Konkurransetilsynet
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Sendes kun per e-post til post@kt.no, gjne@kt.no og mask@kt.no

Oslo, 11. mars 2016
Ref: M6790370/1/113318-031/HCST
Ansvarlig advokat: Håkon Cosma Størdal

INNEHOLDER FORRETNINGSHEMMELIGHETER

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

1. INNLEDNING

Vi viser til møte med Konkurransetilsynet 1. mars 2016, samt Konkurransetilsynets varsel om at inngrep kan bli aktuelt, datert 4. mars 2016.

Basert på varselet og Konkurransetilsynets tilbakemelding i nevnte møte, kan det synes som om tilsynet vurderer den meldte transaksjonen som en full sammenslåing av Fjord1 AS ("**Fjord1**") og Torghatten ASA ("**Torghatten**") sin sjøvirksomhet ("**Torghatten Sjø**"). Også Konkurransetilsynets spørsmålsstilling i brev sendt til kunder og konkurrenter, og til dels også høringsstansenes svar, bærer preg av det samme.

Som tidligere påpekt, er det *ikke riktig* å behandle den meldte transaksjonen som en sammenslåing av Fjord 1 og Torghatten Sjø, da den strukturelle endringen kun består i at Torghatten erverver *felles kontroll* i F1 Holding AS ("**F1 Holding**"), som eier 59 % i Fjord1. Det skjer således ingen sammenslåing av Fjord1 og Torghatten Sjø. Dette er uthevet allerede i partenes melding 29. januar 2016 (punkt 9.2), og er gjentatt i senere kontakt med Konkurransetilsynet, senest i møte den 1. mars 2016.

Torghatten skal heller ikke overføre noen form for virksomhet til F1 Holding. Først hvis en av partene skulle velge å utløse den opsjonen som følger av partenes aksjonæravtale, vil Torghatten få enekontroll i F1 Holding. Utøves opsjonen vil ny melding til Konkurransetilsynet være påkrevet.

Det Konkurransetilsynet nå skal vurdere er derfor *utelukkende* hvilke konkurransemessige virkninger Torghattens erverv av felles kontroll i F1 Holding vil kunne ha. Foreliggende transaksjon er noe *annet* enn en foretakssammenslutning mellom Fjord1 og Torghatten Sjø, og det vil åpenbart åpne opp for feil rettslige vurderingstemaer og kunne lede til et galt resultat dersom Konkurransetilsynet behandler ervervet som om det var tale om erverv av enekontroll.

Fjord1 vil *ikke* inngå i samme økonomiske enhet som Torghatten, og Torghatten kan *ikke* alene fastlegge Fjord1s kommersielle strategi. Sogn og Fjordane Fylkeskommune ("**SFJ**") og Torghatten må være enige om vesentlige veivalg. Til dette kommer at Havilafjord AS har en eierandel på 41 % i Fjord1, noe som også legger begrensninger på hvilke beslutninger F1 Holding kan treffe som majoritetseier i Fjord1.

Foruten feil rettsanvendelse, vil Konkurransetilsynets vurdering også bero på feil faktum dersom tilsynet skulle legge til grunn at transaksjonen vil innebære en konsolidering fra fire til tre store aktører i ferge- og hurtigbåtmarkedet.

Spørsmålet tilsynet skal ta stilling til er hvorvidt Torghatten, som en følge av erverv av felles kontroll i F1 Holding, både vil ha muligheter og insentiver til å begrense konkurransen mellom Torghatten Sjø og Fjord1. Hvis begge disse vilkårene er oppfylt, er neste spørsmål om konkurransen i markedet begrenses vesentlig som en følge av dette. Som begrunnet i meldingen, og som utdypet nærmere nedenfor, mener vi at dette ikke er tilfellet.

I punkt 2 nedenfor redegjøres først for hvorfor det rettslig sett ikke er riktig å vurdere transaksjonen som en sammenslåing av Fjord1 og Torghatten Sjø. Ettersom dette er et helt grunnleggende premiss ved vurderingen av foretakssammenslutningen, bes det vennligst om at Konkurransetilsynet klargjør sitt standpunkt i denne sammenheng.

I punkt 3 vil vi gjennomgå faktiske forhold som klart viser at Torghatten verken har insentiver eller muligheter til å begrense konkurransen mellom de to fergeselskapene. Sentralt i denne forbindelse er at Torghatten har en klar interesse i at Torghatten Sjø sin posisjon i anbudsmarkedet for ferge- og hurtigbåt ikke på noen måte svekkes. Tilsvarende har SJF ingen insentiver til å bidra til at Fjord1s stilling forringes.

Videre vil reguleringer i partenes avtaleverk forhindre at Torghatten kan forfordele egen virksomhet til skade for Fjord1. I forlengelsen av dette, bemerkes det også at en eventuell koordinering mellom Fjord1 og Torghatten Sjø vil kunne rammes av konkurranseloven ("**krrl**.") § 10, ettersom de to selskapene *ikke* inngår i samme økonomiske enhet.

2. RETTSLIG UTGANGSPUNKT

2.1 Etablering av felles kontroll vurderes annerledes enn horisontale foretakssammenslutninger ved erverv av enekontroll

Horisontale foretakssammenslutninger – som innebærer en sammenslåing av to tidligere konkurrerende foretak – har som direkte konsekvens at antallet markedsaktører reduseres og at markedet dermed blir mer konsentrert. Det samme er ikke tilfellet ved delvis eierskap, enten det er snakk om erverv av en minoritetspost eller felles kontroll.

Etablering av et delvis eierskap, som ikke fører til enekontroll, innebærer ingen reduksjon av antall markedsaktører eller noen konsentrasjonsøkning. Det er således ingen direkte eller nødvendig sammenheng mellom et delvis eierskap og en mulig konkurransebegrensning. Det konkurranserettslige spørsmålet under inngrepshjemmelen i krrl. § 16, er i hvilken grad det delvise eierskapet gir muligheter og insentiver til å opptre på en måte som begrenser konkurransen vesentlig.

Som det fremgår ovenfor, vil den rettslige vurderingen i saker som gjelder etablering av felles kontroll gjennom aksjeerverv (uten at det skjer noen overføring av virksomhet til fellesselskapet) være den samme som ved et minoritetserverv. Sentralt står således deleierens muligheter og insentiver til å påvirke konkurransen mellom egen virksomhet og fellesforetakets virksomhet. I tillegg vil det måtte vurderes om eierposten kan føre til utveksling av konkurransesensitiv informasjon.

Denne vurderingen kan også sammenliknes med den analysen som må gjøres hvis eierne av et fellesforetak begge driver konkurrerende virksomhet ved siden av fellesforetaket, jf. krrl. § 16 femte ledd. Selv om ikke det er tilfellet i vår sak, ettersom SFJ ikke driver egen ferge- eller hurtigbåtvirksomhet, er det de samme momentene som er relevante for vurderingen av om Torghattens erverv kan virke konkurransebegrensende. Oppsummert går disse momentene ut på i) om det foreligger mekanismer for koordinering, ii) om partene har insentiver og muligheter til samordning, iii) om det er sannsynlig at en eventuell koordinering begrenser konkurransen vesentlig, og iv) om det foreligger årsakssammenheng mellom etablering av fellesforetaket og den mulige samordningen.[1]

[1] Se f.eks. Lindsay og Berridge, The EU Merger Regulation: Substantive Issues, 4. Utgave, Sweet Maxwell 2012, avsnitt 13-004

Hva som ligger i kravet til at partene må ha muligheter og insentiver til koordinering er nærmere utdypet i punkt 2.2 nedenfor.

2.2 Nærmere om vurderingen av muligheter og insentiver

Det foreligger lite praksis som omhandler samme situasjon som i vår sak, dvs. at kun én av eierne driver virksomhet som kan være i konkurranse med fellesforetaket. Kommisjonen har imidlertid vurdert flere tilfeller hvor begge eierne driver konkurrerende virksomhet, og hvor spørsmålet har vært om transaksjonen kan lede til en koordinering av eiernes virksomheter. Ettersom det sentrale vurderingskriteriet er det samme, om transaksjonen gir muligheter og insentiver til å opptre på en bestemt måte, vil nevnte kommisjonspraksis også gi veiledning til den vurderingen som må gjøres i vår sak.

I praksis er det identifisert en rekke faktorer som er relevante og som kan påvirke mulighetene og insentivene til å konkurrere. Det gjelder særlig i) eierskaps- og kontrollstrukturen i fellesforetaket, ii) fellesforetakets størrelse og økonomiske betydning for eierne,[2] iii) graden og omfanget av utveksling av kommersielt sensitiv informasjon, samt iv) markedsmessige forhold.[3] Under nevnte punkt ii) vil det generelt være av betydning hvorvidt og i hvilken grad samordning vil øke selskapets fortjeneste.

Informasjonsutveksling var f.eks. tema *i Accor/Hilton/Six Continents/JV*.[4] Kommisjonen avviste at det forelå en risiko for koordinering selv om opprettelsen av fellesforetaket ville øke informasjonsflyten mellom eierne. Kommisjonen vektla at det ikke var godtgjort at morselskapene ville få tilgang til den aktuelle informasjonen. I tillegg var det opprettet "Chinese walls" og konfidensialitetsforpliktelser som medførte at morselskapene bare ville få slik informasjon som var nødvendig for å beskytte sine posisjoner som aksjonærer i fellesforetaket.

Som nevnt er markedsmessige forhold også en relevant faktor i vurderingen. For eksempel har Kommisjonen gitt uttrykk for at det normalt ikke er grunnlag for koordinering i markeder som består av et lite antall verdifulle kontrakter, fordi hver aktør har et sterkt insentiv til å vinne kontrakten. Dette ble bl.a. fremhevet i saken *Thomson-CSF/Racal Electronics,* som gjaldt en foretakssammenslutning i markedet for forsvarsprodukter.

Kommisjonen uttalte i avsnitt 31:

> *"[...] In general terms, it should be borne in mind that, in defence markets, a limited number of contracts is awarded each year. Most of these contracts are very important in value and duration and, given the considerable lifetime (up to 20 years) of military products, they often provide the only opportunity for defence companies to compete for the supply of a given generation of the product concerned to the same customer."*[5]

Betydningen av markedsmessige forhold ble også vektlagt i *Intracom/Siemens/STI*.[6] Selv om partene i den aktuelle transaksjonen kunne ha insentiver til å koordinere, ville sterk kjøpermakt forhindre et forsøk på samordning.

---

[2] Faull og Nikpay, The EU Law of Competition, avsnitt 7.84, fotnote 85,fremhever f.eks. at en 50 % andel i et joint venture som er fem ganger større enn morselskapenes selvstendige virksomheter i det relevante markedet vil redusere insentivene morselskapene har til å konkurrere mot joint venturet.

[3] Faull og Nikpay, The EU Law of Competition, avsnitt 7.84

[4] COMP/M.3101 Accor/Hilton/Six Continents/JV avsnitt 24-28

[5] COMP/M.1413 *Thomson-CSF/Racal Electronics*

[6] COMP/M.2851 Intracom/Siemens/STI avsnitt 143

I neste avsnitt gjennomgås faktiske forhold som klart viser at Torghatten verken vil ha insentiver eller muligheter til å begrense konkurransen mellom de to fergeselskapene etter transaksjonen.

3. ETABLERING AV FELLES KONTROLL I F1 HOLDING VIRKER IKKE KONKURRANSEBEGRENSENDE

3.1 Torghatten har verken muligheter eller insentiver til å begrense konkurransen mellom Fjord1 og Torghatten Sjø

Flere av de ovennevnte faktorene som det etter praksis skal legges vekt på, er aktuelle i foreliggende sak, og viser at Torghatten verken vil ha muligheter eller insentiver til å begrense konkurransen mellom Fjord1 og Torghatten Sjø.

3.1.1 Eierskaps- og kontrollstrukturen i F1 Holding forhindrer koordinering og fellesforetaket har ikke en slik størrelse/økonomiske betydning for Torghatten at koordinering vil være lønnsomt

Eierskaps- og kontrollstrukturen i F1 Holding vil motvirke at Torghatten vil kunne opptre på en måte som demper konkurransen mellom Fjord1 og Torghatten Sjø.

Torghatten vil ikke ha særskilte vetorettigheter eller avgjørende innflytelse alene, verken i styret i F1 Holding (ikke styreleder med dobbeltstemme) eller i Fjord1 (kun to av åtte styremedlemmer).

Videre har partene forpliktet seg til en eierstruktur, som innebærer at overordnede beslutninger om Fjord1-konsernet skal treffes i F1 Holding, mens operative beslutninger, herunder alle strategiske valg knyttet til den daglige driften og ledelsen av Fjord1, utelukkende skal treffes av styret i Fjord1.

Torghattens styremedlemmer i Fjord1 vil enten være eksterne (ikke ansatte i Torghatten-konsernet) eller ansatte i Torghatten-konsernet som ikke er direkte involvert i eller har innflytelse på den del av Torghatten-konsernets virksomhet som kan være i konkurranse med Fjord1. Som nærmere omtalt i punkt 3.1.3, er det også lagt inn mekanismer i partenes avtaler, som vil forhindre utveksling av konkurransesensitiv informasjon mellom Fjord1 og Torghatten Sjø. Dette vil motvirke at Torghatten settes i stand til å dempe konkurransen mellom de to virksomhetene.

Videre vil Torghatten selv ønske at flest mulig kontrakter tildeles ett av selskapets heleide datterselskaper, fremfor det deleide selskapet Fjord1, da dette vil være det eneste rasjonelle bedriftsøkonomiske for Torghatten. Torghatten vil kun eie 50 % av F1 Holding som igjen eier 59 % i Fjord1. Torghattens reelle eierskap er således kun 29,5 %. Resterende aksjer i Fjord1 (41 %) er eid av Havilafjord. Torghattens økonomiske interesse i Fjord1 er derfor betydelig begrenset sammenliknet med Torghattens egne konsernselskaper.

Som redegjort for i meldingen til Konkurransetilsynet, er Fjord1 og Torghatten heller ikke nære konkurrenter i de berørte markedene, da de med bakgrunn i ulike geografiske områder i liten grad har konkurrert om de samme kontraktene. Begge parter har derimot sterke konkurrenter blant de øvrige markedsaktørene. En prisøkning fra Torghatten Sjø sin side vil derfor kunne lede til et tap av viktige kontrakter til de øvrige markedsaktørene. Torghatten vil følgelig ikke ha insentiver til ensidig å dempe konkurransen mellom Fjord1 og Torghatten Sjø som følge av transaksjonen.

Ettersom partene ikke er hverandres nærmeste konkurrenter vil Torghatten – ved å opprettholde eller øke dagens konkurransepress i det berørte markedet – i liten grad kapre markedsandeler på bekostning av Fjord1, men vil i hovedsak ta andeler fra andre aktører. Motsatt vil Torghatten ved å redusere konkurransepresset, ikke tape andeler til Fjord1 (og dermed tjene mer på sin aksjepost i dette selskapet), men vil primært miste andeler til de øvrige markedsaktørene. Torghatten vil således ikke kunne oppnå en større

gevinst ved å konkurrere mindre hardt gjennom Torghatten Sjø, enn ved (minst) å opprettholde dagens konkurransepress.

Når det gjelder Fjord1, vil eierstrukturen i selskapet sikre at det ikke foreligger noen insentiver til å konkurrere mindre hardt. Verken SFJ eller Havilafjord har noen insentiver til å bidra til en dempet konkurranse mot Torghatten. Disse aksjonærene har ingen interesse i at Fjord1 endrer strategi etter at transaksjonen er gjennomført ettersom dette vil bety redusert avkastning.

Videre tilsier verdien og varigheten av kontraktene i de relevante markedene at det ikke foreligger grunnlag for koordinert adferd, se punkt 3.1.3 nedenfor.

3.1.2 Ingen utveksling av kommersielt sensitiv informasjon

Ved gjennomføring av transaksjonen, vil partenes aksjonæravtale etablere ytterligere mekanismer som innebærer at Torghatten ikke kan gjennomføre tiltak som virker negativt på konkurranseflaten mellom Fjord1 og Torghatten Sjø, herunder er det etablert mekanismer som særlig skal forhindre at utveksling av konkurransesensitiv informasjon finner sted.

Vi viser særlig til aksjonæravtalen punkt 2.1, som bl.a. fastslår at:

> "[...] *ingen av aksjonærene [skal] treffe beslutninger vedrørende [F1 Holding eller Fjord1] som er påvirket av interesser som aksjonærene måtte ha i virksomheter utenom [F1 Holding eller Fjord1]*".

Vi viser videre til aksjonæravtalens punkt 2.2, som bl.a. fastslår at hver av aksjonærene:

> "[...] *skal utøve sin stemmerett og øvrig myndighet i tilknytning til [F1 Holding og Fjord1] i tråd med bestemmelser i denne Aksjonæravtalen og på en måte som sikrer etterlevelse og oppfyllelse av denne Aksjonæravtale*".

Aksjonæravtalen innebærer at partene er avskåret fra å la beslutninger som gjelder F1 Holding/Fjord1 være påvirket av Torghattens eierinteresser innenfor virksomhetsområdet til Torghatten Sjø (eller andre områder). Bestemmelsen innebærer videre at Torghatten plikter å innrette seg på en måte som forhindrer at kunnskap om konkurransesensitiv informasjon vedrørende selskapets øvrige eierinteresser, tilflyter beslutningstakere i F1 Holding/Fjord1. Videre vil det etableres vanntette skott for hvilken informasjonsutveksling som kan skje mellom evt. involverte personer internt i Torghatten.

Partene vil før gjennomføring av foretakssammenslutningen etablere retningslinjer som sikrer etterlevelse av det ovenstående. I retningslinjene vil det også fremgå at styremedlemmene i Fjord1 ikke kan videreformidle konkurransesensitiv informasjon om Fjord1 til F1 Holding eller personer, organer eller selskaper i Torghatten-konsernet. Styremedlemmene kan heller ikke være involvert i Torghattens virksomhet på en slik måte at de får kjennskap til konkurransesensitiv informasjon.

Det vil også bli utarbeidet en konfidensialitetserklæring som skal undertegnes av Torghattens styremedlemmer i F1 Holding og Fjord1, som skal sikre at rutinene for å hindre informasjonsutveksling overholdes.

Det ovennevnte innebærer at Torghatten ikke vil ha mulighet til å påvirke Fjord1 slik at konkurransen mellom Fjord1 og Torghatten Sjø svekkes, særlig idet Torghatten ikke vil få tilgang til konkurransesensitiv informasjon om Fjord 1. Vi viser i denne sammenheng til avgjørelsen i *Accor/Hilton/Six Continents/JV,* hvor det på dette grunnlaget ikke ble ansett å foreligge risiko for koordinering, og dermed hjemmel for inngrep.[7]

[7] COMP/M.3101 Accor/Hilton/Six Continents/JV avsnitt 24-28

I tillegg til de organisatoriske og rettslige mekanismene som forhindrer informasjonsflyt mellom partene, vil ytterligere begrensninger følge av krrl. § 10, som forbyr konkurransebegrensende samarbeid mellom uavhengige foretak. Partene vil dermed ha sterke insentiver til å sikre at de opptrer i samsvar med denne bestemmelsen, se også punkt 3.2 nedenfor.

3.1.3 Markedsmessige forhold

Som påpekt av Kommisjonen, vil det neppe foreligge grunnlag for koordinert adferd i et marked som består av et lite antall verdifulle kontrakter med lang varighet. Dette er nettopp situasjonen i fergemarkedet, hvor fire samband står for nærmere 50 % av omsetningen i markedet. Kontraktene er også svært langvarige. Dette gir hver enkelt aktør et sterkt insentiv til å vinne anbudet.

Disse forholdene innebærer samtidig at det foreligger betydelig kjøpermakt, noe som i seg selv vil motvirke Torghattens mulighet til å opptre på en måte som demper konkurransen i markedet. Som nevnt i punkt 2.2, er kjøpermakt blitt tillagt avgjørende betydning av Kommisjonen, bl.a. i *Intracom/Siemens/STI*.[8]

I tillegg er konkurransepresset fra øvrige markedsaktører sterkt, slik at en koordinering fremstår som lite lønnsomt, jf. punkt 3.1.1 ovenfor.

For øvrig vises til meldingen punkt 9 om konkurransesituasjonen i markedet, som utdyper og supplerer det ovenstående.

3.2 Krrl. § 10 forbyr koordinering mellom Fjord1 og Torghatten Sjø

Ettersom F1 Holding og Fjord1 ikke vil inngå i samme økonomiske enhet som Torghatten, inkludert Torghatten Sjø, vil krrl. § 10 gjelde fullt ut, og effektivt forhindre enhver form for samordning mellom Fjord1 og Torghatten Sjø. Bestemmelsen vil også ramme utveksling av konkurransesensitiv informasjon mellom de to foretakene, herunder informasjon knyttet til fremtidige anbudskonkurranser.

Det er derfor ikke riktig, som anført av Havilafjord i møte med Konkurransetilsynet 24. februar 2016, at krrl. § 10 ikke er til hinder for koordinering av virksomheten til Fjord1 og Torghatten. F1 Holding/Fjord1 og Torghatten vil fortsatt være uavhengige foretak i konkurranserettslig forstand, og vil dermed måtte forholde seg til forbudet i krrl. § 10.

Samarbeid mellom rettssubjekter som inngår i *samme økonomiske enhet* er derimot ikke omfattet av forbudet i krrl. § 10.[9] Læren om én økonomisk enhet kan imidlertid ikke tolkes så vidt at et fellesforetak som har et selvstendig styre og som kan fastlegge sin egen markedsadferd, anses for å inngå i den samme økonomiske enheten som eierselskapene.

I denne sammenheng må vurderingen av om to eller flere foretak inngår i samme økonomiske enhet, ikke forveksles med den kontrollvurderingen som gjøres etter krrl. § 17 for å ta stilling til om en transaksjon utgjør en foretakssammenslutning.

I selve definisjonen av et selvstendig fungerende fellesforetak forutsettes det at fellesforetaket er en uavhengig økonomisk enhet. Det har dermed formodningen mot seg at eierne samtidig kan utøve kontroll over fellesforetaket i et slikt omfang at de inngår i samme økonomiske enhet. Kontrollbegrepet i krrl. § 17 utgjør følgelig et annet rettslig konsept med andre rettslige konsekvenser.

En slik forståelse har også støtte i praksis. I *Gosme/Martell* – DMP la Kommisjonen f.eks. til grunn at et joint venture og et av morselskapene måtte anses for å være uavhengige

[8] COMP/M.2851 Intracom/Siemens/STI avsnitt 143

[9] Se f.eks. sak C-73/95 P, Viho Europe BV [1996] ECR I-5457.

foretak i TFEU artikkel 101s forstand, og at bestemmelsen dermed kom til anvendelse på en samordning mellom aktørene.[10] I saken vektla Kommisjonen at morselskapet ikke var i stand til å kontrollere den kommersielle aktiviteten til fellesforetaket, bl.a. fordi morselskapene hver holdt 50 % av kapitalen og stemmerettighetene i fellesforetaket, de to aksjeeierne representerte halve styret hver, fellesforetaket hadde også kunder som ikke var morselskapene, og fellesforetaket hadde sin egen salgsstab og fremforhandlet egne kundeavtaler. Tilsvarende er også lagt til grunn i teorien, se for eksempel Hjelmeng og Sørgard (*Konkurransepolitikk*) på side 465.

Avgjørelsen illustrerer at selv om det foreligger felles kontroll, så fratar ikke det fellesforetakets status som en selvstendig og uavhengig markedsaktør. Felles kontroll kan tvert imot indikere at ingen enkeltstående eier er i posisjon til å utøve avgjørende påvirkning over den kommersielle aktiviteten til fellesforetaket. Morselskapene må bli enige for å fastsette og gjennomføre en felles kommersiell strategi. I fravær av enighet vil det oppstå en deadlock-sitasjon, og ingen av eierne kan gjennomtvinge beslutningen.

I samsvar med det ovennevnte, kan det ikke være tvilsomt at F1 Holding/Fjord1 og Torghatten *ikke* vil inngå i samme økonomisk enhet etter transaksjonen. Selskapene vil fortsette som selvstendige og uavhengige foretak, med den konsekvens at krrl. § 10 legger klare begrensninger på partenes handlefrihet.

Med vennlig hilsen
for Advokatfirmaet Wiersholm AS

Håkon Cosma Størdal

[10] Gosme/Martell – DMP OJ 1991 L185/23