



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

Ro Sommernes Advokatfirma DA
v/advokat Nils Holger Koefoed
Postboks 1983 Vika
0125 Oslo

Deres ref

Vår ref: 16/4475-60

Dato: 13. juli 2017

Vedtak – klage på Konkurransetilsynets vedtak V2016-4 – St1 Nordic Oy – Blue Energy Holding AS – Blue Energy Holding AS godkjennes som kjøper av St1 Norge Automat AS

1. INNLEDNING

Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) viser til klage fra Blue Energy Holding AS, heretter Blue Energy eller kjøper, og St1 Nordic Oy, heretter St1 Nordic eller selger, av henholdsvis 13. juli 2016 og 14. juli 2016 på Konkurransetilsynets vedtak V2016-04 av 23. juni 2016.

Konkurransetilsynet grep i vedtak V2015-29 av 30. juli 2015 inn mot foretakssammenslutningen mellom St1 Nordic Oy og Smart Fuel AS (heretter Smart Fuel). I vedtaket ble foretakssammenslutningen mellom St1 Nordic og Smart Fuel tillatt på det vilkår at St1 Nordic avhender alle aksjene i St1 Norge AS, heretter omtalt som St1 Norge, som driver 39 ubemannede bensinstasjoner i St1s navn i Norge. Vilkårene slo fast at kjøper må godkjennes av Konkurransetilsynet. Dette vedtaket ble ikke påklaget.

Den 15. februar 2016 ble Konkurransetilsynet orientert om at St1 Nordic og Blue Energy var blitt enige om at sistnevnte skulle kjøpe St1 Norge. I vedtak V2016-04 ble Blue Energy ikke godkjent som kjøper. Etter å ha vurdert partenes klager, fastholdt Konkurransetilsynet sitt vedtak og oversendte klagen til behandling i departementet ved brev av 19. august 2016. Klagen er således rettidig, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd.

2. SAKENS BAKGRUNN

2.1 Konkurransetilsynets vedtak V2015-29

I henhold til aksjekjøpsavtale 18. desember 2014 mellom St1 Nordic og Shell Exploration and Production Holding B.V ervervet St1 Nordic samtlige aksjer i Smart Fuel.

Konkurransetilsynet grep ved vedtak av 30. juli 2015, V2015-29, inn mot foretakssammenslutningen mellom St1 Nordic og Smart Fuel med hjemmel i konkurranseloven § 16. Tilsynet kom til at foretakssammenslutningen ville forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i drivstoffmarkedet.

Denne konklusjonen¹ bygget på faren for horisontale koordinerte virkninger, som skapes ved at bensinmarkedet i Norge er preget av få aktører, med stabile markedsandeler over tid og høy grad av symmetri. Markedet er gjennomsiktig, aktørene møter hverandre kontinuerlig i konkurransen om kundene, og det er preget av depotavtaler og kryss-eierskap. Videre er markedet modent og har lav grad av produkt differensiering. Konkurransetilsynet fant dermed at det er strukturelle forhold ved drivstoffmarkedet som legger til rette for en koordinering.

Etter en konkret gjennomgang² fant Konkurransetilsynet at det forelå en koordinert atferd i markedet forut for foretakssammenslutningen. Tilsynet konkluderte videre med at det var svake insentiver til avvik fra koordinert adferd, og at slik markedsadferd både ville bli oppdaget og sanksjonert av de øvrige aktørene. Trusselen fra aktører utenfor markedet i form av respons eller etablering, ble ansett som liten, men likevel slik at det er lokale variasjoner der en av de mindre kjedene er tilstede og destabiliserer koordineringen mellom de større kjedene.

Konkurransetilsynet påviste videre at pumpeprisen på Statoil-, Shell-, Esso- og Uno-X-stasjoner med St1-stasjoner i lokalmarkedet er i gjennomsnitt omlag 21 øre lavere enn tilsvarende stasjoner uten. Analysene viste dermed at St1 Nordics tilstedeværelse i lokalmarkedet er assosiert med lavere bruttomarginer også kontrollert for andre forhold som kan påvirke prisingsatferden til stasjonene. Selv om andre aktører kan ha tilsvarende virkning i avgrensede lokale markeder, ville ingen andre aktører kunne erstatte St1s rolle i markedet.

St1 Nordic fremsatte forslag til avhjelpende tiltak.³ St1 forpliktet seg til å avhende alle aksjene i St1 Norge til en kjøper godkjent av Konkurransetilsynet og senest 15. februar 2016. Dette innebar at St1 Nordic skal selge sin eksisterende virksomhet i Norge, slik den bestod på tidspunktet for foretakssammenslutningen. Etter oppfyllelse av vilkåret om nedsalg, vil det ikke lenger være overlapp mellom virksomheten St1 kjøpte fra Smart Fuel og den som måtte selges.

¹ Se vedtak V2015-29 kapittel 6.2.

² Se vedtakets kapittel 6.2.3.

³ Se vedtak V2015-29 avsnitt 325-328.

St1 Norge skulle selges som operativ enhet. St1 Nordic påtok seg i den forbindelse en rekke forpliktelser som skal sikre at kjøper skal kunne drive salg av drivstoff fra de aktuelle eiendommer og anlegg som St1 Norge disponerer, og at salgsobjektet ikke forringes frem til salget er gjennomført. St1 Nordic forpliktet seg således til å ikke på eget initiativ legge ned eller stenge stasjoner i eksisterende kjede, foreta andre ekstraordinære endringer i St1 Norge AS samt avstå fra handlinger som svekker konkurransekraften til de stasjoner som skulle selges.

Konkurransetilsynet fant at med de avhjelpende tiltakene, ville de konkurransebegrensende virkningene av foretakssammenslutningen avbøtes. Foretakssammenslutningen mellom St1 Nordic og Smart Fuel ble dermed tillatt på følgende vilkår:

"1. Definisjoner:

a. Med "St1 Nordic" menes St1 Nordic Oy, org. nr. (finsk) 2082259 og selskaper som kontrolleres direkte eller indirekte av St1 Nordic Oy.

b. Med "St1 Norge" menes St1 Norge AS, org. nr. 962 208 878

c. Med "St1 Sverige" menes St1 Sverige AB, org. nr. (svensk) 556308-5942.

d. Med "Smart Fuel" menes Smart Fuel AS, org. nr. 913 285 670.

2. St1 Nordic forplikter seg til å avhende alle aksjene i St1 Norge til en kjøper godkjent av Konkurransetilsynet.

3. Salget av St1 Norge skal skje snarest mulig og senest innen 15. februar 2016.

4. St1 Norge skal selges som en operativ enhet. Dette innebærer at salget omfatter de kontrakter, herunder leie- og forsyningsavtaler, eiendeler og rettigheter som bestod før foretakssammenslutningen og som er nødvendige for at kjøper skal kunne drive salg av drivstoff fra de aktuelle eiendommer og anlegg. I tillegg gjelder følgende inntil salg av St1 Norge er gjennomført:

a. St1 Nordic forplikter seg til å treffe ethvert rimelig tiltak for å sikre at verdien av eksisterende kontrakter, herunder leie- og forsyningsavtaler, eiendeler og rettigheter ikke forringes. Dette omfatter blant annet utøvelse av opsjoner og forlengelse av leiekontrakter og videreføring av avtaler om levering av drivstoff.

b. St1 Nordic forplikter seg til å ikke å legge ned eller stenge stasjoner i eksisterende kjede, med mindre slik nedleggelse eller stenging fremtvinges av tredjemann eller av uforutsette hendelser utenfor foretakets kontroll. Bli slik nedleggelse eller stenging aktuelt, skal Konkurransetilsynet holdes orientert om dette.

c. St1 Nordic forplikter seg til å ikke foreta andre ekstraordinære endringer i St1 Norge.

d. St1 Nordic, herunder Smart Fuel, må avstå fra handlinger som svekker konkurransekraften til de stasjoner som selges i henhold til punkt 2.

5. Kjøper må være uavhengig av St1 Nordic, herunder selskaper i samme konsern som St1 Nordic eller Smart Fuel. Kjøper kan heller ikke være noen som står St1 Nordic, Smart Fuel eller sentrale personer i selskap i samme konsern nær. I en konkret vurdering vil det blant annet bli vektlagt at St1 Nordic og Smart Fuel, selskaper i samme konsern som St1 Nordic eller Smart Fuel, selskaper

som St1 Nordic eller Smart Fuel har eierandeler i, eller blir eid av, ikke direkte eller indirekte, har eierinteresser i kjøper.

6. For å sikre gjenopprettelse av konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen, skal salg skje til en egnet kjøper. I en konkret vurdering vil det, i tillegg til uavhengighet i henhold til punkt 5, blant annet bli vektlagt at kjøper har tilstrekkelig med ressurser, beviselig har eller vil være i stand til å skaffe seg den relevante ekspertisen som er nødvendig for å drive virksomheten videre, samt har insentiver og muligheter til å opprettholde og videreutvikle virksomheten til en levedyktig og aktiv konkurrent til partene og andre konkurrenter i markedet. En aktør som har betydelig overlappende virksomhet med St1 Norges eksisterende virksomhet, vil ikke bli godkjent som kjøper. Det samme vil kunne gjelde for en kjøper med bindinger til en slik aktør.

7. Frem til salg i henhold til punkt 2 er gjennomført, skal St1 Norge drives som selvstendig drivstoffkjede og uavhengig av St1 Nordics øvrige virksomhet i Norge, herunder Smart Fuel, i samsvar med god forretningskikk og slik St1 Norge var drevet forut for foretakssammenslutningen uten at det utveksles informasjon som er egnet til å påvirke selskapenes konkurransemessige atferd

8. St1 Nordic skal sikre at det ikke skjer noe form for konkurransemessig koordinering mellom stasjonene som selges i henhold til punkt 2 og øvrige stasjoner i samme geografiske område som St1 Nordic, herunder Smart Fuel, eier eller kontrollerer.

9. For å sikre at kjøper skal kunne drive virksomheten i St1 Norge videre som en reell konkurrent, forplikter St1 Nordic seg til å tilby følgende som en del av salget i henhold til punkt 2:

a. Levering av driftstjenester som St1 Sverige yter til St1 Norge i dag, i en periode på minimum [REDACTED], herunder regnskap, kontraktsadministrasjon og driftsobservasjon.

b. En rett for kjøper til å benytte varemerket St1 i Norge i en periode på minst seks måneder.

c. Levering av drivstoff av de kvalitetene som St1 Norge selger på sine stasjoner i dag, i en periode på minst [REDACTED] på forretningsmessige vilkår avtalt med kjøper, og slik at konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen gjenopprettes.

10. St1 Nordic forplikter seg i en periode på fem år etter at salget er gjennomført, til å ikke kontakte kjøper, grunneiere eller andre innehavere av rettigheter i eller med tilknytning til en eller flere av stasjonene som omfattes av salgsforpliktelsen i punkt 2, med sikte på å erverve slike rettigheter. Slike rettigheter kan i en periode på tre år under enhver omstendighet ikke erverves uten etter samtykke fra Konkurransetilsynet.

11. Konkurransetilsynet oppnevner forvalter i samsvar med forskrift FOR 2008-09-15 nr. 1021, eller forskrift som erstatter denne, til å påse at salg skjer i samsvar med dette vedtak. St1 Nordic skal fremlegge forslag til forvalter og mandat for oppdraget innen de frister Konkurransetilsynet fastsetter. St1 Nordic, herunder Smart Fuel, forplikter seg innen rammene av forskrift FOR 2008-09-03 nr. 1021, eller forskrift som erstatter denne, til å samarbeide fullt ut med forvalter og yte slik medvirkning som er nødvendig for å gjennomføre forvalteroppdraget.

12. Hvis salg i henhold til punkt 2 ikke er gjennomført innen fristen i punkt 3, kan Konkurransetilsynet kreve at forvalter overtar oppdraget med å forestå salget.

13. Foretakssammenslutningen mellom St1 Nordic Oy og Smart Fuel AS kan ikke gjennomføres før forvalter og mandat i henhold til punkt 11 er godkjent av Konkurransetilsynet."

Statsautorisert revisor Helge A. Østvold i BHL DA ble oppnevnt som forvalter 10. september 2015, heretter omtalt som forvalter.

3. PARTENE OG TRANSAKSJONEN

3.1 St1 Nordic Oy

St1 Nordic er en del av det finske energiselskapet Keele Oy⁴. St1 Nordic har fire heleide datterselskaper, St1 Norge AS (fra 31. august 2016 endret dette selskapet navn til St1 Norge Automat AS), St1 Sverige AB, St1 Oy og St1 Biofuels Oy. De tre førstnevnte datterselskapene har hovedvirksomhet innen salg, distribusjon og markedsføring av oljeprodukter i henholdsvis Norge, Sverige og Finland. St1 Biofuels Oy har virksomhet innen utvikling av biodrivstoffteknologi. Keele Oy er majoritetsaksjonær i St1 Nordic med en eierandel på 65,5 prosent.⁵ St1 Nordic hadde i 2016 en konsolidert omsetning på om lag 4390 millioner euro.

3.2 Blue Energy Holding AS

Blue Energy er et holdingselskap som ble stiftet i november 2015 hvor formålet er å etablere og drive drivstoffutsalget. Blue Energy eies av AS Green Cube Innovation (Green Cube). Green Cube ble stiftet 3. april 2007 og eies av Jon Erik Brøndmo AS (39,1 prosent), Pequod Expeditions AS (39,1 prosent) og en rekke mindre investorer.

Green Cube er et investeringsselskap med satsningsområde innenfor fornybar energi og miljøvennlige løsninger. Green Cube har tre heleide datterselskaper: Eco-1 Bioenergi AS (heretter "Eco-1"), Bioproduksjon AS, AS Green Cube Management og Blue Energy. Eco-1 står for hoveddelen av virksomheten i Green Cube-konsernet. Omsetningen i 2016 var ca. 141 millioner kroner. Eco-1 leverer biodrivstoff til varme og transport (ferger, tog, busselskap og transportselskap), samt til erstatning av fossil fyringsolje. Det planlegges også etablering av en stasjonskjede som skal selge biodrivstoff.⁶

⁴ St1 Group Oy har tre heleide datterselskaper, St1 Sweden Holding AB, St1 Supply AB og St1 Refinery AB. St1 Refinery AB eier og drifter oljeraffineri beliggende utenfor Göteborg. St1 Supply AB selger drivstoffet til selskaper i konsernet og i det åpne markedet.

⁵ Se Konkurransetilsynets vedtak V2015-29 avsnitt 15 og 16.

⁶ Konkurransetilsynets vedtak V2016-4 avsnitt 22-24, forvalters innstilling punkt.2.1, brev fra kjøper til departementet av 2. mars 2017, 15. mars 2017 og 14. juni 2017.

3.3 Aksjekjøpsavtalen

Den 15. februar 2016 ble Konkurransetilsynet orientert om at Blue Energy skulle kjøpe samtlige aksjer i St1 Norge, iht. aksjekjøpsavtale mellom St1 Nordic og Blue Energy av 20. januar 2016.

I tillegg til selve aksjeervertet, hadde avtalen mellom partene vilkår om selgerfinansiering, at kjøperen skulle få tilgang til selgers merkevare, og at selger skulle sikre kjøper tilgang på drivstoffprodukter. Tilgang til selgers merkevare og tilgang for kjøper til å kjøpe drivstoffprodukter var vilkår i Konkurransetilsynets vedtak V2015-29. Aksjekjøpsavtalen inneholdt derfor også en License Agreement (merkevareavtale) og Supplyavtale (avtale som sikrer kjøper tilgang på drivstoff). Departementet fikk oversendt siste versjoner av aksjekjøpsavtalen og merkevareavtalen 2. mars 2017. Siste versjon av Supplyavtalen ble oversendt 3. april 2017.

Finansieringen og innholdet i merkevareavtalen beskrives nærmere nedenfor.

3.4 Merkeavtalen

Selger og kjøper inngikk en License Agreement (heretter "merkevareavtalen") som gir kjøper rett til å bruke merkevarenavnet St1 i Norge. Avtalen sikrer Blue Energy enerett til bruk av St1 Nordics merkevare i Norge, under hele avtalens løpetid. Dette innebærer i praksis også at St1 Nordic ikke har adgang til å benytte sin egen merkevare på de utsalgsstedene som er omfattet av transaksjonen som er omhandlet i vedtak V2015-29. Avtalen gjelder for to og et halvt år fra gjennomføringen av oppkjøpet, og kjøper har rett til å si opp avtalen med tre måneders varsel.

Opprinnelig var varigheten på merkevareavtalen fem år. Det var også åpnet for at partene på et hvilket som helst tidspunkt kan bli enige om å forlenge avtalen med ytterligere fem år. Videre var det også en åpning for at St1 Nordic kunne benytte merkevarenavnet i forbindelse med egen forretningsdrift i Norge. Kjøper skulle betale variabel royalty for bruken av merkevarenavnet, kjøper måtte søke om selgers godkjenning for å benytte St1-merkevarenavnet på nye stasjoner, samt at selger skulle godkjenne nye drivstoffvarianter. Videre skulle kjøper i henhold til merkevareavtalen godkjenne en oversiktsplan for markedsføring- og kommunikasjonsaktiviteter av selger. Det var også begrensninger på hvilken måte kjøper kunne benytte St1-merket i markedsføring og kommunikasjon.⁷

Etter at Konkurransetilsynet sendte partene varsel om at Blue Energy ikke ville bli godkjent som kjøper av St1-stasjonene ble merkevareavtalen endret på flere punkter. Punktene som omhandlet variabel royalt-avgift, kjøpers plikt til å søke selger om godkjenning av åpning av nye St1-profilerte stasjoner og introduksjon av nye drivstoffvarianter, samt deler av punktet som omhandler markedsføring av merkevaren ble tatt ut.

⁷ Se Konkurransetilsynets vedtak V2016-4 avsnitt 82.

3.5 Finansiering

Blue Energys aksjeerverv er finansiert gjennom et banklån fra Danske Bank på [REDACTED] kroner og et obligasjonslån på [REDACTED] kroner, som er fulltegnet av St1 Nordic og som skal noteres på Oslo børs.

Som sikkerhet for banklånet stilles førsteprioritetspant i aksjene i St1 Norge/Blue Energy, en garanti på 20 millioner kroner fra Green Cube Innovation, samt en garanti på 5 millioner euro fra St1 Nordic.⁸ Banken har opplyst til departementet, at selv om detaljene ikke var endelig fastsatt i låneavtalen, var det en klar forutsetning for banken at garantien skulle være en selvskyldnerkausjon. Dette innebærer normalt at både selger og morselskap garanterer for både debitors betalingsevne og betalingsvilje. Det er ikke avtalt noen form for sikkerhetsstillelse for St1 Nordics garantiforpliktelser.

3.6 Forvalters vurdering av om kjøper oppfylte vilkårene i vedtak V2015-29

Konkurransetilsynet mottok 16. mars 2016 Forvalters vurdering av om Blue Energy oppfylte vilkårene i vedtak V2015-29.⁹ I sin rapport gjennomgikk Forvalter kjøpers egnethet, herunder ble finansieringen av oppkjøpet og fremtidig drift, kompetanse og egnethet vurdert. Forvalters vurdering var basert på den finansieringsformen som opprinnelig var planlagt. Forvalters vurdering var at Blue Energy var uavhengig av selger og dets eiere i samsvar med kravene i vedtak V2015-29 punkt 5. Videre var det etter Forvalters vurdering sannsynliggjort at kjøper har eller innen kort tid ville tilegne seg nødvendig ekspertise til å kunne drive og videreutvikle virksomheten. Det var også Forvalters vurdering at den foreslåtte kjøperen ville ha insentiver til å videreutvikle virksomheten som en aktiv konkurrent i markedet. I den grad det var usikkerhet knyttet til kjøpers egnethet anførte forvalter at dette gjaldt kjøpers finansielle struktur og evnen til å betjene renter og nedbetaling av selgerkreditten.

4. KONKURRANSETILSYNETS VEDTAK V2016-4

Under henvisning til vilkårene i Konkurransetilsynets vedtak V2015-29 anmodet St1 Nordic om at Konkurransetilsynet godkjente Blue Energy som kjøper. St1 Nordic var av den oppfatning at samtlige av vilkårene i V2015-29 var oppfylt, og at Blue Energy måtte godkjennes som kjøper av aksjene i St1 Norge Automat.

Konkurransetilsynet sendte imidlertid 13. april 2016 partene varsel om at kjøper ikke godkjennes, og 23. juni 2016 fattet Konkurransetilsynet om at Blue Energy ikke godkjennes som kjøper av St1 Norge.

Utgangspunktet for Konkurransetilsynets vurdering av om Blue Energy skulle godkjennes som kjøper av St1 Norge, var om selskapet kunne utøve et minst like sterkt

⁸ Se Konkurransetilsynets vedtak V2016-4 avsnitt 58.

⁹ Rapport om forvalteroppdrag – St1 Nordic Oy og St1 Norge AS. Forvalters vurdering av kjøper i forhold til innfrielse av vilkårene i vedtaket, av 16. mars 2016

konkurranserepress på de fire største aktørene i markedet som St1 Nordic gjorde før foretakssammenslutningen.

Konkurransetilsynet mente at selgers omfattende rolle i finansieringen, ved at selger bl.a. blir kjøpers klart største kreditor, innebar en begrensning av kjøpers uavhengighet, og at dette ville begrense det avhjelpende tiltakets effektivitet. Et slikt avhengighetsforhold vil kunne svekke partenes insentiver til å konkurrere med hverandre og kunne føre til økt gjennomsiktighet mellom partene.

Konkurransetilsynet mente også at selgers omfattende rolle i finansieringen av transaksjonen viste at kjøper ikke hadde tilstrekkelige finansielle ressurser til å opprettholde og videreutvikle virksomheten til en levedyktig og aktiv konkurrent til selger og andre konkurrenter i markedet. Videre mente Konkurransetilsynet at det var flere forhold som tilsa at kjøper ikke hadde tilstrekkelige ressurser til å være en effektiv konkurrent i markedet. Dette var knyttet til konsernets lave egenkapital, og at kjøper derfor var avhengig av stabil fremtidig inntjening og/eller ytterligere ekstern finansiering for å kunne betjene gjeld og gjennomføre nødvendige investeringer.

Når det gjelder merkevareavtalen, er Konkurransetilsynets vurdering at varigheten sammen med den betydelige usikkerheten knyttet til hva som vil skje når avtalen utløper, begrenser kjøpers uavhengighet og gjør det usikkert om kjøper er egnet til å gjenopprette konkurransen i markedet på lang sikt. Videre er det lagt vekt på at merkevareavtalen legger føringer på kjøpers forretningsdrift og markedsføring og sånn sett skaper tilknytningspunkter mellom partene.

5. KLAGENE

5.1 St1 Nordic Oys klage

St1 Nordic anfører at det har skjedd endringer i drivstoffmarkedet som medfører at det opprinnelige inngrepsgrunnlaget i fusjonsvedtaket har falt bort. I den forbindelse vises det til at markedet står ovenfor strukturelle endringer som reduserer sannsynligheten for stilltiende samarbeid (koordinerte virkninger). Selger er følgelig uenig i Konkurransetilsynets skadehypotese.

Selger mener derfor at departementet i klagebehandlingen må ta hensyn til denne utviklingen i drivstoffmarkedet når det skal vurdere vilkåret om at salg skal skje til en egnet kjøper for å sikre at konkurransesituasjonen før foretakssammenslutningen gjenoprettes.

Selger ber subsidiært departementet om å endre eller omgjøre fusjonsvedtaket og godkjenne foretakssammenslutningen uten vilkår, eller alternativt at vilkårene lempes og gjøres mindre tyngende for St1, jf. forvaltningsloven § 31 og/eller § 35.

Selger anfører at kjøper er uavhengig av selger og at den valgte finansieringsløsningen ikke endrer på dette. Det anføres at obligasjonslånet ikke reduserer partenes insentiv til å konkurrere med hverandre, og at finansieringen ikke medfører økt gjennomsiktighet partene imellom eller utveksling av konkurransesensitiv informasjon.

Selger stiller spørsmålstegn ved Konkurransetilsynets forutsetning om at finansielle ressurser er avgjørende for konkurranseevnen og mener videre at objektive vurderinger tilsier at kjøper har de nødvendige finansielle ressursene for å konkurrere. Selger hevder at kjøper vil være en effektiv konkurrent, og at tilsynet ikke har framlagt dokumentasjon på det motsatte.

Selger anfører at merkevareavtalen mellom selger og kjøper er nødvendig for å oppfylle vilkårene i V2015-29, og at tilsynets bekymringer knyttet til merkevareavtalen står i motstrid til kravene i V2015-29. Selger anfører videre at en deling av merkevare vil være regulert av konkurranseloven § 10.

Selger påpeker også at de ikke har en forpliktelse til å finne den best tenkelige kjøper fra Konkurransetilsynets perspektiv, og at tilsynet legger til grunn en for lang tidshorison i sin vurdering av kjøper. Samlet mener St1 Nordic at kjøper oppfylder vilkårene i V2015-29, og at departementet derfor må fatte vedtak om at kjøper godkjennes.

5.2 Blue Energys klage

Blue Energy er av den oppfatning at tilsynet i altfor stor grad har stilt krav til en forbedret konkurransesituasjon i bensinmarkedet, og at dette er å kreve mer enn at konkurransen på markedet gjenoprettes. Kjøper anfører at Konkurransetilsynet ved ikke å godkjenne Blue Energy AS som kjøper har lagt til grunn en for streng forståelse av vilkåret gjenoppsettelse av konkurransesituasjonen, og følgelig gått utenfor de rettslige rammene i fusjonsvedtaket.

Kjøper anfører at de er uavhengig av selger og at den valgte finansieringsløsningen ikke endrer på dette. I følge kjøper overtas det ingen form for kontroll, konkurranseinsentivene svekkes ikke gjennom finansieringen, selger har ingen krav ved konkurs, det vil ikke skje utveksling av konkurransesensitiv informasjon og finansieringen er ikke i denne saken et symptom på en svak økonomi hos kjøper. Kjøper anfører tvert imot at kjøper vil være en solid og likvid aktør som evner å ta over den rollen som prispresser St1 tidligere har representert i bensinstasjonsmarkedet.

Merkevareavtalen vil heller ikke endre på dette. Det anføres at den vil skape nødvendig tid og spillerom til å finne en egen plass som konkurransefremmende og konkurranse-dyktig aktør i det norske drivstoffmarkedet.

Kjøper viser også til at forvalter ikke har påpekt forhold som reiser tvil om kjøpers uavhengighet fra selger, og at forvalter ikke deler Konkurransetilsynets skepsis til kjøpers egnethet. Videre anfører kjøper at forvalters tvil om kjøpers økonomiske evner er ubegrunnet.

Avslutningsvis mener kjøper at selskapet oppfylder vilkårene til en egnet og uavhengig kjøper av St1 Norge, jf. slutning 5 og 6 i vedtak V2015-29 og ber om at klagen gis oppsettende virkning.

5.3 Konkurransetilsynets kommentarer¹⁰

5.3.1 Omgjøring på bakgrunn av endrede markedsforhold

Når det gjelder omgjøring av vedtak V2015-29, viser Konkurransetilsynet til at klagefristen er utløpt. Videre var det St1 Nordic selv som foreslå de avhjelpende tiltakene, og vedtaket ble ikke påklaget. Opplysningene knyttet til etterfølgende utvikling i markedet kan etter tilsynets vurdering heller ikke medføre at det av særlige grunner er rimelig at klagen blir prøvd, jf. fvl. § 31 første ledd bokstav b. Konkurransetilsynet kan videre ikke se at det er grunnlag for omgjøring etter forvaltningsloven § 35.

5.3.2 Vilkåret om gjenopprettelse av konkurransesituasjonen

Konkurransetilsynet mener at Blue Energy ikke vil være en like effektiv konkurrent som St1 Nordic var før foretakssammenslutningen. Å godkjenne Blue Energy som kjøper vil derfor medføre at konkurransen i markedet for drivstoff svekkes sammenliknet med situasjonen før foretakssammenslutningen. Ettersom konkurransen i markedet allerede var vesentlig begrenset før foretakssammenslutningen mellom St1 Nordic og Smartfuel, vil en godkjenning av Blue Energy som kjøper medføre at transaksjonen vil forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med konkurranseloven § 16 første ledd. Et salg til Blue Energy vil følgelig ikke medføre at konkurransen gjenoprettes. Det er derfor tilsynets vurdering at ikke er lagt til grunn en for høy terskel for godkjenning av kjøper slik partene anfører.

5.3.3 Forvalters vurdering

Konkurransetilsynet viser til at forvalters innstilling ikke er bindende for Konkurransetilsynet. Forvalters innstilling har vært med på å danne beslutningsgrunnlaget for V2016-4. Konkurransetilsynet anfører at forvalter ikke har vurdert partenes uavhengighet ut over personelle bindinger og eierskapsbindinger. Videre har ikke forvalter vurdert virkningen på konkurransen av merkevareavtalen eller selgers rolle i finansiering. Konkurransetilsynet har i sin vurdering vektlagt disse forholdene, samt kjøpers begrensede finansielle ressurser, og har derfor en annen vurdering av kjøpers uavhengighet og egnethet.

5.3.4 Finansieringen

Konkurransetilsynet er enig i et obligasjonslån skaper en større distanse mellom låntaker og långiver sammenliknet med en opprinnelige foreslått finansieringsmodell. Tilsynet mener likevel at det oppstår tilknytningspunkter og reduserte incentiver til å konkurrere også ved den formen for finansiering. Videre er selger fortsatt garantist for banklånet.

Tilsynet er også av den oppfatning at de tilknytningspunkter som oppstår mellom partene som følge av selgers rolle i finansieringen, kan medføre noe økt gjennomsiktighet. Dette

¹⁰ Konkurransetilsynets oversendelsesbrev til Nærings- og fiskeridepartementet av 19. august 2016.

knytter seg til at selger får kjennskap til kjøpers finansieringskostnader, og vil få informasjon dersom kjøper refinansierer banklånet og/eller obligasjonslånet. Videre vil selger få informasjon dersom det skulle oppstå en situasjon der hele eller deler av selgers garanti for kjøpers banklån kreves inn.

5.3.5 Finansielle ressurser

Etter Konkurransetilsynets vurdering er det flere forhold som tilsier at kjøper ikke har tilstrekkelige ressurser til å være en effektiv konkurrent i markedet. Dette er knyttet til konsernets lave egenkapital, og at kjøper derfor vil være avhengig av stabil fremtidig inntjening og/eller ytterligere ekstern finansiering for å betjene gjeld, gjennomføre investeringer og bli en levedyktig og aktiv konkurrent i markedet. Videre er tilsynet av den oppfatning at selgers rolle i finansieringen kan indikere at kjøper ikke har tilstrekkelige finansielle ressurser til å fungere som en effektiv konkurrent i markedet.

Kjøpers finansielle ressurser gjør at kjøper er sårbar for perioder med lav lønnsomhet og/eller priskrig i markedet. Tilsynet mener dette reduserer kjøpers muligheter og insentiver til å konkurrere i markedet. Tilstrekkelige finansielle ressurser er derfor avgjørende for at konkurransen i markedet gjenoprettes.

Det er Konkurransetilsynets oppfatning at det ikke har fremkommet nye opplysninger i klagen som gir grunnlag for en endret vurdering av kjøpers finansielle ressurser.

5.3.6 Merkevareavtalen

Konkurransetilsynet anfører i oversendelsene av klagen på vedtak V2016-4 av 19. august 2016¹¹ at merkevareavtalen vil kunne skape tilknytningspunkter og begrenset avhengighet. I en overgangsperiode kan det likevel være nødvendig med en merkevareavtale for at en kjøper skal kunne tre inn i markedet.

Tilsynet viser til at det fra kjøpers side ikke er presentert konkrete planer for når og hvordan de skal etablere seg i markedet som en selvstendig og uavhengig aktør. Dette, sammen med lengden på avtalen og kjøpers svake finansielle ressurser tatt i betraktning, innebærer at avtalen bærer preg av et varig forhold og går dermed utover punkt 9b i V2015-29. Tilsynet mener at det er en reell fare for at merkevareavtalen forlenges uten at det gis enerett for bruk av St1-merkevaren.

Videre mener tilsynet at innholdet i merkevareavtalen gir tilknytningspunkter som reduserer kjøpers uavhengighet og øker gjennomsiktigheten mellom partene, samt begrenser kjøpers insentiver og muligheter til å konkurrere gjennom markedsføring.

Det er Konkurransetilsynets oppfatning at det ikke har fremkommet nye opplysninger i klagen som gir grunnlag for en endret vurdering av merkevareavtalen.

¹¹ Brev fra Konkurransetilsynet av 19. august 2016 til Nærings- og fiskeridepartementet om oversendelse av klager på vedtak V2016-4, avsnitt 55.

5.3.7 Samlet vurdering

Konkurransetilsynet kan ikke se at det er fremsatt vesentlige nye opplysninger i partenes klager på vedtak V2016-4. Bekymringene tilsynet har pekt på i vedtaket knyttet til finansieringen, kjøpers finansielle ressurser og merkevareavtalen er fortsatt til stede. Samlet er det derfor tilsynets vurdering at kjøper hverken vil være uavhengig av selger eller egnet til å gjenopprette konkurransen i markedet. Klagen kan derfor ikke føre frem, og Blue Energy kan derfor ikke godkjennes som kjøper av St1 Norge.

5.4 Finansiell analyse fra KWC

Partene engasjerte konsultentselskapet KWC AS (KWC) for å gjøre en finansiell analyse av Blue Energy Holding AS.¹²

KWC har beskrevet og vurdert St1 Norge og Blue Energy sine kontantstrømmer (på konsolidert basis) etter gjennomføring av transaksjonen. KWC påpeker at St1-stasjonene har historisk hatt en sterk årlig kontantstrøm på tross av at de har vært en effektiv konkurrent i markedet. Det er KWC sin vurdering at forventede fremtidige kontantstrømmer dekker kostnadene knyttet til den planlagte finansieringen. KWC viser også at forventede fremtidige kontantstrømmer tåler negative avvik og er robuste når det gjelder dekning av løpende forpliktelser mot den foreliggende finansieringen. Den reelle egenkapitalen i Blue Energy vil være betydelig etter kjøpet av St1 Norge.

KWC finner videre at det er få holdepunkter basert på historiske resultater som tilsier at selskapet ikke vil kunne ha samme lønnsomhet og konkurranseevne framover. KWC mener at kjøpet av St1 Norge øker sannsynligheten for gjennomføringen av Blue Energy sin forretningsplan og samlet sett vil være verdiøkende utover egenverdien i transaksjonen.

KWC har også vurdert betingelsene knyttet til banklånet i Danske Bank og obligasjonslånet, og mener at dette er normale og markedsmessige betingelser.

6. DEPARTEMENTETS VURDERING

6.1 Rettslig grunnlag for departementets vurdering

Denne saken handler om gjennomføring av et avhjelpende tiltak, vedtatt i Konkurransetilsynets vedtak V2015-29, med hjemmel i konkurranselovens § 16. Det rettslige grunnlaget for departementets klagesaksbehandling er således vilkårene i Konkurransetilsynets vedtak V2015-29. Det er særlig vilkårenes punkt 5 og 6 som har relevans i saken. Disse vilkårene må tolkes etter sin ordlyd, men både premissene i vedtak V2015-29, og lovgrunnlaget for dette vedtaket er relevante i vurderingen.¹³

¹² Rapport "Blue Energy Holding AS – Finansiell analyse av Selskapet" fra KWC AS av 28. september 2016, oversendt departementet 28. september 2016 fra Ro Sommernes Advokatfirma DA.

¹³ Se Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets vedtak av 18. mars 2013 om Scandinavian Repaving Recycling AS' kjøp av Lemminkäinen Norge AS' asfaltverk i Harstad.

Punkt 5 i fusjonsvedtaket krever at kjøper må være uavhengig av selger. Første punktum slår fast at kjøper skal være uavhengig av St1 Nordic og selskaper i samme konsern. Annet punktum omhandler konkrete bindinger som medfører at kjøper ikke vil bli ansett som uavhengig. I den konkrete uavhengighetsvurderingen skal det blant annet vektlegges at St1 Nordic og tilknyttede selskaper verken har direkte eller indirekte eierinteresser i kjøper. Det følger imidlertid av uttrykket 'blant annet' at også andre typer bindinger og kontaktflater mellom kjøper og selger enn rene eierinteresser vil kunne tillegges vekt i vurderingen. Annet punktum angir således ikke uttømmende hvilke relasjoner som medfører at kjøper ikke vil anses uavhengig av St1 Nordic, og selv om verken selgerfinansiering eller andre avtalemessige bindinger er eksplisitt berørt i bestemmelsen, vil slike bindinger likevel måtte vurderes under dette vilkåret.

Formålet med vilkårene i vedtaket er å sikre at salget av St1 Norge, ikke leder til en svakere konkurranse, enn situasjonen før foretakssammenslutningen mellom St1 Norge og Smart Fuel. Tilsynet mener som kjent at denne sammenslåingen vil forsterke en allerede vesentlig begrensning i konkurransen. Vilkårene er derfor strengere enn et krav om at kjøper og selger må være to separate økonomiske enheter, men likevel slik at en rekke avtalerelasjoner mellom kjøper og selger kan være akseptable. For eksempel gjelder det et vilkår om at kjøper må gis tilgang til selgers merkevare for minst seks måneder, punkt 9 b), og et krav om tjenesteleveranser omhandlet i punkt 9 a) og b).

Dette innebærer at bindingene mellom St1 Nordic og Blue Energy AS som Konkurransetilsynet mener etableres gjennom merkevareavtalen og finansieringsmåten også vil måtte vurderes, selv om disse bindingstypene ikke uttrykkelig fremgår av ordlyden. Departementet viser i den forbindelse til at slike samarbeid kan etablere bindinger mellom kjøper og selger, som kan skape insentiver til koordinert atferd og redusert konkurranse.

Punkt 6 i vilkårene gir grunnlag for en konkret vurdering av om kjøper er egnet. Formålet er å gjenopprette konkurransesituasjonen i markedet, etter gjennomføringen av den konkurransebegrensende foretakssammenslutningen. I den konkrete vurderingen skal det vektlegges om kjøper har tilstrekkelige ressurser og insentiver til å bli en aktiv konkurrent til partene i foretakssammenslutningen og de andre aktørene i markedet. Tilgang på 'ekspertise', og 'muligheter' til å respondere på insentivene til å være en aktiv konkurrent, fremheves som sentralt. I tillegg presiseres at en kjøper med betydelig overlappende virksomhet med partene i foretakssammenslutningen eller andre markedsaktører ikke vil bli ansett som egnet, men det er ikke relevant for denne saken, og behandles ikke videre.

Departementet forstår dette vilkåret slik at en kjøper vil være egnet kun dersom den har insentiver til å være en aktiv konkurrent, og har tilstrekkelige ressurser til å kunne være en aktiv konkurrent. Understrekingen av ressursen 'ekspertise' eller 'muligheter' viser at de særlig sentrale ressursene i egnethetsvurderingen er kompetanse og økonomiske ressurser til å drive virksomheten som skal selges. Kravet er ikke nærmere presisert eller kvantifisert, og vilkåret i punkt 6 blir derfor en sterkt skjønnspreget vurdering. Skjønnsutøvelsen vilkåret legger opp til, må etter departementets vurdering knyttes til den virksomheten nedsalgsforpliktelsen gjelder, slik at skjønnsstemaet blir om Blue

Energy har de nødvendige ressursene til å drive de stasjonene saken gjelder, som en aktiv konkurrent overfor de andre kjedene i markedet.

Videre fokuserer punktet på kjøpers insentiver til å være en aktiv konkurrent, men dette utdypes ikke nærmere. Departementet oppfatter dette som et krav om at kjøper må ha insentiver til å videreføre de 39 ubemannede bensinstasjonene med om lag den samme strategien som selger har fulgt. I praksis betyr dette at kjøper må antas å ha insentiver til å fortsette som lavprisaktør og prispresser i markedet.

Departementet oppfatter dermed vilkårene i vedtak V2015-29 som fornuftige og funksjonelle krav for å sikre at ikke konkurransen i markedet blir svekket ved gjennomføringen av foretakssammenslutningen. Dermed er det god sammenheng mellom vilkårenes strenge krav til uavhengighet og egnethet, og vilkårenes funksjon som verktøy for å gjenopprette konkurransen i markedet når en foretakssammenslutning som ellers skulle være stanset, likevel blir tillatt. Det er derfor ikke grunn til å avgrense eller innskrenke vilkårene i punkt 5 og 6.

Departementet legger for øvrig til grunn at bestemmelsen om avhjelpende tiltak i konkurranselovens § 16 annet ledd etter sin ordlyd ikke kommer til anvendelse i foreliggende sak, slik at vilkårsfastsettelse i denne saken følger alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

6.2 Departementets saksbehandling

I etterkant av at klagen ble oversendt departementet er det foretatt en grundig vurdering av fremlagt informasjon i saken. Mye ny informasjon er innhentet fra partene, partenes finansieringsforbindelser, forvalter og KWC.

Departementet har i løpet av klagesaksbehandlingen avholdt flere møter og telefonmøter med klagerne, Konkurransetilsynet og andre involverte aktører i saken. Det har i tillegg vært omfattende øvrig kommunikasjon mellom departementet og partene, og mellom departementet og Konkurransetilsynet.

I desember 2016 orienterte departementet partene om sine foreløpige konklusjoner, særlig at departementet delte Konkurransetilsynets vurdering om at finansieringen av oppkjøpet og merkevareavtalen ledet til at kjøper ikke ble tilstrekkelig uavhengig av selger. Begrunnelsen for dette er utdypet nedenfor. Partene ba om tid til å finne løsninger som imøtekom departementets bekymringer. Den 31. januar 2017 foreslo partene avhjelpende tiltak, som også beskrives og vurderes nedenfor under punkt 7.

Klager har jevnlig fått oversendt dokumenter i saken, oversikt over saken og de lagrede journalpostene. Departementet har behandlet flere innsynsbegjæringer i saken.

6.3 Omgjøring av vedtak V2015-29 og spørsmålet om oppsettende virkning

Departementet viser til at fristen for å klage over vedtak V2015-29 er utløpt, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd jf. konkurranseloven § 20 a første ledd. Departementet viser til at St1 Nordic selv foreslo de avhjelpende tiltakene i fusjonsvedtaket. Vedtaket ble ikke påklaget.

Selv om det har skjedd enkelte endringer i aktørbildet i markedet, understreker departementet at drivstoffmarkedets grunnleggende karakteristika er uendret. Opplysningene knyttet til etterfølgende utvikling i markedet kan etter departementets vurdering ikke medføre at det av "særlige grunner er rimelig at den anførselen blir prøvd", jf. forvaltningsloven § 31 første ledd bokstav b. Departementet kan av samme grunn heller ikke se at det er grunnlag for omgjøring etter forvaltningsloven § 35.

På denne bakgrunn har departementet kommet til at det ikke er grunnlag for verken å endre eller omgjøre fusjonsvedtaket etter henholdsvis forvaltningslovens § 35.

Det er ikke grunnlag for å gi klagen oppsettende virkning iht forvaltningslovens § 42.

6.4 Finansiering

Finansieringsplanen for Blue Energys kjøp av St1 Norge sine stasjoner, var en delvis selgerfinansiering, der selger garanterte for en vesentlig del av kjøpers banklån i Danske Bank, og der selger tegnet seg for alle obligasjonene i obligasjonslånet. Dette ville ifølge Konkurransetilsynet lede til at partene ikke ville opptre uavhengig av hverandre i markedet, og konkurransen mellom dem ville blitt mindre effektiv. Dette er problematisk i et marked med allerede begrenset konkurranse og hvor en kan observere koordinert markedsatferd.

Etter departementets vurdering skaper de to ulike elementene av selgerfinansiering til sammen et interessefelleskap mellom kjøper og selger, som svekker begges insentiver til å konkurrere mot den annen. Selgers garantiforpliktelse overfor Danske Bank gjør at en svekkelse av kjøpers økonomi øker risikoen for at banken krever at St1 Nordic må dekke misligholdte avdrag. Selger får dermed en umiddelbar interesse i å sikre at kjøper opprettholder god inntjening, slik at garantiforpliktelsene ikke materialiserer seg.

Selgers posisjon som långiver i obligasjonslånet gjør videre St1 Nordic til en helt sentral kreditor for Blue Energy. Dette innebærer en ytterligere styrking av selgers interesse i at kjøper opprettholder god inntjening, slik at selger enten kan selge obligasjonene uten tap, eller motta oppgjør når renter og avdrag forfaller. Men selgers kreditorposisjon gir også Blue Energy et sterkt insentiv til å ikke konkurrere aggressivt overfor St1 Nordics øvrige virksomhet. Blue Energy har ikke lagt fram alternativ finansiering der selger ikke har en rolle, på tross av oppfordring fra Konkurransetilsynet.¹⁴ Departementet legger til grunn at Blue Energy på nåværende tidspunkt ikke har tilgang på annen finansiering, til erstatning for obligasjonslånet fra selger. Selv om dette kan endre seg over tid, vil selger uansett, og særlig gitt selgers kjennskap til bedriften Blue Energy overtar, fremstå som en sentral fremtidig kreditor for Blue Energy. Dette svekker etter departementets vurdering Blue Energys insentiver til å konkurrere aggressivt mot St1 Nordic.

Virkingen av de to elementene i selgerfinansieringen er dermed etter departementets vurdering at det skapes et økonomisk avhengighetsforhold mellom kjøper og selger, som

¹⁴ Se Konkurransetilsynets vedtak V2016-4 avsnitt 78.

gjør at aktørene ikke blir uavhengige av hverandre, slik Konkurransetilsynet har stilt vilkår om i sitt vedtak, se punkt 5 i kapittel 9 i vedtak V2015-29.

Partene anfører at det ikke vil være rasjonelt for noen av dem å opptre slik departementet har lagt til grunn ovenfor. De påpeker at St1 Nordic risikerer å tape betydelige summer hvis selskapet ikke konkurrerer aggressivt med alle aktørene i markedet. Videre kan ikke partene skille konkurransen med hverandre fra konkurransen mot de øvrige aktørene i markedet, og det er bare ett lokalmarked hvor bare partene er tilstede og et eventuelt svekket konkurransepress kan bli problematisk.

Til dette vil departementet påpeke at avhengighetsforholdet som finansieringen skaper, vil kunne påvirke begge parters fremtidige inntjening og økonomiske risiko. Rasjonell profittmaksimering vil for St1 Nordic måtte ta høyde ikke bare for virkningen av egen konkurranseadferd på kundene, men også virkningen av egen konkurranseadferd på risikoen for å måtte innfri garantiforpliktelsen eller for å tape på obligasjonslånet. For Blue Energy vil betydningen av fremtidig finansiering være en sentral faktor å ta hensyn til ved utforming av deres konkurranseadferd. Rasjonell adferd fra både kjøper og selgers side i denne saken vil dermed nettopp være å ta hensyn til både sine finansielle forpliktelser og konkurransen i markedet, og finne den optimale balansen mellom disse to forholdene. Den koordineringen som observeres i markedet, som beskrevet i Konkurransetilsynets vedtak V2015-29, kan dermed bli sterkere som følge av at Blue Energy og St1 Nordic vil utøve et mindre konkurransepress overfor hverandre enn før foretakssammenslutningen mellom St1 og Smart Fuels.

Partene anfører videre at obligasjonslånet skal noteres på Oslo børs/Nordic ABM og at dette vil svekke tilknytningen mellom kjøper og selger ytterligere. Departementet kan ikke se at det er grunnlag for denne anførselen. De økonomiske insentivene påvirkes ikke av låneformen, eller av at lånet er notert på Oslo børs. Videre, så langt departementet kan konstatere, er det forhold at obligasjonslånet noteres på børs ikke ensbetydende med at andre investorer faktisk vil investere i obligasjonsandeler. Noteringen innebærer videre ingen forpliktelse for St1 Nordic til å selge seg helt eller delvis ut av lånet. Beregnet avkastning på lånet var videre hensyntatt i St1 Nordics vurdering av størrelsen på vederlaget for aksjene i sammenligningen med andre budgivere. Verken aksjekjøpsavtalen eller noteringen som sådan, er til hinder for at obligasjonslånet refinansieres under lånets løpetid, eller for at St1 Nordic fortsetter som kreditor for Blue Energy etter obligasjonslånets endelige frist for innfrielse.

På denne bakgrunn deler departementet Konkurransetilsynets syn på at finansieringen av aksjekjøpet skaper et problematisk, og potensielt varig, avhengighetsforhold mellom kjøper og selger, som leder til at vilkårenes punkt 5 om uavhengighet ikke er oppfylt.

6.5 Finansiell styrke og egnethet forøvrig

I Konkurransetilsynets vedtak V2015-29 punkt 6 stilles det krav om at kjøper må være egnet til å kunne gjenopprette konkurransesituasjonen. I denne vurderingen legges det vekt på om kjøper har tilstrekkelig med ressurser. Dette omfatter slik departementet tolker vilkåret, både finansielle ressurser og nødvendig teknisk ekspertise til å drive

virksomheten videre. I tillegg krever vilkåret en vurdering av om kjøper har incentiver og muligheter til å opprettholde og videreutvikle virksomheten til en levedyktig og aktiv konkurrent i markedet. Punkt 6 krever ikke etter sin ordlyd at kjøper må ha samme konkurransestrategi som selger har hatt. Det er likevel etter departementets vurdering naturlig å forstå vilkåret slik at kjøper, for å gjenopprette konkurransesituasjonen, må være en aktør som kan og vil være en aktør som bidrar til å gjøre koordineringen mellom de øvrige kjedene i markedet mindre stabil.

Blue Energys oppkjøp av St1 Norge skal finansieres gjennom gjeld. I etterkant av transaksjonen vil selskapets gjeldsgrad være tilnærmet 100%. Et sentralt moment i departementets vurdering har derfor vært å vurdere om Blue Energy evner å takle de gjeldsforpliktelsene oppkjøpet medfører.

Green Cube-konsernet har ifølge regnskapet for 2016 en egenkapital på ca. 4,5 millioner kroner. I desember 2015 foretok Green Cube-konsernet en emisjon, og verdjustert egenkapital i selskapet etter denne emisjon var beregnet til 98 millioner kroner. Dette er et uttrykk for markedets verdsetting av selskapet på det aktuelle tidspunktet, og forteller ikke noe om selskapets likvide midler eller finansielle styrke. Green Cube Innovation AS har de siste årene hatt et negativt resultat. Kjøper begrunner dette med vekst og satsning på grønne bensinstasjoner, men viser til at kvartalsrapporter for første kvartal 2017 viser at resultatet nå er positivt.¹⁵

Likvide midler er sentralt for å gjøre den nye eieren av St1 Norge i stand til å opprettholde og videreutvikle virksomheten til en levedyktig og aktiv konkurrent til partene og andre konkurrenter i markedet, slik punkt 6 i vilkårene i vedtak V2015-29 krever. Det er priskriger jevnlig i markedet for drivstoff som i perioder kan utfordre likviditeten. Slik departementet oppfatter markedet, har imidlertid priskriger gjerne en lokal utstrekning og kort varighet.

Dette er bakgrunnen for at departementet ikke har lagt særlig vekt på selskapets verdjusterte egenkapital, men isteden vektlagt regnskapsført egenkapital og fremtidig kontantstrøm i vurderingen av om vilkår 6 er oppfylt. Siden egenkapitalen er beskjedent, blir det avgjørende å vurdere om selskapet kan forvente en positiv og stabil kontantstrøm for å finansiere driften. Fremtidig kontantstrøm er en usikker størrelse som bestemmes av fremtidig salg. Kontantstrømsanalysen som er utarbeidet i samarbeid med henholdsvis kjøper og Danske Bank,¹⁶ viser imidlertid at banken legger til grunn at selskapet vil kunne opparbeide en kontantbeholdning på 60 mill. kroner innen utgangen av 2020, selv etter at lånet i Danske Bank er innfridd i denne perioden. Denne prognosen bygger på en forutsetning om en stabil og positiv kontantstrøm. De historiske resultatene til St1 Norge underbygger at dette vil være en realistisk utvikling. St1 Norge har hatt en betydelig positiv kontantstrøm på den virksomheten salget omfatter. Departementet er

¹⁵ Kvartalsrapport for AS Green Cube Innovation, oversendt departementet i e-post 30. mai 2017, viser et positivt resultat for første kvartal 2017 på 777 418 kr.

¹⁶ Rapport fra Danske Bank av 19. februar 2016.

ikke kjent med forhold som på kort og mellomlang sikt skulle lede til sterke fall i drivstoffmarginene.

St1 Norge har gjennomgående hatt negativ arbeidskapital siden 2008. Det innebærer at det er selskapets kunder som har finansiert driften da kundens betaling og mottak av varene skjer samtidig. Dette er karakteristisk for drivstoffmarkedet, særlig ubemannede stasjoner, og muliggjør lav egenkapitalandel. Dette er også lagt til grunn i den fremtidige kontantstrømsanalysen fra Danske Bank. For øvrig er ubemannede stasjoner mindre kapitalintensive enn bemannede stasjoner og dermed billigere å drive enn konvensjonelle stasjoner. Eierne av St1-stasjonene stilles derfor ovenfor mindre strenge kapitalkrav i sin daglige drift sammenlignet med bemannede stasjoner.

Kontantstrømsanalysen er gjennomgått av eksterne aktører, KWC og forvalteren, som begge konkluderer med at prognosene fremstår som troverdige. Departementet har gjennomgått analysen og har ikke identifisert feil eller vesentlige mangler. På denne bakgrunn mener departementet at det er rimelig å legge til grunn at selskapet vil evne å opparbeide seg midler som kan være en buffer ved f.eks. priskriger i markedet. Green Cubes inntekter fra biodrivstoff genereres av Eco-1 og er ikke tatt hensyn til i denne sammenheng.

Kjøper anfører videre at det vil være synergier mellom Eco-1 og St1 Norge og muligheter for stordriftsfordeler. I brev av 14. juni 2017 har Blue Energy estimert kostnadsbeparelsene knyttet til å drive to virksomheter i det norske markedet til å ligge mellom fem og ti millioner kr. Departementet er ikke forelagt tallgrunnlag slik at dette kan verifiseres, men mener likevel det er rimelig å anta at dette i noen grad vil skje. Green Cube-konsernet planlegger også å utvide porteføljen av Eco-1 stasjoner.¹⁷ Kjøp av St1-stasjoner vil kunne gjøre dette lettere, siden ECO-1-stasjonene er portable og ubetjente og vil formodentlig kunne plasseres ut på de ubetjente stasjonene saken her gjelder. Dermed vil kjøper ha en mer differensiert drivstoffportefølje enn selger og således stå bedre rustet i et mulig framtidsscenario med sterkere fokus på miljøvennlig drivstoff.

Konkurransetilsynet har ikke reist tvil knyttet til Blue Energys tekniske know-how, og evne til å holde virksomheten i St1 Norge i operasjonell drift. Dette temaet behandles dermed ikke nærmere ut over at departementet ikke selv ser grunn til å reise tvil på dette punktet. Tilsynet er imidlertid tvilende til om Blue Energy vil ha insentiver til å fortsette å drive de ubetjente stasjonene som en prispresser i markedet. Departementet legger til grunn at en ubetjent bensinstasjon kun kan tilby kunden drivstoff, mens andre bensinkjeder både tilbyr andre varer og en rekke tjenester i tillegg. For å lykkes i konkurransen må den som driver ubetjente stasjoner dermed tilby kunden noe som de andre kjedene ikke tilbyr. Lavere pris vil være den mest iøynefallende forskjellen. Departementet mener det er sannsynlig at lavere pris vil måtte være et sentralt element i Blue Energys strategi for virksomheten i St1 Norge. Satsning på biodrivstoff vil kunne være et annet element, selv om slik differensiering muligens kan gjøre pris til et mindre

¹⁷ Konkurransetilsynets vedtak V2016-4 avsnitt 22-24, forvalters innstilling punkt.2.1, brev fra kjøper til departementet av 2. mars 2017, 15. mars 2017 og 14. juni 2017.

viktig konkurranseparameter. Uansett kan ikke departementet se grunnlag for at Blue Energy ikke har incentiver til å bidra til å opprettholde konkurransen, gjennom å tilby et produkt som enten er differensiert, eller billigere, enn det kundene får hos andre kjeder.

På denne bakgrunn kan ikke departementet se at Blue Energy ikke vil være i stand til å opprettholde og videreutvikle virksomheten til en levedyktig og aktiv konkurrent i markedet, jf. punkt 6 i kapittel 9 i vedtak V2015-29. Green Cubes ekspansjonsplaner av ECO-1-stasjoner viser etter departementets vurdering også at kjøper har incentiver til å være en aktiv konkurrent i markedet. Kjøpers erfaring med biodrivstoff over en flere år medfører også, etter departementets oppfatning, at kjøper har nødvendig kompetanse som er overførbar med hensyn til å drifte St1-stasjonene. Departementet legger dermed til grunn at vilkårenes punkt 6 er oppfylt.

6.6 Merkevareavtalen

Formålet med vedtakets punkt 9 om rett til bruk av St1s merkevare, var at kjøper skulle kunne drive virksomheten i St1 Norge videre som en reell konkurrent fra kjøpstidspunktet, og uten å risikere å miste kunder fra overtakelse og frem til ny merkevare er etablert. Vilåret er altså en sikring av kjøpers interesser, og derved en sikring av at konkurransen opprettholdes mens eierskiftet gjennomføres.

Konkurransetilsynet påpeker likevel i oversendelsen av klagene til departementet at en merkevareavtale vil kunne skape tilknytningspunkter og begrenset uavhengighet mellom partene. Retten til å benytte merkevaren skulle gis for en periode på minst seks måneder, men uten at det var fastsatt øvre grense for hvor langvarig en merkevareavtale kunne være.

Departementet er enig med tilsynet i at en rett til bruk av selgers merkevare er et nødvendig vilkår, selv om vilåret isolert sett bidrar til å svekke uavhengigheten mellom kjøper og selger. Varigheten må i mangel av konkret regulering i vilkårene, avgrenses gjennom et konkret skjønn med utgangspunkt i vilkår 5, kravet om uavhengighet mellom kjøper og selger.

Når to foretak opererer under samme merkevare, vil de kunne oppfattes i markedet som samme foretak. Dette vil kunne påvirke partenes incentiver til å konkurrere med hverandre. Videre vil incentivet til å investere i utvikling av merkevaren St1 reduseres, fordi gevinsten av økt investering i merkevaren vil fordeles både på kjøper og selger. Eieren av merkevaren vil også ha en legitim interesse av å sikre at den annen part ikke foretar seg noe som undergraver merkevarens verdi for eier. Disse forholdene trekker i retning av at merkeveragesamarbeidet mellom selger og kjøper må begrenses i tid og omfang til det som er absolutt nødvendig for å sikre formålet med dette vilåret.

Merkevareavtalaen i denne saken gjelder for to og et halvt år, og varer således vesentlig lengre enn minstekravet på seks måneder i tilsynets vedtak. Innholdsmessig har avtalen også fortsatt bindinger på kjøpers adferd, som bidrar til å svekke uavhengigheten fra selger. Selv om det er naturlig i en merkevareavtale med vilkår for bruken av merkevaren, beskyttelse av merkevarens verdi, rapporteringskrav og en viss kontroll med markedsføring, ekspansjon mv., må dette veies mot behovet for å opprettholde uavhengighet og

uforstyrret konkurranse i den situasjonen denne saken gjelder. Begrensningene merkevareavtalen setter på kjøpers markedsføring medfører, etter departementets mening, at kjøper ikke vil kunne opptre uavhengig av selger. Det vises i denne sammenheng til at all markedsføring må følge Brand Guidelines, og kjøper kan ikke uttale seg på vegne av merket. Kjøper kan heller ikke benytte St1-merket i forbindelse med sponsoravtaler- og aktiviteter mv. Departementet deler tilsynets oppfatning om at dette begrenser partenes insentiv til å konkurrere gjennom markedsføring. Departementet er således enig med tilsynet også på dette punktet, at utkast til merkevareavtale går utover formålet i Konkurransetilsynets vedtak V2015-29.

Oppsummert mener departementets at både varigheten på merkevareavtalen og den omfattende kontrollen avtalen gir selger over Blue Energys markedsføring, skaper avhengighet mellom partene og reduserer Blue Energys mulighet til å konkurrere hardt mot St1 Nordic og de andre kjedene i bransjen. Departementet er således enig med Konkurransetilsynet i at merkevareavtalen bidrar til at uavhengighetskravet i vilkårenes punkt 5 ikke er oppfylt.

6.7 Økt gjennomsiktighet

I vedtak V2016-4 legger Konkurransetilsynet til grunn at de omfattende tilknytningspunktene mellom kjøper og selger som finansieringen medfører, se kapittel 2.4 over, vil føre til økt gjennomsiktighet mellom partene.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet at det vil være elementer i samarbeidet mellom partene som skaper økt gjennomsiktighet. Særlig gjør supplyavtalen at selger har innsikt i kjøpers innkjøpspris på drivstoff. Supplyavtalen er som tidligere nevnt et vilkår i Konkurransetilsynets vedtak. Videre vil St1 Nordic ha god kjennskap til de øvrige kostnadene knyttet til å drive sine tidligere stasjoner. Dette vil imidlertid gjelde uavhengig av hvilken aktør St1 Nordic selger sine stasjoner til, og kan således ikke tillegges vekt i dette tilfellet.

Selgers garanti for kjøpers lån i Danske Bank og det faktum at selger har tegnet seg for hele obligasjonslånet på nåværende tidspunkt gir selger innsikt i kjøpers finansieringskostnader knyttet til transaksjonen. Selger vil også få informasjon dersom kjøper refinansier banklånet og/eller obligasjonslånet.

Obligasjonslånet som selger har tegnet seg for, gir selger innsikt i deler av finansieringskostnaden til kjøper, herunder den delen av finansieringskostnadene som er knyttet til obligasjonslånet. Denne finansieringskostnaden vil imidlertid være kjent for alle, uavhengig av hvem som eier obligasjonene. Som tidligere nevnt skal obligasjonslånet noteres på Oslo Børs, og Nordic Trustee ASA skal være mellommann mellom låntaker og obligasjonseier. Lånet vil ikke gi grunnlag for noen direkte kontakt mellom låntaker og obligasjonseierne.

Den informasjonen som obligasjonseiere mottar, er basert på offentlig tilgjengelig regnskapsinformasjon, men blir mer systematisert i forbindelse med den rapportering som obligasjonseiere mottar. Det er imidlertid ikke en løpende utveksling av informasjon om f.eks. priser, kostnader mv. Selger vil med andre ord ikke få noen annen informasjon om

Blue Energy som långiver og obligasjonseier, enn den informasjonen som ville være tilgjengelig for selger med en annen kreditor for obligasjonslånet. Obligasjonslånet innebærer dermed ikke utveksling av informasjon mellom kjøper og selger som gir grunnlag for konkurransemessig bekymring.

Derimot vil selger få informasjon dersom det skulle oppstå en situasjon hvor Danske Bank krever inn hele eller deler av garantien fra selger. Informasjonen selger får som følge av garantiforpliktelsen til kjøpers lån i Danske Bank, er ikke offentlig tilgjengelig informasjon og gir informasjon om kjøpers finansielle stilling.

Kontrollen selger oppnår over kjøpers markedsføring gjennom merkevareavtalen, gir selger kontroll med kjøpers markedsføringsaktiviteter, og derved informasjon om markedstiltak som planlegges. Dette igjen vil kunne avsløre kjøpers strategiske satsninger og kjøpers ønskede markedsposisjonering. Slik informasjonsutveksling vil kunne påvirke konkurransen mellom kjøper og selger i tillegg til virkningen disse avtalemekanismene har på kjøpers uavhengighet fra selger.

Departementet deler tilsynets oppfatning at det oppstår tilknytningspunkter mellom kjøper og selger som øker gjennomsiktigheten mellom partene, og som kan påvirke konkurranseintensiteten mellom kjøper og selger. Dette er særlig knyttet til garantiforpliktelsen knyttet til kjøpers lån i Danske Bank og bestemmelsene i merkevareavtalen knyttet til markedsføring. Denne konklusjonen understøtter dermed departementets vurdering av at garantiforpliktelsen og merkevareavtalen bidrar til å svekke uavhengigheten mellom kjøper og selger.

6.8 Samlet vurdering

Departementet finner at gjennom den avtalte finansieringen av transaksjonen oppstår det et avhengighetsforhold som påvirker partenes insentiver til å konkurrere med hverandre. I likhet med Konkurransetilsynet mener departementet at dette er kan skape sterkere koordinering i et marked der konkurransen allerede forut for St1s erverv av Smart Fuels var vesentlig begrenset. Videre mener departementet at merkevareavtalen, men den varigheten partene legger opp til og de begrensninger avtalen legger på kjøpers markedsføring, også er egnet til å begrense konkurransen mellom partene. Vilkår 5 i Konkurransetilsynets vedtak er dermed ikke oppfylt.

Departementet kan derimot ikke se at det er grunnlag for vesentlige innvendinger mot Blue Energys ressurser og insentiver til å drive virksomheten i St1 Norge videre som en aktiv konkurrent i markedet. Men siden vilkårene i Konkurransetilsynets vedtak er kumulative, får dette ikke betydning for konklusjonen.

Etter en samlet vurdering finner departementet at Blue Energy ikke oppfyller vilkårene i kapittel 9 i Konkurransetilsynets vedtak V2015-29, og kan følgelig ikke godkjennes som kjøper av St1 Norge AS.

7. AVHJELPENDE TILTAK

7.1 Innledning

I møte henholdsvis 19. og 20. desember 2016 orienterte departementet som nevnt partene om vurderingene ovenfor, herunder at det delte tilsynets bekymringer knyttet til finansieringen, merkevareavtalen og forhold knyttet til utveksling av konkurransesensitiv informasjon. Basert på departementets tilbakemeldinger gav partene beskjed om at de ønsket å komme tilbake til departementet med tiltak for å avhjelpe de bekymringene departementet gav uttrykk for.

Den 31. januar 2017 meddelte partene at de hadde kommet frem til endringer knyttet til finansieringen og merkevareavtalen.¹⁸ Dette beskrives nedenfor.

7.2 Forslag fra partene til avhjelpende tiltak

Klagernes forslag til avhjelpende tiltak,¹⁹ innebærer for det første at St1 Nordics garanti for Blue Energys lån i Danske Bank bortfaller. I tillegg er andre vilkår i låneavtalen reforhandlet, blant annet lånebeløpet, som er redusert fra [REDACTED] kroner til [REDACTED] kroner. Bakgrunnen for det reduserte lånebehovet til kjøper er at [REDACTED]

20

Når det gjelder obligasjonslånet, påtar St1 Nordic seg å avhende [REDACTED]. Dette innebærer at den involveringen selger har i kjøpers finansiering av transaksjonen forkortes fra [REDACTED].

I tillegg har partene reforhandlet merkevareavtalen slik at den bestemmelsen departementet fremhevet som mest problematisk, punkt 8.3 b og c, ikke lenger skal gjelde mellom partene. Videre er varigheten på merkevareavtalen redusert til [REDACTED] måneder fra tidligere 30 måneder.

7.3 Konkurransetilsynets vurdering av de avhjelpende tiltakene

Departementet ba i e-post 5. mai 2017 om Konkurransetilsynets vurdering av de framsatte forslagene til avhjelpende tiltak fra partene. I tillegg ba departementet om at forslagene fra partene ble vurdert sammen med følgende supplerende tilleggsvilkår:

- St1 Nordic ikke kan ha noe eierskap i Blue Energy eller obligasjonslånet etter [REDACTED] som foreslått av partene, og at St1 Nordic heller ikke kan gi Blue Energy eller det konsern selskapet inngår i, noen finansiell bistand i en nærmere bestemt periode deretter.

¹⁸ Brev fra Ro Sommernes Advokatfirma DA av 31. januar 2017.

¹⁹ Avtale og erklæring om avhjelpende tiltak mellom St1 Nordic Oy og Blue Energy Holding AS vedrørende godkjenning av Blue Energy som kjøper av St1-stasjoner (St1 Automat Norge AS), oversendt Nærings- og fiskeridepartementet 31. januar 2017 fra Ro Sommernes Advokatfirma DA.

²⁰ Jf. brev til Nærings- og fiskeridepartementet av 15. mars 2017 fra Ro Sommernes Advokatfirma DA.

- St1 Nordic ikke kan kjøpe tilbake de aktuelle bensinstasjonene fra Blue Energy, eller inngå andre avtaler om finansiering eller eierskap i Green Cube konsernet før etter en nærmere angitt tidsfrist. Dette komplementeres med en meldeplikt til Konkurransetilsynet for alle transaksjoner mellom de to partene.
- Merkevareavtalen kan ikke fornyes.

Departementet mottok Konkurransetilsynets svar i brev av 19. mai 2017. Tilsynets vurderinger gjengis nedenfor.

7.3.1 Innledning

Utgangspunktet for Konkurransetilsynets vurdering av om Blue Energy bør godkjennes som kjøper av St1 Norge Automat, er tilsynets vedtak V2015-29. Tilsynet kom i dette vedtaket til at foretakssammenslutningen mellom St1 Nordic og Smart Fuel ville forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i drivstoffmarkedet ettersom bortfallet av St1 Nordic som aktør ville gjøre koordineringen mellom de fire største aktørene mer stabil og effektiv.

Konkurransetilsynet mener derfor at det må være en høy terskel for å anses en kjøper av St1 Norge Automat som egnet, fordi konkurransen i markedet var vesentlig begrenset allerede før den opprinnelige foretakssammenslutningen. I en slik situasjon vil det etter tilsynets oppfatning være uheldig å godta en form for selgerfinansiering.

Selgerfinansiering er etter Konkurransetilsynets vurdering særlig problematisk fordi selger vil bli værende i markedet som en konkurrent til kjøper. St1 Nordic vil i en periode på [REDACTED] være en stor kreditor for kjøper. Dette vil føre til at det i perioden er et avhengighetsforhold mellom partene, at det kan være økt gjennomsiktighet mellom partene og at selger har reduserte insentiver til å konkurrere med kjøper.

7.3.2 Plikt for St1 Nordic til å selge seg ut av obligasjonslånet innen [REDACTED]

Konkret viser tilsynet i sin vurdering av obligasjonslånet til at selger som følge av sin rolle i finansieringen, vil ha interesse av å selge obligasjonene til høyest mulig pris i løpet av de første [REDACTED] etter at transaksjonen er gjennomført. Dette vil redusere selgers insentiver til å konkurrere med kjøper i perioden, fordi selger har interesse av at kjøper har god inntjening og fremstår som en trygg debitor. Denne effekten gjør seg gjeldende så lenge selger eier slike obligasjoner og blir forsterket av den pålagte tidsfristen for å selge obligasjonene.

Samlet sett er det Konkurransetilsynets vurdering at inntil selger har solgt sine obligasjoner, vil selgers rolle i finansieringen innebære en begrensning av kjøpers uavhengighet. Dette vil begrense det avhjelpende tiltakets effektivitet.

Finansieringsløsningen vil videre være egnet til å redusere selgers insentiver til å konkurrere med kjøper og kunne medføre økt gjennomsiktighet mellom partene. Problemene vil potensielt først avhjelpest fire år etter godkjenningen av St1 Nordics oppkjøp av Smart Fuel. Videre er det Konkurransetilsynets vurdering at det foreligger en ytterligere risiko for at kjøper ved obligasjonslånets forfall kan ende opp med finansiering

på vilkår som bidrar til å begrense deres mulighet til å være en effektiv konkurrent i markedet. Konkurransetilsynet kan heller ikke se at de presenterte endringene gir grunnlag for en endret vurdering av kjøpers finansielle ressurser.

7.3.3 Bortfall av St1 Nordics garantiforpliktelse overfor Blue Energys bank

Når selgers garanti for banklånet faller bort, fører det etter Konkurransetilsynets vurdering til en viss reduksjon i avhengighetsforholdet mellom partene. Konkurransetilsynet mener imidlertid at dette ikke får avgjørende betydning så lenge det fortsatt foreligger et omfattende avhengighetsforhold mellom partene gjennom obligasjonslånet på vel [REDACTED].

7.3.4 Tilsynets synspunkter på kjøpers finansielle stilling

Konkurransetilsynet er videre av den oppfatning at selgers omfattende rolle i finansieringen av transaksjonen kan tilsi at kjøper ikke har tilstrekkelige finansielle ressurser til å bli en effektiv konkurrent i markedet. Denne bekymringen understrekes ved at kjøper fortsatt ikke har klart å skaffe finansiering uavhengig av selger.

Konkurransetilsynet påpeker videre at endringer i betingelsene i låneavtalen med Danske Bank, samt endringer i obligasjonslånsavtalen og merkevareavtalen, vil kunne påvirke kjøpers finansielle ressurser. Det samme vil forpliktelser overfor Danske Bank om å redusere bankens utestående i Eco-1. Konkurransetilsynet kan imidlertid ikke se at disse endringene gir grunnlag for en endret vurdering av kjøpers finansielle ressurser. Reduksjonen i banklånet fra [REDACTED] kroner er etter tilsynets vurdering av begrenset betydning, og det er verdt å bemerke at reduksjonen er basert på at kjøper får en andel av St1 Norge sitt overskudd etter at transaksjonen har blitt utsatt, og ikke er basert på midler skutt inn av kjøper. Reduksjonen av lånebeløpet er ikke et resultat av en forbedring i kjøpers finansielle situasjon, og oppkjøpet skal fortsatt i all hovedsak lånefinansieres.

7.3.5 Endringene i merkevareavtalen

Når det gjelder endringene i merkevareavtalen, påpeker Konkurransetilsynet at det følger av vedtak V2015-29 vilkår 9b at St1 Nordic skal tilby en kjøper rett til å benytte merkevaren i en periode på minst seks måneder. En varighet på [REDACTED] måneder overstiger fortsatt minimumskravet betydelig. Tilsynet ser det imidlertid som positivt at det foreslås et vilkår om at merkevareavtalen ikke kan forlenges.

Det er imidlertid fortsatt uklart for Konkurransetilsynet hva kjøpers planer er etter utløp av merkevareavtalen. Med reduksjonen i avtalens varighet har kjøper kortere tid på å få dette på plass. Konkurransetilsynet finner derfor fortsatt grunn til bekymring som følge av fraværet av konkrete planer for egen merkevare eller lisensiering av tredjeparts merkevare. En egnet kjøper må etter Konkurransetilsynets vurdering ha en troverdig plan for hvordan denne skal kunne bli en effektiv konkurrent i markedet. En merkevare er en avgjørende faktor i en slik plan.

Konkurransetilsynet viser til at det i vedtak V2016-4 pekte på at begrensningene avtalen la på kjøpers mulighet til å bruke merkevaren St1 i dens markedsføring uten godkjenning fra selger, var problematisk. At dette punktet i avtalen fjernes, er således positivt. Det var imidlertid en rekke andre underpunkter det pekes på i vedtakets avsnitt 92 og 93, som ikke er adressert.

Konkurransetilsynet vurderer det slik at innholdet i merkevareavtalen fortsatt gir tilknytningspunkter mellom partene i avtalens løpetid. Denne tilknytningen reduserer kjøpers uavhengighet og øker gjennomsiktigheten mellom partene, samt at den fortsatt legger noen begrensninger på kjøpers muligheter og insentiver til å konkurrere gjennom markedsføring. Videre er det Konkurransetilsynets vurdering at den betydelige usikkerheten knyttet til situasjonen ved merkevareavtalens utløp, gjør det usikkert om kjøper er egnet til å gjenopprette konkurransen i markedet på lang sikt.

7.3.6 Oppsummering og enkelte andre momenter

Konkurransetilsynet påpeker gjennomgående i sine kommentarer til de foreslåtte avhjelpende tiltakene, at selv med redusert avtaleperiode i merkevareavtalen og for selgers låneengasjement, blir det samlede tidsforløpet partene har en binding gjennom disse avtalene ganske betydelig, når en legger til den tid som er gått fra tilsynets godkjenning på vilkår av etterfølgende nedslag, av St1s oppkjøp av Smart Fuels.

Konkurransetilsynet påpeker videre at det er tvil knyttet til om Blue Energys finansieringsmulighet etter utløpet av obligasjonslånet med fem års løpetid.

Samlet sett er det Konkurransetilsynets vurdering at Blue Energy, også etter de foreslåtte avhjelpende tiltakene, hverken vil være uavhengig eller egnet til å gjenopprette konkurransen i markedet. Blue Energy kan derfor etter tilsynets vurdering ikke godkjennes som kjøper av St1 Norge.

7.4 Departementets vurdering

7.4.1 Finansieringen

Som nevnt i kapittel 7.2 over har partene fremsatt et avhjelpende tiltak som innebærer at selger må selge seg ut av obligasjonslånet innen [REDACTED] etter [REDACTED], og at selger ikke lenger skal stille noen garanti for Blue Energys banklån.

Når garantiforpliktelsen faller bort, blir St1 Nordics risiko knyttet til et mulig mislighold av Blue Energys lån i Danske Bank eliminert. St1 Nordics insentiv til ikke å konkurrere aggressivt overfor Blue Energy svekkes dermed gjennom dette tiltaket.

Kravet om at St1 Nordic må avhende [REDACTED], som foreslått av partene, supplert med et krav fra departementet om at hele beholdningen av obligasjoner må selges, tvinger St1 Nordic til å avslutte sin rolle i finansiering av Blue Energys oppkjøp av St1 Norge [REDACTED] før opprinnelig planlagt. Dette vil for det første korte betydelig ned på den tiden insentivene til å konkurrere blir påvirket av den valgte finansieringen. Vilkåret vil samtidig innebære at St1 Nordics rolle som kreditor for Blue Energy, må

avsluttes. Dette eliminerer insentivvirkningen av at selger kan tenkes å refinansiere lånet eller forlenge det etter utløp. Blue Energys insentiv til ikke å konkurrere hardt mot St1 elimineres dermed. Kjøper blir dermed finansielt uavhengig av selger, og vil ikke lenger ha noe å tjene på å opptre lojalt til selger. Dette er etter departementet den sentrale gevinsten ved dette avhjelpende tiltaket. At kjøper fortsatt skal betale avdrag og renter til selger, skaper ikke i seg selv noen relevant binding av kjøper til selger. Konkurransetilsynets korrekte understrekning av at selger fortsatt er långiver for [REDACTED], kan ikke tillegges noen særlig vekt. Lånet gir selger krav på renter og avdrag, og ikke en andel av kjøpers overskudd eller en andel av en mulig verdiøkning knyttet til kjøpers virksomhet. Et obligasjonslån som det denne saken gjelder, påvirker ikke i seg selv debitor og kreditors insentiver til å opptre uavhengig av hverandre, så lenge muligheten for forlengelse eller fornyelse mellom disse partene er lukket. Departementet kan ikke se at det er faktisk grunnlag for Konkurransetilsynets påstand om at obligasjonslånet gir grunnlag for informasjonsutveksling som påvirker kjøpers uavhengighet. Obligasjonseiere får som påpekt ovenfor ingen annen informasjon om debitor, enn det som gjøres kjent for alle andre investorer, herunder andre konkurrenter.

Obligasjonslånet innebærer imidlertid likevel at St1 Nordic fortsatt har en betydelig interesse i at det går bra for Blue Energy, siden dette vil påvirke risikoen knyttet til avhending av obligasjonene. Slik sett, kan man identifisere en insentivvirkning for selger, som kan tenkes å lede til at selger vil konkurrere mindre hardt i markedet for å beskytte kjøper. Konkurransetilsynet hevder at denne virkningen styrkes ved at det settes en frist for avhendingen uten at departementet kan se at det er nærmere begrunnet.

Departementet kan ikke se at denne virkningen er sterk nok til å kunne begrunne at kravet om uavhengig kjøper ikke er oppfylt, når selgerfinansieringen kun består av obligasjonslånet, som selger må selge seg ut av og som ikke kan fornyes. Det er vanskelig å se at St1 Nordic vil ha noe nevneverdig å tjene på å opptre i markedet på en måte som tar hensyn til Blue Energy f.eks. gjennom å sette høyere priser, og dermed risikere å tape markedsandeler til Blue Energy eller andre konkurrenter. Selv en liten reduksjon i St1s Nordics markedsandel vil kunne gi selger tap som overstiger kursrisikoen denne markedsadferden kunne være egnet til å påvirke. Til illustrasjon hadde Smart Fuel AS (som St1 Nordic nå eier) i 2014 en markedsandel i det norske drivstoffmarkedet på 23,8 prosent og en omsetning på 11,1 milliarder kroner i 2014.²¹ Departementet legger videre til grunn at enhver rasjonell kjøper av obligasjonene vil legge til grunn for sin betalingsvilje, at de to foretakene etter avhendelsen vil være fullt ut uavhengige konkurrenter.

For Blue Energy sin del stiller det seg imidlertid annerledes. Departementet er av den oppfatning at Blue Energy vil ha insentiver til å konkurrere like hardt mot St1 som de andre aktørene i markedet. Blue Energy er avhengig av en god og stabil inntjening for å betjene sine gjeldsforpliktelse, samt for å framstå som et attraktivt investeringsobjekt for andre investorer. Å endre strategi for St1-stasjonene som prispresser i markedet vil

²¹ Se Konkurransetilsynets vedtak V2015-29 avsnitt 42 og 125.

etter departementets oppfatning innebære en stor risiko for Blue Energy, og departementet anser derfor ikke dette som sannsynlig.

Partene legger opp til at selger kan ha en eierandel av obligasjonene som utgjør en eierandel på [REDACTED] av obligasjonene, og at dette ikke er egnet til å skape et avhengighetsforhold mellom partene. For å fjerne ethvert tilknytningspunkt mellom partene etter en periode på [REDACTED] mener departementet at St1 Nordic må selge seg helt ut av obligasjonslånet innen [REDACTED]. Videre mener departementet at nedsalgsforpliktelsen må sikres gjennom et krav om at verken St1 Nordic eller St1-konsernet ikke kan yte noen form for finansiell bistand til kjøper eller andre selskaper i samme konsern i en periode etter at St1 Nordic har solgt seg helt ut av obligasjonslånet. Denne perioden må etter departementets oppfatning være tilstrekkelig lang til å sikre at partene vil opptre uavhengig av hverandre. En periode på minst 5 år fra nedsalgsfristen mener departementet vil være tilstrekkelig. Partene har ikke motsatt seg disse vilkårene.²²

Som følge av de avhjelpende tiltakene, sammen med de tilleggsvilkårene beskrevet i avsnittet over, mener departementets at finansieringen ikke skaper bindinger mellom kjøper og selger som gir grunnlag for å ikke godkjenne kjøper. Departementet vil påpeke at det ikke er grunnlag for et generelt forbud mot selgerfinansiering. Heller ikke EU-kommisjonen legger til grunn et slikt syn i sine retningslinjer. EU-kommisjonen uttrykker imidlertid at slik finansiering må vurderes nøye og at selgerfinansiering som innebærer at selger tar del i kjøpers profitt, er problematisk. Dette er ikke tilfellet her. Det er derfor departementets vurdering at de foreslåtte endringene skaper den uavhengigheten mellom kjøper og selger som vilkår 5 i vedtak V2015-29 krever.

7.4.2 Finansiell styrke og egnethet

Som nevnt under kapittel 6.5 over er departementet av den oppfatning at Blue Energy har finansielle ressurser og er egnet til å være en aktiv og levedyktig konkurrent i markedet som vil drifte og videreutvikle virksomheten. I brev av 14. juni 2017,²³ oppgir AS Green Cube Innovation at det har planer om å refinansiere virksomheten så fort Blue Energy er godkjent som kjøper av St1 Norge. Refinansieringen vil bestå av både å hente inn ny egenkapital og å refinansiere bank- og obligasjonsgjeld. Dette er planlagt gjennomført i to steg, herunder gjennom en emisjon umiddelbart etter godkjenning og en større emisjon og refinansiering av gjelden innenfor 12-18 måneder etter overtakelse. Den første emisjonen er ment å gi et emisjonsproveny på 10-20 millioner kroner som i hovedsak vil benyttes til ekspansjon av Eco-1 stasjoner. Selskapet opplyser at de er i kontakt med investorer og opplever stor interesse for det samlede selskapet. I samme brev opplyses det også at Blue Energy er i gang med å utvikle sin egen merkevare, og kan

²² Jf. e-post til departementet av 31. mai 2017 fra Ro Sommernes Advokatfirma DA, og e-post fra Simonsen . Vogt Wiig Advokatfirma AS til departementet av 31. mai 2017.

²³ Brev fra AS Green Cube Innovation av 14. juni 2017 til Nærings- og fiskeridepartementet.

dermed forplikte seg til å ikke benytte noen av de eksisterende merkevarene i det norske drivstoffmarkedet.

I forbindelse med innhenting av nytt finansieringstilbud fra Danske Bank (reduert banklån og uten garanti fra selger) gjennomførte Danske Bank en ny analyse av virksomheten i Blue Energy, som også er ²⁴ gjennomgått av KWC.²⁵ KWC mener også i denne rapporten at både inntekts- og marginforutsetningene virker fornuftige basert på historiske tall, og basert på forutsetningene, vil Blue Energy være særdeles lønnsomt. Forventet inntjening framover vil være det reelle grunnlaget for både reell egenkapital og nedbetalingsevne på Blue Energys finansiering. Videre vurderer KWC at det er store muligheter for ytterligere vesentlige investeringer i nye stasjoner eller realisering av Eco-1-konseptet, basert på forventet kontantstrøm. Den betydelige kontantstrømmen viser en robusthet i vurderingene. Departementet legger dermed til grunn at det fortsatt ikke er grunnlag for å reise tvil om kjøper har de nødvendige økonomiske ressurser til å drive St1 Norge videre som en aktiv konkurrent. Vilkårenes punkt 6 er med andre ord fortsatt oppfylt, også etter at det er utarbeidet en ny finansieringsplan.

Departementet kan videre ikke se konkrete holdepunkter for tilsynets bekymring for at kjøper etter obligasjonslånets forfall kan få finansieringsvilkår som begrenser kjøpers mulighet til å være en effektiv konkurrent i markedet. Tilgang på finansiering er en usikkerhet for alle næringsdrivende, kanskje særlig for mindre aktører som Blue Energy. Departementet kan imidlertid ikke legge et mulig finansieringsproblem flere år frem i tid til grunn for å nekte å godkjenne Blue Energy som en egnet kjøper. Reduksjonen i lånebehov fra [REDACTED] kroner gjennom driften i 2016, indikerer at kontantstrømsanalysene som er gjennomgått ovenfor er holdbare.

Planen om ekspansjon av Eco-1-stasjoner, samt Blue Energys forpliktelse om å ikke benytte noen av de eksisterende merkevarene i Norge, viser videre etter departementets oppfatning at selskapet fortsatt viser at det har insentiver til å være en aktiv konkurrent i markedet.

Departementet er opptatt av å sikre at godkjenning av Blue Energy som kjøper av St1 Norge, ikke medfører en ytterligere begrensning av konkurransen i markedet for drivstoff, også for det tilfellet at kjøper mislykkes i markedet. Skulle det vise seg at Blue Energy ikke klarer seg, vil et sannsynlig alternativ være å selge til, eller samarbeide med en annen kjede i drivstoffmarkedet. For å sikre at en slik utvikling ikke leder til svekket konkurranse, har departementet utformet vilkårene i dette vedtaket med sikte på å hindre at de eksisterende aktørene i markedet kan etablere bindinger til kjøper som kan svekke konkurransen. Konkret utformes det et vilkår om at Blue Energy Holding AS, eller andre selskaper i samme konsern, ikke kan inngå avtaler om finansiering eller aksjeerverv med foretak som har betydelig overlappende virksomhet med kjøper i det

²⁴ Analyse fra februar 2017 av Danske Bank, oversendt Nærings- og fiskeridepartementet 16. februar 2017 fra Ro Sommernes Advokatfirma DA.

²⁵ Tilleggsvurdering fra KWC AS, på oppdrag fra partene, oversendt departementet fra Ro Sommernes Advokatfirma DA 7. april 2017.

norske drivstoffmarkedet. Dette vilkåret er avgrenset i tid til en periode på fem år fra dette vedtak er fattet.

For å ivareta det samme hensynet, mener departementet at det er nødvendig med et det vilkår om at St1 Nordic ikke kan kjøpe tilbake de stasjonene som avhendes til Blue Energy i en avgrenset tidsperiode etter at transaksjonen er gjennomført. Denne perioden må etter departementets oppfatning være tilstrekkelig lang til å sikre at partene vil opptre uavhengig av hverandre. En periode på minst 5 år fra utløpet av fristen for nedsalg av selgers beholdning av obligasjoner mener departementet vil være tilstrekkelig. Partene har ikke motsatt seg disse vilkårene.²⁶

7.4.3 Merkeavtalen

Departementet mener at nedkortingene av merkeavtalens varighet fra 30 til ■ måneder, samt å fjerne punkt 8.3 b og c, eliminerer de sentrale bindingene på kjøpers utvikling av virksomheten i St1 Norge mens merkeavtalen gjelder mellom partene. Dette innebærer etter departementets vurdering at merkeavtalen ikke går for langt når det gjelder kravet om uavhengighet i vilkårenes punkt 5.

Konkurransetilsynet har i brev av 19. mai 2017 oppgitt at det fortsatt er elementer i merkeavtalen som reduserer insentivene partene har til å konkurrere med hverandre og at den skaper økt gjennomsiktighet mellom partene. Videre legges det føringer på kjøpers forretningsdrift ved at markedsføringen av St1-navnet skal følge selgers Brand Guidelines. Tilsynet mente også at det er betydelig usikkerhet knyttet til hva som ville skje ved avtalens utløp, herunder om den fornyes eller kjøper inngår en avtale med en av de andre aktørene i det norske markedet.

Departementet minner om at Konkurransetilsynets vedtak, i vilkårenes punkt 9, krever at en merkeavtale inngås, med et minimumskrav men ikke et maksimumskrav til varighet. Som departementet tidligere har nevnt, vil en eier av en merkevare være opptatt av å beskytte denne. Departementet mener således at det ikke er betenkelig at eieren av merkevaren vil ha føringer for hvordan denne markedsføres. Videre er departementet av den oppfatning at det også er rimelig at eieren av merkevaren vil sikre at den kan føre kontroll med hvordan markedsføringen skjer. Merkeavtalen legger føringer for hvilken informasjon selger kan be om fra kjøper, det framgår også at selger ikke under noen omstendigheter kan be om informasjon fra kjøper som ikke er knyttet til oppfyllelsen av avtalen. Kjøper er heller ikke fratatt muligheten til å uttale seg om driften av St1-stasjonene i Norge.

Departementet vil også bemerke at Konkurransetilsynets bekymring for merkeavtalen må vurderes i lys av betydningen av merkevarelojalitet i den bransjen saken gjelder. Verken i Konkurransetilsynets vedtak V2015-29, eller i tilsynets markedsundersøkelser om drivstoffmarkedet, er merkevarelojalitet fremhevet som et viktig kjennetegn

²⁶ Jf. e-post til departementet av 31. mai 2017 fra Ro Sommernes Advokatfirma DA, og e-post fra SimonsenVogtWiig Advokatfirma AS til departementet av 31. mai 2017.

ved konkurransen i drivstoffmarkedet. Merkevareavtalens betydning ved vurderingen av om Blue Energy skal godkjennes som kjøper, må derfor ikke overdrives.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at det er usikkert hva som vil skje etter merkevareavtalens utløp. Et vilkår om at merkevareavtalen mellom partene ikke kan fornyes, reduserer denne usikkerheten fordi det tvinger kjøper til å etablere sin egen merkeprofil. Et forbud mot at Blue Energy benytter seg av andre eksisterende merkevarer i Norge, vil avhjelpe usikkerheten ytterligere. Partene har ikke motsatt seg dette, jf. e-post til departementet av 31. mai 2017 og 31. mai 2017 fra henholdsvis Ro Sommernes Advokatfirma DA og Simonsen Vogt Wiig Advokatfirma AS. Den gjenstående usikkerheten er dermed en bekymring for kjøpers egnethet av andre grunner, og til dette viser departementet til vurderingene i punkt 6.5 og 7.4.2 ovenfor.

Departementet mener etter dette at de avhjelpende tiltakene foreslått fra partene medfører at merkevareavtalen er oppfyller både vilkår 5 og vilkår 9 i Konkurransetilsynets vedtak V2015-29.

7.4.4 Økt gjennomsiktighet mellom partene

Med bortfall av garantiforpliktelsen for kjøpers lån i Danske Bank og endringene i merkevareavtalen, mener departementet at det ikke gjenstår tilknytningspunkter som gir økt transparens mellom partene.

7.5 Samlet vurdering

Etter departementets vurdering vil de foreslåtte tiltakene fra partenes side, sammen med de ytterligere vilkårene som nevnt i kapittel 7.4.2 og 7.4.4 over, avhjelpe de konkurransemessige bekymringene knyttet til Blue Energy som kjøper av St1 Norge. Blue Energy oppfyller dermed vilkårene i kapittel 9 i vedtak V2015-29, og må følgelig godkjennes som kjøper av St1 Norge Automat AS.

8. VEDTAK

På bakgrunn av vurderingene ovenfor, har departementet kommet til at Blue Energy kan godkjennes som kjøper av St1 Norge Automat AS, under forutsetning av at klagerne etterlever de vilkår som er nærmere drøftet i punkt 7 over.

Med hjemmel i forvaltningslovens § 34, Konkurransetilsynets vedtak V2015-29 og konkurranselovens § 16 har departementet truffet følgende vedtak:

- 1. Konkurransetilsynets vedtak V2016-4 oppheves.**
- 2. Blue Energy Holding AS godkjennes som kjøper av St1 Norge Automat AS, under forutsetning av at følgende vilkår oppfylles:**
 - a. Selger, St1 Nordic Oy, og andre enheter i samme foretak, kan ikke stille garanti for Blue Energy Holding sitt lån i Danske Bank i forbindelse med kjøp av St1 Norge Automat AS.**

- b. St1 Nordic Oy må innen [REDACTED] fra dette vedtaket ha solgt alle andeler i obligasjonslånet, til kjøper som er uavhengige av selger og andre enheter i samme foretak som selger.
 - c. St1 Nordic Oy, og andre enheter i samme foretak, kan ikke i en periode på minst 5 år etter utløpet av [REDACTED] perioden ha eierandeler i, eller gi noen form for finansiell bistand til, Blue Energy Holding AS eller til andre enheter i samme foretak.
 - d. Merkeavtalen mellom partene kan ha en varighet på inntil [REDACTED] måneder fra dette vedtaket, og kan ikke fornyes. Punkt 8.3 b) og c) i merkevareavtalen av 8. juni 2016 tillates ikke.
 - e. Blue Energy Holding AS eller andre selskaper i samme konsern kan ikke før etter 5 år fra dette vedtaket inngå samarbeid om forhold som berørt i pkt a) til d) ovenfor, med noen av de andre foretakene som har betydelig overlappende virksomhet i drivstoffmarkedet i Norge.
3. Dersom vilkårene i pkt 2 b) til d) ikke er oppfylt innen de fastsatte frister, kan Konkurransetilsynet oppnevne forvalter, jf. forskrift nr. 1021/2008 om forvalter, for å gjennomføre vilkårene, herunder blant annet gjennomføre avhending av andelene i obligasjonslånet.
4. Vilkårene fastsatt i Konkurransetilsynets vedtak V2015-29 gjelder for øvrig så langt de passer.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)
ekspedisjonssjef

Nils-Ola Widme
avdelingsdirektør