

**DET KONGELIGE FORNYINGS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT**

HORDALAND FYLKESKOMMUNE

Saksnummer 807277 Dok.nr. 1

2 JULI 2008

Arkivnr. 831 Saksh.

Eksp.

U.off.

Se vedlagte adresseliste

Deres referanse

Vår referanse
200701696-/POS

Dato
27.06.08

Høring - forskrift om unntak fra konkurranseloven § 10 første ledd for avtaler om drift av kommersielle fylkeskryssende ekspressbussruter

Fornyings- og administrasjonsdepartementet sender med dette på høring et utkast til forskrift om unntak fra konkurranselovens forbud konkurranseregulerende samarbeid etter § 10, jf. § 3 andre ledd. Det foreslåtte unntaket gjelder samarbeid om drift av kommersielle fylkeskryssende bussruter, der samarbeidet er etablert før markedet ble deregulert i 2003. Unntaket vil innebære at busselskaper som samarbeider om ekspressbussruter kan fortsette med dette.

Ekspressbussmarkedet har vokst fram de siste 20 årene i takt med at myndighetene gradvis har liberalisert konsesjonspolitikken. I dag kan selskaper fritt etablere kommersielle fylkeskryssende ekspressbussruter. Tidligere ble det praktisert en streng behovsprøving av løyve for drift. Dette medførte at busselskapene måtte koble løyver og dermed samarbeide for å kunne tilby et sammenhengende ekspressbusstilbud. Etter dereguleringen gjelder forbudene i konkurranseloven også for dette markedet. Forbudet setter begrensninger for hvor nært selskapene kan samarbeide.

Konkurransetilsynet har ved kontroll funnet at Tide Reiser og Veolia Transport sitt samarbeid om Kystbussen er i strid med forbudet i konkurranseloven mot konkurransebegrensende samarbeid. Tilsynets vedtak om påbud om opphør av samarbeidet om Kystbussen var den første inngrepssaken i ekspressbussmarkedet etter konkurranseloven § 12, jf. § 10.

FAD ble under behandlingen av denne saken gjort kjent med at det finnes en rekke

Postadresse
Postboks 8004 Dep
N-0030 OSLO

Kontoradresse
Akersg. 59

Telefon
22 24 90 90
Org no.
972 417 785

Konkurransopolitisk avdeling
Telefaks
22 24 27 23

Saksbehandler
Peder Østbye
22244725

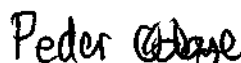
tilsvarende samarbeid og ønsket å utrede om det var viktige samfunnshensyn, f. eks om transport- eller miljøpolitiske hensyn tilsier at denne type samarbeid burde unntas fra forbudet i konkurranseloven § 10. På denne bakgrunn mener FAD at det bør vurderes om det er nødvendig å gi et unntak fra konkurranseloven § 10 for eksisterende driftssamarbeid for å sikre en kontinuerlig drift og unngå en risiko for forstyrrelser i ekspressbusstilbudet.

Den nærmere utformingen framgår av vedlagte høringsnotat med forslag til forskrift. Høringsfristen settes til 1. oktober 2008

Med hilsen



Steinar Undrum (e.f.)
avdelingsdirektør


Peder Østbye
seniorrådgiver

Vedlegg 1

Adresseliste

Advokatfirmaet BAHR
AS Jotunheimen og Valdresruten Bilselskap
AS TIRB Bussene
Bellona
Datatilsynet
Den norske advokatforening
Departementene
Fellesforbundet
Finansnæringens Hovedorganisasjon
Firda Billag AS
Fjord1 Nordvestlandske AS
Forbrukerombudet
Forbrukerrådet
Fylkeskommunene
Gauldal Billag AS
Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH) Norsk ReiselivsForum (NRF)
Handelshøyskolen BI
Norges Handelshøyskole
Kommunenes Sentralforbund
Konkurransetilsynet
Lesja Innkjøpslag A/L
L/L Setesdal Bilruter
Landsorganisasjonen i Norge (LO)
Natur og Ungdom
Nettbuss AS
Nordtrafikk AS
Norgesbuss AS
Norges Miljøvernforbund
Norges Naturvernforbund
Norsk ReiselivsForum (NRF)
Nor-way Bussekspress AS
NSB AS
Næringslivets hovedorganisasjon (NHO)
Ofotens Bilruter AS
Regjeringsadvokaten
Reiselivsbedriftenes Landsforening
Risdal Touring AS
Ruter AS
SB Nordlandsbuss AS
Sivilombudsmannen
Statsministerens kontor

Telemark Bilruter AS
Tide Reiser AS
Toll- og avgiftsdirektoratet
Transportbrukerenes Fellesorganisasjon
Transportøkonomisk institutt
Trønderbilene AS
Unibuss Ekspres AS
Universitetet i Oslo, juridisk fakultet
Universitetet i Bergen, juridisk fakultet
Universitetet i Tromsø, juridisk fakultet
Veolia transport Sør AS
Vest-Agder pendlerforening
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS)
Østerdal Billag AS

Høringsnotat

1. Innledning

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD) sender med dette forslag til forskrift om unntak fra konkurranselovens § 10 i Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) på høring. Det foreslåtte unntaket gjelder samarbeid om drift av kommersielle fylkeskryssende bussruter, der samarbeidet er etablert før dereguleringen av markedet i 2003¹.

Ekspressbussmarkedet har vokst fram de siste 20 årene i takt med at myndighetene gradvis har liberalisert konsesjonspolitikken. I dag kan selskaper fritt etablere kommersielle fylkeskryssende ekspressbussruter, mens det tidligere var praktisert streng behovsprøving av løyve for drift. Dette medførte at selskaper måtte koble løyver for å tilby et sammenhengende ekspressbusstilbud. En beskrivelse av ekspressbussmarkedet er gitt i avsnitt 2.

Etter dereguleringen gjelder konkurranseloven også for dette markedet. Konkurransetilsynets vedtak om påbud om opphør av samarbeidet om Kystbussen var den første inngrepssaken i ekspressbussmarkedet etter konkurranseloven § 12, jf. § 10. Forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak i konkurranseloven § 10 er nærmere omtalt i avsnitt 3. En oppsummering av Konkurransetilsynets vedtak er gitt i avsnitt 4.

FAD ble under behandlingen av denne saken gjort kjent med at det finnes en rekke tilsvarende samarbeid og ønsket å utrede om det var viktige samfunnshensyn som tilsa at denne type samarbeid burde unntas fra forbudet i konkurranseloven § 10. I den forbindelse ble Konkurransetilsynet, Samferdselsdepartementet (SD) og Miljøverndepartementet (MD) bedt om å gi sine vurderinger, jf omtale i avsnitt 5.

På denne bakgrunn mener FAD at det bør vurderes om det er nødvendig å gi et unntak fra konkurranseloven § 10 for eksisterende driftssamarbeid for å sikre en kontinuerlig drift og unngå en risiko for forstyrrelser i ekspressbusstilbudet. FADs vurdering er omtalt i avsnitt 6.

2. Utvikling og samarbeid i ekspressbussmarkedet

2.1 Definisjon ekspressbuss

Ved definisjonen av hvilke bussruter som skal omfattes av ekspressbussrute i forskriftens forstand, tas det utgangspunkt i SD rundskriv N- 2/2003 av 13. mars 2003, der ekspressbussruter avgrenses mot lokale bil- og båtruter som inngår i det fylkeskommunale tilskuddsansvaret. Ekspressbussrutene er i så måte kommersielle, fordi rutene er styrt av forretningsmessige interesser. Enkelte kommersielle fylkeskryssende ekspressbussruter kan imidlertid ivareta enkelte lokaltrafikkfunksjoner. Disse vil

¹ Jf. Samferdselsdepartementets rundskriv N-2/2003- "Behovsprøving av fylkeskryssende bussruter- utviding av virkeområdet for rundskriv N-5/2001 til å gjelde heile landet."

likevel gå inn under definisjonen av ekspressbussruter, så lenge hovedaktiviteten er av kommersiell art. Videre avgrenses ekspressbussrutene til å gjelde fylkeskryssende ruter. Kryssende ruter i Oslo og Akershus betegnes i denne sammenheng som et lokaltrafikkområde, og er ikke inkludert i definisjonen av ekspressbussruter. De "kommersielle fylkeskryssende ekspressbussruter" skiller seg vanligvis fra ordinære busser som benyttes til lokaltrafikk, ved at de har høyere komfort, mer plass til bagasje, samt færre stopp. Flere tilbydere har også en såkalt "plassgaranti", der man er garantert plass uten å ha reservert på forhånd.

2.2 Beskrivelse av ekspressbussmarkedet

Ekspressbussmarkedet er svært komplekst med mange ulike eier- og samarbeidskonstellasjoner. Markedet har vokst fram de siste 20 årene i takt med at myndighetene gradvis har liberalisert konsesjonspolitikken. Både etableringen av det nasjonale samarbeidet gjennom NOR-WAY Bussekspress AS (heretter "NBE") og samarbeidet om de enkelte ekspressbussrutene har sitt opphav i daværende løyvetildelingspolitikk. Ekspressbussene skulle i oppstarten ikke konkurrere med tog og tilskuddsberettigede bussruter, noe som medførte strenge rammebetingelser for å få innvilget konsesjon. Mens bussen skulle gå på tvers, skulle toget gå på langs, og bussen skulle først og fremst "mate" toget. Busselskaper hadde imidlertid et ønske om å tilby "langsgående" ekspressbussruter. Ved at de lokale selskapene koblet sammen løyvene kunne de forlenge sine lokale ruter.

NBE startet opp i 1987 og besto av selskaper med lokal forankring som søkte om koblingsløyver og konsesjon for gjennomgående ruter. Etter at mange søknader om konsesjoner ble avslått, endret busselskapene strategi og søkte kun om tillatelse og ikke tilskudd til drift. Den første konsesjonen ble gitt året etter NBEs oppstart².

Etter hvert ble fokus endret fra å verne togets markedsgrunnlag til hensynet til de reisende, og man innså at kollektivtransport med tog og buss sammen ble en sterkere konkurrent til bil.³ Den nasjonale transportplanen for 2002-2011 legger grunnlaget for dagens regulering. Her vektlegges hensynet til transportbrukerne framfor hensynet til det enkelte transportmiddel og en oppmykning av ekspressbusspolitikken mot en mer liberal praksis ved tildeling av løyver til nye ruter.

Dagen ordning trådte i kraft i 2003. Da innførte SD "fri etableringsrett" for ekspressbusser i Norge, jf rundskriv N-2/2003 av 13. mars 2003. Dette innebærer at det ikke lenger er adgang til å nekte etablering av parallelle ekspressbussruter, såfremt løyvesøkeren oppfyller bestemte kvalifikasjonskrav for drift av rutetransport. Fylkeskommunen har mulighet til å fastsette vilkår som skal ivareta hensynet til lokal kollektivtransport. I tillegg kan fylkeskommunene bestemme vilkår for rutetraseer, trafikknutepunkt og takstsamarbeid.

² Transportøkonomisk Institutt (TØI)- rapport 904/2007: "Ekspressbussruter- et sammensatt marked"

³ Stortingsmelding nr. 46 (1999 - 2000)

FAD har ingen fullstendig oversikt over de fylkeskryssende ekspressbussruter. Konkurransetilsynet har imidlertid i sin utredning (vedlegg 1) utarbeidet en oversikt over i alt 54 ruter som av tilsynet vurderes som kommersielle fylkeskryssende ekspressbussruter. Av disse opereres 37 av rutene som deltakere eller medlemmer av NBE. Nesten alle de største busselskapene i Norge er deltakere i NBE, som inkluderer både ekspress, lokal og turbussvirksomhet. NBE utgjør derfor hovedtyngden i ekspressbussmarkedet. Ruter som ikke deltar i NBE-konseptet er Lavprisexpressen, som er eid av Oslo Sporveier og Konkurrenten.no, som er eid av Risdal Touring. I tillegg tilbyr foretak i Nettbuss-konsernet ruter gjennom TIMEkspressen. De fleste av foretakene i Nettbuss-konsernet som trafikkerer ruter i TIMEkspressen, er imidlertid også deltakere av eller medlemmer i NBE.

NBE ivaretar en rekke fellesfunksjoner for medlemmene og samarbeidet reguleres gjennom NBEs vedtekter og "*Samarbeidsavtale- avtale om markedsføring, salg og produktutvikling av avtaleruter*" (samarbeidsavtalen). Samarbeidet er primært knyttet til markedsføring, men omfatter også innkjøp, takstregulativ, salg og produktutvikling. I tillegg kan et slikt samarbeid innebære en form for informasjonsutveksling mellom medlemmene i NBE.

I tillegg til det nasjonale samarbeidet gjennom NBE, eksisterer det samarbeid om drift mellom ett eller flere selskap på 16 av NBEs ruter. På samtlige samarbeidsruter ble samarbeidet initiert før liberaliseringen av løyvepolitikken. Departementet er ikke kjent med at det er etablert samarbeid om fylkeskryssende kommersielle ekspressbussruter utenfor NBE-systemet.

Da sektorreguleringen av ekspressbussmarkedet gjennom løyvetildelingspolitikken opphørte, ble dette markedet, som andre deregulerte markeder omfattet av konkurranselovens bestemmelser. Konkurransetilsynets vedtak om Kystbussamarbeidet er den første inngrepsaken i ekspressbussmarkedet etter konkurranseloven, jf omtale i avsnitt 4. Konkurransetilsynet har ikke foretatt noen nærmere undersøkelser om samarbeidet gjennom paraplyorganisasjonen NBE er i strid med konkurranselovens forbudsparagrafer.

3. Konkurranseloven § 10, konkurransebegrensende avtaler mellom foretak

Konkurranseloven § 10 første ledd forbyr "enhver avtale, beslutning truffet av sammenslutninger av foretak eller samordnet opptreden mellom foretak som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen"⁴. Det er innfortolket et krav om at påvirkningen på konkurransen må være merkbar for at samarbeidet skal være forbudt. Har et samarbeid som formål å begrense konkurransen, er det ikke nødvendig med en nærmere vurdering av dets virkninger i markedet for å kunne fastslå at forbudet er overtrådt. Avtaler som innebærer felles prisfastsettelse eller markeds-

⁴ Med konkurranseloven av 2004 har lovgiver søkt å harmonisere de norske konkurransereglene for foretak med EU/EØS-reglene. Konkurranseloven § 10 er derfor utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81. I forarbeidene er det uttalt at praksis fra EF-domstolen, EFTA-domstolen, Europakommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan vil være relevante tolkningsmomenter ved fastsettelsen av rekkevidden av konkurranseloven § 10, jf Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) s. 68; se også Ot.prp. nr. 6 (2003/2004) s. 224 og Innst. O. nr. 50 (2003-2004) pkt 2.3.

deling vil som hovedregel regnes for å ha et konkurransebegrensende formål, og således være i strid med konkurranseloven § 10. Samarbeid som ikke har som formål å begrense konkurransen, kan likevel ha konkurransebegrensende virkning og på dette grunnlaget falle inn under konkurranseloven § 10 første ledd. Det følger av praksis fra EF-domstolene at det i disse sakene er nødvendig å foreta en nærmere økonomisk analyse av markedet.

Vurderingen av mulige konkurransebegrensende virkninger av samarbeidet må skje i relasjon til den faktiske og potensielle virkning det har på konkurransen i markedet. Ved en virkningsanalyse er det følge praksis ikke tilstrekkelig å vise at avtalen begrenser konkurransen partene i mellom. I tillegg må det undersøkes om den kan påvirke konkurransen i markedet negativt, der utgangspunktet er avgrensningen av det relevante markedet. Avgrensningen av det relevante produktmarkedet foretas ut fra en vurdering av om etterspørselen anser produkter som innbyrdes substituerbare. For å avgjøre om produkter inngår i samme relevante produktmarked, kan det med utgangspunkt i en konkurransepris, vurderes om en hypotetisk monopolist i det aktuelle markedet vil finne det lønnsomt med en liten (5-10 %) varig økning i prisen. Dersom dette er lønnsomt, vil ikke andre produkter inkluderes i det relevante markedet.⁵ Det relevante geografiske markedet er det området hvor de berørte foretakene ved tilbud av varer og tjenester møter tilstrekkelig ensartede konkurransevilkår.

Etter at det relevante markedet er avgrenset, vurderes partenes samlede markedsandeler og konsentrasjonen i markedet for øvrig. I tråd med praksis ses det også hen til blant annet etableringshindringer og potensiell konkurranse.⁶

Dersom man etter dette kommer til at konkurranseloven § 10 første ledd er overtrådt, kan atferden likevel falle inn under unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd og være lovlig. For å omfattes av konkurranselovens § 10 tredje ledd kreves det at fire kumulative vilkår må være oppfylt. Vilrårene er at samarbeidet må lede til samfunns-økonomiske gevinster som kommer forbrukerne til gode, samtidig som foretakene ikke må ha mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder. I tillegg må konkurransebegrensningen være absolutt nødvendig. Hvis dette er oppfylt, anses samarbeidet å ha samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som oppveier de konkurransebegrensningene avtalen medfører, og er derfor tillatt.

4. Konkurransetilsynets vedtak om Kystbussen

Bakgrunnen for høringsforslaget er at det i dag foreligger samarbeidsformer i ekspressbussnæringen som Konkurransetilsynet mener er i strid med Konkurranseloven. I mai 2007 påla Konkurransetilsynet Tide Reiser AS og Veolia Transport Sør AS, som i samarbeid driver ekspressbussruten, Kystbussen, å avvikle samarbeidet innen 1. januar

⁵ Jf. EFTAs overvåkingsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante markedet.

⁶ Se nærmere om vurderingen av konkurranseloven § 10 første ledd i Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid, EF-Tidende C266/1 2002 og EØS-tillegget til EF-tidende nr 55/1 2002.

2008. Konkurransetilsynet har vurdert det slik at samarbeidet er en overtredelse av konkurranseloven § 10 om forbud mot konkurransebegrensende samarbeid⁷.

Sentralt i vurderingen av om Kystbussamarbeidet har konkurransebegrensende formål eller virkning i strid med konkurranselovens § 10, er avgrensningen av det relevante markedet, både produktmessig og geografisk. I vedtaket har Konkurransetilsynet lagt til grunn at substitusjonsmulighetene til andre transportmidler er så begrenset at de ikke utøver tilstrekkelig konkurransepress til å påvirke Kystbussens markedsatferd⁸. Blant annet mener tilsynet at både pris og egenskaper tilsier at personbil ikke er en del av det relevante produktmarkedet på den aktuelle strekningen. Det relevante geografiske markedet er i denne saken vurdert til å være strekningen Bergen - Stavanger.

Det aktuelle Kystbussamarbeidet er inngått mellom to uavhengige foretak og omfatter samarbeid om pris og kapasitet. Konkurransetilsynet mener det ikke er nødvendig med samarbeid om fylkeskryssende ekspressruter ut fra dagens løyvetildeling, og at partene selv og ikke konsesjonen bestemmer innholdet i avtaleverket som regulerer samarbeidet. Siden Konkurransetilsynet anser partene som potensielle konkurrenter på den aktuelle strekningen, faller samarbeidet om Kystbussen inn under anvendelsesområdet for konkurranselovens § 10.

Når det gjelder partenes stilling i markedet, viser Konkurransetilsynet til at Tide og Veolia er de eneste tilbyderne av tjenesten innenfor det relevante markedet. De mener det er indikasjoner på at markedet har "modnet", noe som gjør det vanskelig for en ny aktør å opparbeide seg tilstrekkelig kundegrunnlag til at driften blir lønnsom. Nyetableringer er i utgangspunktet betinget av forventet vekst i det relevante markedet. Det kan også være etableringshindringer knyttet til det nasjonale rutespesifikke samarbeidet gjennom NBE, som reduserer sannsynligheten for at nye aktører vil etablere et ekspresstilbud mellom Bergen og Stavanger. På bakgrunn av den ovennevnte analysen legger Konkurransetilsynet til grunn at Kystbussamarbeidet merkbart begrenser konkurransen i det relevante markedet.

Konkurransetilsynet har vurdert det slik at Kystbussamarbeidet ikke oppfyller vilkårene i konkurranselovens § 10 tredje ledd. Tilsynet mener det foreligger liten eller ingen grad av restkonkurranse, siden Kystbussen er eneste tilbyder og det eksisterer høye etableringshindringer. Videre mener tilsynet at selv om Kystbussamarbeidet resulterer i enkelte effektivitetsgevinster, synes disse ikke å være så betydelige som partene påberoper seg. Konkurransetilsynet kan heller ikke se at forbrukerne er sikret en rimelig andel av de oppnådde økonomiske fordelene. Konkurransetilsynet anser heller ikke samarbeidet som absolutt nødvendig for å hente ut disse gevinstene.

⁷ Konkurransetilsynets vedtak "V2007-9 Tide Reiser AS - Veolia Transport Sør AS vedtak om pålegg om opphør av konkurranseskadelig samarbeid", er tilgjengelig på Konkurransetilsynets hjemmeside: www.kt.no, under vedtak og uttalelser.

⁸ I EFTAs overvåkingsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante markedet tas det utgangspunkt i SSNIP- testen ved avgrensning av det relevante produktmarked. Dette gjøres ved å vurdere om en hypotetisk monopolist i det aktuelle markedet vil finne det lønnsomt med en liten (5-10 %), varig økning i prisen. Dersom dette er lønnsomt, vil ikke andre produkter inkluderes i det relevante markedet.

Konklusjonen i vedtaket er altså at Kystbussamarbeidet *merkbart begrenser konkurransen i det relevante markedet*. Tilsynet viser til at samarbeid av en slik karakter generelt er ansett for å være konkurranseskadelig, med fare for høyere priser, mindre innovasjon og mer sløsing, og pålegger derfor partene å avslutte samarbeidet.

Partene har påklaget Konkurransetilsynets vedtak til FAD, som er klageinstans for slike vedtak. Departementet har gitt klagen oppsettende virkning til spørsmålet om forskrift om unntak er ferdig behandlet.

5. Vurdering av behov for unntaksforskrift - innspill

På bakgrunn av denne saken, og at FAD ble gjort kjent med at det finnes en rekke tilsvarende samarbeid, ønsket departementet å utrede om det var viktige samfunns-hensyn som tilsa at denne type samarbeid burde unntas fra konkurranselovens § 10. I den forbindelse ble Konkurransetilsynet, Samferdselsdepartementet og Miljøvern-departementet bedt om å gi sine vurderinger av behovet for en unntaksforskrift.

5.1 Vurdering fra Konkurransetilsynet om unntaksforskrift fra konkurranseloven

Departementet ba i juni 2007 Konkurransetilsynet om å utrede spørsmålet om det bør utarbeides en forskrift som gir et generelt unntak fra forbudet i konkurranseloven § 10. Departementet ba også om at tilsynet utformet et utkast til en slik forskrift.

Konkurransetilsynets utredning tar utgangspunkt i den markedsavgrensning og konkurranseanalyse som ble foretatt i vedtaket om Kystbussen. I tillegg er det innhentet opplysninger fra andre bussruter og analysert i alt 54 ruter som etter tilsynets vurdering anses som kommersielle ekspressbussruter. Av disse er 37 ruter medlemmer i NBE-systemet og samarbeid finner sted på 16 av disse rutene. Samtlige samarbeids-ruter ble initiert før liberaliseringen av løyvepolitikken.

Med unntak for Kystbussamarbeidet, har ikke tilsynet inngående kjennskap til den enkelte samarbeidsavtale. De mener imidlertid at det er rimelig å tro at det samarbeides om selve driften av ruten, slik at sentrale konkurranseparametre som pris og kapasitet er omfattet av samarbeidsavtalene, slik det også var i Kystbussaken.

Konkurransetilsynet mener primært at det ikke er behov for et unntak fra konkurranseloven § 10 for å sikre drift av enkelte ekspressbussruter. Tilsynet viser til at samarbeid som er nødvendig for å opprettholde en rute, kan gjennomføres uten hinder av konkurranseloven, fordi partene da ikke kan anses som faktiske eller potensielle konkurrenter. Konkurransbegrensende samarbeid som rammes av konkurranseloven § 10 første ledd, vil også kunne være tillatt dersom det resulterer i kostnadsbesparelser og de øvrige vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd er oppfylt. Tilsynet viser altså til at gjeldende regelverk i stor grad åpner opp for samarbeid som er nødvendig for å sikre drift av ruter eller som sikrer mer kostnadseffektiv drift.

Hvis et samarbeid skulle vært forbudt etter § 10 første ledd og ikke oppfyller vilkårene i konkurranseloven § 10 tredje ledd, vil tilbudet normalt ikke forsvinne selv om samarbeidet opphører. Skulle ruten legges ned som følge av at samarbeidet opphører, vil mest sannsynlig et av selskapene etablere en tilsvarende rute. Aktører som ikke har vært en del av samarbeidet, kan også se det som interessant å etablere seg på ruten. Konkurransetilsynet er av den oppfatning at partene i et samarbeid om ekspressbussruter ofte vil være potensielle konkurrenter. I utredningen peker Konkurransetilsynet på at opphør av konkurransebegrensende samarbeid i strid med konkurranseloven § 10 normalt vil medføre bedre kvalitet og lavere priser til gunst for forbrukerne, og ikke at tilbudet fullstendig opphører.

Konkurransetilsynet konkluderer videre at formålet om å sikre kvalitet og priser på eksprestilbudet, slik at flere benytter seg av buss i stedet for bil, ikke gir grunnlag for et unntak. Tilsynet undersøkte i den forbindelse om det var indikasjoner i data-materialet på at samarbeid mellom ekspressbusselskaper leder til effektivitetsgevinster, og at dette i så fall kom forbrukerne til gode i form av flere avganger eller lavere priser. Dette for å finne ut om samarbeid om ekspressbussruter kan antas å være et mer konkurransedyktig alternativ til privatbil enn ruter drevet av ett selskap. Tilsynet mener de ikke har funnet indikasjoner på dette. De mener tvert imot at det er indikasjoner på at både fullprispilletter og gjennomsnittpriser er høyere på ruter med samarbeid. Tilsynet viser til at fordi konkurranse normalt gir bedre produkter til en lavere pris enn ved samarbeid, blir også samarbeid om pris og kapasitet mellom konkurrenter tradisjonelt ansett for å være blant de mest alvorlige overtredelsene av konkurransereglene.

Tilsynet viser til at ved vurderingen av om det skal gis en unntaksforskrift bør også forholdet til EØS-avtalen tas i betraktning. I utgangspunktet får ikke en forskrift om unntak med hjemmel i konkurranseloven konsekvenser for anvendelsen av EØS-avtalens konkurranseregler i Norge⁹. Dersom et samarbeid om ekspressbussruter påvirker samhandelen mellom for eksempel Norge og Sverige eller Finland, kan således forbudet i EØS-avtalens artikkel 53 komme til anvendelse og samarbeidet kan være forbudt selv om det gis et unntak fra § 10 i konkurranseloven.

Tilsynet avslutter med å vise til at et alternativ til en generell unntaksforskrift, er å tillate et konkret samarbeid i medhold av konkurranseloven § 13. Tilsynet mener krav til undersøkelse da vil være mindre og eventuelle negative samfunnsøkonomiske konsekvenser vil være mer begrensede enn ved et generelt unntak. Som det fremgår av tilsynets vurderinger ovenfor, vil de heller ikke anbefale denne løsningen.

Konkurransetilsynet har i samsvar med bestillingen fra FAD likevel laget et utkast til en forskrift som innebærer unntak fra konkurranseloven § 10 for drift av ruter hvor det allerede foreligger et samarbeid. Konkurransetilsynet foreslår at for å være omfattet av unntaket må aktørene godtgjøre at samarbeidet medfører samfunnsøkonomiske

⁹ I Kystbussaken ble det i vedtaket lagt til grunn at samhandelskriteriet ikke var oppfylt, slik at artikkel 53 ikke ble anvendt. Konkurransetilsynet har ikke foretatt noen konkret vurdering av om noen av de andre ekspressbussrutene kan omfattes av EØS-avtalens artikkel 53, herunder om det går inn under et gruppefritak.

effektivitetsgevinster og at en rimelig andel av disse kommer passasjerene til gode. Videre legges det opp til at foretakene skal kunne tre ut av samarbeidet med 6 måneders varsel, jf vedlegg 1.

5.2 Vurdering fra Samferdselsdepartementet.

Samferdselsdepartementet (SD) har både ved skriftlige bidrag av 14. januar 2008 og 28. mars 2008 og møter med Fornyings- og administrasjonsdepartementet kommet med innspill vedrørende behov for et unntak for samarbeid om ekspressbussruter.

SD viser til at det overordnede målet for regjeringens transportpolitikk som er forankret i Soria Moria-erklæringen er; *"å tilby et effektivt, tilgjengelig, sikkert og miljøvennlig transportsystem som dekker samfunnets behov for transport og fremmer regional utvikling"*.

SD trekker spesielt frem målet om bedre fremkommelighet, der det mener ekspressbussene har en svært viktig rolle. Ekspressbuss med endepunkter i de større byene, og med stopp i områder hvor det øvrige kollektivtilbudet ofte er svakt utbygd, fremmer den regionale utviklingen. Forøvrig viser SD til at det er flere eksempler på at fylkeskommunene kjøper lokaltransporttjenester av ekspressbussene som trolig bidrar til en mer effektiv og mindre kostnadskrevende avvikling av lokaltrafikken. Videre er ekspressbussnettet et viktig miljøpolitisk virkemiddel, der målet er at flest mulig skal benytte kollektivtransport i stedet for mindre miljøvennlige transportmidler som bil, fly og båt. For å oppnå dette trenger man et godt og velfungerende ekspressbussnett.

I epost av 28. mars 2008 skriver SD at:

"Ved Samferdselsdepartementets rundskriv N-2/2003 av 13. mars 2003 ble det i praksis innført ikke-behovsprøvd etableringsadgang, fri prissetting, og fri utforming av rutetabell for fylkeskryssende bussruter, populært kalt ekspressbussruter. Denne omreguleringen av markedet har sammenfalt med en positiv utvikling med vekst i ekspressbussbransjen. Selv om dereguleringen har gjort muligheten for samordning med annen kollektivtransport langt svakere, synes gevinstene klart å overgå de ulemper man har sett.

Fri tilpasning av ekspressbusstilbudet gjør at foretakene står friere til å utnytte virkemidler for å vinne kundens gunst. Virkemidler kan være lavere pris, bedre tilgjengelighet, endret stoppemønster, raskere fremføringstid, bedre markedsføring osv. Dette har ført til økt konkurransekraft overfor andre transportformer.

I noen tilfeller har omreguleringen ført til konkurranse mellom flere ekspressbussruter på samme strekning. Konkurranse vil normalt føre til at ekspressbussforetakene forsterker kundefokuset. Det må imidlertid understrekes at ekspressbussene opplever meget sterk konkurranseflate mot personbiltransport.

En opprettholdelse av Konkurransetilsynets vedtak V2007-9 av 15. mai 2007 medfører risiko for forstyrrelser i ekspressbusstilbudet mellom Stavanger og Bergen som kan ramme

de reisende. Et slikt utfall vil ikke være i tråd med samferdselspolitiske og miljøpolitiske mål.

Det faktum at det er full frihet til å etablere konkurrerende ruter, med for eksempel et begrenset tilbud og servicenivå, gjør at det også er markedsmessige forhold som forebygger misbruk av markedsrett.

Gjennom yrkestransportforskriften settes det for øvrig krav om at takstendringer må rapporteres. Dette gir en mulighet for å følge utviklingen nøye.

Forvaltningen av konkurranseloven bør ikke gjennomføres på en slik måte at den hindrer ekspressbusstilbudet i å bidra til å nå de samferdselspolitiske målene. Det foreslås derfor å tillate samarbeid om drift av fylkeskryssende bussruter som bidrar til et effektivt transport-system og fremmer regional utvikling, selv om samarbeidet kan anses i strid med forbudet i konkurranseloven § 10."

5.3 Vurderinger fra Miljøverndepartementet

Miljøverndepartementet anser også ekspressbussnettet som et svært viktig miljøvern-politisk virkemiddel. De støtter derfor SDs vurderinger i saken og ønsker et unntak fra konkurranseloven.

6. Fornyings- og administrasjonsdepartementets vurdering:

Konkurranselovens § 3 annet ledd sier at "Kongen kan ved forskrift gjøre unntak fra hele eller deler av denne lov for bestemte markeder eller næringer". I vurderingen av om man skal innføre et unntak fra konkurranselovens § 10, må de positive effektene av samarbeidet veies opp mot eventuelle konkurranseskadelige effekter. En eventuell unntaksforskrift bør da også utformes slik at hensynet til konkurransen blir ivaretatt på best mulig måte.

FAD konstaterer at det er uenighet mellom Konkurransetilsynet og SD i forhold til om et forbud for eksisterende driftssamarbeid vil påvirke tilbudet av ekspressbussruter. Konkurransetilsynet anfører at slikt samarbeid ikke er nødvendig verken for å sikre drift eller for å sikre kvalitet og priser på ekspressbusstilbudet. SD argumenterer imidlertid for at dette samarbeidet er viktig for å sikre en kontinuerlig drift med de karakteristika man har i dag, med mange stoppesteder og avganger, plassgarantier etc.

Etter FADs oppfatning er det uheldig å utvanne konkurranseloven med mange unntaks-forskrifter, og det må utøves tilbakeholdenhet med å unnta sektorer eller markeder fra lovens forbud.

FAD konstaterer imidlertid at ingen etableringer i ekspressbussmarkedet etter dereguleringen er basert på tilsvarende samarbeidsavtaler som de samarbeidsavtalene som ble inngått før dereguleringen. Dette til tross for at Konkurransetilsynet ikke ekspisitt har gjort inngrep i ekspressbussmarkedet i forhold til denne type avtaler forut for Kystbussaken. FAD mener derfor det er sannsynliggjort at de samarbeidsavtalene

som er inngått mellom de gjeldende aktørene i ekspressbussmarkedet, ikke har hatt konkurransebegrensende formål, men at samarbeidet på etableringstidspunktet var nødvendig for å kunne utforme et fylkeskryssende sammenhengende tilbud.

Regjeringen har som en viktig målsetting å satse på kollektive transportløsninger, slik at kollektivtrafikken blir et reelt alternativ til privatbil. Det vil derfor være uheldig om ekspressbussruter, med vesentlig bedre miljøegenskaper enn privatbil, taper markedsandeler temporært eller permanent, som følge av de omstillinger som vil være en konsekvens av et generelt forbud mot det aktuelle samarbeidet i ekspressbussmarkedet.

Samtidig ønsker FAD å begrense omfanget av unntakene fra konkurranselovens forbud mot om konkurranseskadelig atferd. FAD mener derfor at det må vurderes å begrense unntaksforskriften til å gjelde samarbeid om ekspressbussruter som ble inngått før dereguleringen av ekspressbussmarkedet i 2003. Å tillate driftssamarbeid for etableringer etter 2003, mener FAD vil motvirke de positive effektene den nye løyvepolitikken var ment å gi. FAD vil også poengtere at samarbeid om ruter, der samarbeid er nødvendig for å opprettholde drift av ruten, ikke vil falle under konkurranselovens forbudsbestemmelser, fordi aktørene verken er faktiske eller potensielle konkurrenter.

Videre har FAD lagt vekt på at etter yrkestransportforskriften¹⁰ er det formelt sett behovsprøving av løyve for drift av ekspressbuss. Av forskriften går det frem at ruteplan sett må godkjennes av løyvemyndighet, jf. forskriften § 28, og at takster må godkjennes av SD eller av myndighet SD har gitt fullmakt, jf. forskriften § 29. Dette gir løyvemyndighetene en mulighet til å kunne følge utviklingen nøye.

På denne bakgrunn ber FAD høringsinstansene særlig å uttale seg om hvilken betydning et begrenset unntak fra konkurranseloven § 10 vil ha for det eksisterende ekspressbusstilbudet og for muligheten for at det blir etablert nye ekspressbussruter.

Vedlegg;

- Forslag til forskrift om unntak fra konkurranseloven § 10
- Merknader til forslag til forskrift
- Konkurransetilsynets utredning av 11.10.2007

¹⁰ Forskrift 26. mars 2003 om yrkestransport innenlands med motorvogn og fartøy (yrkestransportforskriften).

Vedlegg 1

Forslag til forskrift om unntak fra konkurranseloven § 10 første ledd for avtaler om drift av kommersielle fylkeskryssende ekspressbussruter

Fastsatt ved kgl.res. xx. xxxxx 200x med hjemmel i lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger § 3 annet ledd. Fremmet av Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

§1. Unntak fra konkurranseloven § 10

Konkurranseloven § 10 første ledd gjelder ikke for avtaler om drift av kommersielle fylkeskryssende ekspressbussruter.

§2. Ruter omfattet av unntaket

Unntaket i § 1 gjelder kun for samarbeid om drift inngått skriftlig før 13. mars 2003.

§3. Avtaler omfattet av unntaket

Unntaket i § 1 gjelder bare for avtaler som gir partene rett til å tre ut av samarbeidet med en frist på 6 måneder eller mindre.

§4. Forholdet til EØS-avtalen

Unntaket i § 1 gir ikke unntak fra forbudet i EØS-avtalen artikkel 53.

§5. Ikrafttredelse og varighet

Forskriften trer i kraft xx. xxxxx 200x og varer til xx. xxxxx 20xx.

Vedlegg 2

Merknader til de enkelte bestemmelser i forskriften

Til forskriften § 1

Forskriften § 1 slår fast at konkurranseloven § 10 ikke skal gjelde for avtaler om drift av kommersielle fylkeskryssende ekspressbusser.

Ved definisjonen av hvilke bussruter som omfattes av forskriften, tas det utgangspunkt i Samferdselsdepartementets rundskriv N-2/2003 av 13. mars 2003, hvor ekspressbussruter avgrenses mot lokale bil- og båtruter som inngår i det kommunale tilskuddsansvaret. Ekspressbussene er kommersielle fordi rutene er styrt av forretningsmessige interesser. Noen kommersielle fylkeskryssende ekspressbussruter ivaretar imidlertid enkelte lokaltrafikkfunksjoner. Disse vil likevel være omfattet av definisjonen, så lenge hovedaktiviteten er av kommersiell art. Forskriften omfatter videre kun fylkeskryssende ekspressbussruter. Bussruter som krysser grensen mellom Oslo og Akershus er imidlertid ikke omfattet, selv om de går under betegnelsen ekspressbusser, da dette i denne sammenheng regnes som et lokaltrafikkområde.

Det er kun forbudet i konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak som forskriften gir unntak fra. Konkurranselovens øvrige bestemmelser, slik som forbudet mot misbruk av dominerende stilling i § 11 vil således kunne få anvendelse dersom vilkårene for øvrig er oppfylt.

Unntaket gjelder drift av ekspressbussruter. Andre typer konkurransebegrensende samarbeid, slik som avtaler om ikke å konkurrere på andre ruter eller informasjonsutveksling utover det som er nødvendig for driften av ruten er således ikke omfattet av unntaket.

Til forskriften § 2

I følge bestemmelsen er det kun samarbeid om drift av ruter som er inngått skriftlig før 13. mars 2003 som er omfattet av unntaket. Departementet kan ikke se at det er behov for å gi unntak for ruter som i dag drives uten samarbeid eller eventuelle fremtidige ruter. Dette sikrer faktisk og potensiell konkurranse på de ruter hvor det i dag ikke er inngått samarbeid.

Bakgrunn for valg av skjæringstidspunkt er Samferdselsdepartementets rundskriv N-2/2003 av samme dato. Dette rundskrivet er utgangspunktet for dagens ordning med "fri etableringsrett" for ekspressbusser i Norge. De samarbeidsavtaler som omfattes av forskriften er altså de som er etablert før denne liberaliseringen trådte i kraft, på bakgrunn av daværende løyvetildelingspolitikk. Etter liberaliseringen er det, så vidt departementet har kunnet fastslå, ikke blitt etablert lignende samarbeid.

Til forskriften § 3

For å styrke den potensielle konkurransen mellom samarbeidspartene er det bestemt i forskriften § 3 at for å være omfattet av forskriften må avtalepartene ha rett til å tre ut av samarbeidet med en frist som ikke må overstige seks måneder.

Til forskriften § 4

Forskriften har ingen innvirkning på forholdet til EØS-avtalen artikkel 53. EØS-avtalen artikkel 53 tilsvarer konkurranseloven § 10 og kommer til anvendelse i tilfeller hvor det aktuelle samarbeidet merkbart påvirker samhandelen mellom EØS-landene. Dette innebærer at et samarbeid i strid med EØS-avtalen artikkel 53 vil være en overtredelse av denne bestemmelsen, selv om samarbeidet er omfattet av unntak etter konkurranseloven § 3 annet ledd første punktum.