Risdal har 12 busser.

2 Klagers anførsler

I sin klage på Konkurransetilsynets vedtak hevder Nettbuss at vilkårene for å påby opphør i medhold av konkurranseloven § 12 jf. § 11 ikke er oppfylt.

¹ Unntatt fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 5 a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Nettbuss bestrider for det første at foretaket har en dominerende stilling. Selskapet mener at Konkurransetilsynets markedsavgrensning er for snever. Dessuten mener Nettbuss at foretaket ikke er dominerende, selv med en snever markedsavgrensning.

Nettbuss hevder for det andre at Konkurransetilsynet ikke har vist at rabattene utgjør en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling. Selskapet mener at de foreliggende rabattene utgjør lovlige kvantumsrabatter, ikke ulovlige lojalitetsrabatter. Nettbuss peker i denne forbindelse på at det stilles strenge beviskrav for å godtgjøre at en rabatt har utestengende virkninger.

Nettbuss anfører for det tredje at vedtaket er et uforholdsmessig inngrep. I tillegg mener selskapet at Konkurransetilsynets forbud mot rabatter med tilsvarende virkning er for vagt og omfattende, og at behovet for varighet på fem år ikke er drøftet.

Uansett om rabattene skulle virke utestengende på konkurrenter, mener Nettbuss at rabattene fører til effektivitetsgevinster, og at de derfor likevel må være lovlige.

Nettbuss hevder at tilsynet har begått saksbehandlingsfeil som kan ha virket inn på vedtakets innhold, slik at vedtaket er ugyldig, jf. forvaltningsloven § 41.

Nettbuss mener at Konkurransetilsynet ikke har oppfylt sin utredningsplikt etter forvaltningsloven § 17. Konkurransetilsynet har ikke innhentet nødvendige faktiske opplysninger, rabattenes konkurransemessige virkninger er ikke i tilstrekkelig grad analysert og virkningene av pålegget i vedtaket er ikke tilstrekkelig vurdert.

Nettbuss anfører også at vedtaket er mangelfullt begrunnet.

3 Konkurransetilsynets kompetanse ved behandling av klagen

Konkurransetilsynet kan i medhold av forvaltningsloven § 33 annet ledd endre vedtaket dersom tilsynet finner klagen begrunnet.

Konkurransetilsynet kan med hjemmel i konkurranseloven § 12 første ledd pålegge et foretak som overtrer forbudet i konkurranseloven § 11 å bringe overtredelsen til opphør. Tilsynet påla i vedtak V2004-29 Nettbuss å opphøre med å benytte tur-retur-rabatter og kundekort, da disse rabattformene ble funnet å være i strid med konkurranseloven § 11.

Konkurransetilsynet har etter en ny vurdering funnet grunnlag for å omgjøre vedtaket. Konkurransetilsynet har funnet at verken tur-retur-rabatten eller kundekortrabatten utgjør en utilbørlig utnyttelse av selskapets dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11.

4 Vurdering av påståtte sakshandlingsfeil

Nettbuss har anført at Konkurransetilsynet ikke har oppfylt sin utredningsplikt og at det påklagede vedtaket er mangelfullt begrunnet.

I henhold til forvaltningsloven § 17 første ledd har Konkurransetilsynet plikt til å påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at utredningsplikten etter § 17 er oppfylt. Det er innhentet informasjon om markedet og alternative reisemåter fra Nettbuss, konkurrerende ekspressbusselskap og andre kilder. Informasjon om rabattene er hentet direkte fra Nettbuss, Internett og annet markedsføringsmaterieell som partene har benyttet. Nettbuss er også blitt varslet i samsvar med forvaltningsloven § 16 og kommenterte varselet i brev av 5. juli 2004. Tilsynet har tatt i betraktning og vurdert betydningen av all informasjon som er fremskaffet og basert sine vurderinger på dette.

Forvaltningsloven § 25 krever at det i begrunnelsen for vedtaket skal vises til de regler vedtaket bygger på, de faktiske forhold som legges til grunn for vedtaket og de hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøvelsen av det forvaltningsmessige skjønn. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at det påklagede vedtaket oppfyller de krav som forvaltningsloven oppstiller til begrunnelse.

Med det resultatet Konkurransetilsynet er kommet til, er det ikke nødvendig med en ytterligere behandling av klagers anførsler om saksbehandlingsfeil.

5 Konkurranseloven § 11

Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å utilbørlig utnytte sin stilling. Bestemmelsen lyder i sin helhet:

§ 11 Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,*
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

Konkurranseloven § 11 er utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82. Det understrekes i forarbeidene til konkurranseloven at EF-domstolens og Førsteinstansdomstolens praksis om det tilsvarende forbudet i EF-traktaten artikkel 82 vil veie tungt som rettskilde ved den nærmere fastsettelse av omfanget av konkurranseloven § 11.²

Bestemmelsens 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 virker hemmende på konkurransen.³

6 Avgrensning av det relevante markedet

For å kunne vurdere sakens konkurransemessige virkninger må Konkurransetilsynet ta stilling til hvilke markeder som berøres. Generelt vil en kjøper ta beslutninger basert på egenskaper ved produktene og tilbyderens lokalisering. Derfor avgrenses et såkalt relevant marked, som vanligvis deles inn i det relevante produktmarkedet og det relevante geografiske markedet. I avgrensningen av det relevante marked vil Konkurransetilsynet hente veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked.⁴

Avgrensningen av det relevante produktmarkedet tar utgangspunkt i hvorvidt etterspørerne anser produkter som innbyrdes substituerbare. Med substituerbarhet menes at etterspørerne vurderer et

² Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), s. 68.

³ Sak 322/81 Michelin mot Kommisjonen (heretter Michelin I), premiss 57.

⁴ EF-Tidende 1998 L 200/48 og EØS-tillegget 1998 28/3, C 372 av 9. desember 1997.

sett produkter å dekke samme behov basert på produktenes egenskaper, priser eller anvendelsesformål. Jo bedre substitutt et produkt er til produktet vi ser på, desto større er sannsynligheten for at dette produktet inkluderes i det relevante produktmarkedet.

Det aktuelle produktet er transport av passasjerer med ekspressbuss på ruten mellom Oslo og Kristiansand, og dette er utgangspunktet for avgrensingen av det relevante produktmarkedet. Ekspressbussrutene blir ikke finansiert av det offentlige. Det er dermed klart at etterspørerne vil være de reisende.

Sluttbrukernes underliggende behov i dette tilfellet er transport på strekningen mellom Oslo og Kristiansand. Dette behovet kan søkes tilfredstilt ved hjelp av flere ulike transportmidler. For persontransport er det ikke tilstrekkelig at ulike transporttilbud er teknisk substituerbare for at de skal inkluderes i samme marked. For å avgjøre om de alternative tilbudene inngår i det relevante produktmarkedet må det vurderes om foretakenes kunder vil bytte til alternative transportmidler som reaksjon på en hypotetisk, liten (fra fem til ti prosent), men permanent økning i prisen på buss. Hvis substitusjon til et alternativt transportmiddel vil være nok til å få prisøkningen til å bli ulønnsom som følge av tapt omsetning, vil det alternative transportmidlet inngå i det relevante markedet. Denne testen vil bli gjentatt inntil man står igjen med ett sett produkter der små, varige prisøkninger vil være lønnsomme. En har da inkludert i det relevante markedet alle de produkter som representerer et tilstrekkelig konkurransepress på produktet det tas utgangspunkt i, i dette tilfellet ekspressbusstjenester. Testen kalles SSNIP-testen.⁵

I det følgende drøftes hvilke transportformer som skal inkluderes i det samme markedet som en ekspressbussrute.

Ulike ekspressbusstilbydere

Ekspressbusstilbudene på strekningen Kristiansand – Oslo er gode alternativer for de reisende. Etter Konkurransetilsynets vurdering må ekspressbusstilbyderne på denne strekningen anses for å være i det samme relevante markedet.

I prinsippet kan to ekspressbusstilbud gjøres så ulike at substituerbarheten reduseres. Dette kan for eksempel skje ved at de ulike tilbydernes avgangstider ligger langt unna hverandre. To tilbydere kan også ha manglende incentiver til å konkurrere på enkeltstrekninger dersom de har ulike endestasjoner, og endestasjonstrafikken er viktig for ruten som helhet. I denne saken foreligger det imidlertid etter tilsynets vurdering ikke slike omstendigheter som får betydning for markedsavgrensningen.

Intermodal konkurranse

Selv om ulike ekspressbusstilbud er i samme marked, er det ikke sikkert at en hypotetisk, liten, men varig prisøkning vil være lønnsom ved en monopolisering av ekspressbusstilbyderne. Årsaken vil være gode substitusjonsmuligheter til andre transportformer. Disse transportmidlene må da inkluderes i det relevante markedet. Konkurranse mellom ulike transportformer kalles intermodal konkurranse. Alternativene til ekspressbusstransport mellom Oslo og Kristiansand er transport med tog, fly og privatbil.

Dersom en ekspressbusstilbyder blir utsatt for tilstrekkelig konkurranse på en rute, vil tilbyderen være tvunget til å sette en pris helt ned mot sine egne kostnader. Denne prisen vil være lavere enn prisen tilbyderen kunne sette i en monopolsituasjon. SSNIP-testen skal strengt tatt undersøke om en 5 til 10 prosent økning fra den kostnadsbaserte prisen vil være lønnsom. Dersom den gjeldende prisen ikke er satt under tilstrekkelig konkurranse, kan imidlertid prisen være så høy at en ytterligere prisøkning uansett vil føre til substitusjon til andre transportformer, selv om de egentlig ikke er med i det relevante marked.

⁵ SSNIP er forkortelse for “Small but Significant and Non-transitory Increase in Price”.

Transportøkonomisk institutts rapport 555/2002 "Den nasjonale persontransportmodellen, versjon 5" ga følgende elastisiteter for 1998 for reiser over 100 km der man økte billettprisen på buss med 10 prosent:

Bil	0,010
Buss	-0,374
Båt	0,022
Tog	0,015
Fly	0,012
Totalt	-0,003

Bussens egenpriselasitet skal altså være -0,374. Det betyr at hvis billettprisen på bussreiser øker med 10 prosent så vil antall busspassasjerer falle med 3,74 prosent. Hvis gjennomsnittlig billettpris i utgangspunktet er 200 kroner og antall reisende er 2000, er total omsetning 400 000 kroner. Dersom prisen økes til 220 kroner, vil antall reisende falle til cirka 1925, og total omsetning vil bli 423 544 kroner. Færre reisende kan ikke føre til høyere totale kostnader, noe som tyder på at overskuddet også øker. At krysspriselasiteten til bil er 0,010 betyr at antall reisende med bil på strekningen vil øke med 1 promille når bussprisen øker med 10 prosent.

Tallene viser at etterspørselen etter bussreiser er relativt uelastisk, noe som tilsier at buss er et eget produktmarked. Videre er substitusjonsmulighetene beskjedne overfor båt, tog, fly og bil.

Siden dataene er fra 1998, altså før ekspressbussmarkedet ble liberalisert, gir de ikke tilstrekkelig informasjon om de faktiske konkurranseforholdene i dag. Derfor ser vi på prisdifferanser, brukere, produktkarakteristikker og fleksibilitet – og tolker slike data i lys av SSNIP-testen.

For å se hvordan den intermodale konkurransen virker, har Konkurransetilsynet samlet data om utvalgte ekspressbustrekninger i nettet til Nor-Way Bussekspress (NBE).⁶ Dataene gjelder fullprisbilletter. Vi har dermed ikke tall for den gjennomsnittlige pris for en passasjer på hver strekning. Gjennomsnittsprisen vil være avhengig av hvor store rabatter som innrømmes, og hvor mange som kan benytte rabattene. Imidlertid forutsettes det at fullpris er en god indikasjon på gjennomsnittspris. Data for gjennomsnittspris på enkeltstrekninger er, etter det tilsynet kjenner til, svært ressurskrevende for busselskapene å fremskaffe, i motsetning til gjennomsnittsprisen på hele ruten.

Prisene er gjengitt i tabell 1, der rutene er rangert ut fra pris per kilometer. For hver rute har vi angitt hva prisen per kilometer på strekningene er, hvorvidt det er konkurranse fra andre ekspressbusselskaper og hvilke andre transportformer som er representert. Dette gjør det mulig å få en indikasjon på om lav pris kan ha sammenheng med at det er konkurranse mellom ekspressbusser og eventuelt tilbud fra andre transportformer. Distansen på strekningen er også tatt med, da prisen per kilometer antakelig vil falle med reisens lengde. Ett kryss betyr at transportformen er representert på strekningen. Kryss med parentes betyr i dette tilfellet at togene korresponderer med buss den siste delen av strekningen. Eventuelle hurtigbåttilbud er ikke tatt med, da denne transportformen ikke er representert på Oslo – Kristiansand.

⁶ Priser er innhentet 22. november 2004 fra hjemmesiden til Norway Bussekspress (NBE) (se www.nor-way.no), fra NBEs rutetabell og fra ruteopplysningen 177.

Tabell 1. Priser på ulike ekspressbussruter

Strekning	Distanse, km	Makspris NBE	Pris per kilometer	Antall avganger per uke	Annen ekspress- buss	Tog	Fly	Bil
Oslo – Røros – Trondheim	557	290	0,52	19	x	x	x	x
Oslo – Dombås – Trondheim	546	290	0,53	4	x	x	x	x
Oslo – Bergen (E16 Xpressen)	519	290	0,56	4	x	x	x	x
Oslo – Otta	295	195	0,66	13	x	x		x
Oslo – Stryn – Måløy	585	390	0,67	21			x	x
Oslo – Ålesund	569	390	0,69	14			x	x
Oslo – Molde	508	390	0,77	14		(x)	x	x
Oslo – Førde	473	390	0,82	21			x	x
Oslo – Ørsta (natt)	570	490	0,86	7			x	x
Oslo – Kristiansand	330	290	0,88	57	x	x	x	x
Oslo – Haugesund	479	450	0,94	21			x	x
Bergen – Trondheim	735	803	1,09	14			x	x
Oslo – Tyin (E16 Xpressen)	262	290	1,11	4				x
Lillehammer – Bergen	454	515	1,13	7			x	x
Kristiansand – Sarpsborg	330	380	1,15	14				x
Oslo – Stavanger (sommerrute)	493	580	1,18	7		x	x	x
Oslo – Tyin (Valdressekspressen)	264	320	1,21	21				x
Oslo – Ørsta (dag)	570	725	1,27	12			x	x
Oslo – Trysil	222	285	1,28	49				x
Oslo – Kristiansund	598	782	1,31	7		(x)	x	x
Stavanger – Kristiansand	255	350	1,37	26		x	x	x
Bergen – Førde – Ålesund	385	544	1,41	13			x	x
Kristiansund – Oppdal	176	267	1,52	27				x
Trondheim – Ålesund	307	488	1,59	14			x	x
Bergen – Stavanger	199	390	1,96	84	x		x	x

Av tabellen ser vi for eksempel at de fire billigste rutene målt i pris per kilometer er karakterisert ved at det både er konkurranse fra andre ekspressbusser og fra tog, noe som i liten grad er til stede på andre ruter. Det er kun to andre ruter hvor det er konkurranse fra andre ekspressbusser, og det er kun tre andre ruter hvor det er togtilbud på hele strekningen. Det tyder på at konkurranse fra andre ekspressbusstilbydere og fra tog gjør at prisen faller. Nettbuss kjører ekspressbuss på mange strekninger der toget også kjører, noe som gjør at en må være forsiktig med å karakterisere togtilbudet som konkurranse. Bil er naturligvis representert på alle strekningene og fly på de fleste, noe som indikerer at fly og bil har begrenset innvirkning på prisen.

Det må også tas forbehold om at konkurranse ikke utelukkende fører til lavere priser. Etableringer i markedet kan også føre til bedre tilbud i form av høyere avgangsfrekvens.

Prisvariasjoner kan ha andre årsaker i tillegg til konkurranseintensitet og distanse. På strekningen mellom Bergen og Stavanger må bussen transporteres med ferge to ganger over lange strekninger, noe som kan medvirke til den høye kilometerprisen. På strekningen Trondheim – Ålesund er det nødvendig med fergetransport over én lang og én kort strekning. På strekningene Bergen – Ålesund, Kristiansand – Sarpsborg, Bergen – Trondheim, Oslo – Førde og Oslo – Molde er det kortere fergeetapper. Bompenger øker også kostnadene på noen strekninger. Kostnaden ved å kjøre en buss en kilometer er heller ikke konstant, men varierer med veistandard.

Etterspørselsforhold kan gjøre at kilometerprisen varierer mellom strekninger. På ruter med et lite trafikkgrunnlag kan det være vanskelig å fylle opp bussene, slik at tilbyderne ikke når den minste effektive skala. Det er heller ikke enkelt å kompensere lavt trafikkgrunnlag med færre avganger, fordi dette vil gjøre det mindre attraktivt å reise, noe som gjør at totalt antall reisende igjen faller.

Imidlertid ser man av tabellen over at det ikke er de dyreste strekningene som har færrest avganger, ei heller motsatt. Selv om det kan være mange årsaker til prisforskjellene, mener Konkurransetilsynet at variasjonene er så store at konkurranseintensitet nødvendigvis spiller en viktig rolle.

Konkurransetilsynet sammenholder informasjonen ovenfor med egenskaper ved og bruk av de ulike transportformene for å trekke robuste konklusjoner om det relevante markedet.

Tog

Transport med tog kan for mange reisende oppfattes som et nært substitutt til ekspressbuss på parallelle strekninger. Dette er avhengig av kundens preferanser når det gjelder pris, reisetidspunkt og på- og avstigningssted. Tog har for mange reisende litt høyere komfort og kan ha kortere reisetid. Derfor ligger betalingsvilligheten for tog antakelig noe over den for ekspressbuss.

Med parallelle strekninger menes at to kollektive transporttilbydere har flere felles stoppesteder, eller at stoppestedene ligger i nærheten av hverandre. Styrken på konkurransen fra tog er antakelig litt svakere enn fra andre ekspressbussoperatører. For eksempel kan toget i begrenset grad svare på en frekvensøkning fra konkurrerende ekspressbussruter, eller det kan vise seg at kostnadene per personkilometer er veldig forskjellige for buss og tog.

Dersom prisen på buss øker med 5 til 10 prosent kan ikke Konkurransetilsynet utelukke at en prisøkning vil bli ulønnsom fordi tilstrekkelig mange reisende vil bytte til et konkurrerende togtilbud. På helt eller delvis parallelle strekninger anses ekspressbuss og tog som substituerbare. Konkurransetilsynets vurdering er derfor at tog må inkluderes i det relevante markedet.

Fly

Substitusjonsmulighetene fra ekspressbuss til fly vil være like for mange av landets ekspressbussruter. Årsaken er at flytilbudet er relativt ensartet, med store nasjonale aktører som konkurrerer mot hverandre på flere ruter. Dersom fly var i samme relevante marked som ekspressbuss, ville ekspressbussprisene tendere mot samme nivå på disse rutene. SAS Braathens og Norwegian konkurrerer i Sør-Norge på rutene Oslo – Bergen, Oslo – Trondheim, Oslo – Stavanger og Bergen – Trondheim. Det er flere ekspressbussoperatører på Oslo – Bergen og Oslo – Trondheim, men ikke på Bergen – Trondheim og Oslo – Stavanger. Tabellen over viser at prisen per kilometer ligger vesentlig høyere på de to siste strekningene. På resten av flystrekningene er SAS-konsernet eneoperatør. Også her er det betydelig variasjon i billettprisen på ulike ekspressbussruter. Dette tyder på at fly ikke representerer tilstrekkelig konkurranse til ekspressbussene til å kunne inkluderes i det relevante marked.

For å undersøke denne konklusjonen har Konkurransetilsynet også vurdert egenskaper ved de aktuelle produktene, herunder graden av produkt differensiering, mellom buss og fly.

Etter at Norwegian startet flyginger i Norge har flyprisene gått ned, og de absolutte prisforskjellene mellom fly, tog og buss er ikke lenger så store. Ved flyreiser påløper det imidlertid kostnader knyttet til transport til og fra lufthavnene, som fordyrer reisen. Billige flybilletter må videre bestilles relativt lang tid i forveien, da det kun finnes et begrenset antall. Bussene har derimot plassgaranti, flere stoppesteder og passasjerene må vanligvis betale samme pris hver gang de reiser. Reisende vil ha en høyere betalingsvillighet for å benytte fly, siden fly bruker vesentlig kortere tid enn både buss og tog. Derfor blir også den relative prisforskjellen mindre enn den absolutte prisforskjellen. På enkelte strekninger kan fly og ekspressbuss være gode alternativer for noen av de reisende. Dette gjelder der det går fly i rute mellom reisens start- og endepunkt. I de fleste tilfeller vil likevel ekspressbuss og fly ikke være reelle substitutter for den enkelte busspassasjer, fordi reise med fly er dyrere og mindre fleksibelt.

Nettbuss anfører at det ikke er korrekt å utelukke fly fra det relevante markedet når det gjelder endepunkttrafikken, det vil si hele strekningen mellom Oslo og Kristiansand. Nettbuss mener at pris og tidsbruk ikke kan benyttes som argument for å utelukke fly fra det relevante produktmarkedet. Årsaken er blant annet at kortere reisetid for fly gjør at kundene er villige til å betale en noe høyere pris for å reise med fly enn for å reise med buss. Videre er det ikke til hinder for om busspassasjerer kan tenkes å velge fly som alternativ, at det går raskere å fly enn å ta buss. Nettbuss viser også til at tilgjengelig data indikerer at Norwegians inntreden på ruten Oslo – Trondheim har ført til færre reisende med toget på samme strekning, noe som taler for at fly må tas med i det relevante markedet.

Konkurransetilsynet er enig i at busspassasjerer kan tenkes å velge fly som alternativ til ekspressbuss, og at tidsbruk ikke kan brukes som argument for å utelukke fly fra det relevante markedet. Dersom det legges til grunn at man må reise fra Kristiansand sentrum én time før flyet går fra Kjevik, og at man ankommer Oslo sentrum én time etter at flyet lander på Gardermoen, vil turen fra Kristiansand til Oslo ta 2 timer og 45 minutter. Sørlandsekspressen bruker 5 timer og 15 minutter på samme turen. Det vil si at man sparer 2 timer og 30 minutter på å fly - en forholdsvis betydelig tidsbesparelse.

Konkurransetilsynet er også enig i at effekten av lavere priser med fly på en strekning, alt annet gitt, kan føre til flere flypassasjerer, og færre reisende med ekspressbuss og tog. Hvorvidt dette fører til at produktene skal inkluderes til samme marked eller ikke, avhenger av hvor sterk denne effekten er.

Den billigste flybilletten Oslo – Kristiansand tur-retur koster 729 kroner.⁷ Denne billetten må bestilles en tid i forveien, og den er ikke fleksibel. Den billigste fleksible billetten tur-retur koster 2362 kroner. Full pris tur-retur med Sørlandsekspressen koster 580 kroner, denne billetten er helt fleksibel. Det vil si at differansen mellom den billigste flybilletten og den dyreste bussbilletten er 149 kroner. I tillegg påløper kostnader for transport til og fra flyplassene. Det finnes kun et begrenset antall billige billetter, og de må ofte bestilles god tid i forveien. De fleste reisende må derfor regne med å betale mer. Dersom man har rett til rabatt for student, honnør eller verne- og siviltjenestepliktig personell blir bussbilletten enda billigere.

Fly er noe raskere, men dyrere og mindre fleksibelt enn ekspressbuss mellom Oslo og Kristiansand. På bakgrunn av store ulikheter i billettpris per kilometer mellom ulike ekspressbussruter i landet og graden av produkt differensiering, anser ikke Konkurransetilsynet fly som egnet til å inkluderes i det relevante markedet.

Privatbil

Transport med privatbil er ingen forretningstransaksjon mellom kjøpere og selgere, og skiller seg derfor fra de andre alternativene til ekspressbuss. Vi har likevel valgt å drøfte hvorvidt transport med privatbil er en del av det relevante markedet.

Substitusjonsmulighetene mellom ekspressbuss og privatbil vil være tilnærmet like for alle landets ekspressbussruter, fordi tilgangen til bil er praktisk talt lik over hele landet. Dette tilsier at dersom privatbil var i det samme relevante markedet som ekspressbussen, ville prisene på reiser med ekspressbuss tendere mot det samme nivået over hele landet. Erfaringene fra hva som har skjedd etter at ekspressbussmarkedet ble liberalisert viser imidlertid at konkurranse mellom flere ekspressbussoperatører fører til lavere priser, se tabellen over. Det er dermed lite sannsynlig at privatbilen representerer tilstrekkelig konkurranse overfor ekspressbussen til å inkluderes i det relevante markedet.

⁷ Pris fra SAS Braathens' hjemmeside 17. november 2004.

For å undersøke vår konklusjon basert på forskjeller i priser på ekspressbuss har Konkurransetilsynet også her sett nærmere på variasjoner i egenskaper og bruk mellom buss og bil.

Bilen er et mer skreddersydd og fleksibelt tilbud enn ekspressbuss. Bilreisen kan i større grad tilpasses den reisendes behov med hensyn til blant annet avgangstid, pauser og håndtering av bagasje. Videre vil transport med privatbil gå dør-til-dør og dermed ofte være raskere. Sett fra den reisendes synspunkt er bilen mer fleksibel enn ekspressbussen og derfor mer attraktiv.

Imidlertid har mange ikke mulighet til å reise med privatbil. Den er for det første dyr i bruk og anskaffelse, og man må ha førerkort for å kjøre den. Derfor er tilgjengeligheten begrenset. I noen tilfeller kan man ha mulighet til å sitte på med andre. Dette kan være billig og krever ikke førerkort, men da forsvinner samtidig noe av fleksibiliteten. Mange reiser trolig med ekspressbuss fordi de ikke har muligheten til å reise med personbil.

Nettbuss anfører at bruk av privatbil i større eller mindre grad er et substituerbart produkt i forhold til bussreiser, i den forstand at dersom en busstransportør øker prisen, vil dette kunne resultere i at en del av de bussreisende velger å benytte privatbil i stedet.

Nettbuss anfører at bussreisende vil kunne velge privatbil som alternativ, og at bilens større fleksibilitet ikke er til hinder for substitusjon.

Nettbuss viser til en rapport fra konsulentselskapet Hjellnes COWI om konkurranseflater for ekspressbuss.⁸ Deres datamateriale viser at for noen ekspressbussruter valgte 32 prosent av de reisende å reise med bil på siste tilsvarende reise, 20 prosent overveide å bruke bil på reise og 47 prosent av passasjerene ville reist med bil dersom ekspressbussruten ikke hadde eksistert.

Nettbuss viser også til en undersøkelse Norsk Gallup nylig har gjennomført for Nettbuss-konsernet. Den viser at 41 prosent av brukerne på TIMEkspressen ville bytte til personbil dersom de skulle slutte å reise med buss. TIMEkspressen er mellomlange ekspressbussruter rundt Oslo og Trondheim.

Til tross for at mange kunder ikke har adgang til å benytte bil, vil det likevel alltid finnes kunder som betrakter tilbudet med bil og tilbudet med buss som mer eller mindre likeverdige. Konkurransetilsynet er derfor enig i Nettbuss' anførsel om at noen bussreisende kan tenkes å velge privatbil som alternativ. Tilbyderen av det minst fleksible produktet vil vanligvis ha mindre mulighet til å utøve markedsrett. Bil er imidlertid bare mer fleksibelt så lenge man har tilgang til den. Det forholder seg som nevnt slik at mange ikke har mulighet til å reise med personbil.

Begge undersøkelsene Nettbuss referer til viser at personbil det viktigste alternativet for en betydelig andel av ekspressbusspassasjerene. Datamaterialet viser likevel at en enda større andel (59 prosent) ikke har privatbil som et alternativ. Dette trekker i retning av at substitusjonsmulighetene fra ekspressbuss til bil er begrensede.

De to undersøkelsene som Nettbuss refererer til viser hva som ville hendt dersom en ekspressbussrute falt bort. Når vi undersøker det relevante markedet ser vi på hva som ville hendt, dersom billettprisen økte med fem til ti prosent. Resultatene fra undersøkelsene har derfor begrenset overføringsverdi til denne aktuelle saken.

På bakgrunn av store ulikheter i billettpris per kilometer mellom ulike ekspressbussruter i landet og graden av produkt differensiering, anser Konkurransetilsynet heller ikke privatbil som egnet til

⁸ Hjellnes COWI: Evaluering av konkurranseflater for ekspressbussruter, rapport utarbeidet for Samferdselsdepartementet, juli 1999, s. 45-46.

å inkluderes i det relevante markedet. De totale substitusjonsmulighetene fra buss til bil vil være så små at en økning på 5 til 10 prosent i billettprisen i det relevante markedet ville være lønnsom dersom busselskapet fikk monopol.

Geografisk avgrensning

I saker som involverer transport blir ofte produktmarkedet og det geografiske markedet sammenfallende. De reisende etterspør en transporttjeneste fra ett sted til et annet. Det er derfor en geografisk dimensjon ved selve produktet. Den geografiske avgrensningen av produktmarkedet blir i dette tilfellet rutene mellom Kristiansand og Oslo, inkludert underveistrafikk.

Nettbuss anfører at Konkurransetilsynets geografiske avgrensning av markedet er uklar. Nettbuss mener at rutene mellom Kristiansand og Oslo ikke er å anse som ett geografisk marked, men som en rekke delmarkeder bestående av de ulike strekningene.

Konkurransetilsynet er enig i at det er mer presist å avgrense hver strekning for seg. Strengt tatt vil hver enkelt kombinasjon av stoppesteder langs en rute kunne anses som et eget marked. Det er således en forenkling å avgrense markedet på rutenivå, som bare kan gjøres med forbeholdet i avsnittet under.

Kombinasjonene av stoppestedene på ruter vil for en stor del ha sammenfallende konkurranseforhold. For å avgjøre hvorvidt et foretak er dominerende på alle kombinasjonene av stoppesteder langs ruten, vil man først se på den strekningen der man antar det er hardest konkurranse. Dersom man kommer fram til at foretak har en dominerende stilling her, vil selskapet være minst like dominerende på de andre strekningene på ruten.

Konklusjon

Konkurransetilsynet fastholder sin tidligere markedsavgrensning. Det relevante markedet er transport av passasjerer med ekspressbuss og tog mellom Kristiansand og Oslo, inkludert underveistrafikk. På den aktuelle strekningen trafikkerer to ekspressbusselskap og ett jernbaneselskap med tilnærmet lik trasé. Jernbaneselskapet og det ene ekspressbusselskapet er i samme konsern.

7 Dominerende stilling

EF-domstolen har definert begrepet dominerende stilling som "en økonomisk magtposition, som setter en virksomhet i stand til å hindre, at der opretholdes en effektiv konkurranse på det relevante marked, idet den kan anlegge en i betydelig omfang uafhængig adferd overfor sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrukerne".⁹ I vurderingen av om et foretak i betydelig grad kan opptre uavhengig i markedet, vil særlig markedsandeler og eventuelle etableringshindringer være sentrale elementer. Det følger videre av EF-domstolens praksis at dersom et foretak har en markedsandel på mer enn 50 prosent, foreligger det en presumsjon for at det er dominerende.¹⁰ Det er også slått fast i rettspraksis at med unntak av eksepsjonelle tilfeller vil svært høye markedsandeler over tid i seg selv være tilstrekkelig bevis for et foretaks dominerende stilling.¹¹

Markedsandeler

I følge Nettbuss hadde Sørlandsekspressen 168 000 reisende i perioden mai 2002 – mai 2003, noe som tilsvarte en anslått markedsandel på 81 prosent.¹² Anslaget gjelder for ekspressbussmarkedet

⁹ Sak 27/76 United Brands mot Kommisjonen, premiss 65; sak 85/76 Hoffmann La-Roche mot Kommisjonen (heretter Hoffmann La-Roche), premiss 38; og Michelin I, premiss 30.

¹⁰ Sak C-62/86 AKZO mot Kommisjonen (heretter AKZO), premiss 60.

¹¹ Hoffmann-La Roche, premiss 41.

¹² Brev fra Nettbuss av 11. juli 2003.

isolert. NSB/Nettbuss' markedsandel vil også inkludere togtrafikken, og foretakets markedsandel vil da bli godt over 80 prosent.

Konkurransetilsynet har også valgt å se på antall avganger i uka hver vei på rutene.¹³ Fra Kristiansand til Oslo har Nettbuss 61 ekspressbussavganger (5 av dem går bare fra Grimstad), Risdal har 24 ekspressbussavganger og NSB Persontrafikk har 33 togavganger. NSB eier Nettbuss. Foretakene styres av den samme økonomiske interesse og må derfor vurderes som ett foretak. I så tilfelle har de 80 prosent av avgangene. Dersom man ser på ekspressbuss isolert, har Nettbuss 72 prosent av avgangene. Disse markedsandelene ble presentert i varselet og er ikke kommentert av Nettbuss.

Mellom Kristiansand og Oslo kjører NSB, Nettbuss og Risdal ruter delvis parallelt. På strekningen Kristiansand – Oslo har både NSB, Nettbuss og Risdal praktisk talt helt sammenfallende start og endepunkt. Noen reisende vil også velge å benytte fly på strekningen. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at denne strekningen er hardest utsatt for konkurranse langs ruten. I en dominansvurdering vil det dermed være tilstrekkelig å vurdere denne strekningen. Dersom det viser seg at Nettbuss/NSB er dominerende på strekningen, legger Konkurransetilsynet til grunn at foretaket også vil være dominerende på alle strekningene på hele ruten.

Nettbuss viser til at Drangedal Bilruters ekspressbussrute mellom Kragerø og Oslo ikke er tatt med i vurderingen av Nettbuss' posisjon i markedet.

Imidlertid er det bare Drangedal Bilruter som kjører direkte til/fra Kragerø. Selskapet har 2 avganger hver vei i uka og kjører bare om sommeren, mot NSBs 27 og Nettbuss' 48 avganger hver uke hele året. Risdal har ikke tilbringertrafikk mellom sin rute og Kragerø. Konkurransetilsynet mener at konkurransen mellom Kragerø og Oslo ikke er sterkere enn mellom Kristiansand og Oslo.

Etableringshindringer

Det er ingen formelle etableringshindringer for persontransport med ekspressbuss. Slik har det vært siden mars 2003, og mange selskaper er tildelt konsesjon på ruter i konkurranse med etablerte aktører. Likevel er det per 19. mai 2004 kun to nye aktører, Arctic Express Buss og Reisebyrå AS med Lavprisexpressen.no og Risdal med Konkurrenten.no, som har etablert seg i ekspressbussmarkedet.

Nettbuss anfører at det ikke er reelle forhold i markedet som hindrer nyetableringer. Nettbuss hevder at det ikke er grunnlag for å konkludere med at det lave antallet nyetableringer skyldes at det er etableringshindringer i markedet, siden dette også kan være en indikasjon på at konkurransen i markedet er så hard at det ikke er grunnlag for betydelig antall nyetableringer.

Konkurransetilsynets vurdering er imidlertid at det foreligger forhold i markedet som hindrer nyetableringer. Det er særlig behovet for høy avgangsfrekvens, samordning av lokal- og ekspressbusstrafikk og overkapasitet blant etablerte aktører som utgjør etableringshindringer.

For å være konkurransedyktig må en utfordrer på en ekspressbussrute ha en relativt høy avgangsfrekvens sammenlignet med den etablerte aktøren. Dette stiller derfor krav til størrelse hos utfordrer og er således en hindring for etablering. Det er uten avgjørende betydning i denne sammenheng at det finnes mange ekspressbussruter som har lavere frekvens enn Sørlandsekspressen. Ulike ruter har ulikt trafikkgrunnlag, og trafikkgrunnlaget ligger til grunn for hvor stor frekvensen på ruter i utgangspunktet kan være. Når man skal etablere seg på en rute som

¹³ Rutene som er lagt til grunn er de som gjaldt 19. mai 2004, etter dette har det kun kommet marginale endringer.

en utfordrer til en etablert aktør, er frekvens en viktig konkurranseparameter. Man kan derfor ikke sammenligne frekvens på tvers av ruter med ulikt trafikkgrunnlag, når det er forholdet til den etablerte aktøren på ruten som er av betydning for behovet for avgangsfrekvens.

Konkurransetilsynet anser behovet for samordning av lokal- og ekspressbusstrafikk som en etableringshindring. Dersom den etablerte aktøren har lokalbussrettigheter, kan aktøren tilpasse disse til den egne ekspressbussrutens avgangstider og ikke til utfordrerens avgangstider. Selv om det bare er en mindre andel av passasjerene som benytter lokale ruter som tilførselsruter til ekspressbussene, er dette til fordel for den etablerte aktøren og til en viss grad en etableringshindring.

Konkurransetilsynet anser overkapasitet blant etablerte aktører som en etableringshindring. Overkapasitet kan raskt brukes til å svare på konkurranse og kan således virke avskrekkende på potensielle utfordrere.

Konklusjon

NSB/Nettbuss har en markedsandel på omtrent 80 prosent i det relevante markedet. Behovet for høy avgangsfrekvens, overkapasitet i markedet samt behovet for samordning mellom lokal busstrafikk og ekspressbuss innebærer at det finnes etableringshindringer i markedet. Dette taler for at NSB/Nettbuss kan handle uavhengig av andre konkurrenter i markedet.

Konkurransetilsynet anser NSB/Nettbuss for å inneha en dominerende stilling på strekningen Kristiansand – Oslo, og dermed på alle strekningene på rutene i det relevante markedet.

8 Utlørlig utnyttelse

8.1 Anvendelsen av konkurranseloven § 11 på lojalitetsrabatter

Konkurranseleven § 11 forbyr ensidig atferd fra dominerende foretak som skader konkurransen i markedet. Avgjørende er om det dominerende foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres.¹⁴ Det kreves ikke årsakssammenheng mellom den dominerende stilling og den utlørlige utnyttelsen.¹⁵ Konkursbegrensningsvurderingen er i utgangspunktet objektiv.¹⁶ Det er de faktiske forhold som er avgjørende for om konkurranseleven § 11 er overtrådt.

I følge rettspraksis fra EF-domstolen er det klart at atferd som har en legitim begrunnelse ikke vil bli ansett for å innebære en utlørlig utnyttelse.¹⁷ Hva som i det konkrete tilfellet vil kunne utgjøre en legitim begrunnelse, vil være avhengig av hva den utlørlige utnyttelsen består i.

En rabatt er en reduksjon i den opprinnelige prisen på en vare eller tjeneste. Rabatter er en form for priskonkurranse som i de fleste tilfeller er et lovlig og positivt tiltak fra tilbyderne i konkurransen om kundene. Men i visse tilfeller kan en dominerende aktør benytte rabatter på en måte som begrenser konkurransen i strid med forbudet i konkurranseleven § 11. Hvorvidt rabatten begrenser konkurransen i strid med § 11 må vurderes konkret i hver enkelt sak. EF-domstolen har gjennom praksis konkretisert hvilke forhold som er av betydning ved vurderingen av hvorvidt en rabatt er en utlørlig utnyttelse av en dominerende stilling.

Det følger av EF-domstolens praksis at dominerende aktører i utgangspunktet har anledning til å forsvare sin posisjon i markedet ved å konkurrere på ytelse. På den annen side er det klart at

¹⁴ Forenede saker 6 og 7/73 Commercial Solvents, premiss 25; sak 311/84 Télémaking, premiss 27; og sak C-7/97 Bronner, premiss 38.

¹⁵ Sak 6/72 Continental Can, premiss 27.

¹⁶ Hoffmann-La Roche, premiss 91 og Michelin I, premiss 70.

¹⁷ Sak T-228/97 Irish Sugar, premiss 189.

dominerende foretak har et særlig ansvar for ikke å foreta handlinger som kan hindre konkurransen.¹⁸

I EF-domstolens praksis er det lagt til grunn at en rabatt er lojalitetsskapende dersom kunden oppnår en økonomisk fordel som gir kunden insentiv til å motta leveranser utelukkende eller for det alt vesentlige fra den dominerende aktøren. Slike rabatter er utformet for å hindre kunder fra å motta leveranser fra konkurrerende leverandører.¹⁹ Lojalitetsrabatter er en form for konkurranse som ikke er basert på ytelser, og som innebærer en begrensning av konkurransen.²⁰ Dersom lojalitetsrabatten fører til at en kunde kun kjøper fra den dominerende aktøren må denne rabatten vurderes på samme måte som en eksklusiv kjøpsavtale.²¹

Det fremgår av Michelin II-dommen at det i avgjørelsen av om en rabatt innebærer utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling særlig er tre forhold som må vurderes.²² For det første må det vurderes om rabatten har lojalitetsskapende virkninger. Det sentrale er om rabatten innebærer en økonomisk fordel som gir kunden insentiv til å kjøpe hele eller det alt vesentligste av sitt behov fra den dominerende aktøren. For det andre må det vurderes om rabatten medfører at andre aktører ekskluderes fra markedet. Lojalitetsskapende rabatter som anvendes av dominerende aktører vil føre til at visse kunder ikke lengre er tilgjengelige for konkurrenter. Det må vurderes konkret om virkningene er av et slikt omfang at rabattene kan sies å stenge konkurrentene ute fra markedet. For det tredje må det vurderes om rabatten kan begrunnes objektivt i effektivitetsgevinster for den dominerende aktøren. Det må vurderes om rabatten har sin bakgrunn i kostnadsbesparelser som den dominerende aktøren kan gi videre til kunden.

EF-domstolen har lagt til grunn at rabatter som er knyttet direkte til den mengden som kjøpes fra det dominerende foretaket, normalt ikke vil ha en slik lojalitetsskapende eller utestengende virkning at rabatten innebærer utilbørlig utnyttelse.²³ Rabatter knyttet direkte til den mengden som kjøpes har ingen lojalitetsskapende virkninger hvis rabatten gis i tilknytning til hver enkelt faktura. Det er derimot klart at den lojalitetsskapende virkningen av et rabattsystem hvor størrelsen av rabatten er beregnet ut fra den samlede mengde som kjøpes over en bestemt periode, vil være avhengig av lengden på denne perioden (referanseperioden).²⁴ Den lojalitetsskapende effekten vil være sterkere jo lengre referanseperiode som legges til grunn for å opparbeide rabatt direkte knyttet til mengden.²⁵

8.2 Vurdering av tur-retur-rabatten

På bakgrunn av klagen har Konkurransetilsynet foretatt en ny vurdering av de faktiske virkningene av Nettbuss' tur-retur-rabatt. Som det vil fremgå nedenfor er tilsynet kommet til at rabatten likevel ikke har slike lojalitetsskapende og utestengende virkninger at den er i strid med forbudet i § 11. Konkurransetilsynet har ikke funnet grunnlag for å si at tur-retur-rabatten kan begrunnes objektivt i effektivitetsgevinster for Nettbuss.

Lojalitetsskapende virkninger

I overensstemmelse med EF-domstolens praksis må det først vurderes om Nettbuss' tur-retur-rabatt har lojalitetsskapende virkninger. Det sentrale i denne vurderingen er som nevnt om tur-

¹⁸ Sak T-203/01 Michelin mot Kommisjonen (heretter Michelin II), premiss 55, med videre henvisninger til EF-domstolens praksis.

¹⁹ Michelin II, premiss 56 med videre henvisninger til EF-domstolens praksis.

²⁰ Hoffmann La-Roche, premiss 90 og Michelin I, premiss 70.

²¹ Hoffmann La-Roche premiss 89.

²² Michelin II, premiss 56 følgende.

²³ Michelin II, premiss 58 og 85, med videre henvisning til EF-domstolens praksis.

²⁴ Michelin I, premiss 85.

²⁵ Michelin II, premiss 88.

retur-rabatten innebærer økonomisk fordeler som gir reisende insentiv til utelukkende eller for det alt vesentlige å kjøpe reiser fra Nettbuss.

Tur-retur-rabatten ytes ved reisens start dersom man samtidig kjøper returbillett. Returbilletten er åpen, det er altså ingen binding på når returreisen må foretas. Tur-retur-rabatten medfører en rabatt på voksenbilletter på 29 prosent på hele reisen sammenlignet med to enkeltbilletter.

Den effektive prisen på returbilletten ved kjøp av tur-retur-billett er forskjellen mellom prisen på en tur-retur-billett og en enveisbillett. Tur-retur-rabatten gir kundene som skal reise tilbake en gevinst på 220 kroner i forhold til prisen på enveisbillett fra Nettbuss og 200 kroner i forhold til prisen på enveisbillett fra Risdal. De reisende har således et økonomisk insentiv til å velge en tur-retur-billett. Det må derfor også kunne konstateres at den reisende ved å kjøpe en tur-retur-billett fra Nettbuss er bundet til Nettbuss i forhold til den ene reisen tur-retur.

Tur-retur-rabatt, med eller uten begrensninger på returreisen, er vanlig i transportbransjen. Risdal benytter også tur-retur-rabatt. Det er lett for de reisende å forutse den endelige billettprisen og rabatten er tilgjengelig for alle reisende. Rabatten er flat og innebærer ingen form for tilbakevirkende effekt. Ved et eventuelt bytte av busselskap eller reisemåte taper ikke den reisende allerede opparbeidet rabatt. Disse momentene tilsier at tur-retur-rabatten er en rabatt som er knyttet til det antall reiser som faktisk kjøpes, og ikke knyttet opp mot tidligere kjøp. I henhold til Michelin II-dommen er en rabatt ikke lojalitetsskapende dersom beløpet som betales er knyttet opp mot størrelsen på ordren.²⁶ Av dette følger det at Nettbuss' tur-retur-rabatt ikke kan sies å ha lojalitetsskapende virkninger i strid med konkurranseloven § 11.

Til tross for at tur-retur-rabatten formelt sett ikke er lojalitetsskapende i henhold til praksis fra EF-domstolen, vil den påvirke konkurransesituasjonen i markedet. Det er en betydelig forskjell mellom Nettbuss og Risdal hva angår rutestruktur, da Nettbuss har en betydelig høyere frekvens (antall avganger). En passasjer som vurderer en tur-retur-billett vil ha større valgmulighet hva angår tidspunkt for returreisen ved å kjøpe tur-retur-billett fra Nettbuss enn å kjøpe tur-retur billett fra Risdal. Dette innebærer at passasjerer som blir stilt overfor samme tur-retur-pris for de to selskapene ofte vil foretrekke Nettbuss. Hvis passasjerer skal foretrekke Risdal, må derfor Risdal sette en lavere pris på sin tur-retur-billett enn hva tilfellet er for Nettbuss. Følgelig vil tur-retur-rabatten ha samme virkning som en lojalitetsrabatt, da Nettbuss' rabatt vil føre til at Risdal må gi en større rabatt for å kunne tiltrekke seg passasjerer.

Utestengende virkning i markedet

Det må deretter vurderes om tur-retur-rabatten medfører at andre aktører blir utestengt fra markedet. Den ekskluderende virkningen i markedet er avhengig av hvor sterk den lojalitetsskapende effekten er på hver enkelt kunde og hvor stor del av markedet som bindes opp. Dette kan føre til at en rabatt virker utestengende selv når de lojalitetsskapende virkningene er kortvarige, dersom den fører til at en stor andel av kundene velger den dominerende aktøren.

Om lag [...] ²⁷ prosent av ordinære voksenbilletter ble solgt med tur-retur-rabatt. Konkurransetilsynet har ikke informasjon om hvor mange billetter til barn, student, militær og honnør som ble solgt med tur-retur-rabatt. Disse billettene hadde en mindre prosentrabatt, og det er ingen grunn til å tro at denne andelen var høyere. Det tyder på at minst [...] ²⁸ prosent av de reisende ikke benyttet denne rabattordningen. Det at en så betydelig del av markedet ikke er omfattet av den aktuelle rabatten taler mot at den har en tilstrekkelig utestengende virkning.

²⁶ Michelin II, premiss 85.

²⁷ Unntatt fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 5 a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

²⁸ Unntatt fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 5 a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

En stor andel av kundene som tar buss i én retning, har behov for transport tilbake i motsatt retning. Rabatten som ytes er bare knyttet til den ene reisen. Neste gang en reisende har behov for en billett på den samme strekningen, står han fritt til å velge en annen reisemåte eller et annet busselskap. Tur-retur-rabatten medfører således ikke skifteknader ved senere reiser. Dette taler mot at Nettbuss tur-retur-rabatt kan sies å ha en ekskluderende virkning

Rabatten gir mange kunder insentiv til å akseptere bindingen fordi den er så kortvarig. Det at rabatten gir en fordel til den dominerende aktøren, gjør at effekten på markedet kan bli betydelig. Da rabatten ble benyttet hadde Nettbuss høyere priser enn Risdal og relativt færre avganger på trafikksterke tidspunkt. Derav kunne man forvente seg at andelen avganger for Nettbuss var høyere enn andel reisende blant ekspressbussene. Likevel hadde Nettbuss 72 prosent av avgangene og 81 prosent av de reisende. Selv om det kan være flere årsaker til dette, mener Konkurransetilsynet at rabatten spiller en viktig rolle for de reisende ved valg av tilbyder.

En etablert ekspressbusstilbyder kan utnytte høy avgangsfrekvens som et konkurransefortrinn gjennom rabatter som har lojalitetsskapende effekter. En kunde vil, alt annet likt, foretrekke den aktøren som har flest avganger. På den måten vrir en tur-retur-rabatt etterspørselen i favør av tilbyderen med høyest avgangsfrekvens. Som nevnt er det en etableringshindring at en utfordrer på en ekspressbussrute må ha en relativt høy avgangsfrekvens sammenlignet med den etablerte aktøren for å være konkurransedyktig. Tur-retur-rabatten bidrar dermed til å forsterke en etableringshindring.

Avgangsfrekvens er likevel en viktig konkurranseparameter for ekspressbusser. Jo flere avganger et busselskap kan tilby, jo bedre vil ytelsen måtte sies å være. Det selskapet som har flest avganger vil tiltrekke seg flere reisende på grunn av at tilbudet er bedre for de reisende. Flere avganger må derfor ses på som konkurranse på ytelse, og tur-retur-rabatten forsterker denne konkurranseparameteren. Den reisende står også fritt til å velge å reise med Risdal ved neste reise. Dette tilsier at tur-retur-rabatten ikke har tilstrekkelig ekskluderende virkning i markedet for å fastslå at det foreligger en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling.

Effektivitetsgevinster

Det må så vurderes om tur-retur-rabatten kan begrunnes objektivt i effektivitetsgevinster for Nettbuss. EF-domstolen har lagt til grunn at det kan gis rabatter som er knyttet til effektivitetsgevinster for den dominerende virksomheten.²⁹ I vurderingen må det tas hensyn til om rabatten har sin bakgrunn i kostnadsbesparelser, men også hvor kostnadseffektiv den dominerende aktøren er.

Nettbuss anfører at tur-retur-rabatten gir betydelige effektivitetsgevinster for selskapet, og at rabatten derfor ikke innebærer en utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling. Tur-retur-rabatten på strekningen Oslo – Kristiansand for en voksen utgjør 220 kroner. Reisen tar til sammen 10 timer og 30 minutter.

Konkurransetilsynet fastholder sitt syn i det tidligere vedtaket på at redusert billetteringstid ikke utgjør en besparelse som er tilstrekkelig til å forsvare tur-retur-rabatten.

Konkurransetilsynet ser at informasjon om solgte billetter i noen grad kan benyttes i planlegging av driften. Dette kan medføre bedre utnyttelse av kapasiteten, selv om returen er åpen. Konkurransetilsynet ser også at rabatten kan knytte kundene til Nettbuss slik at foretaket får utnyttet materiellet bedre, fordi materiellkostnadene er faste på mellomlang sikt. Med andre ord styrker Nettbuss sine stordriftsfordeler ved hjelp av rabattene siden det i større grad vil være mulig å forutberegne antall passasjerer og utnytte kapasiteten bedre.

²⁹ Michelin II, premiss 98 følgende.

I tilfeller hvor realisering av stordriftsfordeler fører til konkurransebegrensninger, må imidlertid de totale samfunnsøkonomiske virkningene vurderes. Ved denne spesielle rabatten får kundene færre valgmuligheter på kort sikt som følge av at de ved returreisen bare kan velge mellom avgangene til en av tilbyderne, selv om begge foretakenes avganger kunne dekket kundens behov like bra.

Det er opp til den dominerende aktøren å vise at den aktuelle rabatten kan begrunnes i effektivitetsgevinster.³⁰ Etter Konkurransetilsynets vurdering har Nettbuss ikke spesifisert og kvantifisert effektivitetsgevinster på en slik måte at det gir grunnlag for å konkludere med at tur-retur-rabatten er objektivt begrunnet. Etter det resultatet Konkurransetilsynet er kommet til ovenfor er det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

8.3 Vurdering av kundekortrabatten

På bakgrunn av klagen har Konkurransetilsynet også foretatt en ny vurdering av de faktiske virkningene av Nettbuss' kundekortrabatt. Som det vil fremgå nedenfor er tilsynet kommet til at rabatten likevel ikke har slike lojalitetsskapende og utestengende virkninger at den er i strid med forbudet i § 11. Konkurransetilsynet har ikke funnet grunnlag for å si at kundekortrabatten kan begrunnes objektivt i effektivitetsgevinster for Nettbuss.

Kundekortet er et rabattkort den reisende kan kjøpe for 450 kroner og som gir 33 prosent rabatt på fullprisbillett for strekninger over 100 km. Kundekortet er felles for hele Nor-Way Bussekspress-samarbeidet og gjelder i ett kalenderår. Dersom man reiser strekningen Kristiansand – Oslo vil kundekortet lønne seg etter fire enkeltreiser. For kortere strekninger må det foretas flere reiser før kostnaden til rabattkortet er tjent inn.

Etter at kortet er kjøpt, har kunden ingen økonomiske insentiver til å kjøpe en ytterligere reise hos Nettbuss, dersom konkurrentens pris er lavere enn Nettbuss' pris fratrukket kundekortrabatten. Hvis en som har kjøpt et kundekort må betale en pris på for eksempel kroner 200 på en enkeltreise hos Nettbuss, vil konkurrentens tilbud være like bra sett fra kundens ståsted dersom konkurrenten setter den samme prisen. Det er dermed ikke noen innlåsende effekt i betydningen av at konkurrenten må sette en lavere pris for at kunden i det hele tatt skal vurdere å velge konkurrenten. Følgelig har ikke kundekortrabatten noen lojalitetsskapende effekt slik det er definert fra praksis i EF-domstolen.

Det er i klagen fra Nettbuss opplyst at bare [...] ³¹ prosent av de reisende benyttet kundekortrabatten etter at tur-retur-rabatten ble introdusert. Følgelig er det en stor andel av markedet som ikke berøres av denne rabatten, og den vil derfor ikke ha noen utestengende effekt.

Konkurransetilsynet ser ikke bort fra at det er effektivitetsgevinster forbundet med kundekortet. Etter Konkurransetilsynets vurdering har imidlertid ikke Nettbuss spesifisert og kvantifisert effektivitetsgevinster på en slik måte at det gir grunnlag for å konkludere med at kundekortrabatten er objektivt begrunnet. Etter det resultatet Konkurransetilsynet er kommet til ovenfor er det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

9 Konkurransetilsynets vedtak

Konkurransetilsynet har etter en ny vurdering funnet at verken tur-retur-rabatten eller kundekortrabatten som ble tilbudt av Nettbuss er i strid med konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet tar klagen til følge og opphever det påklagede vedtaket med hjemmel i forvaltningsloven § 33 annet ledd.

³⁰ Michelin II, premiss 107 følgende.

³¹ Unntatt fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 5 a jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2

Konkurransetilsynet fatter følgende vedtak:

Konkurransetilsynets vedtak V2004-29 av 19. juli 2004 oppheves. Vedtaket trer i kraft straks.

I henhold til forvaltningsloven § 29 første ledd kan vedtaket påklages innen 3 uker fra det tidspunktet underretning om vedtaket er kommet fram til parten. En eventuell klage stiles til Moderniseringsdepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet.

Konkurransetilsynet gjør oppmerksom på at Nettbuss i henhold til forvaltningsloven § 36 kan kreve å få dekket de omkostninger som har vært nødvendige for å få endret vedtaket. Krav om å få dekket omkostningene må fremsettes innen tre uker etter at melding om det nye vedtaket er kommet fram til parten.