



Konkurransetilsynet  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

Oslo, 2. mai 2016  
Ref: M6893587/1/113318-  
031/HCST  
Ansvarlig advokat:  
Håkon Cosma Størdal

Sendes kun per e-post til: [post@kt.no](mailto:post@kt.no), [gjne@kt.no](mailto:gjne@kt.no) og  
[mask@kt.no](mailto:mask@kt.no)

## INNEHOLDER FORRETNINGSHEMMELIGHETER

### SAK NR.: 2015/0444 – SOGN OG FJORDANE FYLKESKOMMUNE – TORGHATTEN ASA

#### 1. INNLEDNING

Vi viser til tidligere korrespondanse og møter i anledning saken.

I møte 18. april 2016 uttrykte Konkurransetilsynet en foreløpig bekymring knyttet til transaksjonens mulige konkurransemessige virkninger. Slik vi oppfattet det, er tilsynet særlig bekymret for to forhold: i) at transaksjonen vil kunne legge til rette for en koordinering mellom Fjord1 og Torghatten, og/eller ii) at Torghatten, som følge av endrede økonomiske insentiver, ensidig vil tilpasse sin markedsadferd og konkurrere litt mindre hardt med Fjord1.

For så vidt gjelder spørsmålet om det foreligger en risiko for koordinering, vises det til tidligere redegjørelser både i brev og i møter med Konkurransetilsynet. Partene mener som kjent at transaksjonen ikke gir grunnlag for noen konkurransebegrensende koordinering. For å fjerne enhver usikkerhet på dette punktet, har partene valgt å fremsette forslag til avhjelpende tiltak. Disse er nærmere beskrevet i brev 2. mai 2016 fra adv. Solberg, og adresserer fullt ut Konkurransetilsynets bekymring.

Fokus i det følgende vil derfor være på spørsmålet om Torghatten etter transaksjonen har insentiver til å konkurrere litt mindre hardt med Fjord1, herunder hvilken rettslig terskel som gjelder for et mulig inngrep på dette grunnlaget.

Etter praksis kan det ikke være tvilsomt at terskelen for å gripe inn mot en transaksjon basert på en forventning om fremtidig adferd, er høy. Konkurransetilsynet må både sannsynliggjøre at den aktuelle adferden vil komme til å materialisere seg, og at den vil ha konkurransebegrensende virkninger. Enhver fremoverskuende analyse vil være beheftet med betydelig grad av usikkerhet, noe som skjerper kravet til dokumentasjon. Det er ikke tilstrekkelig på generelt grunnlag å vise til at et delvis eierskap kan gi endrede insentiver. Som vi kommer tilbake til nedenfor, kreves det klare bevis for at Torghatten vil handle på en bestemt måte og at handlingen – om den gjennomføres – vil ha konkurransebegrensende virkninger. Noen slike bevis foreligger ikke i denne saken.

Videre, understrekes det at konkurransen i fergemarkedet p.t. er velfungerende. For at det skal foreligge grunnlag for inngrep mot transaksjonen, må derfor Konkurransetilsynet sannsynliggjøre at Torghattens erverv "vil føre til" en vesentlig konkurransebegrensning. Utgangspunktet for denne vurderingen vil være konkurransesituasjonen slik den er i dag, se punkt 5 nedenfor.

## **2. KORT OM RETTSKILDEBILDET**

Som tidligere redegjort for bl.a. i brev 11. mars 2016, kan Torghattens økonomiske interesse i Fjord1 likestilles med et minoritetseierskap. Torghatten vil etter transaksjonen kun eie 29,5 % av Fjord1 (indirekte gjennom F1 Holding), og ved vurderingen av mulige insentivvirkninger, er det denne eierandelen som må legges til grunn. Følgelig vil også praksis og teori knyttet til mulige insentivvirkninger av minoritetseierskap være direkte relevant for vår sak.

Videre, kan det også hentes veiledning fra praksis som gjelder vertikale- og konglomeratfusjoner når det gjelder terskelen for inngrep. Dette fordi det i disse sakene nettopp er snakk om å ta stilling til om foretaket har insentiver og muligheter til å opptre på en bestemt måte etter transaksjonen.

## **3. TORGHATTEN VIL IKKE HA INSENTIVER TIL Å KONKURRERE MINDRE HARDT MED FJORD1 SOM FØLGE AV TRANSAKSJONEN**

Oslo Economics har på oppdrag fra partene undersøkt nærmere hvorvidt Torghatten etter transaksjonen har insentiver til å konkurrere mindre hardt med Fjord1.

**Vedlegg 1:** Oslo Economics, Ensidige effekter – Torghattens deleierskap i Fjord1, 4. mai 2016

Som det fremgår av vedlagte PowerPoint presentasjon (som er tenkt gjennomgått i møte med Konkurransetilsynet), er dette ikke tilfellet. Oslo Economics viser særlig til tre forhold som både vurdert isolert og i felleskap tilsier at Torghatten ikke har noen insentiver til å konkurrere mindre aggressivt etter transaksjonen:

1. Torghattens eierandel i Fjord1 er begrenset (kun 29,5 %) – insentiv til å sikre flest kontrakter til egen heleid virksomhet, noe som er klart mest lønnsomt.
2. Partene er ikke nære konkurrenter – anbudsdata viser at partene kun disiplinerer hverandre 1 av 10 anbudskonkurranser. Hvis Torghatten skulle konkurrere mindre hardt, er det derfor ikke sannsynlig at Fjord1 vil vinne kontrakten til en høyere pris. Torghatten risikerer i en slik situasjon å tape et betydelig antall kontrakter til andre aktører enn Fjord1.
3. Modellen for beregning av vederlaget for aksjene i F1 Holding AS gir Torghatten insentiver til å vinne flest kontrakter selv.

## **4. DET STILLES STRENGE BEVISKRAV FOR Å GRIPE INN PÅ GRUNNLAG AV EN FORVENTNING OM FREMTIDIG ADFERD**

Det stilles strenge krav til bevisene og grundigheten av Konkurransetilsynets analyse for å gripe inn på grunnlag av en forventning om fremtidig konkurransebegrensende adferd.

At terskelen for inngrep må settes høyere når skadehypotesen er at transaksjonen kan gi endrede insentiver, understøttes bl.a. av uttalelser i NOU 2012:7, der utvalget vurderte om minoritetsserverv bør gi grunnlag for inngrep.

Lovutvalget uttrykte i denne sammenheng tvil om hvorvidt rene insitamentsvirkninger bør være tilstrekkelig til å begrunne et inngrep (s. 150):

*"[...] Videre er utvalget i tvil om rene incitamentsvirkninger bør være tilstrekkelig til å begrunne et inngrep, jf. punkt 1 ovenfor. Det fremgår at disse incitamentsvirkningene er omstridte, og fremstår som vanskelig å påvise. Tatt i betraktning den terskelen som inngrepsvilkåret «vil begrense konkurransen vesentlig i strid med lovens formål» oppstiller, har utvalget problemer med å se at slike virkninger vil kunne forutses med tilstrekkelig sikkerhet til å begrunne et inngrep. Dette forholdet tilsier imidlertid ikke at kontrollen med minoritetsserverv*

*bør avvikes, men at en sammenkobling med fusjonskontrollens materielle inngrepsvilkår ikke er optimalt."*

Videre, må terskelen skjerpes ytterligere når muligheten for å utveksle sensitiv informasjon effektivt er forhindret, slik som i vår sak. Utveksling av sensitiv informasjon kan bidra til at markedet blir mer gjennomskiktig og kan øke risikoen for at partene tilpasser seg hverandres adferd selv om ikke samordning finner sted.<sup>1</sup> Når en slik mulighet er effektivt forhindret gjennom de etablerte avtalereguleringene og det fremsatte tilbudet om avhjelpende tiltak, er potensielle ensidige virkninger enda vanskeligere å forutse, og terskelen for inngrep må følgelig skjerpes ytterligere.

Når det gjelder vurderingen av hvorvidt en bekymring om eventuell fremtidig adferd kan danne grunnlag for inngrep, har EU-domstolen gitt uttrykk for hva som kreves. I *Tetra Laval/Sidel* slo domstolen fast at sannsynligheten for en bestemt adferd etter fusjonen må vurderes konkret og grundig, herunder at Kommisjonen må ta hensyn til *både* insentivene til slik adferd og hensyn som kunne redusere eller eliminere slike insentiver, typisk at adferden ville være ulovlig, se avsnitt 74 flg.<sup>2</sup>

Det har senere blitt gjentatt i bl.a. *GE Honeywell*, der Retten uttalte:

*"433 It must be borne in mind that in Tetra Laval v Commission, paragraph 58 above, the Court expressed itself in relatively strict terms in relation to the question of the evidence which the Commission must produce if it relies, as part of its analysis, on the fact that an undertaking will adopt a given course of conduct in the future and that as a result a dominant position will be created, holding that it is incumbent upon that institution to produce 'convincing evidence' in such a case (see, in particular, paragraph 154 et seq. of the judgment). As the Court of Justice held, approving that part of the judgment on appeal, the Court of First Instance by no means added a condition relating to the requisite standard of proof when expressing itself in such terms but merely drew attention to the essential function of evidence, which is to establish convincingly the correctness of an argument or, as in the present case, of a merger decision (Commission v Tetra Laval, paragraph 60 above, paragraph 41)."*<sup>3</sup> (Våre understrekninger)

Retten fremhevet at Kommisjonen må legge frem "convincing evidence" for sannsynligheten av en bestemt adferd.

Det fremkommer av dommen, at når det gjelder økonomiske studier, er det ikke tilstrekkelig at det kun vises til en økonomisk teori som kan støtte opp om en mulig hypotese, dersom den ikke er anvendt direkte på de konkrete omstendighetene i saken.

Det kan heller ikke legges vekt på en modell som er usikker uten generell aksept. Retten la derfor til grunn at Kommisjonen i sin avgjørelse ikke hadde tilstrekkelig grunnlag for å konkludere med at partene ville gjennomføre mixed bundling. Kommisjonens henvisning til "The Cournot effect of bundling" var ikke tilstrekkelig til å bevise at partene hadde insentiver til å bundle produktene, da denne teorien krever en detaljert empirisk analyse. Kommisjonen hadde i stedet brukt en modell som angivelig skulle vise at bundling kunne ha konkurransebegrensende virkninger i saken, men uten å foreta slike konkrete vurderinger. Denne modellen var imidlertid i strid med flere andre økonomers oppfatninger. Retten la derfor til grunn at modellen var kontroversiell, og at Kommisjonens konklusjon derfor ikke var en direkte og automatisk konsekvens av den økonomiske teorien, se avsnitt 456. Retten uttalte i denne sammenheng at:

<sup>1</sup> Gabrielsen, Hjelmeng og Sørgard, Rethinking Minority Share Ownership and Interlocking Directorships: The Scope for Competition Law Intervention, *European Law Review Issue 6*, 2011, s. 855, 843

<sup>2</sup> Sak C-12/03 P, *Tetra Laval/Sidel*.

<sup>3</sup> Case T-210/01, *General Electric Company v Commission*, ECR 2005 II-05575 avsnitt 433. Se også avsnitt 295, 327, 464

"462. Bearing in mind all of the foregoing, in the absence of a detailed economic analysis applying the Cournot effect theory to the particular circumstances of the present case, it cannot be concluded from the Commission's brief mention of that theory in the contested decision that the merged entity would have been likely to engage in mixed bundling after the merger. The Commission could produce convincing evidence within the meaning of the judgment in *Tetra Laval v Commission*, paragraph 58 above, by relying on the Cournot effect only if it demonstrated its applicability to this specific case. Accordingly, by merely describing the economic conditions which would in its view exist on the market after the merger, the Commission did not succeed in demonstrating, with a sufficient degree of probability, that the merged entity would have engaged in mixed bundling after the merger"

I saken gikk Retten langt i sin overprøving av Kommisjonens vurderinger, og fant at det også på flere andre punkter forelå utilstrekkelige bevis. Dette blant annet fordi Kommisjonen ikke hadde foretatt tilstrekkelig omfattende vurderinger av den bestemte strategiens lønnsomhet, de avskrekkende virkningene av forbudsbestemmelsen i TFEU Artikkel 102, og fordi enkelte økonomiske analyser ikke var omfattende nok.

Dommen viser med all tydelighet at det gjelder en høy terskel for å gripe inn på grunnlag av en antakelse om at en bestemt adferd vil komme til å bli implementert i fremtiden. Avgjørelsen må også sees på som utslag av en generell rettsopfatning med gyldighet utover det tilfellet som ble behandlet i dommen.

I *Cisco Systems Inc.* slo også retten fast at det kreves håndfaste bevis ("tangible evidence") for at en bestemt type adferd vil materialisere seg.<sup>4</sup> I den konkrete saken hadde en konkurrent klaget på Kommisjonens avgjørelse om ikke å gripe inn mot en transaksjon der Microsoft ervervet kontroll over Skype. Retten la til grunn at de fremlagte bevisene for at det etter transaksjonen ville foreligge *muligheter* for utestengende adferd var vage og generelle, og det var ikke gitt håndfaste bevis. Dette var ikke tilstrekkelig. Det var heller ikke fremlagt spesifikk informasjon om lønnsomheten av den bestemte adferden, og retten fant dermed at det heller ikke var grunnlag for å konkludere med at det fusjonerte selskapet hadde *insentiver* til å implementere en utestengende strategi:

"133. There are therefore no tangible factors to support the conclusion that the new entity would have the incentive to implement a market foreclosure strategy."

Også i juridisk teori er det lagt til grunn at det stilles strenge krav til bevis for at en bestemt adferd i fremtiden skal kunne danne grunnlag for inngrep; "[...] the Commission will still have to produce a solid basis for the prediction that the merged entity will undertake leveraging [...]".<sup>5</sup> Det er også fremhevet at det kan argumenteres for at beviskravet er strengere når Kommisjonen baserer seg på omfattende økonomiske skadeteorier, særlig hvis disse er basert på adferdsmessige forhold og ikke strukturelle faktorer.<sup>6</sup>

De strenge kravene som stilles til konkurransemyndighetenes vurderinger etter rettspraksis, er også reflektert i Kommisjonens senere avgjørelser. Vurderingene er gjennomgående svært konkrete, omfattende og basert på kompliserte økonomiske analyser. Samtidig er Kommisjonen tilbakeholden med å gripe inn i slike saker. En slik tilbakeholdenhet illustreres bl.a. av *Tomtom/Tele Atlas*, der transaksjonen ble akseptert

<sup>4</sup> Sak T-79/12 *Cisco Systems Inc.* [2013] ECR 2013-00000, avsnitt 124-133

<sup>5</sup> Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. utg. Avsnitt 5.865

<sup>6</sup> Faull & Nikpay, avsnitt 5.1189

etter en grundig og krevende økonomisk analyse av partenes økonomiske incentiver og markedsforholdene, til tross for klager fra andre markedsaktører.<sup>7</sup>

Det følger av praksis, gjennomgått ovenfor, at Konkurransetilsynet må legge frem solide og håndfaste bevis for at Torghatten vil konkurrere mindre hardt med Fjord1 etter transaksjonen for at det skal foreligge inngrepsgrunnlag. Noen slike bevis finnes ikke. Som det bl.a. fremgår av analysen til Oslo Economics, har ikke Torghatten noen incentiver til å konkurrere mindre hardt med Fjord1 etter transaksjonen. Det rasjonelle for Torghatten vil være å kapre flest mulig kontrakter til eget konsern, fordi Torghatten i en slik situasjon vil motta hele gevinsten. Den avtalte vederlagsmodellen har også en tilsvarende virkning, se punkt 3 ovenfor.

## **5. DET STILLES STRENGE BEVISKRAV FOR Å LEGGE TIL GRUNN ET ANNET KONTRAFAKTISK SCENARIO ENN STATUS QUO**

I dialogen med Konkurransetilsynet, har vi fått inntrykk av at tilsynet i sin analyse av transaksjonens mulige virkninger vil legge til grunn et annet kontrafaktisk scenario enn status quo. Det kan synes som om tilsynet mener at partene i fravær av transaksjonen vil konkurrere hardere med hverandre, herunder by på kontrakter i et større geografisk område enn tidligere.

Det følger av Kommisjonens horisontale retningslinjer at status quo normalt skal legges til grunn som den relevante alternativsituasjonen. Tilsvarende følger også av Konkurransetilsynets praksis, se for eksempel vedtak V2015-24 (Coop/Ica-saken) med ytterligere henvisninger.<sup>8</sup> I Coop/Ica-saken understreket tilsynet også at det kreves støtte i konkrete holdepunkter og analyser dersom en annen markedsutvikling enn status quo skal legges til grunn. Terskelen er således høy.

I samsvar med det ovennevnte, må Konkurransetilsynet sannsynliggjøre, med støtte i konkrete holdepunkter og analyser, at det er grunnlag for et annet kontrafaktisk scenario enn status quo. Noen slike holdepunkter foreligger ikke i denne saken.

Med vennlig hilsen  
for Advokatfirmaet Wiersholm AS

Håkon Cosma Størdal  
hcst@wiersholm.no

---

<sup>7</sup> Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. utg. Avsnitt 5.811, sak COMP/M.4854 *Tomtom/Tele Atlas* (2008)

<sup>8</sup> Vedtak V2015-24- Coop Norge Handel AS – ICA Norge AS, 04.03.2015. Se også Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 17. april 2009 på klage på Konkurransetilsynets vedtak, V2008-22 Opplysningen Mobil AS – Aspiro Søk AS.