



# Konfidensielt notat 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: 28. juli 2016

---

## KONKURRANSETILSYNETS VEDTAK – OPPSUMMERING OG VURDERING

### 1. INNLEDNING

Konkurransetilsynet ("KT") nedla forbud mot Torghatten ASA ("**Torghatten**") sitt erverv av 50 % av aksjene i F1 Holding AS ("**F1 Holding**") 14. juli 2016. Frist for å påklage KT's vedtak er torsdag 4. august 2016.

I det følgende vil vi gi en overordnet vurdering av vedtaket, herunder angi om det foreligger grunnlag for å påklage KT's beslutning til Nærings- og Fiskeridepartementet.

### 2. KONKLUSJON

Etter vår vurdering foreligger det grunnlag for å fremsette en klage, men det er usikkert om den vil føre frem.

KT's vedtak er omfattende, basert på en rekke markedsundersøkelser og fremstår som gjennomarbeidet. Når det er sagt, er det også svakheter ved vedtaket. Det gjelder for eksempel KT's analyse av transaksjonens konkurransemessige virkninger. KT legger til grunn at virkningene av ervervet må likestilles med en full fusjon, noe vi mener det ikke er tilstrekkelig grunnlag for. KT har heller ikke tatt stilling til om konkurranseloven (krnl.) § 10 kommer til anvendelse og legger begrensninger på partenes handlefrihet. Krnl. § 10 forbyr ethvert samarbeid mellom uavhengige foretak som enten har til formål eller virkning å begrense konkurransen vesentlig. Etter vår vurdering, vil bestemmelsen kunne være til hinder for at Fjord1 AS ("**Fjord1**") og Torghattens datterselskaper koordinerer sine virksomheter i fergemarkedet.

Videre mener vi at KT ikke i tilstrekkelig grad har hensyntatt at den største kunden (staten) fastlegger premissene for innkjøp av fergetjenester, og kan legge til rette for virksom konkurranse. Til sist mener vi at vurderingen av de foreslåtte atferdsmessige tiltakene bør utfordres.

Det er derimot ikke gitt at departementet vil komme til et annet resultat enn KT. Vi mener likevel det er verdt å få prøvd KT's vurderinger av klageinstansen. Vi har i denne vurderingen lagt særlig vekt på at kostnadene forbundet med en klage er beskjedne. Dette fordi det ble nedlagt et betydelig arbeid i forbindelse med utforming av partenes tilsvarende til KT's varsel om inngrep. I tillegg har partene ingen særlig nedside ved å påklage vedtaket. Saken reiser flere prinsipielle spørsmål og det er derfor grunn til å få vurdert disse med nye

øyne. Også sakens omfang og kompleksitet tilsier at det er grunnlag for å få en fornyet vurdering.

Det kan utover dette tenkes at fylkeskommunen vil vektlegge også andre forhold når det skal tas stilling til om KT's vedtak skal påklages. Vi går ikke nærmere inn på slike mulige hensyn i dette notatet.

### **3. OM VEDTAKET**

#### **3.1 Innledning**

KT's vedtak gjentar i hovedsak vurderingene fra varselet datert 20. mai 2016. KT har ikke endret oppfatning, og har gjennomgående falt ned på et annet resultat enn det partene har argumentert for.

Vi vil nedenfor gjennomgå hovedpunktene i vedtaket, herunder KT's markedsavgrensning, betydningen av at det etableres felles kontroll, kravet til årsakssammenheng og særlig om betydningen av at fergemarkedet er et anbudsmarked (se punkt 3.2 til 3.5). I tillegg gjennomgås KT's analyse av konkurransemessige virkninger i punkt 3.6. KT's vurdering av de foreslåtte avhjelpende tiltakene er behandlet i punkt 4.

For fullstendighetens skyld, har vi også kort kommentert våre tidligere risikovurderinger (utarbeidet i forkant av transaksjonen og som ble oversendt fylkeskommunen i september 2015), se punkt 6, nedenfor.

#### **3.2 Markedsavgrensning**

KT har lagt til grunn at det relevante markedet omfatter drift av fergesamband i Norge. I vurderingen har KT bl.a. lagt vekt på at drift av ferge og hurtigbåt har ulike formål, og at en hurtigbåt dermed ikke vil kunne erstatte en ferge.

I lys av KT's argumentasjon og det faktum at det ikke har vært noen internasjonale aktører som har inngitt tilbud på kontrakter i Norge, vurderer vi sannsynligheten som liten for å vinne frem med en annen markedsavgrensning ved en eventuell klage.

#### **3.3 Betydningen av at det etableres felleskontroll**

I likhet med varselet, legger KT i vedtaket til grunn at foretakssammenslutningen innebærer en reduksjon av antall aktører i fergemarkedet fra fire til tre. Ifølge KT er det avgjørende at Torghatten vil ha mulighet til å blokkere for strategiske beslutninger som gjelder Fjord1.

KT slår fast at partenes avtalemekanismer ikke vil motvirke de negative virkningene av ervervet ettersom styremedlemmene forutsetningsvis alltid vil følge aksjonærenes interesser.

Etter vårt syn, kan KT ikke begrunne konkurransebegrensende virkninger basert på en forutsetning uten noen nærmere analyse. KT kan heller ikke se helt bort fra aksjonæravtalens reguleringer og de foreslåtte avhjelpende tiltakene. Dette bør adresseres i en eventuell klage til departementet.

Videre, og som tidligere argumentert for, er det vanskelig å se hvilke økonomiske motiver Torghatten skulle ha for å implementere en konkurransebegrensende strategi ettersom den effektive (indirekte) eierandelen i Fjord1 bare er 29,5 %. Ifølge KT vil imidlertid Torghattens muligheter og insentiver til å påvirke Fjord1 sin markedsmessige atferd ikke være relevant, fordi det etter KT's oppfatning ikke er snakk om et fullfunksjons fellesforetak og krrl. § 16 femte ledd er derfor heller ikke anvendelig.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Krrl. § 16 (5) har følgende ordlyd: I den utstrekning opprettelsen av et fellesforetak som utgjør en foretakssammenslutning etter § 17, har til formål eller virkning å samordne fortsatt uavhengige foretaks konkurransemessige atferd, skal denne samordningen vurderes etter § 10 med sikte på å fastslå om det skal gripes inn mot foretakssammenslutningen.

Vi er ikke enige i dette utgangspunktet. For det første mener vi det kan argumenteres for at krrl. § 16 femte ledd kommer til anvendelse uavhengig av om det gjelder et fullfungerende fellesforetak eller ikke. For det andre mener vi at Fjord1 er et fullfungerende fellesforetak. KT har ikke gitt noen begrunnelse på dette punktet, hvilket er en svakhet ved vedtaket som bør adresseres i en eventuell klage.

Endelig er det en vesentlig forskjell mellom en fusjon og erverv av felleskontroll, nemlig 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, kan det argumenteres for at partene etter denne transaksjonen ikke vil inngå i samme økonomiske enhet, og at en direkte koordinering mellom Fjord1 og Torghattens sjøvirksomhet derfor vil kunne rammes av krrl. § 10. Dette innebærer også at virkningene av transaksjonen blir forskjellige sammenlignet med virkningene av en fusjon. Dette er ikke behandlet av KT, og må således anses som en mangel ved vedtaket.

### 3.4 Årsakssammenheng

KT 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. Dette er også en svakhet som bør adresseres i en eventuell klage.

### 3.5 Betydningen av at fergemarkedet er et anbudsmarked

I partene sitt tilsvaer ble det påpekt at KTs analyse av hvorvidt fergemarkedet utgjør et perfekt anbudsmarked var svært enkel. KT har i noen grad svart på kritikken og utdypet enkelte punkter ytterligere i vedtaket. Imidlertid er det knapt gitt noen begrunnelse for hvorfor det vil være en fordel å ha eksisterende materiell i fremtidige konkurranser, og partenes merknad om at konkurransen begynner på nytt når det stilles krav til nytt fergemateriell, er ikke behandlet.

### 3.6 Analyse av konkurransesituasjonen

#### 3.6.1 Markedsandeler og konsentrasjon

KT har beregnet markedsandeler basert på omsetningstall, ut fra PBE og antall ferger. KT har lagt til grunn at Fjord1 og Torghatten er henholdsvis største og nest største aktør i markedet uavhengig av hvilken metode som benyttes.

KT har også funnet at markedet er sterkt konsentrert (Herfindahl-Hirschman Index (HHI)<sup>2</sup> er beregnet til 3155 for 2014). Dette er ikke så overraskende gitt at det i hovedsak er fire aktører i markedet.

Etter vårt syn, undervurderer KT betydningen av at det er et anbudsmarked. Anskaffelsesformen innebærer at både konsentrasjonen i markedet og markedsandelene er av mindre betydning. Videre 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. Til tross for at det ble påpekt i partenes tilsvaer, er dette ikke kommentert av KT.

#### 3.6.2 Konkurransenærhet

KT har omtrent utelukkende benyttet den samme teksten som i varselet, til tross for at partene i tilsvaret viste at det er mulig å komme til ulike konklusjoner basert på det samme tallmaterialet. Dette er ikke problematisert av KT, og vi mener at vurderingen av konkurransesituasjonen kan utfordres i en eventuell klage.

---

<sup>2</sup> Mål på hvor konsentrert et marked er.

### 3.6.3 Etableringshindringer

På samme måte som i varselet, legger KT til grunn at det foreligger betydelige etableringshindringer i fergemarkedet. Både kravet til betydelige investeringer, kompetanse, tilgang på kapital og mangel på tilgjengelig materiell fremheves, samt stordriftsfordeler. KT tilbakeviser partenes påstand om at et begrenset annenhåndsmarked indikerer at det er mulig å selge fartøyet til en god pris, og overser merknadene til Oslo Economics om at analysen av fergemarkedet er ensidig og selektiv, og at rapporten konkluderer med at kompetanse og tilgang til kapital ikke er betydelige etableringshindringer. På dette punktet fremstår vedtaket som relativt svakt.

Derimot tar KT hensyn til partenes argumenter om at det vil bli behov for en del nybygg fremover for å tilfredsstille nye miljøkrav, hvilket vil fremtvinge en fornying av fergeflåten. Likevel fastholder KT at etablerte aktører også i de tilfeller der anbudsgrunnlaget medfører at man må investere i nytt materiell, vil ha en fordel fremfor nye aktører ved at de har relevant erfaring, herunder erfaring med drift og vedlikehold av materiell, og erfaring med å kontrahere nye fartøy.

### 3.6.4 Potensiell konkurranse

KT står fast ved at potensiell konkurranse fra utenlandske aktører er 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 mulig å argumentere for at det er potensiell konkurranse i fergemarkedet. Når det er sagt foreligger det ingen bevis på at utenlandske aktører har budt på kontrakter i Norge og KT har også gjort relativt omfattende undersøkelser på dette punktet. Hvis vi ikke har noen nye opplysninger å komme med, er det sannsynlig at departementet vil falle ned på samme konklusjon.

### 3.6.5 Kjøpermakt

KT har kommet til at de offentlige innkjøperne til en viss grad kan stimulere til økt deltakelse og konkurranse bl.a. gjennom kontraktens utforming. Imidlertid mener KT at mangel på enhetlig og koordinert innkjøp mellom fylkeskommunene og Statens vegvesen, politiske føringer, samt at det er et fåtall rederier som deltar i konkurransene, tilsier at kjøpermakten er begrenset.

Utfordringen på dette punktet er at den største innkjøperen i klare ordelag har uttrykt at transaksjonen er problematisk og at de ikke vil kunne utøve kjøpermakt. Vi synes fortsatt det foreligger gode argumenter for at kjøpermakt vil kunne motvirke et forsøk på å utnytte markedsrett, men det er ikke gitt at departementet vil la seg overbevise. Dette særlig pga. vegvesenets holdning.

## 4. KT SIN VURDERING AV PARTENES FORSLAG TIL AVHJELPENDE TILTAK

Både de strukturelle og de atferdsmessige tiltakene ble avvist av KT.

I dialogen med KT like forut for inngivelse av de strukturelle tiltakene kom det frem at et salg av FosenNamsos mest sannsynlig ikke ville være tilstrekkelig til å avbøte KTs bekymringer. Torghatten måtte derfor ha tilbudt et mer omfattende strukturelt tiltak, hvis transaksjonen skulle ha blitt godkjent før KTs endelige vedtak.

Når det gjelder de atferdsmessige tiltakene, mener vi at KT er for streng når det legges til grunn at atferdstiltak ikke kan tillegges vekt i saken. I forlengelsen av dette, mener vi at den praksis som partene har vist til i tilsvaret er relevant og må tillegges vekt. Dette bør adresseres i en eventuell klage.

## 5. KT SIN KONKLUSJON

KT slår fast at foretakssammenslutningen virker konkurransebegrensende og vil føre til økte priser, dårligere service, lavere kvalitet og reduserte incentiver for intern effektivitet. KT har derimot ikke kommentert det paradoksale ved at transaksjonen behandles som en fusjon, og at partene ikke kan ta ut noen effektivitetsgevinster gjennom en konsolidering. Fjord1 og Torghattens sjøvirksomhet kan ikke direkte koordinere sine aktiviteter. En slik koordinering vil kunne rammes av krfl. § 10. Som nevnt ovenfor, er det en klar mangel ved vedtaket at forholdet til krfl. § 10 ikke er behandlet. Dette bør adresseres i en eventuell klage.

## 6. TIDLIGERE RISIKOVURDERINGER

I vår risikovurdering av 27. september 2015 – som utgjorde deler av beslutningsgrunnlaget for fylkestinget 23. november 2015 – konkluderes det med følgende:

"Etter vår vurdering foreligger det klar risiko for at Konkurransetilsynet vil kunne komme til å stanse et mulig salg av 50 % av aksjene i Fjord1 til Torghatten, hvis ikke avhjelpende tiltak tilbys."

For så vidt gjelder avhjelpende tiltak, fremgår følgende av risikovurderingen:

"Torghatten har signalisert at salg av FosenNamsos kan være aktuelt. Etter vår vurdering, vil et slikt salg kunne bidra til å styrke konkurransen ved at en av de øvrige aktørene får økt kapasitet. Vi har også fått opplyst at fergemateriellet til FosenNamsos ikke er utdatert og at det kan benyttes i forbindelse med fremtidige anbudskontrakter. Det foreligger derfor gode grunner for at et slikt salg bør kunne aksepteres som et tilstrekkelig avhjelpende tiltak, men det kan ikke utelukkes at Konkurransetilsynet vil ønske mer omfattende tiltak."

Ovennevnte vurderinger var også bakgrunnen for vår anbefaling om at Torghatten burde ta risikoen for KT's behandling og konklusjon i saken, herunder at det ble fremforhandlet et "break fee" på MNOK 15 for det tilfellet at utfallet ville være negativt.

For øvrig er det (på godt og vondt) betydelig sammenfall mellom våre vurderinger og KT's konklusjoner. Det gjelder kanskje med unntak av spørsmålet om konkurransenærhet, hvor vi la til grunn at partene ikke er hverandres nærmeste konkurrenter. Dette er også riktig basert på anbudshistorikken, og KT er ikke uenig i at Norled er en *nærere* konkurrent til Fjord1 enn Torghatten. KT legger imidlertid ikke vekt på dette skillet i sin analyse. Det at Fjord1 er Norleds nærmeste konkurrent tilsier videre at KT ville ha stanset en transaksjon som hadde involvert Fjord1 og Norled.

KT legger til grunn at Boreal i liten grad utgjør en konkurransefaktor. Vi mener KT undervurderer Boreals muligheter til å vinne fremtidige kontrakter særlig hensett til Boreals kapitalsterke eier.

Videre la vi til grunn (på bakgrunn av mottatt informasjon) at oppdragsgiver har virkemidler som kan iverksettes dersom partene skulle forsøke å utnytte markedsmakt, hvilket er egnet til å redusere transaksjonens mulige negative virkninger. KT la, som nevnt ovenfor, i sin vurdering til grunn at de offentlige innkjøperne til en viss grad kan stimulere til økt deltakelse gjennom kontraktens utforming. Til tross for dette, fant KT likevel at kjøpermakten var begrenset, basert på informasjon fra høringsrunden (særlig Statens vegvesen).

I risikoanalysen fremhevet vi også at etableringsmulighetene i utgangspunktet er gode, under henvisning til et *Information memo* fra DHT (februar 2015). Videre ble det presisert at: "vi mener nok likevel at det er risiko for at Konkurransetilsynet kan komme til at det foreligger etableringshindringer og at de allerede etablerte aktørene har en fordel."

At det var inngrepsrisiko forbundet med transaksjonen fremgår også av DHTs presentasjon 23. november 2015. Det følger av presentasjonen at avhjelpende tiltak måtte påregnes for å

oppnå godkjenning. Samtidig fremgår det at dersom krav fra KT stopper transaksjonen pga. at de avbøtende tiltakene ikke er tilstrekkelige, må Torghatten betale MNOK 15 til fylkeskommunen som kompensasjon.