



Strengt konfidensielt – fra ekstern advokat

Til: Sogn og Fjordane fylkeskommune v/fylkesrådmann Tore Eriksen

Fra: Advokatfirmaet Wiersholm AS (Håkon Cosma Størdal og Marie Wangsmo Haugland)

Ansv. advokat: Håkon Cosma Størdal

Dato: 26. mai 2016

KONKURRANSETILSYNETS VARSEL OM INNGREP – OPPSUMMERING OG VURDERING

1. INNLEDNING

Konkurransetilsynet varslet Sogn og Fjordane fylkeskommune ("**SFJ**") om at det kan bli aktuelt å gripe inn mot Torghatten ASA ("**Torghatten**") sitt erverv av 50 % av aksjene i F1 Holding AS ("**F1 Holding**") den 20. mai 2016. Frist for å inngi merknader til varselet er 10. juni 2016.

Etter mottak av varselet har Torghattens advokat gjennomført et møte med Konkurransetilsynet. Formålet med dette møtet var å utforske mulighetene for godkjenning basert på et konkret forslag til strukturelle tiltak (salg av virksomhet). Tilbakemeldingen fra tilsynet var at det vil kreves svært betydelige tiltak for at transaksjonen skal kunne godkjennes, og at Torghattens foreløpige tanker om salg av virksomhet ikke ville være tilstrekkelig. Gitt tilsynets utgangspunkt, er det vesentlig at Torghatten arbeider målrettet med og fremsetter et tiltak som kan være egnet til å avbøte tilsynets bekymring. Derneft, blir det viktig å utforme et tilsvar som er så godt begrunnet at tilsynet blir usikker på egne vurderinger, og at vi også på denne måten bidrar til å øke sannsynligheten for godkjenning. I denne sammenheng, er det vår vurdering at samtlige innvendinger til Konkurransetilsynet varsel bør behandles og anføres nå, og at det ikke er noe å tjene på å utsette dette til en eventuell klagerunde.

I det følgende oppsummeres hovedpunktene i varselet. I tillegg vil vi angi hvilke punkter som det kan være særlig grunn til å angripe i et tilsvar til Konkurransetilsynet.

2. NOEN OVERORDNEDE BETRAKTNINGER

Konkurransetilsynet har foretatt en omfattende undersøkelse av fergemarkedet, men konkludert i motsatt retning av partene på flere punkter. Gjennomgående har tilsynet lagt seg på en relativt streng linje og det er bl.a. lagt stor vekt på innspillene fra Statens vegvesen.

Etter vårt syn, gir Konkurransetilsynets varsel et ensidig og ikke helt objektivt bilde av konkurransesituasjonen i de berørte markedene både før og etter foretakssammenslutningen. Videre, fremstår tilsynets utvalg av dokumentasjon som noe selektiv, og forhold som taler i partenes favør synes ikke å være vektlagt i nevneverdig grad. Det kan derfor virke som at tilsynet først har bestemt seg for en konklusjon og deretter utformet begrunnelsen.

Betydningen av at transaksjonen gjelder erverv av felles kontroll og *ikke* enekontroll er i liten grad problematisert av tilsynet. Varselet gir inntrykk av at Konkurransetilsynet uten videre likestiller transaksjonen med en full fusjon, og at Fjord1 og Torghatten etter transaksjonen vil inngå i samme økonomiske enhet. Etter vårt syn, er et erverv av felles kontroll prinsipielt sett noe annet enn erverve *enekontroll*, og virkningene på konkurransen vil derfor være ulike (se mer om dette i punkt 5.1). At tilsynet ikke har vektlagt dette i sin virkningsanalyse, herunder betydningen av hvorvidt krll. § 10 kommer til anvendelse på forholdet mellom Fjord1 og Torghatten etter transaksjonen, mener vi er en metodisk svakhet som kan angripes i tilsvaret.

Vi mener også at Konkurransetilsynet tar feil når det legger til grunn at atferdstiltak ikke kan tillegges vekt i saken på prinsipielt grunnlag. EU-kommisjonens praksis viser tvert imot at adferdsreguleringer er relevante for å avhjelpe bekymringer i sammenlignbare saker. Det avgjørende må etter vårt syn være at de fremlagte tiltakene faktisk avbøter tilsynets bekymringer. Det er gode argumenter for at dette er tilfellet i vår sak, i alle fall hvis Torghatten i tillegg forplikter seg til å stemme på samme måte som SFJ i strategiske spørsmål.

Dersom Konkurransetilsynet opprettholder sitt prinsipielle syn om at atferdstiltak ikke kan vektlegges, er det videre vår oppfatning at forholdsmessigheten av et eventuelt inngrep kan diskuteres.

Når det gjelder vurderingen av konkurransen i fergemarkedet, har tilsynet i liten grad tatt hensyn til betydningen av nye miljøkrav og hvordan dette påvirker eksisterende operatørens eventuelle fordeler som følge av kompetanse og lokalkunnskap. Rapporten til Oslo Economics gir støtte for at konkurransen begynner på nytt når det utlyses nye kontrakter med strengere miljøkrav, hvilket etter vår oppfatning har sentral betydning for forståelsen av markedsforholdene i fergemarkedet.

Tilsynet har heller ikke lagt særlig vekt på de mulighetene innkjøper har til å legge til rette for fungerende konkurranse i markedet. Også på dette punktet, mener vi at tilsynets standpunkter kan utfordres. Etter vår vurdering, er det flere forhold som klart tilsier at oppdragsgiver har kjøpermakt i fergemarkedet.

3. TILSYNETS VURDERING AV PARTENES FORSLAG TIL AVHJELPENDE TILTAK

Konkurransetilsynet har lagt til grunn at den type avtaleverk som partene har fremlagt og foreslått stadfestet som avhjelpende tiltak ikke kan tillegges vekt, da dette ville være egnet til å undergrave tilsynets rolle i fusjonskontrollen (avsnitt 322).

Her mener vi at Konkurransetilsynet tar feil. EU-kommisjonens praksis viser at adferdsreguleringer er relevante og har vært tillagt vekt i sammenlignbare saker. Videre, dersom transaksjonen aksepteres på slike vilkår, vil Konkurransetilsynet nettopp ha utøvet kontroll over transaksjonen. Tilsynets begrunnelse faller dermed på sin egen urimelighet.

Dersom Konkurransetilsynet opprettholder sitt prinsipielle syn om at atferdstiltak ikke kan vektlegges, er det videre vår oppfatning at forholdsmessigheten av et eventuelt inngrep kan diskuteres. Det synes å være uforholdsmessig overfor partene dersom tilsynet griper inn av prinsipielle grunner, til tross for at bekymringene ikke lar seg realisere rent faktisk.

Det avgjørende må etter vårt syn være at de fremlagte tiltakene faktisk eliminerer tilsynets bekymringer, men her har vi nok en vei å gå for å overbevise Konkurransetilsynet.

Et ytterligere atferdsmessig tiltak som kan være hensiktsmessig å fremsette, som også har vært diskutert mellom partene, er at Torghatten forplikter seg til aldri å stemme i mot strategiske beslutninger som bidrar til å styrke/opprettholde Fjord1s konkurransekraft. Et annet tiltak som bør vurderes er også om vesentlige beslutninger knyttet til anbudsprosesser utelukkende skal legges til administrasjonen i Fjord1. Dette vil effektivt kunne bidra til at Torghatten ikke får noen påvirkningsmuligheter på hvilke samband Fjord1 skal by på. Det kan også fremsettes forslag om at hele avtaleverket gjøres bindende, og at

det etableres en rapporteringsordning som er ment å sikre at partene etterlever forpliktelsene.

4. MARKEDSAVGRENSNING

4.1 Produktmarked

Konkurransetilsynet har, i strid med partenes oppfatning, lagt til grunn at det er et separat marked for henholdsvis drift av fergesamband og hurtigbåtsamband (avsnitt 82). Varselet fokuserer utelukkende på fergemarkedet.

Etter vår vurdering, foreligger det argumenter for at drift av ferge- og hurtigbåter utgjør ett marked. I lys av tilsynets argumentasjon i varselet, er vi imidlertid i tvil om det vil ha noe for seg å angripe dette. Vi anser det derfor som mest hensiktsmessig å la produktmarkedsavgrensningen ligge i denne omgang.

4.2 Geografisk marked

Tilsynet vurderer det geografiske markedet for å være nasjonalt (avsnitt 100). Ifølge tilsynet er det ikke grunnlag for at markedet har en videre utstrekning, ettersom det ikke finnes internasjonale aktører på fergemarkedet i dag og det ikke er kommet frem opplysninger som tilsier at markedet har en internasjonal utstrekning (avsnitt 99).

Det er riktig at det så langt ikke har vært internasjonale aktører som har inngitt tilbud på kontrakter i Norge. Vi mener likevel at det vil være en internasjonalisering av markedet fremover, som følge av at konkurransen nullstilles ved innføring av nye miljøkrav o.l. Det kan derfor stilles spørsmål ved om tilsynet har definert markedet for snevert.

5. KONKURRANSEBEGRENSENDE VIRKNINGER

5.1 Vurderingstema

Som nevnt innledningsvis, synes Konkurransetilsynet ikke å være enige i at foretakssammenslutningen *ikke* innebærer en reduksjon av antall aktører på fergemarkedet fra fire til tre. Ifølge tilsynet er det avgjørende at Torghatten vil ha mulighet til å blokkere for strategiske beslutninger i Fjord1 (avsnitt 113). Tilsynet synes derfor å likestille foretakssammenslutningen med en fusjon, og tar ikke hensyn til at Fjord1 og Torghatten etter transaksjonen fortsatt vil være to separate foretak.

Etter vårt syn, er et erverv av felles kontroll prinsipielt sett noe annet enn erverv enekontroll. Riktignok vil Torghatten, som påpekt av tilsynet, kunne blokkere avgjørelser i Fjord1 som følge av transaksjonen (og nettopp derfor er det tale om en foretakssammenslutning). Følgelig vil Torghatten, i fravær av aksjonæravtalens reguleringer, teoretisk kunne bruke sin innflytelse til å bidra til at Fjord1 enten ikke byr på samband eller tar en høyere pris. Som tidligere argumentert for, er det vanskelig å se hvilke økonomiske motiver Torghatten skulle ha for å implementere en slik strategi. Dette gjelder særlig ettersom den effektive (indirekte) eierandelen i Fjord1 bare er 29,5 %. En annen utfordring er at analysen forutsetter at man ser helt bort i fra aksjonæravtalens reguleringer og de foreslåtte avhjelpende tiltakene, noe vi mener det ikke er grunnlag for.

Videre, er det en sentral forskjell mellom en fusjon og erverv av felleskontroll, at partene ikke fritt kan koordinere alle sine virksomheter. En naturlig konsekvens av en *fusjon* er at det fusjonerte selskapet lovlig kan koordinere virksomhetene sine, fordi det er tale om samme økonomiske enhet. Etter vårt syn, vil imidlertid partene etter denne transaksjonen ikke inngå i samme økonomiske enhet, og direkte koordinering mellom Fjord1 og Torghattens sjøvirksomhet vil derfor kunne rammes av krfl. § 10. Dette innebærer også at virkningene av denne transaksjonen blir vesentlig forskjellige sammenlignet med virkningene av en fusjon. En ting er at Torghatten teoretisk kan forhindre Fjord1 i å by på kontrakter en annen ting er lovligheten av en direkte koordinering mellom ledelsen i Fjord1 og f.eks. Torghatten Nord. Det siste vil kunne rammes av krfl. § 10.

At tilsynet ikke har vektlagt det ovennevnte i virkningsanalysen, herunder anvendelsen av krrl. § 10, mener vi er en metodisk svakhet som kan og bør angripes i tilsvaret.

5.2 Årsakssammenheng

Konkurransetilsynet går i liten grad inn på hvor sannsynlig det er at transaksjonen får konkurransebegrensende virkninger. Dette vil blant annet bero på hvor sannsynlig det er at Torghatten handler i strid med avtaleverket som er gjort bindende mellom partene, herunder om det er sannsynlig at Torghatten vil implementere en strategi som innebærer at Fjord1s konkurransekraft svekkes.

5.3 Betydningen av at det er et anbudsmarked

Etter tilsynets vurderinger, utgjør fergemarkedet ikke et perfekt anbudsmarked, og dermed vil en reduksjon av antall aktører i markedet kunne redusere konkurransen (avsnitt 141).

Det er nok riktig at ikke samtlige av de såkalte Klemperer-kriteriene er oppfylt i fergemarkedet. Dette er imidlertid heller ikke nødvendig ifølge teori og praksis for at konkurransen skal fungere. Etter vår oppfatning, er tilsynets analyse i varselet for enkel. Vi savner en grundig vurdering av de enkelte kriteriene knyttet opp mot de faktiske forholdene i denne saken.

Videre, mener vi at det må vektlegges at Klemperers teori fokuserer på anbudsmarkeder med kun to konkurrenter. I vårt tilfelle er det flere konkurrenter, og dermed må det også stilles mindre strenge krav til at Klemperer-vilkårene er oppfylt.

Konkurransetilsynet undervurderer også betydningen av at konkurransen kan sies å starte på nytt i de tilfeller hvor det kreves nytt materiell, jf. analysen til Oslo Economics.

5.4 Analyse av konkurransesituasjonen

5.4.1 Innledning

Tilsynet har ikke tatt stilling til om konkurransen er vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen, da transaksjonen uansett vil føre til en begrensning av konkurransen (avsnitt 288). Den mest direkte konkurransemessige virkningen av foretakssammenslutningen er, ifølge tilsynet, bortfallet av konkurransepress mellom partene.

5.4.2 Markedsandeler og konsentrasjon

Konkurransetilsynet har beregnet markedsandeler basert på omsetningstall. Det er også gjort en alternativ beregning ut fra PBE og antall ferger. Tilsynet har lagt til grunn at Fjord1 og Torghatten er henholdsvis største og nest største aktør i markedet uavhengig av hvilken metode som er benyttet. Tilsynet har også, på bakgrunn av Herfindahl-Hirschmann-indeksen, funnet at markedet er sterkt konsentrert (beregnet til 3155 for 2014).

At Konkurransetilsynet finner at markedet har en høy HHI, er ikke overraskende for et marked hvor det i hovedsak kun er fire aktører. Etter vårt syn, undervurderer imidlertid tilsynet betydningen av at det er et anbudsmarked. Anskaffelsesformen innebærer at både konsentrasjonen i markedet og markedsandelene er av mindre betydning. Særlig kan størrelsen på markedsandelene gi et misvisende bilde, tatt i betraktning at inntil 70 av 119 fergesamband skal lyses ut og settes i drift innen 2020 (se avsnitt 140). Dette bør påpekes i tilsvaret.

5.4.3 Konkurransenærhet

Konkurransetilsynet har foretatt en egen analyse av anbudsdata (fra 2004-2015) innhentet fra Statens vegvesen og fylkeskommunene. Basert på undersøkelsene (inntatt i tabell 3 og 4) konkluderer tilsynet med at Fjord1 og Torghatten ofte konkurrerer mot hverandre (henholdsvis 45 og 50 prosent av gangene) og at de er å anse som nære konkurrenter

(avsnitt 175). Resultatene indikerer imidlertid også at Norled er Fjord1s nærmeste konkurrent, og ikke Torghatten. Konsekvensen av dette, nemlig at det er Norled som er nærmest til å vinne en kontrakt dersom Fjord1 øker prisene og taper konkurransen, er ikke berørt. Dette er noe som bør adresseres i tilsvaret.

Tilsynet slår videre fast at det ikke bare er anbudshistorikken som tilsier at Fjord1, Torghatten og Norled er nære konkurrenter, men også det faktum at de har relativt store fartøyflåter, administrative ressurser og tilgang til kapital. Konkurransetilsynet nevner imidlertid ikke betydningen av geografiske kjerneområder i denne sammenheng, hvilket etter vårt syn er relevant i vurderingen av hvorvidt partene kan sies å være nære konkurrenter. At tilsynet ikke nevner geografisk beliggenhet i vurderingen av konkurransenærhet, samsvarer i liten grad med tilsynets vurdering av om aktørene er differensierte. I denne vurderingen uttaler tilsynet at "[g]eografisk beliggenhet for et nytt samband i forhold til en aktørs eksisterende samband kan også ha betydning for en aktørs vurdering knyttet til deltakelse i anbudskonkurranser" (avsnitt 127).

Som det fremgår ovenfor, er det flere forhold ved tilsynets analyse av konkurransenærhet som kan adresseres i tilsvaret.

5.4.4 Etableringshindringer

Tilsynet legger til grunn at det foreligger betydelige etableringshindre i fergemarkedet (avsnitt 232). Særlig tilgang på kapital fremheves (avsnitt 213), og fergereederier som i stor grad har avskrevet sine ferger vurderes å ha en fordel sammenlignet med nye aktører.

Etter vår vurderinger overdriver Konkurransetilsynet tilgangen på kapital som et etableringshinder. Vi har derimot ikke sett hvilke krav til egenkapital som stilles for investeringer i skip ettersom dette er sladdet i tilsynet varsel.

Selv om Konkurransetilsynet erkjenner at nye miljøkrav vil kunne redusere etableringshindringer i form av tilgang på kapasitet, mener tilsynet at etablerte aktører likevel vil ha en fordel som følge av at de har relevant erfaring (avsnitt 231). Etter vårt syn, kan det stilles spørsmål ved om kompetanse og lokalkunnskap er nok til å utgjøre et *betydelig* etableringshinder. I de fleste bransjer er det behov for spesifikk bransjekunnskap, slik at dette ikke er unikt for dette markedet. Videre, vil økt bruk av bruttokontrakter redusere fordelene av å ha kjennskap til lokale forhold (risikoen for lav lønnsomhet reduseres).

5.4.5 Potensiell konkurranse

Tilsynet vurderer potensiell konkurranse fra utenlandske aktører som begrenset, og legger til grunn at det viktigste hinderet for utenlandske aktører er kompetanse og særnorske krav og regler. Det samme gjelder potensiell konkurranse fra hurtigbåtrederier, da de har behov for økt kapital mv.

Etter vårt syn, er det ikke grunnlag for å avfeie at det er potensiell konkurranse i fergemarkedet. Som nevnt over, er det også mulig å utfordre tilsynet når det gjelder størrelsen på etableringshindringene. Dersom drift av fergesamband blir mer lønnsomt i fremtiden, kan det etter vårt syn ikke utelukkes at utenlandske aktører vil kunne etablere seg i fergemarkedet.

5.4.6 Kjøpermakt

Tilsynet hevder at innkjøperne i en begrenset grad kan utøve kjøpermakt. For det første, anser tilsynet det ikke som sannsynlig at oppdragsgiverne vil ha kapasitet til å anskaffe materiell for å lyse ut rene driftskontrakter, og det vil være avhengig av politiske føringer (avsnitt 255).

Her kan det imidlertid pekes på representantforslaget til Stortinget om ny organisering av fergesamband gjennom etablering av statlig selskap, som gir uttrykk for at det er politisk

vilje til å gjøre slike endringer (<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Representantforslag/2015-2016/dok8-201516-069/>).

For det andre, viser tilsynet til at mangel på enhetlig og koordinert innkjøp mellom fylkeskommunene og Statens vegvesen, samt at det er et fåtall rederier som deltar i anbudskonkurransene, indikerer at innkjøperne i begrenset grad er i posisjon til å utøve kjøpermakt.

Et argument om manglende koordinering av innkjøp er imidlertid vanskelig å forene med at det er en felles vegadministrasjon på regionalt nivå for riks- og fylkesvei. Ordningen med felles veiadministrasjon innebærer nettopp at staten og fylkeskommunene bruker samme vegadministrasjon til å utføre henholdsvis riks- og fylkesvegoppgaver.¹ Tilsynet slår også fast at Statens vegvesen, ved sine regionskontorer, bistår flere fylkeskommuner med å administrere fylkesvegsamband (avsnitt 45).

Graden av kjøpermakt synes undervurdert av tilsynet, og dette bør klart adresseres i tilsvaret.

5.5 Tilsynets konklusjon

Konkurransetilsynet slår fast at foretakssammenslutningen kan føre til økte priser, dårligere service, lavere kvalitet og reduserte insentiver for intern effektivitet. I fravær av effektivitetsgevinster som følge av foretakssammenslutningen, konkluderer tilsynet i varselet med at transaksjon må stanses.

¹ Statens vegvesen, informasjon om felles veiadministrasjon, tilgjengelig på: <http://www.vegvesen.no/fag/Veg+og+gate/Sams+vegadministrasjon/Sams+vegadministrasjon+p%C3%A5+regionalt+niv%C3%A5/sams-vegadministrasjon-p%C3%A5-regionalt-niv%C3%A5-1>