

A2001-21 23.10.2001

SAS' erverv av 68,8 prosent av aksjene i Braathens ASA - konkurranse-loven § 3-11 - avgjørelse om ikke å gripe inn

Sammendrag:

I sin behandling av denne saken har Konkurransetilsynet vurdert hvorvidt falllittbedriftsforsvaret kan komme til anvendelse. Med falllittbedrift menes bedrifter som blir kjøpt opp, men som allerede er på vei ut av markedet på grunn av økonomiske problemer. Dersom den oppkjøpte bedrift er i en slik stilling at videre drift ikke er mulig, vil ikke ervervet av bedriften nødvendigvis føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i forhold til den markedssituasjonen som likevel vil oppstå. Det er tilsynets oppfatning at tre vilkår må være oppfylt for at dette argumentet skal komme til anvendelse: Det må kunne sannsynliggjøres at den oppkjøpte bedriften er en falllittbedrift (nær konkurs), det må ikke finnes konkurransemessig gunstigere alternative kjøpere, og det må kunne sannsynliggjøres at konkurs ikke er et konkurransemessig bedre alternativ. Tilsynet anser Braathens for å være en falllittbedrift. Etter tilsynets vurdering finnes det ikke alternative kjøpere av Braathens. Tilsynet ser det også slik at konkurs ikke utgjør et bedre konkurransemessig alternativ, siden Braathens' markedsandeler ved en eventuell konkurs etter tilsynets vurdering ikke vil bli fordelt på andre aktører i markedene. Etter tilsynets oppfatning får falllittbedriftargumentet gyldighet, og det finnes ikke en årsakssammenheng mellom ervervet og konkurransebegrensningen. Konkurransesituasjonen med og uten ervervet vil bli den samme. Vilkårene for inngrep etter konkurranse-loven § 3-11 mot ervervet er følgelig ikke oppfylt. Konkurransetilsynet har dermed ikke grunnlag i konkurranse-loven § 3-11 for å nekte SAS å overta 68,8 prosent av aksjene i Braathens ASA.

1. BAKGRUNN

I brev av 20. august 2001 varslet Konkurransetilsynet inngrep mot SAS' erverv av 68,8 % av aksjene i Braathens ASA. Det var tilsynets vurdering at konkurransen i markedene for lufttransport av passasjerer og flyfrakt var vesentlig begrenset før SAS' erverv og at ervervet forsterket denne konkurransebegrensningen. (Nærmere redegjørelse for denne vurderingen finnes i ovennevnte brev.) Tilsynet vurderte hvorvidt Braathens var en falllittbedrift slik partene har anført. Det var på det tidspunkt tilsynets oppfatning at Braathens ikke kunne anses å være en falllittbedrift. Tilsynet erkjente riktignok at Braathens også da hadde økonomiske vanskeligheter, men det var tilsynets vurdering at det varslede inngrep av samme dato mot SAS' bonusprogrammer, storkundeavtaler og reisebyråavtaler med hjemmel i konkurranse-loven § 3-10, ville kunne bedre konkurranseforholdene i luftfartsmarkedene og således gi en positiv effekt på Braathens.

I brev av 3. september 2001 anfører Braathens at tilsynet i for stor grad har fokusert på de formelle kravene til konkurs. Braathens anfører videre at den finansielle situasjonen for selskapet er blitt forverret. (U.off § 5a, jf forvl. § 13 første ledd punkt 2).

2. FALLITTBEDRIFT

Med fallittbedrift menes bedrifter som blir kjøpt opp, men som allerede er på vei ut av markedet på grunn av økonomiske problemer. Dersom den oppkjøpte bedrift er i en slik stilling at videre drift ikke er mulig, vil ikke ervervet av bedriften nødvendigvis føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i forhold til den markedssituasjonen som likevel vil oppstå. (Dette er også i overenstemmelse med rettstilstanden i bl.a. EU, USA og Canada.) Det er Konkurransetilsynets oppfatning at tre vilkår må være oppfylt for at dette argumentet skal komme til anvendelse; det må kunne sannsynliggjøres at den oppkjøpte bedriften er en fallittbedrift (nær konkurs), det må ikke finnes konkurransemessig gunstigere alternative kjøpere og det må kunne sannsynliggjøres at konkurs ikke er et konkurransemessig bedre alternativ.

Indikasjoner på en fallittbedrift er at bedriften er insolvent eller sannsynligvis vil bli insolvent i nær fremtid. Definisjonen på insolvens er at foretaket er illikvid og insuffisient. Det betyr at selskapet ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller (illikviditet) og at selskapets gjeld overstiger selskapets formue slik at en realisasjon av formuen ikke er tilstrekkelig til å dekke gjelden (insuffisiens).

3. KONKURRANSETILSYNETS VURDERING

Det følger av ovennevnte at det ikke er tilstrekkelig å fastslå at selskapet er en fallittbedrift. Tilsynet må også vurdere om det finnes konkurransemessig gunstigere alternative kjøpere og/eller om konkurs er et bedre konkurransemessig alternativ. Dersom det ikke er tilfelle, vil ikke vilkåret for inngrep etter konkuranseloven § 3-11 være oppfylt, fordi konkurransebegrensningen vil realiseres uavhengig av ervervet. Det er følgelig ingen årsakssammenheng mellom ervervet og konkurransebegrensningen.

3.1 Braathens som fallittbedrift

I vurderingen av om Braathens er insolvent, har tilsynet blant annet lagt vekt på selskapets driftsunderskudd, egenkapital, låneforpliktelser og muligheter for refinansiering, samt markedsforholdene generelt. Tilsynet har i sin vurdering følgelig også lagt vekt på de endrede markedsforholdene som har etterfulgt terrorangrepet i USA den 11. september 2001.

3.1.1 Driftsresultat

Braathens har i realiteten hatt driftsunderskudd de tre siste årene. Selskapets prognoser for inneværende år indikerer også et driftsunderskudd. Driftsinntektene i 2000 var 6 741 mill. NOK. Trafikkinntektene til Braathens var 6 226 mill. NOK i 2000. Innenlandsruter i Norge stod for 57,5 % av driftsinntektene.

Driftsinntektene 2. kvartal 2001 var 1 856 mill. NOK. I første halvdel av 2001 økte Braathens' inntekter fra norsk innenrikstrafikk med 10 % og antall passasjerer økte med 5 % sammenlignet med samme periode i 2000. 1. halvår 2001 utgjorde ruteinntektene fra innenriks i Norge 59,5 %, utlandstrafikk 19,4 % og innenriks i Sverige 10,7 % av totale driftsinntekter.

Driftskostnadene i 2000 var 6 319 mill. NOK. Driftskostnadene for 2. kvartal 2001 var 1 592 mill.

NOK. Dette er en reduksjon på 1 % sammenlignet med samme periode i 2000.

Årsresultatet for konsernet i 2000 viste et overskudd på 133 mill. NOK. Brutto driftsoverskudd for 2000 var 422 mill. NOK. Netto driftsresultat var 272 mill. NOK. Overskuddet skyldes hovedsakelig salg av Braathens' motorverksted. Uten dette salget ville Braathens fått et underskudd på 81 mill. NOK. Selskapet har også solgt varige driftsmidler (kontorbygg og fly). Salgsgevinsten var til sammen 521 mill. NOK. Uten dette salget ville driftsunderskuddet blitt 611 mill. NOK.

Brutto driftsresultat for 2. kvartal 2001 var 264 mill. NOK. Netto driftsresultat i samme periode viste et underskudd på 394 mill. NOK. Dette ga et underskudd for 1. halvår på 675 mill. NOK. Dette inkluderer en nedskrivning av goodwill på 371 mill. NOK og utsatt skattefordel på 105 mill. NOK knyttet til den svenske virksomheten. Selv uten nedskrivningen av goodwill ville selskapet fått et underskudd for 1. halvår 2001.

Driften til Braathens fortsetter å gå med underskudd når en ser bort fra salg av aktiva. Resultatet fra 1. halvår i år og Braathens' prognoser for hele inneværende år gir også et driftsunderskudd. (U.off § 5a, jf forvl. § 13 første ledd punkt 2).

3.1.2 Gjeld og egenkapital

Selskapet har en lav egenkapitalandel. Bokført egenkapital per 2. kvartal 2001 var 559 mill. NOK. Dette var en reduksjon på 520 mill. NOK i forhold til 1. kvartal 2001. Egenkapitalandelen i 2000 var 24 %, mens den for 1. halvår i år var 11,2 %. (U.off § 5a, jf forvl. § 13 første ledd punkt 2).

Likviditetsbeholdning var ved utgangen av 2000 på 930 mill. NOK. Riktignok var dette en økning fra året før, men dette skyldtes salg av driftsmidler. Likviditetsbeholdningen var ved utgangen av 1. halvår 2001 redusert til 862 mill. NOK. (U.off § 5a, jf forvl. § 13 første ledd punkt 2).

I sitt varsel om inngrep av 20. august 2001 la Konkurransetilsynet betydelig vekt på at Braathens gjennom salg av fly ville kunne frigjøre kapital. Da det internasjonale markedet for kjøp og salg av fly har endret seg betraktelig etter hendelsene i USA 11. september, er det tilsynets oppfatning at det vil være svært vanskelig for Braathens å frigjøre kapital ved å selge fly.

Braathens' totale gjeld var 3 925 mill. NOK i 2000. Rentebærende gjeld var 1 306 mill. NOK. Ved utgangen av 1. halvår 2001 var selskapets gjeld 4 242 mill. NOK. Rentebærende langsiktig gjeld var 1 586 mill. NOK. Total rentebærende gjeld var 1740 mill. NOK. Kortsiktig gjeld var 1 897 mill. NOK.

(U.off § 5a, jf forvl. § 13 første ledd punkt 2).

Bankene har midlertidig avstått fra å gjøre sine rettigheter etter låneavtalen gjeldende frem til 30. november 2001 på visse betingelser, i påvente av at konkurransemyndighetene behandler ervervet. Det er Konkurransetilsynets oppfatning at uten salg av fly vil ikke Braathens kunne innfri sine lån.

(U.off § 5a, jf forvl. § 13 første ledd punkt 2).

3.1.3 Konklusjon

Braathens har de siste årene hatt et driftsunderskudd og prognoser for inneværende år viser også et driftsunderskudd.

Braathens' egenkapital er 559 mill. NOK og egenkapitalandelen er lav. (U.off § 5a, jf forvl. § 13 første ledd punkt 2).

Selskapets bokførte formue per 30. juni 2001 var 5 005 mill. NOK. Selskapets totale gjeld var 4 292 mill. NOK. Basert på de bokførte verdiene er ikke selskapet insuffisient. Det er imidlertid tilsynets oppfatning at det i dagens marked vil være vanskelig for Braathens å frigjøre kapital ved å selge sine fly. Flyene utgjør en betydelig andel av selskapets bokførte formue. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at en realisasjon av selskapets formue ikke vil være tilstrekkelig til å dekke selskapets gjeld. Tilsynet anser derfor selskapet som insuffisient.

(U.off § 5a, jf forvl. § 13 første ledd punkt 2).

Det følger av ovennevnte at Konkurransetilsynet er av den oppfatning at Braathens er å anse som insolvent.

3.2 Alternative kjøpere

Konkurransetilsynet har vurdert om det finnes alternative kjøpere som utgjør et bedre konkurransemessig alternativ til SAS' erverv. Også ved likvidering av selskapet, kan det finnes alternative kjøpere til deler av selskapet som vil være et konkurransemessig bedre alternativ.

Braathens har anført at selskapet og dets eiere har forsøkt å fremskaffe tilbud fra andre aktører i markedet uten å lykkes og at SAS derfor er det eneste alternativet. Markedsforholdene tilsier at det er SAS som har størst betalingsvillighet for Braathens. Det er derfor Konkurransetilsynets oppfatning at Braathens har begrensende incentiver til å innhente alternative tilbud.

Tilsynet legger også til grunn at det trolig ikke er enkelt å starte forhandlinger om et eventuelt erverv med et selskap som ikke er interessert i slike forhandlinger.

For at tilsynet skal kunne konkludere med at det finnes alternative kjøpere som utgjør et bedre konkurransemessig alternativ, må tilsynet kunne vise til at det finnes konkrete alternative kjøpere til hele eller deler av selskapet. Det vil derfor ikke være tilstrekkelig å anta at det finnes alternative kjøpere som konkurransemessig sett er bedre enn SAS.

Konkurransetilsynet har i sin behandling av saken tatt kontakt med en rekke etablerte flyselskaper med forespørsel om de ville være interessert i å kjøpe opp hele eller deler av Braathens. Tilsynet har også hatt møter med noen av disse. Imidlertid har ingen av disse selskapene overfor tilsynet meldt sin interesse for å kjøpe hele eller deler av Braathens.

Konkurransetilsynet har også hatt kontakt med andre aktører/investorer om et eventuelt kjøp av

Braathens. Tilsynet har imidlertid ikke klart å avdekke konkrete alternative kjøpere for hele eller deler av Braathens.

Tilsynet vil også peke på at krisen i dagens luftfartsmarked gjør det mindre sannsynlig at alternative kjøpere vil melde seg.

På bakgrunn av ovennevnte er det Konkurransetilsynets vurdering at det i dag ikke finnes alternative kjøpere.

3.3 Er konkurs et bedre konkurransemessig alternativ?

Konkurransetilsynet har også vurdert om konkurs kan være et bedre konkurransemessig alternativ til SAS' erverv av Braathens. Selv om Braathens går konkurs og blir lagt ned, kan det være konkurransemessig mer gunstig at den udekkede etterspørselen fordeles på andre konkurrenter i markedene enn at ervervet gjennomføres. Dersom Braathens' markedsandeler ved en konkurs likevel tilfaller SAS, vil ikke tilsynet kunne gripe inn mot ervervet fordi kravet til årsakssammenheng mellom ervervet og konkurransebegrensningen i konkurranse-loven § 3-11 ikke er oppfylt.

For å kunne hevde at konkurs er et konkurransemessig bedre alternativ til SAS' erverv, må tilsynet sannsynliggjøre at etterspørselen som var rettet mot Braathens fordeles på andre aktører ved en konkurs. Dette betyr at Braathens' markedsandeler ved en konkurs ikke må tilfalle SAS i sin helhet, men også fordeles på andre aktører i markedene. Vurderingen av om konkurs er et bedre alternativ, vil i foreliggende sak være nært knyttet opp mot eksistensen av potensielle alternativer til SAS, siden det i dag ikke finnes andre aktører enn SAS og Braathens av konkurransemessig betydning i de norske innenriksmarkedene.

I vurderingen av om konkurs er et bedre alternativ, har tilsynet lagt avgjørende vekt på å om det finnes aktører som vil kunne trafikkerer noen innenriksruter dersom Braathens går konkurs. I tillegg til SAS (inkludert Widerøe's) og Braathens finnes det fire små flyselskaper som flyr på de deregulerte innenriksmarkedene i Norge. Disse er Coast Air, Artic Air, Golden Air og Danish Air Transport. De tre førstnevnte selskapene trafikkerer én til to ruter med én eller to daglige avganger. Sistnevnte trafikkerer én rute én gang per uke. Disse selskapene flyr spesielle ruter med så lav trafikk at de ikke kan ansees som reelle utfordrere til Braathens og SAS. Andre potensielle aktører er RyanAir og noen mindre selskaper i Norden. Det er lite trolig at disse selskapene vil ha vilje og evne til å dekke en så stor andel av den etterspørselen som var rettet mot Braathens, at det vil ha nevneverdig betydning for konkurranse-situasjonen i de norske markedene.

Somt nevnt ovenfor, har Konkurransetilsynet hatt kontakt med en rekke etablerte flyselskaper, deriblant de europeiske flaggselskapene. Disse selskapene har ikke vært interessert i å erverve hele eller deler av Braathens, og synes heller ikke interessert i å gå inn på de norske innenriksmarkedene.

En konkurs vil muligens kunne øke etableringsmulighetene for nye aktører. Det kan være lettere for nye aktører å ta markedsandeler når det er udekket etterspørsel i markedene. Det er imidlertid usikkert om etableringsmulighetene for nye aktører på de norske innenriksmarkedene øker dersom Braathens går

konkurs. Etter tilsynets oppfatning vil SAS være den aktøren som raskest vil kunne dekke overskuddsetterspørselen i markedene, slik at det ikke kan hevdes at en eventuell Braathens-konkurs vil lette etableringsmulighetene for potensielle nye aktører. Det er flere grunner til dette. SAS har allerede i dag en betydelig overkapasitet innenriks i Norge. Videre kan SAS forholdsvis raskt øke sin kapasitet for å få dekket den udekkede etterspørselen som følger av at Braathens går konkurs. Dette kan skje gjennom en omdisponering av fly og ved å øke flyparken enten ved oppkjøp eller ved å inngå leasingavtaler. Det vil heller ikke være vanskelig for SAS å få tak i kvalifiserte flygere ved en Braathens-konkurs.

Det er Konkurransetilsynets oppfatning at SAS er den aktøren som vil absorbere den udekkede etterspørselen i markedene som følger dersom Braathens forsvinner. Etter tilsynets vurdering vil en konkurs i foreliggende sak ikke øke etableringsmulighetene i markedene.

Det er Konkurransetilsynets vurdering at det ikke i tilstrekkelig grad er blitt sannsynliggjort at den udekkede etterspørselen vil fordeles på andre aktører i markedene. Resultatet av en konkurs vil trolig bli det samme som ved ervervet. Konkurs kan derfor ikke sies å være et bedre konkurransemessig alternativ til SAS' erverv.

3.4 Konklusjon

Konkurransetilsynet anser Braathens for å være en fallittbedrift, og har derfor vurdert hvorvidt det finnes alternative kjøpere for hele eller deler av Braathens som utgjør et konkurransemessig bedre alternativ, og hvorvidt konkurs er et bedre konkurransemessig alternativ.

Det er tilsynets vurdering at det ikke finnes alternative kjøpere av Braathens. Videre er det tilsynets oppfatning at konkurs ikke utgjør et bedre konkurransemessig alternativ, siden markedsandelene til Braathens ved en eventuell konkurs etter tilsynets vurdering ikke vil fordeles på andre aktører i markedene.

Av ovennevnte følger det at fallittbedriftargumentet får gyldighet og det finnes ikke en årsakssammenheng mellom ervervet og konkurransebegrensningen. Konkurransesituasjonen med og uten ervervet vil bli den samme. Vilklårene for inngrep etter konkurranse-loven § 3-11 mot SAS' erverv av 68,8 % av aksjene i Braathens er følgelig ikke oppfylt.

[til toppen](#)