

Fornynings-, administrasjons- og kirkedepartementet
v/avdelingsdirektør Steinar Hauge

Oslo , 16. mai 2012

Saksansvarlig advokat:
Jan Magne Juuhl-Langseth

HØRINGSUTTAELSE – EVALUERING AV GRUNNLAGET FOR FORSKRIFT OM FORBUD MOT BONUSPROGRAM I INNENRIKS LUFTEART

Vi viser til Departementets høringsbrev av 7. mars 2012 med vedlegg, herunder Konkurransetilsynets innstilling om å opprettholde forbudet på norsk innenriks med unntak av på tre spesifikke ruter. Konkurransetilsynets innstilling er svært overraskende fordi det – objektivt sett – ikke finnes grunnlag for fortsatt regulering i de økonomiske utredninger som tilsynet selv har innhentet, og heller ikke i de som tilsynet har mottatt fra andre parter. Anbefalingen er heller ikke en logisk følge av den kommersielle virkelighet som eksisterer i dagens konkurranseutsatte internasjonale marked for lufttransport.

Det vedlagte høringssvaret fra SAS gjennomgår de økonomiske studier som er innhentet og de rettslige konsekvenser som følger av det faktum studiene dokumenterer.

Konkurransetilsynets beskrivelse av det faktum som er lagt til grunn for dets analyse i innstillingens pkt. 3.4 gir en villet og grunnleggende ensidig fremstilling, samt grunnleggende manglende forståelse av utviklingen i markedet (pkt. 3), så vel som innhold og funksjon i flyselskapenes bonusprogram (pkt. 4). Derfor har vi vært nødt til å bruke en del plass i høringssvaret på å gjendrive Konkurransetilsynets misforståelser om hvordan luftfartsmarkedet fungerer. Det er både oppsiktsvekkende og synd at tilsynet etter flere års saksbehandling fremdeles ikke forstår det fundamentale skillet mellom fullservice- og lavprisselskaper, og hvordan dette preger konkurransesituasjonen i europeisk luftfart. Det er derfor desto større grunn til å presentere datagrunnlaget som illustrerer denne konkurransen grundig..

Konkurransetilsynets anbefaling har vitterlig ikke støtte i de økonomiske studier som er foretatt. I perioden 2010-2011 har tilsynet selv gjennomført en svært stor informasjonsinnhenting. Denne informasjonsinnhenting og datagrunnlaget har igjen dannet basis for en svært omfattende studie utført av samfunnsøkonomene Frode Steen og Lars Sørgard. I følge deres oppsummering, som er vedlagt innstillingen, er det ikke mulig å konstatere merkbare konkurransemessige virkninger av bonusprogram gjennom empiriske undersøkelser:

*"Overføringsverdien til norsk innenriks er opplagt vanskelig å spekulere i, men det synes som at vi hvertfall kan si at på utenriksrutene som er analysert er det vanskelig å finne veldig store effekter av Eurobonusprogrammet. Det er imidlertid ikke urimelig å anta at effektene kan være større på innenriks siden forretningsandelen er vesentlig større her, både absolutt og relativt, men det har i altså ikke data til å teste ordentlig ut."*¹

Og:

*"Avhengig av hvordan man leser resultatene gir tallene et visst grunnlag for å kunne hevde at Eurobonus i overaskende liten grad låser passasjerer inne i forretningssegmentet når de beveger seg fra innland- til utlandsruter."*²

Den grundigste studie som er gjort av norsk luftfart noensinne konkluderer altså med at det er "vanskelig å finne veldig store effekter" av bonusprogrammet og at det "i overraskende liten grad låser passasjerer inne." Det er på dette spinkle grunnlaget Konkurransetilsynet har anbefalt å opprettholde dagens forbud – med unntak av tre ruter til og fra Gardermoen.

En ting er at det fremstår som helt vilkårlig, og som et brudd med EU-Kommisjonens etablerte praksis, å definere unntaket per flyplass i stedet for per bypar. Noen begrunnelse for å diskriminere ruter ut av Rygge og Torp er heller ikke gitt. Viktigere er det at tilsynet bevisst ser bort fra at alle økonomiske studier konstaterer med at forbudet ikke har noen merkbar negativ effekt på konkurransen, rent bortsett fra å fortsette å ødelegge SAS' internasjonale forretningsmodell i Norge til fordel for Norwegian. Som Instituttlederen ved Økonomisk institutt ved Universitetet i Oslo, Nils Henrik von der Fehr oppsummerer det:

"Konkurransetilsynet har fått utført en rekke empiriske undersøkelser for å avdekke bonusprogrammenes innvirkning på de reisende, flyselskapene og konkurransen dem imellom. Til tross for at undersøkelsene er både omfattende og grundige, er de stort sett resultatløse: Bonusprogrammene har en viss betydning for de reisendes adferd, men den er ikke stor. Det er ingenting som tyder på at arbeidsgiverne anser bonusprogrammene som problematiske; tvertimot verdsetter de bonusfordelene de ansatte oppnår når de reiser i jobb. Og det er absolutt ingen indikasjoner på at bonusprogrammene har konkurransebegrensende virkninger."

Når Konkurransetilsynet velger å holde fast ved nødvendigheten av et forbud mot bonusprogrammer i norsk innenriks luftfart, er det derfor på tross av, og ikke på grunn av, de undersøkelsene tilsynet har fått utført"³

Det faktum at Konkurransetilsynet bevisst ser bort fra den empiriske forskning som foreligger – og som de til dels har innhentet selv – bør ha stor betydning for departementets adgang til å følge tilsynets anbefaling.

Konklusjonene til Steen & Sørgard samt von der Fehr har selvsagt også avgjørende betydning for egnethets- og forholdsmessighetsvurderingen etter EØS-avtalen art. 36. Videre dokumenterer

¹ Steen & Sørgard "En oppsummering av de empiriske funnene i forbindelse med bonusprosjektet" konklusjonsavsnittet på s. 9

² Steen & Sørgard Op. Cit. under overskriften "analyse av rutedata" s. 5

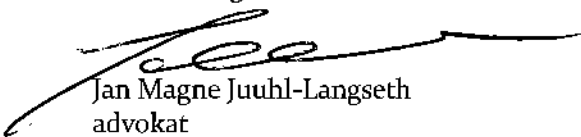
³ Nils Henrik von der Fehr "Bonusprogrammer – en vurdering av grunnlaget for Konkurransetilsynets forslag om fortsatt forbud mot bonusprogrammer i norsk innenriks luftfart" mai 2012, s. 27. Vår utheving.

utredningene at et fortsatt forbud mot bonusprogrammene på ingen måte "... er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene" som er vilkåret for at Departementet overhodet kan gi en forskrift med hjemmel i konkurranselovens § 14.

I tillegg til at faktum dokumenterer at det vil være ulovlig å opprettholde forbudet mot bonusprogram på norsk innenriks luftfart, har tilsynet også ved flere anledninger blitt gjort oppmerksom på at forskriften strider mot annen EØS-lovgivning. Bonusforbudet er i strid med harmonisert EØS-lovgivning fordi det regulerer markedsadferd overfor forbrukere som ikke ligger på listen i Anneks 1 til Direktiv 2005/29. Videre er tilsynet også gjort oppmerksom på at SAS uansett vil kunne innføre bonusprogram i sine bedriftskundeavtaler (til bedriftenes ansatte) med hjemmel i EØS-avtalen art. 53. Dette er en rettslig situasjon som heller ikke er endret ved Konkurransetilsynets innstilling.

Dersom departementet skulle ta Konkurransetilsynets anbefaling til følge, ville man utforme en forskrift som ikke har internrettslig hjemmelsgrunnlag, er ulovlig og uansett ikke kan håndheves som følge av EØS-rettens forrangsprinsipp. Konkurransetilsynet har selv innrømmet at forbudet ikke har noen nytteverdi langs de tre største rutene på norsk innenriks. Basert på den økonomiske forskning som foreligger og de juridiske utfordringer bonusforbudet innebærer bør departementet nå oppheve forbudet i sin helhet og gi resten av Norge tilgang til de samme service- og produktfordelene som Konkurransetilsynet ønsker å nekte et flertall av norske flypassasjerer tilgang til.

Med vennlig hilsen



Jan Magne Juuhl-Langseth
advokat

SCHJØDT

NOTAT

Til: FAD

Kopi: Konkurransetilsynet

Fra: SAS og advokatfirmaet Schjødt

Saksansvarlig advokat: Jan Magne Juuhl-Langseth

Dato: 16. mai 2012

Dok.ref: 33460-501-2208183.1

INNHold

1.	INNLEDNING	4
2.	HISTORIKK OG FAKTISKE UTGANGSPUNKTER.....	5
2.1	Faktum oppsummert på nytt basert på tidligere innsendt dokumentasjon	5
2.1.1	Informasjonsutvekslingen mellom partene – tilsynets konklusjoner er ikke basert på manglende data	5
2.1.2	Informasjonsutvekslingen mellom partene – tilsynet har ved gjentatte anledninger nektet å gi veiledning i forhold til konkrete spørsmål av betydning for SAS' forretningsstrategi	7
2.1.3	Informasjonsutvekslingen mellom partene – nærmere om de økonometriske analyser som er innhentet	7
2.1.3.1	Utgangspunkt – departementets vurdering i 2007	7
2.1.3.2	Hva er bevist? Konklusjonene i de økonomiske studier som er innhentet	8
2.2	Regulering av bonusprogram i andre jurisdiksjoner	10
2.2.1	Innledning	10
2.2.2	EU-Kommisjonens holdning til bonusprogram	11
2.2.3	Vurderingen av bonusprogram i dansk og svensk praksis	12
2.2.4	Oppsummering	14
2.3	Markedsutviklingen i Norge og internasjonalt	14
2.3.1	Innledning	14
2.3.2	Markedsutviklingen i Europa	15
2.3.2.1	Innledning	15
2.3.2.2	Kapasitet – lavkostselskaper og nettverkselskaper	15
2.3.2.3	Produkt og teknologi	17
2.3.2.4	Enveispriser	18
2.3.2.5	Tilpassing av kapasitet og flystørrelser	18
2.3.3	Markedsutviklingen innenlands	18
2.3.3.1	Innledning	18
2.3.3.2	Forholdet mellom "store" og "små" ruter	19
2.3.3.2.1	De minste rutene har mindre konkurranse – og svakere resultat – av naturlige årsaker	19
2.3.3.2.2	Svake ruteresultater er ikke synonymt med lite robust konkurranse	19

2.3.3.3	Nærmere om begrepet "robust konkurranse" i forhold til hva som kreves for å konkurrere på norske bypar	20
2.3.3.3.1	Forutsetningene for konkurranse med to aktører på et gitt bypar/rute	20
2.3.3.3.2	Effekten av storkundeavtalene	23
2.3.3.3.3	Kapasiteten (foreligger manglende kapasitet?)	23
2.3.3.3.4	Kabinfaktorer – er de høyere og indikerer mindre grad av konkurranse?	24
2.3.3.3.5	Prisbildet – publiserte priser og realiserte priser	24
2.3.3.3.6	Markedsandeler (er det for stor skjevhet i markedsandeler?)	25
2.3.3.3.7	Tidtabellene (for dårlige tidtabeller?)	25
2.3.3.3.8	Ruterresultater (for svake ruterresultater?)	25
2.3.3.4	Kundebehovene i det norske markedet	25
2.3.3.4.1	Oversikt over kundepreferansene innenlands	25
2.3.3.4.2	Hvordan dekkes kundebehovene av de to forretningsmodellene i det norske markedet	26
2.3.3.5	Oppsummering/konklusjon om Konkurransetilsynets begrepsbruk	28
2.4	Nærmere om påstanden om at Norge er et "spesielt marked"	28
2.4.1	Innledning	28
2.4.2	Forhold som skiller norsk innenriks lufttrafikk fra andre europeiske markeder	29
2.4.3	Særlig om forholdet mellom innenriks/stamrutene og anbudsrutene	31
2.5	Gjennomgang av konkurransesituasjonen mellom europeiske bypar	33
2.5.1	Passasjergrunnlag og størrelse på byparene i Europa	33
2.5.2	Antall konkurrenter per rute – større i Europa enn i Norge	33
3.	REGULERINGENS INNHOLD – NÆRMERE OM FORDELSPROGRAMMER	35
3.1	Hvilke tjenester tilbys i et fordelsprogram – og hvilke etterspørres i størst grad av kundene?	35
3.1.1	Utgangspunkt	35
3.1.2	Resultater fra tilgjengelige kundeundersøkelser	36
3.1.3	Bonusprogrammets betydning for fritidsreisende	37
3.1.4	Bonusprogrammets betydning for forretningsreisende	37
3.2	Betydningen av bonusprogrammet for SAS måte å drive forretningsvirksomhet	38
3.2.1	Bonusprogrammet som selvstendig aktivum	38
3.2.2	Spesielt om produkt differensiering og krav innenfor internasjonale allianser	39
3.3	Nærmere om Konkurransetilsynets beskrivelse av fordelsprogram og hvordan denne avviker fra alle kjente analyser om fordelsprogrammets virkninger	40
3.3.1	Nærmere om de enkelte virkningene Konkurransetilsynet påstår eksisterer	40
3.3.1.1	Rabattstrukturen – betydningen av bonusprogram som rabatt	40
3.3.1.2	Lojalitets/inneleavings effekter	41
3.3.1.2.1	Redusert prissensitivitet grunnet ønske om poengopptjening	41
3.3.1.2.2	"Suction-effekter"	43
3.3.1.3	Agent-prinsipal-problematikk	44
3.3.2	Konkurransetilsynets påstand om at Norwegian vil utkonkurreres fra tynne ruter på bonusprogrammets kvalitet – og at dette utgjør et konkurranserettslig problem	46
3.3.2.1	Er konkurranse på kvalitet et problem for konkurransen i Norge?	46
3.3.2.2	Teoretisk og empirisk grunnlag for Konkurransetilsynets problemstilling	46
3.3.2.3	Nærmere om Konkurransetilsynets modell	47
3.4	Beskrivelse av hvorfor reguleringen diskriminerer direkte til fordel for Norwegian	48
4.	DET JURIDISKE GRUNNLAGET FOR REGULERINGEN	49
4.1	Har forbudet mot fordelsprogrammer hjemmel i konkurranseloven?	49
4.1.1	Innledning	49
4.1.2	Konkurransebegrensningsvurderingen	50

4.1.3	EØS-avtalens artikkel 53 som kompetanseskranke	51
4.1.4	Nødvendighetskriteriet	56
4.2	Er forbudet i strid med EØS-avtalens artikkel 36?	56
4.3	Er forbudet i strid med harmonisert EØS-rett?	57
5.	KONKURRANSETILSYNETS INNSTILLING MEDFØRER AT FAD VIL OPPRETTHOLDE EN FORSKRIFT SOM IKKE HAR HJEMMELSGRUNNLAG, IKKE ER LOVLIG OG IKKE KAN HÅNDHEVES	58
5.1	Utgangspunkt	58
5.2	SAS handlingsalternativer dersom Konkurransetilsynets innstilling opprettholdes	58
5.2.1	SAS kan innføre fordelsprogrammer som del av sine bedriftskundeavtaler uten å være i strid med norsk konkurranselov.	58
5.2.2	SAS kan gjeninnføre fordelsprogrammer generelt med hjemmel i EØS-avtalens rett til å tilby tjenester etter Art. 36.	59
5.3	Gjeninnfører SAS fordelsprogrammer vil Konkurransetilsynet være avskåret fra å håndheve forskriften etter EØS-avtalen	59
5.3.1	Tilsynets sanksjonsadgang etter konkurranseloven viker for EØS-lovens forrangsprinsipp	59
5.3.2	Håndhevelse fra Konkurransetilsynet vil kunne møtes av reaksjoner fra ESA og/eller Kommisjonen	62

1. INNLEDNING

Vi konstaterer at Konkurransetilsynet i sin "Evaluering av grunnlaget for forskrift om forbud mot bonusprogrammer i innenriks luftfart" oversendt departementet 3. februar i år¹ foretar en gjennomgang av det faktum de har lagt til grunn for sin analyse i notatets pkt. 3-4. Denne gjennomgangen representerer etter SAS oppfatning en så vidt ensidig fremstilling og manglende forståelse av både av utviklingen i markedet (pkt. 3) samt innhold og funksjon av flyselskapenes bonusprogram (pkt. 4) at den ikke kan stå uimotsagt. Videre er tilsynets forståelse av hvordan et bonusprogram faktisk fungerer i markedet slik denne fremstilles i notatets pkt. 5-7 svært spesiell sammenliknet med hva som er den kommersielle virkelighet. Dette gjelder både hvordan tilsynet vurderer de økonomiske analyser som er innhentet, både fra tilsynet selv og fra SAS og hvordan tilsynet forstår konkurransen i norsk innenriks luftfart og luftfartssektoren generelt.

Vi vil derfor kort gjennomgå det faktum som lar seg konstatere fra tidligere innsendt dokumentasjon, herunder relevante reguleringsendringer og viktige endringer i markedsforhold fra bonusforskriften² ble innført.

Vi vil deretter gjennomgå innholdet i et bonusprogram og hvilke dokumenterte virkninger, i motsetning til de antatte og helt teoretisk kalkulerter virkninger tilsynet legger til grunn, et slikt program faktisk har.

Etter denne helt nødvendige oppryddingen vil vi redegjøre for bonusforskriftens juridiske grunnlag både i forhold til alminnelig EØS-rett og norsk forvaltningsrett.

Bonusforskriften strider klart mot EØS Art. 36 i det den forbyr flyselskap å tilby en viss form for tjenester til norske kunder og dette forbudet er hverken proporsjonalt eller rettferdiggjort.

Forskriften strider videre mot harmonisert EØS-lovgivning i det direktiv 2005/29 uttømmende regulerer det forbrukervern medlemsstatene kan innføre gjennom å forby alminnelig forretningspraksis i EØS-området.

Hva angår norsk forvaltningsrett er det et faktum at konkurranselovens § 14 oppstiller klare preseptoriske vilkår for å anvende forskriftshjemmelen i loven. Gjennomgangen i pkt. [...] og vil vise at disse vilkårene er ikke lenger oppfylt - om de noensinne var det. Konkurransetilsynets egne undersøkelser og ekspertrapporter viser etter SAS' syn at det er åpenbart at de lovmessige vilkår for regulering ikke er oppfylt etter norsk rett.

Forskriften er således i strid med sitt eget hjemmelsgrunnlag, hvilket i seg selv medfører en plikt for FAD til å oppheve den. Konkurransetilsynet kan heller ikke lovlig håndheve overtredelser av forskriften.

¹ Vedlegg 1 til brev av 03.02.2012 fra Konkurransetilsynet til FAD, heretter omtalt som Konkurransetilsynets/tilsynets evaluering".

² For ordens skyld, Forskrift 20. juni 2007 nr. 684 om forbud mot bonusprogram i innenriks luftfart, som heretter omtales som "bonusforskriften."

Endelig vil også EØS-konkurranselovens §7(2) jf. EØS Art. 53 komme til anvendelse i det øyeblikk SAS skulle velge å innføre Eurobonus som del av sine bedriftskundeavtaler, da norske myndigheter ikke har kompetanse til å forby avtaler mellom foretak som ikke er konkurransebegrensende etter EØS Art. 53. Det er et faktum at ingen annen konkurransemyndighet i hele EØS-området, inklusive Kommisjonen, har funnet bonusprogram konkurransebegrensende i seg selv.

Basert på denne juridiske gjennomgangen vil vi kort redegjøre for SAS' handlingsalternativer dersom FAD velger å følge Konkurransetilsynets anbefaling.

2. HISTORIKK OG FAKTISKE UTGANGSPUNKTER

2.1 Faktum oppsummert på nytt basert på tidligere innsendt dokumentasjon

Vi har i dag en situasjon hvor de antatte økonomiske effekter som lå til grunn for den opprinnelige forskriftsreguleringen ikke lar seg påvise. Dette skyldes til dels endringer i markedssituasjonen i løpet av de siste fem år,³ og dels at det nå foreligger grundige studier av innelåsningseffektene bak bonusprogram som myndighetene ikke hadde tilgang til på det tidspunkt forskriften ble vedtatt.⁴ I tillegg har markedssituasjonen endret seg betydelig, noe som er kommentert en rekke ganger tidligere, og som ikke gjentas her, annet enn at Norwegians markedsandel innenriks nå er betydelig, og at kapasiteten er på høyde med SAS'. Spørsmålet er da hvorfor Konkurransetilsynet fremdeles opprettholder en innstilling om at forbudet i det alt vesentlige skal bestå som før. Som gjennomgangen vil vise er det ikke grunnlag for å videreføre forbudet.

2.1.1 Informasjonsutvekslingen mellom partene – tilsynets konklusjoner er ikke basert på manglende data

Det foreligger en betydelig informasjonsutveksling mellom SAS og Konkurransetilsynet vedrørende de endringer i faktiske omstendigheter som skulle tilsi at grunnlaget for regulering under enhver omstendighet ikke lenger er tilstede, samt bonusforskriftens forhold til EØS-lovgivningen for øvrig. SAS oversendte Konkurransetilsynet en oppsummering av denne korrespondansen mellom partene vedrørende faktum per 11. januar 2012 og denne bør også ha interesse for Departementet:

- Brev av 19. oktober 2011 hvor SAS dokumenterte hvordan Frode Steen og Lars Sørgards Oppsummering av de empiriske funnene i forbindelse med bonusprosjektet⁵ ikke påviste noe behov for videre regulering av flyselskapers bruk av fordelsprogrammer med hjemmel i konkurranseloven §14.
- Brev av 31. august 2011 hvor SAS redegjorde for hvordan konkurransegrunnlaget for anbudsrutene medfører at det er forbudt å benytte disse rutene til noen form for kryssubsidiering/diskriminering av andre aktører innen luftfartssektoren, og at

³ jf. beskrivelsen i Copenhagen Economics 2010 s. 2-8

⁴ Steen & Sørgards "Konkurranse versus monopol i norsk luftfart" 2001 konstaterte eksplisitt i sin teoretiske behandling av bonusprogram at "Vi har ikke foretatt noen systematisk empirisk analyse av hvorvidt bonusordninger i Norge har faktisk ført til innelåsing." Jf. rapporten på s. 89.

⁵ Rapport av 29.09.11

Norwegians påstander om dette – objektivt sett—ikke har noen forankring i faktum.

- Brev av 10. august 2011 hvor SAS redegjorde for hvordan konkurransesituasjonen i luftfartsmarkedet er vesentlig endret siden forskriften trådte i kraft, med vedlagte kundeundersøkelser.
- Presentasjoner og rapporter fra Copenhagen Economics og professorene Steen & Sørgard som dokumenterer at forbudet mot bonusprogram ikke har noen merkbar faktisk effekt.⁶
- I tillegg foreligger det en betydelig mengde dokumentasjon fra korrespondansen mellom FAD, SAS og Konkurransetilsynet fra 2010, herunder gjennomgang av trafikkutviklingen på stamrutenettet⁷ ruteregnskap og data fra SAS revenue system, mv.⁸ SAS har også fortløpende besvart forespørsler om informasjon og pålegg om utlevering av informasjon gjennom 2011.

Videre foreligger det også en betydelig mengde forutgående korrespondanse i forbindelse med Konkurransetilsynets juridiske utredninger av bonusforskriftens forhold til konkurranselovens §14. Vi viser her kun til de mest sentrale vurderingene:

- Notat til FAD av 20. September 2010 om Bonusforskriftens forhold til bedriftskundeavtaler med vedlagt notat om anvendeligheten av Direktiv 2005/29 på Bonusforskriften.
- Notat til Konkurransetilsynet av 21. september 2010 som vedlegger vurderingene gitt FAD og drøfter tilsynets håndhevingsadgang og konsekvenser av rettsstridig håndhevelse av bonusforskriften dersom SAS lovlig gjeninnfører Eurobonus i Norge. Konkurransetilsynet har således vært kjent med konsekvensene av eventuelle håndhevelsesskritt helt fra starten av prosessen.
- Dr. juris Tore Lundes utredning om "forholdet mellom Direktiv 2005/29/EF om urimelig handelspraksis, og forskrift om forbud mot bonusprogram i innenriks luftfart og forskrift om tilgang til boligannonsering på Internett" av 7. januar 2011 utarbeidet etter oppdrag fra tilsynet.
- Professor Erling Hjelmengs vurdering av Forskrifter om konkurransefremmende tiltak og UCP-direktivet av 2. Februar 2011 utarbeidet etter oppdrag fra tilsynet.
- Notat om anvendelsesområdet for Direktiv 2005/29 fra Schjødt til SAS oversendt Konkurransetilsynet 7. februar 2011 hvor direktivets forhold til konkurranselovgivningen ble drøftet.
- "Opinion concerning Norwegian Regulation no. 684 of 20 June 2007" av professor og tidligere dommer ved EU-domstolen Sir David Edward avgitt 5. april 2011 og

⁶ Copenhagen Economics rapport av 15.11.10 ("Copenhagen Economics 2010"), Steen & Sørgards kommentarer til denne 27.06.11 ("Steen & Sørgard 2011a"), samt Steen & Sørgards etterfølgende rapport av 29.09.11 om oppsummering av økonometri ("Steen & Sørgard 2011b")

⁷ Utviklingen av markeds- og konkurransesituasjonen i norsk luftfart innland og utland 2007-2009 Fokus på stamrutenettet – ruter som opereres jet 120-186 seter – oversendt tilsynet og FAD 11. oktober 2010

⁸ Oversendt per e-post 23. desember 2010

som finner at Bonusforskriften hverken lar seg forene med Direktiv 2005/29 eller europeisk konkurranserett.

- Utredningene fra de advokatene Henrik Svane og Olav Kolstad i Kvale vedrørende Eurobonus' lovlighet i Norge dersom dette innføres i bedriftskundeavtalene samt en gjennomgang av Konkurransetilsynets vurdering av bonusprogram som "ensidig adferd."⁹

2.1.2 Informasjonsutvekslingen mellom partene – tilsynet har ved gjentatte anledninger nektet å gi veiledning i forhold til konkrete spørsmål av betydning for SAS' forretningsstrategi

I tillegg har SAS bedt om veiledning fra Konkurransetilsynet vedrørende Konkurransetilsynets forståelse av bonusforskriftens lovmessighet i forhold til bedriftskundeavtaler, EØS Art. 36 samt Direktiv 2005/29.

Konkurransetilsynet har henvist til FAD hva angår forståelsen av EØS-avtalen og nektet å gi veiledning i forhold til spørsmålet om EØS Art.53.¹⁰ Anmodningen om veiledning ble presisert ved notat 15. november 2010 og deretter purret i brev av 24. januar 2011 før Konkurransetilsynet endelig avslo å gi veiledning i brev av 7. mars 2011 hvor man henviste til departementets svarbrev til ESA og ellers nektet ytterligere kommentarer.

Oppsummeringsvis kan man konstatere at det foreligger en svært omfattende dokumentasjon av forbudets faktiske konsekvenser og en minst like omfattende diskusjon om den eksisterende forskriftens forhold til EØS-lovgivningen, en diskusjon som dog ikke har munnet ut i noen veiledningsuttalelse fra Konkurransetilsynet til tross for at vilkårene for at Kommisjonen ville ha gitt veiledning er oppfylt.¹¹

2.1.3 Informasjonsutvekslingen mellom partene – nærmere om de økonometriske analyser som er innhentet

Denne gjennomgangen rekapitulerer kort innholdet i konklusjonsavsnittene til de makroøkonomiske utredninger som er foretatt av professorene Steen & Sørgard samt Copenhagen Economics' rapport¹² og sammenholder disse med Høringsnotatets¹³ gjennomgang av de effekter av bonusprogram som departementet fant problematiske da bonusforskriften ble vedtatt i 2007 og de effekter som tilsynet fremdeles mener eksisterer i følge pkt. 4-7 av Konkurransetilsynets evaluering.

2.1.3.1 Utgangspunkt – departementets vurdering i 2007

Departementet mente å kunne konstatere følgende konkurranseskadelige effekter av bonusprogram i 2007:

⁹ Utredninger av 23. mars og 19. mai, henholdsvis.

¹⁰ Brev av 15. oktober 2010 til advokatfirmaet Schjodt.

¹¹ Det var på det rene da anmodningene ble gitt at forenligheten mellom EØS Art. 36, samt Direktiv 2005/29 og konkurranselovgivningen ikke var avklart i retts- eller forvaltningspraksis, de økonomiske konsekvensene av ukklarhetene var store, og – ikke minst – det ville vært fullt ut mulig å gi veiledning basert på den faktiske informasjon som var gitt av SAS med hensyn til SAS' planer for gjeninnføring av Eurobonus. Grunnvilkårene for å gi veiledning i henhold til Kommisjonens meddelelse om "guidance related to novel questions" er dermed alle oppfylt, jf. meddelelsen pkt. 8.

¹² Ref. note 6 ovenfor.

¹³ Høringsnotat til bonusforskriften, Ref. 200602795 av 27.02.2007 (heretter "Høringsnotatet").

- Lojalitetsskapende effekter som genererer antatte innelåsningseffekter i forhold til konkurrerende flyselskap og som ikke står i sammenheng med den betaling bonusprogrammet gir, herunder:
 - o Bonusprogrammenes karakter av å være en retroaktiv rabatt hvor rabatten øker med forbruket, Høringsnotatets pkt. 4.2.
 - o Agent/prinsipal – problematikk i forhold til at det er den reisende som får fordelene av programmet men det er arbeidsgiver som betaler reisen, Høringsnotatets pkt. 4.2.
 - o Såkalte "suction effects" som øker den innelåsende virkningen når kunden nærmer seg opptjeningsnivå for en gratis reise eller oppgradering til høyere nivå, Høringsnotatets pkt. 4.2.
- Redusert prissensitivitet som følge av de antatte lojalitetsskapende effektene ovenfor, noe som igjen var antatt å øke adgangsbarrierene for andre aktører, Høringsnotatets pkt. 4.3

2.1.3.2 Hva er bevist? Konklusjonene i de økonomiske studier som er innhentet

Innledningsvis kan det fastslås at hverken Steen & Sørgard eller Copenhagen Economics har kunnet påvise noen av disse effektene i noen merkbar grad i markedet slik dette fungerte i 2011.

Copenhagen Economics konkluderer som følger:

"... the potential competition reducing effects of FFPs are clearly weaker today as the incentive problem arising from travelers not paying for their own tickets (the principal-agent problem) is less imminent as enterprises have strengthened their travel policies and their enforcement. In addition, new empirical evidence shows that the role of EuroBonus Gold and Silver levels has a limited impact on consumer behavior, and that the role of free flights (rebates) has dropped significantly."¹⁴

Undersøkelsen til Copenhagen Economics er kritisert av Steen og Sørgard for å benytte en for enkel statistisk metode, men når Steen og Sørgard analyser de samme dataene med en presumptivt mer sofistikert metode, får de samme resultat.¹⁵ Dette innrømmer også Konkurransetilsynet i sin oppsummering av prosjektets empiriske undersøkelser:

"Konkurransetilsynet hadde forventninger om at resultatet av de empiriske undersøkelsene ville gjøre det mulig å kvantifisere noen av virkningene av bonusprogrammene på konkurransen i norsk luftfart. (...) "Usikkerhet i analysene gjør det vanskelig å trekke klare konklusjoner. I den grad man kan si noe om effektene går det i retning av at Eurobonusprogrammet øker antall passasjerer i forretningssegmentet, men at effekten er liten i forhold til totalt antall passasjerer."¹⁶

¹⁴ Copenhagen Economics 2010 s. 2

¹⁵ Se Von der Feers komparative gjennomgang av de to studiene, s.19

¹⁶ Konkurransetilsynets innstilling, pkt. 5.4 s. 53

Von der Fehr oppsummerer Steen & Sörgards analyse og tilsynets konklusjoner som følger:

"Ikke desto mindre burde virkningene av bonusprogrammene vise seg i undersøkelsene, dersom programmene virkelig har eller har hatt en slik betydning som Konkurransetilsynet mener. Det gjør de imidlertid ikke. I de fleste av testene er det ingen virkninger overhodet. I andre tester er det visse virkninger, men disse peker tildels i motsatt retning av det forskerne forventer. Således heter det for eksempel om bonusprogrammernes innvirkning på etterspørselen på utenlandsrutene: "Vi ville vente å finne enten positive effekter eller ingen effekter. Av 12 mulige ... er 6 positive og signifikante, 2 ikke signifikant forskjellige fra null, og 4 er signifikant negative." (Steen og Sörgard, 2011b, s. 3). Steen og Sörgard legger til at "det siste representerer et tolkningsproblem", men det er egentlig ikke riktig; resultatene er riktignok det motsatte av det man forventer, men tolkningen er enkel nok - bonusprogrammene har i disse tilfellene en positiv og ikke en negativ konkurranseeffekt. Det er imidlertid ikke vanskelig å være enige med Steen og Sörgard i at med resultater som spriker i alle retninger, er det grunn til "å vise en viss forsiktighet når vi evaluerer modellene".

Saken er at til tross for at man har villet, og til tross for at man har gjort et meget hederlig forsøk, har man ikke funnet noe som tyder på at bonusprogrammene har konkurranseeffekter. Den mest nærliggende forklaringen er at det simpelthen ikke er noen slike effekter. Uansett er det misvisende når Konkurransetilsynet anser at "det er vanskelig å trekke klare konklusjoner", for konklusjonen er klar nok: Det er ikke empirisk grunnlag for å hevde at bonusprogrammer har hatt - eller for den saks skyld har eller vil ha - noen avgjørende innvirkning på konkurransen i norsk innenriks luftfart.¹⁷

Det faktum at tilsynets egne empiriske undersøkelser ikke gir grunnlag for noen konklusjon om at bonusprogram har negativ innflytelse på konkurransen, forhindrer ikke Konkurransetilsynet i å foreta en teoretisk gjennomgang av bonusprogrammets konkurransebegrensende effekt i pkt. 4. Her gjentar tilsynet konsekvent, og helt udokumentert, påstandene om at bonusprogram medfører redusert konkurranse mellom etablerte aktører grunnet momentene som FAD antok kunne konstateres i 2007. I tillegg hevdes det at bonusprogram medfører høyere etableringshindre for nye aktører fordi bonusprogrammene medfører økte byttekostnader og redusert prissensitivitet. Videre anfører Konkurransetilsynet at konkurranse på bonusprogram kan medføre at det selskap som har dårligst bonusprogram vil forlate enkelte markeder fordi de blir utkonkurrert på det kundesegmentet som etterspør de dyreste billettene.

Von der Fehrs gjennomgang av tilgjengelig materiale fra de nevnte økonometriske studier og tilsynets innstilling konkluderer imidlertid som følger:

"Det er ikke påvist noen årsakssammenheng mellom forbudet mot bonusprogrammer og etableringen av konkurranse på norske innenriksruter. Selv om det i teorien kan argumenteres for at det under visse forutsetninger kan eksistere en slik sammenheng, gjenfinnes denne ikke i empirien; vertimot tyder

¹⁷ Von der Fehr s.3. Våre understrekinger.

Konkurransetilsynets undersøkelser på at forbudet mot bonusprogrammer ikke har hatt noen betydning for konkurransen.¹⁸

Vi har dermed konstatert at det ikke finnes empirisk belegg for noen av Konkurransetilsynets påstander. Det må betegnes som oppsiktsvekkende at Konkurransetilsynet selv har innrømmet dette uten at det på noen måte endrer deres villegde konklusjoner.

2.2 Regulering av bonusprogram i andre jurisdiksjoner

2.2.1 Innledning

Innledningsvis må det konstateres at Bonusforskriften i seg selv utgjør et markant avvik i forhold til den konkurranserettslige regulering som er utviklet i andre EØS-land.

Bakgrunnen for forskriften var at tilsynet anså konkurransesituasjonen i Norge for å være mangelfull som følge av SAS' oppkjøp av Braathens i 2002, og denne oppfatningen ledet til et tidsbegrenset inngrep mot bruk av EuroBonus etter dagjeldende konkurranselovs § 3-10. Dette var da et inngrep mot det som ble oppfattet som en dominerende aktør og ville som sådan være på linje med den regulering som eksempelvis det svenske Konkurrensvirket innførte på visse innenriksruter og som senere – av logiske årsaker – ble opphevet.¹⁹

På samme tid som dette enkeltvedtaket ble fattet ble det utført et arbeid i regi av det europeiske nettverket av konkurransetilsyn, ECA, som munnet ut i rapporten *"Loyalty programmes in civil aviation."* Konkurransetilsynets innstilling fra 2012 siterer fremdeles den fremstillingen av bonusprogram som er gjort i ECA-rapporten fra 2002. Det er imidlertid verd å merke seg et par poeng knyttet til bruken av denne rapporten: For det første anvender Konkurransetilsynet kun den faktiske fremstillingen av hvordan bonusprogram fungerer i pkt. 4.1 av tilsynets innstilling. Vurderingen av konkurransemessige effekter av bonusprogram i innstillingens pkt. 4.2 er tilsynets egen. Grunnen til dette er åpenbar. ECA rapportens oppsummering av faktorer som tilsier at bonusprogram kan utgjøre et problem understreker glassklart to momenter. For det første må flyselskapet som tilbyr bonusprogrammet være i en dominerende stilling.²⁰ For det annet må effekten av hvert bonusprogram vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.²¹ Arbeidet som er utført av nettverket av europeiske konkurransetilsyn gir således ingen støtte for en forskrift som forbyr alle bonusprogram på generelt grunnlag og uten å vurdere effekten av programmet konkret for hvert berørte marked. Fremstillingen er her direkte villedende og tatt ut av riktig kontekst.

Da Konkurransetilsynets enkeltvedtak utløp i 2007 bestemte departementet seg for å erstatte enkeltvedtaket – som ikke lenger kunne opprettholdes etter den nye

¹⁸ Vår understreking.

¹⁹ Marknadsdomstolens Beslut 2001:4. Domstolen anså bonusprogram som et utslag av misbruk av dominerende stilling langs enkelte rutepar og forbød opptjening av poeng som kunne brukes til uttak av gratisreiser. Det er imidlertid interessant at det svenske forbudet ikke omfattet opptjening av poeng til bruk for oppgradering av servicenivå.

²⁰ Se oppsummeringen av svar fra 13 europeiske konkurransetilsyn presentert i tabellform på rapportens side 24

²¹ Som uttrykt i rapportens §51: "Answering an ECA questionnaire, thirteen competition authorities presented criteria, which have been or should be considered when qualifying a loyalty programme as abusive (Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Norway, Poland, Spain, Sweden, UK, European Commission and EFTA). It was stressed that the effects of a loyalty programme will generally have to be evaluated on a case-by-case basis."

konkurranseloven – med en generell forskrift som forbyr bonusprogram for alle flyselskap på alle innenriksruter i Norge, uavhengig av om det enkelte flyselskap er i dominerende stilling og uavhengig av konkurransesituasjonen på den enkelte rute. Denne reguleringsformen er helt unik, både i Europa og i resten av verden.

Vi vil i det følgende kort gjennomgå øvrige konkurransemyndigheters vurdering av bonusprogram, herunder også den utvikling som er skjedd i synet på bonusprogram hos de andre skandinaviske konkurransetilsyn.

2.2.2 EU-Kommisjonens holdning til bonusprogram

Kommisjonens holdning til bonusprogram er uttrykkelig fastslått i deres "Guide to European Community legislation in the field of civil aviation" fra 2007, et dokument som således er betraktelig ferskere enn den ECA-rapporten tilsynet refererer til når de ønsker å beskrive bonusprogram:

*"A consultation has been carried out with interested parties. On the basis of its findings it would seem that these programmes will have to be characterised as normal competitive practices. There would therefore not seem to be any reason to regulate these activities except to avoid predatory behaviour and to ensure that smaller air carriers can associate themselves with such a programme on reasonable economic conditions. This in fact is a normal condition for approving alliances."*²²

Denne holdningen er konsekvent opprettholdt i etterfølgende praksis. Kommisjonen har hatt adgang til å vurdere effekten av bonusprogram i et utall sammenhenger de siste årene. Dette gjelder såvel i fusjonssaker som saker hvor man tidligere kunne anmode om godkjenning av samarbeid og joint ventures.

Det er vel verd å merke seg at Kommisjonen *aldri* har ansett bonusprogram som noe problem *per se*. Derimot har Kommisjonen i visse situasjoner krevet at partene skal gi nye aktører på bypar hvor de er dominerende eller blir det som følge av den meldte transaksjonen, ikke-diskriminerende tilgang til egne bonusprogram. På denne måten ønsker Kommisjonen å fjerne den innelåsende effekten av bonusprogram for nye aktører på bypar hvor de samarbeidende aktørene har markedspekt. I fusjonssaker har Kommisjonen enkelte ganger krevet at partene skal tilby tilgang til program på ikke-diskriminerende vilkår for å fjerne inngangsbarrierer langs bypar hvor det fusjonerte selskapets markedsandel ellers ville blitt for høy.

Derimot har Kommisjonen *aldri* vurdert bonusprogram som noe bestemt problem i seg selv eller som spesifikt problem ved vurderingen av transaksjonenes effekt langs bestemte bypar. Dette er spesielt interessant i det man har godkjent svært høye markedsandeler langs visse bypar og dersom bonusprogrammene skulle være et markant konkurranserettslig problem, har Kommisjonen således hatt god anledning til å reagere

²² Op. cit. pkt. 3-5.

mot dem. Det har den ikke gjort, derimot har den vist stor interesse for mer kritiske konkurranseparametre som slots og flyplasskapasitet og utestengende effekter.²³

Av øvrig nyere praksis nevnes:

- 14.07.10 Case 39.596/BA/AA/IB: opprettelse av et joint venture som dekker ruter mellom Europa og Nordamerika. Kommisjonen godkjente JV, når deltagerne har forpliktet seg til blant annet å la konkurrenter få tilgang til tilslutningsflyvninger, tilgang til Frequent Flyer program, med mer. FFP i seg selv ikke noe problem.
- 19.10.2007 Case 37.984 SkyTeam: art. 81, opprettelse av samarbeid SkyTeam, inkluderer bonusprogram. Kommisjonen har lagt til grunn at de ikke vil gå videre med saken (art.9) etter at selskapene har forpliktet seg til blant annet å gi nye aktører anledning til deltagelse i bonusprogrammet.
- 12.07.05 COMP/37.749 Austrian Airlines – SAS: Samarbeidsavtale. På den strekningen der de to partene var eneste operatører før samarbeidet, forpliktet partene seg til å gi nye markedsdeltagere tilgang til bonusprogram samt tilby vilkår som sikrer nye markedsaktører slots. Kommisjonen avsluttet imidlertid saken i 2008 uten å kreve at partene gjennomførte noen av disse tiltakene.

Det kan mao. konstateres med bred penn at Kommisjonen inngripende har vurdert ulike bonusprogramms betydning for konkurransen langs et utall bypar av svært vekslende karakter i løpet av de siste fem årene. Ikke på noe punkt har Kommisjonen funnet at bonusprogrammene skulle ha negative effekter utover en viss utestengningsmulighet på bypar hvor partene er dominant - og denne muligheten lar seg enkelt avhjelpe.

2.2.3 Vurderingen av bonusprogram i dansk og svensk praksis

Den danske Konkurrencestyrelsen ble i 2007 bedt om å vurdere om SAS bruk av Eurobonus langs ruten København – Århus var misbruk av dominerende stilling i det programmets lojalitetsskapende effekt gjorde det vanskeligere for nye aktører å entre markedet. Med andre ord ble Konkurrencestyrelsen bedt om å ta stilling til en klassisk krrl. §11/TFEU Art. 102 – problemstilling og avviste problemstillingen av kapasitetshensyn i det man ikke fant at den ville føre frem.²⁴

Dermed er det svenske Konkurrenserverket det eneste andre europeiske konkurransetilsyn som har grepet inn mot bonusprogram og det kan derfor være nyttig å vurdere Marknadsdomstolens avgjørelse noe nærmere opp mot bonusforskriftens virkeområde. Bonusprogram ble forbudt av den svenske markedsdomstolen i Beslut 2001:4 som misbruk av dominerende stilling langs visse bypar i Sverige. Avgjørelsen har nå først og fremst

²³ Vi viser i denne sammenheng til følgende, relativt nye, praksis: 28.08.09 i COMP/M.5440: Lufthansa/Austrian Airlines, 22.06.09 i COMP/M5335: Lufthansa/SN Brussels Airways, 14.05.09 COMP/M5403: Lufthansa/British Midlands, 09.01.09 COMP/M.5364 Iberia/Vueling/Clickair, 22.12.05 COMP/M.3940 Lufthansa/Eurowings, 04.07.05 COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss og 11.02.04 COMP/M.3280 – Air France/KLM. I enkelte av disse har partene tilbudt ikke-diskriminerende tilgang til bonusprogrammet. I ingen av disse er bonusprogram blitt identifisert som noe problem under Kommisjonens markedstesting.

²⁴ Sag 4/0120-0100-0387

historisk interesse²⁵ og det kan også være tvilsomt hvor sterk argumentasjons/overføringsverdi den egentlig har hatt i det den inneholder en grunnleggende feil i markedsdefinisjonen som ligger til grunn for vurderingen av SAS' dominerende stilling. Marknadsdomstolens avgjørelse forbød kun opptjening av bonuspoeng til gratisreiser og ikke bruk av bonuspoeng til oppgradering av servicenivået. Etter Marknadsdomstolens vurdering var kjernen i den påståtte konkurranseskadelige virkningen av bonusprogrammet følgende:

*"Enligt Marknadsdomstolens mening kan Eurobonusprogrammets trohetsskapande effekt vara ägnad att påverka prisbildningen genom en minskad priskänslighet hos resenärerna."*²⁶

Denne påståtte effekten ble søkt motvirket gjennom domstolens endelige beslutning:

"Genom det överklagade beslutet åläggs SAS att inte tillämpa lojalitetsprogrammet Eurobonus eller medverka i liknande program så att poäng eller motsvarande kan intjänas på inrikes flygresor i Sverige för uttag av bonuserbjudanden. Åläggandet förhindrar såhunda inte att intjänade poäng medför en uppgradering till högre medlemsnivå med ökade förmåner."

Her går den norske forskriften langt lenger enn hva Marknadsdomstolen anså nødvendig for å hindre misbruk av dominerende stilling, jf. Høringsnotatets pkt. 7.4:

*"Departementet har vurdert om forbudet vil kunne få tilstrekkelig virkning dersom opptjening av visse typer goder ble tillatt. Mest nærliggende ville det være å tillate at opptjening ble benyttet til økt servicenivå som skildret ovenfor. Ettersom det for forretningsreisende vil være knyttet sterke lojalitetsvirkninger også til denne typen gode, finner departementet at et slikt unntak i betydelig grad vil avgrense effekten av forbudet. Det blir derfor ikke foreslått unntak for denne typen fordeler. Departementet foreslår at forbudet skal omfatte opptjening av alle typer goder."*²⁷

Videre begrenset Marknadsdomstolen forbudet til de rutepar hvor "SAS möter konkurrens från ett eller flera flygföretag som inte är anslutna til Eurobonusprogrammet" (jf. domsslutningen s. 53).²⁸ Dette er en løsning som FAD har vurdert og konstatert at den ikke vil generere konkurranseskadelige effekter. FAD velger uansett ikke å introdusere noen slik løsning da "... et klart vedtak der ingen former for opptjening av bonuspoeng på innenlands flyruter er tillatt, er lettere for alle aktører å relatere seg til, og det gir et tydelig signal om hva slags konkurranseform en ønsker i det norske luftfartsmarkedet."²⁹ (Våre uthevinger.)

²⁵ I en beslutning av 9. januar 2009 konstaterte Konkursverket at Marknadsdomstolens avgjørelse kun gjaldt den overtredelse som eksisterte da denne ble rettskraftig og at SAS etterfølgende anvendelse av Eurobonus vil måtte holde seg innenfor rammene av svensk konkurranserett. I den forbindelse ville SAS selv ha ansvaret for sine vurderinger av om Eurobonus kunne anvendes på de opprinnelig forbudte rutene. SAS gjeninnførte deretter Eurobonus på svensk innenriks.

²⁶ 2001:4 s.50.

²⁷ Disse uttalelsene har også potensielt stor betydning for vurderingen av restriksjonens forholdsmessighet etter EØS-avtalen artikkel 36, jf. videre nedenfor.

²⁸ Som forrige fotnote.

²⁹ Høringsnotatets pkt. 7.5.

Resonnementet er mao. knyttet opp mot departementets ønske om færre konkurranseparametre uten at det er knyttet opp mot noen virkningsanalyse i forhold til konkurransereglenes egentlige *formål*. Det fremgår således at Bonusforskriftens virkninger går lenger enn det Marknadsdomstolen anså nødvendig for å sikre at bonusprogram ikke utgjør noen risiko for misbruk av dominerende stilling, og dette er departementets hensikt.

Vi konstaterer at FAD i sitt høringsnotat også har vurdert Kommisjonens praksis med å kreve tilgang til dominerende aktørers bonusprogram på ikke-diskriminerende vilkår, men ønsker heller ikke å benytte denne metoden for å avhjelpe eventuelle konkurranserettslige problemer av bonusprogram i Norge. FAD finner at dette kan gi adgang til informasjonsutveksling av uheldig natur og øke muligheten for konkurransebegrensende samarbeid. FADs notat er fra februar 2007. I de tre år som er gått siden FAD kunngjorde sin bekymring, ser det ikke ut til at denne er delt av Kommisjonen i noen av de sakene som er kommet til siden da.

2.2.4 Oppsummering

Det kan konstateres at intet annet lands konkurransemyndigheter – hverken i Europa eller i resten av verden – har funnet grunnlag for å innføre den regulering som Konkurransetilsynet nå anbefaler å videreføre i det alt vesentligste på norsk innenriks.

Kommisjonen har generelt ansett bonusprogram i luftfarten som normal konkurranseadferd og dette er blitt lagt til grunn også av den danske Konkurrencestyrelsen.

Det eneste kjente tilfellet av at en konkurransemyndighet har grepet inn mot bonusprogram som sådan er det svenske Konkurrentverket og her var spørsmålet om bonusprogrammene utgjorde misbruk av dominerende stilling, ikke om bonusprogram som sådan var konkurransebegrensende.

Det er totalforbudet mot bonusprogram i alle sammenhenger som er det unike og konkurranseskadelige ved den norske reguleringen. Det foregående enkeltvedtaket rettet mot SAS kan forstås som en anvendelse av samme vurdering som den svenske Marknadsdomstolen la til grunn, men den etterfølgende generelle reguleringen har ingen parallell i verden for øvrig. Norske myndigheter har hevdet at det norske innenriks luftfartsmarkedet er unikt og derfor også trenger unik regulering. Argumentet vil bli behandlet i detalj nedenfor, men i forhold til denne oversikten over andre lands regulering er det umiddelbart vanskelig å se hva som skiller Norge fra New Zealand eller Canada hva angår spredt bosetning og buss- og tog som vanskelig substituerbare alternativer til lufttransport. Ingen av disse landene har, av naturlige årsaker, tatt noe initiativ hva angår bonusprogram: Det er ikke nødvendig.

2.3 Markedsutviklingen i Norge og internasjonalt

2.3.1 Innledning

Konkurransetilsynet har i sin innstilling gjennomgått markedssituasjonen i norsk innenriks luftfart slik tilsynet ser den.³⁰ Tilsynet tar opp momenter som markedsandel innen- og utenriks, antall ruter og passasjerer, kapasitet og kapasitetsutnyttelse samt

³⁰ Tilsynets innstilling pkt. 3

fordeling C- og M-klasse. Tilsynet nevner imidlertid intet om hvordan disse dataene henger sammen, hverken i forhold til hvordan behovene i markedet utvikler seg, eller i forhold til hvordan konkurransen utøves i markedet i dag. Dette er viktig i det tilsynet heller ikke tar opp virkningen av kapasitet i forhold til konkurranse.

I den sammenheng er Konkurransetilsynet også helt tause når det gjelder i hvilken grad forskjellige forretningsmodeller møter ulike *kundebehov*. Dette er spesielt oppsiktsvekkende når Kommisjonen i sine senere fusjonssaker har gått svært langt i å antyde at luftfartsmarkedet kan deles i tidssensitive og ikke-tidssensitive reisende.³¹

Vi ser oss derfor nødt til å gjennomgå markedsutviklingen relativt grundig for å utfylle den fremstilling tilsynet har lagt til grunn for sine etterfølgende vurderinger. Vi vil ta utgangspunkt i en beskrivelse av utviklingen i konkurransen på europeisk nivå og vise hvordan den norske konkurransen følger denne tett. Deretter vil vi komme med en del presiseringer til Konkurransetilsynets beskrivelse av konkurransen på det norske markedet, som SAS i svært liten grad kjenner seg igjen i.

2.3.2 Markedsutviklingen i Europa

2.3.2.1 Innledning.

I sine innspill til Konkurransetilsynet vedrørende de analysene som er foretatt i forbindelse med tilsynets evaluering av "bonusforskriften" har SAS påpekt trekk i utviklingen av luftfarten i Europa som er sammenfallende med den utviklingen vi har sett i Norge. SAS er overrasket over at disse opplysningene er *helt utelatt* i tilsynets fremstilling.

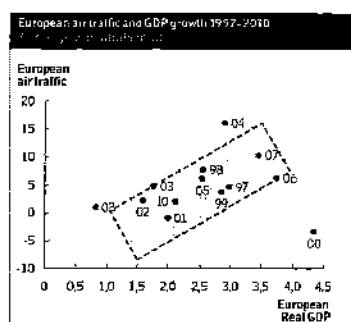
Fra år 2000 til i dag er konkurransen i det europeiske luftfartsmarkedet kraftig endret. Vedtaket om etablering av fri konkurranse innen europeisk luftfart samt produktutviklingen i de senere år, herunder utviklingen av nye kommersielle og teknologiske løsninger har resultert i et pris- og konkurransebilde som er helt annerledes enn tidligere. Det er en vesentlig sterkere konkurranse, det er flere selskaper som konkurrerer om passasjerene og prisene er presset nedover.

2.3.2.2 Kapasitet – lavprisselskaper og nettverkselskaper.

Perioden er preget av konkurransen fra Lavprisselskapene som har en annen forretningsmodell/kommersiell tenkning enn de etablerte "flag carriers", eller nettverksselskaper. Lavprisselskapene har frem til nå hatt en kraftig vekst i det europeiske markedet.

Figurene nedenfor viser nivået på veksten i europeisk luftfart og hva som er skjedd med

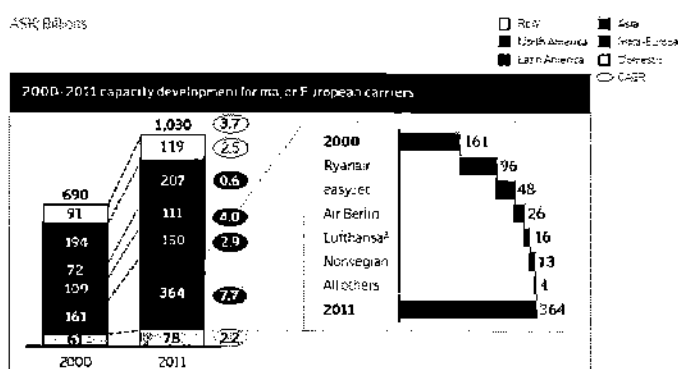
Trafikkveksten i Europa har i snitt vært 1,8 x BNP fra 1997



- The correlation has been strongly positive and an additional percentage point GDP growth adds ~1.4-1.7 p.p. air traffic
- Air traffic growth is expected to continue to outpace GDP growth with a factor of ~1.8-2.3

Størst har veksten etter 2000 vært på Intra-Europeiske ruter, lavkostselskaper har stått for 2/3 av kapasitetøkningen.

ASK BARNES



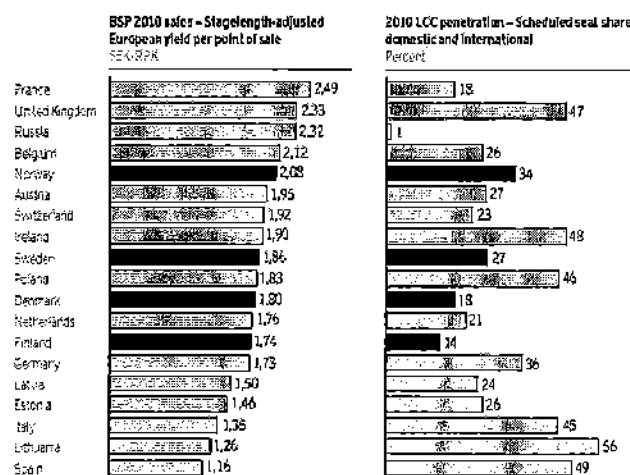
kapasitetsutviklingen i europeisk luftfart fra 2000 til 2011.

Med unntak av Lufthansa, viser statistikken at nesten all kapasitetsøkning i det europeiske markedet er kapasitet fra såkalte lavkostselskaper basert på en forretningsmodell inspirert av amerikansk luftfart. Denne utviklingen er helt parallell med den utviklingen vi ser i Norge.

Utviklingen har vist at Lavprisselskapene har dekket et behov i markedet og klart å drive volumer som nettverksselskapene ikke tidligere har fanget opp, samt tatt deler av trafikken fra de etablerte nettverksselskapene. I hovedsak har dette skjedd som følge av lavere kostnader, lavere priser, et rutetilbud med nye direkteruter, et enklere produkt og utvikling av IT-verktøy som har skapt grunnlag for enklere salg og distribusjon av flyreiser. For nettverksselskapene har den økte konkurransen tvunget frem økt fokus på kostnader og kostnadseffektivitet. Kostnadsreduksjonsprogram, konsolideringer/oppkjøp og justering av produkt gjennomføres for å møte den nye konkurransen. De fleste av de europeiske nettverksselskapene vi kjenner i skandinavisk nærområde har således gjennomført, eller er i ferd med å gjennomføre, kostnadsreduksjoner og omstruktureringer for å tilpasse sine forretningsmodeller til en ny konkurransesituasjon.

For enkelte områder er utviklingstakten i denne konkurransen også påvirket av flyplasskapasitet og kostnadsnivået på flyplassene. I Europa har derfor deler av kapasitetsutviklingen og konkurransen skjedd på alternative flyplasser i nærheten av de store hovedflyplassene.

Norden hadde i 2010 gjennomsnittlig enhetsinntekt og gjennomsnittlig lavkost penetrasjon



KILDER: BSP i Innvata schedules via APGDATA

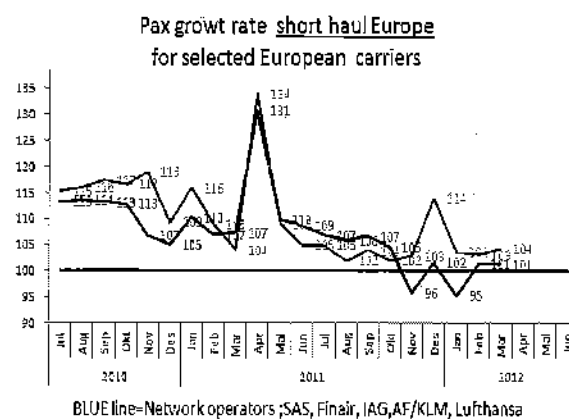
Mye tyder på at den voldsomme veksten som lavprisselskapene har stått for nå flater ut og at veksten til lavprisselskapene nå er på linje med veksten til nettverksselskaper.

³² Inntekt per solgt setekilometer, justert til lik fløyet distanse

Lavprisselskapenes andel av markedet varierer fra land til land. Tabellen til venstre viser Lavprisselskapenes andeler. Norge lå i 2010 omtrent på snittet av europeiske land hva gjelder penetrering av lavkostselskapers andel av trafikken.

I samme figur er gjennomsnittlig enhetsinntekt³² presentert for de samme land. Også her ser vi at Norge befinner seg i midten.

Det norske markedet kan derfor ikke beskrives som vesentlig annerledes enn det europeiske markedet når det gjelder priser eller lavprisselskapenes markedsandel forøvrig.



Figuren til venstre viser vekstraten i antall passasjer innen Europa for noen utvalgte selskaper. Det er selskaper som opererer i eller til fra det Nordiske markedet, men som også er representative for siste års utvikling i Europa.³³ Vekstraten er vist for lavprisselskapene samlet og for nettverksselskapene samlet.

At veksten for lavprisselskaper nå er på linje med veksten til nettverksselskapene skyldes at markedets behov for denne type billige punkt til punkt reiser nå ser ut til å være dekket av den kapasiteten som tilbys.

Dette kan også bekreftes gjennom den produktendring som lavprisselskapene nå er i ferd med å gjennomføre hvor de inkluderer stadig flere produktelementer fra nettverksselskapenes forretningsmodell i sitt produkttilbud. Lavprisselskapene beveger seg i større grad inn på den delen av markedet som etterspør hyppige frekvenser og effektive forbindelser og har større betalingsvilje. SAS registrer at lavprisselskaper som EasyJet, Air Berlin og Norwegian øker sin salgsinnsats mot forretningsmarkedet, tilbyr fleksible billetter inkludert i prisen, har flere produktfordeler, bedrer sine tilbud på connections og innfører helt nye produktelementer. Ryanair har uttalt at selskapet ikke kan regne med å beholde samme veksttakt som hittil uten å bevege seg inn på mer sentrale flyplasser/kundesegmenter.

2.3.2.3 Produkt og teknologi

Utviklingen av nettbaserte salgs- og bookingløsninger de siste 10-12 år hatt stor betydning for utviklingen av konkurransen. Markedsføring og salg på nett har gjort distribusjon av flyreiser og billetter enklere og priser mer transparente.

Enklere booking, et økende antall direkteruter og større uavhengighet av reisebyråer og flyselskapenes bestillingskontor har, sammen med pris, gjort en flyreise stadig mer "commodity". Ny teknologi og nettsalg har vært en forutsetning for lavprisselskapenes vekst.

I denne perioden har utviklingen av "nøytrale" nettstedet som sammenligner alternativer på pris og tilbud utviklet seg parallelt med utviklingen av salg på nett. Nettsidene har også gjort det lettere å hente priser for hele reisen – flybillett, hotell leiebil etc., uten å gå via et reisebyrå. Dette har vært viktig for lavprisselskapene og samtidig vært med på å redusere prisnivået på flyreiser generelt.

For bedrifter har det i løpet av de siste årene også blitt utviklet bookingverktøy som kan styre medarbeidernes reisebestillinger i henhold til det som bedriftene til en hver tid setter som sin reisepolicy (billigste pris, kortest reisetid, fleksible billetter etc.).

Reisebyråenes rolle de siste årene er blitt ufordret av nettsalg, men reisebyråene har tilpasset seg og effektivt tatt i bruk nettet for å betjene kundene og styre bedriftenes reiser i henhold til deres reisepolicy. Selv om flyselskapenes nettløsninger har ført til at mange bedrifter, og da spesielt mindre bedrifter, handler sine reiser direkte på flyselskapenes nettsider, har reisebyråene fremdeles en sterk posisjon.

³³ Kilder er selskapenes egen trafikkrapportering

For privatmarkedet har flyselskapenes nettsider, lave lokkepriser og sider for prissammenligning hatt stor betydning og en stor del av private reiser kjøpes nå direkte på nettet.

I tillegg til salg på nettet har nettbaserte og sms baserte løsninger også kommet for andre deler av reisen som innsjekk, valg av sete etc.

Denne utviklingen har vært viktig for utviklingen av konkurransen i flymarkedet generelt, såvel i Norge som i Europa ellers.

2.3.2.4 Enveispriser.

Et viktig element i utviklingen av konkurransen i Europa har vært innføringen av enveispriser. SAS var det første nettverksselskapet som introduserte enveispriser på sine ruter i mai 2004. Dette ble gjort etter tester i datterselskapene Spanair i 2003 og Braathens i 2004. Hovedårsaken til denne utviklingen for SAS var at SAS som nettverksselskap ville få en langt større andel av sin produksjon på trafikk innen Europa enn hva som var tilfellet for de andre europeiske nettversselskapene. SAS forventet derfor en langt større andel av sin inntekt i direkte konkurranse med Lavprisselskapenes enveispriser. De fleste nettverksselskap i Europa har valgt å fortsette en strategi med i hovedsak å tilby tur retur priser på trafikk innen Europa.

Graden av enveispriser fra nettverksselskaper er den største forskjellen mellom det skandinaviske markedet og det øvrige europeiske markedet. Dette er imidlertid ikke en forskjell som gjør at konkurransen er svakere i Skandinavia enn det øvrige Europa. Snarere tvert imot.

2.3.2.5 Tilpassing av kapasitet og flystørrelser.

Lavkostselskaper i Europa satser på store fly. Dette gjelder også Norwegians nyinvesteringer. Ruter/markeder som har middels eller lave passasjervolumer og har en klar preferanse på frekvens betjenes i liten grad av lavkostselskaper, unntatt for weekendtrafikk. Rutene betjenes ofte av regionalfly eller mindre fly som er bedre tilpasset volumene i etterspørselen. Flere store europeiske nettverksselskap eier eller har samarbeid med regionale flyselskap. Dette gjør at konkurransen i Europa også fungerer på ruter hvor kapasitet med store fly ikke er optimal.

2.3.3 Markedsutviklingen innenlands

2.3.3.1 Innledning.

Utviklingen av det norske markedet hva gjelder faktiske tall, og når konkurranse har kommet på de forskjellige ruter er beskrevet av Konkurransetilsynet i Høringsnotatet. Som nevnt innledningsvis er imidlertid SAS sterkt uenig i de konklusjoner som trekkes fra de fakta tilsynet fremstiller.

Etter SAS oppfatning er tilsynets analyse av bonusforbudets betydning for konkurransen preget av at effekter av andre konkurranseparametere og sammenlignbar utvikling ikke er vurdert. SAS savner også det empiriske grunnlaget for de bastante konklusjonene om bonusforbudets viktighet historisk.

Vi vil også beskrive hvor og hvordan konkurransen faktisk foregår i det norske markedet. Dette mangler fullstendig i tilsynets innstilling, og SAS anser dette som grunnleggende før

enhver diskusjon om markedsregulerende tiltak. Dette gjelder spesielt sentrale forhold som hvordan kapasitetskonkurransen virker i det norske markedet.

2.3.3.2 Forholdet mellom "store" og "små" ruter

2.3.3.2.1 De minste rutene har mindre konkurranse – og svakere resultat – av naturlige årsaker.

Myndighetene og markedet må gjerne ønske konkurranse på alle ruter. Imidlertid er det et sett forutsetninger som må være tilstede før en rute vil få konkurranse. Det viktigste er at det må være til stede, eller skapes, et stort nok volum av passasjerer for de konkurrerende flyselskapene.

De minste rutene har ofte også svakere økonomi – av naturlige årsaker.

SAS eget ruteregnskap for alle ruter i Skandinavia og Europa viser en klar sammenheng mellom rutestørrelse og økonomisk resultat – isolert sett for den enkelte rute. SAS har ikke innsyn i ruterresultatene til konkurrentene, men mener det er rimelig å anta at dette forholdet er likt for de fleste selskaper. Dette fordi SAS opererer på et representativt utvalg av ruter og ser hvordan kapasitet, priskonkurranse, sesongvariasjoner, osv. slår relativt sterkere ut for resultatet på mindre ruter enn på de store rutene.

Unntak skyldes da spesielle forhold på den enkelte rute. Det finnes mindre ruter med så klare krav til tidtabell, frekvens og service at et selskap som møter disse kravene fullt ut vil kunne ta ut det meste av verdien langs denne ruten og få gode resultater. Likeledes finnes det enkelte destinasjoner der frekvens og tidtabell ikke har betydning (typisk mindre ruter til feriedestinasjoner), hvor lavere setekostnad ofte vil gi en operatør en fordel i den priskonkurransen som finner sted på den aktuelle ruten, i det man kan fylle flyene bedre og ta ut gode resultater på disse rutene på tross av lavere priser.

Konkurransetilsynet kan ikke forvente at man skal kunne skape en situasjon hvor konkurranseintensiteten og selskapenes ruterresultater skal være lik langs alle norske ruter, uansett størrelse. I hele Europa viser mindre ruter svakere resultater enn store ruter. Det er på de mindre rutene at konkurransen skifter (ending i kapasitet, noen flyselskap legger ned, nye flyselskap kommer inn etc.).

2.3.3.2.2 Svake ruterresultater er ikke synonymt med lite robust konkurranse.

Forretningstrafikken er, som tilsynet ganske riktig påpeker, av vesentlig betydning i det norske markedet. Skal det norske markedet betjenes må forretningstrafikken betjenes. Konkurransen i Norge er derfor ikke bare en konkurranse på enkeltruter, men en konkurranse om markedssegmenter rettet mot rutenettet som helhet.

Premissene for storkundeavtaler er ofte både pris, tidtabeller og forutsetninger om tilbud på mange ruter. Både SAS og Norwegian har for lengst erkjent dette og selv om resultatene på en del mindre ruter er svakere enn på de store, kan man ikke se på disse resultatene isolert. Skal selskapene konkurrere om store og viktige private og offentlige kunder, må selskapene også betjene mange av de mindre rutene selv om disse isolert sett gir svake resultater. Tilsynet ser ut til å akseptere denne forutsetningen.

Dette forholdet har også gjort at selskapene (i Norge som i resten av Europa) ser på både den enkelte rute og på det samlede rutenettet i sin bedriftsøkonomiske vurdering av lønnsomhet for selskapet totalt sett.

2.3.3.3 Nærmere om begrepet "robust konkurranse" i forhold til hva som kreves for å konkurrere på norske bypar

Konkurransetilsynet bruker begrep som "robust konkurranse" og "lite robust konkurranse". Det er imidlertid umulig å fastslå hva som er Konkurransetilsynets kriterier/definisjon av robust konkurranse:

- Er det mangel på konkurranse i bedriftsmarkedet?
- Er det manglende kapasitet?
- Er det ikke sterk nok priskonkurranse?
- Er det lite tilfredsstillende tidtabeller?
- Er det mangel på konkurranse og videre forbindelser (connection)?
- Er det kun selskapenes resultater på rutene?
- Er det at en av konkurrentene har gitt seg etter kort tid?
- Er det variasjonene i markedsandelene til selskapene?

2.3.3.3.1 Forutsetningene for konkurranse med to aktører på et gitt bypar/rute

I mangel av noen klar definisjon fra Konkurransetilsynets side kan det være relevant å vurdere hva som er naturlig størrelse på en rute gitt at man ønsker en likeverdig konkurranse med minst to aktører.

En slik analyse må ta utgangspunkt i de karakteristika som preger det norske markedet:

- Mye bruk av fly på grunn av topografi, god økonomi, og at flyreiser betraktes som "commodity".
- Peak formiddag og ettermiddag, da andel forretningstrafikk og betalingsvillighet i markedet er størst.
- Mange korte reiser – som betinger betalingsvillighet for å gi selskapene lønnsomhet.
- En stor andel del av de reisende reiser flere leg og har behov for effektiv videre forbindelse både med fly og andre kommunikasjonsmidler.

Disse karakteristikaene er ikke forskjellige fra det som preger det europeiske luftfartsmarkedet for øvrig. Dersom alle aktører vil konkurrere likeverdig for å møte flest mulig av kundekravene som ligger i det norske markedet, kan en forenklet modell om en naturlig størrelse av markedet (ruten) beskrives som følger:

To konkurrenter må begge gå inn med kapasitet nok for å gi et tilbud på et minimum av rundturer morgen og kveld. Slik konkurranse generelt fungerer, vil da nødvendigvis kapasiteten fra begge selskaper bli styrt mot de tidspunkt (morgen/ettermiddag) da det verdien i markedet er størst. Som den enkle modellen nedenfor viser, vil, i en ideell situasjon og en fornuftig flystørrelse, flyselskaper som SAS og Norwegian åpenbart kunne konkurrere og operere i konkurranse over tid (akseptabelt belegg) på ruter som har fra 250 000 passasjerer per år.

	SAS	Norwegian	SAS	Norwegian	SAS	Norwegian
Produksjonsdager	300	300	300	300	300	300
Tilbud rundturer pr dag	4	4	3	3	2	2
Totalt antall flybevegelser	2400	2400	1800	1800	1200	1200
Setekapasitet pr fly	140	148	140	148	140	148
Antall tilbudte seter	336 000	355 200	252 000	266 400	168 000	177 600
Ønsket kabinfaktor snitt	70	70	70	70	70	70
Antall passasjerer	235 200	248 640	176 400	186 480	117 600	124 320
Krever et totalmarked på passasjerer pr år		483 840		362 880		241 920

Bildet er forenklet, og konkurransen kan godt være tungt tilstede også på mindre ruter og andre forhold (krav i markedet) vil i varierende grad også spille inn. Men da blir det gjerne, som vi i dag ser på mange av disse rutene, redusert antall avganger per uke, redusert tilbud i deler av sesongen etc.

Modellen belyser også betydningen av tilpasset kapasitet og flystørrelse. Norwegian utvikler seg mot kun å velge store fly (186 seter). For mindre ruter er dette kommersielle valget antakelig ikke optimalt med tilfredsstillende belegg dersom markedet krever flere frekvenser. Når markedet er mettet hva gjelder mulighet til å få ut flere reisende gjennom lavere priser, vil selskapenes fyllingsgrad gi ytterligere priskonkurranse og svakere ruterresultater, uten at konkurransen kan sies å være "mindre robust". I eksempelet over vil alene Norwegians eget valg om å øke sitt snitt antall seter fra 148 til 186, øket totalekapasiteten på ruten med 13 %. Selv om det mot formodning skulle generere ytterligere volumer, vil disse være marginale prismessig og begge selskapers økonomi vil kunne bli svakere.

Teoretisk rutestørrelse kan sees i relasjon til passasjervolumene på norske stamruter i tabellen rett ovenfor.

Forholdet omkring tilpasset kapasitet er sentralt i forhold til hvorvidt et selskap vil eller kan konkurrere. Dette gjelder også for Norwegian, og er

Rute (Bypar)	Ca passasjerer (1000) pr år helår (2010-2011)
Oslo Trondheim	1 585
Oslo Bergen	1 503
Oslo Stavanger	1 269
Oslo Tromsø	801
Bergen Stavanger	657
Oslo Bodø	595
Oslo Ålesund	504
Oslo Evenes	437
Oslo Kristiansand	433
Bergen Trondheim	409
Oslo Haugesund	383
Bodø Tromsø	299
Trondheim Bodø	283
Oslo Molde	280
Oslo Bardufos	186
Oslo Alta	170
Oslo Kristiansund	169
Oslo Kirkenes	167
Bergen Ålesund	141
Rygge Stavanger	113
Rygge Bergen	113
Tromsø Alta	107
Tromsø Longvårbyen	90
Trondheim Stavanger	87
Trondheim Ålesund	84
Rygge Trondheim	64
Rygge Bodø	57
Rygge Tromsø	33
Oslo Longvårbyen	13

ettertrykkelig bekreftet av Bjørn Kjos: *"Dersom Norwegian må legge ned ruter, vil det ikke være som følge av at bonusprogram kan bli tillatt på norsk innland, men det kan skje fordi vi har for store fly".*³⁴

Økt konkurranse gjennom mer kapasitet er det tydeligste konkurransetrekket de seneste årene både i Norge og Europa. I det norske markedet har utviklingen skjedd ved økt kapasitet på eksisterende ruter samt Norwegians inntreden på nye ruter. Samtidig har SAS i perioder redusert sin kapasitet som følge av selskapet generelle kostnadsreduksjonsprogram. Dette ga rom for at Norwegian kunne øke sin kapasitet på markedet uten å møte reell konkurranse.

Konkurransetilsynets innstilling analyserer ikke denne situasjonen. Utviklingen av kapasitet og konkurranse blir belyst i tabeller som viser utviklingen av antall ruter og frekvenser med og uten konkurranse. Med all respekt for viktigheten av å ha konkurranse på flest mulig ruter, kan likevel et slikt bilde gi et helt skjevt inntrykk hvordan konkurransen i markedet som helhet faktisk har utviklet seg. En rute kan i denne sammenheng være alt fra 1-2 rundturer per uke til 30-35 rundturer per dag. I tillegg gir dette ikke noe bilde på hvordan konkurransen på faktisk tilbudt kapasitet har endret seg. I en oversikt på frekvenser eller antall ruter fremstår kapasiteten fra ruter som betjenes med 50 seters fly på linje med kapasiteten fra fly med 186 seter. En beskrivelse av utviklingen av faktisk setekapasitet i konkurranse, eller hvor stor del av markedet i passasjerer som tilhører ruter i konkurranse, gir et mer utfyllende bilde av endringer i den faktiske konkurransen. Dette er sentral informasjon som SAS tidligere har fremlagt for tilsynet, og som ikke er hensyntatt.

Konkurransen har utviklet seg gjennom økt kapasitet og mer konkurrerende kapasitet på flere ruter. Og over tid har selskapenes markedsandeler i Norge i stadig større grad utviklet seg til en funksjon av den kapasiteten de har vært villige til å sette inn. Dette er også en indikasjon på at priskonkurransen er sterk. Konkurransetilsynet skriver at de antar at den sterke konkurransen er en årsak til at det ikke er flere flyselskap i det norske markedet. På ruter med mange frekvenser (store ruter), er bildet av forhold mellom kapasitetsandel og markedsandel tydeligere enn på de mindre rutene, der selskapenes evne til å betjene markedet likeverdig ikke er tilstede i samme grad.

Tabellen ovenfor, og det faktum at større ruter gir bedre resultater enn mindre ruter, understreker viktigheten av de "tre store rutene" for selskapenes økonomi. Dette er så store ruter at et flyselskap som trafikkerer disse ikke kan regne med å være uten konkurranse. Disse rutene vil derfor ikke være arenaen for den mest intense delen av konkurransen på norsk innland. For stor kapasitetsøkning og for lave priser på disse rutene vil bety mer for konkurrentenes inntjening enn det som gjelder for de mindre rutene. Det blir det derfor andre og mindre rutene som i størst grad blir arenaen for den skarpeste konkurransen. Her er også finansiell risiko mindre for selskapene. KT peker på at resultatene på de "mindre" rutene er svake og at dette indikerer at de er mindre robuste. SAS mener dette er en feilkonklusjon, og viser at KT ikke fullt ut har sett hvor og hvordan konkurransen faktisk utøves.

³⁴ Uttalelse til E24 (okt 2011)

I tillegg til at mindre ruter naturlig har svakere lønnsomhet, men samtidig blir en del av å betrakte forettningssegmentet mer som et marked utover kun de enkelte ruter tydeliggjør hvorfor mindre ruter også kan ha den skarpeste konkurransen. Dette vises nedenfor gjennom kapasitetsendringer, kapasitetsutnyttelse og prisbildet på disse rutene.

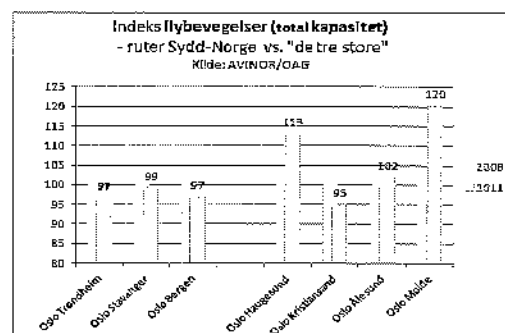
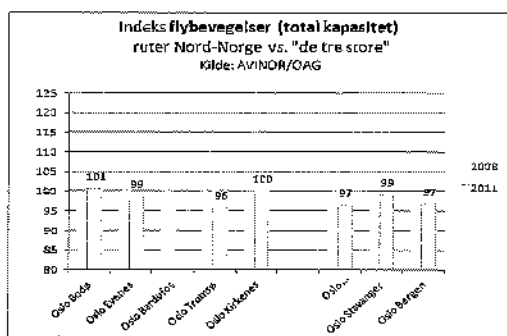
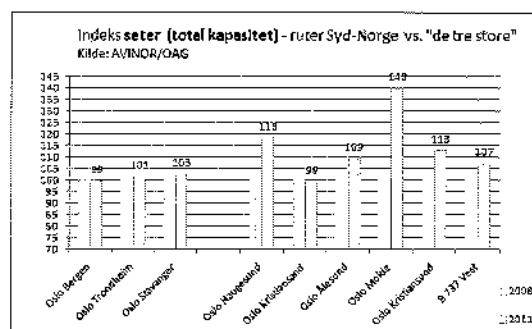
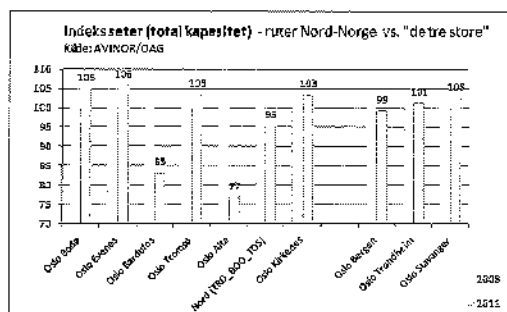
2.3.3.3.2 Effekten av storkundeavtalene

Som Konkurransetilsynet også innrømmer gir storkundeavtaler og beyond-trafikk et kraftig insitament til å være tilstede på mange ruter, selv om kapasitets- og priskonkurranse gir svakere lønnsomhet på disse enkelrutene enn på hele nettet. Dette blir tydelig bekreftet gjennom de storkundeavtaler begge selskaper i dag har. Svært mange av kundene har avtaler med begge selskaper som har gyldighet for helle rutenettet.

I forhold til det viktige forretningsmarkedet er konkurransen like sterk på disse rutene som på de store rutene.

2.3.3.3.3 Kapasiteten (foreligger manglende kapasitet?)

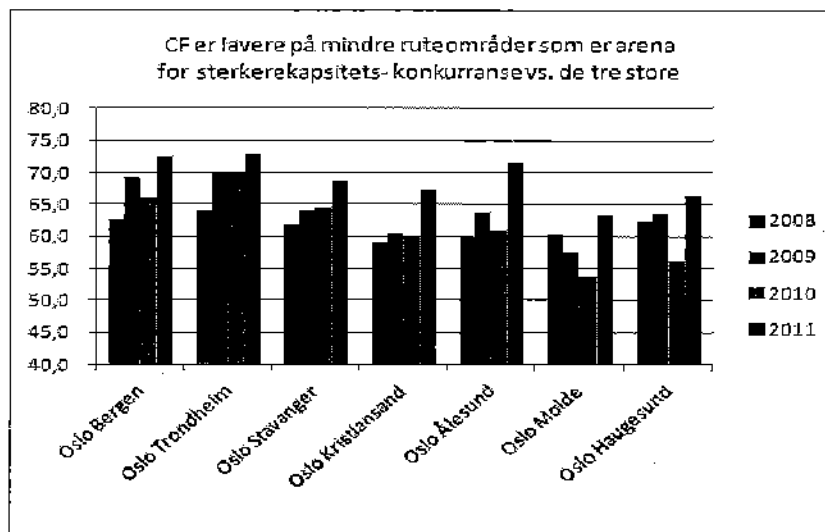
Figurene nedenfor er basert på kapasitet i flybevegelser og seter på det som KT betegner som "store" og "mindre" ruter. Som figurene viser, gir en indeksert kapasitetsutvikling fra 2008 på de mellomstore og mindre rutene gjennomgående høyere indeks enn for de tre store. Dette gjelder både på frekvenser og på antall seter. Eneste unntak er noen ruter til Nord-Norge som har fått strukturell endring (endringer i forholdet direkte ruter eller via). Betrakning av kapasiteten underbygger ikke noen konklusjon om at konkurransen er mindre robust, snarere tvert imot, den vitner om villighet til å satse kapasitet og å være tilstede.



23334 Kabinfaktorer – er de høyere og indikerer de mindre grad av konkurranse?

Tall fra Avinor og OAG viser at kabinfaktorene ikke bare er gjennomgående litt lavere på de mindre rutene, men også at de varierer mer over tid (fra måned til måned).

Dette skyldes at det er de mindre rutene som i første rekke er arena for utøvelse av konkurransen og at rutenes størrelse gjør at kapasitetsøkninger gir større utfordringer i forhold til å fylle flyene. Villigheten til å legge ut mer kapasitet er i større grad til stede på de mindre rutene og en konsekvens av dette er lavere kabinfaktor og lavere fyllingsgrad.



Kabinfaktoren er svakere og gir svakere resultater på de mindre rutene, men dette skyldes kapasitetskonkurranse og ikke at konkurransen er "mindre robust".

23335 Prisbildet – publiserte priser og realiserte priser.

Kapasitetsendringer, både trinnvis og det som overskrider naturlig vekst, har gitt effekt på prisbildet. Effekten påvirker både de publiserte prisene og selskapenes realiserte priser. De mindre rutene har størst priskonkurranse på publiserte priser. Dette gjelder spesielt i de klassene der de store og viktige volumene er – i økonomi og i de laveste fleksible prisene. Dette til tross for lenger avstand og flytid og mindre stordriftsfordeler enn på de tre store rutene.

Det nominelle realiserte prisfallet på de mindre rutene er større enn de tre store. Dette skyldes at større kapasitetsendringer har gitt større tilbud på lavere priser, også tett på avgang tilgjengelig for forretningsreisende.

Stor kapasitet og større utfordringer med å fylle denne kapasiteten gjør at prisen, både den publiserte og den realiserte blir lavere enn på de tre store og dette medfører selvfølgelig at ruten får svakere resultater.

Ut fra en sammenligning av prisbildet mellom "store" og "små" ruter kan man derfor ikke trekke noen konklusjon om at konkurransen er mindre robust. Det naturlige vil være at kapasiteten og prisene på disse rutene på sikt tilpasses i forhold til etterspørselen og at prisbildet stiger mot det som er gjeldende på de tre store rutene som et langsiktig riktig nivå.

2.3.3.3.6 Markedsandeler (er det for stor skjevhet i markedsandeler?)

På de mindre rutene er det større variasjon i markedsandelene enn på de tre store. Dette skyldes ikke en mindre robust konkurranse, men at selskapene opererer to forskjellige forretningsmodeller og at den relative virkningen av frekvenser tilpasset flystørrelse, god tidtabell, connection og gjennomgående priser blir større på de mindre rutene. Det blir vanskeligere å få like markedsandeler om selskapet velger å unnlate å konkurrere fullt ut på alle de produktelementene som markedet ønsker.

Norwegian har valgt kun store fly og de har valgt optimalisering av utnyttelsen av flyene, noe som ofte kommer i konflikt med den optimale tidtabellen sett fra kundenes perspektiv. Norwegian har valgt bort interlining med f.eks. Widerøe med gjennomgående priser og de har valgt bort tilpasset tidtabell for effektiv korrespondanse i samme grad som SAS. Følgelig har de i realiteten, av kommersielle årsaker, også valgt bort å konkurrere om det som store deler av det lokale markedet vurderer som viktig.

En variasjon i markedsandelen mellom selskapene betyr derfor ikke at konkurransen i markedet er lite robust. Det er i betydelig grad et bevisst valg fra selskapene i forhold til deres forretningsmodell og prioriteringer. Ensidede reguleringer som begrenser en forretningsmodell fremstår derfor som regulering til fordel for en bestemt konkurrent, ikke for konkurransen.

2.3.3.3.7 Tidtabellene (for dårlige tidtabeller?)

Det er en viss forskjell i tidtabellene på enkelte ruter. Dette er en følge av bevisste valg og forretningsmodeller fra selskapene som operer rutene. Når disse valgene kombineres med dårlig tilpassede størrelser på fly, blir resultatet svakere tidtabeller utenom peak (morgen, ettermiddag) og derved et "tynnere" tilbud hva gjelder reisemuligheter i tid. Det/de selskapene som velger å tilpasse tidtabell i størst mulig grad til behovene som ligger i de aktuelle rutene vil naturlig nok få en større andel av verdien på disse rutene. SAS mener dette er en viktig forklaring på hvorfor forretningsreisende i spørreundersøkelser (reisebyråundersøkelser) har SAS som førstevalg.

SAS kan ikke finne begrunnelse for at konkurransen er lite robust ved å se på tidtabellene. Rett nok kan tidtabeller alltid forbedres noe, men for mindre norske ruter må da flystørrelsene variere i større grad enn i dag. Som kjent går Norwegianians forretningsmodell i motsatt retning.

2.3.3.3.8 Ruteresultater (for svake ruterresultater?)

Forholdene som er nevnt ovenfor danner forutsetningene for selskapenes ruteresultater. Når Konkurransetilsynet kun ser på ruteresultatene isolert uten å vurdere forutsetningene for konkurransen på den enkelte rute, medfører dette feilaktige konklusjoner om at konkurransen på de mindre rutene er "lite robust", vil forbli "lite robust" og ikke vil tåle at bonusforbudet oppheves.

2.3.3.4 Kundebehovene i det norske markedet.

2.3.3.4.1 Oversikt over kundepreferansene innenlands

Konkurransetilsynets innstilling har en meget begrenset beskrivelse av hva som er markedets behov og hva kundene faktisk ønsker. Betydningen av forretningsmarkedet

presiseres, men hva dette markedssegmentets krav og ønsker innebærer for konkurransen i det norske markedet er ikke beskrevet.

SAS har derimot gjennomført flere studier av hvilke behov kundene har og konklusjonene skiller seg ikke fra Europa for øvrig.

Forretningsmarkedet har behov for:

- Frekvenser
- Optimale tidtabeller
- Tidsbesparende produktelementer/funksjonalitet, fast track
- Gode alternativer for connection og med korte ventetider
- Gjennomgående prising og interlining mellom selskaper
- Høy pålitelighet (ontime-regularitet)
- Priser som gir "value for money"
- Fleksible billetter
- Deler av dette markedet etterspør også produkt elementer som catering, lounges
- For reiser som er korte og bærer preg av ren shuttle er tidtabell/frekvens og pris ofte det viktigste

Privatmarkedet har delvis de samme kravene, men prioriterer i større grad:

- Pris
- (For noen reisemål) muligheter for direkte reiser
- Tidtabell
- Pålitelighet ("bli tatt vare på")

I det norske markedet, og Europa, er forretningsmarkedets behov dimensjonerende for de viktigste rutene og for konkurransen.

2.3.3.4.2 Hvordan dekkes kundebehovene av de to forretningsmodellene i det norske markedet

SAS og Norwegian har forskjellig forretningsmodell som utgangspunkt for sin konkurranse i det norske markedet.

For de store rutene er Norwegians forretningsmodell i store trekk lik den vi har beskrevet for lavprisselskaper ellers i Europa. Det er imidlertid noen forhold som varierer noe og som krever en presisering.

I forhold til andre lavprisselskap har Norwegian i større grad også henvendt seg til forretningsmarkedet. Dette gjør at selskapet på ruter med høy frekvens (store ruter) får

god respons i forretningsmarkedet. SAS som møter en større grad av ønske om effektiv connection med tidsbesparende funksjonalitet har bedre grep i den delen av markedet hvor dette er viktig.

Ser vi på de mindre rutene blir forretningsmodellenes evne til å konkurrere likeverdig svært forskjellig. Fordi forretningsmarkedets behov spiller en vesentlig rolle i på disse rutene blir selskapenes totale tilbud av de servicefaktorene dette markedet etterspør avgjørende for hvordan man lykkes.

Valg av store fly gir Norwegian begrensning i antall frekvenser som kan tilbys, selv med et lavere enhetskostnadsnivå. Selskapet har valgt å nedprioritere betjening av de deler av markedssegmentet hvor frekvens har stor betydning.

Fokus på høy flyutnyttelse av fly og crew kan gi tidtabeller på en del ruter som ikke er like attraktive som konkurrentens. Dette fordi samme kapasiteter (fly og crew) også skal betjene andre ruter før og etter, innen rammen av hva den delen av markedet ønsker samt tilgjengelige slot-tider og arbeidstidsbegrensninger. Det ser ut som om Norwegian i perioder får svakere tidtabeller enn SAS på enkelte innlandsruter.

SAS har, i motsetning til Norwegian, valgt å tilby tilgang til et stort rutenett (sitt eget og alliansepartnernes) med effektive forbindelser og produktelementer som understøtter dette. Norwegian kunne valgt det samme, men satser kun på sitt eget rutenett med delvis lengre connection-tider enn hva SAS tilbyr. Norwegian har i realiteten nedprioritert å konkurrere i dette markedssegmentet. Spesielt for forretningsmarkedet er daglige muligheter for reise til mange destinasjoner viktigere enn direkteruter som går av og til. Mange av reisene som i statistikken fremstår som innlandsreiser er del av utlandsreiser for viktige kundegrupper.

I Konkurransetilsynets innstilling blir Norwegian sitert med at SAS og Widerøe koordinerer tidtabeller og således "låser inne" passasjerene i SAS konsernets selskaper. Dette krever en utdyping av de faktiske forhold, noe vi kommer tilbake til i pkt. 2.4.3 nedenfor. Det bør imidlertid understrekes at Norwegian står helt fritt til å være med i konkurransen om disse passasjerene, men har selv faktisk valgt å ikke gjøre det. Videre kan det nevnes at Braathens tidligere klarte å betjene dette markedet i stor utstrekning i konkurranse med SAS.

Norwegians kostnadsfokus gjør at selskapet har nedprioritert "comfort" produktelementer. Mange, spesielt de som reiser mye, har preferanse i forhold til slike produktelementer. Svært mange setter pris på en enkel frokost om bord. Ved ikke å tilby slike produktelementer velger Norwegian de facto å la være å konkurrere fullt ut på dette markedssegmentet.

Norwegian har klart uttalt at de alltid skal tilby lavere priser enn SAS. Dette har i perioder gitt store volumer av billetter med svært lave priser. Når selskapet samtidig ikke velger å konkurrere om alle segmenter i markedet fullt ut, men bruker prisinstrumentet i et forsøk på å kompensere for dette har dette bidratt til skarp pris/kapasitetskonkurranse, spesiell på de mindre rutene.

2.3.3.5 Oppsummering/konklusjon om Konkurransetilsynes begrepsbruk

Konkurransetilsynet har innført udefinerte begreper for "robust" og "ikke robust" konkurranse. Videre har tilsynet knyttet disse begrepene opp mot like upresise begrep om "store" og "små" ruter. SAS oppfatter grupperingen av "store" og "små" ruter som en beskrivelse laget for å bidra til å legitimere behovet for spesielle konkurranserettete tiltak. De aller fleste norske stamrutene er i en Europeisk/Skandinavisk sammenligning å betrakte som store eller mellomstore.

"Store" og "små" ruter og "robust" og "ikke robust" er begreper som fremstår som forsterkende for å begrunne konkurranseregulerende tiltak. KT setter ikke sine karakteristikker i perspektiv i forhold til ruter i Europa. Da blir det ikke noe sammenligningsrunnlag som sier noe om den norske vurderingen er rimelig, gitt det forhold at konkurranselovgivningen forøvrig er den samme.

2.4 Nærmere om påstanden om at Norge er et "spesielt marked"

2.4.1 Innledning

I Høringsnotatet til bonusforskriften ble ikke temaet om særnorske forhold i luftfarten berørt. Men i etterfølgende korrespondanse med ESA har FAD hevdet som ett av de vesentlige grunnlagene for å opprettholde et særnorsk forbud mot bonusprogram at det norske innenriksmarkedet for lufttransport skilte seg vesentlig fra andre lands markeder.³⁵ Utover en høyere reisefrekvens i forhold til befolkningsantall har imidlertid vært vanskelig å kunne konstatere hva dette skillet går ut på og hvorfor det fremdeles skulle begrunne en særnorsk regulering. Det motsatte er åpenbart tilfellet.

I FADs brev til ESA fremgår det at det særlig er to omstendigheter som begrunner at det norske markedet er så spesielt:

1. at SAS har en svært sterk posisjon i det norske markedet og
2. at antallet reisende per capita er høyt i Norge

I den etterfølgende analysen av markedet er pkt. 1 av åpenbare grunner ikke lenger vektlagt i særlig grad,³⁶ men til gjengjeld er pkt. 2 blitt behandlet på mange ulike måter i de rapporter Konkurransetilsynet har innhentet og utarbeidet.

Vi vil i det følgende kort gjennomgå Steen & Sörgards vurderinger av det norske markedets særtrekk og tilsynets etterfølgende oppsummering i sin vurdering, før vi kommenterer ett særlig poeng reist av Steen & Sörgard og deretter friskt anvendt av Norwegian – den mulige innelåsende effekten av Widerøes stilling på anbudsrutene – FOT-rutene innenlands.

³⁵ Jf. brev fra FAD til ESA 12. mars 2009 s.5-6 hvor det fremheves at "The Norwegian domestic market is markedly different from the European markets/international flights."

³⁶ Se tilsynets evaluering pkt. 3.3, da særlig 2. avsnitt på s. 32.

2.4.2 Forhold som skiller norsk innenriks lufttrafikk fra andre europeiske markeder

Som beskrevet innledningsvis ser det ut til at det eneste argumentet som gjenstår for hvorfor det norske markedet er så forskjellig fra alle andre er at antallet reisende per capita er høyt i Norge. FAD beskrev dette første gang som følger:

*"The Norwegian domestic market is characterized by scattered settlement, low population density and lack of alternative modes of transport. For most of the large domestic routes, trains, buses and cars are not realistic alternatives. Thus, a large number of travellers, and in particular in the business segment, travel by air. As the number of air travels per capita is larger in Norway than in most other countries, FFPs are relatively more attractive and their lock-in effect stronger. The anti-competitive effects will therefore be more important in the Norwegian domestic market. There is reason to believe that it will be more difficult for instance for low-cost airlines to enter the Norwegian market."*³⁷

Med andre ord ser det ut til at den opprinnelige argumentasjonen for et bonusforbud basert på det norske markedets særpreg var at fordi antallet flyreiser per innbygger var større i Norge og dette ville gjøre bonusprogrammene mer attraktive og gi dem sterkere innelåsningsseffekt samt skape større inngangsbarrierer for lavprisselskaper.

Copenhagen Economics konstaterte at disse effektene vanskelig lot seg konstatere som følge av høy reisefrekvens. Derimot oppsummerte de konsekvensene av høy reisefrekvens i befolkningen som følger:³⁸

1. Bonusprogrammenes nivåskala avhenger av reisemønster men ikke reisefrekvens i befolkningen og den eventuelle innelåsningseffekten av bonusprogram påvirkes ikke av om befolkningen under ett reiser mye eller lite. Dette ser det ut til at Konkurransetilsynet har akseptert da de konstaterer i sin vurdering at *"Etter tilsynets oppfatning kan man ikke uten videre slå fast at høy reisefrekvens gir høyere grad av innlåsing."*³⁹ Innelåsningseffekten av bonusprogram er således ikke et særnorsk fenomen som gir grunn for å opprettholde det særnorske forbudet.
2. Mer lufttrafikk medfører også rom for flere bonusprogram og kundene kan dermed også velge å ha to bonusmedlemskap og anvende det programmet som passer dem best til enhver tid. Copenhagen Economics underbygget dette argumentet ved å henvise til at i 2002 hadde 60% av de norske Eurobonusmedlemmene også medlemskap i Braathens Wings. Steen & Sørgard argumenterer for at dette ikke har noen betydning i det flyselskapene vil øke bonustersklene i markeder med høy aktivitet for å sikre at kundene reiser utelukkende med deres selskap og illustrerer dette med at SAS senket tersklene for gullkort til norske kunder fra 60.000 til 45.000 poeng etter at bonusforbudet ble innført.⁴⁰

³⁷ Jf. brev fra FAD til ESA 12. mars 2009 s.6

³⁸ Copenhagen Economics 2010 s. 17-18

³⁹ Tilsynets evaluering pkt. 3.3, siste avsnitt på s. 33

⁴⁰ Steen & Sørgard 2011b s.30-31

Det virker noe underlig å argumentere med at fordi SAS økte servicegraden til norske kunder etter forbudet, vil SAS redusere servicegraden for de samme kundene tilsvarende dersom SAS møter konkurranse på kvalitet. Det er et faktum at norske reisende hadde – da bonusprogram var lovlig – medlemskap i begge de konkurrerende bonusordningene og benyttet da kvaliteten på de tjenestene bonusprogrammene tilbød som en parameter ved valg av flyselskap. Nivået for å oppnå gullkort ble da definert av konkurransen med Braathens Wings. Da myndighetene grep inn og fjernet muligheten for opptjening av poeng innenlands, måtte SAS senke terskelen for norske kunder for å sikre at norske kunder som reiste like mye som tilsvarende svenske eller andre utenlandske kunder ble tilbudt samme servicenivå. SAS hadde selvsagt ikke holdt nivået innelåsende høyt før forbudet, men måtte sette nivået uforholdsmessig lavt etter forbudet for å hindre diskriminering mellom kunder. Begrunnelsene for denne reduksjonen er blitt formidlet tilsynet gjentatte ganger⁴¹ og det er beklagelig at tilsynet ikke refererer den årsaken de kjenner for SAS adferd og i stedet velger å referere Steen & Sørgards teoretiske utlegninger om hva som kunne være grunnen.

Man må således kunne oppsummere situasjonen med at det norske markedets særtrekk enten ikke har noen betydning eller vil være positive for en gjeninnføring av bonusprogram. Skal man følge Steen & Sørgard vil det norske markedets særpreg være irrelevant, da flyselskapene vil tilpasse poengtersklene til det maksimalt innelåsende nivået avhengig av trafikkgrunnlag. Skal man følge Copenhagen Economics vil det høye antall reisende i Norge medføre at det vil bli skjerpet konkurranse om servicenivåene innen hvert bonusprogram. De data som er blitt presentert synes å støtte Copenhagen Economics, men under enhver omstendighet er ikke norske særegenheter noen begrunnelse for å opprettholde det særnorske forbudet.

3. Mer lufttrafikk betyr også at det er relativt sett flere kunder som reiser mye og som dermed bruker mye tid på flyplasser og vil etterspørre det økte servicenivået som et bonusprogram medfører. Bonusprogram på norsk innenriks vil dermed øke konsumentvelferden mer i Norge enn i andre land.

Steen & Sørgard hevder som svar på dette at "*selv om reiseintensiteten er høy i Norge er det absolutte antallet reisende langt større i en rekke andre land ... I så fall er det ut fra deres resonnement mer nyttig med bonusordninger i de landene enn i for eksempel Norge.*" Dette er en nokså oppsiktsvekkende tolkning av argumentet om at de kundene som reiser mest vil ha størst glede av fordelene ved bonusprogram (våre understrekninger).

Konkurransetilsynet har derimot sitert Transportøkonomisk institutts undersøkelse av reisefrekvens fordelt på antall kunder og konstatert at de 17% som reiste mest sto for 53% av de totale reisene som ble utført.⁴² Det er da disse kundene som ville hatt en økt konsumentvelferd av økt tjenestetilbud rundt flyreisen. Ikke de 42% som reiser en gang i året og som dermed neppe har noen spesiell interesse av et bonusprogram. Dette ser det også ut som at Konkurransetilsynet legger til grunn, da de antar at fritidsreisende som reiser på billigere M-klasse billetter er å finne i gruppene med lav reisefrekvens.

⁴¹ Første gang i møte med FAD og Konkurransetilsynet 20. September 2010 og dette er blitt gjentatt gjennom hele prosessen.

⁴² Jf. Tabell 2 på s. 33 av Tilsynets evaluering pkt. 3.3.

Det er generelt litt vanskelig å forstå Konkurransetilsynets argumentasjon rundt reisefrekvens. På den ene siden hevder de at *"med høy reisefrekvens i luftfarten får følgene av konkurranseforholdene stor betydning for mange."* På den annen side konstaterer de at *"det er en svært liten andel av befolkningen som reiser ofte med fly innenlands, og som dermed vil bli berørt av en eventuell prisøkning. De totale kostnadene som følger av en eventuell prisøkning vil likevel kunne være betydelig."* Dersom man fjerner den særnorske reguleringen vil dette påvirke konkurranseforholdene noe som skulle ha *"stor betydning for mange."* Men tilsynet innrømmer selv i samme avsnitt at bonusprogrammene kun angår *"en svært liten del av befolkningen"* og at det er kostnadsøkningen som følger av en hypotetisk prisøkning som følge av reintroduksjon av bonusprogram som vil være betydelig.

Igjen blir det vanskelig å se hva som er tilbake av argumentet om at det norske markedets særtrekk krever en særnorsk regulering. Har det norske innenriksmarkedet spesielt mange passasjerer som reiser mye – en forutsetning som ikke er prøvet hverken av tilsynet eller FAD – vil disse kundene ha spesielt mye å tjene på at bonusprogram med økt service blir gjeninnført. Har det norske innenriksmarkedet ikke spesielt mange slike passasjerer er det heller intet igjen av anførselen om at dette markedet er så spesielt.

Oppsummeringsvis kan man derfor konkludere med at det ikke er mulig å se hverken hva som utgjør det norske innenriksmarkedets særtrekk utover at det er et høyt antall flyreiser per capita. Og det er i hvert fall ikke mulig å lese ut av Konkurransetilsynets vurderinger eller deres innhentede rapporter hvordan dette faktum kan begrunne en særnorsk regulering av bonusprogram innenriks.

2.4.3 Særlig om forholdet mellom innenriks/stamrutene og anbudsrutene

Dette spørsmålet er blitt behandlet i tidligere korrespondanse med Konkurransetilsynet og tilsynet har i sin evaluering også konstatert at anbudsrutene ikke utgjør noen innelåsende faktor i forhold til trafikken på stamrutenettet.⁴³ I det spørsmålet har vært oppe i pressen ved gjentatte anledninger vil imidlertid kortfattet gjennomgå faktum her.

Utgangspunktet for Widerøes trafikk på FOT- eller anbudsrutene er at denne drives som følge av en offentlig subsidie. Trafikkgrunnlaget er i seg selv ikke tilstrekkelig til å drive kommersielt og Samferdselsdepartementet kjøper derfor en transporttjeneste på disse strekningene i form av en tjenestekonsesjon.

Anbudsrettslig er det dermed intet i veien for at Samferdselsdepartementet fritt kan definere de betingelser som skal gjelde for den trafikken man velger å subsidiere: Ikke-diskriminerende betingelser for overføring av passasjerer fra anbuds- til stamrutenettet, bonusopptjening (dersom dette hadde vært lovlig innenriks), samt de priser og betingelser som skal tilbys kundene på hver anbudsroute.

Eksempelvis har Samferdselsdepartementet ikke tillatt bruk av fordelsprogrammer i sine anbudsinnbydelser – og dette helt uavhengig av gjeldende Bonusforskrift.⁴⁴ Dersom man skulle innføre bonusopptjening på anbudsrutene, ville dette dermed være en følge av en

⁴³ Se pkt. 5.2.4 og da særlig vurderingene på s.48-50 av Konkurransetilsynets evaluering

⁴⁴ Se pkt. 7.6 i kontraktsvilkårene for begge konkurransegrunnlag nevnt under note 1 ovenfor.

politisk beslutning i Samferdselsdepartementet og ikke alene en konsekvens av at bonusforskriften bortfaller.

I følge Konkurransetilsynets evaluering hevder Norwegian at billettprisene i distriktene vil gå opp dersom bonusprogrammene gjeninnføres. Dette er åpenbart feil. Samtlige av de gjeldende anbudsrutene er undergitt maksimalprisbestemmelser.⁴⁵ Det er definert et sett med maksimalpriser som deretter skal justeres etter KPI. Operatøren må dermed forholde seg til dette pristaket og søke eventuelle tap kompensert med et "lumpsumbeløp" definert per år kontrakten varer.⁴⁶ Størrelsen på dette lumpsumbeløpet er hva partene konkurrerer på for å få tildelt eneretten til å trafikere hvert bypar.

Det ser også ut til at Norwegian mener at en adgang til å opptjene bonuspoeng på anbudsruutenettet ville – dersom Samferdselsdepartementet skulle tillate det – skape innelåsende effekter på stamruutenettet. Dette strider også mot uttrykkelige bestemmelser i dagens kontraktsvilkår:

"Alle vilkår operatøren har for overgang av passasjerar til og frå flygingar som er utførte av andre selskap, mellom anna overgangstider og gjennomgåande innsjekking av billettar og bagasje, skal vere objektive og ikkjediskriminerande. (pkt. 7.8)"

og

"Alle gjennomgåande takstar til eller frå andre flygingar skal tilbydast på like vilkår for alle selskap. Unntak er gjennomgåande takstar til eller frå andre flygingar som operatøren utfører, så sant taksten er høgst 40 % av fullt fleksibel takst. (pkt. 7.5)"

I henhold til konsekvent utforming av eksisterende konkurransegrunnlag kan Widerøe ikke tilby Eurobonus på anbudsrutene. SAS kan heller ikke øke opptjeningen på gjennomgående ruter hvor det er interliningavtale med Widerøe. Det ville være en ren omgåelse av kontraktene med staten. En reisende Vadsø-Tromsø vil ikke kunne få noen fordeler av å ha reist denne strekningen selv om SAS frakter passasjerer videre til Oslo. Det er ordinær konkurranse om denne flypassasjerer fra alle flyplasser som Norwegian og SAS trafikkerer.

Kontraktsvilkårene satt av Samferdselsdepartementet *utelukker* helt muligheten for å skape en innelåsende effekt av bonusprogrammet på anbudsrutene – dersom det overhodet hadde vært økonomisk fornuftig å skape en slik effekt. Poenget er at anbudsrutene frakter passasjerer inn til en regional flyplass. Og fra denne flyplassen vil det være konkurranse om trafikken til neste hub (enten inn til Oslo, eller til hubber i utlandet, slik situasjonen er i Stavanger, Trondheim og Bergen). Dette dokumenteres også av Konkurransetilsynets evaluering som konstaterer at Norwegian har greid å etablere seg på slike regionale hubber til tross for Widerøes tilstedeværelse på kortbanenettet.

⁴⁵Se konkurransegrunnlaget for siste kunngjorte rutenett, Finnmark og Nord-Troms, utlyst i oktober 2009 for en kontrakt med varighet til 31.03.2013. Se også konkurransegrunnlaget for de 19 regionale lufthavner som ble utlyst i oktober 2008 for kontrakter med varighet til 31.12.2012. Maksimalprisene er definert i pkt. II. Forpliktelse til offentlig tjenesteytelse, pkt. 3.2, mens KPI-justeringen følger av pkt. I. Konkurransegrunnlag, pkt. 5.4, se også kontraktsvilkårenes pkt. 7.2

⁴⁶ Beløpet skal settes inn i kontraktsvilkårenes pkt. 8 men detaljspesifiseres i konkurransegrunnlagets vedlegg 2 – Anbudsbudsjettet.

Dersom Norwegian skulle ønske å forandre sitt produkt fra et punkt-til-punkt produkt til å interline med anbudsrutene med gjennomgående bagasje, er det utelukkende et kommersielt valg som styres av Norwegian. Som også Konkurransetilsynets evaluering konstaterer er det interliningen som medfører at SAS får passasjerer fra Widerøe og interlining er et produkt kundene er villige til å betale for.

Om Norwegian (eller andre selskaper) ønsker å tilby interlining vil anbudsrutenes kontraktsbetingelser sikre at passasjerer som skal videre med Norwegian ikke vil bli diskriminert, jf. kontraktsvilkårene (sitert ovenfor) særlig pkt. 7.8. SAS/Widerøes erfaringer tilsier imidlertid at Norwegian ikke har hatt særlig interesse av en slik trafikk fordi en ikke av rene kommersielle årsaker ikke ønsker å interline.

2.5 Gjennomgang av konkurransesituasjonen mellom europeiske bypar

2.5.1 Passasjergrunnlag og størrelse på byparene i Europa

Som nevnt ovenfor ser det ut til at Konkurransetilsynet legger til grunn at "store ruter" er bypar med mer enn 1,4 millioner passasjerer per år. Alle de tre rutene som Konkurransetilsynet anbefaler åpnet er på Eurostats topp-10 liste over Europas største flyruter. Faktisk er det kun 11 ruter i hele Skandinavia som overstiger 1 million passasjerer per år og kun en eneste rute utenfor Norge oppfyller det passasjergrunnlaget som tilsynelatende er Konkurransetilsynet kriterium for robust konkurranse – København-London.

Tilsynets anbefaling viser at Norwegian var i stand til å etablere seg på fire svenske innenlandsruter hvor bonusprogram var tillatt og hvor passasjergrunnlaget var *langt* under de verdiene som er definert i anbefalingen. Det er oppsiktsvekkende at Norwegian skal være i stand til å konkurrere på Stockholm-Umeå med 825.000 passasjerer per år, men være ute av stand til å gjøre det samme på Oslo-Tromsø med 949.000 passasjerer, eller for den saks skyld på de litt mindre rutene mellom Oslo-Bodø og Bergen-Stavanger (725.000 og 714.000 passasjerer per år).

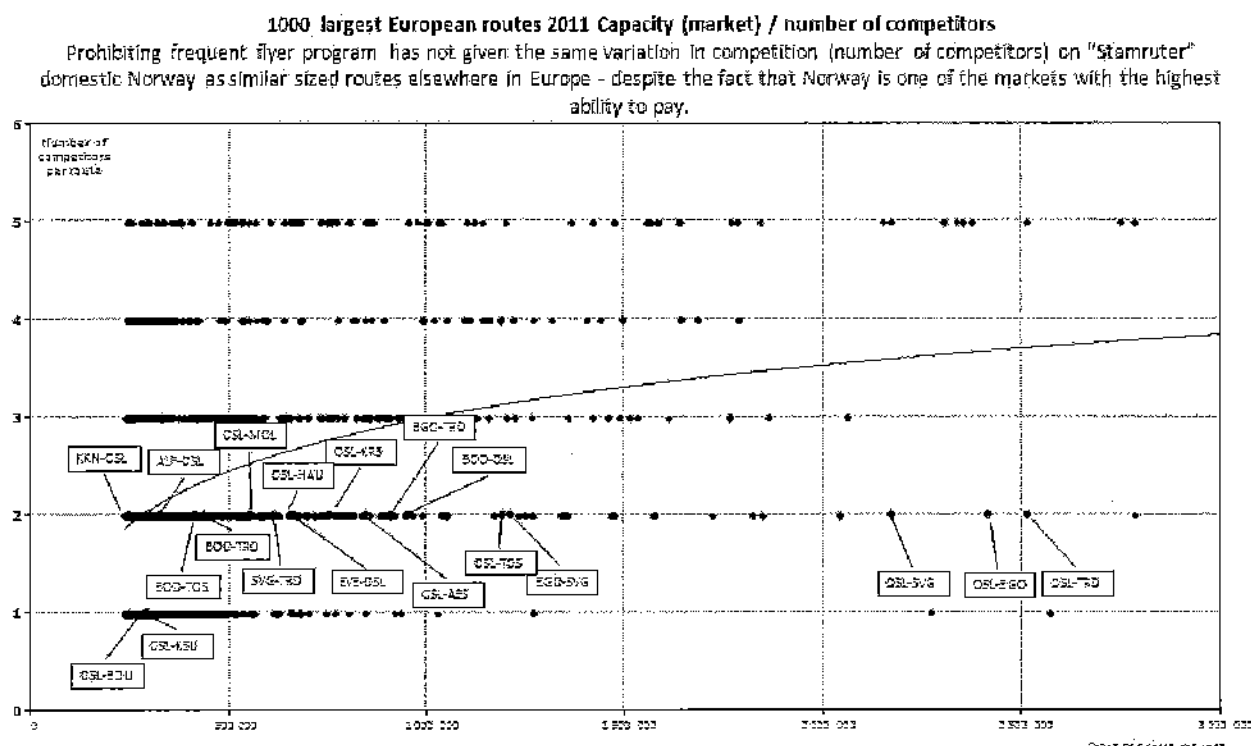
Det er således svært vanskelig å forstå at tilsynet mener at kun de tre største innenriksrutene i Norge har grunnlag for tilstrekkelig "robust konkurranse." Som fremstilt i pkt. 2.3.3.2.2 ovenfor er det grunnlag for konkurranse fra minst to aktører på et langt høyere antall ruter i Norge. Videre vil det være grunnlag for konkurranse også om trafikken på de mindre rutene, spesielt fra små flyselskap som opererer feeder-ruter for større selskaper eller som har optimalisert sin flypark mot commuter-trafikk. Alle de andre nordiske landene har konkurranse fra slike selskaper på de mindre innenriksrutene og det er påfallende at det norske innenriksmarkedet ikke har funnet rom for slike selskaper.

2.5.2 Antall konkurrenter per rute – større i Europa enn i Norge

Fri konkurranse i luftfarten i Europa har utviklet konkurransen både på pris og i antall nye ruter. Dette er viktige parametre som viser en vellykket utvikling av konkurransen. Et tredje parameter som er egnet til å belyse denne konkurranseutviklingen er antall konkurrenter pr rute.

I denne sammenhengen er det interessant at for større skandinaviske bypar (på Stockholm-Umeås størrelse) ser det ut til å være et klart skille i konkurransetrykket mellom bypar med bonusprogram og bypar uten bonusprogram: Samtlige ruter hvor bonusprogram er forbudt flys av kun to selskap, mens 10 av 14 bypar hvor bonusprogram er tillatt opereres av tre eller flere selskaper. Det svenske innenriksmarkedet betjenes også av Malmö Aviation, og selv det relativt begrensede danske innenriksmarkedet har rom for Danish Air Transport i tillegg til SAS og Norwegian. Det er således svært vanskelig å finne noen faktisk dokumentasjon for Konkurransetilsynets teoretiske vurdering av at bonusprogram skal kunne øke inngangsbarrierene og det er vel heller ikke vanskelig å forstå at innstillingens pkt. 4.2.2 heller ikke henviser til noen form for empiriske studier.

Figuren under viser et uttrekk av de 1000 største rutene (flyplass par) i Europa sortert på antall konkurrenter pr rute og størrelse og på tilbudet i total kapasitet i 2011. Den røde kurven viser gjennomsnittlig antall konkurrenter pr rute. De blå punktene viser antall konkurrenter på hver enkelt rute.⁴⁷ Ikke overraskende øker antall konkurrenter med størrelsen på ruten. De fleste norske ruter er store eller middels store sett i Europeisk sammenheng. Men, men s det på norske stamruter ruter varierer fra 1 til 2 operatører som konkurrerer pr rute er det opptil 5 konkurrenter i det øvrige Europa. Figuren viser "ruter" som avganger mellom flyplasser, det er viktig å merke seg at antallet konkurrenter på mange av byparene er enda større. I motsetning til Norge har Europa dermed i stor grad lyktes i å sikre konkurranse mellom flere operatører.



De norske rutene er de eneste som har forbud mot lojalitetsprogram, og det med en begrunnelse om at det skal sikre konkurransen. Utfra dette bildet har man i Norge ikke lyktes spesielt godt med å utvikle konkurransen i forhold til flere selskaper. Både

⁴⁷ Kilde: rdc aviation, England

markedets størrelse og betalingsvillighet burde gjøre de norske rutene attraktive isolert sett. Siden mange av de andre europeiske byene også har nettverkselskaper og lavkostselskaper i vinge mot vinge konkurranse, kan man ikke uten videre legge til grunn at forklaringen er at begge forretningsmodeller allerede er representert i Norge og at dette begrenser nyetablering.

Sett utenfra kan det derimot se ut som et marked med en kombinasjon av to forretningsmodeller i skarp konkurranse og hvor myndighetene er villige til å bruke diskriminerende konkurranseregulerende tiltak, gjør det usikkert og mindre attraktivt å gå inn i dette markedet.

For europeiske nettverksselskaper som alle har bonusprogram som en viktig del av sin kommersielle plattform er det definitivt slik at bonusforbudet er et hinder, både direkte og eventuelt gjennom egne eller samarbeidende regionalselskaper.

3. **REGULERINGENS INNHOLD – NÆRMERE OM FORDELSPROGRAMMER**

3.1 **Hvilke tjenester tilbys i et fordelsprogram – og hvilke etterspørres i størst grad av kundene?**

3.1.1 **Utgangspunkt**

Bonusprogrammet til et fullservice flyselskap har tre hovedfunksjoner.

- For fritidsreisende og mennesker som ikke reiser mye i jobben utgjør bonuspoengene en volumrabatt. Denne er relativt begrenset og endringer i hvordan poeng kan tas ut og økningen i tilknyttede tjenesteleverandører gjør at rabatten ikke lenger virker spesielt innelåsende for dette kundesegmentet. Dette er for så vidt også erkjent av Konkurransetilsynet.
- For passasjerer som reiser mye, spesielt i jobbsammenheng er bonusprogrammet et servicetilbud som sikrer disse tilgang til tilleggstenester på businessklasse-nivå selv om de flyr på billigere billetter.
- For flyselskapet er bonusprogrammet en ekstremt presis kundedatabase, et virkningsfullt kommunikasjonsmedium med kundene og dermed en svært effektiv måte å optimalisere produksjonen.

Etter SAS' oppfatning tar Konkurransetilsynets innstilling i alt for liten grad hensyn til at bonusprogram faktisk leverer flere tjenestekategorier rettet mot ulike kundegrupper og de effektivitetsgevinster som et velfungerende bonusprogram kan medføre for driften av et flyselskap blir ikke underlagt seriøs vurdering overhodet.⁴⁸ Vi vil derfor i det følgende kort gjennomgå hva kundene faktisk ønsker, hvordan et bonusprogram fungerer i virkeligheten

⁴⁸ I tilsynets innstilling s. 48 hevdes det – uten nærmere belegg eller undersøkelser at "Konkurransetilsynet ser imidlertid at Eurobonusprogrammet er kostnadseffektivt og målrettet virkemiddel for salg, markedsføring og kundekontakt, og at forbudet i så måte kan skape en begrensning for SAS. Samtidig ser ikke tilsynet bort fra at det er mulig å ha et kundeprogram som fanger opp noen av disse positive elementene uten å tilby bonusopptjening på norsk innenriks luftfart." Hvordan et slikt program skulle kunne la seg konstruere er åpenbart utenfor Konkurransetilsynets fantasi. SAS har ingen ide om hvordan noe slikt skulle la seg gjøre.

- i motsetning til i Konkurransetilsynets teoretiske utledninger og hvilken betydning Eurobonus har for SAS måte å drive sin aktivitet på.

3.1.2 Resultater fra tilgjengelige kundeundersøkelser

Etter at SAS fikk innsyn i svarene på tilsynets pålegg om å gi opplysninger for rutiner ved innkjøp av flyreiser⁴⁹ har SAS gjennomført en egen kundeundersøkelse for å etterprøve egne og tilsynets hypoteser om fordelsprogrammers viktighet som konkurranseparameter. Det synes å være stort samsvar mellom den informasjonsinnhenting tilsynet gjennomførte tidligere i år og SAS' undersøkelse, men materialet som er innhentet av SAS er mer omfattende og i større grad basert på scoring som gjør at dataene kan bearbeides og analyseres kvantitativt. Konklusjonene i kundeundersøkelsen er gjengitt nedenfor, og undersøkelsen er i sin helhet vedlagt.

Undersøkelsen er gjennomført i juli 2011 og hadde 1.631 respondenter.⁵⁰ De viktigste funnene i undersøkelsen kan oppsummeres som følger:

- Over 70 % av virksomhetene har retningslinjer for ansatte for innkjøp av tjenestereiser.
- Innkjøp av reiser er i vesentlig grad sentralisert (mer enn 55 %) og det foreligger i stor grad avtaler med reisebyråer (mer enn 60 %).
- Pris, tidtabell, total reisetid og service er de fire klart viktigste parametre ved kjøp av reiser.
- Kontroll med ansattes opptjening og bruk av bonuspoeng ansees ikke viktig av bedriftene (gjennomsnittscore 2,39 på en skala fra 1-7).
- Opptjening av bonuspoeng sees på som helt nøytralt i forhold til innkjøpspolicy (medianscore 4,0 = nøytral).
- Fordelsprogrammers serviceelementer for å effektivisere reisen ansees som viktig.

Serviceelementene er viktigere for lengre reiser og reiser med mellomlandinger enn for kortere reiser. Dette understreker SAS' poeng om at forbudet mot fordelsprogrammer faktisk vil ramme nettverksselskapene hardere enn punkt-til-punkt selskaper fordi servicetilbudet ved mellomlandinger forringes.

Videre refererer Copenhagen Economics en undersøkelse foretatt blant 1300 reisende som benytter bonusprogrammer.⁵¹ Den finner at de viktigste fordelene er:

- Prioritert innsjekking (42 %)
- Tilgang til flyplass lounge (33 %)
- Mulighet for oppgradering (27 %)
- Gratis reiser (23 %)

⁴⁹ Tilsynets brev til en rekke av SAS og Norwegians kunder datert 22. mars 2011.

⁵⁰ Undersøkelsen ble gjennomført med Questback, og det totale antall utsende spørreskjemaer var 10.000.

⁵¹ http://www.crm2day.com/content/t6_librarynews_1.php?news_id=120972

Som påpekt av Copenhagen Economics, er dette fordeler som ventelig er mest verdsatt av forretningsreisende som ønsker å arbeide eller hvile på reisen.

Kundestudiene korresponderer godt med de behov SAS har identifisert på det norske innenriksmarkedet (jf. pkt.2.3.3.4 ovenfor). Forretningsreisende ønsker tidsbesparende produktelementer som fast track, gode alternativer for connection og med korte ventetider, pålitlighet, fleksibilitet og produktelementer som catering og lounges. Dog er tidtabell/frekvens og pris ofte det viktigste på korte reiser som bærer preg av ren shuttle. Bonusprogrammene vil dermed medføre en velferdsforbedring for den kundegruppen som i størst grad etterspør de tjenesteelementer slike program tilbyr.

3.1.3 Bonusprogrammets betydning for fritidsreisende

Fritidsreisende som er medlemmer i bonusprogram betaler reisen selv og nyter dermed direkte godt av rabatten bonuspoengene gir. De benytter normalt det flyselskap som passer dem best hva angår reiserute, avgangstid og pris. De er normalt medlemmer i flere bonusprogram og er primært interessert i medlemskapet på grunn av muligheten til poenguttak, da ikke bare reiser men også leiebil, hotell, varer, etc.⁵²

I det disse er medlemmer i flere bonusprogram er den innelåsende effekten av programmene sterkt redusert. Videre er de relevante opptjeningsnivåene som genererer de belønninger disse kundene er opptatt av relativt små og hyppige. Det er således vanskelig å se at bonusprogrammets rabattfunksjon overfor fritidsreisende skulle skape noen form for innelåsning og Konkurransetilsynet legger da – som SAS – til grunn at bonusprogram har mindre betydning for fritidsreisende.⁵³ I henhold til tilsynets fremstilling av reisefrekvens innenriks vil dermed gjeninnføring av bonusprogram ha marginal betydning for 60% av kundegrunnlaget.⁵⁴

3.1.4 Bonusprogrammets betydning for forretningsreisende

For forretningsreisende gir bonusprogrammet kunder som reiser mye tilgang til et tjenestenivå som ellers selges til en relativt høy pris.

Som beskrevet ovenfor er dette en pakke tjenester som kundene etterspør og innholdet i pakken er relativt likt blant bonusprogram i luftfarten, selv om kvaliteten på den enkelte komponent (lounge, catering, etc.)⁵⁵ naturligvis varierer mellom selskapene. Konkurransetilsynet mener imidlertid at denne pakken lar seg dele opp og selge enkeltvis og har gitt uttrykk for denne hypotesen ved flere anledninger:

*"Etter Konkurransetilsynets vurdering er det først og fremst fleksible billetter, prioritert innsjekk og fast-track som er **aktuelle servicefordeler** på norsk innenriks luftfart. Dette er fordeler som det er fullt mulig å tilby innenfor rammene*

⁵² Se Copenhagen Economics 2010 s. 7

⁵³ tilsynets innstilling pkt. 7.2.1 s.62.

⁵⁴ Jf. tilsynets innstilling s. 33, første avsnitt som beskriver tilsynets antagelser om fordelingen av C- og M-klasse billetter mellom de ulike kategoriene av reisende: "Andelen kunder som foretok en eller to tur/retur reiser i 2009 utgjorde 60% av kundegrunnlaget." ... "Av den grunn vil en forvente at fritidsreisende som i stor grad reiser på billigere M-klasse billetter er å finne i gruppene med lav reisefrekvens."

⁵⁵ Som Von der Fehr beskriver på s.18 "For det første pakker programmet sammen en rekke tilleggstjenester, som gjør reisen enklere og mer effektiv." og "For flyselskapet er det enklere og billigere å selge tjenestene som en pakke, snarere enn å selge dem hver for seg."

av bonusforbudet og som allerede tilbys til en viss grad på norsk innenriks luftfart. Tilsynet kan derfor ikke se hvor mye mer det er igjen av ekstra service på innenriks reiser som kan forsvare behovet for bonusprogram.⁵⁶

Vi skal la ligge at Konkurransetilsynet mener å besitte tilstrekkelig kommersiell erfaring fra luftfartssektoren til å kunne avgjøre hva som er relevante deler av en kommersiell tjenestemiks på norsk luftfartssektor. Det er viktigere at tilsynet bommer på faktum. Som nevnt i pkt.3.1.2 ovenfor etterspør brukerne av bonusprogram primært prioritert innsjekk, lounges, oppgradering av billettene og dernest gratisbilletter. Hverken prioritert innsjekk eller lounges er mulig å tilby på norsk innenriks, dels fordi det ikke er betalingsvillighet for business class innenlands i Norge på grunn av at alle tjenesteelementene ikke er tilstede og dels fordi forbudet mot å anvende bonusprogram gjør at SAS ikke kan benytte inntjeningen fra programmet som sådan (jf. pkt.3.2.1 nedenfor) til å subsidiere utbyggingen av slike tjenesteelementer.⁵⁷ Forbudet leder derfor direkte til et dårligere tilbud for norske innenriksreisende, også de som har betalingsvillighet for business.

Tilsynets påstand om at det må være mulig å tilby fast track, bedre meny, prioritert innsjekk og bedre måltider som enkeltelementer som kan faktureres individuelt fremstår derfor som en typisk skrivebordsøvelse. Ingen eksisterende flyselskaper benytter den formen for forretningsmodell, tilsynet har ikke fremlagt noen form for beregninger som skulle vise at det er mulig å dekke inn utgiftselementene på denne måten, og det er for så vidt interessant å konstatere at det eneste selskapet som i noen grad forsøkte en slik løsning – Sterling Airways – gikk konkurs.

3.2 Betydningen av bonusprogrammet for SAS måte å drive forretningsvirksomhet

3.2.1 Bonusprogrammet som selvstendig aktivum

Kunnskapen SAS har om sine kunder gir mulighet til å kommunisere målrettet med dem basert på deres ulike profiler og interesser. Dette skaper relevans i kommunikasjonen og gjør den interessant for mottaker. Det er også en kostnadseffektiv måte å kommunisere med kundene. SAS har en betydelig beregnet merinntekt per medlem som følge av effektiv kundekommunikasjon. Om SAS blir tvunget til å kommunisere via andre, fordyrende kanaler, vil SAS' fortjeneste og mersalg gå ned. Dette er for så vidt nevnt av Steen & Sørsgard,⁵⁸ men det fremgår ikke tydelig at SAS' markedsføringskostnader vil øke *betydelig* om ikke skreddersydd 1-2-1 kommunikasjon kan anvendes effektivt. Målrettingen til norske EuroBonusmedlemmer er allerede i dag dårligere enn i andre land fordi forbudet mot fordelsprogrammer gjør kvaliteten på kundedataene dårligere. For SAS er det åpenbart at EuroBonus skaper en svært kostnadseffektiv kundekommunikasjon.

⁵⁶ Tilsynets innstilling pkt. 5.2.4 s. 47

⁵⁷ Steen & Sørsgard 2011a s. 5 note 2 tar således grunnleggende feil når de hevder at "Det er vanskelig å se at en slik type engangsbetaling vil være kostnadskrevende for selskapet. En kan for eksempel betale for dette tilleggsproduktet i det en bestiller flybilletten, eller rett og slett betale idet en får tilgang til loungen. Det førstnevnte burde være enkelt å automatisere, og det sistnevnte vil neppe føre til noen tilleggskostnader så lenge det uansett må være personale som kontrollerer enkeltpersoners tilgang til loungen." Steen & Sørsgard fører ingen bevis for denne antagelsen om de løpende kostnadene ikke teoretisk sett kunne vært dekket inn og SAS har funnet at utgiftene til IT og administrasjon av en særnorsk løsning i praksis gjør dette ulønnsomt. Hovedpoenget er imidlertid at uten de fordeler som bonusprogrammet gir, er det faktisk ikke lønnsomt å gjøre grunnlagsinvesteringen i lounges og fast track på norsk innenriks, uavhengig av om driftskostnadene lar seg dekke inn eller ikke.

⁵⁸ Steen & Sørsgard 2011a s.6

Den kunnskap SAS har om sine kunder gir mulighet å distribuere servicefordeler til de medlemmer som etterspør og er villig til å betale for de ekstra serviceelementene på en effektiv måte. En annen modell ville medføre at SAS måtte ha betalt for andre distribusjonsløsninger for de ulike tjenesteelementene. Dette vil medføre omkostninger for SAS både hva gjelder IT-utvikling, kommunikasjon og administrasjon fordi spesialtilpassede dårligere løsninger vil måtte utvikles for det norske markedet. For SAS er det således en betydelig forenkling å tilby disse elementene som én pakke og det er ikke et realistisk alternativ å tilby dette som en liste av enkeltelementer, slik Konkurransetilsynet legger til grunn er mulig.⁵⁹ Det ville fordyre produksjonen og gjøre lønnsomheten dårligere, samtidig som kundene ikke ville få det de faktisk etterspør.

SAS' opplysninger om sine kunder anvendes nettopp aktivt for å utvikle for selskapets produktportefølje. Dette er en kostnadseffektiv måte å sikre at det produkt SAS selger løpende tilpasses det kundene etterspør. Bruken av poeng i EuroBonus er en belønning til medlemmene for å gi SAS anledning til å samle inn og anvende den informasjon som kundene legger inn i databasen. Om ikke slik "belønning" gis blir kvaliteten på kundedataene langt dårligere.

Medlemsdatabasen er også attraktiv for andre selskaper enn SAS. EuroBonus selger dels kommunikasjonsadgang til medlemmene i databasen, dels kunnskap om kundepreferanser og opptreden, noe som skaffer SAS betydelige inntekter hvert år og som er et underliggende viktig rasjonale for å ha et fordelsprogram.

EuroBonus er derfor på ingen måte omkostningskrevende for SAS, men et effektivt virkemiddel for å drive markedsføring og salg som er helt ordinært i en rekke bransjer og da ikke bare for hotell, leiebiler og luftfart, men også i stor grad detaljhandel, kredittkort, mv. Virkningene av slike kommersielle tiltak er ganske normale og anerkjente som virkemidler som styrker selskapenes branding og forenkler kundekommunikasjon i alle ledd.

3.2.2 Spesielt om produktdifferensiering og krav innenfor internasjonale allianser

Kundelojalitetsprogram er sentrale kommersielle verktøy for alle Europeiske nettverksselskaper og for de fleste regionalselskap. Videre er fullserviceselskapene i dag organisert i større nettverk/allianser. Som medlem av Star Alliance møter SAS helt unike utfordringer når man er nødt til å reservere seg mot de forpliktelser som påhviler alliansepartnerne i Star Alliance for en vesentlig del av SAS' rutetilbud. Dette gjør SAS unikt mindre attraktiv som alliansepartner i det ingen andre fullserviceselskap har en tilsvarende begrensning i markeder hvor de er tungt til stede. Samtidig påvirker denne ulempen selvsagt ikke Norwegian som opererer under en helt annen forretningsmodell.

⁵⁹ Jf. tilsynets innstilling pkt. 5.2.4 s. 47 og tilbakevisningen av dette argumentet i pkt. 3.1.2 ovenfor.

3.3 Nærmere om Konkurransetilsynets beskrivelse av fordelsprogram og hvordan denne avviker fra alle kjente analyser om fordelsprogrammets virkninger

3.3.1 Nærmere om de enkelte virkningene Konkurransetilsynet påstår eksisterer

3.3.1.1 Rabattstrukturen – betydningen av bonusprogram som rabatt

Hva angår spørsmålet om det foreligger noen innelåsende effekt av bonusprogram, ser det ikke ut til at tilgjengelig økonomisk analyse påviser slike effekter. Studiene dokumenterer derimot faktumbeskrivelsen ovenfor, ved at man konstaterer ingen innelåsnings effekt overhodet av bonusprogrammenes funksjon som "monetær" rabatt, men at visse data kan tyde på en effekt i forhold til bonusprogrammenes funksjon som tjenestetilbud.

I Høringsnotatet hevdet Departementet at bonusprogram har karakter av retroaktiv rabatt og at denne virker innelåsende.⁶⁰

I den umiddelbare diskusjonen etter Copenhagen Economics rapport ser det ut til at det forelå en viss uenighet om betydningen av de reisendes mulighet til å ta ut opptjente poeng til privat bruk.⁶¹

Copenhagen Economics understreket at verdien av bonuspoengene som rabatt reduseres med verdien av flyreisen. Dagens situasjon er at det kreves 10.000 bonuspoeng for å reise tur/retur innenlands med SAS og en innenlandsreise ellers i Skandinavia opptjener 500 bonuspoeng på economy én vei. En reisende måtte dermed være nødt til å kanalisere 10 returreiser til SAS før han eller hun kunne nyte godt av en flyreise som ellers kan kjøpes for NOK 1138.

Det fremgår imidlertid av såvel Steen & Sørsgards utredninger som Konkurransetilsynets innstilling at de antar at bonuspoengene utgjør en vesentlig monetær verdi på den reisendes hånd. I tilsynets vurdering av bonusopptjening som et agent-prinsipalproblem heter det således at:

"Billetter kjøpes i stor grad av den enkelte arbeidstaker med mulighet for å beholde opptjente bonuspoeng til privat bruk."⁶²

Steen & Sørsgard går enda lenger:

"Uttak av bonuspoeng skal i prinsippet skattlegges, da det kan betraktes som inntekt den enkelte mottar fra sin arbeidsgiver. I praksis er det imidlertid ikke beskatning av uttak av bonuspoeng. Dette gjør at arbeidsgiver og arbeidstaker kan ha felles interesse av å åpne for bonusopptjening som alternativ til lønnsøkning, da de slipper beskatning av uttak av bonuspoeng."⁶³

⁶⁰ Høringsnotatet pkt. 4.1, 1. avsnitt jf. pkt. 4.2.

⁶¹ Copenhagen Economics 2010 s.13-16 sammenholdt med den etterfølgende kritikken i Steen & Sørsgard 2011a pkt. 2.3.2. Von der Fehr finner det "vanskelig å følge Steen og Sørsgards resonneringer," jf. note 14 s.20.

⁶² Tilsynets innstilling pkt. 5.2.3 s. 46

⁶³ S&S 2011b pkt.2.2 s.6

En lønnsøkning som primært kan tas ut i reiser og reiseeffekter og som krever 10 eller flere årlige reiser innenlands for å generere NOK 1100 i skattbar inntekt representerer neppe noe realistisk unndragelssscenario.

De etterfølgende markedsundersøkelsene ser uansett ut til å ha generert konsensus om at *"... i den grad Eurobonus har effekt på pax kommer dette ikke fra muligheten til uttak av poeng (som var forbudt i Sverige på enkeltruter), men snarere muligheten til å tjene opp poeng til ulike medlemsnivå."*⁶⁴

Med andre ord ser det ut til at tilgjengelig økonomisk forskning er enige om at det er kvalitetshevingen på produktet som tilbys ved de ulike nivåene (sølv – gull) som kundene etterspør, ikke rabatten som ligger i poengsystemet. Dette betyr at det er egenskaper ved selve produktet som er avgjørende.⁶⁵ Forholdet oppsummeres på følgende måte av Von der Fehr:

"For det første pakker programmet sammen en rekke tilleggstjenester, som gjør reisen enklere og mer effektiv. Steen og Sørgard hevder at disse tjenestene kunne vært solgt hver for seg (Steen og Sørgard, 2011a, s. 4). Det kunne de naturligvis, men ikke uten å øke transaksjonskostnadene både for den reisende og selskapet."

Og:

"Dette er forøvrig helt konsistent med at bonusprogrammer kan øke billettprisene (kfr. Lederman, 2007, 2008), uten at man av den grunn kan hevde at bonusprogrammene er konkurransebegrensende; det samlede tilbud av tjenester og tilhørende priser må ses i sammenheng om man skal avgjøre om bonusprogrammene alt i alt er til fordel eller ulempe for kundene."

3.3.1.2 Lojalitets/innelåsningseffekter

3.3.1.2.1 Redusert prissensitivitet grunnet ønske om poengopptjening

Formodningen om redusert prissensitivitet som følge av bonusprogrammets lojalitetsskapende effekter ser heller ikke ut til å kunne bevises.

Det ser ikke ut til at undersøkelsene greier å påvise noen sikker effekt av bonusprogram på etterspørsel generelt – om noen tolkning skal legges til grunn er det en svært liten etterspørselsvekst som følge av en svært stor økning i utbetalt bonus under et etablert bonusprogram.⁶⁶ Dermed er det ikke gitt at bonusprogram påvirker de reisendes valg av flyselskap overhodet, og dersom dette faktisk skjer må flyselskapene tilsynelatende tilby eksorbitante rabatter for å få noen merkbar effekt via bonusprogrammet.⁶⁷ Således er det vanskelig å konstatere noen relevant innelåsende effekt av bonusprogram overhodet.

Steen & Sørgard har testet teorien om redusert prissensitivitet utfra en forutsetning om at *"Hvis bonusprogrammet har en innelåsende effekt, vil en forvente at det dels slår ut i høyere*

⁶⁴ Steen & Sørgard 2011b s. 4, jf. også kommentaren på s. 2 om at det er medlemsnivå som trolig er langt det viktigste insentivet i Eurobonussystemet.

⁶⁵ Von der Fehr s. 18.

⁶⁶ Steen & Sørgard 2011b s. 3 jf. konklusjon (ii) på s. 6

⁶⁷ I henhold til Steen & Sørgard 2011b påvirkes passasjerene mindre enn 2% av en 10% økning i bonuspoengene. Skal det bli noen påviselig virkning av en bonusøkning må det således ekstreme tiltak til.

priser i hver billettkategori og dels i at en større andel av kundene reiser på fleksible billetter." Deres konklusjoner er entydige:

"Vi finner gjennomgående at bonusandel positivt påvirker C-andel signifikant på tvers av datasett og modeller. De avdekkede effektene på C-andel er tross av sin signifikans ikke veldig store.

For det svenske innenriksmarkedet kan vi her også teste for før-/ettereffekter av den svenske bonusreguleringen. Før-/ettereffekten er langt mer robust estimert siden vi her ikke har samme problemet med hensyn til hva bonusandel egentlig måler, her er poenget snarere å se hva som skjer av endring i C-andel med og uten forbud. Kanskje ikke så uventet finner vi ingen signifikant forskjell i bonuseffekt av den svenske reguleringen. Dette antyder at det svenske forbudet hadde liten, om noen effekt og understreker at i den grad Eurobonus har effekt på pax kommer dette ikke fra muligheten til uttak av poeng (som var forbudt i Sverige på enkeltruter), men snarere muligheten til å tjene opp poeng til ulike medlemsnivå."

Steen & Sørgard finner således at "Eurobonus i overraskende liten grad låser passasjerer inne i forretningssegmentet når de beveger seg fra innland- til utenlandsruter."⁶⁸ I følge deres modeller foreligger det en "mulig effekt" på forskyvning mot mer fleksible billettkategorier, men denne er ikke stor selv om den muligens marginalt lar seg påvise. Samtidig er Steen & Sørgard åpne for at denne effekten er overvurdert. Som von der Fehr oppsummerer:

"Det er også grunn til å understreke det fundamentale metodeproblem som det vises til i konklusjonen i Steen og Sørgard (201b), og som skyldes at andelen passasjerer som er medlem av bonusprogrammer og andelen forretningsreisende henger sammen og er bestemt av underliggende økonomiske og andre forhold som det ikke tas hensyn til i analysene. Steen og Sørgard legger på ingen måte skjul på dette problemet, men skriver at "... i så måte ville man vente at vi kanskje til og med overestimerte effekten av innelåsing gjennom vår innfallsvinkel, noe som er overraskende når vi allerede finner relativt små effekter." (Steen og Sørgard, 201b, s. 9).⁶⁹

Den byttekostnaden som Konkurransetilsynet teoretisk fremstiller i pkt. 4.2.1 lar seg på ingen måte påvise av de omfattende empiriske studier som er foretatt. Gjennomgangen av nivået på rabattsatsene i Konkurransetilsynets innstilling pkt. 5.2.1 gir heller ingen empirisk støtte for påstanden om at "... den lojalitetsskapende effekten av bonusprogrammene fortsatt betydelig, all den tid opptjeningsstrukturen i bonusprogrammene fortsatt motiverer til kjøp av flere og dyrere billetter hos ett selskap." Det er i det hele tatt vanskelig å se hvor denne påstanden kommer fra. Von der Fehr har gjennomgått økonomisk teori på bonusprogram og konkluderer at "... sett under ett gir ikke teorien grunnlag for en bestemt konklusjon om konkurransevirkninger, hverken for lojalitetsskapende tiltak generelt eller bonusprogrammer mer spesielt; det er til syvende og sist et empirisk spørsmål hvilken vei virkningene går."⁷⁰

⁶⁸ Steen & Sørgard 201b s. 5 jf. s.4.

⁶⁹ Von der Fehr note 1 s. 4

⁷⁰ Jf. Von der Fehr s. 17.

Konkurransetilsynet fremsetter påstanden om at bonusprogrammene har betydelig lojalitetsskapende effekt i innstillingens pkt. 5.2.1 på en måte som fremstår som en konklusjon basert på tilgjengelig økonomisk forskning. Dette til tross for at påstanden beviselig er uten dekning hverken i økonomisk teori eller de studier som tilsynet selv har bestilt.

3.3.1.2.2 "Suction-effekter"

Teorien bak såkalte "suction-effekter" er at muligheten for oppgradering til høyere medlemsnivå forsterker den lojalitetsskapende effekten av bonusprogram, og at denne effekten forsterkes når medlemmene nærmer seg en terskelverdi som utløser et høyere medlemsnivå.⁷¹

De økonomiske studiene som er utført konstatere at det ikke er mulig å påvise noen nevneverdig effekt rundt terskelen for sølvkort og at heller ikke "suction effects" av gullkort lar seg påvise i noe betydelig omfang. Copenhagen Economics anslår at under 1000 passasjerer ville bli berørt av en slik effekt i noe Nordisk land og mindre enn 600 i Norge.⁷² Steen & Sørgard argumenterer for at Copenhagen Economics vurdering av at "suction-effekten" kun angår 0,5% av reisende med bonuspoeng er irrelevant, da man heller burde sammenligne antallet som påvirkes av gullkortgrensen med antallet medlemmer som ligger i det poengområdet der det er realistisk å oppnå gullkort; sett på denne måten blir tallet 10 prosent.⁷³

Det faktum at de økonomiske studiene viser at kun 10% av kundene som kan oppnå gullkort påvirkes av en slik effekt er i seg selv relevant. Viktigere er imidlertid hva denne effekten betyr i antall reisende og dermed for flyselskapenes inntjening. Konkurransetilsynet legger til grunn en viss bekymring over at et relativt lite antall reisende står for en relativt høy andel av de totale reisene – 9% av de reisende sto for 38% av det totale volumet.⁷⁴ Disse 9% utgjør uansett 139.500 reisende og dersom vi legger Steen & Sørgards beregninger til grunn, vil 722 reisende eller 5 promille av totalen som tilsynet er bekymret for, kunne påvirkes av suction-effekter i et bonusprogram, dersom slike effekter lar seg påvise overhodet.

Som det understrekes av Konkurransetilsynet er Steen & Sørgard uansett skeptisk til hvorvidt det er mulig å avdekke "suction"-effekten fullt ut når man tar utgangspunkt i et kontrafaktisk scenario generert fra et marked med bonusprogram. Påstanden om at det er mulig å konstatere slike effekter er således makroøkonomisk tvilsom.⁷⁵

De økonomiske studier som tilsynet disponerer viser således at dersom det overhodet kan påvises noen "suction-effekt" berører den et forsvinnende lite antall reisende. Det er da vanskelig å forstå hvordan tilsynet kan konkludere med at *"Konkurransetilsynet kan ikke se at det foreligger informasjon som kan slå fast at "suction"-effekten i nærheten av en terskelverdi er mindre enn tidligere antatt."* Eneste grunn til at eksisterende studier som

⁷¹ Konkurransetilsynets innstilling pkt. 5.2.2 s.44

⁷² Copenhagen Economics 2010 s. 11-13 jf. Steen & Sørgard 2011a pkt. 3.1 som når et resultat på 722 passasjerer gjennom en teoretisk modellering men Steen & Sørgard 2011b har uansett ikke greid å teste disse modellene basert på de data man har tilgjengelig.

⁷³ Steen & Sørgard 2011a pkt. 3.1 s.18

⁷⁴ Tilsynets innstilling pkt. 33. s.33 se Tabell 2.

⁷⁵ Se også Von der Fehr, s. 21-22

viser at ca. 6-700 av totalt 1,5 millioner passasjer kan tenkes å bli påvirket av en slik effekt ikke utgjør "informasjon" som fastslår at effekten er "mindre enn tidligere antatt" må da være at Konkurransetilsynet hele tiden har anslått denne effekten til null. I så fall utgjør den en underlig begrunnelse for et myndighetsinngrep. Von der Fehr oppsummerer status som følger:

"Når virkningen av gullkortgrensen er den eneste effekt man klarer å finne, og når denne bare medfører "en viss tilpasning" - som tolkes som en "indikasjon" som det er "usikkert" hvor stor er - er det vanskelig å forstå hvorfor "summen av suction-effektene" kan være "betydelig". Konkurransetilsynet konklusjon kan vanskelig tolkes som annet enn at man på tross av de empiriske resultatene holder fast ved det man har "tidligere antatt." ⁷⁶

3.3.13 Agent-prinsipal-problematikk

Departementet la adskillig vekt på problemstillingen om at det er arbeidsgiver som betaler for reisen men den ansatte som velger flyselskap i Høringsnotatet. Konkurransetilsynet fastholder at denne "agent-prinsipal" problemstillingen fortsatt er til stede, men indikerer at den kan være mindre enn tidligere.

Etter SAS' oppfatning er det vanskelig å se at en slik problemstilling faktisk eksisterer og om så er tilfellet er det meget vanskelig å forstå at den skal danne grunnlag for noen regulering av en lovlig forretningsmodell på grunn av konkurransebegrensende effekter. Konkurransetilsynets spørreundersøkelse viser at 90% av spurte bedrifter tillater privat bruk av bonuspoeng og 80% har retningslinjer for bestilling av reiser hvor den overveldende del av disse krever at reiser skal skje på billigste måte. Spørsmålet er da hvorvidt muligheten til å opptjene bonuspoeng gjør at den ansatte bevisst bryter arbeidsgivers retningslinjer for reisebestilling.

Som beskrevet under pkt.3.3.1.1 ovenfor er poengverdien av den enkelte bonusreise beskjeden. Gevinsten ved overtredelsen er minimal og de arbeidsrettslige konsekvensene ved en bevisst overtredelse av et regelverk kan være betydelige. Det er derfor svært usannsynlig at ansatte vil bryte reisereglementet bevisst for å kunne ta ut flyreiser privat og det vet norske bedrifter – som heller ikke ser det nødvendig å overvåke de reisereglement som er innført.⁷⁷

Konkurransetilsynet og Steen & Sørgard legger derimot til grunn den motsatte forutsetning; at ansatte vil handle mot sin arbeidsgivers interesse med mindre det foreligger både kontrollrutiner og sanksjoner:

"Men når den enkelte person selv bestiller reisen, kan prinsipal-agent problemet elimineres kun dersom (i) retningslinjene legger føringer på den enkeltes bestilling og (ii) selskapet har kontrollrutiner som fanger opp eventuelle avvik fra retningslinjene og (iii) den enkelte ansatte risikerer sanksjoner dersom retningslinjene brytes." ⁷⁸

⁷⁶ Von der Fehr s. 22

⁷⁷ Questbacks undersøkelse for SAS, som referert av Von der Fehr note 25, s. 27: "I Questbacks undersøkelse referert ovenfor, oppnådde kategorien "Kontroll av ansattes opptjening og bruk av bonuspoeng" en gjennomsnittsscore på 2,39, mens medianen var 1; halvparten av de spurte anså altså dette som mindre viktig, og det var bare 8,6 prosent som ga dette elementet en score over 4 ("nøytralt")."

⁷⁸ Konkurransetilsynets innstilling pkt. 5.2.3 s. 46 som siterer Steen & Sørgard 201b s.7

Steen & Sørgard ser ut til å basere denne forutsetningen på amerikanske studier som viser at ansatte vil bryte arbeidsgivers retningslinjer. Disse er imidlertid over 20 år gamle (!) og det er ikke gjort noe forsøk på å innhente data om hvorvidt dette skjer – eller oppleves som noe problem i Norge. Konkurransetilsynets spørreundersøkelse angår kun innkjøpsrutiner og håndhevelse, ikke hvorvidt bedriftene faktisk opplever potensielle brudd på reisereglementet som et virkelig problem. Tilsynets innstilling går deretter igjennom utvalgte svar fra norske bedrifter og konstaterer at dels håndheves ikke retningslinjene og dels er det ikke mulig å håndheve dem fordi det er vanskelig å etterprøve den ansattes reisebeslutninger, men innstillingen kommenterer ikke Questbacks resultater utover å hevde at *”... resultatene viser at det er et stort samsvar mellom de to undersøkelsene.”*⁷⁹

Dette stemmer for såvidt, men det er interessant å se i hvilken grad dette datamaterialet åpner for ulike konklusjoner: Von der Fehr fastslår at *”Når de fleste arbeidsgivere har valgt ikke å begrense bruken av bonuspoeng – sammenholdt med det faktum at de har et meget bevisst forhold til de ansattes reisevirksomhet – kan det ikke tolkes på annen måte enn at de ikke anser dette som noe problem.”*⁸⁰ Mens tilsynets konklusjon er at fordi det ikke er mulig å forhindre et agent-prinspal-problem så må det eksistere et agent-prinspal-problem.

Diskusjonen ovenfor berører kun forholdet til poenguttak til private formål. Det kan imidlertid tenkes at ansatte vil ønske å kjøpe dyrere billetter for å oppnå eller beholde gullkort. Dette vil i så fall gjelde et lite antall reisende, jf. pkt.3.3.1.2.2 ovenfor. Dessuten kan det meget vel tenkes at en slik adferd vil være akseptert av arbeidsgiver, endog at det er en sammenfallende interesse i høyere servicenivå mellom bedriftene og den reisende. Questbacks undersøkelse ba bedriftene angi forskjellige elementers betydning for innkjøpspolicyen på en skala fra 1 (mindre viktig) til 7 (meget viktig). Bedriftene som svarte – med andre ord arbeidsgiverne – gav kategorien *”Fordelsprogrammets (Eurobonus) serviceelementer for å effektivisere reisen (lounge, fast track, ekstra bagasje, prioritert innsjekk, prioritert booking etc.)”* en score på 4,88; til sammenligning var scoren for pris 5,97, tidtabell 5,90 og total reisetid 5,77. Dette viser at bedriftene anser fordelsprogrammets serviceelement som svært viktig for ansatte som reiser mye og det er da heller ikke særlig oppsiktsvekkende at de er villig til å betale for det.

Oppsummeringsvis er det dermed vanskelig å se at Konkurransetilsynet har rett når de hevder at *”prinspal-agent problemet fortsatt er til stede hva angår kjøp av flybilletter for tjenestereise.”* Steen & Sørgard bygger sin forutsetning om at det foreligger et problem på 20 år gamle amerikanske studier. Questbacks undersøkelse viser derimot at norske bedrifter ikke anser dette som noe problem. Og Konkurransetilsynet konkluderer på dette grunnlaget med at det må være et problem fordi bedriftene ikke har effektive håndhevelses- og sanksjonsmekanismer mot en adferd som bedriftene dels ignorerer – risikoen for at privat poenguttak skal motivere bestilling av jobbreiser – og dels faktisk anser som positiv – reisekjøp for å sikre at de som reiser mye beholder et høyt servicenivå og en effektiv jobbreise, noe som er i både bedriftens og den reisendes interesse.

⁷⁹ Tilsynets innstilling note 57 på s. 46

⁸⁰ Von der Fehr s. 25

3.3.2 Konkurransetilsynets påstand om at Norwegian vil utkonkurreres fra tynne ruter på bonusprogrammenes kvalitet – og at dette utgjør et konkurranserettslig problem

3.3.2.1 Er konkurranse på kvalitet et problem for konkurransen i Norge?

Konkurransetilsynet hevder i innstillingen s. 40 at *"Dersom det derimot er asymmetri mellom selskapene, ved at ett selskap har et mer attraktivt bonusprogram enn konkurrenten, vil innføring av bonusprogram kunne medføre en forskyvning i markedsandeler."* Dette stemmer for så vidt og er årsaken til at enkelte flyselskap velger å konkurrere på å ha attraktive bonusprogram og dermed større tjenestenivå sammenlignet med andre flyselskap som velger å konkurrere bare på pris. Grunnen til at dette er et tema er dermed ikke at SAS kan komme til å utkonkurrere Norwegian ved hjelp av virkemidler som er helt normale ellers i verden. Grunnen er at departementet og tilsynet har bestemt seg for hvilke former for konkurranse som er akseptabelt i Norge:

"Dersom det igjen blir høve til å tilby opptening av bonuspoeng i norsk innanriks luftfart, vil det føre til redusert konkurranse og eit høgare prisnivå enn det som vi opplever i dagens marknad. Eit generelt forbod vil hjelpe til å verne konkurransen ved å leggje til rette for pris som den viktigaste konkurranseparameteren."⁸¹

Eksisterende forskrift har således definert priskonkurranse, i motsetning til kvalitetskonkurranse, som eneste akseptable konkurranseform i Norge. Det er således ikke oppsiktsvekkende at Konkurransetilsynet da bekymrer seg over at konkurranse på parametre som kvalitet, nettverk og reiseopplevelse skal kunne gjøre Norwegian ute av stand til å drive ren priskonkurranse langs enkelte ruter. Hvorvidt det vil være et problem for konkurransen er derimot mindre klart.

3.3.2.2 Teoretisk og empirisk grunnlag for Konkurransetilsynets problemstilling

Konkurransetilsynet har også fremsatt en teori om at konkurranse på bonusprogram kan medføre at det selskap som har dårligst bonusprogram vil forlate enkelte markeder fordi de blir utkonkurrert på det kundesegmentet som etterspør de dyreste billettene. Denne teorien er fullstendig ny og er ikke blitt behandlet hverken av Copenhagen Economics eller Steen & Sørsgard. Det er heller ikke så rart. Som Von der Fehr uttrykker det:

"Prinsipielt sett kan man ikke se bort fra en slik mulighet, men den finner ikke støtte i faglitteraturen, hverken den teoretiske eller empiriske. Såvidt vites har en slik effekt heller aldri vært demonstrert i praksis."⁸²

Spørsmålet om man kunne identifisere virkninger av en gjeninnføring av bonusprogrammene for henholdsvis Norwegian og SAS er blitt forsøkt testet av Steen & Sørsgard: *"Her er spørsmålet vi ønsker å belyse i hvilken grad et sterkt Eurobonusprogram på utland hjelper SAS til å beholde en høyere C-andel på utlandsrutene relativt til Norwegian."* Deres undersøkelser fant intet grunnlag for å trekke noen konklusjoner hva angår styrken på de respektive bonusprogram.⁸³ Med andre ord står vi igjen overfor et problem som ikke eksisterer i praksis eller i teorien, men som Konkurransetilsynet modellerer seg frem til på egen hånd.

⁸¹ Høringsnotatet pkt. 4.5 siste avsnitt.

⁸² Von der Fehr, s. 8

⁸³ Steen & Sørsgard 2011b s. 4

3.3.2.3 Nærmere om Konkurransetilsynets modell

Konkurransetilsynets teori om at selskap med svakere bonusprogram vil trekke seg ut av ruter som følge av at de taper konkurransen om forretningskundene er i utgangspunktet i strid med den generelle teorien som ligger til grunn for bonusforbudet: At bonusprogram medfører høyere lojalitet, mindre prisfølsomhet og dermed høyere priser på hver rute. For å kunne skape en situasjon hvor innføringen av bonusprogram blir bedriftsøkonomisk ulønnsomt for selskapene, må de dermed forutsette at lojalitetsvirkningen og dermed prisfølsomheten er asymmetrisk.⁸⁴

Som nevnt har ikke Steen & Sørgard greid å identifisere noen slik asymmetri i sine empiriske studier. Konkurransetilsynet legger imidlertid til grunn som en forutsetning for modellen at det eksisterer en slik asymmetri – og at den er stor. Som Von der Fehr uttrykker det:

"Når Konkurransetilsynet skal tallfeste virkningene i en numerisk modell, er usikkerheten og forbeholdet borte. Her forutsettes det nemlig at den direkte effekten er positiv for SAS og negativ for Norwegian, i den forstand at innføring av bonusprogrammer medfører at betalingsvilligheten for SAS' flyruter øker mens den faller for Norwegians. I tillegg ser man bort fra den omtalte strategiske effekten (lojalitetseffekten). Dermed er konklusjonen gitt: Norwegian taper på at det innføres bonusprogrammer, og selskapet kan derfor finne det lønnsomt å redusere antallet avganger, eventuelt trekke seg helt ut av den aktuelle ruten."⁸⁵

Von der Fehr har også vesentlige innvendinger til de numeriske inngangsverdier tilsynet anvender og den modell som benyttes. Hva angår inngangsverdiene stiller Von der Fehr spørsmål ved hvorvidt de overhodet kan anses som "forsiktige" estimater og begrensede simulerte endringer:

"Virkningene av at det innføres bonusprogrammer, analyseres i to ulike alternativer, der preferanseparameteren reduseres fra 0,75 til henholdsvis 0,5 og 0,3. Konkurransetilsynet skriver at "det første kan sees på som et forsiktig anslag på virkningene av bonusprogram ($d = 0,5$), mens det siste illustrerer et større skift i preferansen for SAS ($d = 0,3$)" (Konkurransetilsynet, 2012, s. 67). Det er vanskelig å se hvorfor en reduksjon fra 0,75 til 0,5 - altså med en tredjedel - skal anses som "forsiktig" (eller "svakt lojalitetsskapende virkning", som det heter et annet sted); tvertimot virker en slik reduksjon svært stor. Den innebærer at dersom SAS og Norwegian utvider bruken av sine bonusprogrammer også til innenriksrutene, så skulle etterspørselen rettet mot Norwegian falle med en tredjedel i de aktuelle passasjergruppene (i det andre analysealternativet blir etterspørselen mer enn halvert). Realismen i denne antagelsen er ikke underbygget på noen måte."⁸⁶

En annen sak er at den modellen som tilsynet anvender for simulering av effektene ved bonusprogram er blitt sterkt kritisert i teorien for å bygge på en foreldet teori for hvordan

⁸⁴ Innstillingen s. 62

⁸⁵ Von der Fehr s. 9

⁸⁶ Von der Fehr s. 10

konkurranse i luftfarten foregår. Den baserer seg også på at svært mange andre variabler er korrekt vurdert:

*"Modellen bygger i tillegg på en rekke spesielle forutsetninger om etterspørsel, kostnader og andre forhold, uten at det gis noen begrunnelse for hvorvidt disse forutsetningene er rimelige eller oppfylt i praksis. Parameterne i modellen er tallfestet ved såkalt kalibrering, en metode som går ut på å justere de forskjellige parameterne slik at modellen passer med de (gjennomsnittlige) faktiske forhold på ett bestemt tidspunkt. Som enhver som har benyttet seg av en slik metode vet, må det utøves betydelig grad av skjønn ved fastsettelsen av den enkelte parameter, og resultatet fremstår derfor i stor grad som tilfeldig (slik sett skiller metoden seg fundamentalt fra en statistisk eller økonometrisk regresjonsmetode, der parameterne beregnes med utgangspunkt i et stort datamateriale). Disse svakhetene er særlig alvorlige når man skal beregne kontrafaktiske scenarier som ligger utenfor den faktisk observerte virkelighet; man har ingen garanti for at en modell som utelukkende er tilpasset dagens markedssituasjon gir noen god beskrivelse av situasjonen under alternative og hypotetiske forutsetninger."*⁸⁷

Etter å ha gjennomgått en del av de andre forutsetningene for tilsynets analyse konkluderer derfor Von der Fehr som følger:

*"Som forklart ovenfor, er det Konkurransetilsynet omtaler som "en liten overvelting" resultatet av en meget stor endring i kundenes preferanser. Det som omtales som "at lønnsomheten ... forverres betraktelig", korresponderer til en reduksjon i ruteinntektene på 2,2 prosent (Konkurransetilsynet, 2012, s. 69, tabell 5). Til tross for at man har tatt godt i når det gjelder virkningen av bonusprogrammene, og til tross for at man har sett bort fra virkninger som trekker i motsatt retning, ender man altså opp med en tilnærmet nulleffekt. I det eksemplet Konkurransetilsynet ser på, er den beskjedne nedgangen i inntektene riktignok tilstrekkelig til å snu ruteregnskapet fra et overskudd til et underskudd, men det skyldes utelukkende at man har lagt til grunn at ruten i utgangspunktet går i tilnærmet null."*⁸⁸

Det foreligger dermed, igjen, hverken empirisk eller teoretisk belegg for at en innføring av bonusprogram skulle redusere konkurransen fra Norwegian på noen innenriksrute. Derimot kan det stilles spørsmål ved hvorvidt et slikt resultat – at Norwegian utkonkurreres på grunn av tjenestekvalitet på visse ruter – skulle utgjøre et problem for konkurransen på innenriksmarkedet overhodet.

3.4 Beskrivelse av hvorfor reguleringen diskriminerer direkte til fordel for Norwegian

Det sentrale poenget er at SAS ikke har anledning til å drive produktutvikling innenfor rammen av den forretningsmodell selskapet benytter internasjonalt. Dette skaper et dårligere tjenestetilbud til norske reisende, og begrenser *de facto* adgangen til innovasjon i markedet betydelig.

⁸⁷ Von der Fehr s. 12

⁸⁸ Von der Fehr s. 12

Dette står sentralt i SAS' argumentasjon, fordi norske forbrukere nektes tilgang til en produkt differensiering som er helt alminnelig i alle andre markeder. Dermed er konkurransebildet i Norge annerledes enn i alle andre land fordi selskaper som SAS ikke kan benytte sin internasjonalt foretrukne forretningsmodell. Dette skaper et reelt konkurranseproblem fordi markedet ikke får tilbudt et fullverdig produkt som til dels etterspørres sterkt av flere kundegrupper. I tillegg svekker det SAS' produkt og konkurransekraft.

SAS har dokumentert at konkurransen i dag ville kunne bli ytterligere forsterket dersom SAS kan tilby hele sitt produkt til de kunder og reisende som ønsker å benytte også et fullservicekonsept fremfor et rent punkt-til-punkt flyselskap med lavere servicegrad også i det norske markedet. Her er Eurobonus SAS' viktigste verktøy for å levere tjenestene til de kundene som ønsker dette, for å differensiere tjenestetilbudet samt for å kommunisere med kundene på en kostnadseffektiv måte. Det finnes ingen holdepunkter for å anta at det vil bli et redusert tilbud av lavprismilletter i markedet om Eurobonus gjeninnføres.

Realiteten i dag er at SAS' forretningsmodell undermineres samtidig som Norwegians understøttes. Dette er en uttrykt holdning i Konkurransetilsynets innstilling,⁸⁹ og gjentas uttrykkelig i departementets svar til ESA:

"Furthermore, participation in FFPs would be of less interest to low-cost airlines than to airlines traditionally offering FFPs. For low-cost airlines, participation in FFPs would involve additional costs and depart from their low-cost business concept."⁹⁰

Departementet viser her omsorg for lavprisselskapenes forretningsmodell, men har ingen interesse av hva forbudet gjør med fullserviceselskapenes forretningsmodell, hverken hva angår kvalitetsreduksjonen på det produkt som tilbys kundene eller reduksjonen i verdien og nytten av bonusprogrammet som virkemiddel for selskapene. Som vist ovenfor er det ingen hensyn i konkurransesituasjonen som rettferdiggjør slik direkte ulovlig diskriminering.

4. DET JURIDISKE GRUNNLAGET FOR REGULERINGEN

4.1 Har forbudet mot fordelsprogrammer hjemmel i konkurranseloven?

4.1.1 Innledning

Konkurransetilsynet redegjør i notat til FAD av 3.2.2012, vedlagt innstillingen, for hvorfor Konkurransetilsynet mener at vilkårene etter § 14 fortsatt er oppfylt. Konkurransetilsynets konklusjon, som går ut på at "vilkårene i konkurranseloven § 14 for å videreføre bonusforskriften fortsatt er oppfylt, idet både konkurransebegrensningskriteriet, formålskriteriet og nødvendighetskriteriet anses oppfylt", er imidlertid ikke korrekt.

Det er FAD som det forvaltningsorgan som er tillagt kompetanse til å gi forskrift etter § 14 som på selvstendig grunnlag må vurdere og avgjøre om vilkårene for å videreføre

⁸⁹ Se innstillingens s. 62 hvor det klart fremgår at "Det siste skyldes at Norwegian står overfor en konkurrent med et mer attraktivt produkt" og at tilsynet derfor legger til grunn at Norwegian vil miste kunder i forretningssegmentet hvis bonusprogrammene gjeninnføres.

⁹⁰ Brev fra FAD til ESA av 12.03.09

Bonusforskriften slik Konkurransetilsynet foreslår er oppfylt. FAD har ikke kompetanse til å videreføre en forskrift dersom vilkårene i § 14 ikke er oppfylt, og plikter å oppheve bonusforskriften i sin helhet om bonusprogrammer som forskriften forbyr ikke begrenser konkurransen. Dersom FAD viderefører en forskrift uten at vilkårene i § 14 er oppfylt vil forskriften være ugyldig.

I det videre vil vi vise at verken konkurransebegrensningskriteriet eller nødvendighetskriteriet er oppfylt. Da bonusprogrammer etter SAS oppfatning ikke begrenser konkurransen er det ikke nødvendig å drøfte om det foreligger en konkurransebegrensning i strid med konkurranselovens formål. Det bemerkes allikevel at det ikke er opptil til en eventuell forskrifts adressater å godtgjøre at den atferd en forskrift regulerer medfører effektivitetsgevinster, noe Konkurransetilsynet synes å legge til grunn på s. 12. Det er FAD som må godtgjøre at den atferd som omfattes av en forskrift samlet sett har virkninger som gjør det nødvendig å regulere atferden gjennom forskrift.

Konkurransetilsynet argumenterer for at FAD har en skjønnsmargin ved vurderingen av om de materielle kompetansevilkårene i § 14 er oppfylt, jf. s. 14-15. Konkurransetilsynets drøftelse er lite treffende.

Som det påpekes i NOU 2012:7 på s. 158 er det *"... relativt snevre rammer for anvendelsen av forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14"*. De materielle vilkår i § 14 for at forskrift skal kunne gis, er ikke, slik Konkurransetilsynet hevder, *"... angitt gjennom relativt skjønnspregede vurderingstemaer"*. Tvert i mot: rammen er *snever*. Således er det grunnleggende kriterium i § 14, at det må foreligge atferd som begrenser konkurransen i strid med lovens formål, ikke mer uklart at enn det konkurransebegrensningskriterium som finnes i lovens § 10, § 11 og § 16.

Det er gjennom langvarig praksis angitt klare retningslinjer for hvordan den konkurranserettslige vurdering av en atferds virkninger på konkurransen og ressursbruken skal foretas. I vurderingen skal det fokuseres på en atferds virkninger, noe som gir et svært snevert rom for utøvelse av skjønn. Nødvendighetsvurderingen er heller ikke en skjønnsmessig vurdering. Det må vises at en forskrift er et egnet og proporsjonalt virkemiddel for å regulere konkrete, konkurranseeskadelige virkninger som det eventuelt påpekes at en atferd har. Også denne vurderingen vil være av konkret karakter, og gi begrenset rom for skjønnsutøvelse.

Konkurransetilsynets vurdering *"... tar som utgangspunkt at forskriftshjemmelen i konkurranseloven § 14 ikke strider mot for eksempel EØS-avtalens art. 36 eller annen relevant EØS-lovgivning"*. Med dette lar Konkurransetilsynet være å drøfte en sentral faktor som begrenser kompetansen etter § 14. Det følger uttrykkelig av konkurranseloven § 15, gjennom henvisningen til EØS-konkurranselovens § 7, at forskrift etter § 14 ikke lovlig kan forby atferd som er tillatt etter EØS-lovens artikkel 53. Dette vil bli nærmere vurdert nedenfor. I tillegg må forholdet til EØS-avtalens artikkel 36 vurderes av FAD i lys av de empiriske undersøkelser som nå faktisk foreligger.

4.1.2 Konkurransbegrensningsvurderingen

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er bonusprogrammer i luftfarten generelt egnet til å ha konkurransebegrensende virkninger. Konkurransetilsynet anser det allikevel ikke nødvendig å opprettholde forbudet mot bonusprogrammer på de rutene mellom Oslo

lufthavns Gardermoen og destinasjonene Bergen lufthavn Flesland, Stavanger lufthavn Sola og Trondheim lufthavn Værnes.

SAS er av den oppfatning at bonusprogrammer ikke er egnet til å begrense konkurransen, og at det heller ikke kan påvises at bonusprogrammer har ført til begrenset konkurranse på andre ruter enn de tre Konkurransetilsynet foreslår å unnta fra forbudet mot bonusprogrammer. Som det er redegjort for ovenfor gir Konkurransetilsynets analyser ikke holdepunkter for at bonusprogrammer vil ha negativ virkning på konkurransen. Dette gjelder både i forhold til forretningskunder og i forhold til privatkunder

Det foreligger derfor, basert på en vurdering av bonusprogrammets virkninger på konkurransen, ikke hjemmel etter konkurranseloven § 14 til å videreføre forskriften.

Konkurransetilsynet drøfter i notatets punkt 2.2 om det i tilknytning til konkurransebegrensningsvilkåret i § 14 kan oppstilles et merkbarhetskrav. Det er mulig Konkurransetilsynet anser at virkningene tilsynet argumenterer for at bonusprogram vil kunne ha på konkurransen vil kunne være så små at spørsmålet om det kan oppstilles et merkbarhetskrav reiser seg. Uavhengig av om det kan oppstilles et merkbarhetskrav under konkurransebegrensningsvilkåret vil det være relevant under nødvendighetsvurderingen å ta i betraktning markedsvirkningenes omfang. Dersom virkningene på konkurransen er bagatellmessige vil et inngrep i markedet gjennom en forskrift neppe anses "nødvendig". En sentral begrunnelse for at Bonusforskriften ikke skal videreføres på de ruter som foreslås unntatt, er således at forbudet "... ikke bør videreføres på den del av markedet hvor den konkurransebegrensende effekten av bonusprogrammer antas å være liten", se s. 13.

4.1.3 EØS-avtalens artikkel 53 som kompetanseskranke

EØS-avtalen vil begrense forskriftskompetansen etter § 14 generelt, og i forhold til en videreføring av bonusforskriften spesielt. Dette fremgår også av konkurranseloven § 15 gjennom bestemmelsens henvisning til EØS-konkurranseloven § 7.

Det følger av EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd at når både EØS-avtalens artikkel 53 og 54 og krrl. §§ 10 og 11 kommer til anvendelse på det samme forholdet, legger EØS-avtalen begrensninger på hvordan konkurranseloven kan anvendes i saken. I slike tilfelle innebærer artikkel 53 en totalharmonisering av reguleringen av konkurransebegrensende samarbeid. Ved vurderingen av konkurransebegrensende samarbeid skal resultatet være det samme etter konkurranseloven og artikkel 53. En forskrift kan således ikke forby samarbeid som ikke begrenser konkurransen i strid med EØS-avtalens artikkel 53(1), eller som begrenser konkurransen i strid med artikkel 53(1) men oppfyller vilkårene i artikkel 53(3), eventuelt omfattes av et gruppefritak gitt etter artikkel 53(3). Derimot vil det etter EØS-konkurranseloven § 7, jf. konkurranselovens § 15, ikke være noe til hinder for at forbudet i EØS-avtalens artikkel 54 ved forskrift utvides til å omfatte tiltak utført av foretak som ikke er dominerende.

Forskrifter etter § 14 vil, etter dette, i praksis måtte være rettet mot ensidige tiltak iverksatt av foretak som ikke er dominerende. Dette innebærer allikevel ikke at tiltak som vil kunne være et misbruk etter krrl. § 11 dersom tiltaket er iverksatt av et dominerende foretak, i alle

tilfelle kan reguleres uhindret av EØS-konkurranseloven § 7. Det følger av sikker rettspraksis at § 10 og § 11 kan komme til anvendelse på samme forhold.⁹¹

Konkurransetilsynet har i brev av 17.2.2011 til FAD vurdert forholdet mellom bonusforskriften og Norges EØS-rettslige forpliktelser. Konkurransetilsynet foretar en analyse av om bonusprogrammer er ensidig atferd og kommer til at det er tilfelle. Dette fordi:

"Et bonusprogram kan innføres av et foretak på egenhånd, uten at foretaket er avhengig av andre aktørers medvirkning. Innføringen av et bonusprogram skiller seg således fra andre tiltak som et foretak ønsker å gjennomføre, hvor det er avhengig av andres medvirkning. Et flyselskap trenger ikke sine kunders medvirkning for å gi disse opptjening av bonuspoeng per bestilte reise. Det at en bonusordning tilbys gjennom avtaler med kundene endrer ikke tiltakets ensidige karakter. Det er ikke avtalene som sådan som forbys etter forskriften, men foretakets valg om å innføre og tilby en bonusordning. Dette valget må anses som en ensidig atferd/beslutning."

Bonusprogrammer baserer seg på en privatrettslig avtale mellom flyselskap og kunder. Konkurransetilsynets syn om at valget om å tilby et gode må ses atskilt i forhold avtalekriteriet i EØS-avtalens artikkel 53 har ikke holdepunkter i praksis, og innebærer en tolkning av avtalekriteriet som atskiller seg fra Kommisjonens tolkning av det tilsvarende kriteriet i TEUF artikkel 101. Dette fremgår av Kommisjonens tolkning av begrepet "vertikale avtaler" i gruppefritaket for vertikale avtaler, Kommisjonsforordning 330/2010, artikkel 1(1)(a). I *Retningslinjene for vertikale avtaler* avsnitt 25 drøfter Kommisjonen forholdet mellom avtalebegrepet og ensidig atferd:

"Gruppefritagelsesforordningen finder anvendelse på aftaler og samordnet praksis. Den finder ikke anvendelse på virksomheders ensidige adfærd. En sådan ensidig adfærd kan falde ind under artikel 102, der indeholder forbud mod misbrug af dominerende stilling. For at der er tale om en aftale efter artikel 101, er det tilstrækkeligt, at parterne har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde. Det er uden betydning, i hvilken form denne hensigt er udtrykt, når bare formen loyalt gengiver parternes hensigt. Hvis der ikke foreligger nogen udtrykkelig aftale, som afspejler en samstemmende vilje, er det Kommissionen, der skal bevise, at den ene parts ensidige handlemåde foregår med den anden parts samtykke."

Som det fremgår av retningslinjene anser Kommisjonen det tilstrekkelig for at det foreligger en vertikal avtale som omfattes av gruppefritaket, og dermed artikkel 101, at det har kommet til uttrykk en felles vilje mellom partene. Et bonusprogram kan ikke gjennomføres uten en uttrykkelig avtale mellom partene, og vil således være et tiltak som uten tvil tilfredsstiller avtalekriteriet i artikkel 53.

⁹¹ Se sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, Sml. 1979 s. 461 premiss 116 og sak 66/86 *Ahmed Saeed Flugreisen mot Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, Sml. 1989 s. 803 premissene 37 og 38 og sakene C-395 og 396/96 *P Compagnie Maritime Belge mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-1365, premiss 33. Se også Kommisjonens *Retningslinjer for vertikale avtaler* avsnitt 127.

Konkurransetilsynet tar feilaktig EU-domstolens avgjørelse i sakene C-2 og 3/01 *P Kommisjonen mot Bayer AG* til støtte for sitt syn. Dette fordi EU-domstole i dommens premiss 101 beskrev ensidig atferd som atferd "der kan gjennomføres uten den andens hjelp". Ser man uttalelsen i sin kontekst fremgår det klart at passusen ikke kan gis den betydning Konkurransetilsynet gir den.

Et sentralt spørsmål i *Kommisjonen mot Bayer AG* var om et eksportforbud pålagt av leverandøren i et distribusjonsforhold var omfattet av avtalebegrepet i TFEU artikkel 101, jf. EØS-avtalens artikkel 53. Det var ikke tvil om at det var etablert en distribusjonsavtale mellom partene. Eksportforbudet var ikke nedfelt i den opprinnelige avtale, men var introdusert av leverandøren i det løpende avtaleforholdet. Spørsmålet var om distributørene hadde akseptert eksportforbudet som en del av avtalen, eller om det var påtvunget ensidig fra leverandørens side. Da distributørene hadde møtt pålegget om eksportforbud med en rekke "mottiltak", fant EU-domstolen at eksportforbudet ikke var en del av en samforstand mellom partene og således ikke en del av avtaleforholdet mellom partene.

Når det gjelder den uttalelse Konkurransetilsynet siterer og tar til inntekt for at begrepet "ensidig atferd" er avgjørende for tolkningen av avtalekriteriet, så relaterte dette seg til at det må etableres en felles vilje mellom to parter for at det skal foreligge en "avtale" i artikkel 1901s forstand:

"En sådan aftale kan imidlertid ikke bygge på noget, som blot er udtryk for den ene af de kontraherende parter ensidige politik, der kan gennemføres uden den andens hjælp. Såfremt en ensidigt tilkendegivet politik om at hindre parallelimport ville kunne udgøre en ulovlig aftale i henhold til traktatens artikel [101], stk. 1, ville dette medføre en sammenblanding af anvendelsesområdet for henholdsvis denne bestemmelse og traktatens artikel [102].

For at en aftale i traktatens artikel [101], stk. 1's forstand kan anses for indgået gennem stiltiende accept, er det nødvendigt, at den af den ene kontraherende part udtrykte vilje vedrørende et konkurrencebegrænsende formål udgør en udtrykkelig eller stiltiende opfordring til den anden part om sammen at gennemføre dette formål, hvilket i særlig grad gælder en aftale, der, således som i det foreliggende tilfælde, ikke umiddelbart er i den anden parts, dvs. grossisternes, interesse."

Da det ikke kunne etableres at eksportforbudet formelt eller reelt, gjennom stiltiende aksept, var akseptert av distributørene, forelå det ikke en avtale. Å regulere ensidige tiltak under artikkel 101 ville føre til en sammenblanding mellom anvendelsesområdet til forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og forbudet mot misbruk av en dominerende markedsstilling. At en ensidig atferd som ikke er akseptert, men påtvunget, en annen part i et avtaleforhold ikke er en del av avtaleforholdet var klart også for EU-domstolens avgjørelse i *Kommisjonen mot Bayer AG*. Det EU-domstolen ikke uttalte seg om i saken var om et misbruk som implementeres gjennom avtale, for eksempel en urimelig høy pris eller en eksklusivitetsforpliktelse, kan rammes av både artikkel 101 og artikkel 102 uttalte EU-domstolen seg ikke om. Det følger som vent av sikker rettspraksis at et tiltak som er implementert gjennom avtale både kan rammes av artikkel 101 og artikkel 102. Dette reflekteres også i teorien, se for eksempel *Jones/Sufrin*: EU Competition Law s. 703 vedrørende vertikale avtaler:

"Where the supplier has a market share approaching 40 per cent a finding of dominance within the meaning of Article 102 is possible. In such cases, it should be considered whether provisions within a vertical agreement, such as clauses imposing unfair or discriminatory selling prices, exclusive purchasing commitments or non-compete provisions, tying provisions, or granting discounts and rebates to purchasers, may infringe Article 102 as well as Article 101." (Vår understrekning.)

Konkurransetilsynet synes å basere sin analyse av grensen mellom avtaler og ensidig atferd på at et tiltak enten faller inn under forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid eller forbudet mot misbruk av en dominerende markedsstilling. Således uttaler Konkurransetilsynet at:

"En forståelse av grensen mellom ensidig atferd og avtaler som innebærer at en regulering av et foretaks beslutning om å innføre en bonusordning, ble ansett som en regulering av avtalene med selskapenes kunder, vil føre til at grensen mellom avtaler og ensidig atferd ville vært tilnærmet uten betydning. Et foretak som får sin ensidige atferd regulert kan allikevel hevde at en slik regulering er en begrensning i deres avtalefrihet når det skal inngå avtaler med andre foretak, og dermed et forbud mot en avtale med et bestemt innhold. Begrepet ensidig atferd ville i så fall ha blitt så godt som uten betydning."

Synspunktet må basere seg på en misforståelse vedrørende "arbeidsdelingen" mellom artikkel 53 og artikkel 54, og mellom § 10 og § 11. Som nevnt er det sikker rett at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid og forbudet mot misbruk av dominerende markedsstilling kan komme til anvendelse på samme forhold. Karakteristikken "ensidig" er således ikke avgjørende for om artikkel 54 kan anvendes, da bestemmelsen også kommer til anvendelse der misbruk implementeres gjennom avtale. Ekaterina Rousseva: *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law* s. 441 uttrykker dette slik:

"[D]isputes about the qualification of the practice as a "unilateral act" or an "agreement" have never arisen in the context of Article [102]. This is understandable. Unlike in the case of Article [101], where the qualification "agreement" or "unilateral act" is crucial for the application of the provision, under Article [102] the qualification of the transaction or conduct does not exclude a priori the application of Article [102]. If the conduct is not found to be linked to an agreement, it could still obviously be an abusive unilateral act of a dominant undertaking. It seems that, whenever it is sufficient evidence that one of the parties holds a dominant position, the allegation is brought under Article [102] (either exclusively or as an additional or alternative claim) because, in such a case, regardless of whether the conduct qualifies as a unilateral act or as an agreement, Article [102] bites".

Når Konkurransetilsynet anfører som støtte for sin tolkning av bonusprogrammer at en annen tolkning ville ha ført til "[b]egrepet ensidig atferd ville da i så godt som uten betydning", så har Konkurransetilsynet oversett at begrepet ikke har noen betydning for fastsettelsen av anvendelsesområdet til artikkel 53 og 54. Det er heller ikke slik at bestemmelsene har eksklusive anvendelsesområder. Begge bestemmelsene kan anvendes på samme forhold.

Dersom begrepet "ensidig atferd" gis betydning ved fastleggelsen av anvendelsesområdet til § 10 og § 11, og det foretas en oppsplitting av de avtalekonstituerende elementene tilbud og aksept i en konkurranserettslig kontekst, vil dette åpne for en regulering av avtaler i strid med EØS-konkurranseloven § 7 under påskudd av at det kun er "tilbud" som ensidig atferd som reguleres. Dette har ingen støtte i EØS-avtalens konkurranseregler.

Dette innebærer at der et flyselskap inngår avtaler med en bedrift om at bedriften skal være med i et bonusprogram og at ansatte opptjener bonuspoeng på forretningsreiser, vil artikkel 53 være anvendelig på avtalen. Den enkelte avtale vil normalt ikke påvirke konkurransen merkbart, men om det i markedet finnes nettverk av likeartede avtaler som binder kundene til flyselskaper må det foretas en kumulativ virkningsanalyse etter de retningslinjer EFTA-domstolen og EU-Domstolen har trukket opp i sak E-7/01 *Hegelstad mot Hydro Texaco*, sak 23/67 *Brasserie de Haecht*, sak C-234/89 *Delimitis* og sak C-214/99 *Neste Markkioninti*. Dersom den samlede effekt av alle bonusavtaler er at konkurransen påvirkes merkbart vil artikkel 53 komme til anvendelse. Viser en analyse at bonusprogrammer ikke er egnet til å ha en negativ innvirkning på konkurransen, følger det av EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd at slike avtaler ikke kan forbys med hjemmel i konkurranseloven § 14. Et flyselskap kan uhindret av § 14 tilby, og få aksept for, avtaler om bonusprogrammer som ikke er i strid med artikkel 53.

Det følger av analysen av de konkurransemessige virkningene av bonusprogrammer at det ikke kan etableres at disse har virkninger som bringer avtaler om bonusprogrammer innenfor artikkel 53. Bonusforskriften kan som følge av dette ikke håndheves i forhold til avtaler mellom flyselskaper og kunder som er foretak.

EØS-avtalens artikkel 53 kommer ikke til anvendelse på avtaler mellom flyselskaper og privatpersoner, da disse ikke er "foretak". Derimot vil vilkår i avtaler mellom dominerende foretak og privatpersoner omfattes av anvendelsesområdet til artikkel 54, da denne bestemmelsen ikke stiller som vilkår at et dominerende foretak må agere overfor "foretak", se også Kommisjonenens *Retningslinjer for vertikale avtaler* avsnitt 25 b).

"Aftalen eller den samordnede praksis skal bestå mellem to eller flere virksomheder. Vertikale aftaler med endelige forbrugere, der ikke driver erhvervsvirksomhed, er ikke omfattet af gruppefritagelsen. Generelt falder aftaler med endelige forbrugere ikke ind under artikel 101, stk. 1, idet artiklen kun finder anvendelse på aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder. Dette er ikke til hinder for, at traktatens artikel 102 kan finde anvendelse."

Konkurranseloven § 14 stiller heller ikke som vilkår at det må foreligge en relasjon mellom foretak som begrenser konkurransen. Konkurranseloven § 14 vil derfor uhindret av EØS-konkurranseloven § 7 annet ledd kunne regulere "vilkår, avtaler og handlinger" overfor sluttbrukere implementert av ikke-dominerende foretak. Dette vil allikevel bare kunne skje om det kan vises at de aktuelle tiltak kan begrense konkurransen i markedet. Det er tidligere vist at bonusprogrammer rettet mot privatpersoner ikke påvirker konkurransen negativt, slik at de materielle vilkårene i § 14 uansett ikke vil være oppfylt overfor denne kategorien bonusprogrammer.

4.1.4 Nødvendighetskriteriet

Det følger av § 14 at forskrift kun kan gis i tilfelle der dette "... er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene". I dette ligger for det første at forskrift må være et egnet virkemiddel til å fremme konkurransen. Dersom det samme kan oppnås gjennom en anvendelse av § 10 og § 11 vil vilkårene for å gi forskrift etter § 14 ikke være til stede. For det andre må det inngrep en forskrift representerer stå i forhold til den konkurransebegrensende virkning de aktuelle tiltak har. Det må m.a.o. være proporsjonalitet mellom forskriftsreguleringen og den konkurransebegrensende virkning som skal avbøtes.

Konkurransetilsynet drøfter i notat av 3.2.2012 avsnitt 2.5 om et generelt, forvaltningsrettslig forholdsmessighetsprinsipp vil være relevant ved utøvelsen av forskriftskompetansen etter § 14. Drøftelsen synes overflødig. Som Konkurransetilsynet selv påpeker vil det som et ledd i nødvendighetsvurderingen måtte foretas en forholdsmessighets- eller proporsjonalitetsvurdering.

Det følger av § 14 at inngrep gjennom forskrift må være nødvendig for å "fremme" konkurransen. Nødvendighetsvurderingen vil således være en virkningsbasert vurdering. Nødvendighetskriteriet må ses i forhold til de konkurransebegrensende virkningene av de tiltak som skal reguleres. Dette gjelder både i forhold til hvilke virkemidler som velges i en forskrift, og hvor vidtrekkende de er.

Som redegjort for i forrige avsnitt er det kun bonusprogrammer rettet mot sluttbrukere som vil kunne være gjenstand for regulering etter bonusforskriften. Selv om Konkurransetilsynets virkningsanalyse skulle legges til grunn fremstår de konkurransebegrensende virkningene av bonusprogrammer rettet mot privatpersoner å ha svært begrensede, negative virkninger på konkurransen, om noen. En videreføring av bonusforskriften selv med de unntak Konkurransetilsynet foreslår, fremstår som et klart uproporsjonalt virkemiddel for å regulere de virkninger slike bonusprogrammer har på konkurransen. I dagens marked fremstår en forskriftsregulering av slike bonusprogrammer som konkurransehemmende og ikke konkurransefremmende.

Sett på bakgrunn av det reguleringsrom FAD har etter krl. § 14, jf. § 15, og den bagatellmessige virkning bonusprogrammer innenfor reguleringsrommet i verste fall har på konkurransen, vil en videreføring av bonusprogrammet ikke tilfredsstille nødvendighetskriteriet i § 14.

4.2 Er forbudet i strid med EØS-avtalens artikkel 36?

Analysen av EØS-spørsmålet skal ikke gjentas i dybden her. Poenget er at EØS-artikkel 36 inneholder et forbud mot nasjonale restriksjoner på å yte tjenester innenfor EØS. Slike restriksjoner er bare tillatt dersom det foreligger allmenne hensyn som rettferdiggjør restriksjonen, og som er legitime, egnede og nødvendige for å oppnå det siktemål myndighetene har satt seg ved reguleringen.

Etter de empiriske studier som nå foreligger er det åpenbart at reguleringen ikke er egnet, og langt mindre nødvendig etter en korrekt gjennomføring av EØS-rettens proporsjonalitetstest. SAS går ikke i dybden på dette spørsmålet her, men viser til

omfatende korrespondanse om tematikken med departementet og ESA. Konklusjonen er at Bonusforskriften ikke lovlig kan opprettholdes, jf. forrangsprinsippet som er nedfelt i EØS-lovens § 2. Statens regulering er derfor, allerede i dag, en ulovlig restriksjon som ikke kan opprettholdes.

4.3 Er forbudet i strid med harmonisert EØS-rett?

Partene har hatt en relativt omfattende skriftlig meningsutveksling rundt det faktum at Bonusforskriften ikke er forenlig med Direktiv 2005/29, som gjennomført i norsk rett ved den revisjon av markedsføringsloven som trådte i kraft sommeren 2009. Departementet bestrider dette, og hevder at bonuspoeng er å anse som kontraktsbestemmelser og dermed ikke er omfattet av direktivet, samtidig hevdes det at direktivets anvendelsesområde kun dekker forbrukernes økonomiske interesser. Bonusforskriften er å anse som en markedsregulerende forskrift og faller utenfor direktivets anvendelsesområde også på det grunnlag.⁹²

SAS har innhentet en vurdering fra en tidligere dommer ved EU-domstolen og professor ved universitetet i Edinburgh, Sir David Edward, som i tillegg til å konstatere at bonusforskriften strider mot EØS Art. 36 også finner at den strider mot Direktiv 2005/29 av følgende grunner:

1. Direktivet er et totalharmoniseringsdirektiv og praksis konstaterer at det har et svært vidt anvendelsesområde⁹³
2. Direktivet dekker forretningspraksis som skader forbrukernes økonomiske interesser og fortalens §6 unntar kun forretningspraksis som utelukkende skader konkurrentenes økonomiske interesser fra direktivets anvendelsesområde. Forretningspraksis som påvirker både forbrukere og konkurrenter vil derfor falle under direktivet.⁹⁴
3. I det Høringsnotatet viser at bonusprogrammenes innflytelse og påvirkning på kundene har vært sentralt både i vurderingen av om forbud skal innføres og forbudets utstrekning, er forskriften åpenbart ment å ramme en praksis som påvirker både forbrukeradferd og konkurrenter. Og da gjelder direktivet.⁹⁵
4. Når forskriften innfører et generelt forbud mot en forretningspraksis delvis rettet mot forbruker som ikke er på den generelle forbudslisten i direktivets Anneks 1 og uten å gjennomføre den formen for individuell vurdering som kreves for å anse praksisen som "urimelig" etter direktivet, strider forskriften mot Direktiv 2005/29.

⁹² FADs brev til ESA av 2. mars 2011

⁹³ Edward §§30-33 med henvisning til C-540/08Mediaprint

⁹⁴ Edward §§34-39 med henvisning blant annet til C-261/07 VTB/VAB-Total, C-522/09 Telekomunikacja Polska og C-540/08Mediaprint

⁹⁵ Edward §§40-48

5. KONKURRANSETILSYNETS INNSTILLING MEDFØRER AT FAD VIL OPPRETTHOLDE EN FORSKRIFT SOM IKKE HAR HJEMMELSGRUNNLAG, IKKE ER LOVLIG OG IKKE KAN HÅNDHEVES

5.1 Utgangspunkt

Som det fremgår av drøftelsene ovenfor vil departementet, dersom man følger Konkurransetilsynets innstilling, måtte anses for å ha foretatt en ny vurdering av bonusforskriftens lovlighet. Departementet vil da være ansvarlig for å ha opprettholdt et forbud som er i strid med EØS-avtalens Art. 36, totalharmoniseringsregelen i Direktiv 2005/29 og som heller ikke har noen virkning i følge de økonomiske utredninger som Konkurransetilsynet selv viser til.

Det faktum at forskriften er i strid med EØS-retten medfører at departementet har en plikt til å oppheve den så langt motstriden gjelder. Oppheve opptjeningsforbudet på de tre største byparene vil ikke være tilstrekkelig til å fjerne motstriden.

Videre vil det faktum at de mest inngående og grundige studier som er foretatt av norsk innenriks luftfart ikke har greid å avdekke noen påviselig empirisk virkning av bonusprogram medføre at departementet heller ikke har hjemmel i konkurranselovens §14 for å opprettholde forskriften utenom disse byparene.

Endelig vil forholdet til konkurranselovens §15 og EØS-avtalens Art. 53 medføre at forskriften heller ikke har hjemmel etter norsk konkurranselov, korrekt tolket.

Som det vil fremgå av fremstillingen nedenfor er derfor SAS i sin fulle rett dersom man nå gjeninnfører Eurobonus på norsk innenriks. Det er også høyst tvilsomt om Konkurransetilsynet vil være i stand til å lovlig gripe inn dersom SAS velger å gjeninnføre Eurobonus på hele innenriksmarkedet. Departementet bør derfor nå sørge for å oppheve et forbud som mangler såvel hjemmel som håndhevelsesadgang.

5.2 SAS handlingsalternativer dersom Konkurransetilsynets innstilling opprettholdes

5.2.1 SAS kan innføre fordelsprogrammer som del av sine bedriftskundeavtaler uten å være i strid med norsk konkurranselov.

Dersom SAS velger å innføre Eurobonus som en del av avtalen vil de ansattes rett til å tjene opp EuroBonuspoeng og nyte godt av det forbedrede servicenivået springe direkte ut av bedriftsavtalen. Inngåelsen av avtalen er dermed en forutsetning for at fordelsprogrammet kommer til anvendelse. Bedriftene velger selv om de ønsker EuroBonus for sine ansatte. Inngåelse av avtalen er frivillig for bedriftene, og et tilbud fra SAS for å forbedre servicenivået til bedriftskundene.

En eventuell påstått konkurransebegrensende effekt springer dermed ut av avtaleforholdet. Avtalene vil falle innenfor EØS-avtalens artikkel 53s virkeområde og norsk konkurranselov er dermed uanvendelig, jf. krrl. § 15 sammenholdt med EØS-krrl. § 7 annet ledd som lyder:

"Anvendelsen av norsk konkurranselovgivning må ikke føre til forbud mot avtaler (...) som kan påvirke samhandelen mellom EØS-statene, men som ikke begrenser konkurransen som omtalt i EØS-avtalen artikkel 53 nr. 1, eller som oppfyller vilkårene etter EØS-avtalen artikkel 53 nr. 3 (...)"

Avtalene vil være landsdekkende og kunne kobles mot resten av Star Alliances flyselskaper. De vil derfor ha virkning innenfor en vesentlig del av EØS-området. EuroBonus rammes åpenbart ikke av EØS-avtalen artikkel 53, jf. fremstillingen i pkt.2.2 ovenfor som viser at de eneste situasjonene hvor bonusprogram har vært vurdert etter konkurransen i noe annet land enn i Norge, har spørsmålet vært om de har kunnet utgjøre en del av en misbruksadferd, altså overtredelse av Art. 54.

Velger SAS dermed å innføre Eurobonus i bedriftskundeavtalene vil den alt vesentlige delen av forskriftens anvendelsesområde *de facto* bortfalle. Det er også helt klart fra Konkurransetilsynets innstilling at det er virkningene på forretningskundene som tilsynet er opptatt av, all den tid "suction-effekter" og "agent-prinsippal-problematikk" ikke er tilstedeværende for fritidsreisende.

Tilsynets innstilling har ikke vurdert hva som kan skje dersom forskriften faller bort for forretningsreisende og høringsuttalelsene vil dermed heller ikke ta høyde for dette alternativet.

- 5.2.2 SAS kan gjeninnføre fordelsprogrammer generelt med hjemmel i EØS-avtalens rett til å tilby tjenester etter Art. 36

Det alminnelige forrangsprinsippet i EØS-rettens §2 vil gi SAS anledning til å innføre Eurobonus også for fritidsreisende i det bonusforskriften ikke vil kunne anvendes i strid med EØS-retten.

Dette er blitt diskutert ved gjentatte anledninger og vi henviser til det som tidligere er sagt i saken.

5.3 **Gjeninnfører SAS fordelsprogrammer vil Konkurransetilsynet være avskåret fra å håndheve forskriften etter EØS-avtalen**

- 5.3.1 Tilsynets sanksjonsadgang etter konkurranseloven viker for EØS-lovens forrangsprinsipp EØS-retten er til hinder for at Konkurransetilsynet anvender nasjonal lov som går på tvers av enhver EØS-rettslig forpliktelse. Dette gjelder selvsagt uavhengig av hvorvidt de EØS-rettslige rettighetene utledes av EØS-konkurransegelene eller andre EØS-regler med direkte virkning. Forrangsprinsippet i EØS-loven § 2⁹⁶ samt lojalitetsplikten som er nedfelt i EØS-avtalens artikkel 3 forplikter tilsynet fullt ut til å tilside sette forskriften og sanksjonsbestemmelsene i konkurranseloven på basis av "den generelle" EØS-retten.

Det alminnelige forrangsprinsippet i EU- og EØS-retten innebærer en allmenn plikt for alle offentlige institusjoner til å sikre at nasjonale bestemmelser ikke hindrer den *effektive*

⁹⁶ Jf. også EØS-avtalens protokoll 35

anvendelsen av EØS-retten, og herunder - om nødvendig - å tilsidesette nasjonale tiltak ("foranstaltninger") som måtte hindre slik effektiv anvendelse.

Dette er en EØS-rettslig standard som tilsynet ikke lovlig kan tilsidesette.

Plikten til å unnlate å anvende nasjonal lovgivning som strider mot fellesskapsretten har lenge eksistert som et førende EU- og EØS-rettslig prinsipp og ble fastslått allerede i Domstolens dom av 13. juli 1972 i sak 48/71 *Kommisjonen mot Italia*:

"Since it is a question of a directly applicable Community rule, the argument that the infringement can be terminated only by the adoption of measures constitutionally appropriate to repeal the provision establishing the tax would amount to saying that the application of the community rule is subject to the law of each member state and more precisely that this application is impossible where it is contrary to a national law.

*In the present case the effect of Community law, declared as res judicata in respect of the Italian Republic, is a prohibition having the full force of law on the competent national authorities against applying a national rule recognized as incompatible with the Treaty and, if the circumstances so require, an obligation on them to take all appropriate measures to enable community law to be fully applied."*⁹⁷ (Våre uthevinger.)

Dette prinsippet er siden lagt til grunn en rekke ganger av EU-domstolen. Vi vil i denne sammenheng peke på EU-domstolens dom i sak C-103/88 *Fratelli Costanzo* hvor plikten til å sikre fellesskapsrettens effektive gjennomføring gjentas. Domstolen fastslår her at plikten ikke bare gjelder for nasjonale domstoler men *alle offentlige myndigheter*. Konkurransetilsynet har derfor plikt til å tilsidesette alle former for nasjonale bestemmelser og praksis som måtte stå i veien for effektiv gjennomføring av EØS-retten.⁹⁸

*"Det vil i øvrigt være ulogisk at statuere, at private kan påberåbe sig bestemmelser i et direktiv, der opfylder de ovenfor angivne betingelser, ved de nationale domstole i tvister med forvaltningen, hvis det samtidigt antages, at forvaltningen ikke er forpligtet til at anvende direktivets bestemmelser og bortse fra de bestemmelser i national ret, der ikke er i overensstemmelse hermed. Heraf følger, at sådanne direktivbestemmelser, når de opfylder de i Domstolens praksis forudsatte betingelser, kan påberåbes af borgerne ved de nationale domstole, **og at samtlige forvaltninger, herunder sådanne lokalforvaltninger som kommuner er forpligtet til at anvende disse bestemmelser**".* (Våre uthevinger.)

I en relativt ny konkurransesak, sak C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi* ble EU-domstolen forelagt tilsvarende spørsmål, og tok igjen stilling til forholdet mellom fellesskapsretten og nasjonale bestemmelser i strid med denne.⁹⁹ Italienske konkurransemyndigheters avgjørelse ble her gjenstand for behandling i italienske domstoler blant annet med påstand om at konkurransemyndigheten ikke hadde kompetanse til å etterprøve nasjonale bestemmelsers gyldighet fordi prinsippet om

⁹⁷ Saml. 1972 s. 529, premiss 6 og 7.

⁹⁸ Saml. 1989 s. 1839, premiss 31.

⁹⁹ Saml. 2003 s. 1-8055.

felleskapsrettens forrang ikke tillegger konkurransemyndighetene adgang til dette. EU-domstolen presisterte følgende (igjen våre uthevninger):

48. Det skal for det andet bemærkes, at i henhold til fast retspraksis følger det af fællesskabsrettens forrang, at bestemmelser i en national lovgivning, som strider mod en fællesskabsbestemmelse, **hvad enten de er ældre eller yngre** end denne, ikke må anvendes.

49. Denne pligt til at undlade at anvende en national lovgivning, der strider mod fællesskabsretten, påhviler ikke blot de nationale domstole, men ligeledes alle statsorganer, **herunder forvaltningen** (jf. i denne retning dom af 22.6.1989, sag 103/88, *Fratelli Costanzo*, Sml. s. 1839, præmis 31), hvilket i påkommende tilfælde indebærer en **pligt til at træffe enhver bestemmelse til fremme af den fulde gennemførelse af fællesskabsretten** (jf. dom af 13.7.1972, sag 48/71, *Kommissionen mod Italien*, Sml. 1972, s. 135, org.ref.: Rec. s. 529, præmis 7).

50. Når en national konkurrencemyndighed som den italienske myndighet har fået til opgave bl.a. at kontrollere, at artikel 81 EF overholdes, og når denne bestemmelse sammenholdt med artikel 10 EF pålegger medlemsstatene **en undladelsesforpligtelse**, ville den effektive virkning af Fællesskabets konkurrenceregler mindskes, såfremt konkurrencemyndigheden inden for rammerne af en undersøgelse af virksomheders adfærd i forhold til artikel 81 EF ikke måtte fastslå, at en national bestemmelse tilsidesætter artikel 10 EF sammenholdt med artikel 81 EF, og **såfremt den som følge heraf ikke undlod at anvende bestemmelsen**.

Prinsippet er også helt nylig gjentatt av EU-domstolen i sak C-409/06 *Winner Wetten* hvor spørsmålet relaterte seg til forholdet om fri flyt av tjenesteytelse.¹⁰⁰ EU-domstolen uttalte:

"53. Det bemærkes for det første, at ifølge fast retspraksis fremgår det af princippet om EU-rettens forrang, at de bestemmelser i traktaten og retsakter fra institutionerne, som gælder umiddelbart, for medlemsstaternes nationale ret alene i medfør af deres ikrafttræden bevirker, at enhver modstridende bestemmelse i den eksisterende nationale lovgivning uden videre bliver uanvendelig (jf. navnlig *Simmenthal*-dommen, præmis 17, og dom af 19.6.1990, sag C-213/89, *Factortame m.fl.*, Sml. I, s. 2433, præmis 18).

(...)

55. Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at enhver national ret inden for sin kompetence som organ i en medlemsstat har pligt til i medfør af det i artikel 10 EF [bestemmelsen tilsvarende EØS-avtalen artikkel 3 som er norsk lov] angivne princip om samarbejde at anvende den direkte anvendelige EU-ret fuldt ud og at beskytte de rettigheter, som denne tillægger private, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, **hvad enten denne er vedtaget før eller efter den EU-retlige bestemmelse** (jf. i denne retning *Simmenthal*-dommen,

¹⁰⁰ Dom av 8. september 2010.

*præmis 16 og 21, og dommen i saken Factortame m.fl., præmis 19).*¹⁰¹ (Igjen våre uthevinger.)

EØS-lovens § 2 pålegger derfor Konkurransetilsynet en plikt til å sikre effektiv håndhevelse av de rettigheter som kan utledes av EØS-retten. EØS-loven § 2 sier dette uttrykkelig gjennom å presisere EØS-rettens forrang. Norsk praksis statuerer også en plikt til å tolke nasjonale bestemmelser i harmoni med Norges folkerettslige forpliktelser.¹⁰² Undertiden vil motstriden være så åpenbar at man vanskelig kan bortfortolke den og da vil EØS-lovens § 2 sikre at gjennomførte EØS-regler har forrang fremfor øvrige norske rettsakter; herunder en forskrift som Bonusforskriften.¹⁰³

5.3.2 Håndhevelse fra Konkurransetilsynet vil kunne møtes av reaksjoner fra ESA og/eller Kommisjonen

I henhold til ODA art. 3 skal tilsynet anvende EØS art. 53 om de åpner en håndhevelsessak, og den materielle inngrepskompetansen vil da være begrenset.

Materielt innebærer bestemmelsen en skranke mot en mer restriktiv anvendelse av krrl. § 10 enn det EØS-avtalens artikkel 53 gir grunnlag for. Ved motstrid mellom vurderingen av bedriftsavgiftene etter henholdsvis krrl. § 10 og EØS-avtalens artikkel 53, må vurderingen gå etter fellesskapsretten pga. effektivitets- og ekvivalenshensyn, som gjelder for norsk rett, jf. Allseas-kjennelsen.¹⁰⁴ Prosessuelt vil det også foreligge betydelige skranker, jf. ODA protokoll 4 artikkel 11.

ODA protokoll 4 regulerer bare forholdet mellom ESA og Konkurransetilsynet "vertikalt" ved nasjonal håndhevelse. EU-kommisjonen vil kunne være kompetent til å behandle saken etter samarbeidsprosedyren i EØS-avtalen artikkel 56, dvs. kompetansefordelingsregelen mellom ESA og Kommisjonen.

Om tilsynet velger å håndheve forskriften vil dette derfor utløse en samarbeidssak mellom Kommisjonen og ESA i og med at bedriftskundeavtalen "utfordrer" nasjonal regulering jf. EØS-avtalens protokoll 22 artikkel 1 nr. 2.

Handelen mellom EU-stater vil åpenbart påvirkes, og i det påvirkningen på ingen måte kan karakteriseres som bagatellmessig påvirkning vil EU-kommisjonen være i førerretten om prosess innledes.

Om tilsynet velger å håndheve forskriften vil de dermed i realiteten kunne utløse en samarbeidssak mellom Kommisjonen og ESA. Det følger av EØS-avtalens protokoll 22 artikkel 1 nr. 2 at:

"EFTAs overvåkningsorgan og EF-kommisjonen skal, i samsvar med sine interne regler og idet det tas hensyn til avtalens artikkel 56 og protokoll 22 og parternes uavhengige vedtaksrett, samarbeide ved behandlingen av enkeltsaker som kommer

¹⁰¹ Premiss. 53 and 55.

¹⁰² jf. Rt. 2000 s. 1811.

¹⁰³ Se EU-domstolens avgjørelser i sakene C-314/08 *Filipiak*, C-106/89 *Marleasing*, 106/77 *Simmenthal*, C-213/89 *Factortame*, 13/77 *GB Inno*, C-267/86 *Van Eycke*, C-185/91 *Gebrüder Reiff*, C-153/93 *Delta Schiffahrt*, C-96/94 *Spediporto* og C-35/99 *Arduino*.

¹⁰⁴ Rt. 2005 s. 597.

inn under artikkel 56 nr. 1 bokstav b) og c), nr. 2 annet punktum og nr. 3, i samsvar med bestemmelsene nedenfor.”

Dersom Konkurransetilsynet anser håndhevelsen av forbudet i forskriften for å være et internrettslig spørsmål og nekter å akseptere at det foreligger et grunnlag for å anvende EØS art. 53(1), vil tilsynet dessuten måtte argumentere mot FAD og egen tidligere praksis og søke å dokumentere at det ikke foreligger noen grenseoverskridende effekt av bonusprogrammene.

BONUSPROGRAMMER

EN VURDERING AV GRUNNLAGET FOR
KONKURRANSETILSYNETS FORSLAG OM FORTSATT
FORBUD MOT BONUSPROGRAMMER I NORSK INNENRIKS
LUFTFART

NILS-HENRIK MØRCH VON DER FEHR

UNIVERSITETET I OSLO

OSLO – MAI 2012

FORORD

Advokatfirmaet Schjødt har gitt meg i oppdrag å vurdere grunnlaget for Konkurransetilsynets konklusjon om at det kun er på de tre største norske innenriksrutene at konkurransen er robust nok til at man kan forvente fortsatt virksom konkurranse dersom flyselskapene tillates å bruke bonusprogrammer. Vurderingen er basert på økonomisk teori og empiriske undersøkelser.

Jeg har også tidligere arbeidet med denne type problemstillinger. Som professor ved Universitetet i Oslo har jeg skrevet en rekke vitenskapelige arbeider innenfor feltet næringsøkonomi. Jeg var i 1997-8 medlem av et ekspertutvalg oppnevnt av Konkurransetilsynet som vurderte konkurranseøkonomiske analysemetoder, og i 2004-2005 ledet jeg et ekspertutvalg oppnevnt av Moderniseringsdepartementet og Konkurransetilsynet som vurderte konkurranse mellom offentlig og privat virksomhet. Jeg har også hatt mange rådgivningsoppdrag for offentlige og private aktører i inn- og utland (nylig var jeg for eksempel engasjert av Konkurransetilsynet i forbindelse med en vurdering av Matkjedeutvalgets rapport), og jeg har opptrådt som ekspertvitne i mange retts- og tvistesaker (blant annet for Regjeringsadvokaten i Coast Air-saken, om ileggelsens av overtredelsesgebyr til SAS for påstått konkurranseskadelig underprising på ruten Haugesund-Oslo). Disse engasjementene har gitt innsikt i de aktuelle spørsmål, men har naturligvis ikke vært førende for konklusjonene i denne rapporten.

Under arbeidet med rapporten har min kontaktperson vært advokat og partner Jan Magne Juuhl-Langseth i Schjødt. Arbeidet er basert på informasjon fremlagt av Schjødt og SAS, samt de skriftlige kilder som er opplistet i referanselisten. Jeg har ikke hatt mulighet for en fullstendig verifikasjon av dette materialet, men har måttet legge til grunn at det er nøyaktig og fullstendig. Det har vært gjennomført møter med oppdragsgiveren, der problemstillingene har vært diskutert. Alle synspunkter står for min regning og deles ikke nødvendigvis av oppdragsgiveren.

14. mai 2012

Nils-Henrik M. von der Fehr

INNHold

<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>BONUSPROGRAMMENES BETYDNING FOR KONKURRANSEN</u>	<u>2</u>
EMPIRISKE UNDERSØKELSER	2
PRINSIPIELLE BETRAKTNINGER	4
<u>KAPASITETSREDUKSJONER OG NEDLEGGELSER</u>	<u>7</u>
<u>MARKEDSSTØRRELSE OG KONKURRANSE</u>	<u>13</u>
<u>KUNDEADFERD OG SELSKAPSSTRATEGI</u>	<u>16</u>
PRINSIPIELLE SIDER	16
PRAKTISKE BETYDNING	19
<u>PRINSIPAL-AGENT PROBLEMET</u>	<u>22</u>
<u>KONKLUSJON</u>	<u>26</u>
<u>REFERANSER</u>	<u>28</u>

INNLEDNING

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) sendte 7. februar 2012 Konkurransetilsynets vurderinger og anbefaling knyttet til forbudet mot bonusprogrammer i innenriks luftfart (Forskrift 20. juni 2007 nr. 684 om forbod mot bonusprogram i innanriks luftfart) på høring (FAD, 2012).

Etter Konkurransetilsynets oppfatning har bonusprogrammer i luftfarten konkurransebegrensende virkninger (Konkurransetilsynet, 2012). Hypotesen er at opptjeningsstrukturen i bonusprogrammet påfører kunden en ekstra kostnad ved å velge et konkurrerende selskap slik at kundene blir "låst inne" hos sitt opprinnelige selskap. Innelåsningseffekten fører ifølge Konkurransetilsynet til redusert prisfølsomhet, redusert konkurranse og dermed økte priser på flyreiser. Konkurransetilsynet mener også at bonusprogrammer kan skape etableringshindringer for nye aktører.

Konkurransetilsynet foreslår derfor at bonusforbudet opprettholdes slik det er i dag, men at det gis et unntak for de tre rutene mellom Oslo lufthavn Gardermoen og Bergen lufthavn Flesland, Oslo lufthavn Gardermoen og Stavanger lufthavn Sola og Oslo lufthavn Gardermoen og Trondheim lufthavn Værnes. Det er i følge tilsynet ikke nødvendig med et forbud for å opprettholde konkurransen på disse rutene.

Jeg er blitt bedt av Advokatfirmaet Schjødt å vurdere grunnlaget for Konkurransetilsynets konklusjon. Spesielt er jeg bedt om å vurdere om det er noen årsakssammenheng mellom forbudet mot bonusprogrammer og konkurransen i innenriks luftfart, og om det er grunnlag for å trekke en grense mellom ruter der konkurransen er tilstrekkelig robust til at bonusforbud ikke er nødvendig, og ruter der så ikke er tilfellet.

Vurderingen er organisert som følger. Neste del omhandler Konkurransetilsynets analyse av bonusprogrammenes betydning for konkurransen i norsk innenriks luftfart. Den påfølgende del omhandler Konkurransetilsynets påstand om at en fjerning av bonusforbudet vil medføre kapasitetsreduksjoner og nedleggelser på eksisterende ruter. Dermed diskuteres sammenhengen mellom markedsstørrelse og

konkurranse. De to siste delene omhandler bonusprogrammenes betydning for kunder og selskaper, herunder hvorvidt programmene gir opphav til et såkalt prinsippal-agent problem mellom arbeidsgivere og deres ansatte. Avslutningsvis kommer konklusjonen.

Vurderingen er konsentrert om de sentrale premisser for Konkurransetilsynets konklusjon; når det gjelder bakgrunnen for saken og øvrige faktiske forhold henvises det til Konkurransetilsynets høringsnotat og de undersøkelser som danner grunnlag for dette. Oppmerksomheten er også avgrenset til såkalte private eller "business-to-customer" ("B2C") bonusprogrammer, som er de mest omstridte (det ses derfor bort fra bedriftsbonusprogrammer ("B2B") som SAS Credits og Norwegian Corporate Rewards).

BONUSPROGRAMMENES BETYDNING FOR KONKURRANSEN

Konkurransetilsynet legger til grunn at forbudet mot bonusprogrammer har hatt en avgjørende innvirkning på konkurransen i norsk innenriks luftfart. Oppfatningen er begrunnet dels i empiriske undersøkelser og dels i mer prinsipielle betraktninger.

EMPIRISKE UNDERSØKELSER

Konkurransetilsynet har fått gjennomført en rekke empiriske undersøkelser av bonusprogrammenes betydning for konkurransen i norsk innenriks luftfart. Tilsynet oppsummerer resultatene fra disse undersøkelsene med at det er *"vanskelig å trekke klare konklusjoner"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 45).

Fraværet av klare konklusjoner skyldes ikke mangel på vilje til å avdekke mulige effekter. Konkurransetilsynet skriver således at det *"hadde forventninger om at resultatet av de empiriske undersøkelsene ville gjøre det mulig å kvantifisere noen av virkningene av bonusprogrammene på konkurransen i norsk luftfart"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 45). Når man ikke finner virkninger, er det altså ikke fordi man ikke har ønsket eller villet finne dem; tvertimot var formålet nettopp å avdekke de virkningene Konkurransetilsynet tror eller mener eksisterer.

Fraværet av klare konklusjoner kan heller ikke tilskrives svakheter ved undersøkelsene. Det er innhentet et meget stort og omfattende datamateriale, og dette materialet er underlagt statistiske analyser med moderne økonometriske metoder av svært kompetente forskere, professorene Frode Steen og Lars Sørgard ved Norges handelshøyskole. Det er derfor vanskelig å se at resultatene ville blitt annerledes om man hadde gjort ytterligere anstrengelser med hensyn til omfanget av og kvaliteten på henholdsvis data og analyser. Når man ikke finner virkninger av bonusprogrammene, skyldes det altså ikke at undersøkelsene ikke er grundige eller omfattende nok.

I noen grad kan man hevde at det i utgangspunktet var vanskelig å avdekke virkningene av bonusprogrammene. Steen og Sørgard skriver således at *"mangelen på brukbare data på bonusandeler på norsk innenriks umuliggjør en ordentlig test av bonuseffekter i Norge"* (Steen og Sørgard, 2011b, s. 6). Det samme gjelder de indirekte testene som er gjennomført, på henholdsvis svenske ruter og utenlandsrutene: *"Tilsvarende har det svenske forbudet vært så lite restriktivt at de svenske innenriksdataene er lite informative i forhold til det norske forbudets effekt... Kombinasjonen av at det har vist seg vanskelig å føye robuste økonometriske modeller til rutedata, og at utenriksrutene har en annen struktur med langt lavere forretningsandel begrenser overføringsverdien av resultatene"*. Man kommer med andre ord ikke utenom visse metodiske og datamessige vanskeligheter dersom man skal forsøke å tallfeste bonusprogrammenes betydning for konkurransen i norsk innenriks luftfart.

Ikke desto mindre burde virkningene av bonusprogrammene vise seg i undersøkelsene, dersom programmene virkelig har eller har hatt en slik betydning som Konkurransetilsynet mener. Det gjør de imidlertid ikke. I de fleste av testene er det ingen virkninger overhodet. I andre tester er det visse virkninger, men disse peker tildels i motsatt retning av det forskerne forventet å finne. Således heter det for eksempel om bonusprogrammenes innvirkning på etterspørselen på utenlandsrutene: *"Vi ville vente å finne enten positive effekter eller ingen effekter. Av 12 mulige ... er 6 positive og signifikante, 2 ikke signifikant forskjellige fra null, og 4 er signifikant negative."* (Steen og Sørgard, 2011b, s. 3). Steen og Sørgard legger til at *"det siste representerer et tolkningsproblem"*, men det er egentlig ikke riktig;

resultatene er riktignok det motsatte av det man forventer, men tolkningen er enkel nok - bonusprogrammene har i disse tilfellene en positiv og ikke en negativ konkurranseeffekt. Det er imidlertid ikke vanskelig å være enige med Steen og Sørgard i, at med resultater som spriker i alle retninger, er det grunn til *"å vise en viss forsiktighet når vi evaluerer modellene"*.¹

Saken er at til tross for at man har villet, og til tross for at man har gjort et meget hederlig forsøk, har man ikke funnet noe som tyder på at bonusprogrammene har konkurranseeffekter. Den mest nærliggende forklaringen er at det simpelthen ikke er noen slike effekter. Uansett er det misvisende når Konkurransetilsynet anser at *"det er vanskelig å trekke klare konklusjoner"*, for konklusjonen er klar nok: Det er ikke empirisk grunnlag for å hevde at bonusprogrammer har hatt - eller for den saks skyld har eller vil ha - noen avgjørende innvirkning på konkurransen i norsk innenriks luftfart.

PRINSIPIELLE BETRAKTNINGER

Også fra et mer prinsipielt synspunkt er det vanskelig å se at forbudet mot bonusprogrammer har hatt noen avgjørende betydning for konkurranseforholdene i norsk innenriks luftfart.

Konkurransetilsynet skriver at (Konkurransetilsynet, 2012, s. 11)

"Etter Konkurransetilsynets vurdering har bonusprogrammer i luftfarten konkurransebegrensende virkninger. Opp tjeningsstrukturen i bonusprogrammet påfører kunden en ekstra kostnad ved å velge et konkurrerende selskap slik at kundene blir "låst inne" hos sitt opprinnelige selskap. Innelåsningseffekten fører til redusert prisfølsomhet, redusert konkurranse og dermed økte priser på flyreiser."

¹ Det er også grunn til å understreke det fundamentale metodeproblem som det vises til i konklusjonen i Steen og Sørgard (2011b), og som skyldes at andelen passasjerer som er medlem av bonusprogrammer og andelen forretningsreisende henger sammen og er bestemt av underliggende økonomiske og andre forhold som det ikke tas hensyn til i analysene. Steen og Sørgard legger på ingen måte skjul på dette problemet, men skriver at *"i så måte ville man vente at vi kanskje til og med overestimerte effekten av innelåsning gjennom vår innfallsvinkel, noe som er overraskende når vi allerede finner relativt små effekter"* (Steen og Sørgard, 2011b, s. 9). Se forøvrig Copenhagen Economics (2012) for en diskusjon av denne og andre svakheter ved Steen og Sørgards undersøkelser.

Bonusprogram kan også skape etableringshindringer for nye aktører. Innelåsningseffekten innebærer at det ikke er tilstrekkelig for en ny aktør å tilby et marginalt bedre produkt enn selskapet med bonusprogram for at kundene skal velge den nye aktøren. Dette skaper en utestengende effekt i forhold til potensielt like effektive aktører."

Vi kommer nærmere tilbake til de prinsipielle argumentene nedenfor. Det er imidlertid verdt å merke seg at for en ny aktør har innelåsningseffekten to motstridende virkninger; på den ene side gjør den det vanskeligere å lokke passasjerene ut av eksisterende kundeforhold; på den annen side gjør den det mindre attraktivt for etablerte aktører å konkurrere på pris (kfr. Steen og Sørgard, 2011a; Fudenberg og Tirole, 1984; Tirole, 1988). I fravær av en slik innelåsningseffekt skal det en mindre prisfordel til for å tiltrekke seg kunder, men samtidig blir priskonkurransen tøffere. Det er derfor ikke uten videre gitt om det er vanskeligere å komme inn i et marked der de etablerte aktørene har bonusprogrammer - det avhenger blant annet av sammensetningen av passasjergrunnlaget.²

Det er derfor ikke overraskende at lavprisselskaper har lyktes, også der etablerte flyselskaper opererer med bonusprogrammer - slik de gjør de fleste steder i verden. Lavprisselskapene har særlig rettet seg mot den mest prisfølsomme del av passasjergrunnlaget, inkludert turister og andre som reiser relativt sjelden, og som derfor ikke har særlig interesse av bonusprogrammer. Dem er det mange av, og de er blitt stadig flere. Lavprisselskapene har kunnet hente kunder i et stort og voksende segment som i liten eller ingen grad har vært "innelåst" hos de etablerte selskapene.

Utviklingen av konkurransen i norsk innenriks luftfart generelt, og Norwegians suksess spesielt, må sees i dette lys - som et resultat av god timing, eksisterende konkurranseforhold og en veltilpasset forretningsmodell.³

² En annen sak er at bonusprogrammer kan gjøre det lettere for enkelte aktører å etablere seg. Det gjelder spesielt der en eksisterende aktør utvider sitt marked og derved gir de nye kundene tilgang til hele sitt nettverk, slik som hvis et selskap som flyr utenriks fra Oslo oppretter materuter fra andre norske flyplasser; i et slikt tilfelle kan eksistensen av et bonusprogram gjøre selskapets tilbud mer attraktivt og dermed lette etableringen på innenriksrutene (kfr. Copenhagen Economics, 2010).

³ I tillegg kan det vel ikke være tvil om at Norwegian har vært meget dyktig, slik det blant annet fremgår av en større artikkel om selskapets tilblivelse og utvikling i Dagens Næringsliv 5. mai 2012 (DN, 2012).

Norwegian kom inn i det som i realiteten var et monopolmarked. *"I etterkant av SAS/Braathens-fusjonen i 2001 og i forkant av Norwegians etablering på stamrutenettet i 2002, var det norske luftfartsmarkedet preget av en tilnærmet monopoltilstand på tilbydersiden i norsk innenriks luftfart"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 10). Selskapet baserte seg på en forretningsmodell som hadde vist seg vellykket i andre europeiske markeder, med gradvis etablering, først på ruter med godt passasjergrunnlag, et enkelt produkt, kostnadseffektiv flypark og organisasjon og rendyrket konkurranse på pris. I et marked der passasjerene tidligere utelukkende var blitt tilbudt et dyrt kvalitetsprodukt, var det ikke vanskelig å kapre kunder med et enkelt og billig alternativ.

Norwegian fikk drahjelp av norske myndigheter, med forbud mot bonusprogrammer, progressive volumrabatter og eneleverandøravtaler; i tillegg inngikk staten sentrale rammeavtaler for flyreiser med Norwegian. Disse tiltakene falt i tid sammen med oppbyggingen av Norwegian, og man kan ikke se bort fra at de hadde betydning, men det er vanskelig å se at de var avgjørende.⁴ Norwegian har - i likhet med andre lavprisselskaper - lyktes godt også i markeder der de ikke har fått hjelp av tilsvarende tiltak.

Sammenligner man utviklingen for Norwegian på utenriksflyvninger - der bonusprogrammer er tillatt - og på innenriksflyvninger - der de ikke er det - finner man en klar parallell. I henhold til Konkurransetilsynet (2012, s. 15-17) hadde Norwegian allerede i 2009 en markedsandel innenriks på 35 prosent, mens markedsandelen for reiser mellom Norge og utlandet var på 27 prosent, til tross for at etableringen på utenriksrutene kom senere enn på innenriksrutene (og til tross for konkurransen mot andre lavprisselskaper og nettverksselskaper med sterke bonusprogrammer på utlandet).

Norwegian har også lyktes i andre markeder der bonusprogrammer er tillatt. Konkurransetilsynet skriver således at det *"har merket seg at Norwegian har klart å etablere seg på de største svenske innenriksrutene og kapret markedsandeler i et marked der SAS tilbyr bonusprogrammer"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 54).

⁴ Steen og Sørgards påstand om at *"det er mye som taler for at bonusforbudet i 2002 førte til at ett nytt selskap utfordret en monopolist"* (Steen og Sørgard, 2011a) fremstår som ubegrunnet i lys av den analyse som er gjort.

Ser vi utover Norge og Norwegian, finner vi at lavprisselskapene har lyktes godt, til tross for at det ikke finnes noe tilsvarende forbud mot bonusprogrammer (såvidt vites er det norske forbudet mot bonusprogrammer enestående). Mer generelt, og som vi kommer tilbake til nedenfor, finnes det mange ruter i utlandet der det er flere aktører og stor konkurranse, selvom passasjergrunnlaget er mye svakere enn det man finner på mange norske innenriksruter.

Det er med andre ord vanskelig å se den faglige begrunnelsen for hvorfor Konkurransetilsynet anser at forbudet mot bonusprogrammer "*står sentralt*" for konkurransevilkårene (Konkurransetilsynet, 2012, s. 10). Det gjelder ikke minst når man sammenligner konkurransen i norsk innenriks luftfart med den man finner andre steder der et tilsvarende forbud ikke finnes.

KAPASITETSREDUKSJONER OG NEDLEGGELSER

Konkurransetilsynet har altså ikke godtgjort at forbudet mot bonusprogrammer har hatt avgjørende betydning for konkurransen i norsk innenriks luftfart. Det har heller ikke godtgjort hvorfor en (delvis) videreføring av forbudet er nødvendig for å opprettholde konkurransen. Spesielt har ikke Konkurransetilsynet godtgjort hvorfor en gjeninnføring av bonusprogrammer skulle medføre at eksisterende aktører vil redusere kapasiteten eller trekke seg ut av flyruter.

Konkurransetilsynet skriver (Konkurransetilsynet, 2012, s. 11):

"En eventuell gjeninnføring av bonusprogram kan føre til at selskapet med det mest attraktive bonusprogrammet tiltrekker seg kunder på bekostning av selskap med mindre attraktive bonusprogram. Dette kan føre til at selskapet som taper kampen om bonuskunder vil redusere antall avganger eller trekke seg ut av strekninger."

Det er verdt å legge merke til at Konkurransetilsynet her bringer inn et helt nytt moment. Faglitteraturen på området har pekt på to mulige konkurranseskadelige effekter av bonusprogrammer. Den ene effekten oppstår dersom bonusprogrammene medfører svakere priskonkurranse mellom eksisterende aktører (kfr. Banerjee og Summers, 1987). Den andre effekten oppstår dersom bonusprogrammene til

eksisterende aktører forhindrer etablering av nye konkurrenter (kfr. Cairnes og Galbraith, 1990).

Konkurransetilsynet bringer inn en tredje mulig effekt, som altså presumtivt oppstår dersom innføring av bonusprogrammer medfører at eksisterende aktører trekker seg ut. Prinsipielt sett kan man ikke se bort fra en slik mulighet, men den finner ingen støtte i faglitteraturen, hverken den teoretiske eller empiriske. Såvidt vites har en slik effekt heller aldri vært demonstrert i praksis (den er ihvertfall ikke vist til av Konkurransetilsynet).⁵

Konkurransetilsynets tredje effekt er forøvrig i strid med den førstnevnte effekten og dermed det fremherskende syn i litteraturen. Her er tankegangen at bonusprogrammer medfører en større lojalitet mellom kunde og selskap, noe som reduserer kundens prisfølsomhet eller vilje til å bytte til et billigere eller bedre tilbud fra et konkurrerende selskap. Dette svekker selskapenes incitamenter til å konkurrere på pris og bidrar således til å heve det alminnelige prisnivået i bransjen.

Konkurransetilsynet er oppmerksom på denne motsetningen, når det skriver (Konkurransetilsynet, 2012, s. 53):

"Hvis en ... ser på tilfellet med to selskaper med ulik kvalitet på bonusprogrammene, kan det selskapet som har det minst attraktive bonusprogrammet miste kunder til det selskapet som har det mest attraktive programmet. Den direkte effekten kan da være negativ for det førstnevnte selskapet og positiv for det andre selskapet. Selv om begge selskapene får mer lojale kunder og derfor kan sette en høyere pris, kan det være at denne strategiske effekten ikke er stor nok til å oppveie den negative direkte effekten for det minst attraktive selskapet. Resultatet kan derfor være at kun det selskapet som har det mest

⁵ Faktisk antyder resultatene fra de undersøkelser som Konkurransetilsynet selv har fått utført, at det ikke finnes slike asymmetriske effekter. Steen og Sørgard (2011a, s. 4-5) skriver således at "spørsmålet vi ønsker å belyse [er] i hvilken grad et sterkt Eurobonusprogram på utland hjelper SAS til å beholde en høyere C-andel på utlandsrutene relativt til Norwegian, hvis bonusprogram trolig er mindre attraktivt... Avhengig av hvordan man leser resultatene gir tallene et visst grunnlag for å kunne hevde at Eurobonus i overaskende liten grad låser passasjerer inne i forretningssegmentet når de beveger seg fra innland- til utlandsruter."

attraktive bonusprogrammet får økt profitt, mens det andre selskapet taper."

Når Konkurransetilsynet skal tallfeste virkningene i en numerisk modell, er usikkerheten og forbeholdet borte. Her forutsettes det nemlig at den direkte effekten er positiv for SAS og negativ for Norwegian, i den forstand at innføring av bonusprogrammer medfører at betalingsvilligheten for SAS' flyruter øker mens den faller for Norwegians. I tillegg ser man bort fra den omtalte strategiske effekten (lojalitetseffekten). Dermed er konklusjonen gitt: Norwegian taper på at det innføres bonusprogrammer, og selskapet kan derfor finne det lønnsomt å redusere antallet avganger, eventuelt trekke seg helt ut av den aktuelle ruten.

Rent bortsett fra at konklusjonen følger av forutsetningene, hefter det flere svakheter ved de numeriske modellanalysene. Den kanskje mest alvorlige svakheten gjelder modelleringen av den kvantitative betydningen av bonusprogrammer. Dette gjøres ved justeringer i en såkalt preferanseparameter, som er ment å måle hvor sterke preferanser kundene har for henholdsvis SAS og Norwegian. Parameteren er i utgangspunktet satt til 0,75, hvilket indikerer at kundene foretrekker SAS fremfor Norwegian (verdien må ligge mellom 0 (maksimal preferanseforskjell) og 1 (ingen forskjell)).⁶

Virkningene av at det innføres bonusprogrammer, analyseres i to ulike alternativer, der preferanseparameteren reduseres fra 0,75 til henholdsvis 0,5 og 0,3. Konkurransetilsynet skriver at *"det første kan sees på som et forsiktig anslag på virkningene av bonusprogram ($d = 0,5$), mens det siste illustrerer et større skift i preferansen for SAS ($d = 0,3$)"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 57). Det er vanskelig å se hvorfor en reduksjon fra 0,75 til 0,5 - altså med en tredjedel - skal anses som "forsiktig" (eller "svakt lojalitetsskapende virkning", som det heter et annet sted); tvertimot virker en slik reduksjon svært stor. Den innebærer at dersom SAS og

⁶ Det er uklart hvor tallet 0,75 kommer fra, men det kan se ut som parameteren er kalibrert for at den beregnede fordelingen av passasjerer skal stemme med den faktiske. Konkurransetilsynet skriver således at *"modellruten er basert på ruteregnskap for SAS og Norwegian, og er kalibrert til observerte gjennomsnittsverdier ... i 2010 for et symmetrisk duopol. Selv om SAS og Norwegian har tilnærmet 50 prosent av markedet hver..., vet vi ... at aktørene ikke er symmetriske. For å få frem noe av denne asymmetrien er det simulert en likevekt hvor Norwegians kabinfaktor er økt noe i forhold til den symmetriske likevekten, samt preferansen for Norwegian for reisende på C-klasse er redusert"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 57). Som forklart nedenfor, kan en slik kalibrering gjøres på mange måter og fremstår derfor som tilfeldig.

Norwegian utvider bruken av sine bonusprogrammer også til innenriksrutene, så skulle etterspørselen rettet mot Norwegian falle med en tredjedel i de aktuelle passasjergruppene (i det andre analysealternativet blir etterspørselen mer enn halvert). Realismen i denne antagelsen er ikke underbygget på noen måte.

Bortsett fra at Konkurransetilsynet ikke forklarer hvorfor innføringen av bonusprogrammer vil gi seg slike markante utslag akkurat i preferanseparameteren, gis det ikke noen egentlig begrunnelse for hvorfor virkningen skulle være forskjellige for Norwegian og SAS. Det nærmeste man kommer er en formodning: *"Norwegian ... har antagelig ikke et like attraktivt bonusprogram som Eurobonusprogrammet, blant annet fordi de ikke er tilknyttet til noen internasjonal allianse"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 53).⁷ Denne formodningen legges så til grunn som en forutsetning: *"I vurderingen forutsettes det at en slik asymmetri hva angår bonusprogram vedvarer."* I oppsummeringen er imidlertid forbeholdet tilbake: *"I dag er det Norwegian som antas å ha det minst attraktive bonusprogrammet. Ved en innføring av bonusprogram vil det på kort sikt kunne gå utover Norwegians lønnsomhet. I et lengre perspektiv er det mer åpnet om hvilke flyselskap som har det mest attraktive bonusprogrammet"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 67). Hvis det siste er riktig, er det vanskelig å se begrunnelsen for antagelsen om asymmetri.

Måten Konkurransetilsynet modellerer virkningen av bonusprogrammene på, innebærer at det ikke ville vært noe utslag overhodet dersom man ikke forutsatte at virkningen var asymmetrisk. Det betyr at man har sett bort fra den effekten som er blitt studert i faglitteraturen, og som går ut på at bonusprogrammer medfører større kundelojalitet (det som i sitatet ovenfor er omtalt som den strategiske effekten). Derved overvurderer beregningene eventuelle negative virkninger for Norwegian. Hadde man tatt hensyn til denne effekten, ville også Norwegian tjent på innføringen av bonusprogrammer, selv med noen grad av asymmetri.

⁷ På den annen side har Norwegian et stort antall direkte ruter til populære feriedestinasjoner, noe som gjør bruken av bonuspoeng attraktiv. Det kan ikke avgjøres på prinsipielt grunnlag hvilket bonusprogram kundene foretrekker - det er til syvende og sist et empirisk spørsmål. Den eneste empirien som foreligger - Steen og Sørgard (2011a) - tyder på at bonusprogrammene ikke gir opphav til asymmetriske virkninger på etterspørselen (kfr. fotnote 5 ovenfor).

Konkurransetilsynets modellering innebærer også at man har sett bort fra at bonusprogrammet inneholder tilleggstjenester som kundene er villige til å betale for. Det illustreres best i det tilfellet at selskapenes bonusprogrammer er like gode, der altså modellen predikerer at det ikke blir noe utslag i betalingsvilligheten overhodet. Som vi kommer tilbake til nedenfor, hersker det en viss uenighet om hvor sterk etterspørselen etter bonusprogrammernes tjenester egentlig er (kfr. diskusjonen om den såkalte "suction-effekten"). Konkurransetilsynet er selv av den oppfatning at denne etterspørselen er sterk, og det er derfor uklart hvorfor man har valgt å se bort fra den i modellanalysen.

I tillegg hefter det berettiget tvil om hensiktsmessigheten av selve modellapparatet, herunder den forutsatte konkurranseformen, antagelsene om tilbuds- og etterspørselssiden og fastsettelsen av parameterne.⁸

Konkurransetilsynet har *"tatt utgangspunkt i en numerisk modell som tidligere har blitt benyttet i forbindelse med Norwegians erstatningskrav mot SAS i Asker og Bærum tingrett"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 56). Modellen ble benyttet av Norwegians sakkyndige, professor Victor Norman (Norman, 2008), men ble kritisert av SAS' sakkyndige, professorene Espen Moen og Christian Riis, for blant annet å være basert på en feilaktig og utdatert oppfatning av konkurranseformen i flymarkedet (Moen og Riis, 2009, s. 7). Konkurransetilsynet henviser, i likhet med Norman, til en artikkel fra 1990 av James A. Brander og Anming Zhang som begrunnelse for å anta at konkurransen mellom flyselskapene kan modelleres som såkalt kvantums- eller kapasitetskonkurranse (kfr. Brander og Zhang, 1990). Som Moen og Riis påpeker, er Brander og Zhangs metode utdatert og ingen nyere vitenskapelige studier av flymarkeder legger en slik metode til grunn (kfr. Borenstein og Rose, 1994, 2008).⁹

Modellen bygger i tillegg på en rekke spesielle forutsetninger om etterspørsel, kostnader og andre forhold, uten at det gis noen begrunnelse for hvorvidt disse forutsetningene er rimelige eller oppfylt i praksis. Parameterne i modellen er

⁸ Jeg har ikke hatt tilgang til tallgrunnlaget for modellberegningene, og kan derfor ikke ta stilling til kvaliteten på dette eller de numeriske beregningene.

⁹ Asker og Bærum tingrett fant *"ikke å kunne tillegge de presenterte modeller særlig vekt i fastsettelsen av erstatningsbeløpet"* (Asker og Bærum tingrett, 2008, s. 30).

tallfestet ved såkalt kalibrering, en metode som går ut på å justere de forskjellige parameterne slik at modellen passer med de (gjennomsnittlige) faktiske forhold på ett bestemt tidspunkt. Som enhver som har benyttet seg av en slik metode vet, må det utøves betydelig grad av skjønn ved fastsettelsen av den enkelte parameter, og resultatet fremstår derfor i stor grad som tilfeldig (slik sett skiller metoden seg fundamentalt fra en statistisk eller økonometrisk metode, der parameterne beregnes med utgangspunkt i et stort datamateriale). Disse svakhetene er særlig alvorlige når man skal beregne kontrafaktiske scenarier som ligger utenfor den faktisk observerte virkelighet; man har ingen garanti for at en modell som utelukkende er tilpasset dagens markedssituasjon gir noen god beskrivelse av situasjonen under alternative og hypotetiske forutsetninger.

Konkurransetilsynet oppsummerer modellberegningene på følgende måte (Konkurransetilsynet, 2012, s. 60):

"Det er vanskelig å si eksakt hva som vil skje i markedet, da det er stor usikkerhet knyttet til i hvor stor grad innføring av bonusprogram forskyver markedsandelene mellom SAS og Norwegian. Simuleringene på den lille modellruten som illustrerer små ruter viser imidlertid at selv en liten overvelting kan medføre at lønnsomheten til Norwegian forverres betraktelig."

Som forklart ovenfor, er det Konkurransetilsynet omtaler som "en liten overvelting" resultatet av en meget stor endring i kundenes preferanser. Det som omtales som "at lønnsomheten ... forverres betraktelig", korresponderer til en reduksjon i ruteinntektene på 2,2 prosent (Konkurransetilsynet, 2012, s. 59, tabell 5). Til tross for at man har tatt godt i når det gjelder virkningen av bonusprogrammene, og til tross for at man har sett bort fra virkninger som trekker i motsatt retning, ender man altså opp med en tilnærmet nulleffekt. I det eksemplet Konkurransetilsynet ser på, er den beskjedne nedgangen i inntektene riktignok tilstrekkelig til å snu ruteregnskapet fra et overskudd til et underskudd, men det skyldes utelukkende at man har lagt til grunn at ruten i utgangspunktet går i (tilnærmet) null.

Selv med de angitte forbehold, og selv om Konkurransetilsynet angir at modellberegningene har til hensikt å *"illustrere virkningen på konkurransen ... ved gjeninnføring av bonusprogram"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 11), synes beregningene å ha hatt vesentlig betydning for den endelige konklusjonen. Det kan skyldes at man har hatt lite annet å støtte seg til; hverken de prinsipielle argumenter eller de empiriske undersøkelser kan godtgjøre at en gjeninnføring av bonusprogrammer vil medføre at eksisterende aktører vil redusere kapasiteten eller trekke seg ut av flyruter. Tverimot viser empirien at dette har formodningen mot seg.

MARKEDSSTØRRELSE OG KONKURRANSE

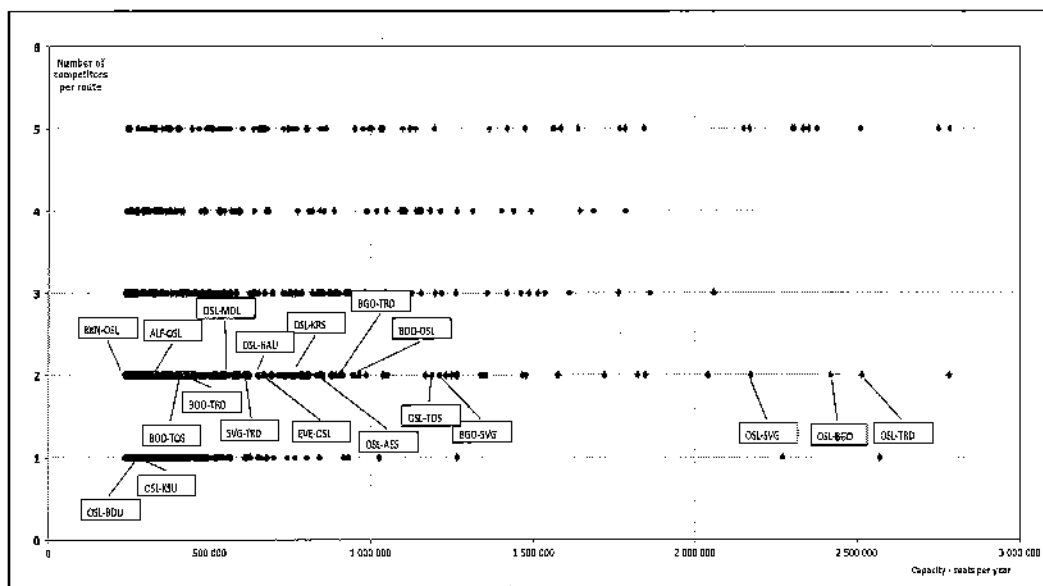
Konkurransetilsynet vurderer altså at enn innføring av bonusprogrammer vil kunne medføre en forskyvning av fullpriskunder fra Norwegian til SAS, noe som vil medføre dårligere lønnsomhet for Norwegian. Tilsynet anser at Norwegian kan reagere på dårligere lønnsomheten på en rute ved å redusere rutefrekvensen, eventuelt trekke seg helt ut av ruten. Tilsynet anser at faren for en slik reduksjon ikke er særlig stor på ruter med et høyt passasjergrunnlag, og spesielt ikke på de tre rutene mellom Oslo og henholdsvis Bergen, Stavanger og Trondheim, der konkurransen omtales som *"forholdsvis robust"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 12). Faren er imidlertid så stor på de øvrige, mindre rutene at bonusopptjening på disse fortsatt må forbys.

Konkurransetilsynet gir ikke noen egentlig begrunnelse for hvorfor man kan trekke et konkurransemessig skille mellom de tre nevnte ruter og de øvrige. Det synes imidlertid som det avgjørende argument er knyttet til passasjergrunnlag. Konkurransetilsynet skriver således at *"De tre største strekningene, Oslo-Trondheim, Oslo-Bergen og Oslo-Stavanger, skiller seg ut fra de øvrige store stamrutene ved at de har et vesentlig høyere antall passasjerer"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 63). I 2010 hadde disse rutene passasjertall på henholdsvis 1 575 594, 1 499 748 og 1 264 159 (Konkurransetilsynet, 2012, s. 61, tabell 6). Forøvrig er det ytterligere 4 ruter med mer enn 500 000 passasjerer, og deretter ytterligere 7 med mer enn 200 000 passasjerer.

Konkurransetilsynets argumentasjon reiser spørsmål dels om hvilken sammenheng det er mellom passasjergrunnlag og konkurransen på en rute, og dels om det finnes en kritisk nedre grense for passasjergrunnlag til at konkurransen er virksom eller "robust".

Prinsipielt sett ville man tro at et større passasjergrunnlag gir rom for flere konkurrenter og dermed sterkere konkurranse. I luftfarten synes det imidlertid ikke å være noen slik sammenheng.

Figuren nedenfor viser kapasitet (målt i antall seter pr. år) og antallet konkurrenter på de største flyrutene i Europa. Som det fremgår av figuren, er det ingen klar sammenheng mellom tilbudt kapasitet og antallet konkurrenter.¹⁰ Blant rutene med minst kapasitet, finner vi mange med både tre, fire og fem aktører. Tilsvarende finner vi mange store ruter med bare én eller to aktører.



Figur 1: Kapasitet og konkurrenter på europeiske ruter. Kilde: SAS.

Forklaringen finnes formodentlig i kombinasjonen av kostnadsforhold og konkurranseform. For selskaper som allerede driver på en rute, er kostnadene ved å operere én ekstra avgang relativt lik på tvers av selskapene og deres virksomhet

¹⁰ En enkel lineær regresjon viser at det finnes en statistisk signifikant, men meget svak sammenheng; hvis kapasiteten øker med 1 mill. seter, øker antallet konkurrenter med 0,1.

forøvrig; det er med andre ord begrensede stordriftsfordeler på den enkelte rute. Samtidig vil konkurransen mellom selskaper som driver på samme rute, være sterk og tendere til å fylle ut frekvens- og kapasitetsbehovet og drive prisene ned mot (enhets)kostnadene, uansett om det er to eller flere konkurrenter. I et slikt marked blir antallet konkurrenter litt tilfeldig. På den ene side blir det ikke nødvendigvis mange konkurrenter selv om det forsåvidt er rom for det; på den annen side kan antallet konkurrenter bli betydelig selv med et relativt lite passasjergrunnlag dersom andre hensyn skulle tilsi at selskapene har behov for å være tilstede på ruten (f.eks. for å gi et fullverdig tilbud for gjennomgangspassasjerer).

I figuren er norske ruter angitt spesielt. Disse rutene utmerker seg ved få konkurrenter, selv om passasjergrunnlaget er større - og tildels mye større - enn på tilsvarende ruter med flere konkurrenter.

Det er verdt å merke seg at det bare er på de norske innenriksrutene at det hersker et bonusforbud; på alle andre ruter er det fri adgang for selskapene til å benytte bonusprogrammer. Når man finner at antallet konkurrenter er større på mange utenlandske ruter enn på innenriksrutene i Norge, er det altså på tross av (eller kanskje på grunn av) forbudet mot bonusprogrammer i Norge.

Det er med andre ord vanskelig å se at det er mulig å trekke noen grense basert på passasjergrunnlag mellom ruter der innføring av bonusprogrammer ikke vil ha noen egentlig betydning for konkurransen og ruter der det vil ha det. Det er ingen klar sammenheng mellom passasjergrunnlag og antallet konkurrenter hverken på norske, skandinaviske eller europeiske flyruter (hvis man ser bort fra de aller minste, der det bare er plass til én aktør), og det finnes mange utenlandske ruter med lite passasjergrunnlag der antallet konkurrenter er stort, og selskapene benytter seg av bonusprogrammer.

Konkurransetilsynet har således ikke godtgjort at det er mulig å trekke noen klar grense mellom ruter der innføring av bonusprogrammer ikke vil ha noen egentlig betydning for konkurransen og ruter der det vil ha det. Mer spesielt har ikke Konkurransetilsynet godtgjort hvorfor grensen går akkurat mellom de tre største og de øvrige rutene.

KUNDEADFERD OG SELSKAPSSTRATEGI

Konkurransetilsynets beskrivelse av bonusprogrammer har vesentlig svakheter både fra et prinsipielt og et praktisk synspunkt. For det første legger tilsynet til grunn en forståelse av bonusprogrammene som gir et skjevt bilde av deres betydning for selskapene og deres kunder. For det andre tillegger tilsynet bonusprogrammene en betydning for de flyreisendes adferd som det ikke er empirisk grunnlag for. Konkurransetilsynet gir dermed et misvisende bilde av både den kvalitative og den kvantitative betydningen av bonusprogrammene.

I dette kapitlet ser vi først på bonusprogrammene fra et prinsipielt synspunkt. Dernest ser vi på i hvilken grad bonusprogrammene innvirker på de flyreisendes adferd.

PRINSIPIELLE SIDER

Som referert ovenfor, skriver Konkurransetilsynet at *"opptjeningsstrukturen i bonusprogrammet påfører kunden en ekstra kostnad ved å velge et konkurrerende selskap slik at kundene blir "låst inne" hos sitt opprinnelige selskap"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 11).

Konkurransetilsynets tankegang bygger på en oppfatning om at det relevante produktet er den enkelte flyreise, og at kundens eneste beslutning dreier seg om hvilket selskap vedkommende skal velge for reisen. En mer fruktbar betraktningssmåte er å se det relevante produkt som et reiseprogram, der kunden velger en samling eller serie flyreiser, hensyn tatt til flyselskap, ruter og tilhørende tjenester. Med denne betraktningssmåten får man en bedre forståelse både av kundenes valg og av bonusprogrammenes betydning.

Poenget kan illustreres med en analogi. Med masseturismens fremmarsj i 60- og 70-årene ble det lansert en ny type reiseprodukt, den såkalte "pakkereisen". Med en pakkereise tilbys kundene ikke bare selve transporten, men også overnatting, måltider, underholdning og annet. Når reisen skal planlegges, kan kundene velge mellom pakker tilbudt av ulike selskaper; alternativt kan man kjøpe de enkelte elementer hver for seg fra flyselskap, hotell, restaurant og andre og lage en "pakke"

selv. Med pakkereisen ble konkurransen flyttet fra det enkelte element til selve pakken, uten at konkurransen ble mindre av den grunn. Skulle man følge Konkurransetilsynets tankegang når det gjelder bonusprogrammer, kunne det faktisk at en pakkereisende ikke har mulighet til å velge et annet flyselskap enn det som inngår i pakkereisen, betraktes som en form for "innelåsing". Det synes mer rimelig å betrakte pakkereisen som et nytt produkt, der det både konkurreres mellom ulike varianter og mot det alternativ at kunden setter sammen de enkelte deler av reisen selv.

Sesongkort - som blant annet benyttes i forbindelse med alpinanlegg - kan illustrere poenget ytterligere. Her tilbys kunden fri tilgang til en tjeneste for en gitt periode mot en fast betaling. Man kunne også her hevde at kunden derved blir "innelåst", i den forstand at det å velge en annen tilbyder enn den man har sesongkort hos, representerer en ekstra kostnad. Igjen synes det mer rimelig å betrakte sesongkortet som et nytt produkt, idet kunden i forkant av en sesong må vurdere i hvilken grad vedkommende ønsker å konsentrere aktiviteten til ett anlegg snarere enn å velge forskjellige anlegg gjennom sesongen. Sett fra tilbydernes synspunkt blir det dels en konkurranse om å gi et totalt tilbud for hele sesongen, og dels en konkurranse om å tilby enkelttjenester til dem som ikke velger sesongkort, eller som kombinerer sesongkort hos ett selskap med enkeltkjøp hos andre.

Konkurransen mellom flyselskapene kan ses i samme lys. De konkurrerer dels om samlede reiseprogrammer og dels om enkeltreiser. Når man skal vurdere graden av konkurranse, må man derfor se på konkurransen både om kundenes lojalitet og deres valg av enkeltreiser. Spesielt kan kampen om å tilby samlede reiseprogrammer - herunder bonus til lojale kunder - bidra til å øke konkurransen, snarere enn å svekke den (kfr. Copenhagen Economics, 2010).

Det er derfor ikke overraskende at litteraturen om bonusprogrammer spesielt og lojalitetsskapende tiltak eller byttekostnader mer generelt ikke gir noe entydig resultat med hensyn til virkningen på konkurransen.¹¹ Enkelte anser at selv om resultatet ikke er entydig, kan det være grunn til å formode at det er mer sannsynlig

¹¹ Se f.eks. Bannerjee og Summers (1987), Caminal og Claici (2007), Caminal og Matutes (1990), Kim, Shi og Srinivasan (2001) og Klempner (1987, 1995).

at bonusprogrammer begrenser konkurransen enn at de skjerper den.¹² Dette må anses som en skjønnsmessig vurdering, som ikke kan forankres i litteraturen; sett under ett, gir ikke teorien grunnlag for en bestemt konklusjon om konkurransevirksomheter, hverken for lojalitetsskapende tiltak generelt eller bonusprogrammer mer spesielt; det er til syvende og sist et empirisk spørsmål hvilken vei virkningene går.

Eksempelne ovenfor viser også at det er gode effektivitetsgrunner for å pakke sammen produkter. Pakkereisen representerer en betydelig forenkling for kundene, som istedenfor å måtte kjøpe en rekke forskjellige tjenester hver for seg, får alt på ett sted; reiseselskapene spiller således en rolle som mellommenn, og bidrar til å redusere de reisendes transaksjonskostnader. Sesongkortet kan også representere en reduksjon i transaksjonskostnadene (man slipper billettøen hver gang man skal i bakken), men må også ses som en form for prisdifferensiering; tilbyderne differensierer betalingen mellom kunder med ulik etterspørsel (inkl. kvantumsrabatt for storbrukere) og oppnår dermed en mer effektiv inndekning av de faste kostnadene (kfr. Tirole, 1988).

Bonusprogrammene inneholder tilsvarende elementer. For det første pakker programmet sammen en rekke tilleggstenester, som gjør reisen enklere og mer effektiv. Steen og Sørgard hevder at disse tjenestene kunne vært solgt hver for seg (Steen og Sørgard, 2011a, s. 4). Det kunne de naturligvis, men ikke uten å øke transaksjonskostnadene både for den reisende og selskapet. For eksempel vet alle som reiser mye, hva man vinner på tilgang til en lounge; istedenfor å måtte lete opp det offentlige toalettet, ta turen innom en avisiosk, stå i kø for å kjøpe mat og drikke for så å finne et sted med internettilgang, får man alt i loungen uten å måtte bruke knapp og kostbar tid til å kjøpe det man trenger. For flyselskapet er det enklere og billigere å selge tjenestene som en pakke, snarere enn å selge dem hver for seg.

¹² Steen og Sørgard (2011a) siterer Klemperer (1995), som skriver: *"While there are exceptions to these conclusions, they suggest a presumption that public policy should discourage activities that increase consumer switching costs (such as airlines' frequent flyer programs), and encourage activities that reduce them."* Klemperer gir ikke noen egentlig begrunnelse for hvorfor han mener man skal legge en slik "presumption" til grunn.

For det andre inneholder bonusprogrammene et element av differensiering. Gjennom gratis tilleggstjenester og bonusreiser gir selskapet et annet tilbud til dem som reiser ofte enn til dem som reiser sjelden, og utnytter derved ulikheter i kundenes betalingsvillighet til mer effektivt å inndekke faste kostnader.¹³

I tillegg gir bonusprogrammet flyselskapet tilgang til informasjon om kundene som det kan benytte til å tilpasse produktene til deres ønsker og behov, samt i markedsføringsøyemed (Emch, 2007).¹⁴ Dette er i selskapets interesse, men også i kundenes, fordi de derved får et bedre tilpasset produktspekter og informasjon om dette. I henhold til SAS er dette den viktigste betydningen av selskapets Eurobonusprogram, blant annet fordi det øker effektiviteten i kundekommunikasjonen og senker kostnader ved kampanjer betydelig. Slik sett representerer ikke bonusprogrammer en kostnad, men snarere en inntektskilde (man kan også tjene på å gi tredjepart tilgang til kundedatabasen).

PRAKTISKE BETYDNING

Ovenfor har vi diskutert hvorfor en vurdering av konkurransen i flymarkedet ikke bare kan ta utgangspunkt i den enkelte flyreise, men må ta hensyn til at flyselskapene tilbyr en rekke forskjellige produkter, dels enkeltvis og dels i kombinasjon. Det innebærer at når man skal måle den faktiske betydningen av bonusprogrammene for kundene, kan man ikke bare se på hvordan de påvirker beslutninger om den enkelte reise; man må også se på hvordan programmene påvirker de reisende mer generelt.

I denne saken har de empiriske undersøkelsene av bonusprogrammenes betydning for kundenes adferd utelukkende vurdert den lojalitetsskapende effekten

¹³ Dette er forøvrig helt konsistent med at bonusprogrammer kan øke billettprisene (kfr. Lederman, 2007, 2008), uten at man av den grunn kan hevde at bonusprogrammene er konkurransebegrensende; det samlede tilbud av tjenester, kvalitet og tilhørende priser må ses i sammenheng om man skal avgjøre om bonusprogrammene alt i alt er til fordel eller ulempe for kundene.

¹⁴ SAS bruker slik informasjon blant annet i forbindelse med ruteplanlegging, tilpasning av kapasitet i "fast track" og lounges og for målrettede markedsføringskampanjer (kfr. Copenhagen Economics, 2010, s. 8).

av bonusprogrammene.¹⁵ Disse undersøkelsene gir dermed et skjevt og mangelfullt bilde av bonusprogrammenes betydning for kundene.

Copenhagen Economics har på oppdrag fra SAS undersøkt hvorvidt grensene eller tersklene for å oppnå oppgradering av medlemsstatus, påvirker omfanget av opptjente bonuspoeng (Copenhagen Economics, 2010, 2012). Undersøkelsen dekker danske, finske, norske og svenske medlemmer av SAS' Eurobonusprogram i 2009. Den viser at når man ser på fordelingen av medlemmene etter bonuspoeng, er det relativt færre som ligger like under den kritiske grensen for oppgradering til gullkort enn man ville forvente dersom bonusprogrammet ikke hadde betydning for kundenes adferd overhodet; det ser med andre ord ut som at det er reisende som sørger for å tilpasse sitt reiseprogram slik at de sikrer seg gullkort. Denne såkalte "suction-effekten" anslås å gjelde færre enn 1000 - eller 0,5 prosent - av medlemmene av bonusprogrammet i hvert av landene. Det er ingen tilsvarende effekt ved grensen til sølvkort.

Undersøkelsen til Copenhagen Economics er blitt kritisert av Steen og Sørøgaard for å benytte en for enkel statistisk metode (Steen og Sørøgaard, 2011a). Når Steen og Sørøgaard analyser de samme dataene med en presumptivt mer sofistikert metode, får de imidlertid samme resultat.^{16,17} Steen og Sørøgaard er også kritisk til valg av sammenligningsgrunnlag, og mener at det er mer relevant å sammenligne antallet som påvirkes av gullkortgrensen med antallet medlemmer som ligger i det

¹⁵ Som forklart ovenfor, er det i tillegg undersøkt om bonusprogrammene påvirker valget av billetttype, noe som ikke synes å være tilfellet; vi kommer tilbake til dette momentet nedenfor.

¹⁶ Et eksempel på den gamle sannhet om at det ikke er nødvendig å gjøre noe komplisert når det kan gjøres enkelt. Når Steen og Sørøgaards metode "*tillater statistisk testing*", slik Konkurransetilsynet uttrykker det (Konkurransetilsynet, 2012, s. 37), skyldes det at Steen og Sørøgaard bygger sin analyse på antagelser om den underliggende adferd og stokastikk; det er ikke gitt at disse antagelsen er oppfylt i praksis.

¹⁷ Det ser forøvrig ut som Steen og Sørøgaard driver en form for dobbelttelling, i den forstand at de legger sammen antallet som ville hatt færre poeng uten "suction-effekten", med antallet som har flere poeng på grunn av denne effekten; tar man hensyn til dette, viser deres analyse at effekten bare blir halvparten så stor som anslått av Copenhagen Economics.

poengområdet der det er realistisk å oppnå gullkort; sett på denne måten blir tallet 10 prosent.¹⁸

Uansett er det mest slående i disse undersøkelsene ikke at bonusprogrammene har betydning for de reisendes adferd, men at virkningene er små. Det følger av bonusprogrammenes innretning og den prinsipielle diskusjonen ovenfor at programmene vil ha betydning for de reisendes valg, herunder hvor mye de reiser og hvordan de fordeler sine reiser mellom ulike selskaper.¹⁹ Det viser seg imidlertid at effektene er beskjedne. Det er i realiteten ingen effekt av grensen for oppgradering til sølvkort, mens effekten av grensen for gullkort er liten, hvordan man enn uttrykker den.

Som påpekt av Steen og Sørgard (2011a), oppfanger ikke disse undersøkelsene om bonusprogrammene påvirker reiseadferden mer generelt, herunder hvorvidt de reisende i større grad velger et selskap med bonusprogram for å få bonuspoeng.²⁰ Som forklart ovenfor, har det ikke vært mulig å finne markedsmessige eller konkurransemessige virkninger av bonusprogrammene. Det virker derfor lite rimelig at det skulle være mer generelle effekter på kundenes adferd - ihvertfall kan de ikke være sterke.

Konkurransetilsynet oppsummerer empirien på følgende måte (Konkurransetilsynet, 2012, s. 38):

"Konkurransetilsynet kan ikke se at det foreligger informasjon som kan slå fast at "suction"-effekten i nærheten av en terskelverdi er mindre enn tidligere antatt. Både Copenhagen Economics (2010) og Steen

¹⁸ Steen og Sørgard kritiserer også Copenhagen Economics' argumenter for hvorfor belønningstersklene er lave og lavere enn tidligere. Det er vanskelig å følge Steen og Sørgards resonneringer, og Konkurransetilsynet konkluderer da også med at det "er av den oppfatning at større fleksibilitet ved opptjening av bonuspoeng kan redusere "suction"-effekten... Tilsynet slutter seg videre til argumentet om at dersom verdien av en gratis reise er redusert, vil det kunne dempe den lojalitetsskapende effekten" (Konkurransetilsynet, 2012, s. 37).

¹⁹ Det er derfor ikke overraskende at spørreundersøkelser viser at bonusprogrammer påvirker de reisende, herunder deres lojalitet til et bestemt flyselskap, se f.eks. Doleinar *et al* (2011), Espino, Marting og Roman (2008), Hess, Adler og Polak (2007) og Suzuki (2007).

²⁰ Det er imidlertid ikke riktig at "testen er ... mer egnet til å si noe om prinsipal-agent problemet enn innelåsing som sådan" (Steen og Sørgard, 2011a, s. 24); reisende kan øke poengopptjeningen ved å forskyve reisemønsteret mot selskaper med bonusprogram, uten å måtte hverken kjøpe dyrere billetter eller utvide reiseaktiviteten.

Sørgard (2011a) finner at det er en viss tilpasning av Eurobonusmedlemmer rundt gullkortterskelen, altså at det er færre medlemmer rett under terskelen og flere rett over enn det man ville forvente. Dette gir en indikasjon på at det foreligger en "suction"-effekt rundt gullkortterskelen, men det er imidlertid usikkert hvor stor denne er. Samtidig undervurderer begge studiene «suction»-effekten både fordi det kontrafaktiske scenariet ikke kan observeres og fordi det ikke er tatt hensyn til hva summen av suction-effektene – total innelåsing – for alle terskelverdiene vil være."

I lys av denne forsiktige og balanserte oppsummeringen fremstår Konkurransetilsynets konklusjon ikke bare som overraskende, men også som ufundert: "Etter Konkurransetilsynets oppfatning er den lojalitetsskapende effekten av bonusprogrammene fortsatt betydelig, all den tid opptjeningsstrukturen i bonusprogrammene fortsatt motiverer til kjøp av flere og dyrere billetter hos ett selskap" (Konkurransetilsynet, 2012, s. 37). Når virkningen av gullkortgrensen er den eneste man klarer å finne, og når denne bare medfører "en viss tilpasning" - som tolkes som en "indikasjon" som det er "usikkert" hvor stor er - er det vanskelig å forstå hvorfor "summen av suction-effektene" kan være "betydelig". Konkurransetilsynets konklusjon kan vanskelig tolkes som annet enn at man på tross av de empiriske resultatene holder fast ved det man har "tidligere antatt".

PRINSIPAL-AGENT PROBLEMET

Konkurransetilsynet skriver (Konkurransetilsynet, 2012, s. 32):

"I forretningssegmentet er det typisk arbeidsgiver som betaler arbeidstakers reiseutgifter mens fordelene ved et bonusprogram tilfaller sistnevnte. I slike tilfeller kan det oppstå en interessekonflikt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsgiver vil typisk være opptatt av at reiseutgiftene (for en gitt kvalitet på reisen) er minst mulig, mens arbeidstaker opptjener mer bonuspoeng desto dyrere reisen er og desto flere reiser som foretas. Bonusprogrammer fører således til det som innen økonomisk litteratur omtales som "prinsipal-

agent" problemet. Med "prinsipal-agent" problemet menes der det er avvik mellom insentivene til den ansatte (agenten) og arbeidsgiver (prinsipalen), og hvor det er vanskelig for arbeidsgiver å kontrollere hvorvidt arbeidstaker opptrer på en måte som er i tråd med arbeidsgivers interesse. Bonusprogrammer kan følgelig føre til et høyere forbruk av flybilletter enn det som er effektivt sett fra arbeidsgivers side, samt at valg av reiserute og selskap kan bli mindre kostnadseffektivt."

Til dette er det innledningsvis å si at det er vanskelig å se hvorfor dette er et problem - i den grad det er et problem - som skulle bekymre konkurransemyndighetene. Lojalitetskonflikter mellom arbeidstagere og arbeidsgivere er ikke et konkurranseproblem; slike problemer kan oppstå i enhver virksomhet, enten den er utsatt for konkurranse eller ikke.²¹ I den grad dette overhodet skulle anses som et myndighetsproblem, er det helt andre myndigheter enn konkurransemyndighetene som har ansvar for å håndtere dem.

Problemstillingen kan bare være relevant for konkurransemyndighetene i den grad den har betydning for konkurransen. Spørsmålet blir da hvorvidt arbeidstagere tenderer til å opptre i strid med arbeidsgivers interesser, i hvilken grad bonusprogrammer bidrar til å forsterke en eventuell slik tendens, og om slik adferd undergraver konkurransen.²²

Generelt sett ligger det et privat element i svært mange av de beslutninger en arbeidstager tar i forbindelse med sitt arbeid. Når det gjelder reiser spesielt, vil forhold som lengde, avreise- og ankomsttid, destinasjon, flyselskap, hotell og restaurant ha betydning for den reisendes personlige trivsel og velvære; slik sett har arbeidstageren incitament til å foreta valg som vedkommende selv setter pris på, til tross for at de ikke nødvendigvis er i overensstemmelse med hensynet til en hensiktsmessig utførelse av arbeidet i snever forstand.

²¹ Det kan argumenteres for at det er mindre rom for å pådra arbeidsgiver ekstrakostnader i virksomheter som er utsatt for sterk konkurranse, men det er en annen sak.

²² Basso, Clements og Ross (2009) inneholder en teoretisk analyse av konkurransevirkningene av bonusprogrammer basert på den forutsetning av at det foreligger et prinsipal-agent problemet; spørsmålet er om denne forutsetningen holder.

Muligheten til å hente ut bonuspoeng for privat bruk, er bare ett av mange elementer som spiller inn på reisevalget. Det vil for eksempel alltid være incitament til å kjøpe en fullprisenbillet, fordi den medfører fordeler som man ikke får med en økonomiklassebillet, selv om man ser bort fra bonusopptjeningen. Det vil også være incitamenter til å påvirke reisehyppighet, destinasjon og flyselskap uansett om det finnes bonusprogram eller ikke. Prinsipielt sett er det riktig som Konkurransetilsynet hevder, at *"muligheten til å opptjene bonuspoeng til privat bruk reduserer arbeidstakers insentiver til å gjøre kostnadseffektive reisebestillinger"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 38), men dette momentet er ikke avgjørende; i den grad det finnes et lojalitetsproblem i forbindelse med forretningsreiser, eksisterer det uavhengig av om det finnes et forbud mot bonusprogrammer eller ikke.

Konkurransetilsynet og SAS har begge gjennomført spørreundersøkelser for å belyse problemstillingen. Disse undersøkelsene viser for det første at norske bedrifter gjennomgående har rutiner som sikrer at arbeidstagernes reiser er i samsvar med arbeidsgivernes ønsker og behov. Dessuten viser undersøkelsene at muligheten for å opptjene bonuspoeng til privat bruk ikke representerer et problem.²³

De aller fleste bedriftene tillater opptjening av bonuspoeng for privat bruk. Det kan forklares av to forhold. For det første anser bedriftene at deres rutiner er tilstrekkelige til at ordningen ikke misbrukes. For det andre har den ansatte og bedriften i stor grad sammenfallende interesser når det gjelder bonusprogrammer. De fordeler man oppnår som bonusmedlem - som egne innsjekkingsskranker, "fast track" i sikkerhetskontrollen og tilgang til lounge - gjør ikke bare reisen mer behagelig, men også mer effektiv.²⁴ Bonusbilletene tilfaller riktignok arbeidstager

²³ Steen og Særgard (2011a) henviser til studier som indikerer at bonusprogrammer kan ha vært problematisk for bedrifter, men som forfatterne påpeker er *"alle de nevnte studiene ... mer enn 20 år gamle og fra USA, så man bør imidlertid være varsom med å overføre de konkrete tallene til norske forhold idag"* (Steen og Særgard, 2011a, s. 7).

²⁴ Det er således slående at medlemmer av bonusprogrammer særlig fremhever egne innsjekkingsskranker, tilgang til lounges og muligheten for å oppgradere billetter som de viktigste fordeler ved bonusprogrammer - gratis bonusreiser rangeres lavere (Copenhagen Economics, 2010, s. 7; Steen og Særgard, 2011a, s. 4). I Questbacks undersøkelse på oppdrag fra SAS, der bedriftene ble bedt om å angi på en skala fra 1 (mindre viktig) til 7 (meget viktig) forskjellige elementers betydning for innkjøpspolicyen, oppnådde kategorien "Fordelsprogrammets (Eurobonus) serviceelementer for å effektivisere reisen (lounge, fast track, ekstra bagasje, prioritert innsjekk, prioritert booking etc.)" en score på 4,88; til sammenligning var scoren for pris 5,97, tidtabell 5,90 og total reisetid 5,77 (Questback, 2011).

og ikke arbeidsgiver, men verdien er uansett beskjedent (og anses kan hende som en velfortjent kompensasjon for strabasene med hyppig reisevirksomhet).^{25,26}

Det er forøvrig verdt å legge merke til at dersom bonusprogrammene virkelig ble oppfattet som et problem for arbeidsgiverne, ville det være svært enkelt for dem å gjøre noe med det. Én mulighet er å gjøre som i staten, der privat bruk av bonuspoeng er forbudt. Et alternativ er å kreve at poengene brukes i forbindelse med arbeidsreiser, til oppgradering eller erstatning for ordinære kjøp. Når de fleste arbeidsgivere har valgt ikke å begrense bruken av bonuspoeng - sammenholdt med det faktum at de har et meget bevisst forhold til de ansattes reisevirksomhet - kan det ikke tolkes på annen måte enn at de ikke anser dette som noe problem.^{27,28}

Det er derfor overraskende at Konkurransetilsynet kommer til motsatt konklusjon, når det skriver at det er *"tilsynets oppfatning at prinsipal-agent problemet fortsatt er til stede hva angår kjøp av flybilletter for tjenestereiser"* (Konkurransetilsynet, 2012, s. 39). Igjen synes det som man fastholder en oppfatning ikke på grunn av, men på tross av resultatene av egne og andres undersøkelser.

²⁵ De poengene som gir rett til gullkort i det norske Eurobonusprogrammet, tilsvarer en tur-returbillett på økonomiklasse til en destinasjon i Europa, med en verdi på maksimalt noen få tusen kroner (f.eks. kreves det 40.000 Eurobonuspoeng for en rundreise mellom Oslo og Roma, som ellers kan kjøpes hos SAS til rundt kr. 2 000,-).

²⁶ Steen og Sørgard (2011a) påpeker at det kan være et skattemotiv for at arbeidsgiverne aksepterer privat bruk av bonuspoeng, i den grad dette ikke kommer til beskatning. Isåfall har vi ikke med et prinsipal-agent problem å gjøre, fordi arbeidsgiveren er innforstått med arbeidstagerens opptreden.

²⁷ I Questbacks undersøkelse referert ovenfor, oppnådde kategorien "Kontroll av ansattes opptjening og bruk av bonuspoeng" en gjennomsnittsscore på 2,39, mens medianen var 1; halvparten av de spurte anså altså dette som mindre viktig, og det var bare 8,6 prosent som ga dette elementet en score over 4 ("nøytralt").

²⁸ Steen og Sørgard (2011a, s. 7) hevder at *"det kan være vanskelig for enkeltbedrifter å nekte sine ansatte opptjening av bonuspoeng, da det alt annet likt vil gjøre denne arbeidsplassen mindre attraktiv enn en arbeidsplass hvor den ansatte kan opptjene bonuspoeng."* Det gis ingen dokumentasjon for denne påstanden, eller forklaring på hvorfor det ikke ville være mulig å kompensere for den eventuelle ulempen på andre måter. Påstanden motsies forøvrig av Konkurransetilsynets undersøkelse - som gjengis av Steen og Sørgard (Steen og Sørgard, 2011a, s. 8) - der noen bedrifter oppgir at de enten forbyr privat bruk av bonuspoeng eller krever at poengene om mulig skal tas ut til arbeidsreiser.

KONKLUSJON

Konkurransetilsynet har foretatt en evaluering av grunnlaget for forbudet mot bonusprogrammer i innenriks luftfart. I dette notatet har jeg diskutert de mest sentrale elementer i denne evalueringen. Det leder til følgende konklusjoner:

Det er ikke påvist noen årsakssammenheng mellom forbudet mot bonusprogrammer og etableringen av konkurranse på norske innenriksruter. Selv om det i teorien kan argumenteres for at det under visse forutsetninger kan eksistere en slik sammenheng, gjenfinnes den ikke i empirien; tvertimot tyder Konkurransetilsynets undersøkelser på at forbudet mot bonusprogrammer ikke har hatt noen betydning for konkurransen.

Det er heller ikke noe som tyder på at en opphevelse av forbudet vil undergrave konkurransen. Argumentet om at innføring av bonusprogrammer kan medføre at eksisterende aktører trekker seg helt eller delvis ut fra mindre ruter, er svakt fundert, både teoretisk og empirisk. Konkurransetilsynets modellberegninger av en eventuell innføring av bonusprogrammer bygger på sviktende antagelser og gir ikke dekning for å hevde at programmene vil svekke konkurransen.

Det er ikke godtgjort at det er mulig å trekke en grense mellom ruter der konkurransen er tilstrekkelig robust til å tåle bonusprogrammer og der den ikke er det. De norske innenriksrutene er store i skandinavisk og europeisk sammenheng, og tildels vesentlig større enn mange ruter der konkurransen later til å fungere utmerket til tross for (eller på grunn av) at bonusprogrammer er i bruk. Det er således vanskelig å se grunnlaget for den forskjellsbehandling Konkurransetilsynet foreslår mellom de tre største innenriksrutene på den ene side og de andre innenriksrutene på den andre.

Konkurransetilsynets evaluering bygger på en forståelse av bonusprogrammene som gir et skjevt bilde av deres betydning for flyselskapene og passasjerene. Det medfører at man tenderer til å overse de gunstige sidene ved bonusprogrammer og dermed overdrive de potensielt konkurransebegrensende virkninger. Det gjelder spesielt den lojalitetskonflikt mellom arbeidsgiver og arbeidstager som

bonusprogrammene påstås å gi opphav til; det er ingenting i Konkurransetilsynets undersøkelser som tyder på at denne konflikten er reell.

Konkurransetilsynet har fått utført en rekke empiriske undersøkelser for å avdekke bonusprogrammenes innvirkning på de reisende, flyselskapene og konkurransen dem imellom. Til tross for at undersøkelsene er både omfattende og grundige, er de stort sett resultatløse: Bonusprogrammene har en viss betydning for de reisendes adferd, men den er liten. Det er ingenting som tyder på at arbeidsgiverne anser bonusprogrammene som problematiske; tvertimot verdsetter de bonusfordelene de ansatte oppnår når de reiser i jobb. Og det er absolutt ingen indikasjoner på at bonusprogrammene har konkurransebegrensende virkninger.

Når Konkurransetilsynet velger å holde fast ved nødvendigheten av et forbud mot bonusprogrammer i norsk innenriks luftfart, er det derfor på tross av, og ikke på grunn av, de undersøkelsene tilsynet har fått utført.

REFERANSER

Asker og Bærum tingrett (2008), Dom i sak 06-168763TVI-AHER/2, avsagt 19. mai 2008.

Banerjee, Abhijit og Lawrence H. Summers (1987), On frequent flyer programs and other loyalty-inducing economic arrangements, Discussion paper no. 1337, Harvard Institute of Economic Research.

Basso, Leonardo J., Matthew T. Clements og Thomas W. Ross (2009), Moral hazard and custom loyalty programs, *American Economic Journal: Microeconomics* 1, 101-123.

Berry, Steven, Michael Carnall og Pablo T. Spiller (2006), Airline hubs: costs, markups and the implications of customer heterogeneity, kapittel i D. Lee (red.) *Advances in Airline Economics, Volume I, Competition and Antitrust*, Amsterdam: Elsevier.

Bilotkach, Volodymyr (2009), Parallel frequent flyer program partnership: impact on frequency, notat, University of California – Irvine.

Borenstein, Severin (1989), Hubs and high fares: airport dominance and market power in the U.S. airline industry, *RAND Journal of Economics* 20, 344-65.

Borenstein, Severin (1996), Repat-buyer programs in network industries, kapittel i W. Sichel (red.) *Network, Infrastructure, and the New Task for Regulation*, University of Michigan Press, 137-159.

Borenstein, Severin og Nancy L. Rose (1994), Competition and price dispersion in the US airline industry, *Journal of Political Economy* 102 (4), 653-83.

Borenstein, Severin og Nancy L. Rose (2008), How airline markets work... or do they? Regulatory reform in the airline industry, National Bureau of Economic Research working paper nr. 13452, kommer i N. Rose (red.) *Economic Regulation and Its Reform: What Have We Learned?*, University of Chicago Press.

Brander, James A. og Anming Zhang (1990), Market conduct in the airline industry: An empirical investigation, *Rand Journal of Economics* 21, 567-83.

Cairns, Robert D. og John W. Galbraith (1990), Artificial compatibility, barriers to entry, and frequent flyer programs, *Canadian Journal of Economics* 23 (4), 807-16.

Caminal, Ramon og Adina Claici (2007), Are loyalty-rewarding pricing schemes anti-competitive?, *International Journal of Industrial Organization* 25, 657-74.

Caminal, Ramon og Carmen Matutes (1990), Endogenous switching costs in a duopoly model, *International Journal of Industrial Organization* 8, 353-73.

Copenhagen Economics (2010), The Role of Frequent Flyer Programmes in Norway 2010, notat skrevet på oppdrag fra SAS, 15. november 2010.

Copenhagen Economics (2012), Frequent Flyer Programmes in Norway - Comments to Steen and Sørgard, notat skrevet på oppdrag fra SAS 27. januar 2012.

DN (2012), Kaospilotene, *Dagens Næringsliv* 5. mai, 33-43.

Dolnicar, Sara, Klaus Gabler, Bettina Grün og Anna Kulnig (2010), Key drivers of airline loyalty, *Tourism Management* 32, 1020-6.

Emch, Adrian (2007), Frequent flyer programmes under Article 82 EC – is the sky the only limit?, *World Competition* 30 (4), 645-73.

Espino, Raquel, Juan Carlos Martín og Concepción Román (2008), Analyzing the effect of preference heterogeneity on willingness to pay for improving service quality in an airline context, *Transportation Research Part E* 44, 593-606.

Evans, William N. og Ioannis N. Kessides (1993), Localized market power in the U.S. airline industry, *The Review of Economics and Statistics* 75 (1), 66-75.

FAD (2012), Høring - Evaluering av grunnlaget for forskrift om forbud mot bonusprogram i innenriks luftfart, høringsbrev, 7. mars 2012.

Fudenberg, Dan og Jean Tirole (1984), The fat cat effect, the puppy dog ploy and the lean and hungry look, *American Economic Review, Papers and Proceedings* 74, 361-8.

Hess, Stephane, Thomas Adler og John W. Polak (2007), Modeling airport and airline choice behavior with the use of stated preference survey data, *Transportation Research Part E* 43, 221-33.

Kim, Byong-do, Mengze Shi og Kannan Srinivasan (2001), Reward programs and tacit collusion, *Marketing Science* 20 (2), 99-120.

Klemperer, Paul (1987), Markets with consumer switching costs, *Quarterly Journal of Economics* 102, 375-94.

Klemperer, Paul (1995), Competition when consumers have switching costs: overview with applications to industrial organization, macroeconomics, and international trade, *Review of Economic Studies* 62, 515-39.

Konkurransetilsynet (2012), Evaluering av grunnlaget for forskrift om forbud mot bonusprogram i innenriks luftfart, høringsnotat offentlig versjon, 6. mars 2012.

Lederman, Mara (2008), Are frequent-flyer programs a cause of the "hub premium"?, *Journal of Economics & Management Strategy* 17 (1), 35-66.

Lederman, Mara (2007), Do enhancements to loyalty programs affect demand? The impact of international frequent flyer partnerships on domestic airline demand, *RAND Journal of Economics* 38 (4), 1134-58.

Lee, Darin og María José Luengo-Prado (2005), The impact of passenger mix on reported hub premiums in the U.S. airline industry, *Southern Economic Journal* 72 (2), 372-94.

Levine, Michael E. (1987), Airline competition in deregulated markets: theory, form strategy, and public policy, *Yale Journal on Regulation* 393-494.

Liu, Yuping (2007), The long-term impact of loyalty programs on consumer purchase behavior and loyalty, *Journal of Marketing* 71, 19-35.

Moen, Espen R. og Christian Riis (2009), Kommentarer til erstatningssak reist av NAS mot SAS, *Oeconomica*, 7. juni 2009.

Nako, S. M. (1992), Frequent flyer programs and business travelers: an empirical investigation, *Logistics and Transportation Review* 28, 395-414.

Norman, Victor D. (2008), Konsekvenser av SAS' innsyn i pris- og passasjerlysninger hos Norwegian - modellberegninger, vitneutsagn for Asker og Bærum tingrett, 14. april 2008.

Questback (2011), Gjeninnføring av fordelsprogram på norsk innland?, spørreundersøkelse gjennomført på oppdrag fra SAS, 21. juli 2011.

Sharp, Byron og Anne Sharp (1997), Loyalty programs and their impact on repeat-purchase loyalty patterns, *International Journal of Research in Marketing*, 14, 473-86.

Stephenson, Frederick J. og Richard J. Fox (1992), Corporate strategies for frequent-flyer programs, *Transportation Journal* 32 (1), 38-50.

Steen, Frode (2011), Flyøkonometrivåren 2011, notat 27. september 2011.

Steen, Frode og Lard Sørsgard (2002), Price discrimination in the airline industry', rapport skrevet på oppdrag av nordiske konkurransemyndigheter (<http://fagbokforlaget.no/filarkiv//price-discrimination.pdf>).

Steen, Frode og Lars Sørsgard (2011a), Copenhagen Economics om bonusprogrammer - noen kommentarer, notat skrevet på oppdrag fra Konkurransetilsynet, 27. juni 2011.

Steen, Frode og Lars Sørsgard (2011b), En oppsummering av de empiriske funnene i forbindelse med Eurobonusprosjektet, notat datert 29. september.

Sutton, J. (1992), *Sunk Costs and Market Structure*, Cambridge, Mass: MIT Press.

Suzuki, Yoshinori (2007), Modeling and testing the "two-step" decision process of travelers in airport and airline choices, *Transportation Research Part E*, 43, 1-20.

Tirole, Jean (1988), *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, Mass: The MIT press.

Tretheway, M. W. (1989), Frequent flyer programs: marketing bonanza or anti-competitive tool?, *Journal of Transportation Research Forum* 30, 195-201.