

Mottaker
Offentlighet

Deres ref.:

Vår ref.: 2015/0444-103

Saksbehandler: Marita Skjæveland
Saksansvarlig: Gjermund Nese

Dato: 14.07.2016

Vedtak V2016-5 - offentlig versjon - Sogn og Fjordane fylkeskommune - Torghatten ASA - konkurranseloven § 16, jf. § 20 - inngrep mot foretakssammenslutning

- (1) Konkurransetilsynet viser til varsel om inngrep mot foretakssammenslutning 20. mai 2016 ("varselet"), samt partenes merknader til varselet datert 10. juni 2016 ("tilsvaret"). Videre vises det til øvrig skriftlig korrespondanse og annen kontakt i saken.
- (2) Partene har fremsatt forslag til avhjelpende tiltak.¹ Konkurransetilsynet har funnet at de foreslåtte avhjelpende tiltakene ikke vil avbøte de konkurransemessige virkningene som foretakssammenslutningen vil føre til.
- (3) Konkurransetilsynet har kommet til at foretakssammenslutningen mellom Sogn og Fjordane fylkeskommune ("SFJ") og Torghatten ASA ("Torghatten") vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for drift av ferjesamband.
- (4) Konkurransetilsynet har på denne bakgrunn besluttet å gripe inn mot foretakssammenslutningen med hjemmel i konkurranseloven² § 16 jf. § 20 fjerde ledd.

1 Innledning

1.1 Sakens bakgrunn

- (5) Saken gjelder foretakssammenslutning mellom SFJ og Torghatten, også omtalt som "partene".
- (6) I henhold til aksjekjøpsavtale datert 28. november 2015 skal Torghatten erverve 50 prosent av aksjene i F1 Holding AS ("F1 Holding"), som før transaksjonen er 100 prosent eiet av SFJ. F1 Holding eier 59 prosent av aksjene i foretaket Fjord1 AS ("Fjord1"). Havalafjord AS ("Havalafjord") eier de resterende 41 prosent av aksjene i Fjord1.
- (7) Partene har inngått en aksjonæravtale ("Aksjonæravtalen"),³ som nærmere regulerer rettigheter og plikter i tilknytning til partenes eierskap i F1 Holding. Det fremgår av Aksjonæravtalen at Torghatten har en kjøpsopsjon og SFJ en salgsoption knyttet til SFJs eierandel i F1 Holding. Kjøpsopsjonen kan utløses [redacted], mens salgsoptionen kan varsles tidligst [redacted] med gjennomføring [redacted].

¹ Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 2. mai 2016 og 16. juni 2016.

² Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

³ Udatert avtale vedlagt meldingen, med forbehold for redaksjonelle endringer.

- (8) Partene opplyser at det før gjennomføring av foretakssammenslutningen vil bli etablert retningslinjer som skal forhindre at konkurransesensitiv informasjon om Fjord1 tilflyter beslutningstakere i Torghatten ("Eierstyringsrutiner"). Torghattens styremedlemmer i F1 Holding og Fjord1 skal også undertegne en erklæring om konfidensialitet ("Konfidensialitetserklæring").⁴

1.2 Partenes hovedanførsler til varselet

- (9) I det følgende gis en kort redegjørelse av partenes hovedanførsler til Konkurransetilsynets varsel om inngrep. Partene har vedlagt et notat fra Oslo Economics ("tilsvarets vedlegg 1") som en del av sitt tilsvare. Anførselene vil bli behandlet løpende i vedtaket.
- (10) Partene anfører at Konkurransetilsynet uriktig har lagt til grunn at foretakssammenslutningen innebærer en fusjon mellom Torghatten og Fjord1, og at tilsynet overser det partene anfører er et grunnleggende skille mellom erverv av enekontroll og etablering av felleskontroll.⁵
- (11) På bakgrunn av at foretakssammenslutningen ikke innebærer en fusjon mellom Torghatten og Fjord1 anfører partene at Konkurransetilsynet etter konkurranseloven § 16 første ledd først må vurdere om Torghattens erverv av felleskontroll i F1 Holding medfører at Torghatten får mulighet til å fastlegge Fjord1 sin markedsmessige atferd. Dernest er partene av den oppfatning at tilsynet skal vurdere i hvilken grad en slik eventuell innflytelse vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i det relevante markedet.⁶
- (12) Partene anfører at Torghatten gjennom erverv av felleskontroll i F1 Holding ikke vil få innflytelse over Fjord1 sin markedsmessige atferd.⁷ I tilknytning til dette har partene påpekt ulike vurderingstemaer Konkurransetilsynet burde ha diskutert og analysert. Her nevnes blant annet at partene mener Konkurransetilsynet skulle vurdert hvorvidt Torghatten ensidig vil ha insentiv til å opptre mindre aggressivt i markedet som følge av at Torghatten gjennom erverv av felleskontroll i F1 Holding får en eierandel på 29,5 prosent i Fjord1.⁸
- (13) Partene anfører videre at Konkurransetilsynet også må vurdere om ervervet av felleskontroll kan bidra til samordning mellom de kontrollerende eierne eller mellom eierne og fellesforetaket etter § 16 femte ledd.⁹ Videre anføres det at det ikke vil foreligge en slik risiko for samordning hverken mellom de kontrollerende eierne eller mellom eierne og fellesforetaket. I denne sammenheng argumenterer partene blant annet for at Aksjonæravtalen, Eierstyringsrutiner og Konfidensialitetserklæring vil forhindre en slik samordning, samt at en slik eventuell samordning ville kunne rammes av forbudet i konkurranseloven § 10.¹⁰
- (14) Partene anfører at Konkurransetilsynets markedsavgrensning er for snever. Partene fastholder i tilsvaret at drift av både ferje- og hurtigbåtsamband inngår i det samme relevante produktmarkedet. I tilsvaret fremheves at det er de fire største rederiene som i all hovedsak konkurrerer om, og trafikkerer samband med henholdsvis ferje og hurtigbåt. Disse rederiene har både materiell, samt ressurser og kompetanse til å konkurrere om kontrakter innenfor både drift av ferje- og hurtigbåtsamband. Partene anfører at dette tilsier at ferje og hurtigbåt inngår i det samme relevante markedet. Partene anfører også i tilsvaret at det ikke er grunnlag for å segmentere markedet ytterligere ut fra ferjestørrelse.¹¹
- (15) Partene anfører at Konkurransetilsynet ikke har drøftet eksplisitt hvorvidt produktene faktisk er homogene eller differensierte, noe som er av stor betydning for konkurransen. Partene argumenterer videre for at produktene, sett fra kjøpers perspektiv, er homogene.¹²

⁴ Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016, bilag 6-7 og brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 2. mai 2016, bilag 2.

⁵ Tilsvaret side 5.

⁶ Tilsvaret side 14.

⁷ Tilsvaret side 15

⁸ Tilsvarets vedlegg 1, kapittel 3.

⁹ Tilsvaret side 14.

¹⁰ Tilsvaret side kapittel 5.4.

¹¹ Tilsvaret side kapittel 6.1.

¹² Tilsvarets vedlegg 1, side 8.

- (16) Partene opprettholder sin vurdering av Klemperers kriterier, og anfører med det fortsatt at "markedet for ferge- og hurtigbåtjenester [er] tilnærmet et perfekt anbudsmarked". Partene anfører videre at Konkurransetilsynets analyse av kriteriene er "svært enkel og overordnet".¹³
- (17) Partene anfører at Konkurransetilsynets metodevalg for å analysere transaksjonens virkninger som en åpen anbudskonkurranse med første pris-lukket bud ikke er nærmere begrunnet i sakens faktum.^{14, 15} Det anføres videre at Konkurransetilsynets bør vurdere konkurranseskaden som ville oppstått dersom anskaffelsesprosedyren hadde vært forhandlinger.¹⁶
- (18) Ifølge partene vil transaksjonen, selv om det legges til grunn at konkurransen mellom Torghatten og Fjord1 faller bort, ikke begrense konkurransen i noen berørte markeder.¹⁷ Det anføres i denne sammenheng at Konkurransetilsynet legger for stor vekt på partenes markedsandeler, og begrunner dette med at markedsandeler i mindre grad er egnet til å reflektere markedsrett i anbudsmarkeder.¹⁸
- (19) Partene har videre innsigelser knyttet til Konkurransetilsynets vurdering av hvorvidt Torghatten og Fjord1 er nære konkurrenter. Det anføres at tilsynets vurderinger av konkurransenærhet i varselet ikke gir et dekkende bilde av konkurransesituasjonen. Partene, ved Oslo Economics, anfører at Fjord1 og Torghatten ikke er hverandres nærmeste konkurrenter, at Norled er en sterkere konkurrent til Fjord1 enn Torghatten, og at konkurransen fra Norled og Boreal generelt er sterk.¹⁹
- (20) Partene anfører at de ikke er enige i at etableringshindringene i markedet for drift av ferjesamband er betydelige. Det fremholdes at tilgang på kapital og kompetanse ikke utgjør et relevant etableringshinder, og at en stor eksisterende ferjeflåte ikke gir en vesentlig fordel i fremtidige anbudskonkurranser.²⁰
- (21) Partene opprettholder i tilsvaret også sin anførsel om at de offentlige innkjøperne har kjøperrett og kan motvirke et eventuelt forsøk på å utøve markedsrett. Ifølge partene har oppdragsgiver en rekke virkemidler til rådighet som kan sikre god og virksom konkurranse, og at Statens vegvesen og fylkeskommunene også etter transaksjonen vil kunne velge mellom flere gode alternative leverandører.²¹
- (22) Partene fastholder videre at transaksjonen ikke vil ha noen negative økonomiske virkninger for samfunnet, og at Konkurransetilsynet ikke har sannsynliggjort at ervervet vil lede til et samfunnsøkonomisk tap.²²
- (23) Partene har ikke fremlagt noen effektivitetsgevinster som følge av foretakssammenslutningen. Dette forklares med at ettersom transaksjonen ikke kan likestilles med en full sammenslåing av Fjord1 og Torghattens datterselskap innen sjøvirksomhet, vil heller ikke Torghatten kunne realisere noen effektivitetsgevinster.²³
- (24) Partene har også fremsatt prosessuelle anførsler til varselet. Det gjøres gjeldende at Konkurransetilsynets fremstilling i varselet er ensidig og at det kun fokuseres på de forhold som taler i partenes disfavør.²⁴ Videre anfører partene at informasjon som er unntatt partsinnsyn i varselet medfører at partene ikke har fått anledning til å utøve kontradiksjon.²⁵

¹³ Tilsvaret side 21.

¹⁴ I en lukket bud, første pris-auksjon (eng: "first-price, sealed bid auction"), inngir hver budgiver et bud uten å vite noe om andre bud. Den aktøren med det høyeste budet vinner og betaler pris lik vinnerbudet. Se for eksempel DAF/COMP(2006)31, side 20 for beskrivelse av ulike auksjonsformer.

¹⁵ Tilsvaret side 8 og 24, samt tilsvarets vedlegg 1, side 8.

¹⁶ Tilsvarets vedlegg 1, side 10.

¹⁷ Tilsvaret side 34.

¹⁸ Tilsvaret side 25.

¹⁹ Tilsvarets vedlegg 1, side 26-27.

²⁰ Tilsvaret side 27-31.

²¹ Tilsvaret side kapittel 7.5.

²² Tilsvaret kapittel 8.1.

²³ Tilsvaret kapittel 8.2.

²⁴ Tilsvaret side 4.

²⁵ Tilsvaret side 7-8.

- (25) I anledning saken har Konkurransetilsynet innhentet omfattende informasjon fra en rekke aktører i markedet, herunder partene, konkurrenter og kunder. Videre har tilsynet også mottatt innspill fra andre aktører. Denne informasjonen har blitt grundig analysert og danner grunnlaget for Konkurransetilsynets vurderinger og konklusjoner i saken.
- (26) Til partenes anførsel om at informasjon uberettiget er unntatt partsinnsyn, viser Konkurransetilsynet til at det følger av forvaltningsloven § 18 første ledd at en part har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, "for så vidt ikke annet følger av reglene i §§ 18 til 19". I forvaltningsloven § 19 første ledd bokstav b er det gjort unntak for retten til partsinnsyn for opplysninger som angår "forretningshemmeligheter". De aktuelle opplysninger som partene har anført at de ikke har fått utøvet kontradiksjon overfor, er etter Konkurransetilsynets vurdering å anses som "forretningshemmeligheter", og er således unntatt fra partsoffentlighet. Konkurransetilsynet understreker i den forbindelse at det er avgjørende for tilsynets mulighet til å drive effektiv saksbehandling at aktører som svarer på tilsynets informasjonsinnhenting kan være trygg på at deres forretningshemmeligheter håndteres på en forsvarlig måte. Tilsynet understreker videre at merinnsyn etter forvaltningsloven § 18 annet ledd er vurdert, men hva gjelder de aktuelle opplysninger har tilsynet etter en konkret vurdering kommet til at behovet for innsyn i disse opplysningene ikke veier tyngre enn behovet for unntak. Den informasjon som Konkurransetilsynets vurderinger og konklusjoner er basert på fremgår i varselet, og partene har således etter Konkurransetilsynets vurdering hatt adekvat mulighet til å ivareta sitt tarv i saken.
- (27) Konkurransetilsynet er således av den oppfatning at partenes prosessuelle anførsler ikke kan føre fram. Disse anførselene blir ikke ytterligere berørt i fortsettelsen.

1.3 Konkurransetilsynets saksbehandling

- (28) Konkurransetilsynet har i anledning saken innhentet informasjon fra flere aktører i markedet, herunder partene, deres konkurrenter og kunder. Konkurransetilsynet har også mottatt innspill fra Havilafjord og Statens vegvesen Vegdirektoratet ("Statens vegvesen").²⁶
- (29) Konkurransetilsynet har mottatt svar på flere informasjonsspålegg fra partene, og partene har på eget initiativ gitt ytterligere informasjon og synspunkter. Konkurransetilsynet har hatt møter med partene 18. desember 2015, 1. mars 2016, 18. mars 2016, 15. april 2016, 4. mai 2016, 3. juni 2016 og 21. juni 2016. I tillegg har det vært løpende kontakt med partenes advokater.
- (30) Det har også vært avholdt møter med Havilafjord 24. februar 2016, tidligere direktør i Fjord1 Dagfinn Neteland 16. mars 2016, rederiet Norled AS ("Norled") 17. mars 2016, samt med Statens vegvesen 8. april 2016 og 24. juni 2016.
- (31) Partene har fremsatt forslag til avhjelpende tiltak 2. mai 2016 og 16. juni 2016.

1.4 Fristberegning

- (32) Konkurransetilsynet mottok melding om foretakssammenslutningen 31. januar 2016. Varsel om at inngrep kan bli aktuelt ble rettidig oversendt 4. mars 2016, jf. konkurranseloven § 20 andre ledd første punktum.
- (33) I henhold til konkurranseloven § 20 fjerde ledd første punktum må Konkurransetilsynet innen 70 virkedager fra meldingen er mottatt, fatte vedtak som stadfester forslag til avhjelpende tiltak fra melder, eller legge frem begrunnet forslag til forbudsvedtak. Partene fremsatte tilbud om avhjelpende tiltak 2. mai 2016, og fristen for Konkurransetilsynet til å fatte vedtak som stadfester fremsatt forslag om avhjelpende tiltak fra partene, eller legge frem begrunnet forslag til forbudsvedtak ble derfor forlenget med åtte virkedager til 26. mai 2016, jf. konkurranseloven § 20 fjerde ledd andre punktum. Begrunnet forslag til forbudsvedtak ble rettidig oversendt 20. mai 2016.

²⁶ Brev fra Wikborg Rein Advokatfirma AS & Co 13. april 2016, brev fra Wikborg Rein Advokatfirma AS & Co 27. april 2016, brev fra Wikborg Rein Advokatfirma AS & Co 2. mai 2016 og brev fra Wikborg Rein Advokatfirma AS & Co 13. mai 2016, samt brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet, 2. mai 2016.

- (34) Etter konkurranseloven § 20 fjerde ledd fjerde punktum må Konkurransetilsynet fatte forbudsvedtak senest 15 virkedager etter at tilsynet har mottatt partenes uttalelse. Tilsynet mottok tilsvarende fra partene 10. juni 2016. Konkurransetilsynets frist for å fatte forbudsvedtak begynte således å løpe fra denne dato, jf. konkurranseloven § 20 femte ledd.
- (35) Dersom det fremsettes forslag om avhjelpende tiltak etter at Konkurransetilsynet har lagt frem begrunnet forslag til forbudsvedtak, kan fristen for å treffe vedtak forlenges med 15 virkedager, jf. konkurranseloven § 20 fjerde ledd siste punktum. Partene fremsatte tilbud om avhjelpende tiltak 16. juni 2016.²⁷ Konkurransetilsynets frist for å treffe vedtak ble derfor forlenget med 15 virkedager til 22. juli 2016. Vedtaket er således truffet rettidig.

2 Partene i saken

2.1 Torghatten ASA

- (36) Torghatten er et nasjonalt transportkonsern. Foretaket har hovedvirksomhet innen sjøtransport ("Torghatten Sjø"), landtransport ("Torghatten Buss") og flytransport ("Torghatten Fly"). Konsernet driver virksomheten gjennom flere datterselskap.
- (37) Innen sjøtransport har foretaket fire sentrale datterselskap. Dette er Bastø Fosen AS ("Bastø Fosen"), FosenNamsos Sjø AS ("FosenNamsos Sjø"), Torghatten Trafikkselskap AS ("Torghatten Trafikkselskap") og Torghatten Nord AS ("Torghatten Nord"). Bastø Fosen driver Norges største ferjesamband mellom Horten og Moss. FosenNamsos Sjø driver 15 ferje- og hurtigbåtsamband i Nord-Trøndelag, Sør-Trøndelag, Møre og Romsdal samt i Hordaland. Torghatten Trafikkselskap driver fem ferjesamband og fire hurtigbåtsamband i Nord-Trøndelag, på Helgeland og i Gildeskål. Torghatten Nord opererer 46 fartøy, og driver sjøtransport i Nordland, Troms samt Møre og Romsdal. Konsernet drifter 62 ferje- og hurtigbåtsamband.²⁸
- (38) Torghatten Buss har gjennom sine datterselskap eierskap til omtrent 1200 busser. Norgesbuss AS er den største bussaktøren i konsernet med blant annet kontraktkjøring for Ruter AS.²⁹
- (39) Torghatten Fly opererer 41 fly gjennom datterselskapet Widerøe Flyselskap AS.³⁰
- (40) Torghatten hadde i 2015 en omsetning på 8,573 milliarder kroner.³¹

2.2 Sogn og Fjordane fylkeskommune

- (41) SFJ har flere ansvarsområder i Sogn og Fjordane, både innen opplæring, samferdsel, kultur, plan- og samfunnsutvikling, næringsutvikling og tannhelse.
- (42) Innen ansvarsområdet samferdsel, har SFJ som en av sine oppgaver å foreta overordnet samferdselsplanlegging i Sogn og Fjordane. En hovedoppgave er å tilby kollektivtransport med buss og båt. SFJ har også ansvar for fylkesvegnettet med tilhørende ferjesamband i Sogn og Fjordane.³²
- (43) SFJ eier 100 prosent av aksjene i F1 Holding. I tillegg eier SFJ flere andre foretak.³³

2.2.1 F1 Holding AS

- (44) SFJ eier 100 prosent av aksjene i F1 Holding. F1 Holding ble stiftet 23. september 2010. Foretakets formål er investeringsvirksomhet, herunder kjøp og salg av aksjer i

²⁷ E-post fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 16. juni 2016, med forslag til offentlig versjon av avhjelpende tiltak.

²⁸ Meldingen side 8 og 9.

²⁹ Meldingen side 8.

³⁰ Meldingen side 8.

³¹ Årsrapport 2015 Torghatten ASA.

³² Informasjon fra Sogn og Fjordane fylkeskommune sin hjemmeside, <http://www.sfj.no/vaare-ansvarsomraade.334832.nn.html>, 7. juli 2016.

³³ Sogn og Fjordane fylkeskommune, Eigarmelding 2015, side 4-5.

transportselskap.³⁴ SFJ benytter F1 Holding til å forvalte aksjeposten på 59 prosent i Fjord1 og Fjord1 er det eneste selskapet F1 Holding eier.³⁵

- (45) Styret i F1 Holding består i dag av ett styremedlem.³⁶
- (46) I 2014 hadde F1 Holding en omsetning 1,493 milliarder kroner.³⁷

2.2.2 Fjord1 AS

- (47) F1 Holding eier som nevnt 59 prosent i Fjord1. De resterende aksjene eies av Havilafjord.
- (48) Fjord1 ble stiftet 9. mai 2001.
- (49) Foretakets hovedvirksomhet er ferjevirkosomhet. I Fjord1 sin årsmelding fra 2014 fremgår det at rederiet har 62 ferjer og ni andre fartøy, og i underkant av 1300 ansatte.³⁸
- (50) Fjord1 har videre flere datterselskaper som driver virksomhet innen transport, kommunikasjon og reiseliv. Datterselskapene er F1 Administrasjon AS, Måløy Reisebyrå AS, Fanafjord AS, Fanafjord KS, Sognefjord Cruise AS, Bolsønes Verft AS, ÅB Eigedom AS og Hareide Trafikkterminal AS.
- (51) Styret i Fjord1 består i dag av åtte medlemmer, hvorav generalforsamlingen velger fem styremedlemmer og de ansatte tre medlemmer.³⁹
- (52) Fjord1 hadde i 2014 en omsetning på 2,349 milliarder kroner.⁴⁰

3 Rettslige utgangspunkter

3.1 Særlig om forholdet til Konkurransereglene i EU og EØS

- (53) EØS-avtalen artikkel 57 fastsetter regler for kompetansefordeling mellom Europakommisjonen (Kommisjonen), EFTAs overvåkingsorgan og nasjonale konkurransemyndigheter. Konkurransetilsynet har bare kompetanse til å føre tilsyn med foretakssammenslutninger som ikke er av EU- eller EFTA-dimensjon. Hvorvidt en foretakssammenslutning har EU- eller EFTA-dimensjon, avhenger av om de berørte foretak har en omsetning som overstiger terskelverdiene i artikkel 1 nr. 2 og nr. 3 i rådsforordning 139/2004/EF (fusjonsforordningen) i henholdsvis EU eller EØS EFTA-statene, jf. §§ 12 og 13 i forskrift av 21. desember 2011 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv.
- (54) Terskelverdiene for at sammenslutningen skal kunne regnes for å ha EU- eller EFTA-dimensjon, er ikke oppfylt.
- (55) Terskelverdiene i konkurranseloven § 18 er oppfylt. Konkurransetilsynet har følgelig kompetanse til å behandle saken.

3.2 Vilkårene for inngrep

3.2.1 Generelt

- (56) Etter konkurranseloven § 16 første ledd skal Konkurransetilsynet forby en foretakssammenslutning, dersom tilsynet finner at den vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. konkurranseloven § 1 første ledd. Ved anvendelsen av loven skal det tas særlig hensyn til forbrukernes interesser, jf. konkurranseloven § 1 annet ledd.

³⁴ Sogn og Fjordane fylkeskommune, Eigarmelding 2015 side 30.

³⁵ Informasjon fra ravninfo.no.

³⁶ Sogn og Fjordane fylkeskommune, Eigarmelding 2015 side 31.

³⁷ Informasjon fra ravninfo.no.

³⁸ Fjord1 AS, Årsmelding 2014, side 3.

³⁹ Vedtekter for Fjord1 AS, fra Sogn og Fjordane fylkeskommune, [http://www2.sfj.no/sff/k2pub.nsf/viewAttachments/C1256B3B0048DA1DC12579DE0036E6C7/\\$FILE/1203017_9.PDF](http://www2.sfj.no/sff/k2pub.nsf/viewAttachments/C1256B3B0048DA1DC12579DE0036E6C7/$FILE/1203017_9.PDF), 7. juli 2016.

⁴⁰ Informasjon fra ravninfo.no.

- (57) Dersom Konkurransetilsynet finner at avhjelpende tiltak foreslått av partene vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen kan føre til, skal tilsynet i stedet fatte vedtak om inngrep hvor foretakssammenslutningen tillates på disse vilkår, jf. konkurranseloven § 16 annet ledd. Bestemmelsen innebærer en redusert utredningsplikt for tilsynet der vedtak fattes etter denne bestemmelsen.⁴¹

3.2.2 Foretakssammenslutning

- (58) For at Konkurransetilsynet skal kunne gripe inn mot ervervet, enten i form av vedtak som stadfester forslag om avhjelpende tiltak fra partene eller i form av et forbudsvedtak, må det foreligge en foretakssammenslutning, jf. konkurranseloven § 17. Det følger av konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b at det foreligger en foretakssammenslutning dersom ett eller flere foretak direkte eller indirekte, helt eller delvis, varig overtar kontrollen over ett eller flere andre foretak.
- (59) Det fremgår av konkurranseloven § 17 tredje ledd at kontroll oppnås gjennom rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet. Ifølge EU-Kommisjonens jurisdiksjonsmeddelelse⁴² avsnitt 54 og 62 menes det med avgjørende innflytelse normalt mulighet for å blokkere for disposisjoner som er bestemmende for et foretaks kommersielle strategiske atferd.
- (60) Torghatten har inngått avtale med SFJ om erverv av 50 prosent av aksjene i F1 Holding, jf. kapittel 1.1. Avtalen innebærer at Torghatten og SFJ på varig basis får felleskontroll i F1 Holding. Dette legges også til grunn av partene, jf. meldingen kapittel 4. F1 Holding eier 59 prosent i Fjord1, og F1 Holding har enekontroll over dette selskapet.
- (61) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at ervervet innebærer at Torghatten og SFJ på varig basis oppnår felleskontroll i F1 Holding. F1 Holding har enekontroll i Fjord1. Det foreligger følgelig en foretakssammenslutning i konkurranselovens forstand, jf. § 17 første ledd bokstav b.
- (62) Partene anfører at foretakssammenslutningen ikke medfører en sammenslåing av Fjord1 og Torghatten Sjø sin virksomhet, og at det relevante vurderingstema for Konkurransetilsynet blant annet er i hvilken grad Torghattens eierskap i F1 Holding gir mulighet og insentiv til å begrense konkurransen vesentlig.⁴³ Konkurransetilsynets nærmere vurderinger av partenes anførsler i tilknytning til dette fremgår av kapittel 6.2.

3.2.3 Konkurransbegrensningskriteriet

- (63) Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Spørsmålet om foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, behandles i kapittel 6.

3.2.4 Effektivitetsgevinster

- (64) Dersom foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen, må det videre avklares om foretakssammenslutningen medfører effektivitetsgevinster som kan oppveie eventuelle negative virkninger av foretakssammenslutningen, jf. formålsbestemmelsen i konkurranseloven § 1. Mulige effektivitetsgevinster drøftes i kapittel 7.3.

⁴¹ Jf. Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven, side 144.

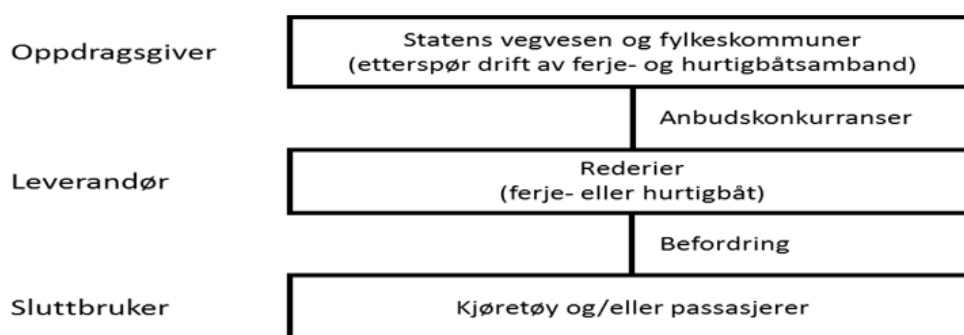
⁴² Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01).

⁴³ Se blant annet brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS 11. mars 2016 og brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016.

4 Om markedet for drift av ferje- og hurtigbåtsamband

4.1 Innledning

- (65) Transaksjonen omfatter drift av ferje- og hurtigbåtsamband i Norge. Drift av ferje- og hurtigbåtsamband innebærer å inngi tilbud på kontrakter til det offentlige, samt å operere de respektive ferje- og hurtigbåtsamband i samsvar med kontrakten. Drift av ferje- og hurtigbåtsamband omfatter også å tilby fartøy som tilfredsstillter oppdragsgivers krav.
- (66) Oppdragsgiverne er offentlige myndigheter, og omfatter Statens vegvesen og fylkeskommunene. Rederiene konkurrerer om retten til å være eneleverandør på de samband som omfattes av den aktuelle kontrakt, drifte de respektive ferje- og hurtigbåtsamband for oppdragsgiver, og tilby befordringstjenester til sluttbrukere. Sluttbrukerne er passasjerer med eller uten kjøretøy. Figur 1 illustrerer leddene i verdikjeden.



Figur 1 Markedsstruktur for drift av ferje- og hurtigbåtsamband

4.2 Beskrivelse av markedsstrukturen

4.2.1 Oppdragsgivere

- (67) Staten er ansvarlig for riksvegferjetjenestene, mens fylkeskommunene er ansvarlig for fylkesvegferjetjenester og hurtigbåt. I forbindelse med forvaltningsreformen i 2010 ble deler av riksvegnettet omgjort til fylkesveger.⁴⁴ Det medførte at fylkeskommunene overtok ansvaret for en større del av vegnettet i Norge, inkludert ferjesamband. Som følge av reformen overtok fylkeskommunene ansvaret for i alt 78 av 95 tidligere riksvegferjesamband.⁴⁵ Ansvaret er fordelt på tolv fylkeskommuner.⁴⁶
- (68) Når det gjelder ferje, gjør Statens vegvesen, ved sine fire regionskontorer, innkjøp av ferjetjenester til riksvegsamband. Regionskontorene, gjennom sams (felles) vegadministrasjon,⁴⁷ bistår også flere fylkeskommuner med å administrere fylkesvegsamband. For drift av ferjesamband er det opp til den enkelte fylkeskommune hvordan de ønsker å organisere anskaffelsene. Flere av fylkeskommunene benytter Statens vegvesen til innkjøp av drift av ferjesamband. Finnmark, Troms, Sør-Trøndelag⁴⁸ og Hordaland⁴⁹ gjør anskaffelsene selv. Når det gjelder Møre og Romsdal, Nord-Trøndelag og Rogaland gjør disse egne innkjøp

⁴⁴ Kommunal- og regionaldepartementets brev 14. desember 2009,

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/forvaltningsreformen---oversikt-over-nye/id588570/>, 7. juli 2016.

⁴⁵ St.meld. nr. 16 (2008-2009) Nasjonal transportplan 2010 – 2019, side 70.

⁴⁶ Oslo Economics (2012), *Konkurranseutsetting av riksvegferjedriften – på rett kjøp?*, side 32.

⁴⁷ Statens vegvesen, informasjon om sams (felles) vegadministrasjon,

<http://www.vegvesen.no/fag/Veg+og+gate/Sams+vegadministrasjon>, 7. juli 2016.

⁴⁸ Foretas av det fylkeseide kollektivselskapet AtB AS. AtB AS har ansvaret for all planlegging, markedsføring, informasjon og drift av kollektivtrafikken i Sør-Trøndelag.

⁴⁹ Foretas av det fylkeseide kollektivselskapet Skyss, som organiserer nesten all kollektivtransport i fylket, og fra og med januar 2016 også innkjøp relatert til ferjetjenester.

for enkelte samband.⁵⁰ Oppdragsgiverne benytter offentlige anbudprosesser ved innkjøp av drift av ferje- og hurtigbåtsamband. Tidligere ble drift av ferjesamband anskaffet gjennom forhandlinger med rederiene om rammetilskudd. Konkurransetsettingen av kontraktene i riksvegferjesambandene startet i 2004.⁵¹ For riksvegferjesamband er det vanlig å tildele kontrakter på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.⁵² Noen fylkeskommuner bruker også det økonomisk mest fordelaktige tilbudet som tildelingskriterium, mens andre bruker laveste pris.⁵³

- (69) Anbudsgrunnlaget utformes av den offentlige oppdragsgiveren i samsvar med regler om offentlige anskaffelser. Oppdragsgiveren fastsetter anbudsstørrelse, krav til fartøy og rederi, kontraktsperiode, tidspunkt fra anbudsinnbydelse til iverksetting av drift, mv. Normal kontraktslengde er fra fire til ti år, med en gjennomsnittslengde på syv år.⁵⁴ Både bruttokontrakter og nettokontrakter benyttes. En nettokontrakt innebærer at oppdragsgiver yter årlige tilskudd til rederiene for drift av et samband, samtidig som rederiene får alle billettinntektene fra driften. En bruttokontrakt innebærer at oppdragsgiver betaler rederiet tilskudd for driftstjenesten, mens alle innkrevde billettinntekter tilfaller oppdragsgiver.⁵⁵
- (70) Infrastruktur på land eies vanligvis av offentlige oppdragsgivere. Unntaksvis eier rederiene infrastrukturen.⁵⁶ Rederiene er selv ansvarlig for å tilpasse infrastrukturen til egne fartøy ved behov. Uavhengig av tidligere eierskap til infrastrukturen skal denne stilles til disposisjon for eventuell ny anbudsvinner på respektive samband.⁵⁷
- (71) Yrkestransportloven inneholder regler om virksomhetsoverdragelse som medfører at en ny operatør på et samband overtar mannskapet til den forrige operatøren med de lønnsbetingelser disse hadde hos tidligere arbeidsgiver.⁵⁸

4.2.2 Leverandører

- (72) Rederiene deltar i anbudskonkurranser om å bli løyvehaver og eneleverandør for drift av de respektive ferje- og hurtigbåtsamband. Alle rederier som kan oppfylle oppdragsgivers kvalifikasjonskrav i den aktuelle anbudskonkurransen kan delta og inngi tilbud på oppdraget. Likevel er det slik at ikke alle kvalifiserte norske rederier deltar i samtlige anbudskonkurranser som utlyses.⁵⁹
- (73) Driftstjenesten rederiene leverer inkluderer bruk av eget eller innleid fartøy. Krav til fartøy vil variere mellom ulike anbudskonkurranser.
- (74) Leverandørleddet innenfor drift av ferje- og hurtigbåtsamband består i hovedsak av fire norske rederier. I tillegg til Fjord1 og Torghatten er dette Norled og Boreal Transport Norge AS ("Boreal"). Det er videre noen små selskap, både innen drift av ferje- og hurtigbåtsamband, som drifter mindre enkeltsamband. Det er flere små aktører som har drift av mindre

⁵⁰ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – hovedfunn fra premissanalysene*, 1. februar 2016, side 3.

⁵¹ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – hovedfunn fra premissanalysene*, 1. februar 2016, side 3.

⁵² Fra 2012 er alle riksvegferjesamband med unntak av ett tildelt på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, se referat fra telefonmøte med Statens vegvesen Vegdirektoratet 24. juni 2016.

⁵³ Referat fra telefonmøte med Statens vegvesen Vegdirektoratet 24. juni 2016.

⁵⁴ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt- premissanalyse 5*, mottatt 12. april 2016, side 37.

⁵⁵ Meldingen side 21.

⁵⁶ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 20.

⁵⁷ Meldingen side 24.

⁵⁸ Lov 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova) og Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt- premissanalyse 5*, mottatt 12. april 2016 (utkast), side 5.

⁵⁹ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt- premissanalyse 5*, mottatt 12. april 2016 (utkast), side 5 og 31.

hurtigbåtsamband enn det er for drift av ferjesamband.⁶⁰ Under følger en kort presentasjon av de største rederiene, samt av mindre rederi som har drift innen ferjesamband.

- (75) Norled har virksomhet innenfor drift av både ferje- og hurtigbåtsamband. Foretaket eier ■ fartøy⁶¹, og driver totalt 50 samband fra Oslo til Troms. I 2014 hadde Norled en omsetning på om lag 1,7 milliarder kroner. Norled har hovedkontor i Stavanger og er et datterselskap av Det Stavangerske Dampskibsselskap AS.⁶²
- (76) Boreal er et nasjonalt transportkonsern, som i 2014 omsatte for 2,5 milliarder kroner.⁶³ Boreal har virksomhet innenfor buss, båt og bane. Gjennom datterselskapet Boreal Transport Nord AS driver Boreal ferje - og hurtigbåtsamband. Foretaket har ■ fartøy⁶⁴ og driver totalt 31 ferje- og hurtigbåtsamband.⁶⁵ Boreal Transport Nord AS har hovedkontor i Hammerfest.
- (77) GulenSkyss AS ("GulenSkyss") drifter ferjesambandet Klokkevik-Hjellestad i Hordaland og er underleverandør for Wergeland AS ("Wergeland") på ferjesambandet Mjånes-Hisarøy i Sogn og Fjordane.⁶⁶ Videre drifter GulenSkyss to hurtigbåtsamband i Hordaland. GulenSkyss hadde en omsetning på 25 millioner kroner i 2014.⁶⁷
- (78) Fosen-Linjen AS ("Fosen-linjen") drifter ferjesambandene Garten-Storfosna og Djupfest-Tarva i Sør-Trøndelag.⁶⁸ Selskapet hadde en omsetning i 2014 på 18 millioner kroner.⁶⁹
- (79) Wergeland drifter ferjesambandet Masfjordnes-Duesund i Hordaland.⁷⁰ Bjørklids ferjerederi AS er underleverandør for Norled på to ferjesamband i Troms og Ferjeselskapet Drøbak-Hurum-Svelvik AS er underleverandør for Fjord1 på ferjesambandet Svelvik-Verket i Buskerud.⁷¹ Osterøy ferjeselskap driver det private ferjesambandet Breistein-Valestrandfossen i Hordaland.⁷²
- (80) L. Rødne & Sønner AS ("Rødne") drifter ferjesambandet Stavanger-Vassøy, men har hovedvirksomheten sin innenfor drift av hurtigbåtsamband og fjordcruise.⁷³

4.2.3 Sluttbrukere

- (81) Rederiene tilbyr ferje- og/eller hurtigbåttjenester i sluttbrukermarkedet, og tjenestene består i å befordre kjøretøy og/eller passasjerer.
- (82) Produktegenskapene rederiene tilbyr skal samsvare med anbudskrav og kontrakter med oppdragsgiver. Kravene vil kunne variere mellom ulike samband. En generell forskjell mellom ulike sambandstyper er imidlertid at ferjer frakter både kjøretøy og passasjerer, mens hurtigbåter kun frakter passasjerer.
- (83) Regulering av billettpriser, herunder rabatter, gjøres normalt ikke av rederiene. Offentlige myndigheter har gitt ulike reguleringer avhengig av om driftstjenesten utføres for Statens vegvesen eller fylkeskommunene. For riksvegferjesamband fastsettes takst- og rabattordninger av Stortinget gjennom statsbudsjettet.⁷⁴

⁶⁰ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 46-47 og brev fra Boreal Transport Norge AS 23. februar 2016, side 11.

⁶¹ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, bilag 2.

⁶² Meldingen side 17.

⁶³ Se <http://www.boreal.no/aktuelt/fortsatt-vekst-for-boreal-transport-norge-article5872-1169.html>, 7. juli 2016.

⁶⁴ Brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5.

⁶⁵ Meldingen side 17.

⁶⁶ Brev fra GulenSkyss AS 22. februar 2016, side 1-2.

⁶⁷ Se <http://www.proff.no/selskap/gulenskyss-as/eivindvik/shipping-og-sj%C3%B8transport/Z0IAVKZR/>, 7. juli 2016.

⁶⁸ Se <http://www.fosenlinjen.no/public.aspx?pageid=54152>, 7. juli 2016.

⁶⁹ Se <http://www.proff.no/selskap/fosen-linjen-as/kr%C3%A5kv%C3%A5g/shipping-og-sj%C3%B8transport/Z0I5CDDW/>, 7. juli 2016.

⁷⁰ Se <http://www.wergeland.com/skip-ferjer/>, 7. juli 2016.

⁷¹ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 14 og brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, side 5.

⁷² Se <http://www.bt.no/nyheter/lokalt/Ostringer-spleiser-pa-ferge-2446393.html>, 7. juli 2016.

⁷³ Se <http://www.rodne.no/om-oss/>, 7. juli 2016.

⁷⁴ Meldingen side 23.

4.3 Markeder som berøres av foretakssammenslutningen

- (84) Partene har overlappende virksomhet innen drift av både ferje- og hurtigbåtsamband.
- (85) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at foretakssammenslutningen ikke vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen innenfor drift av hurtigbåtsamband. I den videre vurderingen av foretakssammenslutningen vil tilsynet av denne grunn kun vurdere partenes overlappende virksomhet innen drift av ferjesamband.

5 Det relevante marked

5.1 Innledning

- (86) For å kunne vurdere foretakssammenslutningens konkurransemessige virkninger, må det tas stilling til hvilke markeder som berøres av ervervet. Generelt vil en kjøper ta beslutninger basert på egenskapene ved produktene og tjenestene, og tilbydernes lokalisering. Det avgrenses derfor et såkalt relevant marked, som deles inn i det relevante produktmarkedet og det relevante geografiske markedet. I avgrensningen henter Konkurransetilsynet veiledning fra EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked ("EFTAs kunngjøring").⁷⁵
- (87) Hovedformålet med avgrensningen av et relevant marked er på en systematisk måte å identifisere begrensninger i den konkurransemessige handlefrihet som de berørte foretak står overfor, herunder å identifisere hvilke faktiske konkurrenter som er i stand til å begrense partenes markedsatferd og hindre dem i å opptre uavhengig av et effektivt konkurransetrykk.⁷⁶
- (88) Det er ut fra denne synsvinkel at en markedsavgrensning gjør det mulig blant annet å beregne markedsandeler og markedskonsentrasjon.⁷⁷ Konsentrasjonen i markedet er en indikator på hvordan konkurranseforholdene er, og således et utgangspunkt for analysen av foretakssammenslutningens virkninger på konkurransen. Markedsavgrensningen er således ikke et mål i seg selv, men et middel for å trekke opp rammene for den konkurranseanalysen som gjennomføres i kapittel 6.

5.2 Det relevante produktmarkedet

- (89) Avgrensning av det relevante produktmarkedet foretas som hovedregel ut fra en vurdering av hvorvidt etterspørerne anser produktene som innbyrdes substituerbare.⁷⁸ Med substituerbarhet menes at etterspørerne vurderer et sett produkter å dekke samme behov basert på produktenes egenskaper, priser og anvendelsesformål. Jo bedre substitutt et produkt er til produktet partene tilbyr, desto større er sannsynligheten for at dette produktet inngår i det relevante produktmarkedet.
- (90) I EFTAs kunngjøring fremheves en rekke momenter som er relevante ved vurderingen av om to produkter er substituerbare på etterspørselssiden. Særlig fremheves opplysninger om substitusjon i den senere tid, synspunkter fra kunder og konkurrenter, forbrukerpreferanser, hindringer for og omkostninger ved kanalisering av etterspørselen til substituerbare produkter, samt prisdifferensiering.⁷⁹
- (91) Substitusjon på tilbudssiden kan også tas i betraktning ved markedsavgrensningen, dersom den har de samme umiddelbare og direkte virkninger som etterspørselssubstitusjon. Dette forutsetter at leverandørene som svar på små og varige endringer i relative priser, kan omstille produksjonen til de produktene det gjelder og tilby dem på kort sikt uten at det medfører

⁷⁵ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avgrensning av det relevante marked innen konkurranseretten i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) – EFT L 200, 16. juli.1998, side 46 og EØS-tillegget til EF-tidende No 28, 16. juli 1998, side 3.

⁷⁶ EFTAs kunngjøring, punkt 2.

⁷⁷ EFTAs kunngjøring, punkt 2.

⁷⁸ EFTAs kunngjøring, punkt 15.

⁷⁹ EFTAs kunngjøring, punkt 37 flg.

betydelige kostnader eller vesentlig risiko. Slike umiddelbare og direkte virkninger tilsvarer virkningene av etterspørselssubstitusjon.⁸⁰

5.2.1 Konkurransetilsynets vurdering av det relevante produktmarked

(92) Ved avgrensningen av det relevante produktmarked tar Konkurransetilsynet utgangspunkt i partenes virksomhet. Partene har overlappende virksomhet innen drift av ferjesamband, jf. avsnitt (84).

5.2.1.1 Vurdering av hvorvidt drift av hurtigbåtsamband inngår i samme marked som drift av ferjesamband

(93) Drift av ferjesamband etterspørres av offentlige oppdragsgivere, herunder Statens vegvesen og enkelte fylkeskommuner, jf. kapittel 4.2.1. Kontrakter om å drive ferjesamband tildeles rederier gjennom anbudskonkurranser. I anbudskonkurransene stilles det blant annet krav til at ferjene skal ha kapasitet til å frakte en gitt mengde kjøretøy og passasjerer.

(94) Det er også noen fylkeskommuner som etterspør drift av hurtigbåtsamband. En vesentlig forskjell på drift av ferjesamband og drift av hurtigbåtsamband er at de har ulikt formål. En hurtigbåt frakter ikke biler, bare passasjerer, og har ofte flere stoppesteder enn en ferje. Mens en ferje frakter både kjøretøy og passasjerer, og er en del av riks- eller fylkesvegnettet, kan et hurtigbåtsamband ses på som en del av kollektivtilbudet.⁸¹

(95) Når en oppdragsgiver etterspør drift av et ferjesamband, vil ikke dette kunne erstattes med et hurtigbåtsamband. Dette understøttes av Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting der det fremgår at oppdragsgiverne generelt er av den oppfatning at hurtigbåter ikke kan brukes i stedet for ferjer.^{82,83} Statens vegvesen skriver blant annet at "*Med utgangspunkt i en forståelse av etterspørselssubstitusjon som innkjøpers mulighet til å bytte over til andre substituerbare produkter dersom de blir stilt overfor en prisøkning kan vi ikke si at hurtigbåt for transport av passasjerer er et substitutt for Statens vegvesen som innkjøper*".⁸⁴

(96) Partene anfører at drift av ferje- og hurtigbåtsamband er en del av det samme relevante produktmarkedet blant annet på bakgrunn av lav terskel for substitusjon på tilbudssiden. Det vil si at en aktør som kun har virksomhet innenfor drift av hurtigbåtsamband enkelt kan utvide virksomheten til også å inkludere drift av ferjesamband, og omvendt. Dette begrunnes av partene med at en aktør som drifter hurtigbåtsamband normalt vil ha den nødvendige kunnskap, utstyr, med mer, for å kunne starte med drift av ferjesamband, og omvendt.⁸⁵ Partene fastholder denne anførselen i tilsvaret, men har overfor Konkurransetilsynet ikke fremlagt noe ny informasjon på dette punktet.⁸⁶

(97) I vurderingen av om det foreligger substitusjon på tilbudssiden blir spørsmålet om aktører som kun har virksomhet innen drift av hurtigbåtsamband på kort sikt, og uten betydelige kostnader eller vesentlig risiko, kan omstille produksjonen til å også omfatte drift av ferjesamband, jf. ovenfor.

⁸⁰ EFTAs kunngjøring, punkt 20 flg.

⁸¹ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 4, brev fra Hordaland fylkeskommune 12. februar 2016, side 1 og brev fra Kolumbus AS 15. februar 2016, side 1.

⁸² Brev fra Troms fylkeskommune 4. mars 2016, side 2, brev fra Statens vegvesen Region Nord 26. februar 2016, side 2, brev fra AtB AS 22. februar 2016, side 1, brev fra Kolumbus AS 15. februar 2016, side 1 og brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 4.

⁸³ Noen oppdragsgivere nevner at en ferje til en viss grad kan byttes ut med en hurtigbåt, dersom den byttes ut med en såkalt kombibåt (definert som en bilførende hurtigbåt som har kapasitet til å ta med seks til åtte kjøretøy). En slik substitusjon vil imidlertid kun være aktuell i de tilfeller hvor det kun er behov for å transportere et svært lite antall biler. Boreal Transport Norge AS skriver i sitt svarbrev at det er ytterst få tilfeller hvor det er mulig å erstatte en ferje med en kombibåt, og at "*Det påpekes i tillegg at "kombibåt" ikke kan sammenlignes med ferje slik beskrevet i meldingen om foretakssammenslutning. Det er i ytterst få tilfeller at det er mulig å erstatte ferjer med kombibåter, og operasjonsbegrensninger for kombibåter forsterker dette bildet*". Brev fra Finnmark fylkeskommune 15. februar 2016, side 1, brev fra Nordland fylkeskommune 11. februar 2016, side 1 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 3.

⁸⁴ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, side 1.

⁸⁵ Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 17. mars 2016, side 2.

⁸⁶ Tilsvaret side 18.

- (98) Som det framgår av avsnitt (95) kan en hurtigbåt ikke fungere som en ferje. Utvidelse av virksomheten innenfor drift av hurtigbåtsamband til drift av ferjesamband vil derfor kreve investeringer i fartøy som kan betjene et ferjesamband. Dette kan enten gjøres ved å kjøpe en brukt ferje eller ved å få bygget en ny ferje.⁸⁷ Uansett forutsetter kjøp av en ferje, brukt eller ny, tilgang til tilstrekkelig kapital. Kostnaden ved å bygge en mindre ferje er fra 50 til 80 millioner kroner,⁸⁸ mens en større ferje koster 200 millioner kroner eller mer.⁸⁹ Kostnaden ved å investere i en av de største nye ferjene er i størrelsesorden 350 millioner kroner.⁹⁰ Ved større kontrakter vil det være krav om flere ferjer. Aktøren vil dermed pådra seg en vesentlig investeringskostnad ved å utvide virksomheten til også å inkludere drift av ferjesamband.
- (99) Det vil også ta tid å utvide virksomheten. Byggetiden for en ny ferje er omtrent 18-24 måneder, og tidsbruk inkludert prosjektering og planlegging er anslått til omtrent 24-30 måneder.⁹¹ Aktøren vil videre pådra seg risiko. Varigheten på kontraktene er vesentlig kortere enn avskrivningsperioden for en ferje, noe som vil bidra til restverdirisiko etter kontraktens utløp.⁹² Usikkerhet rundt innføring av ny fremdriftsteknologi forsterker denne restverdirisikoen i dagens marked.⁹³
- (100) Ferjer og hurtigbåter er videre til dels underlagt ulikt regelverk. Dette gjelder både i forhold til fartøy og til mannskap. Det kreves blant annet en egen sikkerhetsertifisering for mannskap som skal arbeide på henholdsvis ferje og hurtigbåt.⁹⁴ En aktør som skal utvide virksomheten til også å inkludere drift av ferjesamband blir dermed underlagt nytt regelverk, som vil utgjøre en kostnad for aktøren.
- (101) Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det både betydelige kostnader og vesentlig risiko knyttet til omstilling av virksomheten fra drift av hurtigbåtsamband til drift av ferjesamband. Tilsynet legger etter dette til grunn at det ikke foreligger tilbudssubstitusjon som har den samme umiddelbare og direkte virkning som etterspørselssubstitusjon.
- (102) Partene anfører videre at det er de samme aktørene som tilbyr og etterspør drift av ferje- og hurtigbåtsamband. Dette bidrar til at det ikke er noen forskjell i markedsstruktur og at drift av ferje- og hurtigbåtsamband derfor inngår i det samme relevante produktmarkedet.⁹⁵ I tilsvaret fastholder partene at markedsstrukturen på tilbudssiden er den samme for drift av ferje- og hurtigbåtsamband, og at det dermed er uten betydning om en hurtigbåt ikke oppfyller de samme behovene hos oppdragsgiver som en ferje.⁹⁶
- (103) Markedsavgrensningen foretas med utgangspunkt i hvorvidt det er etterspørsels- og/eller tilbudssubstitusjon mellom produktene, jf. kapittel 5.2. Ovennevnte gjennomgang viser at det ikke foreligger tilbuds- eller etterspørselssubstitusjon. Konkurransetilsynet deler for øvrig ikke partenes syn på at markedsstrukturen er den samme for drift av ferje- og hurtigbåtsamband. Statens vegvesen er en stor innkjøper av drift av ferjesamband, men kjøper ikke inn drift av hurtigbåtsamband. Markedsstrukturen på tilbudssiden innenfor drift av hurtigbåtsamband er

⁸⁷ I Statens vegvesens rapport om ferjemarkedet 2016, fremgår det at det er utfordrende for nye aktører å finne egnet brukt materiell i markedet. For å utvide virksomheten til også å inkludere drift av ferjesamband er det dermed sannsynlig at aktøren må kjøpe et nybygget fartøy. Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt- premissanalyse 5*, mottatt 12. april 2016 (utkast), side 18. Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting viser også at annenhåndsmarkedet i liten grad fungerer, jf. avsnitt (269).

⁸⁸ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt- premissanalyse 5*, mottatt 12. april 2016 (utkast), side 17.

⁸⁹ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 9.

⁹⁰ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt- premissanalyse 5*, mottatt 12. april 2016 (utkast), side 17.

⁹¹ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 9 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 4.

⁹² Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 9.

⁹³ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 9 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 4.

⁹⁴ Brev fra Troms fylkeskommune 4. mars 2016, side 3, brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar, side 3 og brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 5.

⁹⁵ Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 17. mars 2016, side 2.

⁹⁶ Tilsvaret side 18.

også mer fragmentert enn tilbudssiden for drift av ferjesamband, med et større antall mindre rederier.⁹⁷

- (104) Konkurransetilsynet har på bakgrunn av ovennevnte kommet til at drift av ferjesamband utgjør et eget relevant produktmarked, hvor drift av hurtigbåtsamband ikke inngår.

5.2.1.2 Vurdering av hvorvidt markedet for drift av ferjesamband kan deles opp ytterligere

- (105) Ferjesambandene i Norge er forholdsvis ulike. Ulikhetene knytter seg blant annet til trafikkgrunnlag, størrelse på ferjene, sambandenes lengde og type farvann. Ferjesambandene utlyses i kontrakter, og en kontrakt kan omfatte ett eller flere samband. Kontraktene har ulik størrelse, og noen kontrakter er vesentlig større enn andre. En stor kontrakt kjennetegnes ved at den omfatter ett eller flere store samband, eller ved at den består av mange mindre samband som er pakket sammen. I store kontrakter vil det i en del tilfeller være krav til at operatøren må stille med et større antall ferjer, da det gjerne er krav til to til fem ferjer per samband. Store kontrakter stiller større krav til tilbyderne av drift av ferjesamband både når det gjelder kapitaltilgang og kompetanse til å regne på anbud, enn tilfellet er for mindre kontrakter.
- (106) Etter Konkurransetilsynets oppfatning taler forskjellene i oppdragene om drift av ferjesamband for at det kan være et eget markedssegment for store kontrakter, som kan utgjøre et eget produktmarked.
- (107) Konkurransetilsynets undersøkelser viser at det ikke er alle rederiene som har virksomhet i alle deler av markedet, og at det er stor forskjell i hvilken grad de ulike rederiene er representert på de store kontraktene, jf. kapittel 6.5.1.2.1. Fjord1 er den største aktøren i denne delen av markedet og har en betydelig andel av de største kontraktene⁹⁸, og drifter også mange av de største sambandene.⁹⁹ Fjord1 eier også en vesentlig andel av de største ferjene.¹⁰⁰ Torghatten og Norled har også noe virksomhet innenfor store kontrakter og store samband¹⁰¹, mens Boreal ikke har virksomhet i denne delen av markedet.¹⁰²
- (108) I høringssvarene er det flere markedsaktører som fremhever at det finnes et eget segment for store samband.¹⁰³ Disse ferjesambandene kjennetegnes ved høy trafikkmengde, og dermed

⁹⁷ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 6, brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 11, brev fra Hordaland fylkeskommune 12. februar 2016, side 5 og brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar side 3.

⁹⁸ Fjord1 AS har seks av de ti største kontraktene, målt etter fraktede PBE på sambandene. E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015 (oppdatert versjon mottatt 12. februar 2016), bilag 7 og e-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2.

⁹⁹ Fjord1 AS drifter ■ av de 30 største sambandene, målt etter hvor mange personbilenheter (PBE) ferjene på sambandet har plass til. Brev fra Norled AS 24. februar 2016, bilag 2, brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 13, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 19, 27, 55 og 64 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5.

¹⁰⁰ Fjord1 AS eier 48,5 prosent av ferjene med kapasitet på eller over 120 PBE. Brev fra Norled AS 24. februar 2016, bilag 2, brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 13, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 19, 27, 55 og 64 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5.

¹⁰¹ Torghatten ASA har to av de ti største kontraktene, målt etter fraktede PBE på sambandene. Norled AS har to av de ti største kontraktene, målt etter fraktede PBE på sambandene. E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015 (oppdatert versjon mottatt 12. februar 2016), bilag 7 og e-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2. Torghatten ASA drifter videre ■ av de 30 største sambandene, målt etter hvor mange personbilenheter (PBE) ferjene på sambandet har plass til. Norled AS drifter ■ av de 30 største sambandene, målt etter hvor mange personbilenheter (PBE) ferjene på sambandet har plass til. Torghatten ASA eier også 33 prosent av ferjene med kapasitet på eller over 120 PBE. Den tilsvarende andelen for Norled AS er 18 prosent. Brev fra Norled AS 24. februar 2016, bilag 2, brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 13, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 19, 27, 55 og 64 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5.

¹⁰² Boreal Transport Nord AS drifter ■ av de 30 største sambandene, målt etter hvor mange personbilenheter (PBE) ferjene på sambandet har plass til. Boreal Transport Nord AS har ingen ferjer større enn ■ PBE. Brev fra Norled AS 24. februar 2016, bilag 2, brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 13, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 19, 27, 55 og 64 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5.

¹⁰³ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 9, brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 1 og brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 3.

også krav til flere og større fartøy. Definisjonen på hva som er en stor ferje varierer blant markedsaktørene, men anslagene ligger mellom 100-200 PBE^{104,105} Statens vegvesen er av den oppfatning at markedet for drift av ferjesamband kan deles opp i segmenter for små (20 PBE), mellomstore (70 PBE) og store (200 PBE) ferjer. Statens vegvesen åpner også for at det kan være egne segmenter for ulike typer farvann.¹⁰⁶

- (109) I tilsvaret anfører partene at markedet ikke kan segmenteres ytterligere. Det begrunnes med at det er tilbudssubstitusjon i markedet, og at rederiene kan kjøpe nye ferjer for å oppfylle oppdragsgivers krav.¹⁰⁷
- (110) Til dette vil Konkurransetilsynet bemerke at det fra et tilbudssideperspektiv må vurderes i hvilken grad et ferjerederi på kort sikt, og uten betydelige kostnader eller risiko, kan tilpasse sitt tilbud til å tilby drift av ferjesamband i et segment for store kontrakter. Som det framgår av avsnitt (98), er det kapitalkrevende å bygge en stor ferje eller flere små ferjer, og som nevnt kan det være krav til relativt mange ferjer i store kontrakter. Det er dermed mer krevende å ha virksomhet på store kontrakter, og stort kapitalbehov kan være med på å forklare hvorfor ikke samtlige aktører har virksomhet i alle segmenter av markedet.
- (111) Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det, basert på ovennevnte gjennomgang, en del momenter som taler for at markedet for drift av ferjesamband kan deles inn i et segment for store kontrakter. Tilsynet finner det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette, ettersom det ikke vil ha avgjørende betydning for konklusjonen i saken. Betydningen av en mulig ytterligere segmentering av markedet vil bli nærmere behandlet i konkurranseanalysen i kapittel 6.

5.2.1.3 Konklusjon

- (112) På bakgrunn av det ovennevnte legger Konkurransetilsynet til grunn at det relevante produktmarkedet er drift av ferjesamband.

5.3 Det relevante geografiske markedet

5.3.1 Innledning

- (113) Et relevant geografisk marked er et område hvor virksomheten ved salg eller etterspørsel av produkter og tjenester møter tilstrekkelig ensartede konkurransevilkår, og som kan holdes atskilt fra tilgrensede områder, særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellige.¹⁰⁸ Det relevante geografiske markedet avgrenses med utgangspunkt i etterspørernes substitusjonsmuligheter.
- (114) I EFTAs kunngjøring fremheves en rekke momenter som er relevante som vurderingsgrunnlag for avgrensningen av det geografiske markedet. Dette omfatter blant annet historiske opplysninger om kanalisering av ordrer til andre områder, grunnleggende særtrekk ved etterspørselen, synspunkter fra kunder og konkurrenter, aktuelt geografisk kjøpsmønster, handelsstrømmer/transportmønster og hindringer for og omkostninger ved kanalisering av bestillinger til foretak i andre områder.¹⁰⁹ Konkurransetilsynet har i hovedsak basert sine vurderinger av det relevante markedet på slik faktisk informasjon i denne saken.

5.3.2 Konkurransetilsynets vurdering av det relevante geografiske markedet for drift av ferjesamband

- (115) Statens vegvesen har, som det fremgår av avsnitt (67), ansvaret for riksvegene og fylkeskommunene har ansvaret for fylkesvegene. Siden drift av ferjesamband er en del av riks- og fylkesvegnettet er det også Statens vegvesen og fylkeskommunene som har ansvaret for anskaffelse av drift av ferjesamband. Statens vegvesen fungerer også som innkjøper av drift av

¹⁰⁴ PBE er en forkortelse for personbilenhet. Antall PBE måler hvor mange personbilenheter det er plass til om bord i en ferje.

¹⁰⁵ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 9, brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 1 og brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 3.

¹⁰⁶ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 3.

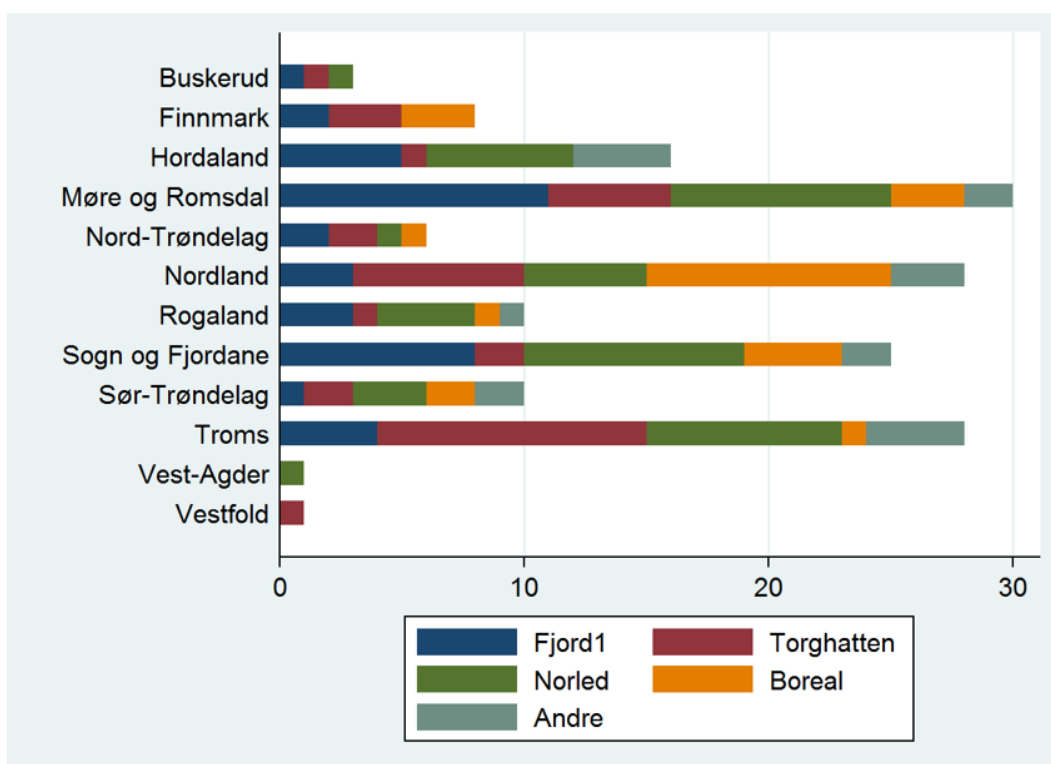
¹⁰⁷ Tilsvaret, side 19.

¹⁰⁸ EFTAs kunngjøring punkt 8.

¹⁰⁹ EFTAs kunngjøring punkt 44-50.

ferjesamband for rundt halvparten av fylkeskommunene med ferjedrift.¹¹⁰
Anbudskonkurranser for drift av ferjesamband lyses ut i Norge og internasjonalt.¹¹¹

- (116) Rederiene har geografiske tyngdepunkter for sin virksomhet. Virksomheten til Fjord1 og Norled er hovedsakelig på Vestlandet, mens Torghatten og Boreal har sin hovedvirksomhet i Nord-Norge.¹¹² Historisk sett har rederiene hatt en tilknytning til bestemte områder, og mønsteret med geografiske tyngdepunkter for rederienes virksomhet kan gjenspeile den geografiske tilhørigheten rederiene hadde til bestemte områder under rammetilskuddsordningen.
- (117) Figur 2 illustrerer at rederiene er mest aktive i de områdene hvor de har sitt geografiske tyngdepunkt.¹¹³ De fire største rederiene har imidlertid levert tilbud på kontrakter i de fleste fylkene i perioden 2004-2015. Fjord1, Torghatten og Norled har også vunnet kontrakter utenfor sitt tradisjonelle kjerneområde. Både Fjord1 og Norled har vunnet kontrakter i Nord-Norge, og Torghatten har vunnet kontrakter på Vestlandet. Boreal har deltatt i anbudskonkurranser, men har kun vunnet én kontrakt for en toårsperiode for et relativt lite samband utenfor Finnmark og Nordland.¹¹⁴



¹¹⁰ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 15.

¹¹¹ Meldingen side 14.

¹¹² E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015, bilag 5.

¹¹³ Figuren viser hvilke fylker de ulike rederiene har deltatt i anbudskonkurranser. Konkurransetilsynet har innhentet anbudsopplysninger, herunder konkurransegrunnlag, anskaffelsesprotokoll og tildelingsbrev fra ulike oppdragsgivere, og satt sammen anbudsopplysninger til et datasett. Det endelige datasettet består av informasjon fra Statens vegvesen Vegdirektoratet, Skyss, Finnmark fylkeskommune, AtB AS og Troms fylkeskommune, og dekker konkurranser utlyst i tidsperioden 2004 til og med januar 2016.

¹¹⁴ Boreal Transport Nord AS vant i 2015 anbudskonkurransen om å drive sambandet Brekstad-Valset i Sør-Trøndelag i perioden 01.01.2017 til 31.12.2018. Dette er et ferjesamband som har krav om en ferje med kapasitet på 50 PBE. Se <http://www.fosna-folket.no/nyheter/article11194626.ece>, 7. juli 2016, og http://www.fosna-folket.no/nyheter/2015/10/06/G%c3%a5r-for-to-50-PBE-ferjer-p%c3%a5-Brekstad-Valset-11652287.ece#cxrecs_s. Fjord1 og FosenNamsos Sjø har nylig vunnet anbudskonkurransen om å drifte henholdsvis Brekstad-Valset og Flakk-Rørvik i perioden 01.01.2019 til 31.12.2028, se <http://www.fosna-folket.no/nyheter/2016/07/01/Signerte-milliardkontrakt-om-ferjesambandene-12977274.ece?device=classic>, 7. juli 2016

Figur 2 Deltakelse i anbudskonkurranser 2004-2015 per aktør fordelt på fylke

(118) Det er i utgangspunktet ingen hindringer for at rederiene skal kunne by på kontrakter over hele landet. En ferje er mobil, og det er relativt lett å flytte en ferje til ulike deler av landet. Det er heller ikke begrensninger knyttet til tilgang til infrastruktur, da den i all hovedsak er eid av myndighetene, og stilles til disposisjon av oppdragsgiver.¹¹⁵

(119)  116
117
118

(120) Etter Konkurransetilsynets oppfatning tilsier ovennevnte at markedet for drift av ferjesamband er nasjonalt i utstrekning. Dette understøttes av tilsynets informasjonsinnhenting.

Oppdragsgiverne er generelt av den oppfatning at rederiene kan by på kontrakter over hele landet.¹¹⁹ Statens vegvesen forventer at markedet for drift av ferjesamband over tid vil utvikle seg til å bli mer og mer nasjonalt, og at det regionale fokuset vil bli mindre.¹²⁰ Norled og Boreal sin oppfatning er at markedet for drift av ferjesamband er nasjonalt.¹²¹

(121) Partene anfører at det snevrest mulige geografiske markedet er nasjonalt, men påpeker at det også er forhold som taler for at markedet kan være internasjonalt. Partene fremhever blant annet at kontraktene for drift av ferjesamband utlyses både nasjonalt og internasjonalt, at det er flere utenlandske aktører som må anses som potensielle konkurrenter, og at Statens vegvesen holder innlegg på internasjonale konferanser.¹²² Partene fastholder anførselene i tilsvaret, men har overfor Konkurransetilsynet ikke fremlagt noe ny informasjon på dette punktet.¹²³

(122) Konkurransetilsynet registrerer at det foreløpig ikke har vært noen utenlandske aktører som har deltatt i anbudskonkurranser i Norge. Ingen av innkjøperne som Konkurransetilsynet har vært i kontakt med, har fått tilbud fra utenlandske aktører. Det er heller ikke kommet frem opplysninger gjennom tilsynets informasjonsinnhenting som tilsier at det geografiske markedet har en internasjonal utstrekning. Tilsynet vil komme tilbake til en nærmere omtale av betydningen av internasjonale aktører i vurderingen av potensiell konkurranse i kapittel 6.5.1.5.

(123) Konkurransetilsynet har på bakgrunn av det ovennevnte kommet til at det relevante geografiske markedet er nasjonalt.

5.4 Konklusjon

(124) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at det relevante produktmarkedet er drift av ferjesamband. Tilsynet er av den oppfatning at det relevante produktmarkedet er nasjonalt i utstrekning.

¹¹⁵ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 13.

¹¹⁶ Brev fra Torghatten ASA 29. februar 2016, side 2, brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, side 7, brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 19 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 6.

¹¹⁷ Brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 5 og 7, brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 11.

¹¹⁸ 

¹¹⁹ Brev fra Troms fylkeskommune 4. mars 2016, side 4, brev fra AtB AS 22. februar 2016, side 2, brev fra Møre og Romsdal fylkeskommune 19. februar 2016, side 4, brev fra Finnmark fylkeskommune 15. februar 2016, side 2 og brev fra Ruter 23. februar 2016, side 9.

¹²⁰ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 5.

¹²¹ Brev fra Norled 24. februar 2016, side 17 og brev fra Boreal 24. februar 2016, side 6.

¹²² Meldingen side 14.

¹²³ Tilsvaret side 20.

6 Konkurransbegrensende virkninger

6.1 Innledning

- (125) Konkurransetilsynet skal forby foretakssammenslutninger som "vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål", jf. konkurranseloven § 16 første ledd, jf. § 1.
- (126) Dersom konkurransen er vesentlig begrenset allerede før foretakssammenslutningen, er det tilstrekkelig at foretakssammenslutningen vil forsterke den vesentlige konkurransbegrensningen. Det følger av forarbeidene til konkurranseloven at det i tilfeller hvor konkurransen allerede før foretakssammenslutningen er vesentlig begrenset, ikke stilles noen minimumskrav til hvor mye ervervet må forsterke denne begrensningen.
- (127) Ved en vesentlig begrenset konkurranse vil de involverte foretak kunne utøve markedsmakt. Med markedsmakt menes vanligvis en bedrifts evne til å kunne gjennomføre en varig og ikke ubetydelig prisøkning, uten at omsatt kvantum synker så mye at det blir ulønnsomt. En aktør med markedsmakt kan i større eller mindre grad opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og leverandører.
- (128) Markedsmakt kan komme til uttrykk gjennom høyere priser, eventuelt i kombinasjon med høyere kostnader, men kan også gi utslag i dårligere service, kvalitet og produktutvalg, og begrenset produktutvikling.
- (129) Utøvelse av markedsmakt innebærer en sløsing i samfunnsøkonomisk forstand, idet markedstilpasningen gir en samlet ressursbruk som er mindre effektiv enn den ville ha vært med virksom konkurranse. Markedsmakt kan utøves ensidig eller kollektivt.
- (130) Markedsandeler brukes til å beregne konsentrasjonen i de markedene der dette er hensiktsmessig. Konkurransetilsynet legger til grunn at høy markedskonsentrasjon normalt vil være en nødvendig, men ikke tilstrekkelig, betingelse for å fastslå at konkurransen er begrenset. Beskrivelsen av konsentrasjonen i markedet er derfor et utgangspunkt for en nærmere analyse av de konkurransemessige virkningene av foretakssammenslutningen.
- (131) Markedsandeler, eller andre mål på konsentrasjonen i markedet, vil ikke nødvendigvis reflektere konkurranseintensiteten mellom aktørene. Årsaken er at markedsandeler kan over- eller underestimere hvor nære konkurrenter aktørene i markedet er. I vurderingen av foretakssammenslutningens konkurransemessige virkninger, vil derfor Konkurransetilsynet også legge vekt på hvor nære konkurrenter partene er.
- (132) I tillegg til markedskonsentrasjon og konkurransenærhet vil ledig kapasitet, etableringshindringer, potensiell konkurranse og kjøpermakt kunne påvirke graden av konkurranseintensitet i et marked der aktørene er differensierte, og dermed aktørenes markedsmakt.

6.2 Betydningen av at partene får felleskontroll for Konkurransetilsynets materielle vurdering

6.2.1 Partenes anførsler

- (133) I tilsvaret anfører partene at Konkurransetilsynet feilaktig har bygget sine vurderinger på at foretakssammenslutningen innebærer en full sammenslåing (fusjon) av Fjord1 og Torghatten Sjø. Videre anføres at erverv av felleskontroll verken rettslig eller økonomisk kan sammenlignes med de virkninger som kan oppstå ved en fusjon.¹²⁴
- (134) Partene opprettholder sin anførsel om at erverv av felleskontroll innebærer at Konkurransetilsynet ikke kan legge til grunn det alminnelige vurderingstema for horisontale foretakssammenslutninger i vurderingen av transaksjonen.¹²⁵
- (135) I tilsvaret understreker partene at Konkurransetilsynet først må vurdere om [REDACTED] fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, jf.

¹²⁴ Tilsvaret side 5.

¹²⁵ Tilsvaret side 14.

konkurranseloven § 16 første ledd. I den forbindelse anfører partene at tilsynet må gjøre en konkret vurdering av Torghattens muligheter til å påvirke markedsatferden til Fjord1, og deretter sannsynliggjøre at denne innflytelsen begrenser konkurransen vesentlig.¹²⁶

- (136) Partene presenterer en rekke argumenter for at Torghatten gjennom ervervet av felleskontroll i F1 Holding ikke vil ha mulighet til å påvirke markedsatferden til Fjord1. Når det gjelder Torghattens mulighet til å blokkere beslutninger i F1 Holding argumenteres det i tilsvaret for at denne muligheten ikke vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. Blant annet anfører partene at [REDACTED]¹²⁷.
- (137) Partene anfører at en eventuell begrensning av konkurransen må skje gjennom ensidig markedstilpasning. Relevant vurderingstema blir da, ifølge partene, å vurdere Torghatten og Fjord1 sine respektive insentiv til å opptre mindre aggressivt i markedet, og om dette vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen. I den sammenheng anfører partene, ved Oslo Economics, at det relevante vurderingstema dermed blir i hvilken grad Torghatten ensidig har insentiv til å opptre mindre aggressivt i det relevante markedet gitt at de får en eierandel på 29,5 prosent i Fjord1 som følge av ervervet av felleskontroll i F1 Holding.¹²⁸
- (138) I tilsvaret anfører partene at Konkurransetilsynet i tillegg må vurdere om ervervet av felleskontroll i F1 Holding kan føre til samordning mellom eierne, eller eierne og fellesforetaket, jf. konkurranseloven § 16 femte ledd.¹²⁹ Partene gjør gjeldende at foretakssammenslutningen ikke vil bidra til å koordinere atferden til Torghatten og Fjord1.¹³⁰ I tilknytning til denne anførselen anfører partene blant annet at Aksjonæravtalen, Eierstyringsrutiner samt Konfidensialitetserklæring for Torghattens styremedlemmer i F1 Holding og Fjord1, etablerer mekanismer som motvirker koordinering mellom Torghatten Sjø og Fjord1.¹³¹ I tilknytning til dette argumentet viser partene til Kommisjonspraksis¹³², der det på bakgrunn av blant annet konfidensialitetsforpliktelser ble vurdert at det ikke var risiko for koordinering selv om opprettelsen av fellesforetaket ville øke informasjonsflyten mellom eierne.¹³³
- (139) Partene gjør videre gjeldende at F1 Holding, Fjord1 og Torghatten er uavhengige foretak. Samarbeid mellom foretak som ikke inngår i samme økonomiske enhet er omfattet av forbudet i konkurranseloven § 10.¹³⁴

6.2.2 Konkurransetilsynets vurdering

- (140) Det følger som nevnt av konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b at det foreligger en foretakssammenslutning dersom ett eller flere foretak direkte eller indirekte, helt eller delvis, varig overtar kontrollen over ett eller flere andre foretak.
- (141) Det fremgår av konkurranseloven § 17 tredje ledd at kontroll oppnås gjennom rettigheter, avtaler eller andre midler som enkeltvis eller sammen, de faktiske eller juridiske forhold tatt i betraktning, gir mulighet til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet. Ifølge EU-Kommisjonens jurisdiksjonsmeddelelse¹³⁵ avsnitt 54 og 62 menes det med avgjørende innflytelse normalt mulighet for å blokkere for disposisjoner som er bestemmende for et foretaks kommersielle strategiske atferd.

¹²⁶ Tilsvaret side 14.

¹²⁷ Tilsvaret side 15.

¹²⁸ Tilsvarets vedlegg 1, side 22-29.

¹²⁹ Tilsvaret side 14-15.

¹³⁰ Tilsvaret side 16-18.

¹³¹ Tilsvaret side 16-18.

¹³² COMP/M.3101 Accor/Hilton/Six Continents/JV.

¹³³ Tilsvaret side 18 og brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS 11. mars 2016, side 3.

¹³⁴ Tilsvaret side 11-12.

¹³⁵ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01).

- (142) I henhold til aksjekjøpsavtale datert 28. november 2015 skal Torghatten erverve 50 prosent av aksjene i F1 Holding fra SFJ. F1 Holding eier 59 prosent i Fjord1, jf. kapittel 1.1.
- (143) Partene vil som følge av transaksjonen eie 50 prosent hver av aksjene i F1 Holding, som igjen innehar aksjemajoriteten i Fjord1. Det fremgår av Aksjonæravtalen mellom partene at styret i F1 Holding skal bestå av [REDACTED], hvorav [REDACTED], jf. Aksjonæravtalen punkt 6.2 og 6.4. [REDACTED], jf. Aksjonæravtalen punkt 6.9 og 6.5.
- (144) Partene eier gjennom F1 Holding et flertall av aksjene i Fjord1 og har følgelig mulighet til å blokkere strategiske beslutninger i foretaket. Det fremgår av Aksjonæravtalen punkt 9.2 at [REDACTED]. Det fremgår av Aksjonæravtalen punkt 9.3 [REDACTED]. Konkurransetilsynet finner ikke å kunne legge vekt på anførselen om at [REDACTED].¹³⁶ En slik forståelse er ikke i samsvar med Aksjonæravtalen punkt 9.3, og uansett er det etter konkurranseloven § 17 tredje ledd "muligheten" til å utøve avgjørende innflytelse over et foretaks virksomhet som er avgjørende for om det foreligger kontroll. Tilsvarende følger av EU-Kommisjonens jurisdiksjonsmeddelelse avsnitt 16, samt at det også fremgår at det ikke kreves at det godgjøres at avgjørende innflytelse faktisk utøves.
- (145) Det er videre etter Konkurransetilsynets oppfatning uten betydning for vurderingen på hvilket ledd transaksjonen skjer, da det følger av konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b at det foreligger en foretakssammenslutning dersom ett eller flere foretak "direkte eller indirekte", varig overtar kontrollen over ett eller flere andre foretak. Det følger videre av EU-Kommisjonens jurisdiksjonsmeddelelse avsnitt 75, at felleskontroll kan utøves ved å samordne felles utøvelse av stemmerettighetene gjennom et holdingselskap som kontrolleres i fellesskap.
- (146) Etter Konkurransetilsynets vurdering medfører transaksjonen således en varig endring i kontrollforholdene i henhold til konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b. Avtalemekanismene som partene har oppstilt gjennom Aksjonæravtalen, Konfidensialitetserklæring og Eierstyringsrutiner endrer etter tilsynets vurdering ikke muligheten for partene til å utøve avgjørende innflytelse over Fjord1. Dette synes heller ikke å være bestridt av partene.¹³⁷ Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at ervervet innebærer at Torghatten og SFJ på varig basis oppnår felleskontroll i F1 Holding, og at F1 Holding har enekontroll i Fjord1, jf. kapittel 3.2.2. Dette legges også til grunn av partene.¹³⁸
- (147) Konkurransetilsynet er videre av den oppfatning at de avtalemekanismer partene har oppstilt ikke vil motvirke de konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen vil kunne medføre. Dette da det vil være en presumsjon for at den enkelte parts utpekte styremedlemmer vil følge aksjonærens interesser.¹³⁹ Presumsjonen vil etter Konkurransetilsynets vurdering også gjelde for styremedlemmer uten ansettelsesforhold i eierforetaket, idet det er eierne som også utpeker slike styremedlemmer. Partene anfører at aksjeloven § 6-28 første ledd motvirker en tenkt prioritering av interessene til den enkeltaksjonæren man er nominert av. Tilsynet er av den oppfatning at nevnte bestemmelse som regulerer misbruk av posisjon i selskap ikke er tilstrekkelig til å motvirke de eventuelle konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen vil kunne medføre.
- (148) Partene anfører at Konkurransetilsynet legger til grunn feil vurderingstema ved vurderingen av overtakelse av felleskontroll, ved å ikke vurdere hvilke muligheter og incentiver Torghatten har til å påvirke Fjord1 sin markedsmessige atferd og dernest sannsynliggjøre at denne innflytelsen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen.

¹³⁶ Tilsvaret kapittel 5.3.

¹³⁷ Jf. tilsvaret kapittel 4.1.

¹³⁸ Jf. meldingen kapittel 4 og tilsvaret kapittel 4.1.

¹³⁹ Jf. COMP/M.2650- Haniel/Cementbouw/JV (CVK) avsnitt 17, flg., T-282/02 Cementbouw Handel & Industrie BV avsnitt 74 og 79.

- (149) Konkurransetilsynet er imidlertid av den oppfatning at ved overtakelse av felleskontroll skal det alminnelige vurderingstema for horisontale foretakssammenslutninger legges til grunn under konkurransebegrensningskriteriet, jf. konkurranseloven § 16 første ledd, jf. § 17 første ledd bokstav b. De nevnte bestemmelsene skiller ikke mellom behandlingen av transaksjoner som innebærer overtakelse av henholdsvis enekontroll og felleskontroll. Det samme følger av fusjonsforordningen jf. artikkel 2 punkt 1-3 og artikkel 3 punkt 1 bokstav b. Tilsvarende er lagt til grunn i EU-praksis, jf. COMP/M.2650 – Haniel/CementbowCementbouw¹⁴⁰, og Underrettens avgjørelse i samme sak T-282/02.¹⁴¹
- (150) Dette underbygges også ved at det i konkurranseloven § 16 femte ledd og § 16 a er gitt særregler for behandlingen av henholdsvis fullfunksjons fellesforetak og minoritetsserverv. Sammenhengen i regelverket taler følgelig for at overtakelse av felleskontroll og enekontroll behandles annerledes enn de nevnte særregler. På bakgrunn av det ovennevnte avviser Konkurransetilsynet partenes anførsel på dette punkt.
- (151) Det fremgår av meldingen at transaksjonen er meldt som en overtakelse av felleskontroll¹⁴², jf. konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b. I etterfølgende korrespondanse og kontakt har partene anført at reglene om fullfunksjons fellesforetak og minoritetsserverv må gis analogisk anvendelse. I tilsvaret anfører imidlertid partene at F1 Holding/Fjord1 under enhver omstendighet oppfyller alle kriteriene som stilles til et fullfunksjons fellesforetak.¹⁴³
- (152) Konkurranseloven § 16 femte ledd er etter Konkurransetilsynets oppfatning en særregel som kommer til anvendelse på fullfunksjons fellesforetak som en tilleggstest. Dette følger av forarbeidene, jf. Prop. 75 L (2012-2013)¹⁴⁴ Partene har ikke meldt den foreliggende transaksjon som et fullfunksjons fellesforetak etter konkurranseloven § 17 annet ledd, og partene har ikke i senere korrespondanse eller i tilsvaret dokumentert at vilkårene for etablering av et fullfunksjons fellesforetak er oppfylt. Etter tilsynets vurdering er vilkårene som følger av konkurranseloven § 17 annet ledd og Kommisjonens jurisdiksjonsmeddelelse avsnitt 91 flg. ikke oppfylt for de aktuelle selskapene, og konkurranseloven § 16 femte ledd kommer derfor ikke til anvendelse i foreliggende sak. Av dette følger det videre etter tilsynets vurdering at den praksis partene anfører til støtte for sitt syn har begrenset overføringsverdi, da samtlige avgjørelser omhandler fullfunksjons fellesforetak.
- (153) Konkurransetilsynet finner på bakgrunn av det ovennevnte ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om Fjord1 og F1 Holding inngår i samme økonomiske enhet som Torghatten, eller om konkurranseloven § 10 kommer til anvendelse i forbindelse med behandlingen av den foreliggende sak.
- (154) Konkurransetilsynet legger således til grunn at man under konkurransebegrensningskriteriet skal legge det alminnelige vurderingstema for horisontale foretakssammenslutninger til grunn, jf. konkurranseloven § 16 første ledd jf. § 17 første ledd bokstav b. Videre legger Konkurransetilsynet til grunn at det i denne konkrete saken ikke skal gjøres en vurdering av risiko for samordning etter konkurranseloven § 16 femte ledd.

6.3 Alternativsituasjonen

- (155) I vilkåret om at foretakssammenslutningen må "føre til eller forsterke" en vesentlig konkurransebegrensning ligger det et krav om årsakssammenheng mellom foretakssammenslutningen og konkurransebegrensningen. Det er altså foretakssammenslutningen som må være årsaken til at den vesentlige begrensningen av konkurransen oppstår eller forsterkes.¹⁴⁵
- (156) Kravet til årsakssammenheng innebærer at Konkurransetilsynet må sammenligne konkurransesituasjonen som vil oppstå dersom foretakssammenslutningen gjennomføres, med

¹⁴⁰ Avvsnitt 86 flg. særlig avsnitt 108 og 124.

¹⁴¹ Avsnitt 194 flg. særlig avsnitt 250.

¹⁴² Jf. meldingen kapittel 4.3.

¹⁴³ Tilsvaret kapittel 4.2.1.

¹⁴⁴ Prop. 75 L (2012-2013) Endringer i konkurranseloven, side 116-117 og 144-145.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 6 (2003-2004), side 229 første spalte.

anbudskonkurranser.¹⁵¹ Når det gjelder ressurser til forberedelser fra tildeling til oppstart, er dette spesielt relevant ved nybygg av fartøy.¹⁵²

- (163) Geografisk beliggenhet for et nytt samband i forhold til en aktørs eksisterende samband kan også ha betydning for en aktørs vurdering knyttet til deltakelse i anbudskonkurranser. Aktørene kan hente ut synergier særlig med hensyn til reservefartøy og disponering av mannskap dersom samband ligger i nærheten av hverandre.¹⁵³
- (164) Konkurransetilsynet legger etter dette til grunn at tilbyderne i markedet for drift av ferjesamband er differensierte. De ovenfor nevnte parameterne har også betydning for hvor og i hvilken grad tilbyderne i markedet utøver konkurransepress på hverandre.
- (165) Partene, ved Oslo Economics, anfører i tilsvaret at Konkurransetilsynet ikke har drøftet eksplisitt hvorvidt produktene i markedet faktisk er differensierte eller homogene, og at dette har betydning for konkurransen. Anførselen underbygges med at kun fem av 63 anbudskonkurranser er vunnet med et tilbud som ikke er laveste pris. Partene anfører at det dermed er rimelig å konkludere med at produktene, sett fra kjøpers perspektiv er homogene, slik at kjøper velger det rimeligste tilbudet, gitt at kravene i konkurransegrunnlaget oppfylles.¹⁵⁴
- (166) Som det fremgår ovenfor er det flere forhold som peker i retning av at tilbyderne i markedet er differensierte. Rederiene er differensierte mht. hvor godt egnet de er til å inngi tilbud i den enkelte konkurranse. Rederienes kostnader vil dermed kunne være forskjellige i en og samme konkurranse, og vil også kunne variere mellom ulike konkurranser. Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil det for de konkurransemessige implikasjonene være tilstrekkelig å fastslå at tilbyderne er differensierte. Dette understøttes også av OECD, som viser til at analysemetodikken for differensierte produkter også vil være gjeldende for homogene produkter hvor det er kostnadsforskjeller mellom tilbyderne.¹⁵⁵
- (167) Selv om Konkurransetilsynet er av den oppfatning at det er tilstrekkelig at tilbyderne er differensierte, har tilsynet likevel gjort en vurdering av om produktene kan karakteriseres som differensierte. Siden tilbyderne er differensierte, vil også de tjenestene som tilbys oppdragsgiverne normalt være differensierte. Drift av ferjesamband kan gjennomføres på ulike måter og med ulikt materiell. Graden av differensiering mellom tilbudene i en og samme anbudskonkurranse vil blant annet avhenge av konkurransegrunnlagets utforming, og i hvilken grad dette gir aktørene mulighet til å definere innholdet i tilbudet som inngis. Oppdragsgiverne vil ha ulike behov knyttet til ferjetjenestene som etterspørres, avhengig av forhold som ferjestrekning, passasjergrunnlag, ønsket kvalitet og fremdriftsteknologi. I tilbudet vil for eksempel pris, kvalitet og tilbudets omfang inngå. Det vil si at når aktørene leverer et tilbud på drift av et samband vil valg av fartøy, drivstoff og servicegrad kunne variere mellom tilbyderne.¹⁵⁶
- (168) Ved utlysning av drift av ferjesamband medfølger det i konkurransegrunnlaget en kravspesifikasjon som formidler oppdragsgivers spesifisering av tjenesten som ønskes utført. Kravspesifikasjonene i ferjeandbudene er i dag hovedsakelig funksjonskrav, med detaljerte krav

¹⁵¹ Se blant

og

¹⁵² Se blant annet

¹⁵³ Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 1. mars 2016, side 2, brev fra Norled AS 24. februar 2016 side 20 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 6.

¹⁵⁴ Tilsvarets vedlegg 1, side 7-8.

¹⁵⁵ OECD (2006), *Policy Roundtables – Competition in Bidding Markets*, side 8.

¹⁵⁶ Som ett eksempel, mottok Statens vegvesen Vegdirektoratet tre tilbud fra Fjord1 AS i anbudskonkurransen på riksvegferjesambandet Flakk-Rørvik for perioden 2011-2018. I de tre tilbudene var det oppgitt ulike valg av materiell (enten nybygg eller ombygging av eksisterende materiell), og med ulike priser. Kilde: Brev fra Fjord1 MRF AS til Statens vegvesen Region midt, 22. november 2007, *Tilbud på drift av sambandet Flakk-Rørvik – forpliktende tilbudsbevis*.

på utvalgte områder. Disse kravene vil kunne variere mellom ulike oppdragsgivere og ulike ferjesamband. Eksempelvis settes det krav til ferjemateriellets kapasitet med hensyn til mengde, miljøkrav og universell utforming.¹⁵⁷ Dette muliggjør for aktørene å tilby ulike løsninger så lenge funksjonskravene tilfredsstilles. Med eksempelvis miljøkrav utformet som krav til maksimale utslipp, vil rederiene kunne levere tilbud med forskjellige valg av fremdriftsteknologi. Reservefartøyløsningene er også med på å skille tilbudene fra hverandre, da det normalt er færre krav til slike fartøy enn til hovedfartøyene.

- (169) Videre skjer tildeling av kontrakter på grunnlag av "det økonomiske mest fordelaktige tilbudet" i flertallet av konkurransene på riksvegferjesamband.¹⁵⁸ Andre kriterier enn pris kan således vurderes.¹⁵⁹ Statens vegvesen viser til at andre kriterier enn pris, herunder blant annet miljø, vurderes ved tildeling av kontrakter i deres konkurranser. Også AtB og Skyss har vurdert henholdsvis kvalitet og miljø i konkurransene som de nylig har utlyst.¹⁶⁰ At tilbud som ikke har hatt laveste pris har vunnet kontrakter, underbygger etter Konkurransetilsynets oppfatning at det i praksis også tas hensyn til andre forhold enn kun pris. I enkelte konkurranser er det også eksempler på at ett og samme rederi inngir flere tilbud i den samme konkurransen.¹⁶¹
- (170) På bakgrunn av det ovennevnte vil tjenestene som tilbys fremstå som differensierte for oppdragsgiverne. Oppdragsgiverne har ulike behov som skal dekkes i de ulike anbudskonkurransene, og gjennom anbudsutlysningen vil de kunne vektlegge forhold som kvalitet, fremdriftsteknologi, fartøystørrelse og pris i ulik grad. Konkurransetilsynet vurderer på denne bakgrunn produktene i det relevante markedet til å være differensierte.

6.4.2 Anbudsmarked

- (171) Ved anskaffelser av drift av ferjesamband fastsettes prisene gjennom anbudskonkurranser, jf. kapittel 4.2.1. Pristilbudet er lik tilskuddet driftsoperatøren som vinner kontrakten krever for å drifte et gitt ferjesamband i avtaleperioden. Anskaffelsesprosedyren som benyttes er i all hovedsak åpen anbudskonkurranse¹⁶² med første pris, lukket bud-auksjoner. Vinneren av anbudskonkurransen får enerett på å drifte de respektive sambandene i kontraktsperioden, og tildeles således hele volumet i den enkelte kontrakten.
- (172) Partene anfører at transaksjonen omhandler et anbudsmarked, og at markedsandeler derfor er en dårlig indikator for markedsrett. Dette har etter partenes oppfatning konsekvenser for den konkurranserettslige vurderingen av transaksjonen, herunder at antall aktører som inngir tilbud på en kontrakt ikke alene gir uttrykk for hvor godt konkurransen fungerer i markedet, men at forventningen om konkurranse er avgjørende. Partene anfører at man i et anbudsmarked kan oppnå virksom konkurranse selv med få aktører som konkurrerer med hverandre, og i ytterkant kan man ha virksom konkurranse hvor det kun er én aktør som på et tidspunkt har 100 prosent markedsandel.¹⁶⁴
- (173) Partene vurderer "*markedet for ferge- og hurtigbåttjenester [til å være] tilnærmet et perfekt anbudsmarked*".¹⁶⁵ Vurderingen som ligger til grunn er at hver kontrakt har stor verdi for den enkelte operatør, at rederienes konkurranseevne i liten grad er avhengig av utfallet i tidligere anbudskonkurranser, og at det er gode etableringsmuligheter. I tilsvaret fastholder partene

¹⁵⁷ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – hovedfunn fra premissanalysene*, 1. februar 2016, side 7.

¹⁵⁸ Telefonmøte med Statens vegvesen Vegdirektoratet 24. juni 2016.

¹⁵⁹ Se forskrift 7. april 2016 nr. 402 om offentlige anskaffelser, § 22-2.

¹⁶⁰ Telefonmøte med Statens vegvesen Vegdirektoratet 24. juni 2016.

¹⁶¹ For eksempel Flakk-Rørvik (01.01.2011-31.12.2018) og Midtre-Sunnmøre (01.01.2011-31.12.2018)

¹⁶² Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, § 4-2 og § 5-1. Det følger av forskriften at en åpen anbudskonkurranse er en "[...] anskaffelsesprosedyre som tillater alle interesserte leverandører å gi tilbud, men som ikke tillater forhandling, [...]". Se også <https://www.anskaffelser.no/anskaffelsesfaglige-temaer/anskaffelsesprosedyrer/anbudskonkurranse-åpen-og-begrenset>, 7. juli 2016.

¹⁶³ Se meldingen side 13, og blant annet brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016, side 4.

¹⁶⁴ Brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016, side 5.

¹⁶⁵ Brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016, side 6.

disse vurderingene, samt konklusjonen om at de markedsspesifikke forholdene tilsier at transaksjonen ikke har noen negative konkurransemessige virkninger.¹⁶⁶

- (174) Konkurransetilsynet vil i det følgende gjennomgå de mest sentrale kriteriene i gjeldende sak for å vurdere hvorvidt markedet for drift av ferjesamband kan karakteriseres som et såkalt "perfekt anbudsmarked".

6.4.2.1 Nærmere om anbudsmarkedet i markedet for drift av ferjesamband

- (175) I såkalte "perfekte anbudsmarkeder" kan det være sterk konkurranse selv med få aktører i markedet. Økonomisk teori stiller imidlertid strenge krav til hva som kan kategoriseres som et perfekt anbudsmarked: i) Prissettingen foregår gjennom en budprosess, ii) vinneren tildeles hele kontrakten, iii) kontraktene utgjør en større andel av et selskaps totale omsetning i anbudsperioden, iv) anbudskonkurransene starter på nytt ved hver utlysning slik at aktøren som vant kontrakten i forrige runde ikke har noen fordeler i neste konkurranse, og v) at det er lave etableringsbarrierer. Det er videre forutsetninger om at det ikke foreligger kapasitetsbegrensninger hos aktørene, at marginalkostnaden er konstant, samt at aktørene er identiske eller veldig like.^{167, 168}
- (176) Som det fremgår av kapittel 4.2.1, foregår prissettingen i markedet for drift av ferjesamband hovedsakelig gjennom åpne anbudskonkurranser hvor vinneren tildeles eneretten til å drifte de aktuelle sambandene. Aktørene leverer lukkede bud, og prisen er lik tilbudet til selskapet som vinner. Denne auksjonsformen omtales innen økonomisk litteratur vanligvis som første pris, lukket bud-auksjon.¹⁶⁹
- (177) Partene har i tilsvaret anført at Konkurransetilsynets analyse av kontraktens størrelse i forhold til aktørenes totale omsetning, er "svært enkel og overordnet".¹⁷⁰ I den forbindelse viser partene til at hvert samband i gjennomsnitt innbrakte 40 millioner kroner til de største rederiene i 2014. Videre vises det til at kontraktene er langvarige med et gjennomsnitt på syv år, og at verdien av å vinne en gjennomsnittlig kontrakt på et gjennomsnittlig samband i 2014 utgjorde 280 millioner kroner, samt at verdien på de største sambandene utgjorde en betydelig andel av omsetningen i markedet. Partene er således av den oppfatning at Klemperer sitt kriterium om at hver kontrakt må ha en signifikant verdi er oppfylt.¹⁷¹
- (178) Til dette bemerker Konkurransetilsynet at tilsynets undersøkelser viser at markedet for drift av ferjesamband består av mange enkeltkontrakter av varierende størrelse. Som Figur 3 illustrerer, utgjør majoriteten av kontraktene hver for seg kun en liten andel av samlet produksjon. Ved å benytte en slik gjennomsnittstilnærming som partene gjør, overvurderes kontraktsverdiene generelt, ettersom det finnes tre-fire svært store kontrakter i markedet som trekker gjennomsnittsverdien opp. De tre største kontraktene utgjør ca. 40 prosent av samlet omsetning.¹⁷²
- (179) For mindre, lokale aktører, kan enkeltkontrakter utgjøre hele eller en stor andel av aktørens totale omsetning i anbudsperioden.¹⁷³ Når det gjelder de fire største aktørene i markedet, har de imidlertid en portefølje bestående av mange enkeltkontrakter, slik at hver enkeltkontrakt ikke har avgjørende betydning for disse selskapene. Konkurransetilsynets undersøkelser viser

¹⁶⁶ Tilsvaret side 24.

¹⁶⁷ Se for eksempel P. Klemperer (2005), "*Bidding Markets*", Occasional Paper No. 1, UK Competition Commission, punkt. 2.1, hvor kumulative vilkår for at det skal være et perfekt anbudsmarked fremgår.

¹⁶⁸ Se for eksempel Office of Fair Trading (2007), "*Markets with bidding processes*", Economic discussion paper.

¹⁶⁹ Se også fotnote 14 i kapittel 1.2 for nærmere forklaring av denne auksjonsformen.

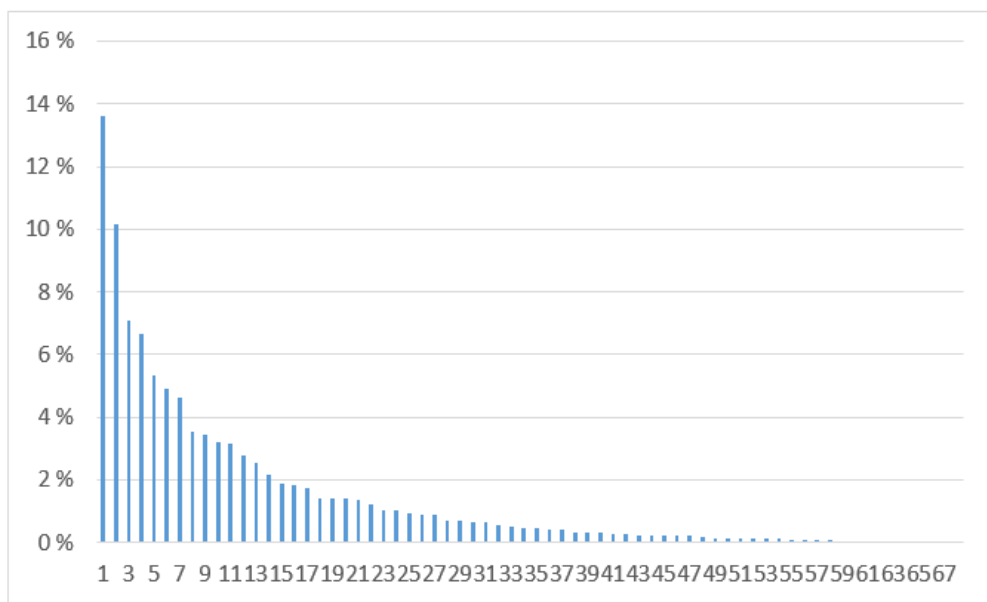
¹⁷⁰ Tilsvaret side 21.

¹⁷¹ Partene, ved Oslo Economics, har i sin vurdering lagt til grunn en gjennomsnittsbetraktning av kontraktsverdi i en kontraktsperiode. Denne gjennomsnittsverdien er basert på gjennomsnittlig kontraktsverdi for alle kontrakter i partenes anbudsdata multiplisert med gjennomsnittlig varighet på kontraktene, se tilsvaret side 21.

¹⁷² Referat fra videokonferanse med Statens vegvesen Vegdirektoratet 8. april 2016, side 1.

¹⁷³ I brev fra GulenSkyss AS22. februar 2016, side 1, fremgår det at selskapets omsetning for årene 2013-2015 baserer seg på drift av fire samband til sjøs – to hurtigbåtsamband, ett ferjesamband hvor GulenSkyss AS er kontraktspart mot oppdragsgiver, og ett ferjesamband hvor GulenSkyss AS er underleverandør for Wergeland AS.

at selskapene ikke deltar i enhver anbudskonkurranse som arrangeres i det relevante markedet, men selektivt velger kontrakter.¹⁷⁴ En slik strategi er etter tilsynets vurdering ikke forenelig med at hver kontrakt er av en slik størrelse at de kan sies å utgjøre en større andel av et selskaps totale omsetning i anbudsperioden.



Figur 3 Enkeltkontraktens andel av samlet produksjon målt i PBE¹⁷⁵

- (180) Når det gjelder hvorvidt det er en fordel i neste konkurranse å være eksisterende operatør på et samband, er det etter Konkurransetilsynets oppfatning mye som tyder på at en slik fordel eksisterer. Dette understøttes av tilsynets informasjonsinnhenting.¹⁷⁶ I svarbrevet fra Statens vegvesen fremgår det at ca. 2/3 av anbudene vinnes av eksisterende operatør, og Statens vegvesen anfører videre at "... eksisterende operatør og til en viss grad andre operatører med lokalkunnskap [...] vil stille noe sterkere enn tilbydere uten slik kunnskap."¹⁷⁷ Fra [redacted] [redacted]¹⁷⁸
- (181) Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det heller ikke grunnlag for å si at det er lave etableringshindringer i markedet for drift av ferjesamband. Som det fremgår av kapittel 6.5.1.4 nedenfor, finner Konkurransetilsynet tvert imot at etableringshindringene er betydelige.
- (182) Det fremgår av Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting at det i det relevante markedet er begrensninger i kapasitet når det gjelder tilgjengelighet av eksisterende fartøy, samt mulighet til å inngi tilbud i anbudskonkurranser som følge av administrative begrensninger og tilgang på kapital.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Se blant annet [redacted] og [redacted], [redacted]

¹⁷⁵ Konkurransetilsynet har mottatt en oversikt over 118 ferjesamband som rapporterte trafikkstatistikk til Fergedatabanken for 2015. Det er noen få fylkesvegferjesamband som ikke rapporterer trafikkstatistikk til Fergedatabanken. Disse 118 sambandene utgjør 68 kontrakter. Kilde: E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2 og e-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015 (oppdatert versjon mottatt 12. februar 2016), bilag 7.

¹⁷⁶ Se blant annet brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 5 og brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, side 6.

¹⁷⁷ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 5.

¹⁷⁸ Brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, side 6.

¹⁷⁹ Se blant annet [redacted] og [redacted]

- (183) Muligheter for tilgang til kapital er spesielt relevant når det er mange parallelle anbudsprosesser og det kreves omfattende nyinvesteringer. Dette understøttes av [REDACTED] ¹⁸⁰
- (184) I en rapport utarbeidet på oppdrag fra Klima- og miljødepartementet fremgår det at inntil 70 av 119 ferjesamband skal lyses ut og settes i drift innen 2020, og det pekes på utfordringer for konkurransen knyttet til en opphoping av tilbud.¹⁸¹ Selskapenes begrensninger i kapasitet vil ha innvirkning på hvilke og hvor mange aktører som deltar i de ulike konkurransene fremover. Konkurransetilsynets vurdering er derfor at det foreligger kapasitetsbegrensninger i det relevante markedet.
- (185) Konkurransetilsynet finner etter dette at flere av kriteriene som økonomisk teori oppstiller for et "perfekt tilbudsmarked" ikke er tilfredsstillende. Etter tilsynets vurdering kan markedet for drift av ferjesamband således ikke kategoriseres som et "perfekt tilbudsmarked" slik partene anfører¹⁸², og enhver reduksjon av et relativt begrenset antall tilbydere i markedet vil derfor kunne redusere konkurransen og ha en negativ effekt på priser og kvalitet overfor kundene.¹⁸³
- 6.4.2.2 Effekter av foretakssammenslutninger ved åpen anbudskonkurranse
- (186) Den faktiske anskaffelsesprosedyren som benyttes i en anbudskonkurranse, vil kunne påvirke i hvilken grad en foretakssammenslutning gir en konkurransebegrensende virkning.¹⁸⁴ Som det fremgår av kapittel 4 og kapittel 6.4.2 organiseres anskaffelse av drift av ferjesamband i all hovedsak ved bruk av åpne anbudskonkurranser¹⁸⁵ med første pris, lukket bud-auksjoner, jf. avsnitt (176). Det er ikke anledning til å forhandle ved denne typen anskaffelsesprosedyre, og vinneren av anbudskonkurransen får betalt den summen selskapet innga i tilbudet.
- (187) I anbudskonkurransene vet ikke aktørene med sikkerhet hvilke andre aktører som vil gi tilbud og hvordan disse vil utforme sine tilbud. Aktørene vet heller ikke med sikkerhet hvordan aktørene vil rangeres i de ulike anbudskonkurransene. Med andre ord har en aktør imperfekt informasjon om de andre aktørene.¹⁸⁶
- (188) I tilsvaret peker partene på at Konkurransetilsynet legger til grunn at transaksjonens virkninger skal analyseres som en åpen anbudskonkurranse, men anfører at tilsynets metodevalg ikke er begrunnet nærmere i faktum. Videre anfører partene at Konkurransetilsynet bør vurdere konkurranseskaden som ville oppstått dersom anskaffelsesprosedyren hadde vært med forhandlinger, noe som vil tilsvare en engelsk auksjon. Partene anfører også at det bør legges til grunn homogene produkter og at selskapene har relativt god informasjon om hverandres atferd i anbudskonkurransene.¹⁸⁷
- (189) Til dette vil Konkurransetilsynet vise til at anskaffelsene i all hovedsak organiseres ved bruk av åpne anbudskonkurranser med første pris, lukket bud-auksjoner. Videre, så er det flere forhold som peker i retning av at tilbyderne er differensierte og at produktene oppfattes som differensierte av oppdragsgiverne, jf. kapittel 6.4.1. Endelig, så er det slik at selskapene ikke deltar i alle anbudskonkurranser, jf. kapittel 6.5.1.2.2. Dette tilsier at det er en viss usikkerhet om hvem og hvor mange selskaper som vil delta i en gitt anbudskonkurranse. Samlet sett

¹⁸⁰ [REDACTED]

¹⁸¹ DNV-GL (2016), *Miljøvennlige ferjer – Realisering av null- og lavutslippsløsninger i anbudsprosesser for ferjesamband – Klima- og miljødepartementet, Rapportnr. 2016-0119, rev. 0*", side 4 og side 11.

¹⁸² Ettersom flere av kriteriene ikke er oppfylt, er man i henhold til Klemperer "quickly back into the familiar world of problems of dominance and unilateral and coordinated effects" som gjør seg gjeldende i markeder med differensierte produkter og hvor det konkurreres på pris. P. Klemperer (2005), *Bidding Markets*, Occasional Paper No. 1, UK Competition Commission, punkt 2.

¹⁸³ Tilsvarende vurdering er gjort av Competition Commission i blant annet VPS Holdings Limited and SitexOrbis Holding Limited (2012) side 35 og 36, samt appendiks F, og i Stericycle Inc and Ecowaste Southwaste Limited (2012) side 51 og 52, samt av EU-kommisjonen i Case No COMP/M.6203 – Western Digital Irland/Viviti Technologies (2011), side 110.

¹⁸⁴ Se for eksempel Office of Fair Trading (2007), *Markets with bidding processes*.

¹⁸⁵ Forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, § 4-2.

¹⁸⁶ Se kapittel 6.5.1.2.2 for deltakelsesrate for de fire største aktørene.

¹⁸⁷ Tilsvaret side 8 og 24, samt tilsvarets vedlegg 1 side 8-12.

peker dette i retning av at transaksjonens virkninger bør analyseres som en åpen anbudskonkurranse med første pris, lukket bud.

- (190) I denne type anbudskonkurranser er prisingsinsentivene for konkurrerende bedrifter tilsvarende dem som gjør seg gjeldende i "ordinære" markeder med differensierte produkter hvor bedriftene konkurrerer på pris.¹⁸⁸ Det vil si at foretakssammenslutninger internaliserer konkurransepresset som to bedrifter utøvet ovenfor hverandre før foretakssammenslutningen, hvilket kan føre til at hver av bedriftene byr mindre aggressivt i etterkant av foretakssammenslutningen.¹⁸⁹ Graden av konkurransenærhet mellom de to bedriftene er således et sentralt moment for å vurdere den konkurransemessige virkningen av en foretakssammenslutning. Ved åpne anbudskonkurranser med første pris, lukket bud-auksjoner, foreligger det usikkerhet for tilbyderne knyttet til hvem og hvor mange som deltar, samt rangeringen deres i anbudskonkurransene. Ved denne type auksjoner trenger således ikke de to bedriftene å være de to best plasserte tilbyderne i en anbudskonkurranse for at foretakssammenslutningen skal kunne ha en konkurransebegrensende virkning. Usikkerheten medfører at de konkurranseskadelige virkningene vil gjøre seg gjeldende også når aktørene ikke rangeres høyest i en anbudskonkurranse.¹⁹⁰
- (191) Hvis det er usikkerhet knyttet til hvilket nivå vinnerbudet vil ligge på, vil bedriftene foreta en avveining mellom sannsynligheten for å vinne anbudskonkurransen og marginen de vil tjene gitt at de vinner.¹⁹¹ Insentivene til å utnytte markedsrett er således analog til hva som fremkommer i markeder med differensierte produkter.¹⁹²
- (192) Tilsvarende som i "ordinære" markeder med differensierte produkter, vil også andre aktører enn bedriftene som foretakssammenslutningen omfatter i en åpen anbudskonkurranse ha fordeler av redusert konkurranse.¹⁹³ Som følge av at foretakssammenslutningen vil øke sannsynligheten for å vinne for de andre aktørene i markedet, så vil dette igjen gjøre det profitabelt for disse å øke prisene på sine tilbud.¹⁹⁴
- (193) Som det fremgår ovenfor, er åpne anbudskonkurranser med første pris, lukket bud-auksjoner etter Konkurransetilsynets vurdering det relevante auksjonsrammeverket for å analysere transaksjonens virkninger. Videre, basert på ovennevnte gjennomgang, legger tilsynet til grunn at mekanismene som gir opphav til konkurransebegrensende virkninger i anbudsmarkeder med åpen anbudskonkurranse, vil være tilsvarende som i øvrige markeder hvor aktører tilbyr differensierte produkter og konkurrerer på pris.¹⁹⁵

¹⁸⁸ Se for eksempel P. Klemperer (2005), *Bidding Markets*, Competition Commission discussion paper, og Office of Fair Trading (2007), *Markets with bidding processes*.

¹⁸⁹ Kommisjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 24.

¹⁹⁰ Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 19. august 2010, kapittel 6.2: "[W]hen the merging sellers are likely to know which buyers they are best and second best placed to serve, any anticompetitive unilateral effects are apt to be targeted at those buyers; when sellers are less well informed, such effects are more apt to be spread over a broader class of buyers." og Case COMP/M.6570 – UPS/TNT Express, Kommisjonens beslutning av 30. januar 2013, punkt 722.

¹⁹¹ Et høyere bud vil redusere sannsynligheten for å vinne anbudskonkurransen, men vil øke marginen hvis budet er suksessfullt. Denne avveiningen er tilsvarende standard avveiningen mellom kvantum solgt og pris i et ordinært marked med differensierte goder, med den forskjellen at det i et anbudsmarkedet er snakk om forventet kvantum solgt (dvs. sannsynligheten for å vinne) og ikke faktisk kvantum solgt.

¹⁹² P. Klemperer (2005), *Bidding Markets*, Competition Commission discussion paper, side 14.

¹⁹³ Dette er et generelt resultat i økonomisk litteratur, se f.eks. Keith Warner (1999), *Asymmetric Auctions with Application to Joint Bidding and Mergers*, 17 International Journal of Industrial Organization, 437-52.

¹⁹⁴ Se Kommisjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 24 og 25, og Konkurransetilsynets vedtak V2015-1 – offentlig versjon – *TeliaSonera AB (publ) – Tele2 Norge AS/Network Norway AS – konkurranseloven § 16 jf. § 20 – inngrep mot foretakssammenslutning*, avsnitt 375.

¹⁹⁵ J. Baker og C. Shapiro (2008), *The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, side 253: "[...]in a bidding market, mergers typically cause price to rise, unless one of the merging firms is generally known to be an ineffective competitor, in the sense that it has no real chance of being the first or second choice of any buyer."

6.5 Markedet for drift av ferjesamband

6.5.1 Konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen

6.5.1.1 Markedsandeler og konsentrasjon

- (194) Før ervervet består leverandørleddet innenfor drift av ferjesamband, som nevnt i kapittel 4.2.2 i hovedsak av fire norske rederier, Torghatten¹⁹⁶, Fjord1, Norled og Boreal. I tillegg er det også noen mindre aktører i markedet¹⁹⁷ for drift av ferjesamband som drifter mindre enkeltsamband eller fungerer som underleverandører for de store rederiene, se kapittel 4.2.2.
- (195) De fire største aktørene i markedet hadde i 2014 en samlet omsetning knyttet til drift av ferjesamband på ■ milliarder kroner.¹⁹⁸ Disse rederiene står for 99 prosent av omsetningen i markedet.¹⁹⁹
- (196) Som det vil fremgå av kapittel 6.5.1.2, gir aktørenes totale omsetning en indikasjon på i hvilken grad aktørene kan delta i fremtidige anbudskonkurranser gjennom rederiets finansielle styrke, administrative ressurser og størrelse på fartøyflåte.
- (197) Markedsandeler basert på vunne kontrakter de siste årene kan også gi nyttig informasjon om aktørenes konkurransestyrke. Relativt færre anbudskonkurranser de siste årene gjør imidlertid at markedsandeler basert på vunne kontrakter ikke gir en god indikasjon på konsentrasjonen i markedet. I tillegg er det stor variasjon i størrelsen på kontraktene, noe som vil undervurdere tilstedeværelsen til de aktørene som sitter på store kontrakter. Konkurransetilsynet har derfor ikke beregnet markedsandeler basert på kontrakter vunnet de siste årene.
- (198) Konkurransetilsynet benytter vanligvis omsetningstall som grunnlag for beregning av markedsandeler. Tilsynet har ikke funnet grunn til å avvike fra dette i denne saken og vil i det følgende basere sin omtale av markedsandeler på selskapenes omsetning.
- (199) Tabell 1 nedenfor viser markedsandeler, for de fire største aktørene, i markedet for drift av ferjesamband de siste fem årene.²⁰⁰

Selskap	2010	2011	2012	2013	2014
Boreal	■	■	■	■	■
Norled	■	■	■	■	■
Fjord1	■	■	■	■	■
Torghatten	■	■	■	■	■

Tabell 1 Aktørenes markedsandel 2010-2014

- (200) Med en markedsandel på ■ prosent i 2014, er Fjord1 den største aktøren i det relevante markedet. Torghatten er nest størst, med en markedsandel på ■ prosent. Norled er tredje største aktør med en andel av omsetningen på ■ prosent, mens Boreal har en markedsandel på ■ prosent og er følgelig vesentlig mindre enn de tre største. I tidsperioden 2010 til 2014 har

¹⁹⁶ Torghatten ASA eier fire datterselskap med virksomhet innen drift av ferjesamband. Disse er inkludert i markedsandelene.

¹⁹⁷ De mindre aktørene er GulenSkyss AS, Fosen-linjen, Wergeland AS, Bjørklids ferjerederi AS, Ferjeselskapet Drøbak-Hurum-Svelvik AS, Osterøy ferjeselskap AS og L.Rødne & Sønner AS, jf. kapittel 4.2.2.

¹⁹⁸ Brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, side 4, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 37, brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 10 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 4.

¹⁹⁹ Rapport fra Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5* (utkast), side 4 og 45.

²⁰⁰ Markedsandelene er beregnet basert på omsetningen til de fire største aktørene i markedet. Brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, side 4, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 37. brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 10 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 4.

både Fjord1 og Torghatten hatt en økning i markedsandeler, mens Boreal og Norled har hatt en tilsvarende reduksjon i markedsandeler.

- (201) Konkurransetilsynet benytter Herfindahl-Hirschmann-indeksen (HHI)²⁰¹, som en indikator for konsentrasjonsgraden i markedet. HHI i markedet for drift av ferjesamband er med utgangspunkt i omsetningen for 2014 beregnet til 3155²⁰² før foretakssammenslutningen, og indikerer at markedet er sterkt konsentrert.
- (202) En mulig alternativ indikator på markedsandeler i dette markedet er beregninger basert på PBE. Dette er gjort i rapporten fra Statens vegvesen om ferjemarkedet 2016.²⁰³ Antall samband eller antall fartøy er andre alternative måleenheter. Nedenfor i Tabell 2 er markedsandelene til de fire største aktørene i 2014 oppgitt basert på omsetning, PBE, antall ferjer og samband.

Selskap	Omsetning	PBE	Antall ferjer	Antall samband
Torghatten	■	29 %	31 %	34 %
Fjord1	■	40 %	33 %	24 %
Norled	■	25 %	26 %	27 %
Boreal	■	6 %	10 %	12 %

Tabell 2 Markedsandeler basert på omsetning, PBE (kapasitet), antall ferjer og samband (2014)²⁰⁴

- (203) Som det fremgår av tabellen over er Fjord1 og Torghatten henholdsvis største og nest største aktør i markedet for drift av ferjesamband uavhengig av om man benytter omsetning, PBE eller antall ferjer som måleenhet. Det er kun beregningsmetoden basert på antall samband som gir et annet utfall, hvor markedsandelene blir noe jevnere fordelt mellom de fire største rederiene. Imidlertid reflekterer ikke sistnevnte mål størrelsen på sambandene og det faktum at Torghatten og Fjord1 driver flere store samband, jf. Figur 5.
- (204) Markedet for drift av ferjesamband, er som det framgår av Tabell 1, et konsentrert markedet hvor noen få aktører har høye markedsandeler. Høye markedsandeler og et konsentrert marked kan indikere at konkurransen er begrenset, men er ikke alene tilstrekkelig for en slik konklusjon. Det vises i den forbindelse til gjennomgangen i kapittel 6.4. I det følgende drøftes betydningen av konkurransenærhet, etableringshindringer, potensiell konkurranse og hvorvidt kundene har kjøpermakt.

6.5.1.2 Konkurransenærhet

- (205) Som det fremgår av avsnitt 6.4.2.2 vil konkurransenærhet mellom Torghatten og Fjord1, samt konkurransenærhet til andre aktører, være et sentralt tema for å vurdere i hvilken grad det

²⁰¹ Indeksen beregnes ved å summere kvadratet av markedsandelene til de største aktørene i markedet.

Kommisjonen opererer i de horisontale retningslinjene med følgende terskelverdier for HHI: Verdier på under 1000 indikerer at markedet ikke er konsentrert, verdier mellom 1000 og 2000 indikerer at markedet er moderat konsentrert, mens verdier over 2000 er et uttrykk for at markedet har høy konsentrasjon.

²⁰² HHI beregningen er basert på markedsandelene til de fire største aktørene. Nevneren i markedsandelberegningen for den enkelte aktør er samlet omsetning for de fire største aktørene.

²⁰³ I rapporten fra Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016) er markedsandelene målt i antall fraktede PBE.

²⁰⁴ Brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, side 4, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 37, brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 10, brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 4, brev fra Norled AS 24. februar 2016, bilag 2, brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 13, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 19, 27, 55 og 64, brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5 og brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015, bilag 5.

oppstår konkurransebegrensende virkninger i markedet for drift av ferjesamband som følge av foretakssammenslutningen.

- (206) Videre, som redegjort for i kapittel 6.4.1, er viktige konkurranseparametere i markedet tilgang på materiell og kapital, samt administrative ressurser. I tillegg kan også geografisk beliggenhet ha betydning for en aktørs vurdering av deltakelse i anbudskonkurranser. Ovennevnte parametere har betydning for hvor og i hvilken grad tilbyderne i markedet utøver et konkurransepress mot hverandre og vil derfor ha betydning for Konkurransetilsynets vurdering av konkurransenærhet mellom tilbyderne.
- (207) Under følger en oversikt over rederienes fartøyflåte og sambandsportefølje. Betydningen av disse for vurderingen av konkurransenærhet mellom tilbyderne diskuteres i kapittel 6.5.1.2.2

6.5.1.2.1 Aktørenes samband og flåtestørrelse

- (208) Som tidligere beskrevet, består det relevante markedet i tillegg til Fjord1 og Torghatten, av to andre større aktører; Norled og Boreal. Videre finnes det noen svært små aktører som driver mindre enkeltsamband eller fungerer som underleverandør for de større rederiene.²⁰⁵ Se nærmere omtale av de små rederiene i kapittel 4.2.2. og 6.5.1.4.
- (209) Fjord1 er den største aktøren i markedet for drift av ferjesamband, jf. Tabell 1 Selskapet drifter 29 av til sammen 119 samband og eier til sammen ■ ferjer.²⁰⁶ Videre er Fjord1 det eneste rederiet som har en overvekt av mellomstore til større ferjer (kapasitet over 60 PBE) i fartøyflåten.²⁰⁷ Selskapet er operatør for en stor andel av de største sambandene, men har virksomhet innenfor alle segmenter i markedet.²⁰⁸
- (210) Torghatten drifter 40 av til sammen 119 ferjesamband.²⁰⁹ Selskapet er den nest største aktøren i det relevante markedet, jf. Tabell 1. Torghatten eier ■ ferjer fordelt på ulike størrelseskategorier, men med noe overvekt av mindre ferjer (kapasitet under 60 PBE).²¹⁰ Torghatten drifter blant annet ferjesambandet Moss-Horten som målt i omsetning er det største sambandet i Norge. Selskapet har ellers en relativt jevn fordeling av samband innenfor alle segment av markedet.²¹¹
- (211) Norled er den tredje største aktøren i markedet for drift av ferjesamband, jf. Tabell 1. Selskapet har en stor fartøyflåte med til sammen ■ ferjer av varierende størrelse. Selskapet har ■ ferjer med kapasitet på eller over 120 PBE, noe som utgjør 18 prosent av ferjene i denne størrelseskategorien. De ■ største ferjene til Norled har en kapasitet på 165 PBE.²¹² Norled drifter i dag til sammen 32 samband, med en god spredning mellom små og større samband.²¹³
- (212) Boreal er den fjerde største aktøren i markedet for drift av ferjesamband, jf. Tabell 1. Selskapet er en forholdsvis liten aktør med en betydelig mindre fartøyflåte enn Fjord1, Torghatten og Norled. Boreal har ■ ferjer og ■ prosent av disse har kapasitet under 60 PBE. Rederiet har ■ fartøy over 90 PBE.²¹⁴ Til sammen betjener Boreal 14 ferjesamband med en stor overvekt av mindre samband.²¹⁵

²⁰⁵ GulenSkyss AS, Fosen-linjen AS, Wergeland AS, Bjørklids ferjerederi AS, Ferjeselskapet Drøbak-Hurum-Svelvik AS, Osterøy ferjeselskap AS og L. Rødne & Sønner AS.

²⁰⁶ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015, bilag 5 og brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 13.

²⁰⁷ Brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 13.

²⁰⁸ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016.

²⁰⁹ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015, bilag 5.

²¹⁰ Brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 19, 27, 55 og 64.

²¹¹ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016.

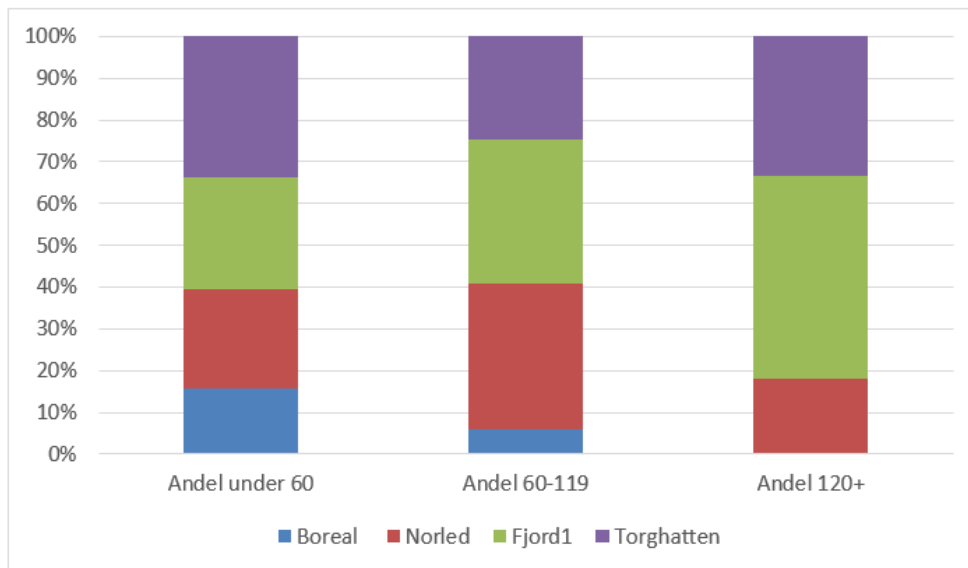
²¹² Brev fra Norled AS 24. februar 2016, bilag 2, brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 13, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 19, 27, 55 og 64 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5.

²¹³ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015, bilag 5 og e-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2015.

²¹⁴ Brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5.

²¹⁵ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015, bilag 5 og e-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2015.

- (213) Som det fremgår av Tabell 2 er de tre største aktørene Fjord1, Torghatten og Norled relativt jevne med hensyn til hvor stor andel av ferjene i markedet de eier, med mellom 26 og 33 prosent hver. Disse tilbyderne har også en god fordeling av ferjer i ulike størrelsesklasser. Norled har imidlertid en noe mindre andel av ferjer med kapasitet på eller over 120 PBE enn Fjord1 og Torghatten, jf. Figur 4. Boreal har betydelig færre ferjer enn de tre andre aktørene, og majoriteten av ferjeflåten til Boreal har lavere kapasitet enn 60 PBE.

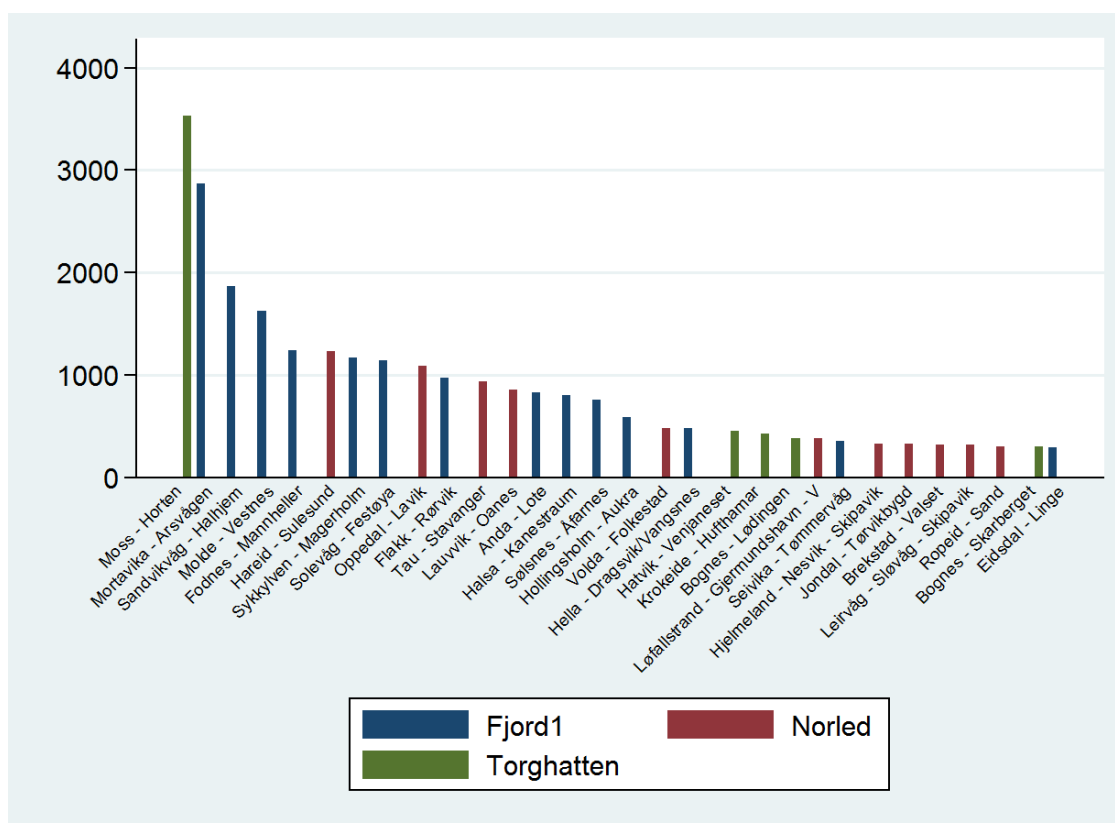


Figur 4 Andel av antall ferjer innenfor ulike PBE-klasser²¹⁶

- (214) En oversikt over de 30 største sambandene etter produksjon målt i fraktede PBE i 2015 viser at det kun er Fjord1, Torghatten og Norled som per i dag er tilstede i denne delen av markedet, se Figur 5. De 30 største sambandene utgjør 77 prosent av samlet produksjon (fraktede PBE) i 2015.²¹⁷

²¹⁶ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, bilag 2, brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 13, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 19, 27, 55 og 64 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5.

²¹⁷ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2. Utvalget omfatter 118 samband. Det er noen få fylkesvegsamband som ikke rapporterer trafikkstatistikk til Fergedatabanken som driftes av Statens vegvesen.



Figur 5 De 30 største sambandene etter produksjon målt i tusen fraktede PBE i 2015²¹⁸

- (215) I mange tilfeller pakker oppdragsgiver flere samband sammen til en større kontrakt når de gjennomfører anbudskonkurranser for drift av ferjesamband. Konkurransetilsynet har mottatt en oversikt fra Statens vegvesen over 118 ferjesamband.²¹⁹ Disse sambandene utgjør til sammen 68 kontrakter.²²⁰ En gjennomgang av konkurransegrunnlagene fra tilsynets informasjonsinnhenting viser at det sjelden er mulig å legge inn tilbud om drift av enkelt-samband i de tilfellene der en anbudskonkurranse omfatter flere samband.
- (216) De ti største kontraktene om drift av ferjesamband omfatter til sammen 26 samband.²²¹ 17 av disse er blant de 30 største ferjesambandene i landet, jf. Figur 5. De ti største kontraktene driftes av Fjord1, Torghatten eller Norled, se Figur 6. Disse kontraktene utgjør 63 prosent av samlet produksjon (fraktede PBE) i 2015.²²²

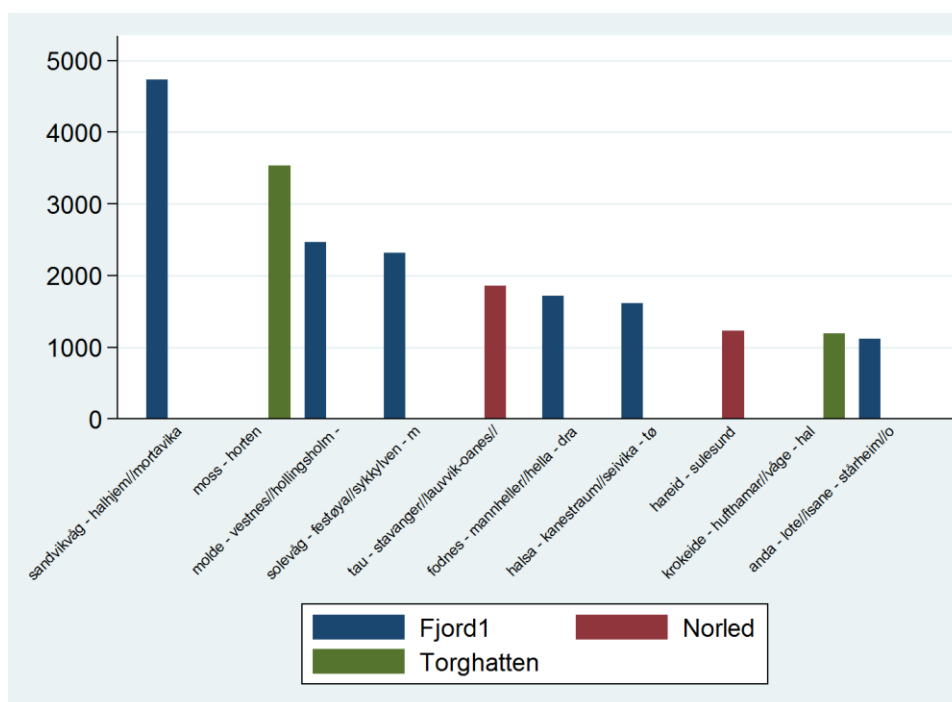
²¹⁸ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2.

²¹⁹ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2.

²²⁰ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2 og e-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet, 17. desember 2015 (oppdatert versjon mottatt 12. februar 2016), bilag 7.

²²¹ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2 og e-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet, 17. desember 2015 (oppdatert versjon mottatt 12. februar 2016), bilag 7.

²²² E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2 og e-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet, 17. desember 2015 (oppdatert versjon mottatt 12. februar 2016), bilag 7.



Figur 6 De ti største kontraktene etter produksjon målt i tusen fraktede PBE i 2015²²³

6.5.1.2.2 Konkurransetilsynets vurdering av konkurransenærhet

- (217) Partene anfører at Fjord1 og Torghatten ikke er hverandres nærmeste konkurrenter, og at selskapene i liten grad konkurrerer om de samme kontraktene.²²⁴ I den forbindelse vises det blant annet til at Fjord1 og Torghatten i perioden 2004-2015 kun har møtt hverandre i 19 konkurranser, tilsvarende 27 prosent av konkurransene. Partene, ved Oslo Economics, anfører i den sammenheng at Torghatten og Fjord1 ikke kan legge til grunn at den ene vil vinne dersom den andre ikke deltar.²²⁵ Det vises til at partene kun har vært rangert som nummer én og to i 7 av disse 19 konkurransene der de har møttes.²²⁶ Årsaken til den begrensede konkurranseflaten mellom Torghatten og Fjord1 er ifølge partene at Torghatten har sin hovedvirksomhet i Nord-Norge, mens Fjord1 har sin hovedvirksomhet på Vestlandet.²²⁷ Videre anfører partene at Torghatten hovedsakelig blir utfordret av Boreal, mens Fjord1 sin nærmeste konkurrent er Norled.²²⁸ En slik vurdering av konkurransenærhet mellom aktørene i markedet understøttes ifølge partene av det geografiske fokuset til aktørene.²²⁹ Endelig anfører partene også at konkurransen fra Norled og Boreal generelt er sterk.²³⁰ Partene opprettholder anførselene i tilsvaret til varselet, men har overfor Konkurransetilsynet ikke fremlagt noe ny informasjon på dette punktet.²³¹
- (218) Konkurransetilsynet har foretatt egne analyser av anbudsdata innhentet fra Statens vegvesen og fylkeskommuner som selv anskaffer drift av ferjesamband. Anbudsdataene omfatter 72

²²³ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2 og e-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet, 17. desember 2015 (oppdatert versjon mottatt 12. februar 2016), bilag 7.

²²⁴ Meldingen side 31, brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016, side 12 og brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS 2. mai 2016 side 2.

²²⁵ Tilsvarets vedlegg 1, side 33.

²²⁶ Brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS, 13. april 2016, side 12 og brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS 2. mai 2016, bilag 2, side 7.

²²⁷ Meldingen side 31.

²²⁸ Meldingen side 31 og brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016, side 12.

²²⁹ Meldingen side 31.

²³⁰ Meldingen side 31, brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016, side 12 og brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS 2. mai, bilag 2, side 7-9.

²³¹ Tilsvaret side 26-27.

gjennomførte anbudskonkurranser i perioden 2004 til 2015.²³² Etter tilsynets oppfatning innehar datasettet noen begrensninger knyttet til vurdering av konkurransenærhet mellom aktørene. Datasettet er relativt lite, strekker seg over en lengre tidsperiode, og det har vært relativt færre utlysninger de siste årene. Det har blant annet vært betydelige endringer i markedet i forbindelse med overgangen fra rammetilskudd til anbudskonkurranser som i hovedsak skjedde i perioden 2004-2009. Dette tilsier at resultater bør tolkes i lys av underliggende historikk og sees i sammenheng med andre faktorer for konkurransenærhet.

- (219) Undersøkelsene Konkurransetilsynet har gjennomført viser at i løpet av perioden 2004-2015 har de fire største rederiene deltatt i mellom 25 og 47 konkurranser, jf. Tabell 1.²³³ Dette tilsvarer mellom 35 og 66 prosent av alle konkurransene.²³⁴ Norled har deltatt i flest konkurranser og Fjord1 har deltatt i flere konkurranser enn Torghatten. Boreal er den aktøren som har deltatt i færrest av konkurransene.

<i>Deltakelser per aktør</i>	<i>Fjord1</i>	<i>Torghatten</i>	<i>Norled</i>	<i>Boreal</i>
<i>Antall deltakelse</i>	40	35	47	25
<i>Suksessrate</i>	48 %	49 %	38 %	32 %

Tabell 3 Totalt antall deltakelser og suksessrate per aktør

- (220) Det framgår videre av Tabell 3 hvor ofte aktørene vinner en kontrakt i de konkurransene de deltar i (heretter benevnt "suksessrate"). Etter Konkurransetilsynets vurdering er forskjell i suksessrate mellom selskapene en indikator på den relative konkurransestyrken til hvert selskap.²³⁵ Både Fjord1 og Torghatten har vunnet i underkant av 50 prosent av de anbudskonkurransene hvor selskapene har deltatt. Norled har vunnet 38 prosent, mens Boreal har vunnet 32 prosent av konkurransene hvor selskapet har deltatt.
- (221) Samlet sett indikerer deltakelses- og suksessratene at Torghatten, Fjord1 og Norled i større grad er aktive i markedet, samt at selskapene har en sterkere konkurransemessig posisjon og evne til å disiplinere hverandre enn Boreal. Sammenlignet med de tre andre selskapene har Boreal deltatt i færrest konkurranser og har også den laveste suksessraten.
- (222) Konkurransetilsynets undersøkelser viser at et særtrekk ved markedet er at oppdragsgiverne mottar få tilbud i en konkurranse selv om det potensielt er flere tilbydere. I løpet av perioden 2004-2015 har det i gjennomsnitt vært 2,45 tilbydere per konkurranse. 85 prosent av konkurransene har tre eller færre tilbydere. Aktørene gjør en vurdering av hvilke kontrakter de skal konkurrere om og møter hverandre derfor ikke i hver anbudskonkurranse.²³⁶ For å vurdere konkurransemessig nærhet er det således relevant å undersøke hvor ofte aktørene møter hverandre i de anbudskonkurransene de deltar i (heretter benevnt "betinget deltakelsesrate"). En høy betinget deltakelsesrate indikerer at en aktør ofte konkurrerer mot en annen aktør. I Tabell 4 framgår betinget deltakelse for perioden 2004-2015.

²³² Datasettet består av 72 konkurranser (observasjoner), men for den ene observasjonen har ikke Konkurransetilsynet informasjon om aktørene utover hvem som er vinner, og hvor mange som deltok i konkurransen. Dette medfører at totalantallet observasjoner i analysene vil variere mellom 71 og 72 avhengig av hva som analyseres. I en konkurranse kan flere samband inngå.

²³³ Basert på innhentede anbudsdokument fra oppdragsgivere. Konkurransetilsynet har innhentet anbudsopplysninger, herunder konkurransegrunnlag, anskaffelsesprotokoll og tildelingsbrev fra ulike oppdragsgivere, og satt sammen anbudsopplysninger til et datasett. Det endelige datasettet består av informasjon fra Statens vegvesen Vegdirektoratet, Skyss, Finnmark fylkeskommune, AtB AS og Troms fylkeskommune, og dekker konkurranser utlyst i tidsperioden 2004 til og med januar 2016.

²³⁴ Totalt antall konkurranser i perioden 2004-2015 er 71.

²³⁵ Se også Office of Fair Trading (2007), "Markets with bidding processes".

²³⁶ Se blant annet

<i>Hvis X deltar/deltar Y</i>	<i>Fjord1</i>	<i>Torghatten</i>	<i>Norled</i>	<i>Boreal</i>
<i>Fjord1</i>	N/A	45 %	80 %	35 %
<i>Torghatten</i>	51,4 %	N/A	51,4 %	42,8 %
<i>Norled</i>	68 %	38,3 %	N/A	34 %
<i>Boreal</i>	56 %	60 %	64 %	N/A

Tabell 4 Betinget deltakelse: hvis aktør X deltar, hvor ofte deltar aktør Y

- (223) I anbudskonkurransene Fjord1 har deltatt i har de møtt Torghatten 45 prosent av gangene, jf. Tabell 4. Torghatten har møtt Fjord1 i overkant av 50 prosent av konkurransene selskapet har deltatt i. Dette tilsier etter Konkurransetilsynets oppfatning at når Torghatten og Fjord1 deltar i en anbudskonkurranse konkurrerer de relativt ofte mot hverandre. Fjord1 og Torghatten var de eneste tilbyderne i to av disse konkurransene.²³⁷ I åtte og syv av konkurransene var det henholdsvis én og to tilbydere utenom Fjord1 og Torghatten. Samlet indikerer resultatene etter tilsynets oppfatning at Torghatten og Fjord1 er å anse som nære konkurrenter.
- (224) Norled er den aktøren som har deltatt i flest anbudskonkurranser totalt sett i hele perioden, jf. Tabell 3. Det medfører at når Torghatten og/eller Fjord1 deltar i en anbudskonkurranse så møter de Norled relativt ofte. Av Tabell 4 fremgår det at i konkurransene som Fjord1 har deltatt i har de møtt Norled i 80 prosent av tilfellene. Torghatten har møtt Norled i overkant av 50 prosent av konkurransene selskapet har deltatt i. Resultatene for betinget deltakelsesrate indikerer at Norled er en nærere konkurrent til Fjord1 enn Torghatten, og at både Fjord1 og Norled er nære konkurrenter til Torghatten.
- (225) Boreal er den aktøren Fjord1 og Torghatten møter færrest ganger i anbudskonkurranser, jf. Tabell 4. Resultatene indikerer at Boreal har en begrenset tilstedeværelse i markedet og utøver et mindre konkurransepress mot de andre aktørene.
- (226) Konkurransetilsynet har videre undersøkt hvilke samband aktørene opererer i dag og i hvilke fylker disse sambandene ligger. Videre er dagens geografiske plassering vurdert opp mot aktørenes geografiske plassering ("kjerneområde") under gammel ordning med rammetilskudd og fylkesrederi.²³⁸ De fleste samband Fjord1 drifter er i Møre og Romsdal eller Sogn og Fjordane, men Fjord1 er også operatør for ferjesamband i ytterligere tre fylker.²³⁹ Det samme gjelder for Torghatten der de fleste sambandene de drifter er i fylkene Nord-Trøndelag, Nordland og Troms, men selskapet har også aktivitet i fire andre fylker.²⁴⁰ De største

²³⁷ De to konkurransene der Fjord1 AS og Torghatten ASA var de eneste tilbyderne var Festvåg-Misten (01.01.2012-31.12.2019) og Foldapakken (01.01.2012-31.12.2019). Torghatten ASA vant begge disse kontraktene.

²³⁸ Fjord1 AS er en sammenslutning av FSF Fylkesbåtene Sogn og Fjordane og MRF Møre og Romsdal Fylkesbåt, Norled består av tidligere Flekkefjord Dampskibsselskap AS, Rogaland Trafikkselskap AS, Boknafjorden Ferjeselskap og HSD Hardanger Sunnhordalandske, Boreal består av tidligere FFR Finnmark Fylkesrederi, Helgelandske AS og Nord-Trafikk. Torghatten ASA har kjøpt opp en rekke ferjerederi. Disse er Bastø Fosen AS, FTL Fosen Trafikklag AS, NTS Namsos Trafikkselskap AS, Lekaferja AS, TTS Torghatten Trafikkselskap, OVDS Ofoten Vesteraalen dampskibsselskab. Oversikten er hentet fra Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – hovedfunn fra premissanalyse*, mottatt 12. april 2016 (utkast), side 8.

²³⁹ Fjord1 AS har i tillegg samband i Rogaland, Hordaland og Sør-Trøndelag. Se brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015, bilag 5. De har også vunnet anbud i Troms og Buskerud, men disse sambandene driftes av underleverandører. Fjord1 AS har også driftet et samband i Finnmark, men dette overtok Boreal Transport Nord AS 1. januar 2016.

²⁴⁰ Torghatten ASA har i tillegg samband i Hordaland, Møre og Romsdal, Sør-Trøndelag og Vestfold. Se brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015, bilag 5.

ferjesambandene som Torghatten og Fjord1 drifter er utenfor deres tradisjonelle kjerneområde.²⁴¹

- (227) I overkant av halvparten av Norleds virksomhet målt i antall samband er i Rogaland og Hordaland. Norled har også en relativt stor andel av sin virksomhet i Møre og Romsdal og Troms, samt tilstedeværelse i ytterligere tre fylker.²⁴² Konkurransetilsynets undersøkelser viser at Boreal per i dag ikke er operatør for ferjesamband utenfor sitt kjerneområde og alle samband de drifter er enten i Finnmark eller i Nordland.²⁴³ Boreal drifter i dag alle ferjesamband i Finnmark.²⁴⁴
- (228) Figur 1 viser at de tre største aktørene har deltatt i konkurranser i de fleste fylkene der det er ferjesamband. Av totalt tolv fylker som kjøper tjenester innen drift av ferjesamband har Fjord1, Torghatten og Norled deltatt i anbudskonkurranser i henholdsvis ti, elleve og ti fylker. Boreal har deltatt i konkurranser i åtte fylker.
- (229) Konkurransetilsynets undersøkelser viser at aktørene i markedet vurderer markedet som nasjonalt, [redacted]²⁴⁵ I Fjord1 sitt svarbrev på informasjonsspørgsmål framgår det at selskapet [redacted]²⁴⁶ [redacted]²⁴⁷ Torghatten har i sitt svarbrev på informasjonsspørgsmål svart at [redacted]²⁴⁸
- (230) Etter Konkurransetilsynets vurdering viser ovennevnte at Fjord1, Torghatten og Norled er nære konkurrenter. Disse tre aktørene deltar i flest anbudskonkurranser, og møtes relativt ofte i de konkurransene de deltar i. Videre har Fjord1, Torghatten og Norled deltatt i og vunnet flere anbudskonkurranser også utenfor sine tradisjonelle kjerneområder. Sett i en nasjonal sammenheng utøver Boreal i mindre grad et konkurransepress mot de tre andre aktørene, ettersom selskapet deltar i færre konkurranser enn de andre, samt at de ikke har vunnet noen store kontrakter og kun har vunnet én kontrakt utenfor Finnmark og Nordland. For anbudskonkurransene i Finnmark og Nordland viser anbudsdataene at Boreal utøver et konkurransepress mot de tre andre aktørene.
- (231) Det er Konkurransetilsynets vurdering at anbudshistorikk gir nyttig informasjon om konkurransenærhet mellom aktører i et marked. Imidlertid, i et anbudsmarked med åpen anbudskonkurranse med første pris, lukket bud-auksjoner, vil også forventning om deltakelse ha betydning for i hvilken grad ulike aktører anses å være nære konkurrenter. Tilsynets undersøkelser viser at når de fire største rederiene vurderer konkurrentene i markedet for drift

²⁴¹ Torghatten ASAs datterselskap Bastø Fosen drifter Moss-Horten i Vestfold/Østfold og Fjord1 AS drifter Halhjem-Sandvikvåg i Hordaland og Arsvågen-Mortavika i Rogaland. Dette er de tre største ferjesambandene i Norge.

²⁴² Norled AS har også samband i Sogn og Fjordane, Sør-Trøndelag og Vest Agder. Se brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015, bilag 5.

²⁴³ Boreal Transport Nord AS vant i 2015 anbudskonkurransen om å drive sambandet Brekstad-Valset i Sør-Trøndelag i perioden 01.01.2017 til 31.12.2018. Dette er et ferjesamband som har krav om en ferje med kapasitet på 50 PBE. Se <http://www.fosna-folket.no/nyheter/article11194626.ece>, 7. juli 2016, og http://www.fosna-folket.no/nyheter/2015/10/06/G%c3%a5r-for-to-50-PBE-ferjer-p%c3%a5-Brekstad-Valset-11652287.ece#cxrecs_s, 7. juli 2016, Fjord1 AS og FosenNamsos Sjø AS har nylig vunnet anbudskonkurransen om å drifte henholdsvis Brekstad-Valset og Flakk-Rørvik i perioden 01.01.2019 til 31.12.2028, se <http://www.fosna-folket.no/nyheter/2016/07/01/Signerte-milliardkontrakt-om-ferjesambandene-12977274.ece?device=classic>, 7. juli 2016.

²⁴⁴ Det er fem ferjesamband i Finnmark. Se brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 17. desember 2015, bilag 5.

²⁴⁵ Brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22 februar 2016, side 7, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, side 2, brev fra Norled AS 24. februar, side 17-19 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar side 6.

²⁴⁶ Brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, side 7.

²⁴⁷ E-post fra Wikborg Rein Advokatfirma AS og Co 25 februar 2016, side 18 og [redacted]

²⁴⁸ Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS, 29. februar 2016, side 2.

av ferjesamband så omfatter denne vurderingen i all hovedsak disse fire rederiene.²⁴⁹ Dette indikerer at mindre rederier ikke anses å være nære konkurrenter.

- (232) En gjennomgang av Fjord1 og Torghattens interne dokumenter viser at de vurderer [redacted]
[redacted]²⁵⁰ Dette er i overenstemmelse med hva som fremgår av resultater fra anbudsdata. Videre har både konkurrenter og oppdragsgivere gitt uttrykk for at Boreals tilbud i flere tilfeller har en betydelig høyere pris enn vinneren av anbudskonkurransen.²⁵¹ Tilsynets undersøkelser bekrefter at dette er tilfellet for flere anbudskonkurranser.²⁵²
- (233) Konkurransenærheten mellom aktørene i markedet for drift av ferjesamband avhenger også av i hvilken grad aktørene har mulighet til å delta og utøve et konkurransepress i fremtidige anbudskonkurranser. Gjennomgangen i kapittel 6.4.1 viser at viktige konkurranseparametere i markedet er tilgang på materiell og kapital, samt administrative ressurser. Geografisk beliggenhet kan også ha betydning for rederienes vurdering av deltakelse i konkrete konkurranser.
- (234) Som redegjort for i kapittel 6.4.1 er en av de viktigste faktorene for en tilbyder i forbindelse med deltakelse i en anbudskonkurranse tilgang på materiell i form av fartøy som tilfredsstiller kravene i konkurransegrunnlaget. En stor og variert fartøyflåte vil gi en fordel og økt fleksibilitet til å delta og vinne flere anbudskonkurranser.
- (235) Konkurransetilsynets undersøkelser viser at aktørene i stor grad vektlegger fartøyflåte og tilgjengelig materiell i vurderingen av egen og andre selskaps konkurransekraft. I en konkurrentanalyse utført av Fjord1 [redacted]
[redacted]²⁵³
- (236) Videre viser en konkurrentanalyse fra Torghatten at [redacted]
[redacted]²⁵⁴ Etter Konkurransetilsynets vurdering underbygger dette at tilgang på fartøy er et viktig konkurranseparameter.
- (237) Betydningen av størrelse bekreftes i høringssvar Konkurransetilsynet har mottatt. I svarbrevet til Boreal framgår det at de anser Fjord1, Torghatten og Norled som sine nærmeste konkurrenter, i rangert rekkefølge. Boreals vurdering av konkurransenærhet er "[b]asert på flåtestørrelse og derav konkurransekraft."²⁵⁵ Norled beskriver i sitt svarbrev Boreal som en

²⁴⁹ Se blant annet [redacted]

og [redacted]

²⁵⁰ Se blant annet [redacted]

²⁵¹ Se blant annet [redacted]

[redacted], brev fra Wikborg Rein Advokatfirma AS & Co 13. april 2016, side 6 og referat fra videokonferanse med Statens vegvesen Vegdirektoratet 8. april 2016, side 1-2.

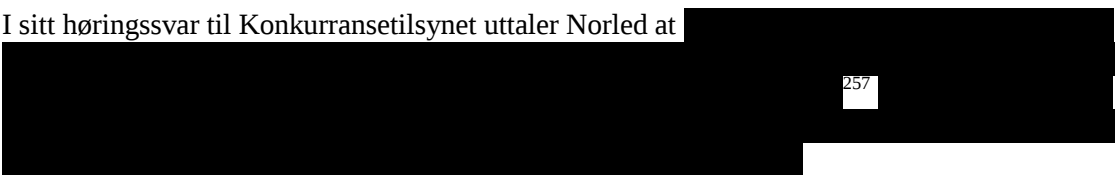
²⁵² [redacted]

²⁵³ [redacted]

²⁵⁴ [redacted]

²⁵⁵ Brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 7.

vesentlig mindre aktør på grunn av rederiets størrelse sammenliknet med Fjord1, Torghatten og Norled.²⁵⁶

- (238) Som det framgår av kapittel 6.5.1.2 har Fjord1, Torghatten og Norled relativt store fartøyflåter med en god fordeling av ferjer med ulik størrelse målt i PBE-kapasitet. Boreal har en betydelig mindre fartøyflåte, hvor majoriteten av Boreals ferjer har en kapasitet under 60 PBE. Etter Konkurransetilsynets vurdering har Fjord1, Torghatten og Norled som følge av dette større fleksibilitet og mulighet, sammenliknet med Boreal, til å optimalisere bruken av materiellet sitt innenfor ulike samband. Dette gir, etter tilsynets oppfatning, Fjord1, Torghatten og Norled større mulighet enn Boreal til å vinne anbuds konkurranser.
- (239) Det er bare Fjord1, Torghatten og Norled som har store ferjer, det vil si kapasitet på eller over 120 PBE. Torghatten og Fjord1 har en større flåte av store fartøy sammenliknet med Norled, og Fjord1 besitter en stor andel av de største ferjesambandene/kontraktene, jf. Figur 4, Figur 5 og Figur 3.
- (240) I sitt hørings svar til Konkurransetilsynet uttaler Norled at  ²⁵⁷
- (241) Statens vegvesen skriver at markedet for store ferjer er en særegen del av markedet der det kun er tre rederier, Fjord1, Torghatten og Norled, som har kapasitet til å levere tilbud på samtlige samband.²⁵⁸
- (242) Konkurransetilsynets undersøkelser viser at Boreal i liten grad har inngitt tilbud på store kontrakter. Videre har selskapet aldri vunnet en stor kontrakt, men i flere tilfeller priset seg høyt over konkurrentene. Lav deltakelse- og suksessrate tilsier at Boreal i liten grad evner å disiplinere de andre aktørene på store kontrakter
- (243) Basert på ovennevnte er det Konkurransetilsynets vurdering at Fjord1, Torghatten og Norled er nære konkurrenter i segmentet som omfatter store samband/kontrakter.
- (244) Som redegjort for i kapittel 6.4.1 har administrative ressurser og tilgang til kapital særlig betydning for muligheten til å delta i konkurranser som krever investeringer i nytt materiell, samt i konkurranser med store kontrakter som krever store eller mange ferjer. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil betydningen av tilgang til kapital øke med størrelsen på kontrakten siden større og flere ferjer gir høyere investeringskostnader. De nærmeste årene skal det gjennomføres mange anbuds konkurranser, rundt 70 av 119 samband skal lyses ut innen 2020. Betydningen av administrative ressurser og særlig tilgang til kapital vil ha betydning for hvor mange og hvilke anbuds konkurranser rederiene har mulighet til å levere tilbud i.
- (245) Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil administrative ressurser i et selskap normalt være relatert til størrelsen på selskapet. De største aktørene vil således ha større kapasitet til å delta på dialogmøter og regne på anbud, samt følge opp i etterkant av kontraktstildelingen, sammenliknet med mindre aktører. Som det framgår av Tabell 3 har Boreal levert inn få tilbud sammenliknet med de tre andre aktørene, noe som kan være en indikasjon på begrensninger i finansielle og administrative ressurser.
- (246) I tilknytning til kapitaltilgang, anfører partene at Boreal er en aktør i vekst, med en økonomisk sterk eier som gjør at konkurransepresset fra Boreal vil øke fremover.²⁵⁹ Partene viser også til at Boreal har investert i flere nye ferjer de siste årene.²⁶⁰

²⁵⁶ Brev fra Norled AS 24. februar 2016 side 21.

²⁵⁷ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 22.

²⁵⁸ Referat fra videokonferanse med Statens vegvesen Vegdirektoratet 8. april 2016, side 1.

²⁵⁹ Brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016, side 13.

²⁶⁰ Meldingen side 17.

- (247) Til dette vil Konkurransetilsynet bemerke at partenes anførsel ikke samsvarer med [REDACTED] I dette dokumentet oppsummeres Boreals posisjon i markedet på følgende måte:

[REDACTED]²⁶¹

- (248) Boreal er eid av investeringsfondet Cube Infrastructure Fund.²⁶² Konkurransetilsynets vurdering er at eierskapsstrukturen til Boreal ikke nødvendigvis har betydning for om selskapet har god tilgang til kapital. Cube Infrastructure Fund er et stort internasjonalt fond med investeringer i en rekke europeiske land.²⁶³ Dette betyr at Boreal er i konkurranse med flere andre selskaper for tilgang til kapital til å gjøre større investeringer.
- (249) Boreal har investert i nye ferjer de siste årene i forbindelse med at de har gjen vunnet kontrakter i Finnmark og Nordland der kravene i konkurransegrunnlaget medførte et behov for å investere i nye ferjer.²⁶⁴ De nye ferjene til Boreal er relativt små med en kapasitet på [REDACTED] PBE per ferje.²⁶⁵ På bakgrunn av ovennevnte er det Konkurransetilsynets oppfatning at det ikke er noe som tyder på at Boreal er i ferd med å ekspandere hverken geografisk, eller til store samband eller kontrakter.
- (250) Partene, ved Oslo Economics, har i tilsvaret anført at Konkurransetilsynet ikke har underbygget vurderingen av at aktører med stor fartøyflåte har en betydelig fleksibilitet som gir en kostnadsfordel, og heller ikke i hvilket omfang de samme reservefartøyene faktisk kan benyttes på flere samband. Oslo Economics anfører på den bakgrunn at Konkurransetilsynet ikke kan konkludere med at aktørene er differensierte.²⁶⁶
- (251) Til dette vil Konkurransetilsynet bemerke at tilsynets konklusjon er basert på ulike svar på informasjonspålegg og interne dokumenter, gjennomgått ovenfor. Kostnadsfordelen som følger av stor fartøysflåte skyldes at aktørene i større grad kan optimalisere bruken av sine hoved- og reservefartøy, og på den måten vinne flere kontrakter. Som det også fremgår av gjennomgangen ovenfor, er flåtestørrelse et svært sentralt vurderingstema i aktørenes vurderinger av hvilke aktører som er deres nærmeste konkurrenter. Når det gjelder bruk av samme reservefartøy på flere samband, er dette noe som praktiseres, og som flere aktører i markedet trekker frem som fordeler for en aktør ved å ha flere samband i et regionalt område.²⁶⁷ På bakgrunn av ovennevnte er tilsynet av den oppfatning at partenes anførsler på dette punkt ikke kan føre frem.

6.5.1.2.3 Oppsummering

- (252) Konkurransetilsynet legger til grunn at ferjerederiene er differensierte og at tilgang på fartøy er et viktig konkurranseparameter i markedet for drift av ferjesamband. Det betyr at størrelsen på fartøyflåten er viktig for vurderingen av konkurransenærhet mellom aktørene.
- (253) Gjennomgangen over viser at de tre rederiene, Fjord1, Torghatten og Norled har store fartøyflåter med en god variasjon i størrelse på ferjene. Basert på dagens fartøyflåte har disse tre aktørene således mulighet til å delta i konkurranser innenfor alle segment av markedet.
- (254) Sammenlignet med de tre andre rederiene er Boreal en relativt liten aktør med en betydelig mindre fartøyflåte. Boreal har ingen store ferjer og vil dermed ikke kunne delta i konkurranser om store samband/kontrakter uten å investere i nye ferjer.

²⁶¹ [REDACTED]

²⁶² Boreal Transport Nord AS som er selskapet innenfor konsernet som driver med drift av ferjesamband er eid av Boreal Transport Norge AS som eies av Cube Norge AS som igjen eies av Cube Infrastructure Fund. Dette fremgår av meldingen side 17.

²⁶³ Cube Infrastructure Fund eier virksomhet i Norge, Storbritannia, Tyskland, Belgia, Frankrike og Spania, se <http://www.cubeinfrastructure.com/#/investment/asset-portfolio/>, 7. juli 2016.

²⁶⁴ Brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 8.

²⁶⁵ Brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5.

²⁶⁶ Tilsvarets vedlegg 1, side 8.

²⁶⁷ Se blant annet brev fra Norled AS 24. februar 2016 side 20 og brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 29. februar 2016 side 2.

- (255) I et anbudsmarked med åpne anbudskonkurranser er usikkerhet knyttet til hvem og hvor mange som vil delta i en gitt anbudskonkurranse av stor betydning for konkurransen i markedet og for hvorvidt aktørene er nære konkurrenter. Konkurransetilsynets undersøkelser viser at aktørene i hovedsak vurderer konkurrentene basert på fartøyflåte. Etter tilsynets oppfatning indikerer forskjeller i størrelsen på aktørenes fartøyflåter at Fjord1, Torghatten og Norled i større grad utøver et konkurransepress mot hverandre enn det Boreal gjør mot disse tre aktørene.
- (256) Videre understøtter anbudshistorikken for perioden 2004 til 2015 at Fjord1, Torghatten og Norled er nære konkurrenter i markedet som helhet, inkludert den delen av markedet som omfatter store samband/kontrakter. Samtidig underbygger anbudshistorikken at Boreal utøver et mer begrenset konkurransepress overfor de tre andre rederiene i markedet som helhet, samt at selskapet i liten grad utøver et konkurransepress overfor de tre andre rederiene i den delen av markedet som omfatter store samband/kontrakter. Når det gjelder anbudskonkurranser i Finnmark og Nordland viser imidlertid anbudshistorikken at Boreal utøver et konkurransepress mot de andre aktørene.
- (257) Basert på det ovennevnte er det Konkurransetilsynets vurdering at Fjord1, Torghatten og Norled er nære konkurrenter i alle deler av markedet for drift av ferjesamband. Med unntak av i Nordland og Finnmark, er Boreal vurdert å være en mindre nær konkurrent i markedet som helhet. Videre er det tilsynets oppfatning at Boreal i liten grad utøver et konkurransepress mot Fjord1, Torghatten og Norled i konkurranser om store kontrakter som krever ferjer med stor PBE-kapasitet eller mange ferjer.

6.5.1.3 Etableringshindringer og potensiell konkurranse

- (258) Etableringshindringer er en samlebetegnelse på de forhold og betingelser som en bedrift står overfor når den vurderer å etablere seg i et marked. Etableringshindringene avgjør den potensielle konkurransen fra aktører som ikke er etablert i det relevante markedet. Offentlige reguleringer, irreversible investeringer, samt stordriftsfordeler, er eksempler på etableringshindringer.
- (259) For at trusselen om etablering skal legge begrensninger på markedsdeltakernes atferd, må etableringen være sannsynlig, effektiv og tidsnær. Høye etableringshindringer tilsier at etablerte aktører i mindre grad må ta hensyn til at nye aktører kan etablere seg i markedet ved for eksempel en prisøkning. I markeder hvor det er lave etableringshindringer, vil de etablerte aktørene være forsiktige med å øke prisene fordi dette kan tiltrekke seg nye konkurrenter.
- (260) Videre vil nyetablering fremstå som mer profitabelt i et marked i vekst fremfor et marked som er modent eller forventes å modne. Konkurransetilsynet vil også ta hensyn til at høy risiko og høye kostnader forbundet med nyetablering kan redusere sannsynligheten for etablering. I tillegg må etableringen være av et slikt omfang at utøvelse av markedsrett forhindres. Etablering i liten skala, for eksempel i en nisje av markedet, vil ikke nødvendigvis være tilstrekkelig til å disiplinere etablerte aktører.
- (261) En potensiell konkurrent er et foretak som ikke deltar i det relevante markedet for øyeblikket, men som er i stand til eller kan forventes å gjøre det i nær fremtid. Potensiell konkurranse forutsetter at tilbydere, som reaksjon på en liten og varig prisøkning, evner å omstille salget/produksjonen og markedsføre produktene/tjenestene i løpet av forholdsvis kort tid, uten at det medfører betydelige tilleggskostnader eller risiko.
- (262) I vurderingen av potensiell konkurranse ser Konkurransetilsynet særlig på hvilke etableringshindringer foretakene møter, om den forventede markedsutvikling tilsier at det er forretningsmessig gunstig å etablere seg eller endre produksjon, og om foretakene er i besittelse av produksjonsanlegg, anleggsutstyr eller annet som reduserer de nødvendige investeringer for inntreden i markedet.

6.5.1.4 Konkurransetilsynets vurdering av etableringshindringer

- (263) Innkjøp av ferjer innebærer en betydelig investering. Som vist til i avsnitt (99), er kostnaden ved å bygge en mindre ferje fra 50 til 80 millioner kroner, mens en større ferje koster 200 millioner kroner eller mer. Kostnaden ved å investere i en av de største nye ferjene er i

størrelsesorden 350 millioner kroner. Det oppstilles krav om flere ferjer i en rekke samband/kontrakter slik at investeringsbehovet ofte vil omfatte mer enn en ferje.

- (264) Det er tidkrevende å bygge nye ferjer, og byggetid for en ny ferje er ca. 18-20 måneder.²⁶⁸ I tillegg kommer prosjektering og planlegging. Det må derfor påberegnes ca. 24-30 måneder for leveranse av en ny ferje. En operatør må også tilegne seg eller rekruttere kompetanse i forhold til operasjon og drift.²⁶⁹
- (265) For å lykkes i ferjemarkedet forutsettes det både maritim kompetanse og anbudskompetanse.²⁷⁰ Sikkerhetsstyringsattestifikater, kvalitetssikringssystemer, krav til miljøstyringssystemer m.m. er en del av den kompetansen som en aktør må kunne underbygge at man innehar for å ta del i en anbudskonkurranse.²⁷¹ God innkjøpskompetanse krever kjennskap til kostnadene ved ferjedrift, og i nettokontrakter også kjennskap til trafikkutvikling på enkelt samband. En feilberegning eller uvitenhet om kostnadskomponenter kan slå svært uheldig ut for aktørene.²⁷²
- (266) I Statens vegvesens rapport om ferjemarkedet (2016) går det frem at aktørene i bransjen, både de større og mindre rederiene, trekker frem tilgang på kapital og kompetanse som de største etableringshindringene. For utenlandske aktører trekkes kompetanse frem som det største hinderet, mens for de minste, norske rederiene er kapital det største hinderet.²⁷³
- (267) Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting viser også at tilgang på kapital er en betydelig etableringshindring for nye aktører. Dersom man ikke har tilgjengelig fartøy som tilfredsstiller oppdragsgivers krav avhenger deltakelse i en gitt anbudskonkurranse av enten ombygging av eksisterende fartøy, kjøp av fartøy i annenhåndsmarkedet eller investering i nytt fartøy. En aktør som må investere for å delta i en konkurranse er avhengig av tilgang til kapital. Ifølge interne dokumenter fra partene må man ha en egenkapital på rundt ■ til ■ prosent ved låneopptak i bank. Gitt at investeringskostnaden for en ferje er mellom 50 og 200 millioner kroner, eller opptil 350 millioner kroner for de største ferjene, betyr det at nødvendig egenkapital for å investere i en ny ferje er mellom ■ og ■ millioner kroner.²⁷⁴
- (268) Ferjerederier som i stor grad har tilgjengelige ferjer kan derfor ha en fordel sammenlignet med nye aktører som vil måtte vurdere investeringer i nye ferjer opp mot en alternativ anvendelse av kapitalen. For mindre ferjerederier er finansiering og tilgang på kapital en vesentlig ekspansjonshindring.²⁷⁵
- (269) Basert på Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting, går det frem at annenhåndsmarkedet for ferjer ikke fungerer optimalt. Det forklares blant annet med at det har vært for få ferjer tilgjengelig for salg.²⁷⁶ Uten et velfungerende annenhåndsmarked, er investeringer i nytt ferjemateriell beheftet med en betydelig usikkerhet, da det kan være vanskelig å få solgt ferjene etter at kontraktperioden utløper. Dette fremgår også av interne dokumenter: ■

²⁶⁸ Brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 4 og brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 9.

²⁶⁹ Brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 4.

²⁷⁰ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5* (utkast), mottatt 12. april 2016, side 16.

²⁷¹ Brev fra Møre og Romsdal fylkeskommune, 19. februar 2016, side 6.

²⁷² Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5* (utkast), mottatt 12. april 2016, side 18.

²⁷³ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5* (utkast), mottatt 12. april 2016, side 14.

²⁷⁴ Se blant annet ■

og ■

²⁷⁵ Se blant annet brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 31, og brev fra GulenSkyss AS 22. februar 2016 side 3.

²⁷⁶ Se blant annet brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016 side 5.

██████████²⁷⁷ Usikkerhet knyttet til salg av materiell utgjør således en etableringshindring i markedet for drift av ferjesamband.

- (270) Uten et velfungerende annenhåndsmarked er det også utfordrende for nye aktører å finne egnet brukt materiell i markedet. Dette er særlig problematisk når det gjelder anskaffelse av reservefartøy der kravene til utslipp er vesentlig lavere enn for hovedfartøyene. Krav i kontraktene om reservefartøy blir dermed et ekstra etableringshinder for nye rederier, siden disse aktørene kan være nødt til å anskaffe nye fartøy til bruk som reservefartøy, mens de etablerte kan anvende eldre fartøy som har betydelig lavere alternativverdi.
- (271) Partene anfører at hvis det forutsettes at annenhåndsmarkedet for fartøy er begrenset, kan det være kostbart å erverve et reservefartøy, men samtidig skulle det være mulig å selge fartøyet til en god pris ved oppdragets utløp. Det vil dermed ikke innebære noen ulempe å erverve et nytt fartøy.²⁷⁸
- (272) Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil variasjon i krav til ferjemateriell mellom ulike samband øke usikkerheten om salg av ferjen etter at oppdraget utløper. Denne usikkerheten har gjort at aktørene i markedet etterspør større grad av standardisering av materiell.²⁷⁹ Begrensningen i annenhåndsmarkedet gjelder derfor ikke kun mangel på fartøy, men også salgbarheten av det materiellet som ikke lenger er i bruk. I Statens vegvesens rapport om ferjemarkedet (2016), går det frem at salg og utleie av ferjer skjer mellom de store rederiene og til utlandet, og i liten grad fra de store til de små rederiene i Norge. Dette beskrives derfor som en etableringshindring for små og nye rederier.²⁸⁰ Statens vegvesen har gitt uttrykk for at annenhåndsmarkedet er begrenset og forklarer dette med at det har vært en stor grad av konsernintern leie og salg i Torghatten-konsernet, og at det gir en gevinst å være et stort konsern.²⁸¹ På bakgrunn av ovennevnte er Konkurransetilsynet av den oppfatning at annenhåndsmarkedet for ferjemateriell ikke fungerer tilfredsstillende, og at det vil være usikkerhet knyttet til både kjøp og salg av fartøy. For små og nye aktører vil det være usikkerhet knyttet til om det er mulig å få tak i egnet materiell i annenhåndsmarkedet. Det vil også være usikkerhet rundt salgsverdien til en ferje etter endt kontrakt. Et begrenset annenhåndsmarked utgjør dermed en etableringshindring for små og nye aktører.
- (273) En analyse av inngåtte kontrakter viser at gjennomsnittlig tid fra utlysning til tilbudsfrist har vært 3 måneder, og gjennomsnittstid fra tilbudsfrist til kontraktsoppstart har vært 1 år og 8 måneder. I snitt er konkurransene utlyst 1 år og 11 måneder før kontraktsoppstart.²⁸² Nye aktører har gjerne ikke egnet ferjemateriell tilgjengelig. På grunn av et ikke velfungerende annenhåndsmarked, vil det være stor risiko forbundet med kjøp av ferjemateriell i forkant av en anbudskonkurranse. For de sambandene der det ikke er krav om nybygg, er ofte tiden fra tildeling av kontrakt til oppstart for knapp til å bestille en ny ferje. Mangel på tilgjengelig materiell utgjør således en etableringshindring for nye aktører.²⁸³
- (274) Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting viser at både kunder²⁸⁴ og konkurrenter²⁸⁵ fremhever kompetanse som et viktig premiss for å kunne levere inn tilbud på ferjedrift. I flere

²⁷⁷ ██████████

²⁷⁸ Tilsvaret, side 23.

²⁷⁹ Identifiserte tiltak fra dialogkonferansen 4. februar 2016, Inventura, DNV GL og Oslo Economics, DNV GL, side 1.

²⁸⁰ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5*, mottatt 12. april 2016 (utkast), side 18.

²⁸¹ Referat fra møte med Statens vegvesen Vegdirektoratet, 18. april 2016, side 2.

²⁸² Inventura, DNV GL og Oslo Economics, DNV GL (2016), *Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – hovedfunn fra premissanalysene*, 1. februar 2016, side 5.

²⁸³ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5* (utkast), 1. februar 2016, side 17.

²⁸⁴ Se blant annet brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 11 og brev fra AtB AS 19. februar 2016, side 2.

²⁸⁵ Se blant annet brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 30.

av kravspesifikasjonene fremgår det at det oppstilles krav om at leverandørene må ha erfaring fra ferjedrift.²⁸⁶ Enkelte fremhever også at tilbyder må ha kjennskap til lokale forhold.²⁸⁷

- (275) Etter Konkurransetilsynets oppfatning viser beskrivelsen over at tilgang på kapital og kompetanse, begrenset tilgang på brukt ferjemateriell og for kort tid mellom utlysning og kontraktsoppstart til å bestille nytt materiell, utgjør betydelige etableringshindringer.
- (276) I flere av svarbrevene er også stordriftsfordeler nevnt som en etableringshindring.²⁸⁸ Statens vegvesen skriver at en stor aktør med mange fartøy har en fordel gjennom å diversifisere risikoen i forhold til tekniske problemer og disponering av eksisterende materiell, altså at risikoen for å stå uten oppdrag for et fartøy blir mindre. Med flere reserve-/suppleringsferjer i totalporteføljen står de store aktørene også noe friere når det er behov for verkstedsopphold. I tillegg vil en stor aktør kunne ha fordeler i forhold til kontrahering av nye fartøy, da det er besparelser å hente på å kontrahere flere like fartøy (søsterskip). Til slutt trekker Statens vegvesen frem at en stor aktør vil ha en fordel med å følge opp krav til ny null- og lavutslippsteknologi da det er ressurskrevende å holde seg så oppdatert at en klarer å ta de riktige valgene av fremdriftsteknologi i fremtidige anbud.²⁸⁹
- (277) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at nye aktører vil kunne stå overfor store investeringer i materiell, og at tilgang til kapital vil kunne være en utfordring. I tillegg vil mangel på erfaring og kompetanse utgjøre en etableringshindring. Dette bekrefte også i et internt notat 290
- (278) I meldingen skriver partene at de deler oppfatningen til Oslo Economics i deres rapport fra 2012, der det konkluderes med at det ikke er "*identifisert etableringshindringer innenfor ferjemarkedet som kan anses å være spesielt høye*".²⁹¹ Til dette bemerker Konkurransetilsynet at i rapporten som Statens vegvesen nylig har fått utarbeidet om ferjemarkedet, og der Oslo Economics er en av bidragsyterne, er etableringshindringer omtalt. Selv om det i rapporten konkluderes med at kapital og kompetanse ikke utgjør en stor etableringshindring, er kapitalkrav likevel fremhevet som et hinder for små rederier: "*For mindre ferjerederier er finansiering og tilgang på kapital en stor etableringshindring. Investeringer i nytt ferjemateriell innebærer så stor kapitalbinding at selskapet vil stille seg i en sårbar finansiell posisjon [...] Krav om reservemateriell innebærer en ytterligere kapitalbinding. De mindre rederiene opplever det som utfordrende å etablere seg i markedet med få ferger. De veletablerte leverandørene i markedet har med sine ferjeflåter mer fleksibilitet, noe som gir et konkurransefortrinn.*"²⁹² Konkurransetilsynet er av den oppfatning at dersom tilgang på kapital utgjør en etableringshindring for små rederier, så vil det også kunne utgjøre en etableringshindring for nye aktører.
- (279) Partene anfører videre at det finnes eksempler på flere nyetablerte aktører i markedet de siste fem årene.²⁹³ Konkurransetilsynet vil imidlertid påpeke i den forbindelse at aktørene som partene henviser til kun er etablert innenfor markedet for drift av hurtigbåtsamband og ikke i markedet for drift av ferjesamband. Det er også viktig å påpeke at en etablering må være av et

²⁸⁶ Se blant annet brev fra Hordaland fylkeskommune 12. februar 2016, side 3 og brev fra AtB AS 19. februar 2016 side 4.

²⁸⁷ Se blant annet brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 5.

²⁸⁸ Se blant annet brev fra L. Rødne & Sønner AS 24. februar 2016, side 1 og brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 17.

²⁸⁹ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 17-18.

²⁹⁰ 290

²⁹¹ Meldingen side 26.

²⁹² Oslo Economics, Inventura, DNV GL (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5*, mottatt 12. april 2016, 1. februar 2016, side 17.

²⁹³ Meldingen side 28. Aktørene som er nevnt er RS Maritime AS, Lovund Skyss AS, Polarcirkelen Båttransport AS, Barents Nord AS og Barents Maritime AS.

visst omfang for å hindre utøvelse av markedsrett. Etablering av en liten aktør vil ikke være tilstrekkelig til å kunne disiplinere Torghatten og Fjord1, jf. kapittel 6.5.1.2. Med unntak av GulenSkyss, er det ikke observert nye innenlandske eller utenlandske aktører som leverer tilbud på konkurranser i markedet for drift av ferjesamband.

- (280) Videre hevder partene at oppdragsgivere fremover i større utstrekning vil kreve at tilbyder stiller med nytt materiell for å kunne delta i anbudene.²⁹⁴ I og med at både etablerte og eventuelle nyetablerte aktører vil stå overfor de samme kravene hva gjelder investeringer, vil de etablerte aktørenes mulige fordel være begrenset. Partene har også gjort Konkurransetilsynet oppmerksom på at Samferdselsutvalget i Møre og Romsdal fylkeskommune 3. februar 2016 fattet vedtak med krav til nye ferjer i alle ferjeandbud fremover.²⁹⁵ Oppdragsgiverne har i sine svar på informasjonsspørgsmål opplyst at det vil bli behov for en del nybygg fremover for å tilfredsstille nye miljøkrav.²⁹⁶ Selv om mange gode miljøløsninger vil kunne bli inkorporert i eksisterende materiell vil de nye miljøkravene fremtvinge en fornying av ferjeflåten. I svarbrevet fra Møre og Romsdal fylkeskommune vises det til vedtaket i Samferdselsutvalget om at fremtidig anbud skal benytte nye ferjer, men at begrensede økonomiske rammebetingelser medfører at dette ikke trenger å være en realitet:
- "Dette vil kunne bety at samtlige aktører i fremtidige anbud må investere i nye fartøy, da dagens fergeflåte er gammel og lite egnet til ombygging til batteridrift og hybridløsninger. Snittalderen på fergene i Møre og Romsdal er over 20 år, der to av fergene er over 50 år.*
- Fylkeskommunenes økonomiske situasjon innenfor fergedriften taler mot slike krav til nybygg og miljøsatsinger, da man er kraftig underfinansiert slik dagens finansieringsmodell virker."*
- (281) I en rapport utarbeidet på oppdrag for Klima- og miljødepartementet²⁹⁷, er også forholdet mellom vedtak om null- og lavutslippsløsninger og begrensede rammebetingelser kommentert:
- "Enkelte fylkeskommuner opplyser at tilskuddene allerede i dag er vesentlig lavere enn utgifter for ferjedrift. Det synes også svært sannsynlig at kostnadene knyttet til ferjedrift vil øke ved neste utlysning, og mer enn forventet økning i tilskudd. Dette skyldes flere forhold, og gjelder også før en tar hensyn til merkostnader for null- og lavutslippsløsninger. I sum er signaler fra flere fylkeskommuner (men ikke alle) at situasjonen for grunnfinansiering gjør det krevende å skulle stille krav til null- og lavutslippsteknologi, spesielt for fylkeskommuner som i dag har et underskudd isolert sett."*²⁹⁸
- (282) I sin høringsuttalelse påpeker Statens vegvesen at partenes anførsel om krav til nybygg i samtlige fremtidige anbudsutlysninger ikke medfører riktighet. Statens vegvesen påpeker at det i liten grad stilles alderskrav til fartøy i forbindelse med utlysning av anbud, samt at det i tillegg er en overordnet føring at det skal være en god balanse mellom å stimulere til utvikling og implementering av ny fremtidsrettet teknologi samtidig som eksisterende fartøy utnyttes på en fornuftig måte.²⁹⁹
- (283) Partene har kommentert høringssvaret fra Statens vegvesen.³⁰⁰ Partene hevder at Statens vegvesens uttalelser er i strid med øvrige aktørers uttalelser og ikke tar inn over seg Stortingets vedtak om å stille miljøkrav i fremtidige konkurranser.³⁰¹ De bemerker videre at Statens vegvesens svar fremstår som selvmotsigende når de i svarbrevet også skriver at: *"Det er imidlertid klart at kombinasjonen av at deler av ferjeflåten begynner å nærme seg en alder*

²⁹⁴ Se blant annet meldingen side 22.

²⁹⁵ E-post fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 8. februar 2016.

²⁹⁶ Se blant annet brev fra Hordaland fylkeskommune 12. februar 2016 side 3.

²⁹⁷ DNV GL (2016), *Realisering av null- og lavutslippsløsninger i anbudsprosesser for ferjesamband*, 2. august 2015.

²⁹⁸ DNV GL (2016), *Realisering av null- og lavutslippsløsninger i anbudsprosesser for ferjesamband*, 2. august 2015, side 4.

²⁹⁹ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 11 og referat fra videokonferanse med Statens Vegvesen Vegdirektoratet 8. april 2016.

³⁰⁰ Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 17. mars 2016.

³⁰¹ Stortingsvedtak av 1. desember 2015.

*for utskifting og nye miljøkrav, vil gjøre at det kommer til å bli bygd en del nye ferjer i tiden fremover.*³⁰²

- (284) I tilsvaret anfører partene at Konkurransetilsynet undervurderer hvilken betydning de nye kravene til ferjemateriell vil ha.³⁰³ Ifølge partene vil en eventuell fordel knyttet til den eksisterende ferjeflåten forsvinne som følge av nye og strenge krav i kommende utlysninger, og det er blant annet vist til Innstilling fra Transport- og kommunikasjonskomiteen om forslag til ny organisering av ferjesamband gjennom etablering av statlig selskap av 24. mai 2016.³⁰⁴
- (285) Som det framgår i avsnitt (259), og som også partene viser til, må nyetablering være sannsynlig, effektiv og tidsnær for å forhindre et eventuelt forsøk på utnyttelse av markedsmakt. I ovennevnte innstilling fra Transport- og kommunikasjonskomiteen, ble det fattet følgende vedtak: *"Stortinget ber regjeringen vurdere forslaget om et statlig fergeselskap, som ett av flere alternativer, i sin gjennomgang av fremtidig organisering av fergesektoren, og at oppfølging av dette arbeidet blir lagt frem for Stortinget i Nasjonal transportplan 2018-2029. Det forutsettes at fremtidig organisering av fergesektoren ivaretar målene om økt innovasjon, innfasing av miljøvennlig teknologi og kostnadseffektiv drift."* Konkurransetilsynet deler partenes oppfatning om at det er en politisk målsetting om å sikre nye og miljøvennlige ferjer, og at etablering av et statlig ferjeselskap kan bli en realitet. Samtidig er tilsynet av den oppfatning at vedtaket gir føringer for endringer på lengre sikt, og at det derfor ikke indikerer store endringer i ferjemateriellet på kort sikt. Det går også frem av vedtaket at etablering av et statlig ferjeselskap kun er ett av flere framlagte alternative løsninger, slik at det er en viss usikkerhet om dette blir en realitet. Tilsynet mener derfor at det er lite sannsynlig at denne utviklingen vil skje i så stort omfang på kort sikt at det vil kunne hindre en eventuell utnyttelse av markedsmakt.
- (286) Det bemerkes for øvrig at det i tilsvaret også er vist til Representantforslag 8:69 S (2015-2016)³⁰⁵, der det er gitt en forklaring på hvorfor det er et ønske om å etablere et statlig ferjeselskap: *"Mange fylker erfarer kostnadsøkninger grunnet mangel på tilbydere, noe som gir en tilnærmet monopoltilstand enkelte steder. En slik markedssituasjon preges vanligvis av kunstig høy prising fra tilbyder, noe som medfører at kjøper, i dette tilfelle det offentlige, må betale en urimelig høy pris for utførte transporttjenester."*
- (287) I tilsvaret er det også vist til en presentasjon utarbeidet av Statens vegvesen 15. april 2016 om de nye miljøkravene og utviklingen av miljøvennlige ferjer.³⁰⁶ I følge partene viser presentasjonen at Statens vegvesen anerkjenner at nye miljøkrav vil medføre betydelig endringer i ferjemarkedet, og at det vil være behov for omfattende investeringer i nytt materiell. Partene hevder videre at disse klare politiske føringene er fulgt opp i anbudsutlysninger, blant annet på ferjesambandet Anda-Lote.
- (288) Statens vegvesen har kommentert miljøkrav i nye anbudskonkurranser. Statens vegvesen viser til at *"[v]ed oppfølging av Stortingsvedtaket om at det skal stilles krav til null- (og lav-) utslippsteknologi gjør Statens vegvesen, med bistand fra DNV GL, grundige analyser av mulighetsrommet for null- og lavutslipp i forkant av hver utlysning. Det gjøres vurderinger av energibehov, mulighet for oppgradering av strømmettet, samt beredskapshensyn. Videre er det en overordnet føring fra samferdselsministeren at det skal legges til rette for utvikling og implementering av ny teknologi, samtidig som eksisterende flåte skal kunne benyttes på en fornuftig måte. Av innkjøpere av ferjetjenester er det kun Statens vegvesen som har inngått kontrakter med miljøkrav i etterkant av Stortingsvedtaket, hhv. Indre Sogn (Mannheller-Fodnes og Hella-Vangsnes-Dragsvik) og Anda-Lote. Miljøkravene på Indre Sogn ble oppfylt med bruk av eksisterende ferjer, men med skifte til biodiesel (ingen ombygging påkrevd). Det er for øvrig flere eksempler på ombygging av eksisterende materiell til mer miljøvennlig drift."*³⁰⁷

³⁰² Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 17. mars 2016, side 7.

³⁰³ Tilsvaret, side 29-30.

³⁰⁴ Innst. 307 S (2015-2016), Dokument 8:69 S (2015-2016).

³⁰⁵ Tilsvaret side 7.

³⁰⁶ Tilsvaret, side 29.

³⁰⁷ E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016.

- (289) Basert på beskrivelsen som fremgår ovenfor er det Konkurransetilsynets oppfatning at det i fremtidige anbudskonkurranser vil stilles krav som medfører at det må investeres i nytt ferjemateriell, samtidig som det legges til rette for at eksisterende materiell brukes på en hensiktsmessig måte. Tilsynets oppfatning er imidlertid at etablerte aktører også i de tilfeller der anbudsgrunnlaget medfører at en må investere i nytt materiell, vil ha en fordel fremfor nye aktører ved at de har relevant erfaring, herunder erfaring med drift og vedlikehold av materiell, og erfaring med å kontrahere nye fartøy. I tillegg går det frem av ovenstående at det å disponere eldre fartøy som reservefartøy, gir et konkurransefortrinn fremfor å benytte nye fartøy.
- (290) På bakgrunn av overstående har Konkurransetilsynet kommet til at det foreligger betydelige etableringshindre i markedet for drift av ferjesamband, og Konkurransetilsynet anser det som lite sannsynlig med nyetableringer som legger begrensinger på markedsdeltakernes atferd.

6.5.1.5 Konkurransetilsynets vurdering av potensiell konkurranse

- (291) Etableringshindringene kan være noe lavere for aktører som er etablert i tilgrensende markeder enn for nye aktører. Med tilgrensende markeder menes her enten aktører som opererer utenfor Norge eller aktører som i dag er aktive innen drift av hurtigbåtsamband. I det følgende vil Konkurransetilsynet vurdere potensiell konkurranse fra aktører i tilgrensende markeder til markedet for drift av ferjesamband.
- (292) Kontraktene for drift av ferjesamband utlyses både nasjonalt og internasjonalt, jf. kapittel 5.3.2. Selv om enkelte utenlandske ferjerederier følger med på det norske markedet, har ingen foreløpig deltatt i anbudskonkurranser.³⁰⁸ Ingen av innkjøperne som Konkurransetilsynet har vært i kontakt med, har fått tilbud fra utenlandske aktører.
- (293) Partene anfører i tilsvaret at aktører som Color Line, Fjord Line, DFDS og Stena Line, kan tenkes å konkurrere om ferjesambandene langs norskekysten. Dette underbygges blant annet ved å vise til at Statens vegvesen holder innlegg på internasjonale konferanser der utenlandske rederier deltar, og hvor det informeres om det norske ferjemarkedet og anbudskonkurranser. Videre viser partene til at flere av høringssvarene gir uttrykk for at markedet er internasjonalt. I den forbindelse vises det blant annet til at Skyss har mottatt en henvendelse fra et advokatfirma i London på vegne av et skotsk rederi og at Finnmark fylkeskommune opplyser at de har mottatt en henvendelse fra et svensk rederi.³⁰⁹
- (294) Som det fremgår i avsnitt (261), må en potensiell konkurrent være i stand til å omstille produksjonen i løpet av kort tid, uten at det medfører betydelige tilleggskostnader eller risiko. Konkurransetilsynet kan ikke se at Statens vegvesens tilstedeværelse på internasjonale konferanser eller opplysninger fra ovennevnte høringsuttalelser er tilstrekkelig for å kunne slå fast at det er sannsynlig at utenlandske aktører vil konkurrere i Norge. Fra disse opplysningene foreligger det heller ingen informasjon om hvor og eventuelt i hvilket omfang internasjonale aktører vil etablere seg.
- (295) I Statens vegvesens rapport om ferjemarkedet (2016) er kompetanse trukket frem som det viktigste hinderet for utenlandske aktører, jf. avsnitt (266). Et annet viktig hinder er særnorske krav til ferjemateriell og regler for virksomhetsoverdragelse for eksisterende personell til ny operatør.³¹⁰ I rapporten vises det til at selv ikke norske ferjerederier som opererer i utlandstrafikk ser ut til å vurdere etablering i det norske innenriksmarkedet. Dette forklares

³⁰⁸ Det er kun Hordaland og Finnmark fylkeskommune som har svart at de har vært i kontakt med utenlandske aktører. Hordaland fylkeskommune har opplyst i sitt svarbrev 12. februar 2016 at et skotsk selskap hadde henvendt seg til fylkeskommunen, og Finnmark fylkeskommune har opplyst at et svensk rederi hadde tatt kontakt, jf. brev fra Finnmark fylkeskommune 15. februar 2016. Ingen av rederiene har levert tilbud.

³⁰⁹ Tilsvaret, side 20.

³¹⁰ Brev fra Ruter 23. februar 2016, side 10 og Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5*, (utkast), mottatt 12. april 2016, side 5.

- med at disse selskapene har andre forretningsmodeller som er lite egnet for overføring til det norske innenriksmarkedet.³¹¹
- (296) Basert på ovennevnte kan ikke Konkurransetilsynet se at det foreligger opplysninger som tilsier at etableringshindringene er lavere for aktører som er etablert utenfor Norge. I interne dokumenter fra Fjord1 og Torghatten som tilsynet har gjennomgått, [redacted] Potensiell konkurranse fra utenlandske aktører vurderes derfor som begrenset.
- (297) Konkurransetilsynet har vurdert hvorvidt en aktør som har virksomhet innenfor drift av hurtigbåtsamband, vil møte lavere etableringshindringer enn nye aktører dersom aktøren utvider virksomheten til også å inkludere drift av ferjesamband.
- (298) Partene anfører at det er lav terskel for substitusjon på tilbudssiden mellom drift av ferje- og hurtigbåtsamband. Partene viser til at et rederi som drifter ferjesamband normalt vil ha den nødvendige kunnskap, utstyr, med mer, for å kunne starte med drift av hurtigbåtsamband, og omvendt.³¹²
- (299) I svarbrevene fra konkurrentene fremgår det at materiell til ferjekontraktene normalt er større og dyrere i innkjøp enn hurtigbåt. Det vil derfor være behov for økt kapital, høyere kontraktsgarantier og mer ressurser til innovasjon og anbudsregning enn det hurtigbåtrederiene har i dag.³¹³ Boreal og Norled antyder at det vil ta 24-30 måneder for en aktør å utvide virksomheten fra hurtigbåt til ferjedrift. Det forklares med tid til bestilling av ferje, prosjektering og planlegging samt tilegning eller rekruttering av kompetanse til drift og operasjon.³¹⁴
- (300) Som det fremgår i kapittel 4.2.2 startet rederiet GulenSkyss som et hurtigbåtrederi i 1971 og utvidet virksomheten i 2014 til også å drive med ferjedrift. Selskapet driver i dag to ferjesamband på Vestlandet.³¹⁵ I svarbrevet til Konkurransetilsynet skriver GulenSkyss at de [redacted] Videre uttrykker de at korte kontraktsperioder på tre til fem år vil gjøre det umulig for nye aktører å komme inn på markedet. Med en kort tidsperiode vil det ikke være nok sikkerhet for et eventuelt banklån for å kjøpe eller bygge en ferje.³¹⁶
- (301) Hurtigbåtrederiet Rødne driver et ferjesamband i dag som ble tildelt etter gammel modell med rammetilskudd.³¹⁷ Rederiet har ikke deltatt i anbudskonkurranser på ferjesamband så langt, men skriver at [redacted]
[redacted]³¹⁸
- (302) Statens vegvesen har opplyst til Konkurransetilsynet at fylkeskommunene ofte lyser ut samband i større pakker, uten mulighet for å inngi tilbud på enkeltsamband. Dette gjøres for å tiltrekke seg de store rederiene, da det ikke er attraktivt for disse å operere små samband med lavt passasjertall.³¹⁹ GulenSkyss påpeker en tendens hos fylkeskommunene med stadig større pakker, noe som gjør at selskapet ikke kan delta i anbudskonkurransene. Selskapet viser i den forbindelse til Rutepakke 1 som Skyss har lyst ut, og mener det kun er Norled, Fjord1 og Torghatten som kan delta i den konkurransen.³²⁰

³¹¹ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5*, (utkast), mottatt 12. april 2016, side 6.

³¹² Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 17. mars 2016, side 2.

³¹³ Brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 4 og brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 9.

³¹⁴ Brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 4.

³¹⁵ Ferjesambandene Klokkekarvik – Hjellevstad på kontrakt med Skyss og Mjånes – Hisarøy som underleverandør for Wergeland AS.

³¹⁶ Brev fra GulenSkyss AS 22. februar 2016, side 3.

³¹⁷ Ferjesambandet Stavanger-Vassøy på kontrakt med Kolumbus AS.

³¹⁸ Brev fra L Rødne & Sønner AS 24. februar 2016, side 2.

³¹⁹ Referat fra videokonferanse med Statens vegvesen Vegdirektoratet 8. april 2016, side 2.

³²⁰ Brev fra GulenSkyss AS 22. februar 2016, side 3.

- (303) Etablering må være av et slikt omfang at utøvelse av markedsrett forhindres. Etablering i liten skala, for eksempel i en nisje av markedet, vil ikke nødvendigvis være tilstrekkelig til å disiplinere etablerte aktører.³²¹ Etablering av mindre ferjeselskap som drifter enkelte samband i et begrenset geografisk område vil ikke være tilstrekkelig til å disiplinere partene. Tilsvarende vil heller ikke GulenSkyss eller Rødne disiplinere etablerte aktører. Disse rederiene må bli vesentlig mye større for å kunne konkurrere om alle typer kontrakter i hele landet. Med begrensede muligheter til å utvide virksomheten, vil rederiene ikke i tilstrekkelig grad kunne disiplinere de større aktørene i markedet.
- (304) Partene anfører at lav lønnsomhet indikerer at det er god konkurranse i markedet.³²² De viser til rapporten fra Oslo Economics (2012)³²³ der det fremgår at marginene i markedet for drift av ferjesamband har vært lave. Partene argumenterer videre for at lav lønnsomhet er en forklaring på at utenlandske aktører ikke har etablert seg i det norske markedet.³²⁴ Uavhengig av foretakssammenslutningen, argumenterer partene for at hvis lønnsomheten "stiger til et nivå som gir tilfredsstillende avkastning på kapitalen så vil derimot nyetablering kunne skje."³²⁵
- (305) Både Torghatten³²⁶ og Fjord1³²⁷ hadde en økning i overskuddet i 2015, noe som kan være en indikasjon på at lønnsomheten i ferjebransjen øker. Utvikling i fremtidig lønnsomhet er imidlertid usikker. Hvorvidt økt lønnsomhet vil føre til nyetablering, vil også avhenge av flere forhold, blant annet graden av etableringshindringer. I og med at Konkurransetilsynet har kommet til at det er betydelige etableringshindringer, finner tilsynet at det ikke er sannsynlig at eventuell økt lønnsomhet i markedet for drift av ferjesamband vil føre til tidsnære nyetableringer.
- (306) På bakgrunn av det ovennevnte har Konkurransetilsynet kommet til at det er betydelige etableringshindringer for aktører i tilgrensede markeder, og at den potensielle konkurransen er begrenset.

6.5.1.6 Kjøperrett

- (307) Kjøperrett kan motvirke muligheten en eller flere aktører har til å utøve markedsrett. Med kjøperrett menes at en kjøper, på grunn av sin posisjon i markedet og den kommersielle betydningen kjøperen har for leverandøren, kan motvirke at en leverandør øker prisene, senker kvaliteten på varen eller tjenesten, eller på annen måte leverer til dårligere betingelser for kjøperen. Kjøperrett kan blant annet gi seg utslag i at kunden truer med å bytte leverandør eller starter egen virksomhet.
- (308) Kjøperrett får betydning når en kjøper innen rimelig tid har mulighet til å bytte til en annen leverandør eller har mulighet til å få potensielle leverandører til å etablere seg i markedet. Muligheten til å utøve kjøperrett er blant annet avhengig av kundenes størrelse og markedsposisjon i forhold til leverandørene, og hvor avhengig leverandørene er av kundene som avsetningskanal.
- (309) Det følger av praksis fra Kommisjonen³²⁸ og Konkurransetilsynet³²⁹, at der hvor en foretakssammenslutning ellers ville medføre en vesentlig begrensning av konkurransen mellom leverandører i et gitt marked, vil foretakssammenslutningen kunne klareres på grunnlag av kjøperretten til kundene i dette markedet. Kjøperrett av denne type vil kunne ta flere former, og analysen må etablere i hvert tilfelle hvordan kjøperretten vil kunne virke disiplinerende i en slik grad at man unngår begrensninger i konkurransen som kan oppstå uten kjøperretten.

³²¹ Jf. Kommisjonens retningslinjer for horisontale fusjoner punkt 75.

³²² Meldingen side 27.

³²³ Oslo Economics (2012), *Konkurransetilsynets utsettelse av riksvegferjedrift – på rett kjøp?*, side 52-53.

³²⁴ Dette argumentet er også fremsatt i brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016 side 9-10.

³²⁵ Brev fra Advokatfirmaet Wiersholm AS og Arntzen de Besche Advokatfirma AS 13. april 2016, side 9-10.

³²⁶ Torghatten.ASA (2016), *Årsrapport 2015*, side 3-4.

³²⁷ Fjord1 AS, *Årsmelding 2015*, side 15-16.

³²⁸ Case IV/M.1225 *Enso/Stora* [1999] paragraf 91.

³²⁹ Konkurransetilsynets vedtak V2005-11 National-Oilwell/Varco punkt 4.3.2.

6.5.1.6.1 Konkurransetilsynets vurdering av kjøpermakt i markedet for drift av ferjesamband

- (310) Innkjøp av ferjedrift i Norge gjøres av Statens vegvesen eller fylkeskommunene, jf. kapittel 4. Partene anfører i meldingen at oppdragsgiver har sterk kjøpermakt som vil kunne motvirke eventuell markedsrett på leverandørsiden, ved blant annet å sette aktørene opp mot hverandre, og på denne måten utnytte konkurransen dem imellom.³³⁰ I meldingen er det også vist til at de offentlige innkjøperne har mulighet til lyse ut samband på nytt og endre utformingen av konkurransegrunnlaget for å legge til rette for økt konkurranse. Videre vil et skifte fra krav om eget materiell til rene driftskontrakter også kunne styrke de offentlige innkjøpernes kjøpermakt, ifølge partene.
- (311) For å kunne utøve kjøpermakt, må oppdragsgiver ha mulighet til å sette aktørene opp mot hverandre. Dette kan være vanskelig hvis det er få aktører som deltar i anbudskonkurransen. Fra Konkurransetilsynets analyse av anbudsdata, fremgår det at antall aktører som har levert tilbud i konkurranser, varierer mellom én og fem i perioden 2004-2015.³³¹ Gjennomsnittlig antall tilbydere per konkurranse i totalperioden er 2,45. Deler man tidsperioden i tre, fra 2004 til og med 2008, 2009 til og med 2012 og 2013 til og med 2015, finner Konkurransetilsynet at det gjennomsnittlige antallet tilbydere per konkurranse har gått ned fra 3 i første periode til 2,26 i andre periode, og deretter til 2 i siste periode. For hele perioden samlet var det kun én tilbyder i ca. 19,7 prosent av konkurransene. For første periode var dette tallet ca. 4,35 prosent, mens det var 25,81 prosent i andre periode, og 29,41 prosent i siste periode.³³² Noe av endringen kan skyldes konsolidering eller utgang fra markedet. Tilsvarende trender fremgår i rapporten utarbeidet for Statens vegvesen i 2016³³³, hvor en inndeling av tidsperioden understreker trenden med færre tilbydere per anbudskonkurranse de senere årene. Jo færre leverandørvalg oppdragsgiver har, desto mer avhengig er de av leverandørene, noe som påvirker oppdragsgivers kjøpermakt negativt.
- (312) Oppdragsgiver har med hjemmel i anskaffelsesregelverket anledning både til å avvise konkrete tilbud og å avlyse konkurransen helt eller delvis.³³⁴ Vilkår for sistnevnte er "saklig grunn". Statens vegvesen kommenterer i sitt svarbrev den faktiske muligheten oppdragsgivere har til å avlyse konkurranser og lyse ut på nytt.³³⁵ De viser til at tidsaspektet gjør at dette ikke er en realistisk løsning. Ved en reutlysning vil en risikere betydelig redusert konkurranse og høyere kostnader på grunn av redusert tid fra utlysning til oppstart. For å sikre optimal konkurranse bør utlysningen av en kontrakt skje minimum tre år før kontraktsoppstart for å legge til rette for at andre enn eksisterende aktør får mulighet til å anskaffe egnet materiell. En re-utlysning vil derfor favorisere eksisterende operatør og operatører med en stor ferjeflåte.
- (313) Etter Konkurransetilsynets oppfatning har verken Statens vegvesen eller fylkeskommunene kompetanse og økonomiske ressurser til å anskaffe materiell for så å kunne lyse ut rene driftskontrakter i ferjemarkedet på kort sikt. Eksempelet fra Nordland fylkeskommune gjelder hurtigbåtsamband, og kravet til investeringer er generelt lavere for hurtigbåt enn for ferje.³³⁶ Som omtalt i avsnitt (280) har oppdragsgiverne begrensede økonomiske rammevilkår. Statens vegvesen og de aktuelle fylkeskommunene må derfor motta store overføringer før det kan investeres i nødvendig materiell, og det er grunn til å tro at dette kan ta lang tid. Som omtalt i avsnitt (285), deler tilsynet partenes oppfatning om at det er en politisk målsetting om å sikre nye og miljøvennlige ferjer, og at etablering av et statlig ferjeselskap kan bli en realitet. Tilsynet mener likevel at det er lite sannsynlig at denne utviklingen vil skje i så stort omfang på kort sikt, at det vil kunne hindre en eventuell utnyttelse av markedsrett.

³³⁰ Meldingen side 20.

³³¹ 71 observasjoner er lagt til grunn.

³³² Analysen baserer seg på antallet unike tilbydere i en konkurranse, og tar ikke høyde for at tilbydere kan bli avvist.

³³³ Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5*, (utkast), mottatt 12. april 2016, side 37.

³³⁴ Se blant annet Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 20-13 og § 22-1.

³³⁵ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 16.

³³⁶ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 8 og brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, side 3.

- (314) Partene påpeker i tilsvaret at Konkurransetilsynet ikke har foretatt noen egentlig vurdering av om kundene i de berørte markedene kan utøve kjøpermak, og at fremstillingen er generell og ikke tar hensyn til faktiske omstendigheter. Partene hevder at innkjøperne står fritt til å utforme konkurransegrunnlaget og at dette viser at de kan gjøre nødvendige grep for å forsterke sin kjøpermak. Partene viser blant annet til at det offentlige som innkjøper har en rekke virkemidler til rådighet som kan benyttes til å sikre god og virksom konkurranse i markedet, og at Konkurransetilsynet derfor tar feil når det legges til grunn at kjøpermakten er begrenset. Et av virkemidlene som partene trekker frem, er innkjøpers mulighet til å utsette oppstart av en kontrakt, og nevner blant annet at oppstart av den langsiktige kontrakten på riksvegferjesambandene Mortavika-Arsvågen og Halhjem-Sandvikvåg ble utsatt fra 2017 til 2018³³⁷ som et eksempel. Partene viser til at årsaken til at Statens vegvesen utsatte oppstart var at Statens vegvesen skulle konkretisere hvordan Stortingets krav til null- eller lavutslippsferjer skal følges opp, og hevder at eksempelet viser at utsettelse av oppstart er et reelt virkemiddel som oppdragsgiver kan ta i bruk.³³⁸
- (315) Til dette bemerker Konkurransetilsynet at selv om de offentlige innkjøperne har som oppgave å utforme konkurransegrunnlaget, står de ikke fritt til gjøre nødvendige grep som forsterker sin kjøpermak. Årsaken er at det ligger en lang rekke føringer ved utformingen av konkurransegrunnlaget, blant annet rutetider, kapasitet og miljøkrav. Først når disse kravene er tilfredsstillende, kan innkjøper søke å legge til rette for økt konkurranse. Videre er innkjøperne avhengig av å kunne velge mellom flere leverandører. Når det gjelder eksempelet partene trekker frem vedrørende utsatt kontraktsoppstart på Mortavika-Arsvågen og Halhjem - Sandvikvåg, så mottok Statens vegvesen kun ett tilbud, dette fra eksisterende operatør Fjord1, på kontrakten på Mortavika-Arsvågen i perioden 2019 til 2024.³³⁹ Dette illustrerer at selv om Statens vegvesen utsatte oppstart på dette sambandet, var det likevel kun én tilbyder i konkurransen.
- (316) Partene har videre anført at myndighetene kan velge å samle, og således samordne innkjøpsstrategien i markedet i større grad, og at dette vil styrke kjøpermakten ytterligere.³⁴⁰
- (317) Ved forvaltningsreformen 1. januar 2010 ble ansvaret for 78 ferjesamband overført fra Statens vegvesen til fylkeskommunene, jf. avsnitt (67). Bakgrunnen for reformen var å overføre vegnettet, inklusive ferjer med hovedsakelig lokal og regional funksjon, til fylkeskommunene for å sikre en god prioritering mellom ulike lokale tiltak. For ferjedriften sin del var det i tillegg også et tiltak for å koordinere ferjedriften ytterligere mot lokal kollektivtransport.³⁴¹
- (318) Etter forvaltningsreformen har det blitt opprettet et samarbeid mellom Statens vegvesen og fylkeskommunene for å redusere ulik kontraktsoppfølging og bedre koordineringen av utlysninger. Ifølge Statens vegvesen har koordineringen ikke fungert tilfredsstillende, og det vises til at man blant annet ikke har klart å koordinere utlysningstidspunkt og vedståelsesfrister mellom fylkeskommunene og Statens vegvesen.³⁴² Statens vegvesen mener derfor at når innkjøpsprosessen består av ulike økonomiske og juridiske enheter som er dårlig koordinert, vil de ikke kunne opparbeide seg kjøpermak. Partene anfører på sin side at antallet innkjøpere er irrelevant, all den tid innkjøperne foregår gjennom anbudsprosesser hvor oppdragsgiver ensidig fastsetter alle vilkår for deltakelse, gjennomføring og utvelgelse blant tilbyderne. Det anføres videre at det er vanskelig å forstå oppdragsgiverne når de i stor grad i sine høringsvar beskriver at de ikke har mulighet til å utøve kjøpermak, og partene stiller spørsmål om oppdragsgiverne "*har tatt inn over seg betydningen av det konkurranserettslige begrepet kjøpermak*".³⁴³
- (319) Konkurransetilsynet deler ikke partenes oppfatning om at oppdragsgiverne ikke har forstått betydningen av begrepet kjøpermak. Eksempelvis er det trukket frem at få tilbud begrenser

³³⁷ Oppstart på de langsiktige kontraktene på disse sambandene ble senere utsatt til 1. januar 2019.

³³⁸ Tilsvaret side 31-34.

³³⁹ Kontrakten for Halhjem-Sandvikvåg er utlyst, med tilbudsfrist 16. august 2016.

³⁴⁰ Meldingen side 22.

³⁴¹ Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 15.

³⁴² Brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 16.

³⁴³ Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 17. mars 2016, side 8.

muligheten til å utøve kjøpermakt.³⁴⁴ Enkelte oppdragsgivere trekker frem at manglende koordinering på innkjøpssiden, kan føre til at antall tilbydere reduseres, og dermed at kjøpermakten reduseres, for eksempel når utlysningstidspunktene for de ulike anbudene skjer samtidig. Oppdragsgivere har mulighet til å utsette utlysningstidspunktet ved å benytte seg av opsjoner eller ved å lyse ut korte kontrakter, men når oppdragsgiveren kun er ansvarlig for noen få samband, vil dette ha begrenset effekt.³⁴⁵

- (320) I flere av høringssvarene går det likevel frem at oppdragsgiverne kan gjøre mer for å utnytte kjøpermakten.³⁴⁶ Statens vegvesen gir uttrykk for at verken de eller fylkeskommunene har klart å utnytte muligheten til å utøve kjøpermakt, blant annet ved at det ikke har vært tilstrekkelig tid mellom utlysning og oppstartstidspunkt.³⁴⁷ Årsaken til at oppdragsgiverne ikke klarer å utnytte kjøpermakten fullt ut, kan skyldes begrensede administrative ressurser hos oppdragsgiver eller manglende koordinering. Det kan også skyldes at både fylkeskommunene og Statens vegvesen er bundet av politiske føringer ved utforming av kravspesifikasjonene som legges til grunn i anbudsutlysningen.³⁴⁸ Oppdragsgiver står derfor ikke fritt til å utforme konkurransegrunnlaget kun med tanke på å oppnå økt konkurranse. Den politiske prosessen kan også bidra til å forsinke utlysningstidspunktet, og dermed redusere antall tilbydere som har mulighet til å delta i anbudskonkurransen.
- (321) Samlet sett er Konkurransetilsynets vurdering at de offentlige innkjøperne til en viss grad kan stimulere til økt deltakelse gjennom kontraktens utforming og tidspunkt for utlysningen. Mangel på enhetlig og koordinert innkjøp mellom fylkeskommunene og Statens vegvesen, politiske føringer, samt at det er et fåtall rederier som deltar i anbudskonkurransene, indikerer imidlertid at innkjøperne i begrenset grad er i posisjon til å utøve kjøpermakt av betydning.

6.5.1.7 Oppsummering av konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen

- (322) Etter Konkurransetilsynets oppfatning er markedet for drift av ferjesamband sterkt konsentrert før foretakssammenslutningen. Målt i omsetning er Fjord1 den største aktøren med █ prosent, mens Torghatten er den nest største aktøren med █ prosent. De fire største rederiene står for 99 prosent av omsetningen i markedet.³⁴⁹
- (323) Basert på redegjørelsen i kapittel 6.5.1.2 er det Konkurransetilsynets vurdering at Fjord1, Torghatten, og Norled, er nære konkurrenter i alle deler av markedet, og at de således utøver et betydelig konkurransepress overfor hverandre. Med unntak av anbudskonkurranser i Finnmark og Nordland, er Boreal vurdert å være en mindre nær konkurrent i markedet som helhet. I konkurranser om store kontrakter er det Konkurransetilsynets oppfatning at Boreal i liten grad utøver et konkurransepress mot Fjord1, Torghatten og Norled.
- (324) Konkurransetilsynet har videre kommet til at det er betydelige etableringshindringer og begrenset potensiell konkurranse i det relevante markedet. Etter tilsynets vurdering har Statens vegvesen og fylkeskommunene begrenset kjøpermakt.
- (325) Konkurransetilsynet har ikke funnet det nødvendig å ta endelig stilling til om konkurransen er vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen, da sammenslutningen uansett vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen.

³⁴⁴ Se blant annet brev fra Ruter 23. februar 2016, side 15 og brev fra Troms fylkeskommune 1. mars 2016, side 8.

³⁴⁵ Referat fra videokonferanse med Statens vegvesen Vegdirektoratet 8. april 2016, side 2.

³⁴⁶ Se blant annet brev fra Møre og Romsdal fylkeskommune 19. februar 2016, side 9.

³⁴⁷ Referat fra videokonferanse med Statens vegvesen Vegdirektoratet 8. april 2016, side 2.

³⁴⁸ Se blant annet brev fra Hordaland fylkeskommune 12. februar 2016, side 3, brev fra Møre og Romsdal fylkeskommune 19. februar 2016, side 7 og brev fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 25. februar 2016, side 12.

³⁴⁹ Rapport fra Inventura, DNV GL og Oslo Economics (2016), *Analyse av leverandørmarkedet for ferjevirkosomhet – Tiltaksanalyse for utvikling av ferjemarkedet på lang sikt – premissanalyse 5* (utkast), side 4 og 45.

6.5.2 Konkurransesituasjonen etter foretakssammenslutningen

6.5.2.1 Markedsandeler

- (326) Torghattens erverv av 50 prosent av aksjene i F1 Holding, som har enekontroll i Fjord1, innebærer at Torghatten og Fjord1 ikke vil utøve konkurransepress overfor hverandre etter foretakssammenslutningen. I markedet for drift av ferjesamband vil man således i realiteten stå igjen med én aktør som er betydelig større enn den nest største aktøren, Norled, i tillegg til Boreal som har en svært begrenset markedsandel.
- (327) Tabell 5 nedenfor viser markedsandeler i markedet for drift av ferjesamband, målt i omsetning, etter foretakssammenslutningen.

	Torghatten/Fjord1	Norled	Boreal
Markedsandel	■	■	■

Tabell 5 Aktørenes markedsandeler etter foretakssammenslutningen

- (328) Allerede før ervervet er konsentrasjonen i det relevante markedet høy, jf. kapittel 6.5.1.1. Etter foretakssammenslutningen vil Fjord1 og Torghattens samlede markedsandel i markedet for drift av ferjesamband øke til ■ prosent, og HHI i markedet øker fra 3155 til 5740.³⁵⁰ Konkurransetilsynet er av den oppfatning at vedvarende høye markedsandeler hos Torghatten og Fjord1, jf. Tabell 1, indikerer at selskapenes posisjon i markedet ikke er tilfeldig, men heller er et resultat av rederienes markedsstyrke. Stor økning i markedsandeler, høy samlet markedsandel etter foretakssammenslutningen og betydelig økning i HHI, er en indikasjon på at foretakssammenslutningen vil øke Torghatten/Fjord1s markedsrett og føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet.³⁵¹
- (329) Partene påpeker i tilsvaret at Konkurransetilsynet legger for stor vekt på Fjord1 og Torghattens markedsandeler.³⁵² Kommisjonens horisontale retningslinjer omtaler ikke anbudsmarkeder spesifikt, men uttrykker at markedsandeler må sees i sammenheng med de underliggende markedsforholdene.³⁵³ Tilsynets undersøkelser viser at Torghatten og Fjord1 har hatt stabile/svakt økende markedsandeler i perioden 2010-2014, jf. kapittel 6.5.1.1. Videre viser tilsynets undersøkelser at aktører som står for drift av et ferjesamband har en fordel i neste anbudskonkurranse, jf. kapittel 6.4.2.1. Ovennevnte forhold tilsier etter tilsynets vurdering at markedsandeler bør kunne tillegges vekt i gjeldende sak. Gjennomgangen i kapittel 6.4.2.1 om hvilke faktorer som påvirker aktørenes mulighet til å inngi tilbud i en anbudskonkurranse og i kapittel 6.5.1.2.2 om konkurransenærhet, viser at tilgang på fartøy er et svært viktig konkurranseparameter i markedet for drift av ferjesamband. Etter foretakssammenslutningen vil Torghatten og Fjord1 sammen kontrollere rundt 60 prosent av fartøyene i markedet for drift av ferjesamband.³⁵⁴ Det betyr at Torghatten/Fjord1 vil ha store muligheter til å delta og vinne konkurranser innenfor alle segment i markedet. Tilsynet er derfor av den oppfatning at Torghatten/Fjord1s markedsandeler i denne saken tilsier at foretakssammenslutningen virker konkurransebegrensende.
- (330) Som nevnt i avsnitt (204), er høye markedsandeler og et konsentrert marked likevel ikke alene tilstrekkelig for å konkludere med at konkurransen i markedet er begrenset. I det følgende drøftes bortfall av konkurransepress, etableringshindringer, potensiell konkurranse og kjøpermakt som følge av foretakssammenslutningen.

³⁵⁰ HHI er beregnet på markedsandeler basert på omsetning for de fire største aktørene i 2014.

³⁵¹ Case T-282/06 Sun Chemical Group and Others v. Commission [2007] ECR II-2149, paragraph 138.

³⁵² Tilsvaret side 25.

³⁵³ Kommisjonens horisontale retningslinjer, punkt 15.

³⁵⁴ Brev fra Norled AS 24. februar 2016, bilag 2, brev fra Advokatfirmaet Selmer DA 22. februar 2016, bilag 13, brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016, bilag 19, 27, 55 og 64, brev fra Boreal Transport Norge AS 24. februar 2016, bilag 5.

6.5.2.2 Bortfall av konkurransepress

- (331) Som det fremgår av kapittel 6.5.1.2 anser Konkurransetilsynet Fjord1 og Torghatten for å være nære konkurrenter i markedet for drift av ferjesamband. Begge selskapene har en stor fartøyflåte, samt kapasitet og kompetanse til å regne på anbud. Både Torghatten og Fjord1 opererer innen alle segmenter i markedet. Særlig i segmentet for drift av store kontrakter, er selskapene nære konkurrenter da Fjord1 og Torghatten har en større flåte av store fartøy sammenliknet med øvrige rederier. Analyse av anbudsdata viser at Fjord1 og Torghatten møter hverandre i ca. halvparten av anbudskonkurransene de deltar i. Konkurransetilsynet finner at bortfallet av konkurransepress mellom partene utgjør den mest direkte konkurransemessige virkningen av foretakssammenslutningen.
- (332) I høringssvarene har flere av aktørene fremhevet konkurransen mellom Fjord1 og Torghatten som viktig.³⁵⁵ Blant annet skriver GulenSkyss at "[d]riftsdirektør i Torghatten uttalte under eit møte hos Sjøfartsdirektoratet at dei vel kva samband dei skal leggje inn anbod med. Enten er det FosenNamsos, Bastø-Fosen eller Torghatten Nord. Så når dei i tillegg skal få Fjord1 i paraplyen, så blir konkurransen endå dårlegare."³⁵⁶ Dette støttes av interne dokumenter innhentet fra partene, som viser et konkurransepress mellom Fjord1 og Torghatten. I et brev fra Fjord1 til SFJ skriver selskapet:³⁵⁷
- "Fjord1 AS har ein mykje god forretningsposisjon i åra fram til og med 2018 på grunn av allereie tildelte oppdrag. Det gir selskapet ein solid kontantstraum desse åra. Om selskapet får utvikle seg utan at ein konkurrent kjem inn på eigarsida, vil Fjord1 AS vere sterkt posisjonert for strukturelle endringar og ytterlegare konsentrasjon i ferjenæringa. Sjansane for å vinne framtidige anbod på viktige samband er svært gode. Eksisterende materiell kan utviklast vidare. Nytt materiell kan skaffast. Kompetansen i selskapet er mykje tilfredsstillande."*
- (333) [redacted] blant annet uttalt følgende [redacted]
[redacted]³⁵⁸
- (334) Som følge av foretakssammenslutningen, vil det sterke konkurransepresset mellom Torghatten og Fjord1 internaliseres. Dette gir Torghatten/Fjord1 insentiver til å øke prisene i fremtidige anbudskonkurranser, da sannsynligheten for å vinne anbudskonkurransen øker betraktelig når antallet aktører som utøver et konkurransepress mot hverandre reduseres. I perioden 2004-2015 møtte Torghatten og Fjord1 hverandre i rundt halvparten av konkurransene de deltok i, jf. Tabell 4. I 44 prosent av disse konkurransene deltok kun én annen aktør. Dette indikerer at antall tilbydere etter foretakssammenslutningen vil reduseres fra tre til to i flere konkurranser Torghatten/Fjord1 deltar i.³⁵⁹ Dette gjør usikkerheten i markedet vesentlig mindre, og Torghatten/Fjord1s insentiver til å prise aggressivt reduseres.
- (335) Konkurransetilsynet kommer på denne bakgrunn til at Torghattens/Fjord1s insentiver til å konkurrere i markedet etter foretakssammenslutningen vil være betydelig mindre enn Fjord1 og Torghattens insentiver før foretakssammenslutningen.
- (336) Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil Norled være en nær konkurrent til Torghatten/Fjord1 også etter foretakssammenslutningen. Det er imidlertid tilsynets oppfatning nødvendig å vurdere i hvilken grad Norled vil ha insentiver til å prise aggressivt når det blir én mindre konkurrent i markedet. Innenfor økonomisk teori er det generelt akseptert at som følge av den reduserte konkurransen vil også andre aktører enn aktørene som

³⁵⁵ Se blant annet brev fra Norled AS 24. februar 2016, side 15 og brev fra GulenSkyss AS 22. februar 2016, side 4.

³⁵⁶ Brev fra GulenSkyss AS 22. februar 2016, side 4.

³⁵⁷ Brev fra Fjord1 AS til Sogn og Fjordane fylkeskommune, Fylkestingsmedlemmene, 16. november 2015.

³⁵⁸ [redacted]

³⁵⁹ Kilde: Anbudsdata 2004-2015, Konkurransetilsynet.

foretakssammenslutningen omfatter ha større sannsynlighet for å vinne. Dette vil igjen gjøre det mer profitabelt for de andre aktørene i markedet å øke prisene på sine tilbud, jf kapittel 6.4.2.2. Som vist til i Tabell 4, har Norled ofte møtt Torghatten og Fjord1 i anbudskonkurranser. Etter foretakssammenslutningen vil derfor Norled ofte oppleve å møte færre konkurrenter i et marked der det allerede i dag kun er i gjennomsnitt 2,45 deltakere per konkurranse. I likhet med Torghatten/Fjord1, vil Norled oppleve at sannsynligheten for å vinne anbud vil øke som følge av den reduserte konkurransen i markedet, og dermed vil også Norleds insentiver til å prise aggressivt i fremtidig anbudskonkurranser reduseres.

- (337) Boreal har allerede før foretakssammenslutningen en begrenset markedsposisjon og konkurransekraft. Også for Boreal vil insentivene til å prise aggressivt reduseres fordi sannsynligheten for å vinne konkurranser øker etter foretakssammenslutningen.
- (338) Etter Konkurransetilsynets vurdering vil konkurransepresset mellom Torghatten og Fjord1 bortfalle som følge av foretakssammenslutningen. Dette gir Torghatten/Fjord1 insentiver til å øke sine priser. Det er kun to øvrige aktører i markedet av en viss størrelse, Norled og Boreal. Tilsynet finner det sannsynlig at disse aktørene også vil ha insentiv til å øke prisene etter foretakssammenslutningen. Tilsynet er videre av den oppfatning at Boreal kun utøver et begrenset konkurransepress mot Torghatten/Fjord1, særlig i segmentet for drift av store ferjesamband.

6.5.2.2.1 Etableringshindringer og potensiell konkurranse

- (339) Konkurransetilsynet er av den oppfatning at etter foretakssammenslutningen vil en aktør som ønsker å etablere seg i markedet for ferjedrift fortsatt møte betydelige etableringshindre. Som det framgår av kapittel 6.5.1.3 finner tilsynet etablering fra aktører i tilgrensende markeder som lite sannsynlig. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at det fortsatt vil være betydelige etableringshindringer og begrenset potensiell konkurranse også etter foretakssammenslutningen.

6.5.2.2.2 Kjøpermarkt

- (340) Et allerede konsentrert marked blir ytterligere konsentrert med transaksjonen, jf. kapittel 6.5.2.1. Som tidligere nevnt, er Konkurransetilsynets vurdering at foretakssammenslutningen innebærer at antallet aktører i det relevante markedet reduseres. I tillegg vil Torghatten/Fjord1 bli den desidert største aktøren i markedet med en markedsandel målt i omsetning på ■ prosent, jf. Tabell 5 og kontrollere rundt 60 prosent av det samlede ferjemateriellet i markedet.
- (341) Som det framgår i kapittel 6.5.1.6.1 eksisterer det en gjensidig avhengighet mellom driftsoperatører og oppdragsgiver, så selv om oppdragsgiver kan stille krav, samt avvise tilbud og avlyse konkurranser, er de prisgitt de markedsforhold de opererer i. Oppdragsgivers kjøpermarkt begrenses av stor grad av konsentrasjon i det relevante markedet og relativt få tilbydere i anbudskonkurransene. Foretakssammenslutningen innebærer en ytterligere reduksjon i antall tilbydere, og dermed også muligheten til å sette aktørene opp mot hverandre. Konkurransetilsynet legger til grunn at kjøpermakten reduseres i markedet for drift av ferjesamband som følge av foretakssammenslutningen.

6.5.2.2.3 Oppsummering av konkurransesituasjonen etter foretakssammenslutningen

- (342) Etter foretakssammenslutningen vil konkurransepresset mellom de to største aktørene i markedet, Fjord1 og Torghatten, fjernes. Antall aktører i markedet for drift av ferjesamband reduseres dermed fra fire til tre. Boreal er vurdert å ha begrenset konkurransekraft i store deler av markedet. Et allerede konsentrert marked vil således bli ytterligere konsentrert som følge av sammenslutningen.
- (343) De negative virkningene på konkurransen er særlig sterk innenfor drift av store ferjesamband. I dette segmentet er det kun Norled som kan utøve et konkurransepress av betydning på Torghatten/Fjord1 etter foretakssammenslutningen. Innenfor dette segmentet vil transaksjonen i praksis resultere i en reduksjon i antall aktører fra tre til to.
- (344) Konkurransetilsynet er videre av den oppfatning at det fremdeles vil være betydelige etableringshindringer og begrenset potensiell konkurranse, mens kjøpermakten blir ytterligere redusert etter foretakssammenslutningen.

- (345) På denne bakgrunn legger Konkurransetilsynet til grunn at foretakssammenslutningen mellom SFJ og Torghatten vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for drift av ferjesamband.

7 Samfunnsøkonomiske virkninger

7.1 Innledning

- (346) Det følger av ordlyden i konkurranseloven § 16 første ledd at Konkurransetilsynet skal forby en foretakssammenslutning som vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål. Konkurranselovens formål er "å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser", jf. lovens § 1 første ledd. Ved anvendelsen av loven, skal det tas "særlig hensyn til forbrukernes interesser", jf. § 1 annet ledd.
- (347) Det vil ikke foreligge grunnlag for å gripe inn mot foretakssammenslutningen, selv om den fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, dersom foretakssammenslutningen samtidig medfører samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som oppveier de negative følger av at konkurransen begrenses.

7.2 Samfunnsøkonomisk tap

7.2.1 Innledning

- (348) Foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for drift av ferjesamband i Norge. Begrenset konkurranse forventes å føre til en mindre effektiv bruk av samfunnets ressurser, og dette utgjør et samfunnsøkonomisk tap.
- (349) Det samfunnsøkonomiske tapet som følger av begrenset konkurranse, og virkningene overfor forbrukerne, kan oppstå som følge av flere forhold. Utøvelse av markedsrett vil kunne komme til uttrykk gjennom høyere priser, eventuelt i kombinasjon med høyere kostnader, men kan også gi utslag i dårligere service, kvalitet og produktutvalg og begrenset produktutvikling.³⁶⁰ Dette innebærer en sløsing i samfunnsøkonomisk forstand, idet markedstilpasningen gir en samlet ressursbruk som er mindre effektiv enn den ville ha vært med virksom konkurranse.
- (350) I det følgende vil Konkurransetilsynet redegjøre for det samfunnsøkonomiske tapet som vil oppstå som følge av foretakssammenslutningen.

7.2.2 Økte priser

- (351) Konkurransetilsynet finner at foretakssammenslutningen kan føre til økte priser i markedet for drift av ferjesamband i Norge.
- (352) Som beskrevet i kapittel 6.5.2.2, vil foretakssammenslutningen øke sannsynligheten for at de gjenværende aktørene vinner anbudskonkurranser. Bedriftene foretar en avveining mellom sannsynligheten for å vinne anbudskonkurransen og marginene de vil tjene dersom de vinner anbudet. Hvis aktørene som omfattes av foretakssammenslutningen har vært nære konkurrenter før foretakssammenslutningen vil sannsynligheten for å vinne anbud øke betydelig, og disse aktørene vil få sterke insentiver til å øke prisene. Som det fremgår av kapittel 6.5.1.2.2, er Fjord1 og Torghatten nære konkurrenter, og foretakssammenslutningen vil føre til at konkurransepresset og usikkerheten mellom de to selskapene bortfaller. Dette vil etter Konkurransetilsynets vurdering føre til at Torghatten/Fjord1 får insentiver og muligheter til å sette vesentlig høyere priser i fremtidige anbudskonkurranser. Konkurransetilsynet har i avsnitt (192) vist at også konkurrentene til Fjord1 og Torghatten har insentiver til å respondere på en prisøkning med å øke sine priser, noe som vil medføre et velferdstap for samfunnet.
- (353) Partene anfører i tilsvaret at Konkurransetilsynet ikke har vurdert hvorvidt høyere pris fører til redusert kjøp av ferjetjenester. Partene hevder at etterspørselen fra Statens vegvesen og

³⁶⁰ Kommisjonens retningslinjer for vurdering av horisontale foretakssammenslutninger (2004/C 31/03), avsnitt 8.

fylkeskommunene er uelastisk, og at en prisøkning dermed ikke vil føre til redusert innkjøp av ferjetjenester. Partene anfører at økt pris kun vil medføre en omfordelingseffekt, og at det ikke vil gi et dødvektstap.³⁶¹

- (354) Økte priser i anbudskonkurransene vil føre til økte kostnader for Statens vegvesen og fylkeskommunene. Hvilket ferjetilbud oppdragsgiverne kan tilby innbyggerne avhenger av størrelsen på overføringene.³⁶² Konkurransetilsynet legger til grunn at Statens vegvesen og fylkeskommunene har gitte budsjетtrammer. For gitte budsjетtrammer vil økte kostnader kunne føre til et redusert tilbud av ferjetjenester, eksempelvis i form av redusert rutetilbud, og/eller en reduksjon i det øvrige tjenestetilbudet. Alternativt kan det være at de økte kostnadene overføres til passasjerene i form av høyere billettpriser. En reduksjon i det offentlige tjenestetilbudet fra Statens vegvesen og fylkeskommunene vil utgjøre et samfunnsøkonomisk tap. Når prisene til sluttkundene øker, vil dette normalt føre til redusert etterspørsel, noe som også utgjør et samfunnsøkonomisk tap.

7.2.3 Redusert service og kvalitet

- (355) Konkurransetilsynet legger til grunn at den økte markedsmakten til Torghatten/Fjord1, også kan føre til dårligere service og lavere kvalitet i fremtidige anbudskonkurranser.
- (356) Torghatten/Fjord1 vil få insentiv og mulighet til å redusere kvalitet og service. Redusert kvalitet vil kunne oppstå på en lang rekke parametere, som for eksempel investeringer i nytt materiell, satsing på miljøvennlig drift og innovasjon. Etter Konkurransetilsynets vurdering vil ikke kravene i anbudsutlysningene effektivt hindre partene i å senke kvaliteten. Med kun få tilbydere i markedet vil oppdragsgiverne ikke ha alternativer å falle tilbake på dersom partene ikke opprettholder kvaliteten som er beskrevet i anbudsdokumentene. Dette vil særlig gjelde de store sambandene. Redusert service og kvalitet utgjør et velferdstap for samfunnet.

7.2.4 Reduserte insentiver for intern effektivitet

- (357) Konkurransetilsynet legger også til grunn at økt markedsmakt etter foretakssammenslutningen kan gi reduserte insentiver for intern effektivitet. Under virksom konkurranse tvinges foretakene til å fokusere på effektiv drift, da man ellers kan tape omsetning i konkurranse med de andre aktørene i markedet. Betydningen av potensialet for sløsing påpekes av Fornyings- og administrasjonsdepartementet i vedtak av 6. februar 2006 side 14, vedrørende Priors erverv av Norgården: "*[...] manglende konkurranse kan føre til at aktørene ikke har et sterkt nok fokus på intern effektivitet, noe som bidrar til et samfunnsøkonomisk effektivitetstap.*"

7.2.5 Samlet vurdering

- (358) Etter en samlet vurdering finner Konkurransetilsynet at foretakssammenslutningen vil føre til et samfunnsøkonomisk tap. Dette samfunnsøkonomiske tapet er ikke i samsvar med forbrukernes interesser.

7.3 Samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster

7.3.1 Generelt

- (359) Det følger av praksis og økonomisk teori at ikke enhver kostnadsbesparelse utgjør en relevant samfunnsøkonomisk effektivitetsgevinst med hensyn til vurderingen av foretakssammenslutninger. Det er bare bedriftsøkonomiske gevinster som medfører en reell samfunnsøkonomisk ressursbesparelse som er relevante. Rene omfordelinger holdes utenfor vurderingen.
- (360) Det er også et krav at kostnadsbesparelsen er spesifikt knyttet til den aktuelle foretakssammenslutningen. Dette er formulert som et vilkår om at kostnadsbesparelsen må være fusjonsspesifikk/erhvervsspesifikk. Følgelig må Konkurransetilsynet også vurdere i hvilken grad de anførte kostnadsbesparelsene vil kunne realiseres uavhengig av foretakssammenslutningen. Er det sannsynlig at gevinstene kan bli realisert uavhengig av denne, vil de ikke bli hensyntatt.

³⁶¹ Tilsvaret side 34-35.

³⁶² Se for eksempel <http://www.fosna-folket.no/nyheter/2016/04/01/AtB-kutter-i-ferjetilbudet-12545659.ece> og <https://www.nrk.no/nordland/naimak-frykter-kraftig-fergekutt-1.11946390>, 7. juli 2016.

- (361) Videre bemerkes at det kun er kostnadsbesparelser som er tilstrekkelig godt dokumentert og konkretisert som vil bli vurdert. I klagesaken vedrørende Gilde/Prior³⁶³ la departementet til grunn at det i utgangspunktet er partene som må sannsynliggjøre de samfunnsøkonomiske gevinstene ved foretakssammenslutningen. Dette innebærer at det påhviler partene å fremlegge dokumentasjon på gevinstene. Det ligger i dette også et krav om at effektivitetsgevinstene må bli gjennomført innen en rimelig tidsperiode. I klagesaken vedrørende Plantasjen Norge AS/Oddernes Gartneri AS la departementet til grunn at det vil gjøre en streng vurdering av om en påberopt bedriftsøkonomisk gevinst er en samfunnsøkonomisk gevinst, om gevinsten blir realisert og om den er ervervsspesifikk.³⁶⁴
- (362) Foretakssammenslutningen innebærer at Torghatten erverver 50 prosent av aksjene i F1 Holding, og at Torghatten og SFJ får felleskontroll i F1 Holding. F1 Holding har enekontroll i Fjord1. Konkurransetilsynet har konkludert med at foretakssammenslutningen vil forsterke eller føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i det relevante markedet. Kun effektivitetsgevinster som konkret kan relateres til gjennomføringen av transaksjonen i disse markedene vil bli hensyntatt i vurderingen.³⁶⁵

7.3.2 Partenes anførsler

- (363) Partene anfører at foretakssammenslutningen ikke vil føre til noen sammenslåing av partenes virksomhet, og at det derfor ikke oppstår effektivitetsgevinster.³⁶⁶
- (364) Partene anfører videre at for det tilfellet at Konkurransetilsynet skulle mene at transaksjonen innebærer en sammenslåing, forbeholder de seg retten til å komme tilbake til eventuelle effektivitetsgevinster.³⁶⁷
- (365) I varselet³⁶⁸ og i gjentatte møter med partenes advokater, har Konkurransetilsynet gjort det klart at man under konkurransebegrensningskriteriet skal legge det alminnelige vurderingstema for horisontale foretakssammenslutninger til grunn, jf. konkurranseloven §16 første ledd, jf. § 17 første ledd bokstav b.
- (366) Som nevnt i avsnitt (146) vil transaksjonen, etter Konkurransetilsynets vurdering, medføre en varig endring av kontrollforholdene i henhold til konkurranseloven § 17 første ledd bokstav b. Selv om foretakssammenslutningen ikke fører til en sammenslåing av partenes virksomhet, vil konkurransepresset mellom Fjord1 og Torghatten fjernes, og foretakssammenslutningen fører til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen, jfr. kapittel 6.5.2.2.3.
- (367) Siden partene ikke har anført at foretakssammenslutningen vil generere effektivitetsgevinster, har Konkurransetilsynet ikke tatt stilling til dette.

7.3.2.1 Konklusjon

- (368) Partene har ikke fremlagt noen effektivitetsgevinster som følge av foretakssammenslutningen. Konkurransetilsynet kan derfor ikke legge til grunn at det genereres effektivitetsgevinster.

7.3.3 Forholdet mellom positive og negative virkninger

- (369) I konkurranseanalysen har Konkurransetilsynet vist at foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for drift av ferjesamband i Norge.
- (370) Konkurransetilsynet har videre kommet til at foretakssammenslutningen derfor kan lede til et samfunnsøkonomisk tap, og at dette ikke vil være i samsvar med forbrukernes interesser.
- (371) Så lenge partene ikke har anført at det oppstår effektivitetsgevinster som følger av foretakssammenslutningen, kan Konkurransetilsynet ikke legge til grunn at det foreligger

³⁶³ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 5. oktober 2006, Gilde Norsk Kjøtt BA – Prior Norge BA, side 28.

³⁶⁴ Fornyings- og administrasjonsdepartementets vedtak 28. desember 2012, Plantasjen Norge AS – Oddernes Gartneri AS, punkt 8.1.

³⁶⁵ Konkurransetilsynets vedtak V2012-11 A-pressen AS – Mecom Europe AS (Edda Media AS).

³⁶⁶ Meldingen side 34.

³⁶⁷ Meldingen side 34.

³⁶⁸ Varselet side 17.

effektivitetsgevinster som oppveier de negative følgende av foretakssammenslutningen. Sammenslutningen kan derfor være i strid med lovens formål.

8 Konkurransmessige virkninger av ervervet

- (372) Konkurransetilsynet har kommet til at foretakssammenslutningen mellom SFJ og Torghatten vil føre til eller forsterker en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for drift av ferjesamband i Norge. Partene har ikke dokumentert effektivitetsgevinster ved foretakssammenslutningen som kan oppveie det samfunnsøkonomiske tapet. Etter konkurranseloven § 16 første ledd skal Konkurransetilsynet derfor i utgangspunktet gripe inn mot foretakssammenslutningen.
- (373) Dersom Konkurransetilsynet finner at avhjelpende tiltak foreslått av partene vil avbøte de konkurransmessige virkninger som foretakssammenslutningen vil føre til, skal tilsynet i stedet fatte vedtak om inngrep hvor foretakssammenslutningen tillates på disse vilkår, jf. konkurranseloven § 16 annet ledd.
- (374) Det følger videre av det alminnelige kravet til forholdsmessighet i norsk rett at Konkurransetilsynets eventuelle vedtak ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å avhjelpe de negative konkurransevirkningene av foretakssammenslutningen.
- (375) Partenes forslag til avhjelpende tiltak og forholdsmessigheten av et eventuelt inngrep vurderes under kapittel 8.1.

8.1 Vurdering av partenes forslag til avhjelpende tiltak og forholdsmessighet

- (376) I forbindelse med Konkurransetilsynets behandling av saken har partene fremsatt forslag til avhjelpende tiltak 16. juni 2016.³⁶⁹ Tilbudet om avhjelpende tiltak innebærer både strukturelle og atferdsregulerende tiltak. Partene anfører at forslaget til avhjelpende tiltak vil avbøte de konkurransebegrensende virkningene som foretakssammenslutningen vil føre til.
- (377) Partene har tidligere fremsatt forslag til atferdsregulerende avhjelpende tiltak 2. mai 2016. Dette forslaget om atferdsregulerende tiltak ble avvist av Konkurransetilsynet i varsel datert 20. mai 2016.³⁷⁰
- (378) På bakgrunn av en nærmere vurdering av de foreslåtte avhjelpende tiltak har Konkurransetilsynet i denne konkrete saken ikke funnet det nødvendig å sende forslaget som partene fremla 16. juni 2016 på markedstesting til konkurrenter og andre aktører i markedet.
- (379) Når det gjelder de strukturelle tiltakene, fremgår det av Torghattens forslag til avhjelpende tiltak at Torghatten tilbyr å selge sin eierandel på 66,66 prosent i FosenNamsos Sjø. NTS ASA³⁷¹, som eier den resterende aksjeposten på 33,34 prosent, har forkjøpsrett på å kjøpe aksjene. I forslag til avhjelpende tiltak fremgår det at kjøperen skal være utenfor Torghatten-konsernet og at kjøperen skal godkjennes av Konkurransetilsynet. Torghatten foreslår videre at fristen for å selge aksjene skal være ■ måneder etter vedtakets ikrafttredelsesdato. Dersom Torghatten ikke finner en kjøper til aksjene på betingelser som er tilfredsstillende for Torghatten, eller dersom Konkurransetilsynet ikke godkjenner den kjøperen Torghatten finner, skal ikke Torghatten være forpliktet til å selge aksjene.
- (380) FosenNamsos Sjø er en liten aktør i markedet. Selskapet driver ti ferjesamband i Nord-Trøndelag, Hordaland og Sør-Trøndelag.³⁷² Fire av disse sambandene er nylig blitt lyst ut på nytt.³⁷³ Det er ikke avgjort hvem som vil få kontrakten på disse sambandene. FosenNamsos Sjø vant nylig kontrakten på sambandet Flakk-Rørвик for perioden 1. januar 2019 til 31.

³⁶⁹ Arntzen de Besche Advokatfirma AS fremsatte forslag til avhjelpende tiltak i e-post 13. juni 2016, mens forslag til offentlig versjon av avhjelpende tiltak ble mottatt 16. juni 2016.

³⁷⁰ Varslet kapittel 8.1.

³⁷¹ Torghatten har en direkte og indirekte eierandel i NTS ASA på 32 prosent.

³⁷² E-post fra Statens vegvesen Vegdirektoratet 2. mai 2016, bilag 2.

³⁷³ Sambandene inngikk i Hordaland rutepakke 1, utlyst av Skyss.

desember 2028.³⁷⁴ Selskapet hadde i 2014 en omsetning fra drift av ferjesamband på [REDACTED] millioner kroner³⁷⁵.

- (381) Som redegjort for i kapittel 6.5.2 er Konkurransetilsynets oppfatning at foretakssammenslutningen vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i markedet for drift av ferjesamband. Konkurransetilsynets vurdering er at et salg av Torghattens eierandel i FosenNamsos Sjø ikke er tilstrekkelig for å etablere en sterk og nær konkurrent til Torghatten/Fjord1 etter foretakssammenslutningen. FosenNamsos Sjø er en liten aktør, og Konkurransetilsynets oppfatning er at et salg av Torghattens eierandel i selskapet ikke vil føre til at kjøperen av aksjene vil kunne disiplinere Torghatten/Fjord1 etter foretakssammenslutningen.
- (382) Konkurransetilsynets vurdering er at det foreslåtte strukturelle avhjelpende tiltaket ikke vil avhjelpe de identifiserte konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen. Som følge av at salg av FosenNamsos Sjø ikke anses tilstrekkelig til å etablere en sterk og nær konkurrent til partene, er det ikke nødvendig for Konkurransetilsynet å foreta en vurdering av betingelsene for salget, herunder hvorvidt salget skjer til en egnet kjøper og om øvrige betingelser i forslaget til avhjelpende tiltak sikrer en tilfredsstillende gjennomføring av salget.
- (383) Partenes forslag til avhjelpende tiltak fremsatt 16. juni 2016 omfatter også atferdsregulerende tiltak. De atferdsregulerende tiltakene er i hovedsak de samme tiltakene som partene fremla i sitt forslag til avhjelpende tiltak 2. mai 2016. I varselet fant Konkurransetilsynet at dette ikke var egnet til å avbøte de konkurransebegrensende virkningene i markedet for drift av ferjesamband.
- (384) I sitt forslag til atferdsregulerende tiltak forplikter partene seg til ikke å endre avtaleverket mellom dem. I medhold av punkt 1 i forslag til avhjelpende tiltak gjelder dette punkt 2.1, 2.2, 5, 6.8 og 9.3 i Aksjonæravtalen, samt de fremlagte Eierstyringsrutiner og tilhørende Konfidensialitetserklæring. Det fremgår videre av forslaget at partene likevel kan gjøre endringer i nevnte dokumenter dersom Konkurransetilsynet på forhånd har gitt sitt skriftlige samtykke, jf. forslaget til avhjelpende tiltak punkt 2.
- (385) Partene har i brev 2. mai 2016 redegjort nærmere for innholdet i forslaget til avhjelpende tiltak.³⁷⁶ Det fremgår av nevnte brev at Aksjonæravtalen punkt 2.1 og 2.2 [REDACTED]
- Aksjonæravtalen punkt 5
- Punkt 6.8 i Aksjonæravtalen innebærer at [REDACTED]
- Aksjonæravtalen punkt
- 9.3 [REDACTED]
- (386) Når det gjelder Eierstyringsrutiner, fremgår det av forslaget 16. juni 2016 at disse ikke skal [REDACTED], jf. Eierstyringsrutiner punkt 3.1 og 3.2. Av punkt 3.3 følger at konkurransesensitiv informasjon ikke skal videreformidles, og Torghattens styremedlemmer i F1 Holding og Fjord1 må undertegne Konfidensialitetserklæring som skal sikre dette. Punkt 4 i Eierstyringsrutiner fastsetter [REDACTED]

³⁷⁴ Se <http://www.fosna-folket.no/nyheter/2016/07/01/Signerte-milliardkontrakt-om-ferjesambandene-12977274.ece?device=classic>, 7. juli 2016.

³⁷⁵ Brev fra Torghatten ASA 22. februar 2016.

³⁷⁶ Brev fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS 2. mai 2016 med forslag til atferdsmessige avhjelpende tiltak.

- (387) Partene har tilbudt at de foreslåtte atferdsregulerende tiltak skal være bindende for partene i en periode på fem år fra den dag transaksjonen gjennomføres. Dette likevel slik at forpliktelsen kun gjelder så lenge partene har felleskontroll over F1 Holding, jf. forslag til avhjelpende tiltak punkt 4.
- (388) Det fremgår videre av forslaget til avhjelpende tiltak at partene i tiltakets gyldighetstid hvert år skal skriftlig bekrefte overfor Konkurransetilsynet at forpliktelsene er overholdt i samsvar med tiltaket, jf. forslag til avhjelpende tiltak punkt 3.
- (389) Torghatten og Fjord1 er nære konkurrenter innen markedet for drift av ferjesamband hvor begge foretak har høye markedsandeler, særlig innen segmentet for større samband/kontrakter. Ved transaksjonen vil partene få felleskontroll i F1 Holding. F1 Holding har enekontroll over Fjord1. Foretakssammenslutningen medfører at konkurransepresset mellom Torghatten og Fjord1 faller bort, jf. redegjørelsen over i kapittel 6. Konkurransetilsynet finner at den type avtaleverk som partene har fremlagt som forslag til avhjelpende tiltak innebærer en privatrettslig organisering av eierskapet. Dersom Konkurransetilsynet skulle godta denne type avtaleverk som avhjelpende tiltak i foreliggende sak, ville dette være egnet til å undergrave tilsynets rolle i fusjonskontrollen. Dette ved at konkurrenter effektivt vil kunne avtale seg bort fra strukturkontrollen ved måten transaksjonen blir bygget opp på og meldt til Konkurransetilsynet. Tilsynet har derfor kommet til at denne type avtaleverk ikke kan tillegges vekt ved tilsynets vurdering i foreliggende sak.
- (390) I tilsvaret anfører partene at Konkurransetilsynet i varselet på prinsipielt grunnlag avviser vedtaksfesting av avtaleforpliktelser mellom partene og at tilsynet dermed avviker fra tidligere praksis og Kommisjonens praksis.³⁷⁷ I denne forbindelse viser partene til at Konkurransetilsynets i 2014 godkjente foretakssammenslutningen mellom Nortura SA og Prima Slakt AS / NorPri AS / Jæren Eiendomsinvest AS på vilkår der et av vilkårene var knyttet til en avtale mellom partene.³⁷⁸ Til dette bemerker Konkurransetilsynet at den form for avhjelpende tiltak som er til vurdering i foreliggende sak skiller seg fra den type atferdsmessige tiltak som ble godkjent i Konkurransetilsynets vedtak V2014-13 Nortura AS – Prima Slakt AS / NorPri AS / Jæren Eiendomsinvest AS. I den saken gjaldt de atferdsmessige tiltakene en rett og plikt til å kjøpe nærmere angitte varestrømmer.³⁷⁹ Konkurransetilsynet kan heller ikke se at den Kommisjonspraksis partene viser til er egnet til å endre tilsynets standpunkt.³⁸⁰
- (391) Til vurderingen i denne saken kommer at Konkurransetilsynet under enhver omstendighet ikke finner at partenes forslag til avhjelpende tiltak er egnet til å avbøte de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen, og det vises i denne sammenheng til redegjørelsen under kapittel 6.2.2. Som vist til er det Konkurransetilsynets vurdering at selv med de mekanismer partene har oppstilt gjennom Aksjonæravtalen, Eierstyringsrutiner og Konfidensialitetserklæring vil det være en presumsjon for at den enkelte parts styremedlemmer vil følge aksjonærenes kommersielle og strategiske interesser, og at konkurransen mellom Torghatten og Fjord1 således faller bort. Forslaget til avhjelpende tiltak omfatter for øvrig heller ikke avtaleverket i sin helhet. Partene vil således stå fritt til å gjøre endringer i det resterende avtaleverk, uten at Konkurransetilsynet har mulighet til å gripe inn.
- (392) Konkurransetilsynets kontrollmuligheter er videre svært begrenset ved denne type atferdsvilkår. En årlig skriftlig egenerklæring fra partene er etter tilsynets oppfatning ikke et egnet virkemiddel til å kontrollere hvorvidt de avhjelpende tiltak blir overholdt. Konkurransetilsynet har heller ikke mulighet til å senere omgjøre et vedtak om å godkjenne en foretakssammenslutning på vilkår dersom det i ettertid viser seg at klareringen av foretakssammenslutningen var basert på uriktige opplysninger som kan tilbakeføres til noen av transaksjonspartene eller klareringen bygger på svikaktig atferd. Dersom partene ikke opptrer i samsvar med forpliktelsene som er fastlagt gjennom de avhjelpende tiltak kan

³⁷⁷ Tilsvaret side 35.

³⁷⁸ Tilsvaret side 35-36.

³⁷⁹ Konkurransetilsynets vedtak V2014-13, foretakssammenslutningen Nortura AS – Prima Slakt AS / NorPri AS / Jæren Eiendomsinvest AS, vedtakets punkt 5.

³⁸⁰ Sak M.3099 Areva/Urenco/ETC JV og sak M.3817 Wegener/PCM/JV.

Konkurransetilsynet kun ilegge overtredelsesgebyr og straff, jf. konkurranseloven § 29 første ledd bokstav b. Endringen i kontrollforholdene som følge av foretakssammenslutningen er det ikke mulig å reversere.

- (393) Konkurransetilsynets vurdering er på denne bakgrunn at de foreslåtte atferdsregulerende avhjelpende tiltak ikke vil være egnet til å avbøte de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen i markedet for drift av ferjesamband.
- (394) Konkurransetilsynet har vurdert hvorvidt inngrepet er forholdsmessig ut fra de konkurransebegrensningene foretakssammenslutningen medfører. Tilsynet har funnet at vedtaket ikke går lenger enn det som må anses som nødvendig for å avhjelpe de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen. Vedtaket oppfyller således kravet til forholdsmessighet.

9 Vedtak

- (395) På denne bakgrunn og med hjemmel i konkurranseloven § 16, jf. § 20 fjerde ledd fatter Konkurransetilsynet følgende vedtak:

Foretakssammenslutningen mellom Sogn og Fjordane fylkeskommune og Torghatten ASA forbys.

Vedtaket trer i kraft straks.

- (396) Vedtaket kan i henhold til konkurranseloven § 20 a første ledd første punktum påklages innen 15 virkedager. En eventuell klage stiles til Nærings- og fiskeridepartementet, men sendes til Konkurransetilsynet.

Med hilsen



Gjermund Nese (e.f.)
avdelingsdirektør