

Wiersholm

Opplysninger unntatt  
offentlighet jf. § 13(1) nr. 2  
jf. Offl. § 13(1) - forretnings  
sensitiv informasjon.

# Strengt konfidensielt – fra ekstern advokat

Til: Sogn og Fjordane Fylkeskommune

Fra: Advokatfirmaet Wiersholm AS (Håkon Cosma Størdal og Hanna Faksvåg)

Ansv. advokat: Inge Ekker Bartnes

Dato: 27. september 2015

## FJORD1 HOLDING – TORGHATTEN ASA – KONKURRANSERETTLIG RISIKOVURDERING

### 1. INNLEDNING OG BAKGRUNN

I forbindelse med Torghatten ASA ("**Torghatten**") sitt mulige erverv av 50 % av aksjene i Fjord1 Holding AS ("**Fjord1 Holding**") (i fellesskap "**Partene**"), har vi foretatt en vurdering av den konkurranserettslige inngrepsrisikoen som kan foreligge ved en slik transaksjon. Med konkurranserettslig inngrepsrisiko menes risikoen for at Konkurransetilsynet enten forbyr transaksjonen, eller tillater den vilkår foreslått av Partene.

Som ledd i vurderingen har vi også analysert hvilke tiltak som kan være nødvendige og tilstrekkelige for å sikre at transaksjonen blir godkjent av Konkurransetilsynet. Torghatten har signalisert at salg av FosenNamsos Sjø AS ("**FosenNamsos**") kan være aktuelt. Hvorvidt et slikt salg er tilstrekkelig er også særskilt vurdert.

Det fremgår av vårt notat 9. september 2014 at godkjenning av et salg til Torghatten mest sannsynlig vil være betinget av at avhjelpende tiltak fremsettes. Dette tilsier også klart at Torghatten som kjøper bør bære risikoen for Konkurransetilsynets behandling, herunder gjennomføre de tiltak som er nødvendig for at transaksjonen skal bli godkjent.

Vi vil nedenfor først beskrive den konkurranserettslige inngrepsrisikoen. Derneft behandles hvilke avhjelpende tiltak som kan være aktuelle for så vidt gjelder den mulige transaksjonen. Videre har vi også særskilt vurdert hvorvidt salg av FosenNamsos er et tilstrekkelig tiltak, eller om også andre tiltak må påregnes.

Det bemerkes at fokus i det følgende er på transaksjonens mulige virkninger i fergemarkedet, ettersom dette synes å være det markedet hvor Partene har størst grad av overlappende aktiviteter. Det er også det markedet hvor Partene generer størsteparten av sin omsetning.

### 2. KONKLUSJON

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 Holding til Torghatten, hvis ikke avhjelpende tiltak tilbys. Mulige avhjelpende tiltak kan være (i) salg av virksomhet til en uavhengig tredjepart, (ii) overføring av kontrakter til en faktisk eller potensiell aktør, og/eller (iii) forpliktelser som begrenser Partenes muligheter til å by på fremtidige

kontrakter i en nærmere angitt periode (for å legge til rette for nyetablering eller ekspansjon fra andre aktører).

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.

Tilsynet vil ventelig være opptatt av at det finnes tilstrekkelige alternativer for oppdragsgiver etter transaksjonen. En styrking av f.eks. Boreal vil kunne bidra til dette. Det kan derfor være av betydning at Boreal presenteres som den aktuelle kjøperen. Et slikt salg vil innebære at selskapet øker sin kapasitet og blir en større og mer troverdig utfordrer til de mer etablerte aktørene.

### **3. RISIKO FOR INNGREP – SALG TIL TORGHATTEN**

#### **3.1 Rettslig utgangspunkt**

Konkurransetilsynet fører kontroll med fusjoner og oppkjøp, og skal gripe inn mot transaksjoner som enten fører til eller forsterker en vesentlig konkurransebegrensning (i strid med lovens formål), jf. konkurranseloven § 16.

Risikoen for krav om avhjelpende tiltak og forbud vil normalt være avhengig av en analyse av følgende faktorer:

- Om partene er nære konkurrenter
- Samlet markedsandel etter transaksjonen
- Øvrige aktørers markedsandeler
- Konsentrasjonsgrad i markedet
- Potensiell konkurranse
- Etableringsmuligheter
- Kjøpermakt
- Mulige effektivitetsgevinster

Hvorvidt det foreligger inngrepsrisiko må vurderes konkret i den enkelte sak. Generelt vil det foreligge risiko for inngrep, hvis partene har en felles markedsandel på 40-45 %. Også slike transaksjoner vil i særlige tilfeller aksepteres, avhengig av markedsstrukturen. Samtidig er det en større risiko for at Konkurransetilsynet vil søke å sikre at konkurransen ikke begrenses ved å kreve avhjelpende tiltak.

Transaksjoner som medfører en samlet markedsandel på mer enn 50 %, anses normalt som problematiske. Risikoen for at avhjelpende tiltak ikke er tilstrekkelige til å løse mulige konkurranserettslige bekymringer øker også. En transaksjon som innebærer en reduksjon i antall aktører fra 3 til 2 vil normalt være mer problematisk enn en transaksjon som medfører en reduksjon fra 4 til 3.

De ovennevnte generelle utgangspunkter er også egnet til å gi veiledning for så vidt gjelder omfanget av mulige avhjelpende tiltak. Typisk vil salg av virksomhet som reduserer partenes felles markedsandel til under 40 % kunne være et tilstrekkelig tiltak avhengig av markedsforholdene for øvrig. Også høyere konsentrasjonsgrad vil kunne aksepteres på bakgrunn av de markedsspesifikke forholdene. Typisk vil det være grunnlag for å akseptere

en høyere felles markedsandel i et anbudsmarked. Dette forutsetter imidlertid at konkurrentene har den nødvendige kapasitet og finansielle styrke til å by på utlyste anbud.

Før den konkurranserettslige risikoen beskrives nærmere, vil markedene behandles kort.

### **3.2 Markedet**

#### **3.2.1 Produktmarkedet**

Markedet for ferge- og hurtigbåtruter er anbudsmarkeder. Kontrakten for det enkelte samband inngås gjennom anbudskonkurranser hvor det offentlige er oppdragsgiver (Statens Vegvesen eller fylkeskommunen). Etter det vi har fått opplyst, gjelder dette tilnærmet 100 % av alle sambandene i Norge.

Selskapet som tildeles kontrakten får enerett på transport på det aktuelle sambandet i kontraktens løpetid. Når kontrakt er tildelt vil det derfor ikke være konkurranse mellom flere tilbydere på sambandet. Konkurransen er dermed om markedet og ikke i markedet. Samtlige aktører som er i stand til å oppfylle oppdragsgivers krav kan således by på og bli tildelt kontrakten.

Et særlig spørsmål er om det er grunnlag for å skille mellom hurtigbåt og ferge. Slik vi har forstått det, vil det være mulig for fergeselskapene å erverve eller bestille nye ferger for å tilfredsstille oppdragsgivers krav. I tillegg er det de samme fire rederiene som konkurrerer både om samband som trafikkeres med ferge og hurtigbåt. Dette tilsier at konkurransen skjer om drift av fergesamband og at det ikke er grunnlag for en ytterligere segmentering. Det er uansett for denne risikovurderingens formål ikke nødvendig å gjøre et slikt skille.

#### **3.2.2 Geografisk marked**

Ferge- og hurtigbåtkontraktene utlyses på et nasjonalt nivå, og aktørene konkurrerer om kontrakter i hele landet.<sup>1</sup> Dette tilsier at markedet er nasjonalt.

Et særlig spørsmål er om det geografiske markedet kan utvides til f.eks. Skandinavia eller Nord-Europa. Typisk vil det at svenske eller danske selskaper byr på kontrakter i Norge være et viktig argument i denne sammenheng. Vi har imidlertid ikke funnet at slik budgivning (på tvers av landegrenser) skjer og har derfor lagt til grunn at markedet har en nasjonal utstrekning. Dette er også i samsvar med de funn som ble gjort av Oslo Economics da de undersøkte markedet i 2012 og 2014 på oppdrag fra Statens Vegvesen.<sup>2</sup>

### **3.3 Særlig om anbudsmarkeder**

Det at et marked kan sies å være et anbudsmarked kan ha konsekvenser for den konkurranserettslige vurderingen.

I anbudsmarkeder vil ikke antall aktører som inngir tilbud på en kontrakt alene gi uttrykk for hvor godt konkurransen fungerer. Det avgjørende er om de som inngir tilbud forventer at også andre kommer til å gjøre det samme. Jo flere konkurrenter det er som er aktive i det relevante markedet og som har evne til å løfte prosjektet (enten alene eller i samarbeid med andre), jo sterkere er den potensielle konkurransen. Dette gjelder selv om det i ettertid skulle vise seg at det i snitt f.eks. bare har vært tre aktører med i konkurransen.

I anbudsmarkeder vil også markedsandelene kunne variere fra år til år avhengig av om kontrakter vinnes eller ikke. Markedsandelene vil derfor normalt sett gi et mindre dekkende bilde på styrkeforholdet mellom aktørene. Dette fordi markedsandelen på et gitt tidspunkt kun reflekterer aktørens tidligere suksess i konkurransen om oppdrag og ikke nødvendigvis den reelle markedsposisjonen til selskapet.

---

<sup>1</sup> DHTs presentasjon av Fjord1 side 20.

<sup>2</sup> Konkurransetsetting av riksvegferjedriften – på rett kjøp? Oslo Economics rapport nr. 2012-12 og Memo 27. oktober 2014 til Statens vegvesen fra Oslo Economics.

Fremtidig markedsandel vil være avhengig av hvor mange kontrakter de enkelte aktørene har, når de utløper og hvor sannsynlig det er at kontraktene gjenvinnes.

EU-kommisjonen har i sin praksis gitt uttrykk for at en referanseperiode på 5 år kan være aktuelt å anvende ved vurderingen av markedsandeler i anbudsmarkeder.

### 3.4 Markedskonsentrasjon

#### 3.4.1 Kort om aktørene og deres markedsandeler

Det er fire hovedaktører representert i det norske fergemarkedet i dag: Fjord1, Torghatten, Norled AS ("**Norled**") og Boreal Transport Norge AS ("**Boreal**").<sup>3</sup> Selskapene driver nasjonal virksomhet, og de konkurrerer om utlyste anbud i Norge.

| Selskap    | Omsetning<br>sjø 2014<br>(NOK) | Markeds-<br>andel<br>omsetning | Antall<br>samband | Markeds-<br>andel<br>samband | Antall<br>fartøy | Markedsandel<br>fartøy |
|------------|--------------------------------|--------------------------------|-------------------|------------------------------|------------------|------------------------|
| Fjord1     |                                |                                | 28 stk.           | 22 %                         | 73 stk.          | 27 %                   |
| Torghatten |                                |                                | 55 stk.           | 43 %                         | 87 stk.          | 32 %                   |
| Norled     |                                |                                | 33 stk.           | 26 %                         | 80 stk.          | 29 %                   |
| Boreal     |                                |                                | 13 stk.           | 10 %                         | 35 stk.          | 13 %                   |
| Totalt     |                                |                                | 129 stk.          | 100 %                        | 275 stk.         | 100 %                  |

Kilde: Presentasjon fra Torghatten – *Torghatten ASA Konkurransesituasjonen* 22. september 2015.

#### 3.4.2 Markedsandeler etter et eventuelt salg til Torghatten

Basert på markedsandelene *alene* er det sannsynlig at Konkurransetilsynet vil kunne komme til å forby transaksjonen eller kreve avhjelpende tiltak dersom Torghatten erverver 50 % av Fjord1 Holding. Partene vil i et felles marked for ferge og hurtigbåt få en markedsandel på ca. %<sup>3</sup>, se tabellen i punkt 3.4.1.

Gjennom transaksjonen vil Fjord1 og Torghatten få en betydelig høyere samlet markedsandel enn de to øvrige aktørene, både dersom markedsandeler beregnes på bakgrunn av omsetning og antall samband. Partene vil ved begge beregninger ha en markedsandel som er minst dobbelt så stor som Norled sin, og seks ganger så stor som Boreal sin.

Spørsmålet er derfor om øvrige markedsspesifikke forhold, særlig at dette er et anbudsmarked, tilsier at det likevel ikke foreligger grunnlag for å stanse transaksjonen.

### 3.5 Andre forhold av betydning for inngrepsrisikoen

Som nevnt ovenfor, vil markedsandeler i seg selv normalt ikke være avgjørende i et anbudsmarked. Dette fordi markedsandelen vil variere med hvilke kontrakter det enkelte rederi har vunnet til enhver tid. Partenes felles markedsandel vil derfor kunne reduseres om de ikke vinner fremtidige kontrakter.

Selv om dette er utgangspunktet, vil andeler på over 60 % også i et anbudsmarked innebære en risiko for forbud. Etter vår vurdering bør det være mulig å få transaksjonen godkjent dersom følgende forhold kan dokumenteres/sannsynliggjøres:

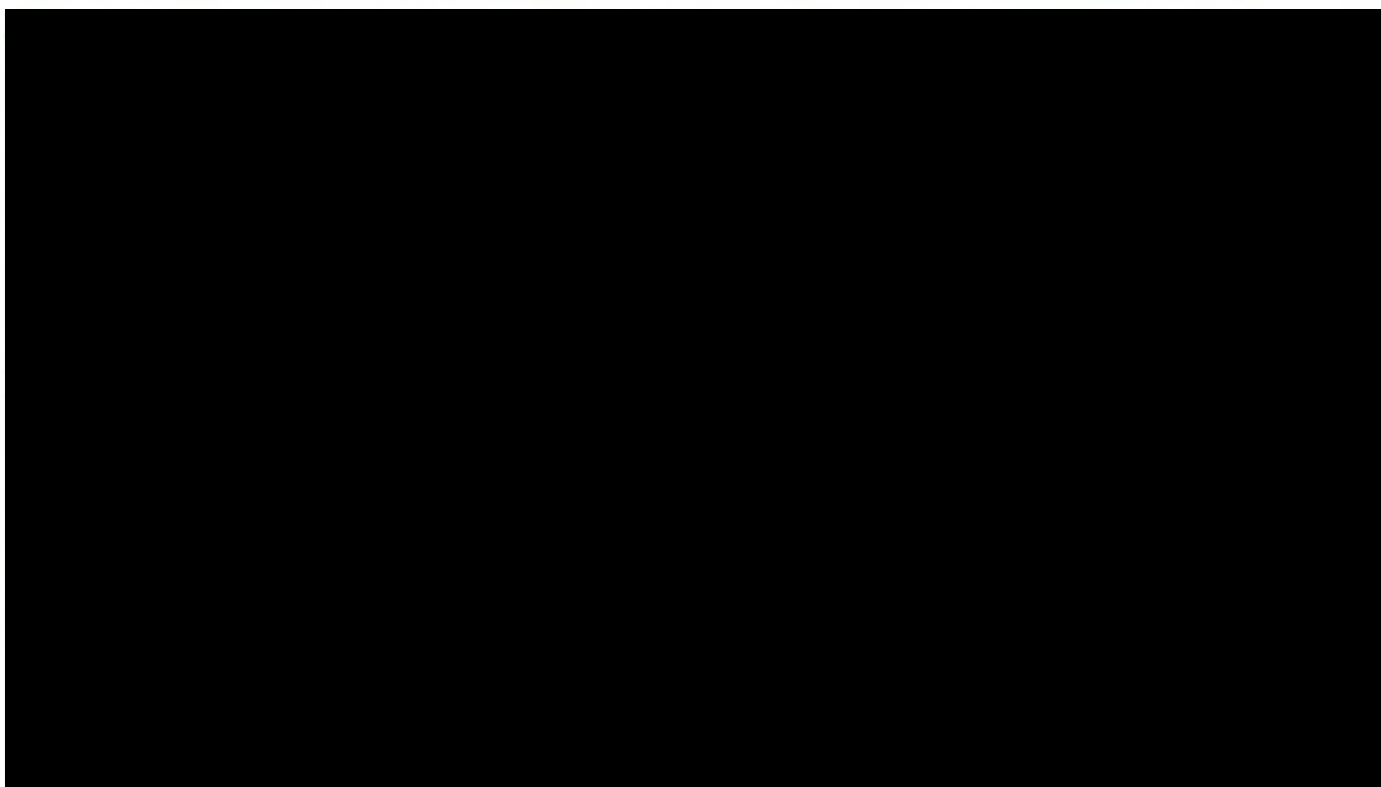
<sup>3</sup> Presentasjon av Fjord1 fra DHT side 16.

- at samtlige rederier, eller i alle fall tre har budt på de kontrakter som per i dag har vært utlyst, og at Partenenes konkurrenter vil være i stand til å by på fremtidige kontrakter
- at markedsandelene til de ulike rederiene har variert de siste 5-10 årene
- at det er mulig for mindre aktører å delta, herunder ved oppdeling av kontrakter eller deltakelse som underleverandør
- at det ikke eksisterer vesentlige etableringshindringer
- at transaksjonen medfører effektivitetsgevinster, og
- at det foreligger reelle avhjelpende tiltak, se pkt. 4 nedenfor.

Ovennevnte forhold er drøftet nærmere i det følgende.

### **3.6 Markedsandeler over tid**

Analysen foretatt av DHT viser at aktørene har hatt en relativt stabil markedsandel de siste fem årene, se nedenfor.



(Kilde: DHT)

Små bevegelser i rederienes markedsandeler kan skyldes manglende konkurranse, men det kan også være en konsekvens av at fergekontrakene er langvarige og at det ikke har vært vesentlig kontrakter på anbud i den aktuelle perioden. Det er derfor vanskelig å trekke noen klare slutninger fra dette.

På denne bakgrunn er det vesentlig å analysere hvorvidt og hvor mange av rederiene som har inngitt tilbud på de utlyste kontraktene, og hvilke rederier som er i stand til å by på fremtidige kontrakter. En teoretisk mulighet til å delta i fremtidige kontrakter er ikke tilstrekkelig i denne sammenheng. Aktørene må ha en reell mulighet til å inngi tilbud eventuelt alene eller i samarbeid med en annen aktør.

Tabellene nedenfor viser noe av budhistorikken for enkelte fergesamband de siste årene.

| ergesamband            |               |                                                                        |            |                                                       |
|------------------------|---------------|------------------------------------------------------------------------|------------|-------------------------------------------------------|
| Fylke                  | id<br>ppstart | Pakke                                                                  | Vinner     | Andre tilbydere                                       |
| Finnmark               | 01.01.2016    | Øksfjord Finnmark                                                      | Boreal     | Fjord1 nr. [redacted] og<br>Torghatten nr. [redacted] |
| Finnmark               | 01.01.2016    | Korsfjorden – Nyvoll<br>og Strømsnes –<br>Kjerringholmen i<br>Finnmark | Boreal     | Torghatten                                            |
| Troms                  | 01.02.2014    | Vågsfjord                                                              | Norled     | Torghatten                                            |
| Norland                | 01.01.2015    | Levang – Nesna og<br>Nesnaøyene                                        | Torghatten | Boreal                                                |
| Norland                | 01.01.2015    | Fiskebøl – Melbu                                                       | Torghatten | Boreal                                                |
| Norland                | 01.07.2014    | Tjøtta – Forvik                                                        | Torghatten | Boreal                                                |
| Trøndelag              | 01.01.2015    | Levanger – Hokstad                                                     | Torghatten | Norled, Fjord1 og<br>Boreal                           |
| Møre og<br>Romsdal     | 01.01.2014    | Sølsnes – Åfarnes                                                      | Fjord1     | Norled                                                |
| Møre og<br>Romsdal     | 01.01.2015    | Nye Ytre Sunnmøre                                                      | Norled     | Fjord1                                                |
| Møre og<br>Romsdal     | 01.01.2014    | Nordøyane                                                              | Norled     | Fjord1                                                |
| Møre og<br>Romsdal     | 01.07.2013    | Volda – Folkestad<br>og Volda – Lauvstad                               | Norled     | Fjord1                                                |
| Sogn og<br>Fjordane    | 2016-2018     | Fylkesvegsamband<br>S&F                                                | Fjord1     | Norled og Boreal                                      |
| Vestfold og<br>Østfold | 01.01.2017    | Moss – Horten                                                          | Torghatten |                                                       |

| Anbud med kort frist til oppstart og kort kontraktperiode |                |                            |        |                 |
|-----------------------------------------------------------|----------------|----------------------------|--------|-----------------|
| Fylke                                                     | Tid<br>oppstar | Pakke                      | Vinner | Andre tilbydere |
| Trøndelag                                                 | 01.01.2015     | Brekstad – Valset          | Norled | Fosenlinjen     |
| Sogn og<br>Fjordane                                       | 01.01.2016     | Indre Sogn                 | Fjord1 |                 |
| Rogaland og<br>Hordaland                                  | 01.01.2017     | Bjørne- og<br>Boknafjorden | Fjord1 |                 |



| <b>Hurtigbåtsamband</b> |             |                                                           |                     |                                                                           |
|-------------------------|-------------|-----------------------------------------------------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------|
| Fylke                   | Id oppstart | Pakke                                                     | Vinner              | Andre tilbydere                                                           |
| Nordland                | 01.09.2015  | Herøyruta og Trænaruta                                    | Boreal              |                                                                           |
| Finnmark                | 01.01.2016  | Hurtigbåt Finnmark                                        | Boreal              | Torghatten og Barents Nord AS i Øksfjord (tilbudet ble imidlertid avvist) |
| Troms                   | 01.01.2015  | Skjervøy – Tromsø og Tromsø – Vikran – Lysnes – Tennskjær | Boreal              | Torghatten og Norled                                                      |
| Trøndelag               | 01.01.2014  | Hurtigbåt Sør-Trøndelag                                   | Torghatten (Fjord1) | Boreal og Norled                                                          |
| Hordaland               | 01.01.2015  | Askøy – Bergen                                            | Norled              | BNR (hadde ruten)                                                         |
| Hordaland               | 01.01.2014  | Sunnhordaland                                             | Norled              | L. Rødne & Sønner, BNR gikk til sak på anbudsgrunnlaget                   |
| Hordaland               | 01.01.2014  | Nordhordaland                                             | Norled              | L. Rødne & Sønner, BNR gikk til sak på anbudsgrunnlaget                   |
| Hordaland               | 01.01.2014  | Turistrutene Indre Hardanger                              | Norled              |                                                                           |
| Rogaland                | 01.01.2015  | Ryfylke                                                   | Norled              |                                                                           |
| Oslo                    | 01.10.2015  | Aker Brygge – Fornebu                                     | Norled              |                                                                           |
| Vest-Agder              | 01.09.2014  | Flekkefjord                                               | Norled              |                                                                           |

(Kilde: DHT)

Det fremgår av tabellene at Fjord1 og Torghatten i liten grad byr på de samme kontraktene. Dette kan f.eks. være historisk betinget eller skyldes strategiske valg. Det kan også skyldes manglende konkurranse.

Et tilsvarende bilde fremgår også av Oslo Economics notat til Statens Vegvesen dater 27. oktober 2014 (vedlagt). På side 3 i notatet er det påpekt at rederiene i perioden 2011 til 2014 har fått et tydeligere lokalt fokus. Fjord 1 og Norled er aktive i Region Vest og Region Midt sør for Trondheimsfjorden, mens Torghatten og Boreal er aktive i Region Nord og Region Midt nord for Trondheimsfjorden. Dette samsvarer også godt med det som fremkommer av tabellene ovenfor.

Basert på anbudshistorikken synes Fjord1 og Torghatten ikke å være hverandres nærmeste konkurrenter. Torghatten og Fjord1 har hovedsakelig blitt utfordret av Norled og Boreal, og

har ved flere anledninger også tapt konkurranser til fordel for disse to rederiene. Det ulike geografiske fokuset understøtter også dette.

Det at Fjord 1 og Torghatten ikke fremstår som å være hverandres nærmeste konkurrenter er et moment som tilsier at Konkurransetilsynet burde være mindre bekymret for transaksjonens konkurransemessige virkninger. Dette selv om Partene får en høy felles markedsandel.

Videre viser anbudshistorikken at Boreal er en reell utfordrer til både Fjord1 og Torghatten, til tross for at Boreal har en lavere markedsandel og er et vesentlig mindre rederi. Boreal har også ved flere anledninger vunnet kontrakter for både ferger og hurtigbåter, noe som tilsier at det er god konkurranse i markedet.

Et annet trekk ved anbudskonkurransene, som også fremgår av tabellene ovenfor, er at kun én eller to rederier deltar. Oslo Economics konkluderer både i 2012 og 2014 med at dette i seg selv ikke betyr at konkurransen er svak.<sup>4</sup>

Som årsak til få aktører per anbud, nevner Oslo Economics lav lønnsomhet. Oslo Economics påpeker at potensielle aktører vil kunne følge med på utviklingen av lønnsomheten i bransjen, og vil ikke etablere seg før forventet lønnsomhet er tilstrekkelig høy. Hvis derimot lønnsomheten skulle øke, vil nyetablering ikke kunne utelukkes, jf. nedenfor om mulig etableringshindringer.

Oslo Economics kommer i sin analyse til at det ikke grunnlag for å konkludere med at konkurransen i fergemarkedet p.t. er begrenset. Ovennevnte gjennomgang tilsier også det samme. Spørsmålet er om transaksjonen kan være egnet til å endre dette bildet. I denne sammenheng er det således vesentlig om øvrige aktører eller eventuelle nykommere kan konkurrere om fremtidige anbud, eller mer presist om Fjord1/Torghatten har grunn til å frykte at det vil være tilfellet. I denne vurderingen vil det være særlig relevant om det foreligger etableringshindringer som kan begrense Norled og Boreals muligheter til å kapre fremtidige fergekontrakter, jf. pkt. 3.9.

### 3.7 Fremtidige anbudskonkurranser

Fjord1 har p.t. kontrakten for fergesambandene i Bjørne- og Boknafjorden, som utgjør to av de tre mest trafikkerte sambandene i Norge. Fergesambandet hadde i 2014 en årlig omsetning på ca. [REDACTED] millioner. Denne kontrakten utgjorde alene [REDACTED] % av Fjord1 sin totale årsomsetning for sjøvirksomheten i 2014, og er av stor betydning for markedsandelen til Fjord1. Dette viser at den enkelte kontrakt kan ha stor påvirkning på selskapenes markedsandeler.

Følgende kontrakter utløper i perioden 2015-2017:<sup>5</sup>

| Samband                                        | Fylke    | Operatør   | Utløp kontraktsperiode (eks. opsjoner) |
|------------------------------------------------|----------|------------|----------------------------------------|
| Fogerøy-Ågskardet, Jektevik-Kilboghavn         | Nordland | Torghatten | 2015                                   |
| Stavanger-Tau, Mekjavik-Kvitsøy, Lauvvik-Oanes | Rogaland | Norled     | 2015                                   |

<sup>4</sup> Oslo Economics – "Tiltak på kort sikt for økt konkurranse i ferjemarkedet", datert 27. oktober 2014, side 3.

<sup>5</sup> Information memo DHT (februar 2015), på side 27.



|                                                          |                |                   |      |
|----------------------------------------------------------|----------------|-------------------|------|
| Fogn-Judaberg-Nedstrand-Jelsa                            | Rogaland       | Norled            | 2015 |
| Bogenes-Skarberget, Drag-Kjøpsvik                        | Nordland       | Torghatten        | 2016 |
| Borgan-Ramstadlandet, Eidshaug-Gjerdinga                 | Nord-Trøndelag | Torghatten        | 2016 |
| Hjelmeland-Nesvik-OmboFestøya-Solavågen                  | Rogaland       | Norled            | 2016 |
| Refsnes-Flesnes Troms                                    | Troms          | Fjord1/Torghatten | 2017 |
| Skei-Gutvik, Vennesund-Holm, Horn-Andalsvåg, Horn-Igerøy | Nordland       | Torghatten        | 2017 |

Det at flere kontrakter vil bli gjenstand for ny konkurranse i perioden 2015 til 2017 tilsier at dagens markedsandeler kan gi et upresist bilde av den faktiske konkurransesituasjonen og hvordan konkurranse vil bli fremover. I løpet av de neste årene vil derfor markedsandelene kunne endre seg uavhengig av transaksjonen.

Dette forholdet tilsier at det kan være god konkurranse også fremover selv om transaksjonen med Torghatten skulle bli gjennomført. Det forutsetter imidlertid at Fjord1 og Torghatten forventer at Norled og Boreal vil komme til å konkurrere om kontraktene.

### 3.8 Mulighet for oppdeling av kontrakter og bruk av underleverandører

Vi har fått opplyst at det er mulig å dele opp de enkelte kontraktene. En kontrakt som er utlyst kan være et samband eller flere samband i en pakke. Disse forholdene tilsier at en oppdragsgiver som opplever at det ikke er sterk nok konkurranse om et aktuelt samband, kan velge å dele opp kontrakten i pakker.

Oppdragsgiver kan på denne måten, ved bruk av kjøpermakt, begrense mulig utnyttelse av markedsrett fra Fjord1/Torghatten. Dette forutsetter imidlertid at oppdragsgiver har gode alternativer å velge blant, altså at øvrige markedsaktører enten alene eller ved bruk av underleverandører er i stand til å konkurrere om sambandet. Mulighet for oppdeling av kontrakter er også nevnt av Oslo Economics (både i 2012 og 2014) som et tiltak for å øke etableringsmulighetene for nye aktører.

Det at oppdragsgiver kan dele opp kontraktene og legge til rette for bruk av underleverandører, vil kunne sikre konkurranse selv om det er færre aktører i markedet. Blant annet er kontraktene for sambandene Refsnes – Flesnes og Molde – Sekken delt mellom Fjord1 og Torghatten, og kontrakten for sambandet Storstein – Lauksundskaret er delt mellom Torghatten og Norled.

Det er imidlertid ikke gitt at en oppdeling i mindre pakker har en positiv effekt på konkurransen. Hvis pakkene blir for små, kan rederiene ha begrensede insentiver til å gjennomføre nødvendige investeringer. Dette kan igjen begrense antallet tilbydere og potensielt ha en negativ effekt. Men det er likevel sannsynlig at staten/fylkeskommunen vil ha kjøpermakt. Oppdragsgiver har, som også påpekt av Oslo Economics i sine rapporter,

ulike virkemidler som kan iverksettes dersom Partene skulle forsøke å utnytte markedsrett. Dette er et forhold som tilsier at transaksjonens mulige negative virkninger reduseres.

### 3.9 Etableringsmuligheter

Etableringshindringene i dette markedet er som utgangspunkt betydelige.<sup>6</sup> Oppdragsgiver krever i større utstrekning at tilbyderne stiller med nytt materiell for å kunne delta i anbudene. Typisk vil det kunne være krav om bruk av lavutslippsferger som gassferger eller batteridrevne ferger. Dette er svært kostnadskreven og aktørene må normalt stille bankgaranti for oppfyllelse av kontraktene.

Etter det vi har fått opplyst, anses imidlertid ikke investeringskravene som så betydelige at de hindrer etablerte aktører i å konkurrere om fremtidige kontrakter. Tilsvarende mener Partene at forholdene ligger godt til rette for nyetablering. Bakgrunnen for dette er at både etablerte aktører og eventuelle nykommere står overfor de samme kravene hva gjelder investering knyttet til nytt fergemateriell. Det sistnevnte tilsier at de etablerte aktørenes mulige fordel er begrenset når det kommer til nye kontrakter hvor det f.eks. stilles strenge krav til miljøutslipp mv.

Det foreligger heller ingen regulatoriske etableringshindringer av betydning. Riktignok kreves IMO og andre sertifiseringssystem, men etter det vi har fått opplyst, har alle aktørene i Norge dette p.t. Det er således tilgjengelig kompetanse som kan erverves uten store investeringer. Dette tilsier at det er mulig å etablere seg i markedet.

Kontraktenes varighet vil også kunne utgjøre et etableringshinder. Typisk varighet er 6-10 år. Derimot vil markedsandelene kunne endres vesentlig når eksisterende kontrakter utløper, avhengig av hvem som vinner konkurransen når sambandet lyses ut på nytt. I denne sammenheng vil også oppdragsgiver kunne påvirke mulighetene for etablering gjennom varighet og hvilke krav som stilles til rederiet for øvrig.

Et eksempel på en vellykket etablering er Boreals inntreden i markedet i 2002. Selskapet har klart å etablere seg, selv med lave markedsandeler. Boreal har den siste tiden blant annet vunnet kontraktene for fergesambandene Øksfjord i Finnmark, Korsfjorden – Nyvoll og Strømsnes – Kjerringholmen, samt tre hurtigbåtsamband.

Oslo Economics vurderte etableringshindringene i fergemarkedet i 2012, og fant at de to største hindrene var tilgang på: (i) kompetanse om fergedrift og (ii) risikovillig kapital. Oslo Economics konkluderer med at etableringshindringene ikke kunne sies å være spesielt høye. Konklusjonen opprettholdes i rapporten fra 2014, hvor det bl.a. uttales at kompetanse og kapital er to faktorer som det er god tilgang på i Norge, og at etableringshindringene derfor ikke er uforholdsmessig høye. Videre nevnes lav lønnsomhet som en forklaring på få etableringer i fergemarkedet, og at det derfor er lite attraktivt for potensielle aktører å etablere seg.

På denne bakgrunn foreligger det gode argumenter for at mulighetene for ekspansjon og nyetablering kan virke disiplinerende på Partene. 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. Partene vil stå i en særstilling etter transaksjonen særlig hva gjelder kapasitet, men ettersom eksisterende fergeflåte har en relativt høy snittalder vil utskiftning kunne være nødvendig. Det sistnevnte er et forhold som kan redusere verdien av den eksisterende kapasiteten Partene har i fellesskap.

Videre er f.eks. Boreal den minste aktøren i det norske markedet, men har en kapitalsterk eier (Cube). Dette tilsier at selskapet vil kunne være godt rustet til å foreta de investeringer som undertiden er nødvendig for å oppfylle oppdragsgivers krav, og at selskapet vil være en reell utfordrer selv om det foreligger etableringshindringer.

---

<sup>6</sup> Information memo fra DHT (februar 2015), på side 24.

### 3.10 Effektivitetsgevinster

Basert på Konkurransetilsynet praksis, skal det svært mye til for at et effektivitetsforsvar vil føre frem. Det kan imidlertid ikke utelukkes at Konkurransetilsynet i en helhetsvurdering vil hensynta dokumenterte gevinster. Det kan derfor være hensiktsmessig å utforske dette nærmere.

### 3.11 Oppsummering inngrepsrisiko

Etter vår vurdering foreligger det en klar inngrepsrisiko selv om det kan argumenteres godt for at transaksjonen ikke vil virke konkurransebegrensende. Det er særlig partenes felles markedsstyrke og at det foreligger etableringshindringer som gir risiko for inngrep. Motsatt tilsier det at konkurransen skjer om markedet (de utlyste kontraktene), herunder at oppdragsgiver kan sikre konkurranse gjennom måten anbudene/kontraktene utformes på, at transaksjonen bør godkjennes. I tillegg synes det som om Partene ikke er hverandres nærmeste konkurrenter. Det man derimot ikke kommer bort i fra er at Fjord1 og Torghatten er de to aktørene som synes å være best posisjonert til å by på fremtidige kontrakter. Partene er i felleskap dobbelt så store som [REDACTED] og hele seks ganger større enn [REDACTED]. Denne fordelene begrenses imidlertid noe av fergeflåtenes alder og at det, avhengig av oppdragsgivers krav, vil være nødvendig å gjøre investeringer i nytt materiell.

Den beskjedne størrelse til [REDACTED] tilsier isolert sett at mulighetene for å utfordre et felles Fjord1 og Torghatten kan være begrenset.

Oppsummert, er det vår vurdering at Partene må påregne å tilby avhjelpende tiltak for at transaksjonen skal kunne bli godkjent.

## 4. AVHJELPENDE TILTAK

### 4.1 Generelt

Formålet med avhjelpende tiltak er å oppveie mulige identifiserte konkurranseproblemer. For at et avhjelpende tiltak skal bli akseptert av Konkurransetilsynet, må det: (i) være egnet til å motvirke en transaksjons konkurransebegrensede virkninger, (ii) kunne gjennomføres på en effektiv måte innenfor en kort tidsperiode, og (iii) ikke kreve ytterligere oppfølging (bortsett fra i særlige tilfeller).

Både adferdsmessige og strukturelle tiltak kan tenkes. Et typisk eksempel på et adferdsmessig tiltak er en forpliktelse til å gi konkurrenter tilgang til nødvendig infrastruktur eller et nettverk. Av strukturelle tiltak er salg av virksomhet det vanligste.

Konkurransetilsynet har, i likhet med andre lands konkurransemyndigheter, en preferanse for strukturelle tiltak. Dette fordi et salg av virksomhet vil ha en umiddelbar virkning på impliserte parter markedsstyrke.

Vi har nedenfor vurdert ulike avhjelpende tiltak som kan være aktuelle for å få transaksjonen godkjent av Konkurransetilsynet. Mulige strukturelle tiltak er: (i) salg av virksomhet til en uavhengig tredjepart eller (ii) overføring/tilgjengeliggjøring kontrakter for tredjeparter. I den grad Parten har samarbeid eller fellesforetak, kan disse tilbys oppløst.

Videre kan Partene også gjennomføre atferdsmessige tiltak som f.eks. "frys" av markedsandeler, se nedenfor.

### 4.2 Salg av virksomhet til en uavhengig tredjepart

Et avhjelpende tiltak som Partene kan gjennomføre er salg av virksomhet til en uavhengig tredjepart. Det er en forutsetning at kjøper har nødvendig kompetanse og ressurser til å være en effektiv konkurrent.

Aktuelle kjøpere kan være Norled og Boreal. Begge selskaper oppfyller kravene som nevnt ovenfor, og vil sannsynligvis være interessert i å overta deler av Fjord1 eller Torghattens

virksomhet. Et slikt salg vil også være egnet til å styrke en av de eksisterende aktørene og legge til rette for at konkurransen opprettholdes også etter transaksjonen.

Torghatten har signalisert at det kan være aktuelt å selge FosenNamsos som et mulig avhjelpende tiltak. Spørsmålet er om et slikt salg er tilstrekkelig til at transaksjonen blir godkjent.

FosenNamsos har ansvar for følgende kontrakter/samband:

- Seierstad – Ølhammeren
- Borgan – Ramstadlandet
- Eidshaug – Gjerdinga
- Hofles – Geisnes – Lund
- Namsos – Rørvik – Leka
- Levanger – Hokstad
- Trondheim – Vanvikan
- Trondheim – Brekstad – Kristiansund
- Sandviksberget – Sætervik
- Sandviksberget – Skjærvøy
- Dyrøy – Øyrekken
- Hatvik – Venjaneset
- Halhjem – Våge
- Hufthamar – Krokeide
- Husavik – Sandvikvåg

Selskapet har en omsetning på ca. 490 millioner.

Salg av FosenNamsos vil derfor f.eks. kunne styrke Boreal som en konkurrent i markedet. Vi har også fått opplyst at selskapets materielle ikke er utdatert og at det bl.a. består av en gassferge.

Etter vår vurdering vil et slikt tiltak kunne være godt egnet til å møte eventuelle bekymringer fra Konkurransetilsynets side. Det kan derimot ikke utelukkes at tilsynet vil kreve ytterligere tiltak. Dette fordi den endelige tiltakspakken gjerne kommer i stand gjennom forhandlinger med tilsynet.

#### **4.3 Overføring/salg av kontrakter til andre aktører**

Et annet aktuelt avhjelpende tiltak kan være å overføre/selge kontrakter til andre rederier. Dette vil være et strukturelt tiltak som kan sammenliknes med salg av virksomhet.

Vi har forstått at det er mulig å gjøre dette i praksis, men hvilke kontrakter det kan være aktuelt for og om det gjelder noen offentligrettslige begrensninger må evt. utredes nærmere.

Dette er også et tiltak som kan være egnet til å styrke Boreal som en reell tredje aktør i markedet, forutsatt at selskapet er en aktuell avtaker.

#### **4.4 Forpliktelser knyttet til fremtidig adferd**

Partene kan også gjennomføre avhjelpende tiltak som går ut på å endre adferd eller forplikte seg til å opptre på en bestemt måte. Et slikt atferdsmessig tiltak kan være at Fjord1 og Torghatten forplikter seg ikke å delta i anbudskonkurranser som utlyses i en bestemt periode, hvis dette vil gi en markedsandel som overstiger en gitt grense.

På denne måten kan Partene muliggjøre at konkurrentene øker sin tilstedeværelse og markedsstyrke/andel. Tiltaket kan legge til rette ekspansjon og nyetablering, og vil derfor kunne bidra til at konkurranse opprettholdes.

En slik løsning vil gi Norled og Boreal muligheter til å vokse på bekostning av Partene. Typisk vil en tidsbegrenset frys med en markedsandelsterskel på 40-45 % kunne benyttes.

#### **4.5 Oppløse fellesforetak eller samarbeid mellom selskapene.**

Det er også mulig å oppløse fellesforetak eller samarbeid som foreligger mellom Partene. Et aktuelt samband hvor det kan gjøres endringer er Refsnes – Flesnes og Molde – Sekken, som Partene opererer i fellesskap.

Om disse kontraktene i seg selv er store nok til å avhjelpe mulige negative konkurransemessige virkninger er tvilsomt, men dette kan gjennomføres i tillegg til overdragelse av annen virksomhet som f.eks. FosenNamsos.