

Konkurransetilsynet  
Att: Gjermund Nese og Marita Skjæveland  
Postboks 493 Sentrum  
5805 Bergen

Vår ref.: 204956-031  
Ansvarlig partner: Stein Pettersen

Bergen, 27. april 2016

## Havilafjords merknader til betydningen av at Torghatten overtar felles kontroll

Vi viser til brev datert 11. mars 2016 fra Sogn og Fjordane fylkeskommunes advokat om betydningen av at Torghatten overtar felles kontroll over F1 Holding. Videre viser vi til vårt brev av 13. april med merknader til høringsrunden.

I det følgende vil vi på vegne av Havilafjord gi våre merknader til brevet fremsatt på vegne av fylkeskommunen.

Den meldte foretakssammenslutningen innebærer en endring i markedsstrukturen ved at Torghatten får felles kontroll over Fjord1, se nærmere nedenfor i punkt 1. Fylkeskommunen har gitt en uriktig beskrivelse av den aktuelle inngrepstesten i konkurranseloven § 16, se punkt 2. Ervervet av felles kontroll gir Torghatten muligheter til å utøve avgjørende innflytelse over virksomheten i Fjord1, som nærmere redegjort i punkt 3. Det har betydning for hvilken strukturendring Konkurransetilsynet eventuelt godkjenner at foretakssammenslutningen er meldt som en overtagelse av felles kontroll og ikke som en etablering av fullfungerende fellesforetak, se punkt 4.

Ved anvendelse av inngrepstesten i § 16 første ledd gjelder de alminnelige prinsipper for horisontale foretakssammenslutninger, se punkt 5. Videre er konkurranseloven § 10 ikke til hinder for at Torghatten vil kunne samordne virksomheten i Fjord1 med virksomheten i Torghatten-konsernet, enten bestemmelsen kommer til anvendelse eller ikke, se punkt 6. Avtaleverket mellom partene vil uansett innhold ikke effektivt kunne forhindre utveksling av konkurransesensitiv informasjon eller samordning mellom virksomheten i Torghatten og Fjord1. Torghatten er uansett ikke avhengig av slik informasjon for å begrense konkurransen mellom virksomhetene, og har og under enhver omstendighet insentiver til å gjøre det, se punkt 7.

Sammenholdt med våre innspill til høringsrunden er Havilafjord av den oppfatning at foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i det norske fergemarkedet i strid med konkurranseloven § 16.

### Bergen

Olav Kyrresgt. 11 · PO Box 1233 Sentrum, NO-5811 Bergen · Tel +47 55 21 52 00 · Fax +47 55 21 52 01 · Org. No. 947 360 779 · [bergen@wr.no](mailto:bergen@wr.no) · [www.wr.no](http://www.wr.no)

### Oslo

Tel +47 22 82 75 00  
Fax +47 22 82 75 01  
[oslo@wr.no](mailto:oslo@wr.no)

### London

Tel +44 20 7367 0300  
Fax +44 20 7367 0301  
[london@wr.no](mailto:london@wr.no)

### Singapore

Tel +65 6438 4498  
Fax +65 6438 4496  
[singapore@wr.no](mailto:singapore@wr.no)

### Shanghai

Tel +86 21 6339 0101  
Fax +86 21 6339 0606  
[shanghai@wr.no](mailto:shanghai@wr.no)

### Kobe

Tel +81 78 272 1777  
Fax +81 78 272 1788  
[kobe@wr.no](mailto:kobe@wr.no)

## 1 ETABLERING AV FELLES KONTROLL OVER FJORD1

Av konkurransemeldingen fremgår det at Torghatten gjennom transaksjonen vil oppnå felles kontroll over F1 Holding. Ettersom partene har meldt transaksjonen som en foretakssammenslutning, kan vi legge til grunn at partene ikke bestrider at transaksjonen innebærer en endring i kontrollen over F1 Holding. Dette bekreftes også av partene i meldingen punkt 4.3, hvor det konstateres følgende:

*"Etter at transaksjonen er gjennomført, vil hver av Partene eie 50 % av aksjene i F1 Holding AS og således ha felles kontroll i selskapet. Partenes aksjonæravtale endrer ikke på dette."*

F1 Holding eier 59 % av aksjene i Fjord1, og har derved full kontroll (enekontroll) over virksomheten i Fjord1. F1 Holding har ingen annen virksomhet enn eierskapet i Fjord1. Kontrollen som F1 Holding har i Fjord1 kjennetegnes ved at selskapet alene rår over strategiske kommersielle beslutninger i det kontrollerte selskapet.<sup>1</sup> Følgelig vil Torghattens erverv av felles kontroll over F1 Holding gi tilsvarende kontroll over Fjord1. Det er tilstrekkelig for at det foreligger enekontroll at eieren som her har aksjemajoriteten. Det har derfor ingen betydning at Havilafjord eier 41 % av aksjene i Fjord1. F1 Holding vil kunne gjennomtvinge sitt standpunkt gjennom alminnelig flertall. Det er dermed sikker rett at de to selskapene F1 Holding og Fjord1 i konkurranserettslig forstand vurderes som ett foretak, og utgjør én økonomisk enhet. Det har følgelig ingen betydning at kontrollen erverves i holdingselskapet og ikke i Fjord1.

Dette til tross synes melderne å argumentere for at transaksjonen ikke vil føre til noen endringer i markedsstrukturen. I brevet av 11. mars hevdes det blant annet at Konkurransetilsynet "*utehukkende*" skal vurdere hvilke konkurransemessige virkninger Torghattens erverv av felles kontroll i F1 Holding vil kunne ha. Som vist ovenfor vil Torghatten oppnå felles kontroll over Fjord1, og Konkurransetilsynet må åpenbart vurdere hvilken betydning denne endringen i markedsstrukturen vil ha for konkurransen.

I brevet av 11. mars er det også vist til de særskilte regler som gjelder for etablering av fullfungerende fellesforetak, jf. konkurranseloven § 17 annet ledd. Hvorvidt det etableres felles kontroll alene ved overtagelse av halvparten av aksjene eller om transaksjonen anføres å representere etablering av fullfungerende fellesforetak, har imidlertid ingen betydning for om vilkårene for inngrep etter konkurranseloven § 16 er oppfylt eller ikke. Vi viser til nærmere omtale av inngrepstesten nedenfor. Av konkurransemeldingen er det kun vist til at det vil etableres felles kontroll over F1 Holding, og vi legger til grunn at partene ikke har ment at transaksjonen utgjør en etablering av et fullfungerende fellesforetak.

Felles kontroll oppnås i den meldte transaksjonen alene ved ervervet av 50 % av aksjene i F1 Holding, og de særskilte regler som gjelder for fullfungerende fellesforetak kommer dermed ikke til anvendelse. En eventuell godkjenning av transaksjonen vil ikke kunne baseres på at fellesforetaket er fullfungerende, selv om fylkeskommunen synes å bygge på argumenter hentet fra de nevnte særregler.

<sup>1</sup> Jf. EU-Kommisjonens konsoliderte jurisdiksjonsmeddelelse avsnitt 54

## 2 INNGREPSTESTEN ETTER KONKURRANSELOVEN § 16

Fylkeskommunen anfører at den rettslige inngrepstesten som Konkurransetilsynet skal anvende i denne saken går ut på om Torghattens som en følge av erverv av felles kontroll vil ha muligheter og insentiver til å begrense konkurransen mellom Torghatten Sjø og Fjord1. Fylkeskommunen synes her å bygge på testen i EUMR artikkel 2(4), og den tilsvarende bestemmelsen i konkurranseloven § 16 femte ledd.<sup>2</sup> I det følgende vil vi vise at dette utgangspunktet er feil.

Fylkeskommunen overser den primære inngrepstesten i § 16 første ledd, hvorav det følger at:

*"Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål."*

Testen gjelder for alle typer foretakssammenslutninger, uavhengig av hva slags type kontrollendring som er aktuell. Vurderingstema for testen i første ledd er om den *strukturendringen* som følger av endret kontroll over et foretak fører til at konkurransen begrenses.

Vurderingstema i konkurranseloven § 16 femte ledd er om opprettelsen av et fellesforetak fører til *adferdsmessig koordinering* mellom eierne. Bestemmelsen i § 16 femte ledd utgjør en tilleggstest til den primære inngrepstesten i § 16 første ledd. Bestemmelsen lyder slik:

*"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."*

§ 16 femte ledd bygger på den tilsvarende bestemmelsen i EUMR artikkel 2(4), og skal forstås på samme måte som denne. Det vises til forarbeidene til femte ledd, hvor det uttales:<sup>3</sup>

*"Nytt femte ledd gjelder atferdsmessige virkninger av opprettelse av fellesforetak. Bestemmelsen er utformet etter mønster av fusjonsforordningen/ODA protokoll 4 kapittel IV artikkel 2 nr. 4, og skal materielt sett forstås på samme måte. For nærmere fastlegging av innholdet i denne bestemmelsen må det særlig ses hen til den avgjørelsespraksis som foreligger under fusjonsforordningen. [...]"*

Etter tilleggstesten er det kun spørsmål om koordineringsvirkninger *mellom de to eierne* (som oppstår som en følge av opprettelsen av fellesforetaket) som skal vurderes. Dette følger av ordlyden i femte ledd ("*fortsatt uavhengige foretaks konkurransemessige atferd*"), og er videre klart ut fra innholdet i EUMR artikkel 2(5), hvor det presiseres hva som særlig skal tas i betraktning under vurderingen i artikkel 2(4):

<sup>2</sup> Henvisningen i fylkeskommunens brev til Lindsay og Berridge, og Faull og Nikpay i note 1 og 3 gjelder omtale av testen i EUMR artikkel 2(4).

<sup>3</sup> Prop. 75L (2012-2013) side 145

*"In making this appraisal, the Commission shall take into account in particular:*

- whether two or more parent companies retain, to a significant extent, activities in the same market as the joint venture or in a market which is downstream or upstream from that of the joint venture or in a neighbouring market closely related to this market,*
  - whether the coordination which is the direct consequence of the creation of the joint venture affords the undertakings concerned the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products or services in question."*
- (Vår utheving)*

Denne forståelsen bekreftes også av juridisk teori.<sup>4</sup> Det er følgelig ikke påfallende at den praksis fra EU-Kommisjonen som fylkeskommunen viser til i sitt brev gjelder spørsmål om atferdsmessig koordinering mellom de to eierne, eller at fylkeskommunen ikke finner eksempler fra praksis om anvendelse av tilleggstesten i et tilfelle der kun én av eierne har konkurrerende virksomhet til fellesforetaket.

I denne saken er det kun én av eierne som har virksomhet i samme marked som fellesforetaket. Vi kan ikke se at det er rettskildemessig grunnlag for å vurdere mulige koordineringsvirkninger mellom en av eierne og fellesforetaket under tilleggstesten, slik fylkeskommunen gir uttrykk for.

Betydningen av at én av de kontrollerende eierne har aktiviteter i samme marked som fellesforetaket, skal etter systemet vurderes under den primære inngrepstesten i § 16 første ledd, som uansett også gjelder ved erverv av felles kontroll. Tilsvarende gjelder for systemet i EUMR, der den primære inngrepstesten etter artikkel 2(2) og 2(3) også får anvendelse ved etablering av fellesforetak. Konkurranseloven § 16 første ledd gir anvisning på om den strukturelle endringen som følger av kontrollovertagelsen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen. Etter bestemmelsen har Konkurransetilsynet plikt til å forby Torghattens erverv av felles kontroll dersom vilkårene for inngrep i § 16 første ledd er oppfylt.

### **3 MULIGHETER TIL Å UTØVE AVGJØRENDE INNFLYTELSE OVER FJORD 1**

I vurderingen av om vilkårene i konkurranseloven § 16 første ledd er oppfylt må det tas utgangspunkt i definisjonen av hva kontroll i konkurranserettslig forstand innebærer. I konkurranseloven § 17 tredje ledd er kontroll definert som:

*"[...] mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet [...]"*

I sine vurderinger må Konkurransetilsynet forutsette at den meldte foretakssammenslutningen gir Torghatten slik avgjørende innflytelse over F1 Holding – og derigjennom over Fjord1, som inngår i

---

<sup>4</sup> Se bla. Cook og Kerse, EC Merger Control, 4. utg., Sweet & Maxwell 2005 avsnitt 7-051: "Article 2(4) makes it clear that it is the competitive relationship between the parents which matters, not that between either parent and the joint venture.", Lindsay og Berridge, The EU Merger Regulation: Substantive Issues, 4. utg., Sweet & Maxwell 2012 avsnitt 13-004, med videre henvisninger, og Faull og Nikpay, The EU Law of Competition, 3. utg., Oxford University Press 2014 avsnitt 7.143.

samme økonomiske enhet som F1 Holding. Hva som ligger i felles kontroll er nærmere presisert i EU-Kommisjonens konsoliderte jurisdiksjonsmeddelelse avsnitt 62:

*"Joint control exists where two or more undertakings or persons have the possibility of exercising decisive influence over another undertaking. Decisive influence in this sense normally means the power to block actions which determine the strategic commercial behaviour of an undertaking. Unlike sole control, which confers upon a specific shareholder the power to determine the strategic decisions in an undertaking, joint control is characterized by the possibility of a deadlock situation resulting from the power of two or more parent companies to reject proposed strategic decisions. It follows, therefore, that these shareholders must reach a common understanding in determining the commercial policy of the joint venture and that they are required to cooperate." (Vår utheving)*

Det er således korrekt, som anført av fylkeskommunen, at Torghatten ikke "alene" kan fastlegge Fjord1s kommersielle strategi. Men avgjørende innflytelse har så vel en *positivt* som *negativ* side. Riktignok kan ikke Torghatten alene eller mot fylkeskommunens standpunkt *positivt* vedta en ny strategi for Fjord 1 til fordel for seg selv, men Torghatten kan *negativt* hindre vedtagelse av ellers ønskede strategier i Fjord 1 som i relasjon til Torghatten ville skjerpe konkurransen mellom Torghatten og Fjord 1. Således betraktes også felles kontroll dithen at det gir tilstrekkelig avgjørende innflytelse til at slike kontrollendringer er underlagt reglene om kontroll med endringer i markedsstrukturen.

Vi vil understreke at det etter definisjonen av kontroll er tilstrekkelig at det foreligger en "mulighet" til å utøve avgjørende innflytelse. Konkurransetilsynet trenger derfor ikke å sannsynliggjøre at Torghatten faktisk vil utnytte muligheten for å slå fast at inngrepsvilkåret i § 16 første ledd er oppfylt. I denne saken er det uansett også sannsynlig at Torghatten vil søke å utnytte mulighetene som følger av felles kontroll, se nærmere om Torghattens insentiver nedenfor i punkt 7. Videre har Torghatten overlegen kompetanse om fergemarkedet sammenlignet med fylkeskommunen. Med et slikt fortrinn vil Torghatten i praksis ventelig få gjennomslag for sine interesser i styret.

Situasjonen med felles kontroll kan ikke sammenlignes med situasjonen ved minoritetserverv, slik fylkeskommunen anfører i sitt brev. Ved minoritetserverv oppnår ikke eieren "*mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet [...]*", ettersom en minoritetspost ikke gir muligheten til å blokkere flertallsbeslutninger. I vurderingen av om et slikt erverv fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen er således ikke den grunnleggende forutsetningen om kontroll til stede, hvilket krever en annen analyse enn ved erverv av kontroll. Under enhver omstendighet tilsier innflytelsen Torghatten vil få over Fjord1, insentivene til å utnytte denne, og muligheten for utveksling av konkurransesensitiv informasjon, at inngrepskriteriet også etter konkurranseloven § 16 a vil være oppfylt for den meldte transaksjonen. Det vises her til omtalen av Torghattens insentiver som følge av ervervet i punkt 7.

#### **4 SKILLET MELLOM OVERTAGELSE AV FELLES KONTROLL OG ETABLERING AV FULLFUNGERENDE FELLESFØRETAK**

Etter konkurranseretten må det videre sondres mellom erverv av felles kontroll gjennom oppkjøp i et eksisterende foretak, og etablering av et fullfungerende fellesforetak. Ved oppkjøp til

felleskontrollerende eierskap i et eksisterende foretak regnes oppkjøpet som en foretakssammenslutning etter konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b), jf. tredje ledd.

Til sammenligning vil etablering av et fullfungerende fellesforetak utgjøre en foretakssammenslutning såfremt vilkårene i § 17 annet ledd er oppfylt. Det overordnede vilkåret er at fellesforetaket "*ivaretar alle funksjoner som hører inn under en uavhengig økonomisk enhet*". Kravet er nærmere presisert i EU-Kommisjonens konsoliderte jurisdiksjonsmeddelelse, hvor det følger av avsnitt 93 at eierne – grunnet kravet om fellesforetakets autonomi – ikke skal ha avgjørende innflytelse over operasjonelle beslutninger, men at de skal ha slik innflytelse over strategiske beslutninger:

*"The fact that a joint venture may be a full-function undertaking and therefore economically autonomous from an operational viewpoint does not mean that it enjoys autonomy as regards the adoption of its strategic decisions. Otherwise, a jointly controlled undertaking could never be considered a full-function joint venture and therefore the condition laid down in Article 3(4) would never be complied with. It is therefore sufficient for the criterion of full-functionality if the joint venture is autonomous in operational respect."*

Den meldte foretakssammenslutningen er et oppkjøp av aksjer som innebærer at Torghatten får felles kontroll over F1 Holding, som igjen har enekontroll over Fjord1. Torghatten oppnår følgelig felles kontroll uten at Konkurransetilsynet kan kreve at de særskilte vilkår som gjelder for fullfungerende fellesforetak er oppfylt. Dermed vil også en eventuell godkjenning av transaksjonen bety at Torghatten kan utøve felles kontroll etter § 17 første ledd bokstav b), jf. tredje ledd.

Betydningen av denne distinksjonen er at dersom transaksjonen klareres vil Torghatten kunne utøve (felles)kontroll over *både* operasjonelle og strategiske beslutninger. I den grad det måtte være gjort avtaler mellom fylkeskommunen og Torghatten som begrenser utøvelsen av kontroll på Torghattens side, vil slike avtaler være uten betydning for den strukturendringen som Konkurransetilsynet i så fall vil ha godkjent.

Under enhver omstendighet er den praktiske betydningen av skillet mellom strategiske og operasjonelle beslutninger trolig mindre i denne saken, ettersom foretakssammenslutningen utvilsomt gir Torghatten avgjørende innflytelse over strategiske beslutninger, herunder om budstrategi og deltagelse i anbudskonkurranser, hvilket er tilstrekkelig til at konkurransen blir vesentlig begrenset i fergemarkedet.

## 5 DEN MATERIELLE INNGREPSTESTEN I § 16 FØRSTE LEDD

Fylkeskommunen har i sitt brev til Konkurransetilsynet gitt uttrykk for at de relevante vurderingstema for om det er grunnlag for inngrep er om Torghatten har muligheter og insentiver til å begrense konkurransen mellom Torghatten Sjø og Fjord1. Fylkeskommunen viser imidlertid til kilder som utdyper innholdet i tilleggstesten for etablering av fellesforetak i § 16 femte ledd, og som derfor ikke er relevant for vurderingen etter § 16 første ledd:

- Fylkeskommunen har vist til saken *Accor/Hilton/Six Continents/JV*<sup>5</sup> avsnitt 24-28 om informasjonsutveksling mellom eierne. Disse vurderingene gjelder anvendelse av testen i EUMR artikkel 2(4), se avgjørelsen i avsnitt 22.
- Fylkeskommunen har også vist til uttalelsen i avsnitt 31 i saken *Thomson-CSF/Raca/Electronics*<sup>6</sup>. Som det fremgår av sammenhengen med avsnitt 28 gjelder også den siterte uttalelsen anvendelse av tilleggstesten i EUMR artikkel 2(4).
- Endelig har fylkeskommunen vist til saken *Intracom/Siemens/STI*<sup>7</sup> avsnitt 43 om markedsmessige forhold. Også dette avsnittet inngår som ledd i Kommisjonens anvendelse av testen i EUMR artikkel 2(4).

Som redegjort i det ovenstående er det relevante vurderingstema i denne saken om overtagelsen av kontroll – her felles kontroll – fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, jf. § 16 første ledd. Som nevnt er forutsetningen da at Torghatten gjennom det meldte ervervet vil ha "[...] mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet [...]", jf. konkurranseloven § 17 tredje ledd.

Ettersom Torghatten og F1 Holding/Fjord1 er konkurrenter, er det relevant å se hen til EU-Kommisjonens retningslinjer for horisontale foretakssammenslutninger<sup>8</sup>. Retningslinjene skiller ikke mellom karakteren av kontroll (overtagelse av enekontroll eller felleskontroll), men behandler enhver kontrollovertagelse under den samme analysen. Fra retningslinjene hitsettes fra avsnitt 5:

*"The purpose of this notice is to provide guidance as to how the Commission assesses concentrations<sup>(5)</sup> when the undertakings concerned are actual or potential competitors on the same relevant market<sup>(6)</sup>. [...]"*

Hva som utgjør en foretakssammenslutning ("concentration") er definert i EUMR artikkel 3, som også omfatter overtagelse av felleskontroll. Dette blir også tydelig ved å se note 5 og 6 i retningslinjene i sammenheng:

*"(5) The term 'concentration' used in the Merger Regulation covers various types of transactions such as mergers, acquisitions, takeovers, and certain types of joint ventures. In the remainder of this notice, unless otherwise specified, the term 'merger' will be used as a synonym for concentration and therefore cover all the above types of transactions.*

*(6) The notice does not cover the assessment of the effects of competition that a merger has in other markets, including vertical and conglomerate effects. Nor does it cover the assessment of the effects of a joint venture as referred to in Article 2(4) of the Merger Regulation."*

<sup>5</sup> Sak COMP/M.3101 *Accor/Hilton/Six Continents/JV*

<sup>6</sup> Sak COMP/M.1413 *Thomson-CSF/Raca/Electronics*

<sup>7</sup> Sak COMP/M.2851 *Intracom/Siemens/STI*

<sup>8</sup> Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03). Selv om retningslinjene ikke gjelder direkte ved anvendelsen av konkurranseloven § 16, følger det av Konkurransetilsynets praksis at tilsynet følger samme analyse i sine inngrep mot horisontale foretakssammenslutninger, og vurderingstema begrunnes blant annet med henvisning til retningslinjene, se for eksempel i vedtak V2015-31 *Aleris Helse AS - Teres Medical Group AS*.

Henvisningen til sist i note 6 til vurdering av effektene av et fellesforetak som nevnt i EUMR artikkel 2(4) gjelder tilleggstesten for atferdsmessig koordinering mellom eierne av fellesforetaket. Retningslinjene gjør altså unntak for denne vurderingen, men ikke for den primære inngrepstesten. Følgelig er en slik analyse av virkningene på konkurransen som fremgår av de horisontale retningslinjene relevant for den meldte foretakssammenslutningen, selv om Torghatten "kun" overtar felles kontroll.

I denne sammenheng bemerkes at betydningen av den kontroll som følger av ervervet ikke må forveksles med vurderingen av om transaksjonen medfører koordinerte effekter. Sistnevnte er et spørsmål om den endrede markedsstrukturen legger til rette for koordinert opptreden, jf. avsnitt 39-57 i de horisontale retningslinjene. "Koordinering" mellom to virksomheter som følge av at det ene etablerer kontroll over det andre forutsetter ikke at disse koordineringsbetingelsene i henhold til retningslinjene foreligger. I så måte blir fylkeskommunens argumenter om at markedsforholdene tilsier at koordinering ikke vil skje, med henvisning til Kommisjonens praksis om tilleggstesten i EUMR artikkel 2(4) klart irrelevant.

Tvert imot er det den underliggende økonomiske forutsetningen i de horisontale retningslinjene at et foretak som har kontroll over et annet vil utnytte denne kontrollen til å samordne virksomhetene, også selv om det kun erverves felles kontroll. Slik samordning kan som kjent også lede til ikke-koordinerte effekter, også uten at det skjer en sammenslåing av virksomhetene.

At § 16 gir anvisning på en slik vurdering følger også av hensynet til konsistens i reglene om kontroll med foretakssammenslutninger. Det vises til at et eventuelt senere erverv av de resterende aksjene i F1 Holding (utøvelse av opsjonen i transaksjonsavtalen) vil kunne meldes som en forenklet melding, jf. forskrift om melding av foretakssammenslutninger § 3 første ledd nr. 2. Adgangen til å inngi forenklet melding bygger på forutsetningen om at endring fra felleskontroll til enekontroll i liten grad endrer markedsstrukturen, og det er følgelig en presumsjon for at en slik endring i kontrollen krever en mindre dyptgående vurdering av Konkurransetilsynet. Til sammenligning krever endring fra ingen kontroll til felles kontroll en ordinær konkurransemelding etter konkurranseloven § 18, hvilket er begrunnet i at en slik kontrollendring har større innvirkning på konkurransen enn en eventuell senere endring fra felles kontroll til enekontroll. Dersom Konkurransetilsynet godkjenner det meldte oppkjøpet til felles kontroll, har det følgelig formodningen mot seg at det vil kunne etableres inngrepsgrunnlag for det senere ervervet til enekontroll.

I denne forbindelse vil vi peke på at det ut fra de dokumenter vi har tilgang til i saken hovedsakelig er fylkeskommunens, og ikke Torghattens representant, som har argumentert for at Torghatten ikke vil få avgjørende innflytelse over Fjord1. Ved en eventuell senere melding om at Torghatten overtar de resterende aksjene, vil selskapet stå noe friere til å gjøre gjeldende at Torghatten allerede har slik kontroll i kraft av å eie 50 % av aksjene, at overtagelsen av de resterende aksjene ikke endrer på markedsstrukturen, uten å bli konfrontert med uttalelser gitt i forbindelse med nærværende sak.

## **6 REKKEVIDDEN OG BETYDNINGEN AV KONKURRANSELOVEN § 10**

Fylkeskommunen hevder at Fjord1 ikke vil inngå i samme økonomisk enhet som Torghatten etter transaksjonen. Videre hevdes at konkurranseloven § 10 vil gjelde fullt ut mellom Torghatten og

Fjord1, og effektivt forhindre enhver form for samordning og informasjonsutveksling mellom konkurrentene. I det følgende vil vi vise at dette beror på en uriktig rettsoppfatning.

For ordens skyld bemerkes at det ikke er nødvendig for Konkurransetilsynet å ta stilling til om konkurranseloven § 10 kommer til anvendelse på eventuell koordinering mellom Torghatten og Fjord1, eller om de to selskapene vil inngå i samme økonomiske enhet. Det er her tilstrekkelig å ta stilling til om Torghattens erverv av kontroll over F1 Holding/Fjord1 fører til at inngrepsvilkåret i § 16 første ledd er oppfylt. Som nevnt er det hevet over enhver tvil at Fjord1 inngår i samme økonomiske enhet som F1 Holding, ettersom F1 Holding har aksjemajoriteten i Fjord1 og dermed enekontroll over selskapet. Ved at Torghatten oppnår felles kontroll over F1 Holding (ikke bestridt av melderne) vil Torghatten følgelig oppnå tilsvarende kontroll over Fjord1.

Fylkeskommunen viser til at definisjonen av et selvstendig fungerende fellesforetak forutsetter at fellesforetaket er en "uavhengig økonomisk enhet". Dette er en upresis gjengivelse av hva som ligger i konseptet fullfungerende fellesforetak, jf. konkurranseloven § 17 annet ledd. Vi viser til redegjørelsen i punkt 4 ovenfor hvor det fremgår at et fullfungerende fellesforetak på ingen måte er uavhengig av eierne når det gjelder deres avgjørende innflytelse over strategiske beslutninger. I motsatt fall ville ikke avtalen kunne anses som en endring av kontroll, og kunne ikke vært meldt eller behandlet som en foretakssammenslutning.

Som nevnt vil Torghatten oppnå avgjørende innflytelse over strategiske beslutninger i målselskapet, hvilket er tilstrekkelig til at konkurransen vil kunne bli vesentlig begrenset. Under enhver omstendighet vil ikke de særskilte reglene om fullfungerende fellesforetak komme til anvendelse i denne saken, ettersom overtagelsen av felles kontroll følger alene av ervervet av 50 % av aksjene. Se for øvrig om betydningen av dette ovenfor i punkt 4.

Fylkeskommunen synes å trekke slutninger om anvendelsen av konkurranseloven § 10 basert på hvorvidt selskapene inngår i "samme økonomiske enhet". Doktrinen om "single economic entity" har imidlertid ikke et entydig rettslig innhold ved anvendelse på situasjoner med felles kontroll. Det vil føre for langt å gi en videre redegjørelse for temaet i denne sammenheng.<sup>9</sup> Utgangspunktet er likevel klart slik det er angitt i EU-Kommisjonens horisontale retningslinjer for anvendelsen av artikkel 101.<sup>10</sup> I avsnitt 11 fremgår det at når et selskap har avgjørende innflytelse over et annet selskap utgjør de en økonomisk enhet, slik at forbudet ikke gjelder:

*"Companies that form part of the same 'undertaking' within the meaning of Article 101(1) are not considered to be competitors for the purposes of these guidelines. Article 101 only applies to agreements between independent undertakings. When a company exercises decisive influence over another company they form a single economic entity and, hence, are part of the same undertaking. The same is true for sister companies, that is to say, companies over which decisive influence is exercised by the same parent company. They are consequently not considered to be competitors even if they are both active on the same relevant product and geographic markets."* (Vår utheving)

<sup>9</sup> Se for eksempel artikkel av Alison Jones, The boundaries of an undertaking in EU Competition Law, European Competition Journal 2012, med videre henvisninger.

<sup>10</sup> Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/C 11/01)

Hensynet til konsistens mellom reglene om kontroll med foretakssammenslutninger på den ene side, og adferdsreglene på den andre, tilsier at kontrollbegrepet har samme innhold i begge regelsett. I motsatt fall ville selskap som har ervervet felles kontroll over et annet foretak, og fått kontrollervervet godkjent av Konkurransetilsynet, risikere å handle i strid med konkurranseloven § 10 ved utøvelse av (den godkjente) kontrollen.

Fylkeskommunen har vist til saken *Gosme/Martell*<sup>11</sup> som støtte for at fellesforetak anses som en annen økonomisk enhet enn eierne. Saken gjaldt avtale mellom et fellesforetak, DMP, og en av dets to eiere, Martell, som gikk ut på å forhindre parallell eksport av Martell cognac. Kommisjonen kom til at artikkel 85 [101] kom til anvendelse på avtalen fordi Martell ikke var i posisjon til å kontrollere de kommersielle aktivitetene til DMP. Kommisjonen la blant annet vekt på at DMP hadde andre kunder enn eierne og at det hadde eget salgsapparat som fastsatte salgsvilkårene på egenhånd.

Saken kan imidlertid ikke tillegges avgjørende vekt, da er gammel og avviker fra nyere praksis. Et sentralt hensyn i saken synes å ha vært at ikke konstruksjonen med et fellesforetak skulle kunne utnyttes for å unndra et kartell fra forbudet mot konkurransebegrensende avtaler. Kommisjonens beslutning er fra før fusjonsforordningens vedtagelse, hvilket betyr at hensynet til konsistens mellom de to regelsettene nødvendigvis heller ikke kan ha vært tatt i betraktning. Det er også et poeng at partene selv anførte at de var uavhengige foretak.<sup>12</sup>

I nyere praksis er det fastslått at felles kontroll er tilstrekkelig til å gi slik kontroll over et foretak at det ikke kan regnes som uavhengig i relasjon til TFEU artikkel 101. Det vises til saken fra EU-domstolen *Dow Chemical Company*<sup>13</sup> hvor det uttales følgende i avsnitt 65:

*"[...]the autonomy which a joint venture enjoys within the meaning of Article 3(4) of the EC Merger Regulation does not mean that that joint venture also enjoys autonomy in relation to adopting strategic decisions, and that it is therefore not under the decisive influence of its parent companies for the purposes of Article 81 EC."*

Til forskjell fra den meldte transaksjonen gjaldt saken *Dow Chemical Company* et *fullfungerende fellesforetak*, som forutsettes å opptre selvstendig i operasjonelle spørsmål. Ved etablering av felles kontroll alene gjennom erverv av aksjer som i den meldte foretakssammenslutningen, er det desto klarere at den siterte rettssetningen fra *Dow Chemical Company* vil måtte gjelde, ettersom det ikke stilles krav om at fellesforetaket driver selvstendig virksomhet ved erverv av felles kontroll i et eksisterende foretak.

I den utstrekning Konkurransetilsynet skulle anse spørsmålet som rettslig uklart, vil vi peke på at en tilsvarende uklarhet i så fall vil gjøre seg gjeldende for Konkurransetilsynets muligheter for å fatte vedtak i medhold av konkurranseloven § 10 for samordning av virksomheten til Torghatten og Fjord1. En eventuell rettslig uklarhet om anvendelsen av § 10 vil følgelig vanskeliggjøre Konkurransetilsynets håndhevingsmuligheter, og § 10 vil ikke ha slik preventiv effekt som ellers.

Under enhver omstendighet vil vi peke på at det ikke kan legges til grunn at § 10 – i den grad bestemmelsen skulle være anvendelig på samordning mellom Torghatten og Fjord1 – vil være

<sup>11</sup> Sak IV/32186 *Gosme/Martell* – DMP [1991]

<sup>12</sup> Se avgjørelsen i avsnitt 30

<sup>13</sup> C-179/12 P [2013]

tilstrekkelig til effektivt å hindre konkurransebegrensende samordning av virksomheten og/eller utveksling av konkurransesensitiv informasjon. Det vises til den parallelle problemstillingen ved vurdering av om konkurranseloven § 11 er tilstrekkelig til å forhindre utøvelse av markedsrett ved vertikale foretakssammenslutninger.

I behandlingen av vertikale foretakssammenslutninger er vurderingstema som kjent om den nye enheten vil få muligheter og insentiver til å begrense konkurransen. Ifølge Konkurransetilsynets praksis vil det ikke være grunnlag for å tillegge forbudet i § 11 en slik preventiv effekt at forbudet effektivt forhindrer konkurransebegrensende atferd som følge av en endring i markedsstrukturen. Det vises blant annet til vurderingen som ble gjort i vedtak V2007-17 BBS – Teller på side 41, andre avsnitt:

*"Insentivene til utestengende atferd vil imidlertid kunne begrenses i omfang, da foretakene har insentiver til å unngå å bli rammet av forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i konkurranseloven § 11, så langt som forbudet rekker. På generell basis kan det være rom for å opptre som beskrevet ovenfor uten å komme i konflikt med forbudet i § 11. Dette tilsier at forbudet i seg selv ikke er tilstrekkelig til å hindre partene i å opptre på en måte som begrenser konkurransen."*

Hensynet bak reglene om kontroll med foretakssammenslutninger er nettopp å forhindre markedsstrukturer som muliggjør begrensning av konkurransen. Dersom atferdsbestemmelsene skulle anses å være tilstrekkelige ville det ikke være behov for en egen kontroll med endringer i markedsstrukturen.

## **7 AVTALER MELLOM PARTENE OG UTVEKSLING AV INFORMASJON**

Fylkeskommunen har anført at eierskaps- og kontrollstrukturen i avtaleverket Torghatten ikke har muligheter eller insentiver til å begrense konkurransen mellom Torghatten og Fjord1. Videre skal det ikke skje noen utveksling av konkurransesensitiv informasjon mellom Torghatten og Fjord1, da det er inntatt bestemmelser i aksjonæravtalen som skal hindre dette. Partene vil også utarbeide retningslinjer om det samme tema, foreløpig av ukjent innhold.

At Torghatten har både muligheter og insentiver til å begrense konkurransen følger allerede av legalforutsetningen i konkurranseloven § 16, som omtalt i det foregående. I det følgende vil vi gjennomgå sentrale bestemmelser i avtaleverket, som også viser at Torghatten har sikret seg muligheter til å koordinere virksomhetene i Torghatten og Fjord1, og som gir Torghatten tilgang til konkurransesensitiv informasjon om virksomheten i Fjord1, se punkt 7.1. Vi vil deretter kommentere Torghattens insentiver, og vise at det heller ikke er noe i avtaleverket som endrer på Torghattens insentiver i så måte, se punkt 7.2.

### **7.1 Nærmere om avtaleverket mellom partene**

Ifølge aksjonæravtalen skal fylkeskommunen og Torghatten som Konkurransetilsynet kjenner til ha to representanter hver i styret i F1 Holding, hvorav ingen har avgjørende stemme ved stemmelikhet, se aksjonæravtalen punkt 6.2 og 6.5. Punkt 6.9 fastslår at alle beslutninger i styret i F1 Holding krever flertall. Følgelig vil ikke styret kunne beslutte noe som helst uten at Torghattens representanter er

enige. For ordens skyld nevnes at dette også ville være utfallet etter aksjelovgivningens regler, når to aksjonærer som i dette tilfellet sitter med halvparten av stemmene hver.

Det skal videre oppnevnes såkalte gjennomgående styremedlemmer – de samme fire personene som skal sitte i styret i F1 Holding skal også være holdingselskapets styrerepresentanter i Fjord1, se aksjonæravtalen punkt 9.2. Det følger videre av punkt 9.3 at styremedlemmene i F1 Holding skal avklare sin stemmegivning i Fjord1 forut for generalforsamling og styremøter i selskapet. Det forutsettes her at styremedlemmene skal "opptre og stemme samlet". Ettersom F1 Holding har stemmeflertall i Fjord1 (oppnevner styreformann som har avgjørende stemme), vil i praksis behandlingen av styresaker i Fjord1 være flyttet opp i F1 Holding. Dette gir en mer direkte innflytelse over Fjord1 enn en ordning uten gjennomgående styrerepresentanter. Likevel, siden styret i F1 Holding må være enige for å treffe beslutninger, ville Torghatten hatt en tilsvarende avgjørende innflytelse over Fjord1 også uten bestemmelsene i punkt 9.2 og 9.3.

Det må uansett være åpenbart at Torghatten vil utnytte sine styreposisjoner til å påvirke strategiske og operasjonelle beslutninger i Fjord1. I praksis vil Torghattens innflytelse som følge av å ha felles kontroll være større enn i andre tilsvarende kontrollsituasjoner, ettersom Torghatten i kraft av sin betydelige kompetanse om fergemarkedet vil være fylkeskommunen overlegen i styrerommet. Det følger også særlige muligheter for påvirkning og tilgang på informasjon ved at Torghatten de to første år skal ha styreledervervet også for Fjord1, jf. aksjonæravtalen punkt 9.2, jf. 6.5. For eksempel skal styresaker forberedes av daglig leder i samråd med styrets leder, jf. aksjeloven §§ 6-21.

Aksjonæravtalen inneholder også regler om skjerpede flertallskrav i punkt 8. Beslutninger om en rekke forhold, til dels av strategisk og operasjonell karakter, krever tilslutning fra både fylkeskommunen og Torghatten. Det skjerpede flertallskravet gjelder ikke bare for beslutninger i F1 Holding, men også i Fjord1. Av særlig betydning for hvordan Fjord1 opptrer i markedet kan punkt 8 (vi) nevnes. Bestemmelsen krever at eierne er enige for å kunne vedta forretningsplan og årsbudsjett. I tillegg følger det av punkt 8 (xi) at tilsvarende gjelder for låneopptak. Ettersom deltagelse i anbudskonkurranser regulært krever finansiering synes Torghatten i praksis her å ha sikret seg veto mot at Fjord1 konkurrerer med Torghatten i konkurranser som krever låneopptak.

I motsetning til hva som er anført av fylkeskommunen, kan vi ikke se at aksjonæravtalen inneholder bestemmelser som begrenser utveksling av konkurransesensitiv informasjon mellom Fjord1 og Torghatten. Tvert imot synes aksjonæravtalen å forutsette at styrerepresentantene som er oppnevnt av Torghatten skal delta i behandlingen av alle styresaker i Fjord1, og uansett også i den forutgående behandlingen av slike saker mellom styrerepresentantene i F1 Holding, jf. aksjonæravtalen punkt 6 og 9.3. Siden styret ikke er beslutningsdyktig uten at begge aksjonærer deltar, kan heller ikke Torghattens representanter fratre i behandlingen. Sammenholdt med at alle saker om Fjord1 skal inngi tilbud i en anbudskonkurranse behandles av styret, og at dette utgjør den vesentlige del av styrets arbeid, vil det ikke være mulig å gjennomføre uten at det tilflyter representantene fra Torghatten konkurransesensitiv informasjon.

Aksjonæravtalen gir videre noen overordnede føringer for hvordan Torghatten kan utøve eierskapet. Felles for bestemmelsene er at de inneholder runde formuleringer og/eller forbehold, som gjør at det i praksis vil være vanskelig for fylkeskommunen å påvise at Torghatten ikke har stemt i tråd med føringene:

- Punkt 2.1 setter en slags begrensning på hvilke interesser eierne kan ta i betraktning ved sin stemmegivning. Det skal ikke treffes beslutninger som er påvirket av interesser aksjonærene måtte ha i virksomheter utenom F1 Holding og Fjord1. Denne bestemmelsen har i praksis liten reell betydning, da det ikke er mulig å fastlegge hvilke interesser aksjonærene reelt sett har stemt ut ifra. Etter vårt syn bekrefter bestemmelsen derimot at eierstrukturen gir Torghatten muligheter til å stemme ut fra selskapets interesser utenfor eierskapet i F1 Holding – ellers skulle en slik bestemmelse være overflødig.

- Det er også gitt bestemmelse som binder aksjonærene i spørsmål om lokalisering av Fjord1s hovedkontor i punkt 9.4. Hovedkontorets lokalisering gir imidlertid ingen føring for hvordan Fjord1 skal konkurrere i markedet.

- Punkt 10.7 inneholder plikter for Torghatten som synes å skulle adressere det faktum at Torghatten har insentiver til å redusere konkurransen mellom Torghatten og Fjord1. Punkt 10-7 (i)-(iii) hitsettes:

"[...]

(i) *ingen unngåelig endring skjer i virksomheten i Fjord1 som med sannsynlighet vil redusere det økonomiske resultatet for Fjord1;*

(ii) *ingenting gjøres eller unnlates mellom Fjord1 og noe selskap i Kjøpers gruppe som kunstig reduserer det økonomiske resultatet for Fjord1;*

(iii) *virksomheten i Fjord1 drives i samsvar med tidligere praksis;*

[...]" (Vår utheving)

Hva som utgjør en "unngåelig" endring i virksomheten, eller hva en "kunstig" reduksjon i det økonomiske resultatet er, kan opplagt diskuteres, og gir fylkeskommunen liten sikkerhet for hvordan Torghatten faktisk vil opptre. Videre kan det også diskuteres hva som har vært Fjord1s "tidligere praksis" når det gjelder deltagelse i konkurranser. Det synes å være enighet mellom fylkeskommunen og Torghatten om at Torghatten og Fjord1 i liten grad har konkurrert med hverandre, se for eksempel konkurransemeldingen punkt 9.4. Om det er denne praksisen Torghatten skal sørge for å videreføre vil Torghatten altså være forpliktet etter aksjonæravtalen til å koordinere virksomheten til de to konkurrentene.

For det tilfelle at Konkurransetilsynet skulle vurdere aksjonæravtalen annerledes, slik at den hindrer Torghattens insentiver til å begrense konkurransen, eller hindrer utveksling av konkurransesensitiv informasjon, vil vi for det første peke på at avtalen mellom fylkeskommunen og Torghatten fritt kan endres etter en eventuell godkjenning av transaksjonen fra Konkurransetilsynet. Endringer kan foretas uten at det vil kreve ny konkurransemelding, eller annen form for godkjenning av Konkurransetilsynet.

For det andre vil vi peke på at selv om en skulle legge til grunn at aksjonæravtalen ikke blir endret, gir det liten trygghet for at det ikke i praksis vil skje utveksling av konkurransesensitiv informasjon. Det er ikke mulig å etablere effektive kontrollmekanismer som overvåker hva som blir sagt enten i styrerommet eller i andre sammenhenger. Det skal også svært lite til for at Torghatten vil kunne utnytte informasjonen strategisk i konkurransen med Fjord1. For eksempel kan tilsynelatende uvesentlige opplysninger om Fjord1 gi klare indikasjoner på om Fjord1 vil legge inn tilbud i en aktuell anbudskonkurranse. Forskjellen i kompetanse om fergemarkedet mellom Torghatten og fylkeskommunen øker etter vårt syn risikoen for utveksling av konkurransesensitiv informasjon.

Eventuelle avhjelpende tiltak i form av å gjøre bestemmelser i aksjonæravtalen til bindende deler av Konkurransetilsynets vedtak, vil ikke gi effektivt avbøte mulighetene for å utveksle konkurransesensitiv informasjon. Vi viser til uttalelser fra Konkurranselovutvalget i NOU 2012:7 i punkt 9.4, som anerkjenner at kontroll med slik informasjonsutveksling vil kunne være problematisk å føre bevis for eller å oppdage, samtidig om det er uklart hvilke virkemidler som kan benyttes.

## **7.2 Nærmere om Torghattens insentiver til å begrense konkurransen**

Under enhver omstendighet, og selv om en skulle legge til grunn at konkurransesensitiv informasjon ikke ble utvekslet, vil ervervet av felles kontroll uansett være tilstrekkelig til å begrense konkurransen i det relevante markedet. Gjennom felles kontroll i F1 Holding vil Torghatten ha avgjørende innflytelse over hvilken strategi som skal gjelde for Fjord1. Som påpekt i vårt brev av 13. april har Torghatten betydelig informasjon om virksomheten i Fjord1 gjennom andre (offentlige) kanaler, og er ikke avhengig av tilgang til konfidensiell om foretaket for å vite hvilken strategi for Fjord1 Torghatten vil være best tjent med.

Eksempelvis kan det vises til at en nærliggende strategi vil kunne være at Fjord1 kun skal legge inn tilbud på fergesamband der selskapet har kontrakt fra før av, eller på annet vis begrense det geografiske området Fjord1 skal konkurrere i. Det vil gi Torghatten trygghet for at Torghatten ikke møter Fjord1, som er den sterkeste konkurrenten, når Torghatten inngir tilbud på andre fergesamband. Ettersom erfaringen viser at et utstrakt problem i fergemarkedet er at det generelt er få tilbud i hver enkelt anbudskonkurranse, vil Torghatten i flere tilfeller kunne oppnå å være den eneste som inngir tilbud, og i andre tilfeller at antallet konkurrenter reduseres. Samtidig kan Torghatten avstå fra å legge inn tilbud på samband som Fjord1 (etter denne strategien) konkurrerer om. Samlet vil Torghatten på denne måten oppnå at de to sterkeste aktørene i fergemarkedet, Torghatten og Fjord1, ikke konkurrerer om de samme kontraktene.

Til støtte for at Torghatten vil være tjent med en strategi der Fjord1 begrenser antallet samband selskapet konkurrerer om vises til at transaksjonen fører til at Torghatten oppnår en konsolidert eierandel i Fjord1 på 29,5 %. Torghatten har dermed en klar interesse i at ett av Torghattens datterselskaper (med høyere eierandel) vinner nye kontrakter fremfor Fjord1. Dette bekreftes også i presentasjon fra fylkeskommunens advokat fra møte med Konkurransetilsynet 18. mars på side 9. De økonomiske insentivene tilsier dermed at transaksjonen vil føre til en begrensning i konkurransen i fergemarkedet. For øvrig vil Torghatten også tjene på at Fjord1 vinner konkurranser fremfor de andre konkurrentene Norled og Boreal, da Torghatten gjennom F1 Holding uansett vil få 29,5 % av avkastningen.

En annen mulig strategi kan være at Torghatten selv vil avstå fra å konkurrere med Fjord1, og la Fjord1 konkurrere for å vinne flest mulig nye kontrakter i de nærmeste årene. Dersom Torghatten avstår fra å konkurrere med Fjord1, vil Fjord1 kunne oppnå høyere pris og inntekter enn ellers. Ettersom den overordnede planen er å overta enekontroll i Fjord1 på sikt, vil Torghatten – til den tid – også få en større del av avkastningen enn ved den meldte transaksjonen.

At Torghatten forfølger en slik strategi – i hvert fall for de nærmeste få årene – kan underbygges ved bestemmelsen om utbyttepolitikk i aksjonæravtalen punkt 5, der det fremgår at det ikke skal betales ut utbytte for regnskapsåret 2015. Den direkte konsekvensen av slik utbyttepolitikk er at Fjord1 vil ha en

bedre kapital situasjon, og dermed styrket konkurransekraft i de kommende anbudskonkurransene. En slik strategi kan også benyttes til å la Fjord1 være et instrument for å utkonkurrere de to øvrige aktørene i markedet, Norled og Boreal.

Vi gjør oppmerksom på at nevnte eksempler kun utgjør to av flere mulige strategier som Torghatten kan forfølge, og vil advare mot å begrense vurderingstemaet under § 16 første ledd til utelukkende omhandle hvorvidt akkurat disse strategiene er mulige å gjennomføre. Som nærmere redegjort for i punkt 5 ovenfor kan Konkurransetilsynet på bakgrunn av vurderingstemaet i de horisontale retningslinjene legge til grunn at Torghatten gjennom erverv av felles kontroll vil oppnå en slik avgjørende innflytelse over virksomheten i Fjord1 at konkurransen mellom Torghatten og Fjord1 vil påvirkes, og det ikke er nødvendig for Konkurransetilsynet å ta konkret stilling til hvilken strategi som vil bli fulgt. Eksempelene synliggjør og underbygger likevel at Torghatten faktisk har både muligheter og insentiver til å begrense konkurransen mellom Fjord1 og Torghatten, i den grad Konkurransetilsynet anser det for å være relevant å vurdere dette konkret.

Fylkeskommunen anfører at kontraktens varighet i seg selv er et moment som taler for at det ikke foreligger noe grunnlag for at konkurransen vil bli begrenset. Etter vår oppfatning er effekten tvert om den motsatte. Fylkeskommunens vedtak går ut på at fylkeskommunen skal selge seg helt ut av eierskapet i Fjord1. Det vises blant annet til rådmannens innstilling til fylkesutvalgets møte 16. november 2015, der det på side 7 fremgår at "*[a]vtaleverket inneber såleis at Torghatten og fylkeskommunen vil eie F1 Holding i fellesskap i ein overgangsperiode.*" Dette vises også ved opsjonene i transaksjonsavtalen, som tilsier at det ikke vil gå mer enn ett til tre år før fylkeskommunen etter planen har solgt seg helt ut. Kontrakter som det konkurreres om i denne perioden vil følgelig ha oppstart først når fylkeskommunen etter alt å dømme ikke lenger har eierinteresser i Fjord1. Fylkeskommunen vil følgelig heller ikke ha noen sterke interesser i å sikre at Fjord1 vinner disse kontraktene, som vil gi inntekter (og mulighet for utbytte) først når fylkeskommunen har solgt seg helt ut.

Ut fra måten salgsvederlaget er fastsatt på vil det heller ikke bli påvirket av disse eventuelle kontraktene, da vederlaget er knyttet til Fjord1s resultat for regnskapsårene 2016, 2017, 2018 og 2019, jf. aksjesalgsavtalen punkt 3.2. Selv om det ikke er noen garanti for at opsjonene vil bli utøvd, tilsier fylkeskommunens overordnede plan om fullt salg uansett at fylkeskommunen ikke har spesiell interesse av å motsette seg en slik strategi.

Reguleringen av vederlaget viser også at Torghatten har sterke insentiver til å utløse kjøpsopsjonen, ettersom de resterende 50 % av aksjene er lavt priset: Verdien av hele F1 Holding (eller 59 % av aksjene i Fjord1) er i aksjesalgsavtalen antatt priset til kroner 1.196 millioner, se punkt 3.2.1. Alene for de første 50 % av aksjene skal Torghatten betale kroner 896 millioner, og da slik at det kun gjenstår å betale kroner 300 millioner for de resterende 50 %. Med andre ord vil Torghatten kunne overta de resterende aksjene til om lag halv pris. Sagt på en annen måte: Halvparten av verdien av de resterende aksjer betales uansett allerede ved kjøp av de første aksjene.

Det er også flere andre sider ved salgsprosessen som viser at Torghattens intensjon er å overta kontrollen i Fjord1. Selv om Konkurransetilsynet kun skal ta stilling til den foretakssammenslutningen som er meldt, viser den forutgående prosessen hva som har vært Torghattens opprinnelige plan:

Det første budet fra Torghatten av 19. mai 2015 gjaldt hele F1 Holdings aksjepost på 59 % av aksjene i Fjord1, hvilket ville gitt enekontroll i Fjord1. Så sent som 2. november 2015 ga Torghatten bud på 51 % av aksjene i F1 Holding, hvilket også ville gitt enekontroll i Fjord1. Dette tilbudet var betinget av at det ble inngått avtale med Havilafjord om ikke å påberope seg forkjøpsrett/løsningsrett. Når den endelige avtalen endte med kjøp av 50 % (og ikke 51 %) av aksjene i F1 Holding, synes dette å være gjort i et utjenlig forsøk på å omgå Havilafjords forkjøpsrett. Fra F1 Holding er det argumentert for at erverv av kun 50 % ikke utløser forkjøpsrett, mens det av juridisk teori er fremholdt at forkjøpsrett i alle fall utløses ved kjøp av 51 %.

Sammenholdt med sannsynligheten for at opsjonene vil bli utløst, kan Konkurransetilsynet i sin analyse ta i betraktning rasjonelle strategier som forutsetter at Torghatten eier 100 % av aksjene i F1 Holding.

Avslutningsvis vil vi peke på at allerede før overtagelse av aksjeposten på 50 % har Torghatten gjennom avtaleverket påvirket Fjord1s konkurransekraft og derigjennom hvordan Fjord1 vil opptre i markedet. Som det er redegjort for i tidligere korrespondanse er kapitaltilgang en sentral faktor i aktørenes konkurransekraft. Avtalen om ikke å dele ut utbytte for 2015 gjør at Fjord1 vil ha bedre kapitaltilgang, og dermed sterkere konkurransekraft. Nullutbytte for 2015 bryter imidlertid med Fjord1s utbyttepolitikk som har vært ført i det foregående. Fylkeskommunen har videre – utenom de ordinære fremgangsmåter etter aksjelovgivningen – søkt å gjennomføre denne avtalen med Torghatten i kommunikasjon med Fjord1. Vi viser til notat fra styreleder i Fjord1 til styret av 8. mars 2016, se sak 4.

#### **Vedlegg 1: Styrenotat Fjord1 AS datert 8. mars 2016**

Selv om det ikke er uvanlig å avtale begrensninger i selgers adgang til å gjennomføre tiltak som kan begrense verdien av salgsobjektet, eller foreta ekstraordinære aktiviteter, finner vi grunn til å stille spørsmål ved om avtalen på dette punktet bryter med gjennomføringsforbudet i konkurranseloven § 19, ettersom den faktisk har betydning for hvordan Fjord1 vil konkurrere i markedet før eventuell gjennomføring av foretakssammenslutningen.

\* \* \*

Om det er spørsmål til våre synspunkter i dette brevet, eller ønske om at noen forhold utdypes, ber vi om å bli kontaktet.

Med vennlig hilsen

WIKBORG, REIN & CO. ADVOKATFIRMA DA

  
Eivind Stage