

Nr. 2 Juni
77. årgang 2004

Jurist- og
Økonomforbundets
Forlag

Øko no mi Pol tik

Økonomi & Politik

77. årgang nr. 2. Juni 2004

Økonomi & Politik er et samfundsvidenskabeligt tidsskrift, der orienterer sine læsere om grænsefeltet mellem økonomi og politik. Økonomi & Politik udkommer 4 gange årligt.

Redaktion og bestyrelse:

Selskabet for Historie og Samfundsøkonomi, Formand: Lektor Lars Bille, Institut for Statskundskab, Københavns Universitet

Ansvarshavende redaktør:

Kontorchef Peter Nedergaard,
Beskæftigelsesministeriet
Ved Stranden 8
1061 København K.
Telefon 33 92 59 00
E-mail: pne@bm.dk

Anmeldelsesredaktion:

Lektor Martin Marcussen, Institut for Statskundskab, Københavns Universitet

Redaktionsudvalg:

- Lektor Lars Bille, Institut for Statskundskab, Københavns Universitet
- Lektor Carsten Due-Nielsen, Institut for Historie, Københavns Universitet
- Professor Egil Fivelsdal, Institut for Organisation og Arbejdssociologi, Handelshøjskolen i København
- Lektor Finn Tarp, Økonomisk Institut, Københavns Universitet
- Lektor, dr.polit. Niels-Henrik Topp, Institut for Statskundskab, Københavns Universitet
- Lektor Hans Jørgen Nielsen, Institut for Statskundskab, Københavns Universitet
- Professor Niels Thomsen, Institut for Historie, Københavns Universitet
- Professor Steen Thomsen, Institut for Udenrigshandel, Handelshøjskolen i København
- Direktør Peter Wendt, Investerings- Forenings Rådet

Produktion, administration og markedsføring

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø
Telefon 39 13 55 00
Telefax 39 13 55 55
e-mail: oekpol@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Årsabonnement

- Privatpersoner: kr. 375,00
 - Institutioner, organisationer, virksomheder: kr. 500,00
- Priserne er inkl. moms; ekskl. forsendelse

Tryk: Holbæk Amts Bogtrykkeri
ISSN 0030-1906

Indhold

Redaktionelt forord	1
----------------------------	----------

TEMA: KONKURRENCEPOLITIK

Konkurrence, regulering og forvaltning	2
Jørgen Grønnegaard Christensen	

Kampen om mælken	
Konkurrenceråd vs. monopol- og ankenævn	18
Niels Blomgren-Hansen og Peter Møllgaard	

Europa Kommissionens indflydelse på dansk konkurrencepolitik	35
Stefan Brendstrup	

Økonomiske aspekter af el-markedets konkurrencepolitik	51
Claus Kastberg Nielsen og Peter Møllgaard	

Margin squeeze – misbrug af dominerende stilling	60
Lau Nilausen	

ANMELDELSER	72
- Danmark og multinationale virksomheder før 1950	

Redaktionelt forord

Temaet for dette nummer af *Økonomi & Politik* er konkurrencepolitik og især, hvordan den udformes i Danmark.

I den første artikel analyserer *Jørgen Grøn-negård Christensen* baggrunden for de seneste årtiers store ændringer i synet på konkurrencepolitikken. Han påviser, hvordan fremvæksten af varianter af nyinstitutionel teori har smittet af på synet på konkurrencepolitikken, således at målet i stadig højere grad er blevet skabelsen af markeder på samfundsområder, hvor de ikke tidligere eksisterede.

Niels Blomgren-Hansen og *Peter Møllgaard* analyserer i den anden artikel et bestemt felt inden for konkurrencepolitikken, nemlig konkurrencen inden for den danske mejerisektor. De viser, hvordan afgørelser truffet af Konkurrencerådet efter sagsbehandling i Konkurrencestyrelsen gentagne gange siden 1997 i strid med den faglige kompetence og meningen med konkurrenceloven er blevet underkendt af Konkurrenceankenævnet. Problemet er stort, men kræver ingen ændring af konkurrenceloven. En ændring af Konkurrenceankenævnet er tilstrækkelig.

I den tredje artikel analyserer *Stefan Brendstrup* Europa-Kommissionens indflydelse på den danske konkurrencepolitik. Han når frem til, at indflydelsen først og fremmest er indirekte ved, at den har øget legitimiteten af ar-

gumentationen hos dem, der har ønsket en konkurrencepolitik i Danmark, som er i overensstemmelse med EU-rettens forbudsprincip.

I den fjerde artikel analyserer *Claus Kastberg Nielsen* og *Peter Møllgaard* nogle økonomiske aspekter af el-markedets konkurrencepolitik. De viser, hvordan korrelationskoefficienter kan anvendes til at definere et geografisk relevant marked og dermed understøtte en konkurrenceretlig vurdering af misbrug af dominerende stilling. Samtidig kan økonomisk teori i det hele taget i høj grad anvendes til at designe markeder, således at risikoen for dominans reduceres.

Lau Nilausen analyserer i den sidste artikel to begreber, som ofte anvendes i den konkurrencepolitiske teori og praksis: »margin squeeze« og »predatory pricing.« Han konkluderer, at begreberne har meget til fælles uden at være ens. Disse nuancer har også betydning for deres praktiske anvendelighed.

Peter Nedergaard
Redaktør

Konkurrence, regulering og forvaltning

**Jørgen Grønnegård Christensen, professor,
Institut for Statskundskab, Aarhus Universitet**

1. Indledning

Siden 1980'erne og i særdeleshed i løbet af 1990'erne er der sket en ganske markant ændring i synet både på konkurrencens betydning for den økonomiske og sociale udvikling og på, hvordan man indretter og administrerer en reguleringspolitik, som understøtter konkurrence og vækst. Et af de væsentlige led i denne udvikling vedrører synet på, hvordan man indretter de organisatoriske og i videre forstand institutionelle rammer for konkurrencepolitikken. Traditionelt har man i den sammenhæng i hovedsagen interesseret sig for den interne struktur i de myndigheder, som administrerer konkurrencelovgivningen i snæver forstand. Det nye er for det første, at man nu ikke kun ser på den interne organisation, men også på de institutionelle rammer inden for hvilke myndigheden løser sine opgaver. Deri ligger en interesse for samspillet med politisk ledelse på minister- og regeeringsniveau og for samspillet med andre aktører, de være sig politiske, administrative, judicielle eller økonomiske. Det andet nye er, at til forskel fra tidligere er fokus flyttet fra lovgivningens udformning og virkemidler til administrativ organisation og institutionel indplacering. Artiklen beskæftiger sig med dette organisatoriske og institutionelle aspekt. Målet er at give en indføring i de strømninger, som præger udviklingen, og i forlængelse heraf kritisk at belyse samspillet mellem teori, reformprogrammer og deres omsætning til praktisk politik samt organisatorisk og administrativ praksis. Det er naturlig-

vis i særlig grad udviklingen i Danmark, der er genstand for analyse. Men den danske udvikling lader sig ikke isolere fra den internationale trend, og derfor er fremstillingen bygget op så den belyser vekselvirkningen mellem den internationale reformdebat og udviklingen i Danmark.

Selve analysen forløber i fire trin. Første trin er en kort gennemgang af de ændringer, der er sket i rammerne for konkurrencepolitikken. Dernæst gennemgår artiklen de ændringer der er sket i det fremherskende paradigme for konkurrencepolitikken. Det sker i to trin. Det interessante er nemlig, at man kan spore en vis overensstemmelse mellem det nye regulerings- og konkurrencepolitiske paradigme, som det f.eks. er kommet til udtryk i dansk reguleringspolitik (trin 2), og udviklingen inden for samfundsvidenskabelig teori (trin 3). Den brede formulering dækker over, at det teoretiske nybrud er tværfagligt, for så vidt som det er båret frem af jurister, politologer og økonomer, som arbejder inden for rammerne af varianter af ny-institutionel teori; fælles for dem er, at de alle ser såvel virksomhederne som myndighederne som rationelle aktører, der reagerer på de positive og negative tilskyndelser, der er skabt af formelle spilleregler og organisatoriske strukturer. Ændringerne i politisk paradigme og teoretisk tilgang rejser for det fjerde spørgsmålet om, i hvilket omfang de er slået igennem, og hvis de er det, om der så også i praksis er tale om implementering af nye og tidligere

usete organisatoriske og institutionelle løsninger. En udbredt opfattelse er, at det forholder sig sådan, men det er i givet fald overraskende i forhold til andre teorier, som understreger, at den offentlige forvaltnings indretning som hovedregel må forventes at afspejle bagvedliggende interessestrukturer og i mindre omfang skift i teori og idéer.

Et af kerneproblemerne i udviklingen vedrører forholdet mellem politisk ledelse, reformvirksomhed og forvaltningsmæssig myndighedsudøvelse og politisk-demokratisk kontrol. Det er en klassisk problemstilling, som involverer en række afvejninger, som ikke er nemme. Derfor er spørgsmålet, i hvilket omfang man i 1990-2000-tallets reformbevægelse har fundet en konsistent løsning på denne vanskelige afvejning.

2. Fra markedskontrol til markedsskabelse

Der er i de seneste årtier sket en markant udvikling på konkurrencepolitikens område. Traditionelt var opgaven afgrænset til et ret snævert tilsyn med erhvervslivet, og opgaven var i særdeleshed at kontrollere det store erhvervsliv, idet man så monopoldannelse og konkurrencebegrænsninger som tæt forbundet med virksomhedernes størrelse og med det private erhvervsliv (Boje og Kallestrup, 2003). Også i anden henseende var opgaven snævert afgrænset. Den omfattende regulering af erhvervslivet og anden økonomisk virksomhed, som skete gennem anden lovgivning end konkurrence- og monopollovgivningen, og som kunne have stor betydning for mulighederne for at trænge ind på et reguleret marked for nye virksomheder, blev ikke koblet sammen med konkurrence- og monopollovgivningen. I den klassiske konkurrencelovgivnings fokus på monopolkontrol og -tilsyn lå en anden vigtig afgrænsning. Monopoler, som enten var offentligt ejede og drevne eller blev drevet på grundlag af en offentlig koncession eller eneretsbevilling, var ikke omfattet af konkurrence- og monopoltilsynets virksomhed (Mersing, 1984). Det betød ikke, at deres

virksomhed var ureguleret, men reguleringen fandt sted på en anden måde. Det kunne ske ved, at der var særlige reguleringsmyndigheder, som det f.eks. var tilfældet med tilsynet med el- og varmepriser. Det kunne også ske ved, at man gennem koncessionen og ejerstrukturen placerede repræsentanter for det politiske liv og de administrative myndigheder i eneretsvirksomhedernes bestyrelser. Under telemonopolet havde både repræsentanter for de politiske partier og højtstående ministerielle embedsmænd sæde i bestyrelserne for de regionale telefonselskaber (Christensen og Pallesen, 2001).

Der er i to runder gjort op med den traditionelle regulering. Den første var grundlæggende præget af fiasko, den anden er umiddelbart en succes. Fiaskoen var den deregulerings- og regelforenklingskampagne, som blev iværksat i 1980'erne. Den var et internationalt fænomen, og fik som sådan også sit tag i Danmark. Der var imidlertid meget snævre grænser for, hvad man nåede. Kampagnen havde ikke stor gennemslagskraft i forhold til erhvervslivet og dets regulering, ligesom den kun i begrænset omfang var rettet mod de offentlige forsyningsvirksomheder og de koncessionerede og andre eneretsvirksomheder. Og man havde helt set bort fra, at en strategi for regelforenklings og deregulering ikke demonterer de politiske og administrative mekanismer, endsige neutraliserer de interesser, som skaber grobund for ny og tættere regulering, f.eks. på miljøområdet (Christensen, 1991). Anden runde havde et helt andet forløb. Som udgangspunkt udspringer den ikke af et ønske om at ændre reguleringen. Der har snarere været tale om et samspil mellem på den ene side et ændret syn på, hvordan man organiserer offentlig virksomhed og et stærkt politisk ønske om at skabe provenu, som kunne forbedre statens budgetsaldo. Derfor har man over alt i OECD-landene set en stribe af selskabsdannelser og privatiseringer. Men hvor regelforenklings og deregulering byggede på en forestilling om,

at man kunne skabe mere markeds konkurrence ved at fjerne og lempe regler og ved at slanke reguleringsforvaltningen, har selskabsdannelserne og privatiseringerne i praksis været ledsaget af ny og mere regulering. Dereguleringen blev ikke til meget, men man fik i stedet en ny og omfattende form for regulering, der rammende er karakteriseret som reregulering (Vogel, 1996).

Udviklingen har klart en international dimension. Det er nævnt, hvordan både dereguleringen og privatiseringen har haft karakter af en bølge, som i begge tilfælde inden for et ret kort åremål ramte alle vestlige lande. Effekten har bestemt ikke været den samme overalt. En kendsgerning er det ikke desto mindre, at der er tale om en form for spredning eller diffusion af nye tanker og idéer om markedets rolle, den offentlige regulerings sigte og instrumenter samt den offentlige forvaltnings opgaver og indretning. Så langt er der enighed. Problemet er, hvordan man præcis skal forklare den delvis parallelle udvikling mellem en række lande, som nok ligner hinanden, men som i andre og også relevante sammenhænge er ganske forskellige, f.eks. i synet på statens rolle i forhold til erhvervsliv og økonomi og i anvendelsen af statsvirksomheder.

Fire mulige tolkninger tiltrækker sig her opmærksomhed. Den mest generelle er, at det er en effekt af globaliseringen. Logikken er, at de nationale grænser og den regulering, der tidligere fandt sted inden for dem, ikke har kunnet modstå de stærke økonomiske kræfter, som opererer helt på tværs af dem. Derfor er de nationale myndigheder blevet tvunget eller dog stærkt tilskyndet til tilpasning, hvad der har resulteret i en ny form for regulering, hvis formål ikke så meget er at dæmme op for dem som at tilpasse sig den globale økonomis og de multinationale virksomheders behov og krav. Spørgsmålet er imidlertid, hvor ny og stærk globaliseringen er, og dernæst hvad dens effekter i forhold til markedsreguleringen egentlig er (Rasmussen

& Andersen, 2002). Den anden forklaring er mere subtil. Dens hypotese er, at diffusionen har karakter af imitation, hvor nogle lande går i spidsen, andre følger efter, og på et tidspunkt er der almindelig enighed om, at dette er den rette måde at løse bestemte problemer på (Levi-Faur, 1999 og 2002).

Den tredje tolkning er beslægtet og lægger vægt på, at diffusionen er institutionaliseret på internationalt niveau. For de industrialiserede og demokratiske lande spiller OECD en rolle som mødested for politikere og især embedsmænd, som udveksler idéer og erfaringer, og OECD gennemfører kritiske inspektioner af medlemslandenes økonomiske politik, deres administrative reformvirksomhed og i de seneste år også reguleringspolitikken. OECD har på den måde en funktion som katalysator for udviklingen af fælles referencerammer for, hvad der er tidssvarende og hensigtsmæssige organisations- og reguleringsformer. Denne funktion er ikke mindst fremhævet i forbindelse med den stærke tilslutning, som New Public Management-lignende reformtiltag på det principielle plan får fra politiker- og embedsmandshold over alt i den vestlige verden (Marcussen, 2002). Siden Sovjetunionens sammenbrud har OECD i samarbejde med EU også med SIGMA-programmet fungeret som transmissionskanal for en administrativ og reguleringsmæssig modernisering af de central- og østeuropæiske lande (www.sigmaweb.org).

Fælles for de tre første tolkninger er, at mekanismerne er uformelle. De er resultatet af enten en tilpasning til nye økonomiske vilkår eller til nye normer, hvis formidling sker gennem normative kanaler uden myndighedsautoritet. Det er samtidig forklaringer, som lader det stå ret åbent, hvilken rolle politiske interesser og politiske processer spiller, for der er primært lagt vægt på tilpasninger, der sker, fordi et økonomisk eller normativt pres tilsiger det. Men der kan også være tale om en tilpasning til autoritative krav. In-

ternationale organisationer som Verdensbanken kan stille krav i forhold til lande, som modtager finansiel bistand. Det samme gælder EU i forhold til lande, som aspirerer til optagelsesforhandlinger og medlemskab. Og for EU's medlemslande gælder yderligere, at de er underlagt en fælles og bindende regulering, som forpligter dem til f.eks. at åbne deres markeder på områder, der tidligere var domineret af nationale og ofte statslige eller halvoffentlige monopoler, der blev reguleret som beskrevet ovenfor (Blom-Hansen & Christensen, 2004). Den stærkeste forklaring er derfor umiddelbart, at de ændringer og reformer, som er gennemført i en række EU-lande, herunder Danmark, har fundet sted, fordi de imødekommer krav, som følger af EU's bindende regulering. Forklaringen har bestemt noget for sig, men den er ikke helt så stærk, som den umiddelbart lyder (se f.eks. Christensen, 2003; Héritier, 2002).

En årsag til det er, at mange af tiltagene er gennemført i en takt, der indebærer, at nogle lande i hvert fald havde taget selvstændige skridt i reformretningen, før EU traf bindende beslutninger herom, ja, endog før sagen var på den europæiske dagorden. En andet forhold er, at EU's beslutninger ofte har karakter af rummelige rammer, som nok definerer målet, men som kun i et vist omfang fastlægger midlerne. Således har EU aldrig stillet krav om privatiseringer, når målet har været markedsåbning i forhold til de nationale monopoler på forsyningsområderne, ligesom EU nok har stillet krav med hensyn til adskillelse af drifts- og myndighedsfunktioner, men ikke blandet sig i hverken ejerskab eller den præcise institutionelle status for de nationale myndigheder. Det er derfor nødvendigt også at interessere sig for interessekonstellationer og politisk-administrative beslutninger på nationalt niveau. Analytisk komplicerer det billedet af forandringsprocessen, for det nødvendiggør en sammenkobling af det statiske aktør- og interesseperspektiv med de processer og mekanismer, der har fået aktørerne til at revurdere hævdevundne

og over lange perioder stabile løsninger (Christensen & Pallesen, 2001; Eising, 2002).

3. Et nyt reguleringsparadigme

Der er siden begyndelsen af 1990'erne på flere måder sket markante ændringer i det paradigme, som man henviser til, når man forbereder og vedtager ændringer i den hidtidige reguleringspolitik. Det er internationalt fænomen, som også kommer til udtryk i den danske udvikling. Ændringerne viser sig på flere måder, men de er først og fremmest udtryk for to tendenser. Den ene er, at man lægger stor vægt på at fremme vilkårene for markedskonkurrence. Det gælder på de traditionelle markeder for varer og tjenesteydelser, som er domineret af private virksomheder. Men det gælder også på markedet for offentlige tjenester, hvor virksomhederne under den traditionelle regulering havde status som såkaldte 'public utilities', der typisk blev opfattet som naturlige monopoler. Som eksempler kan nævnes elværker og elforsyningsvirksomheder, andre energiselskaber, telekommunikation, vandforsyning, jernbaner og andre kollektive trafikvirksomheder, affalds- og forbrændingsvirksomheder.

De to områder er præget af hver sin udvikling. Den traditionelle konkurrenceregulering har typisk sin egen lovgivning og sine egne forvaltningsmyndigheder. Det er samtidig en regulering af generel karakter, og dens myndigheders kompetence omfatter erhvervsvirksomhed af enhver karakter. Udviklingen i Danmark er i så henseende typisk. Der er således sket en tilpasning af den danske regulering til den internationale norm. Kontrolprincippet, som tidligere var bærende, blev med konkurrenceloven af 1997 erstattet af forbudsprincippet, som er grundlaget for reguleringen i andre EU-lande. Der gælder derefter et forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og mod misbrug af dominerende stilling. I den traditionelle regulering var der imidlertid en skarp sondring mellem privat erhvervsvirksomhed og of-

fentlig virksomhed, herunder virksomhed omfattet af en eneretskoncession. Forbudsprincippet ophævede i princippet sondringen mellem privat og offentligt, således at forbudet herefter er rettet mod en enhver form for konkurrencebegrænsninger og misbrug af dominerede stilling (LBK 687 af 12.07.2002). Men der var i lovens § 2, stk. 2 den væsentlige tilføjelse, at dette ikke gjaldt, »hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte følge af offentlig regulering.« Begrænsningen gjaldt både staten og kommunerne, således at forbudet f.eks. ikke gjaldt for kommunale og fælleskommunale virksomheder, hvis konkurrencen ville gøre det umuligt for kommunalbestyrelsen at løse dens opgaver i henhold til lovgivningen.

Der kunne altså være en konflikt mellem konkurrencelovens principper og reglen om, at de skulle – eller snarere kunne – vige for anden og mere specifik regulering. Det var i lovens oprindelige udformning løst ved, at det var de specialiserede myndigheder, der afgjorde, om konkurrencebegrænsning var nødvendig, når man tog hensyn til andre reguleringskrav. Denne regel er ved revisionen af loven i 2002 strammet op, således at det nu er den ansvarlige ressortminister og altså ikke den kommune, hvis forsyningsvirksomhed måtte være i konkurrencemyndighedernes søgelys, der tager stilling til, om en konkurrencebegrænsning er en »direkte og nødvendig følge af en lov eller en kommunal vedtagelse«, som det nu hedder i den officielle udlægning (LBK 539 af 28.6.2002).

Det nye paradigme bryder også mere direkte med den gamle klassiske antagelse om, at der ikke var problemer af konkurrencemæssig karakter på områder, hvor det offentlige gennem engagement i ejerskab og drift eller koncessioner havde bestemmende indflydelse på virksomheden. Det viser sig ved, at der i takt med privatisering og markedsåbning er gennemført en lang række reformer af lovgivningen. Det mest bemærkelsesværdige ved

dem er, at man har fået en egentlig reguleringslovgivning, som også beskæftiger sig med konkurrenceforholdene på en række specialområder. Det gælder først og fremmest telekommunikation, elforsyning, naturgas, jernbanetransport og postvæsen. Lige så væsentligt er det, at sigtet er at fremme markeds konkurrence på områder, hvor den indtil for få år siden var svag eller fraværende.

4. Et nyt administrativt paradigme

Et grundlæggende træk ved det nye paradigme er, at man lægger vægt på adskillelsen af på den ene side drift og ejerskab, på den anden side myndighedsopgaven med at administrere reglerne og overvåge deres efterlevelse. I en dansk sammenhæng har det givet sig udslag i en række administrative nydannelser. Således har liberaliseringen af teleområdet ført til etablering af en helt ny styrelsesorganisation, der for tiden hedder IT- og Telestyrelsen. I den klassiske model var reguleringsopgaven svagt organiseret og dertil i hovedsagen placeret hos Generaldirektoratet for Post- og Telegrafvæsenet, som selv havde operatørfunktioner. Tilsvarende er der gennemført en reorganisering af jernbaneområdet, som har strakt sig over en lang periode. Første led i reorganiseringen var en ændring af den gamle generaldirektorsorganisation, som førte til, at DSB blev en statslig virksomhed med egen bestyrelse, men samtidig refererede til trafikministeren gennem ministeriets departement. Andet led i reorganiseringen var en adskillelse af operatøropgaverne fra de opgaver, der knyttede sig til investeringer og vedligeholdelse af infrastrukturen. Resultatet var udskillelsen af Banestyrelsen, der fik status som statsvirksomhed. Derimod var ansvaret for reguleringen af det gryende jernbanemarked fortrinsvis placeret i Trafikministeriets departement. Tredje led i reorganiseringen er gennemført i 2003-2004. Den består først og fremmest i etableringen af Trafikstyrelsen. Den har fået til opgave at varetage myndighedsfunktionerne i forhold til marked og sikkerhed, men er samtidig tillagt opgaver i forbindelse med rådgivningen af mi-

nister og departement. Styrelsen er etableret gennem overførsel af opgaver fra departementet og Banestyrelsen, ligesom Jernbanetilsynet, den gamle sikkerhedsmyndighed, bliver nedlagt og fusioneret med den nye styrelse. Banestyrelsen er samtidig omdannet til en statslig virksomhed under navnet Banedanmark, og den har som sådan fået en eksternt bestyrelse.

På el- og energiområdet er der en tilsvarende udvikling, som imidlertid bærer præg af, at ejer- og organisationsstrukturen har en helt anden historie. Man har her haft en blanding af forbruger- og kommunalt ejerskab, som var underlagt regulering gennem dels den kommunale styrelseslovgivning, dels en særlovgivning. Også på disse områder er de gamle monopolmarkeder åbnet for konkurrence, og der er i den sammenhæng sket en reorganisering. Den traditionelle prisregulering er reorganiseret og nu henlagt til en kollegial myndighed, Energitilsynet, som får sekretariatsbetjening fra Konkurrencestyrelsen og Energiestyrelsen. Samtidig er der sket en adskillelse af funktionerne som operatører på markedet og som systemansvarlige virksomheder, det vil sige som de virksomheder, der opretholder et overordnet net for transmission og varetager de tekniske reguleringsopgaver, der knytter sig til sikringen af balance mellem den mængde af energi, der bliver henholdsvis tilført nettet og brugt af husholdninger og virksomheder. Adskillelsen blev gennemført på elområdet ved en opsplitning af det gamle Elsam i det jysk-fynske område, siden udvidet til hele landet med elreformen af 1999. Markedsåbningen på naturgasområdet forudsætter en tilsvarende adskillelse af operatør- og systemansvar. Med det elforlig, der blev indgået i marts 2003 er det endelig besluttet at fusionere de to regionale systemansvarlige virksomheder, Eltra (Fyn og Jylland) og Elkraft System (Sjælland og Lolland-Falster samt Bornholm) i ét statsligt selskab.

Det nye paradigme omfatter i virkeligheden endnu et område. I begyndelsen af 1980'erne, da man begyndte at tale om privatisering, tænkte man ikke så meget på, at der kunne være tale om et frasalg af offentlige eller offentligt kontrollerede aktiver til private investorer i forbindelse med en markedsåbning. Tværtimod påpegede en arbejdsgruppe, som var nedsat af finansministeren for at overveje mulighederne for at fremme privatiseringen, at der ikke var noget stort potentiale for den form for privatisering. Grunden var den enkle, at man i Danmark ikke havde nogen stærk tradition for statsligt eller andet offentligt engagement i erhvervslivet, således som det var tilfældet i lande som Frankrig, Norge, Storbritannien, Sverige og det daværende Vest-Tyskland. Potentialet lå derfor i langt mindre spektakulære privatiseringstiltag i form af et udbud af offentlige opgaver. En sådan konkurrenceudsættelse ville kunne bidrage til en reduktion af driftsudgifterne på ikke mindst en række støttefunktioner (Administrationsdepartementet, 1983; Kristensen, 1984).

På daværende tidspunkt var der ikke grundlag for at anfægte disse vurderinger. Men udviklingen viste hurtigt noget andet. Der var for det første et betydeligt potentiale for »store« privatiseringer i form af frasalg af statslige aktiver, mens den »lille« privatisering i form af udlicitering af driftsopgaver viste sig så politisk kontroversiel, at der kun er gjort få og usikre fremskridt på området. Ikke desto mindre er der også på det sidste område sket reguleringsmæssige tilpasninger i form af etableringen af et udliciteringsråd i finansministerielt regi samt gennem regler om EU-udbud for offentlige indkøb af investeringsopgaver, forbrugsvarer og tjenesteydelser, hvis opgaven overstiger en minimal størrelse. Et særligt klagenævn for udbud, der er placeret under Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, har til opgave at tage stilling til klager om overtrædelse af både de nationale og de EU-aftledte regler på udbudsområdet. Endelig er der ved

en ændring af den kommunale styrelseslov i 2002 indført en såkaldt udfordringsret. Private har herefter mulighed for at udfordre offentlige myndigheder ved at afgive tilbud på løsning af opgaver, som de ellers løser i eget regi. Formålet er angiveligt at ændre balancen mellem myndighederne og de offentlige myndigheder i et forsøg på at fremme den udlicitering, som har vist sig vanskelig at realisere med udgangspunkt i udbud, der er initieret af kommuner og amter, som løser størstedelen af de driftstunge opgaver inden for den danske offentlige sektor.

Udviklingen i dansk konkurrence- og reguleringspolitik falder for en første betragtning i tråd med en international udviklingstendens. Den har de samme kendetegn, og lægger man først og fremmest vægt på den politiske og administrative debat, er retningen den samme i Danmark og de andre vestlige lande. Det gælder også i reorienteringen af politikken, som i modsætning til den klassiske politik lægger vægt på de institutionelle og organisatoriske aspekter af konkurrencepolitikken. Det rationale, som tegner sig, bygger på en opfattelse af, at man skal sikre lige adgang til konkurrenceprægede markeder gennem en myndighedsstruktur, der er isoleret fra det politiske proces. Det indebærer en uafhængighed i forhold til det ministerstyrede hierarki, som er den dominerende forvaltningsmodel i de vesteuropæiske parlamentariske demokratier, og derigennem en beskyttelse mod politisering af konkurrencepolitikken og mod parlamentarisk intervention. Det er synspunkter, som i de seneste år, er kommet stærkt til udtryk gennem OECD, der har gennemført og fortsat gennemfører omfattende kritiske gennemgange af reguleringspolitik, reguleringsreformer og reguleringskapacitet i medlemslandene. Det gælder i øvrigt også i forhold til Danmark (OECD, 2000).

I OECD's myndighedskoncept er der ingen tvivl om, at man skal sikre konkurrence- og reguleringsmyndighederne en høj grad af for-

mel uafhængighed i forhold til regering, parlament og partier. Der er samtidig en stærk skepsis over for inddragelsen af interesseorganisationerne i administration og sagsbehandling. Derimod er det ikke helt klart, hvordan man skal organisere reguleringsmyndighederne. Den ene mulighed er at indrette en stærk og uafhængig konkurrencemyndighed med ansvar for sikringen af konkurrencen, hvad enten det drejer sig om markedet for varer og tjenesteydelser i almindelighed eller det drejer sig om specialiserede områder som de gamle forsyningsmonopoler. For dedikerede tilhængere af reformparadigmet er det den foretrukne løsning. Argumentet er, at den beskytter reguleringsmyndighederne mod 'capture' i forhold til regulerede virksomheder og brancher, og at den sikrer en forholdsvis ubureaukratisk regulering, som må koncentrere sig om de brede rammer for reguleringen, fordi de ifølge sagens natur ikke har kapacitet til at blande sig i detaljen. Bag det sidste hensyn ligger en frygt for, at den bureaukratiske egendynamik hos meget specialiserede myndigheder vil resultere i en detaljeregulering, som viser sig at være dysfunktionel i forhold til ønsket om at sikre bedre rammer for markeds konkurrence (OECD, 1999).

Andre lægger dog vægt på, at markederne for forsyningsvirksomhederne er meget komplekse på grund af produktionsstrukturen og på grund af de tekniske forhold. Derfor er det, siger man, nødvendigt at etablere et sæt af meget specialiserede myndigheder, som har ansvaret for hver deres forsyningsområde. En sådan specialisering er forudsætningen for at sikre den administrative kapacitet og tekniske, juridiske og reguleringsøkonomiske kompetence, som man må have for at kunne regulere markedet for f.eks. telekommunikation, elektricitet, gas og jernbanetrafik.

De to udviklingstendenser afspejler sig begge i den internationale udvikling. I New Zealand har man i kølvandet på 1980ernes markedsreformer satset på den første model med

en stærk generel konkurrencemyndighed (Commerce Commission), der er organiseret som en styrelse (Crown Entity) under kollegial ledelse. Der var med den oprindelige lovgivning fra 1986 tale om en såkaldt generisk konkurrencemyndighed, der praktiserede såkaldt 'light-handed regulation'. Politisk har man imidlertid i årene 1998-2001 forladt den generiske model, og Commerce Commission har nu ansvaret for sektorspecifik regulering inden for telekommunikation, elektricitet og mejerisektoren, og der er i den sammenhæng nu udpeget en særlig kommissær med ansvar for telereguleringen (www.globalcompetitionreview.com/hcea/new_zealand; www.comcom.govt.nz). Kommissionen er et halvjudicielt organ. Men den arbejder på grundlag af en kontrakt indgået med ministrene for handel, energi og kommunikation, ligesom det er aftalt, at økonomiministeriet kan definere rammer for kommissionens løbende virksomhed, lovgivning og politikudvikling (Commerce Commission, 2003).

Den oprindelige new zealandske model skal ses i modsætning den engelske. Her var udgangspunktet som i New Zealand en enhedsforvaltning baseret på store ministerstyrede departementer, som samlede politikudvikling, lovgivning, ministerrådgivning og løbende forvaltning. I forbindelse med privatiseringen og reguleringsreformerne etablerede man imidlertid en lang række specialiserede myndigheder, såkaldte 'offices'. De havde ansvaret for hver deres forsyningsområde såsom telekommunikation, jernbaner, vandforsyning, elektricitet (Baldwin & Cave, 1999). Det officielle rationale afspejlede altså i lighed med det new zealandske 1980'ernes og 1990'ernes nye konkurrence- og reguleringsparadigme med dets adskillelse af politik og forvaltning. Der var dog ikke kollegial ledelse og beslutningstagen, men derimod en delegation af kompetence til 'the office' personificeret ved generaldirektører placeret uden for ministeriernes departementer. Hvor den new zealandske model således har

understreget den nye konkurrence- og reguleringsmyndigheds uafhængighed ved en kollegial ledelsesstruktur, har man i den oprindelige engelske model tilstræbt samme effekt ved etableringen af monokratiske embeder med ansvar for specialiserede reguleringsmyndigheder. En væsentlig tilføjelse er imidlertid, at der i England efter den første reformbølge er set en bevægelse i retning af kollegiale ledelsesstrukturer og (Baldwin & Cave, 1999: 296-305).

Udviklingen på konkurrenceområdet har en særlig europæisk vinkel. Udgangspunktet er, at Kommissionen som EU's udøvende magt formelt er uafhængig af medlemslandenes regeringer. Det har betydning i dens rolle som forslagsstiller til ny EU-lovgivning og i dens rolle som politisk-administrativ vogter af traktaten. I begge tilfælde har logikken steds været, at denne formelle uafhængighed var forudsætningen for Kommissionens troværdighed i forhold til de nationale regeringer. Samtidig var det dog sådan, at Kommissionen nok var EU's udøvende institution, men hverken havde kompetence eller organisatorisk kapacitet til at administrere fælles politik. Det var med én undtagelse en opgave for de nationale regeringer og deres forvaltninger. Undtagelsen var konkurrenceområdet, hvor Kommissionen administrerede de fælles konkurrenceregler og således kunne udøve forvaltningsmyndighed direkte i forhold til virksomheder i medlemslandene. På denne måde var der fra starten skabt et arrangement, som bidrog til at sikre, at EU's konkurrenceregler blev administreret ensartet og ikke diskriminerende inden for EU. Her er der dog igen en undtagelse, idet reglerne om statsstøtte administreres under nøje overvågning af Rådet, som i vidt omfang træffer afgørelse i enkeltsager.

Der er imidlertid to udviklinger inden for EU, som ændrer det oprindelige billede af opgavefordelingen på konkurrenceområdet. Den ene er, at Rådet ved en forordning har

delegeret kompetencen til at varetage en del af de administrative opgaver på konkurrenceområdet til de nationale myndigheder, således som det er på andre områder inden for EU (EU/RFO 1/2003). Den anden er, at EU lidt efter lidt har oprettet en række specialiserede agenturer, som på mange måder minder om de specialiserede reguleringsmyndigheder, man finder på nationalt plan. I EU's officielle terminologi bliver de omtalt som decentraliserede institutioner, idet de er trukket ud af det normale Kommissions-Råds-system. De beskæftiger sig typisk ikke med konkurrenceforhold i generel forstand, men derimod med reguleringen af sikkerheds- og sundhedsmæssige aspekter inden for de områder, der er omfattet af samarbejdet omkring det fælles indre marked. Eksempler er EMA, Det Europæiske Agentur for Lægemiddelvurdering, og EFSA, Den Europæiske Fødevarerikkerhedsautoritet (http://www.europa.eu.int/agencies/index_da.htm). I begge tilfælde er det imidlertid sådan, at en regulering, der er rettet mod beskyttelse mod negative eksternaliteter, også har en konkurrencemæssig side.

I debatten om EU's rolle og institutionelle indretning har spørgsmålet om forholdet mellem den politiske ledelse og de politiske beslutningstagere på den ene side, og de administrative myndigheder og det professionelle embedsværk på den anden haft samme fremtrædende placering, som på nationalt niveau. Godt nok hviler hele EU-strukturen på en ideologisk konstruktion, der tillægger Kommissionen status som en overnational myndighed, der arbejder for et europæisk almenvel. Men det har længe været klart, at Kommissionen primært var et politisk organ, hvis medlemmer blev udpeget efter politiske kriterier, og at de hver for sig og tilsammen arbejdede på et politisk mandat, som kun gav og giver dem et begrænset spillerum. Det har fået kommentatorer fra grænseområdet mellem academia, politik og forvaltning til at argumentere for en ændring af EU's institutionelle struktur, såle-

des at man i stedet for at forlade sig på Kommissionen som traktatvogter delegerede myndighedskompetence til europæiske styrelser eller agenturer, som var uafhængige af selvfølgelig Rådet, men også Kommissionen. Sådanne administrative ekspertorganer med en uafhængig status skulle ifølge argumentationen kunne administrere den fælles europæiske politik på en måde, der beskyttede integrationen mod kortsigtede og opportunistiske underløb fra de nationale regeringers side. Argumentationen er foldet fuldt ud i en artikel af italieneren Giandomenico Majone (2000), og den har haft stor indflydelse på både den politisk-administrative og den politisk-videnskabelige debat om samspillet mellem politik og forvaltning på konkurrence- og reguleringspolitikens område.

5. Teori og praksis

Inden for samfundsvidenskaberne har man siden 1980'erne oplevet en fornyet interesse for institutionelle forhold. I modsætning til den klassiske institutionalisme, som man kendte den i mellem- og efterkrigstidens europæiske politologi, er der tale om en stærkt teoretisk styret teori om institutioner i form af formelle spilleregler som rammesættende og incitamentskabende for administrative, økonomiske og politiske aktører. Bag denne tankegang ligger en grundantagelse om, at man har at gøre med aktører, som har veldefinerede mål og interesser, de rationelt forsøger at virkeliggøre, så godt som det nu måtte være muligt. Der er med andre ord tale om et teoretisk perspektiv hvis univers er befolket af individuelle og kollektive aktører, der primært lader sig styre af, hvad konsekvenserne af givne tiltag er for dem selv.

Med en sådan konsekvenslogik opstår der to spørgsmål. Det ene er, i hvilket omfang og på hvilken måde man kan indrette institutionerne, så de får de bedst mulige vilkår for at varetage deres egne interesser. Med denne formulering er der lagt op til, at valget af institutionel struktur og organisatorisk indretning

er en magtkamp mellem interesser, der søger at fastfryse en bestemt interesse- og magtkonstellation for på denne måde at opnå beskyttelse mod de trusler og den usikkerhed, som fremtiden kan bringe. Det gælder hvad enten usikkerheden er økonomisk eller politisk betinget. Det andet er, i hvilket omfang og på hvilken måde man kan indrette institutionerne, så de beskytter andre mod de forskellige aktørers bestræbelse på at fremme deres egne mål og interesser. Der er med denne formulering ikke langt til det klassiske reguleringsparadigmes forestilling om en regulering til fremme af det almene vel, f.eks. i form af økonomisk vækst eller et bæredygtigt miljø. Det er den samme tankegang, der ligger bag den for tiden bredt accepterede forestilling om, at ansvaret for formulering og forvaltning af pengepolitikken skal ligge hos uafhængige centralbanker.

De to synsvinkler indgår begge i ny-institutionel teori, og umiddelbart ligner de hinanden til forveksling. Der er imidlertid en afgørende forskel på dem. Den første variant af teorien har ikke umiddelbart normative implikationer. Der er i stedet tale om positiv teori, der forsøger at forbedre den politologiske forvaltningsforsknings evne til at forklare og måske forudsige, hvorfor man indretter den offentlige forvaltning på en bestemt måde i bestemte situationer. Kerneræsonnementet er som nævnt, at valget af en given administrativ struktur skal ses som aktørernes forsøg på at fastfryse en for dem gunstig interessekonstellation. Det følger af, at der ofte vil være aktører, som kan have en tilskyndelse til at søge den nuværende organisation ændret, fordi en anden institutionel løsning vil stille dem bedre (Moe, 1990). Derfor forventer teorien også, at den dominerende koalition i situationen, hvor man tager stilling til organisationen, vælger instrumenter der låser strukturen på sigt, således at organisationen ikke bare kan ændres fra det ene øjeblik til det andet, hvis en ny koalition kommer til magten. Man taler i den sammenhæng om den herskende koalition, som

ikke bare er en given regering, men en betegnelse for partierne bag et givet flertal og de organiserede interesser, der bakker dem op mod til gengæld at forvente deres støtte til varetagelse af egne interesser (Horn, 1995).

Det fører til to forudsigelser. Den ene er, at man i betydeligt omfang vil se politikerne i regeringen blive pålagt eller fastholdt på en delegation af afgørelsesmyndighed til en meritbaseret og professionel forvaltning, der er om ikke tjenestemandsbaseret, så dog fører en personalepolitik, der bygger på embedsmændenes i praksis livslange karriere for regeringer af skiftende partifarve. Den anden forudsigelse er, at valget af administrative løsninger ikke er løst hermed. Det involverer i høj grad også udformningen af procedurer der regulerer, hvem der skal inddrages i forvaltningens beslutningsproces, og på hvilket grundlag sagsbehandlingen skal foregå (McCubbins, Noll & Weingast, 1987). Et vigtigt led i tankegangen er i begge tilfælde, at det er umuligt for de politikere og organiserede interesser, der forhandler om den regulerende lovgivnings udformning, at formulere den så præcist, at den kan danne grundlag for en stillingtagen til enhver fremtidig sag, som måtte komme op. Da sagsmængden er stor, og da man ikke med sikkerhed kan vide, hvem der i en sådan fremtidig situation vil bestride politiske poster med beslutningsmyndighed, koncentrerer man sig i stedet om indretningen af organisation og procedurer for de myndigheder, der skal administrere reguleringen. I denne variant af teorien er forvaltning og politik to sider af samme sag, og delegationen til en administrativ myndighed finder alene sted for at beskytte den herskende koalitions interesser mod den politiske usikkerhed, som lurer i en fremtidig situation. Man fastfryser med andre ord i myndighedsorganisationen interessekonstellationen på lovgivningstidspunktet.

Den normative variant af teorien har bygget på en funktionel logik. Deri ligger, at man forklarer valget af reguleringspolitiske løs-

ninger med en henvisning til deres forventede effekt. Den funktionelle forklaringstype har en lang, men også omtvistet historie inden for samfundsvidenskaberne. I denne sammenhæng får den yderligere en normativ drejning, fordi argumentationen lyder, at man skal indrette sig på en bestemt måde for at opnå en ønskværdig effekt, som ikke er genstand for diskussion. Trods risikoen for teleologi og cirkelslutninger er der tale om en forklaringsmodel, som spiller en stor rolle inden for økonomisk inspireret public choice-teori og inden for økonomisk ny-institutionalisme. Den finder også stor udbredelse inden for grene af politologien, som beskæftiger sig med internationalt og europæisk samarbejde og med det klassiske spørgsmål om arbejdsdelingen mellem politikere og forvaltning.

Nøgleordet er troværdighed. Tankegangen er, at der er behov for et reguleringsregime, der skaber tiltro til, hvordan konkrete afgørelser vil se ud i situationer, hvis præcise karakter man ikke kender på lovgivningstidspunktet. Da man som nævnt ikke kan formulere reglerne så præcist og udførligt, at de dækker enhver fremtidig situation, er man nødt til at acceptere en margin for skøn. Man kan imidlertid heller ikke stole på politikere, som handler ud fra et stemmemaksimeringshensyn, fordi de let falder for en opportunistisk fristelse, der kompromitterer de samfundsmæssige hensyn, der ligger bag en reguleringspolitik. Derfor, ræsonnerer man, er der behov for at delegerer kompetence til en uafhængig instans, der bliver defineret som en »ikke-flertalsmyndighed« (non-majoritarian institution). Sådanne institutioner, der er trukket ud af den parlamentariske styringskæde, skal ikke bare have sagsbehandlingskompetence, men som det er tilfældet med uafhængige centralbanker, også kompetence til at formulere politikken inden for det givne mandat, som f.eks. kan være at sikre konkurrencen eller begrænse inflationen. Cirklen slutes, fordi man i den funktionalistiske teori ofte tillægger aktørerne et trovær-

dighedsmotiv: De vælger at delegerer kompetence til en uafhængig centralbank, en uafhængig konkurrencemyndighed, til en EU-kommissionen eller et EU-agentur, fordi de realistisk har erkendt deres egen opportunisme, og derfor ønsker at binde egne og andre regerings eller partiers hænder i en fremtidig situation, hvor fristelsen til at agere kortsigtet kunne blive for stærk for en stemmemaksimerende politiker (Se f.eks. Majone, 2001; Thatcher & Sweet, 2002; Thatcher, 2002; Pollack, 2003).

De to teorier, som kort er præsenteret her, leder til forudsigelser, som delvis falder sammen, delvis afviger fra hinanden. Den sammenfaldende forudsigelse er, at man kan beskytte stabiliteten og dermed også troværdigheden af et reguleringsregime ved at trække forvaltningen ud af den parlamentariske styringskæde. I den første teoretiske tolkning er troværdigheden et relativt begreb, for det handler alene om, hvem regimet skal være stabilt og troværdigt i forhold til. I den anden tolkning er der tale om at imødekomme et funktionelt behov for troværdighed. Det leder i den første variant af teorien til en forudsigelse af variation i de konkrete løsninger. Man kan forestille sig, at løsrivelsen fra det politisk styrede hierarki sker gennem en korporativ myndighedsstruktur, hvor de regulerede interesser sidder med ved bordet i det organ, der har ansvaret for ledelsen af reguleringsmyndigheden. Man kan også forestille sig, at myndigheden er delegeret til et domstolslignende organ, f.eks. et nævn bemandet med dommere eller en blanding af dommere og sektorsagkyndige. Endelig vil denne variant ikke udelukke politisk styring, det være sig i form af ministerstyre eller endog en organisationsform, hvor repræsentanter udpeget af partierne sidder med.

Den anden variants funktionelle udgangspunkt er normativt, og forudsigelsen er derfor baseret på, at der i modsætning til tidligere er sket en ændring i synet på regulerings- og

konkurrencepolitikkenes rolle i samfundet, som har ført til en omfattende reform af de reguleringspolitiske regimer, der kendetegner den vestlige verden. De new zealandske reformer, der er nævnt ovenfor, er i så henseende eksemplariske. Men det samme er det oprindelige ræsonnement bag den institutionelle struktur i EU med den rolle, som den tildelte den uafhængige kommission og den uafhængige Europæiske Centralbank og de spilleregler, som den er omgærdet af. Der er altså, siger man inden for denne retning, tale om en grundlæggende ændring i synet på, hvordan man fra statens side bør regulere og også faktisk regulerer økonomien. En konsekvens er, at man ser en fremvækst af reguleringsmyndigheder, der er uafhængige af regering og parlament (non-majoritarian). De kan være reformerede varianter af gamle myndigheder eller nyoprettede myndigheder, der varetager opgaverne på netop de gamle forsyningsvirksomheders områder. Man har altså skabt troværdige reguleringsregimer på områder, der tidligere var behersket af koncessionerede eller offentlige monopoler, og garanterer dermed troværdigheden i forhold til nye aktører på de nydannede markeder for f.eks. el, naturgas eller telekommunikation (Gilardi, 2002).

Trods de brister, der knytter sig til funktionalistiske forklaringer, kan man ikke helt afvise dem. For hvis der er sket et generelt skifte med hensyn til foretrukket reguleringsregime i de vestlige lande, kræver det en anden forklaring end den interessebaserede. Den interessebaserede kan alene forklare et sandsynligvis stabilt, men fra område til område forskelligt mønster. Ændringer forekommer kun, hvis der ikke er ligevægt mellem de berørte interesser på et givet område, og ændringer affødt af sådanne politiske uligevægte i magtfordelingen vil næppe kunne forklare, at man generelt skulle bevæge sig i samme retning på tværs af grænser mellem lande og politiske sagområder. Derimod kan man forestille sig et sådant generelt skifte i reguleringsregime, hvis troværdighedsrationalet har vundet generel til-

slutning blandt beslutningstagerne. Det vil være tilfældet, hvis de accepterer forventningen om, at uafhængige reguleringsmyndigheder vil forfølge en linje, der afskærer kortsigtet politisk indblanding og således bidrager til sikring af konkurrencen og dermed den økonomiske vækst i et længere perspektiv. Forudsætningen er altså, at regeringer, partier og interesseorganisationer ikke bare accepterer det normative rationale og de forventninger om gunstige effekter, som det bygger på, men også er villige til at lade sig selv binde i ukendte situationer, hvor en uafhængig myndighed vil træffe afgørelser, der går imod interesser, som de repræsenterer.

6. En ny praksis?

Der er ikke tvivl om, at der er sket en ganske grundlæggende ændring i synet på konkurrencens betydning og på mulighederne for at have konkurrence på områder, der tidligere blev betragtet som naturlige monopoler. Det er ikke ensbetydende med, at det nye konkurrenceparadigme er slået fuldstændigt igennem, men det indebærer dog en entydig tendens i den retning, som omfatter mange flere områder og flere lande, om end tendensen klart varierer i styrke (Héritier, 2002). Derimod er det knap så klart, om der er en entydig tendens til at skabe uafhængige reguleringsmyndigheder. Det hænger sammen med, at det langt fra er klart, hvad der ligger i uafhængighedsbegrebet (Christensen, 2001).

Der er specielt to problemer. Det ene er, at uafhængigheden kan bestå i en løsrivelse fra den parlamentariske styringskæde og fra ministerstyret, men uafhængigheden er sikret ved at inddrage de organiserede interesser i sagsbehandlingen og måske også i udfyldningen af reguleringens politiske rammer. Det er i dansk sammenhæng en velkendt model, som skal ses på baggrund af de stærke korporative træk, der karakteriserer det danske politisk-administrative system (OECD, 2000). Det er en klassisk dansk model, som fortsat præger systemet. Der er klart et tro-

værdighedsaspekt, men rationalet er i givet fald en sikring af troværdigheden i forhold til etablerede regulerede interesser.

Det andet problem er, at styrelsesmodellen er velkendt i en dansk sammenhæng, som den er det i en svensk og en norsk. I både den politisk-administrative og den videnskabelige debat ser man ofte etablering af styrelser og delegation af reguleringsmyndighed til dem som et skridt i retning af en implementering af et troværdigt reguleringsregime, hvis fundament er uafhængige styrelser. Der er imidlertid intet i styrelsesmodellen, der udelukker politisk intervention, da der som regel er tale om en rent intern delegation (Christensen, 1980). Selv i den svenske model med dens uafhængige embedsværk, der ikke kan modtage instruktioner i konkrete sager, er der udveje for et tæt samspil med ressortministrene og regeringen (Lindbom, 1997). Det samme gælder i den britiske forvaltning, hvor de såkaldte Next Step-reformer har skabt styrelser (agencies) efter svensk forbillede. Ofte fremstilles det som om der er tale om en delegation til myndigheder, der er autonome i forhold til ministrene og departementerne i Whitehall. Der er imidlertid en række analyser, der sætter spørgsmålstegn herved. De peger på stor intern variation og yderligere på, at der ofte er tale om, at autonomien kan være udtryk for manglende politisk interesse for det pågældende område. Det er simpelt hen politisk forholdsvis ligegyldigt. På andre områder er styrelsesorganisationen derimod forbundet tæt med ministre og departementer. Der er altså ikke nogen klart observerbar tendens i udviklingen, således som den funktionelle teori hævder (Hogwood, Judge & McVicar, 2000; Elder & Page, 2000). Samtidig har en casestudie af telekommunikationsreguleringen vist, at Oftel (Office of Telecommunications) i praksis indgår i et ganske lydhørt samspil med departementer og ministre (Hall, Scott & Hood, 1999).

Inden for dette ganske brogede billede står

det imidlertid fast, at der er sket en række ændringer i reguleringspolitikken, der også indebærer en styrkelse af myndigheder, som er uafhængige i et eller andet omfang af enten-eller eller både-og af ministerstyret og de regulerede interesser. Det gælder også i en dansk sammenhæng, hvor f.eks. energitilsynet er frigjort fra den direkte brancherepræsentation, som prægede de klassiske el- og varmeprisudvalg, til fordel for en kollegial struktur, hvis medlemmer fremstår som uafhængige sagkyndige. Det er dog værd at tilføje, at nogle af dem har en forudgående karriere i de regulerede virksomheder. IT- og Telestyrelsen, der er organiseret som en styrelse under Videnskabsministeriet, er derimod ikke underlagt ministerens instruktionsbeføjelse i konkrete sager. Men det hindrer ikke at styrelsen i andre sammenhænge indgår i det ministerielle hierarki. Endelig er der konkurrenceområdet, hvor Konkurrencerådet består af en blanding af uafhængige medlemmer og medlemmer, der repræsenterer organisationerne, og hvor Konkurrencestyrelsen på én gang er en styrelse i Økonomi- og Erhvervsministeriets hierarki og sekretariat for det uafhængige Konkurrencerådet. I dette tilfælde er der imidlertid tale om en klassisk dansk model, som er videreført, selv om man har strammet selve den materielle konkurrencecelovgivning op. Røster fra Konkurrencerådets formand om at styrke uafhængigheden har ikke ført til nogen politisk reaktion, end-sige tegn på imødekommelse fra regeringen og de politiske partier, og de berørte interesser fastholder efter alt at dømme den klassiske model som alt i alt den bedste.

7. Den nye og den klassiske styrelsesmodel

Der er i Danmark i lighed med andre vestlige lande sket et ganske markant brud i opfattelsen af, hvordan man regulerer traditionelle offentlige forsyningsopgaver. Selv om statsligt og offentligt ejerskab i statsvirksomhedsform aldrig har spillet den samme fremtrædende rolle i Danmark som i de fleste andre lande, er der sket en markant ændring. Stats-

ligt ejerskab er afviklet eller under afvikling. Det samme gælder i et vist omfang andre former for ejerskab, der involverede politisk ledelse og styring. De er afløst af eller bliver gradvis afløst af en kombination af konkurrence og regulering, hvor den offentlige indflydelse beror på samspillet mellem den regulerende lovgivning og de myndigheder, der fører tilsyn med virksomhederne. Den danske løsning beror, som det er tilfældet i de fleste andre lande, på en arbejdsdeling mellem den generelle konkurrencemyndighed, Konkurrencerådet og Konkurrencestyrelsen, og specialiserede tilsynsmyndigheder, således som det er beskrevet ovenfor.

De nye reguleringsmyndigheders organisation og institutionelle placering varierer betydeligt. Hvor nogle har en høj grad af bureaukratisk autonomi, er andre modelleret i overensstemmelse med en tradition for inddragelse af interesseorganisationerne i forvaltningen. Atter andre som den nye trafikstyrelse er en traditionel styrelse, der indgår i det ministerstyrede hierarki. Det særlige ved det nye mønster er, at det i virkeligheden ligger i forlængelse af en dansk centraladministrativ tradition. Man har altid haft styrelser, der var selvstændige i forhold til departementerne, men hvis formelle selvstændighed kunne variere. Den spændte fra løsninger, der ikke rokkede ved ministerens kompetence, over korporative løsninger til løsninger, der gav styrelsen et lovfæstet grundlag for autonomi.

Alligevel repræsenterer udviklingen et nyt rationale for styrelsesmodellen. Det traditionelle paradigme, A 60-modellen, så styrelserne som en organisatorisk løsning på risikoen for, at ministre og departementer druknede i såkaldte enkeltsager, det vil sige i løbende og rutinepræget sagsbehandling. Med delegation til styrelser ville man derfor styrke kapaciteten i ministerierne til at koncentrere sig om den langsigtede planlægning og udvikling af ny politik og også styrke ministrenes muligheder for at forme fremtidens offentli-

ge politik. Den nye model har et helt andet rationale. Den giver prioritet til sagsbehandlingen, idet målet nu er at maksimere troværdigheden af regulerings- og konkurrencetilsynet. I begge tilfælde er der tale om, at man vil adskille politik fra administration. I den første situation sker det for at beskytte politikken i betydningen »policy«, i den anden for at beskytte forvaltningen mod politik i betydningen »politics«.

For begge modeller er erfaringerne blandede. A 60-modellen med dens departementer og styrelser har haft sine op- og nedgangskonjunkturer, men har en ganske betydelig udbredelse. For det nye reguleringsparadigme med dets særlige styrelseskonstruktioner gælder tilsvarende, at det i et vist omfang er slået an, men der er igen ikke noget ensartet mønster. I begge tilfælde er problemet dobbelt. Det ene er, at adskillelsen af politik (policy) og forvaltning ikke holder, og derfor ser man i betydeligt omfang styrelserne inddraget i politikplanlægning og udvikling og i den politiske betjening af den ansvarlige minister. En simpel forklaring kan være, at der er en informationsasymmetri, som gør det vanskeligt for departementer og ministre at løse disse opgaver uden bistand fra de tekniske mere kompetente styrelser. Det andet problem er, at ministrene politisk kan have et behov for at kunne gribe ind ud fra en konkret situationsvurdering. Det betyder for A 60-modellen, at man ikke aflaster departementerne i det tilsigtede omfang, og for det nye reguleringsparadigme, at man ikke fuldstændigt afskærmer for politisk intervention i sagsbehandling og tilsynsvirksomhed.

8. Reguleringsmodellens konsistens

Sammenligningen af det nye reguleringsparadigme med den klassiske A 60-model viser, at der er tale om et velkendt paradigme, som bliver anskuet fra en ny vinkel. Sammenligningen med praksis viser også, at det i begge tilfælde kan være vanskeligt at implementere både den nye og den klassiske model i praksis.

Det gælder også i en anden henseende. Ingen af de to modeller er særlig positive over for inddragelse af interesseorganisationerne, end-sige deres integration i en institutionel løsning med korporative træk. I begge tilfælde er det imidlertid en del af virkeligheden.

Også i en anden henseende er der problemer med modellernes konsistens. I den nye reguleringsmodel, som har stærke fortalere i internationale samarbejdsfora, lægger man vægt på, at uafhængighed og autonomi vil fremme reguleringsmyndighedernes troværdighed. Det er vigtigt, fordi man antager en sammenhæng mellem den og virksomheders og investorers villighed til at tage en risiko og f.eks. investere i et givet land. Det er også vigtigt, fordi man ser en risiko ikke så meget for gammeldags »capture« af myndighederne, men derimod snarere af politikerne. Konsekvensen skulle i så fald være, at politikerne med deres ad hoc indgreb spolerer markedets konkurrence til fordel for bestemte af dets aktører.

Konsistensproblemerne opstår, fordi det som allerede nævnt er vanskeligt på forhånd gennem regler og delegation at adskille de sager, som politikerne vil have mulighed for at give opmærksomhed. Det opstår også, fordi politikudvikling og politikplanlægning udgør en udfordring. Det kom frem i A 60-modellen. Det kommer imidlertid også frem i den nye reguleringsmodel. Et illustrativt eksempel er OECD's gennemgang af dansk regulerings- og konkurrencepolitik (OECD, 2000, 47-59). Dens hovedbudskab er som nævnt, at det er afgørende at sikre reguleringsmyndighedernes uafhængighed og dermed deres troværdighed. Men samtidig tillægger OECD det afgørende betydning for udformningen af en sådan politik, at de centrale regeringsinstanser gennem f.eks. Finansministeriet og regeringsudvalg engagerer sig i reformer af området. Da handler det, som for A 60-modellen, om at sikre den største mulige kapacitet til at udvikle politikken.

Sammenligningen af den gamle danske de-

partements-styrelses-model med den nye reguleringsmodel indkredser de store vanskeligheder, som såvel normativ som positiv teori støder på, når man arbejder ud fra en antagelse om, at det er muligt at gennemføre en adskillelse af sager og afgørelser som er eller bør være politiske, fra sager som er eller bør være administrative. Man bevæger sig da i en del af moderne teori, der på et rationelt grundlag beskæftiger sig med institutionelt og organisatorisk design og ikke mindst med delegation fra politikere til embedsmænd og forvaltning ind i en funktionalistisk tankegang, som analytisk er problematisk og let forleder til cirkulære slutninger. Alternativet er at fastholde en politologisk tilgang, hvor spørgsmålet om, hvordan man organiserer forvaltningen, og i hvilket omfang man i den sammenhæng delegerer fra parlament til ministre og fra ministre til embedsmænd, beror på fordeling af interesser og indflydelse, på afbalanceringen af hensynet til her-og-nu-konsekvenser og fremtidige konsekvenser, som man enten ønsker at gardere sig imod, eller som man ønsker at kunne tage politisk stilling til den dag, hvor situationen måtte foreligge. Det er en realistisk tilgang, der åbner for stor variation med hensyn til de institutionelle og organisatoriske løsninger, som faktisk bliver foretrukket.

Litteratur

- Administrationsdepartementet (1983). *Rapport afgivet af regeringens privatiseringsudvalg*. København: Finansministeriet.
- Blom-Hansen, Jens & Jørgen Grønnegård Christensen (2004). *Den europæiske forbindelse*. Århus: Aarhus Universitetsforlag/Magtudredningen.
- Boje, Per & Morten Kallestrup (2003). *Marked, erhvervsliv og stat*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.
- Christensen, Jørgen Grønnegård (1980). *Centraladministrationen. Organisation og politisk placering*. København: Samfundsvidenskabeligt Forlag.
- Christensen, Jørgen Grønnegård (1980). *Den usynlige stat*. København: Gyldendal.
- Christensen, Jørgen Grønnegård (2003). *Den fleksible*

- og robuste forvaltning i Martin Marcussen & Karsten Ronit (Red.): *Internationaliseringen af den offentlige forvaltning i Danmark – forandring og kontinuitet*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.
- Christensen, Jørgen Grønnegård (2001): Bureaucratic Autonomy as A Political Asset. B. Guy Peters & Jon Pierre (Eds.): *Politicians, Bureaucrats, and Administrative Reform*. London: Routledge.
- Christensen, Jørgen Grønnegård & Thomas Pallesen (2001). The Political Benefits of Corporatization and Privatization. *Journal of Public Policy*, 21, 283-309.
- Commerce Commission (2003). *Memorandum of Understanding between The Minister of Commerce, The Minister of Energy, The Minister of Communication and the Commerce Commission for the period 1 July 2003 and 30 June 2004*. www.comcom.govt.nz
- Eising, Rainer (2002). Policy-Learning in Embedded Negotiations. *International Organization*, 56, 85-120.
- Elder, Neil C.M. & Edward C. Page (2000). Accountability and control in Next Step Agencies. R.A.W. Rhodes (Ed.): *Transforming British Government, Vol. 1*. Houndsmill: McMillan.
- EU/RFO 1/2003). Rådets forordning (EF) Nr. 1 2003 af 16.12. 2002 om gennemførelse af konkurrenceregler i traktatens artikel 81 og 82.
- Gilardi, Fabrizio (2002). Policy Credibility and Delegation to Independent Regulatory Agencies: A Comparative Empirical Analysis. *Journal of European Public Policy*, 9, 873-893.
- Hall, Clare, Colin Scott & Christopher Hood (1999). *Telecommunications Regulation: Culture Chaos and Interdependence inside the Regulatory Process*. London: Routledge.
- Héritier, Adrienne (2002). Public Interest Services Revisited. *Journal of European Public Policy*, 9, 995-1019.
- Hogwood, Brian, David Judge & Murray McVicar (2000). Agencies and Accountability. R.A.W. Rhodes (Ed.): *Transforming British Government, Vol. 1*. Houndsmill: McMillan.
- Kristensen, Ole P. (1984). Privatisering: Modernisering af den offentlige sektor eller ideologisk kortsigt? *Nordisk Administrativt Tidsskrift*, 65, 9-117.
- Levi-Faur, David (1999). The Governance of Competition: The Interplay of Technology, Economics and Politics. *Journal of Public Policy*, 19, 175-207.
- Levi-Faur, David (2002). Herding towards a New Convention: On herds, shepherds, and lost sheep in the liberalization of the telecommunications and electricity industries. Unpublished paper. Oxford University: Nuffield College.
- Lindbom, Anders (1997). *Ministern och makten*. Stockholm: SOU 1997: 54.
- Marcussen, Martin (2002). *OECD og idéspillet – Game over?* København: Reitzel.
- Majone, Giandomenico (2000). The Credibility Crisis of Community Regulation. *Journal of Common Market Studies*, 38, 273-302.
- Majone, Giandomenico (2001). Non-Majoritarian Institutions and Limits of Democratic governance: A Political Transaction-Cost Approach. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 157, 57-86.
- McCubbins, Matthew, Roger Noll & Barry Weingast (1987). Administrative Procedures as Justments of Political Control. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 3, 243-276.
- Mersing, Erik Mohr (1984). Monopolloven under angreb. *Ugeskrift for Retsvæsen*, No. 1, 7-16.
- Moe, Terry M. (1990). The Politics of Structural Choice: Toward a Theory of Public Bureaucracy. Oliver E. Williamson (Ed.): *Organization Theory: From Chester Barnard to the Present and Beyond*. New York: Oxford University Press.
- OECD (1999). The Relationship between Competition and Regulatory Authorities. *OECD Journal of Competition Law and Policy*, 1-80.
- OECD (2000). *Regulatory Reform in Denmark*. Paris: OECD.
- Pollack, Mark A. (2003). *The Engines of European Integration, Delegation, Agency, and Agency Setting in the EU*. New York: Oxford University Press.
- Rasmussen, Frank & Peder Andersen (2002). *Globaliseringens økonomiske konsekvenser for Danmark*. Århus: Aarhus Universitetsforlag/Magtudredningen.
- Thatcher, Mark (2002). Analysing Regulatory Reform in Europe. *Journal of European Public Policy*, 9, 859-872.
- Thatcher, Mark & Alec Stone Sweet (Eds.) (2002). The Politics of Delegation: Non-Majoritarian Institutions in Europe. *West European Politics*, 25, No. 1, 2002.
- Vogel, Steven (1996). *Freer Markets, More Rules*. Ithaca: Cornell University Press.

Kampen om mælken

Konkurrenceråd vs. monopol- og ankenævn

Niels Blomgren-Hansen, professor (nbh.eco@cbs.dk) og

Peter Møllgaard, professor (hpm.eco@chs.dk)¹

Institut for Nationaløkonomi, CBS (Handelshøjskolen i København)

1. Indledning

Den danske konkurrencelov er i bund og grund god nok. Den er inden for de sidste fem år blevet harmoniseret med EU's konkurrencelovgivning, så erhvervslivet kun skal arbejde under ét sæt konkurrenceregler. Konkurrenceloven (KL) er en rammelov, der overlader det til konkurrencemyndighederne at vurdere, om en given adfærd udgør et konkurrencepolitisk problem. Sådanne vurderinger må i langt de fleste sager bygge på en industriøkonomisk analyse af kilden til konkurrencebegrænsningen. I forbindelse med behandlingen af konkurrenceproblemer i mejerisektoren, har Konkurrenceråd (KR) og -styrelse (KS) i en række sager forsøgt at begrænse barrierer for potentiel konkurrence i god overensstemmelse med moderne industriøkonomi for kooperativer. Disse beslutninger er imidlertid blevet underkendt af Konkurrenceankenævnet (KA), oftest med en meget uklar og/eller kortfattet argumentation. Det har undermineret den måde, KL praktiseres på i mejerisektoren. Der er dermed skabt behov for en præcisering af forholdet mellem andelsretten og KL.

2. Konkurrencepolitik

Der er i dagens Danmark bred enighed om, at vi i lighed med andre markedsøkonomier har brug for en konkurrencelov, og at lovens formål bør være »effektiv samfundsmæssig res-

sourceanvendelse gennem effektiv konkurrence.« KL opstiller nogle generelle spille-regler, der skal gælde for virksomhedernes adfærd på markederne. Den er en rammelov, som fyldes ud med fortolkninger af praksis fra andre jurisdiktioner, juridiske skøn af reglernes rækkevidde og indhold og af økonomiske analyser af virksomhedernes adfærd og velfærdseffekten af denne adfærd.

De grundlæggende regler i den danske KL har siden 1997 været harmoniseret med EU's og KL er ved senere revisioner blevet harmoniseret yderligere, så der i dag skal et skarpt øje til for at finde forskellene.

Den gradvist større vægt, som konkurrencepolitikken har fået, afspejler ikke blot et politisk ønske om større overensstemmelse mellem national og europæisk konkurrencepolitik, men også og mere grundlæggende den erfaring, at en markedsøkonomi med virksom konkurrence er bedre end planlægning til at sikre en dynamisk erhvervs- og samfundsudvikling. Perspektivet er gradvist skiftet fra statik til dynamik, fra snævert defineret kortsigtet økonomisk efficiens til (nedbrydning af barrierer for) potentiel konkurrence og innovation, fra resultat til proces.²

Udgangspunktet for en markedsøkonomi er

virksomhedernes kontrakt- eller aftalefrihed. Teoretisk set er der i en markedsøkonomi med virksom konkurrence ingen uoverensstemmelse mellem virksomhedernes egeninteresser og samfundsmæssige hensyn til effektiv ressourceallokering og en dynamisk erhvervsudvikling, og der er følgelig ikke brug for offentlig regulering. Gribes myndighederne alligevel til regulering, risikerer man en mindre effektiv ressourceanvendelse og især en mindre dynamisk erhvervsudvikling.

Men i praksis vil »markedet« ikke i alle tilfælde sikre, at konkurrencen er virksom. Virksomhederne vil tværtimod ofte se en interesse i at begrænse konkurrencen. Det er som modvægt heroverfor, at der er brug for en konkurrencelov.³

Konkurrencemyndighedernes opgave bliver da at beskytte den aktuelle og potentielle konkurrence mod barrierer i form af konkurrencebegrænsende aftaler (§ 6), misbrug af dominerende stilling (§ 11) eller fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, hvorved konkurrencen hæmmes betydeligt (§ 12). Vurderer myndighederne, at aftaler og adfærd har de nævnte skadelige virkninger på konkurrencen, skal de gribe ind med forbud eller gøre den omhandlede aftale, adfærd eller fusion betinget af vilkår, der neutraliserer en evt. hæmmende effekt på konkurrencen.

KL har ikke brod mod dominerende virksomheder *per se*. Det gælder uanset om dominansen er opnået gennem organisk vækst eller gennem opkøb/fusioner. I mange brancher er stordrift en betingelse for »effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse« og/eller for at give en virksomhed den fornødne konkurrencekraft til at gøre sig gældende på de internationale markeder. Det er ikke op til konkurrencemyndighederne at vurdere, om stordrift rent faktisk er forbundet med effektivitetsfordele eller ikke. Det er virksomhedernes ansvar at finde den for dem optimale struktur. Bortset fra fusionskontrollen blan-

der konkurrencemyndighederne sig derfor ikke i virksomhedernes interne anliggender.

Ikke desto mindre vil konkurrencemyndighedernes indgreb oftest vedrøre virksomheder, der er relativt store på det relevante marked. Det er en logisk følge af, at konkurrencemyndighederne skal beskytte konkurrencen, og derfor skal have et vågent øje med de mulige konkurrencebegrænsende effekter af aftaler mellem i forvejen relativt store virksomheder, af misbrug af dominans og af fusioner.

Myndighedernes indgreb i (typisk store) virksomheders frie udfoldelsesmuligheder sker for at give bedre udfoldelsesmuligheder for en ofte diffust defineret gruppe af (typisk mindre) aktuelle og/eller potentielle konkurrenter. Sådanne indgreb vil forståeligt nok blive anfægtet af de berørte virksomheder. De vil påberåbe sig, at den omhandlede aftale eller adfærd ikke har de påståede skadelige virkninger på konkurrence og effektivitet, og/eller at konkurrencemyndighederne ikke har den fornødne hjemmel til at gribe ind.

Det er både nemt og vanskeligt at foretage et konkurrencepolitisk indgreb. KL er en rammelov, der alene angiver principper for acceptabel og ikke-acceptabel virksomhedsadfærd. § 6 og § 11 angiver således alene eksempler på aftaler, der kan have til formål eller følge at begrænse konkurrencen, henholdsvis udgøre et misbrug af dominerende stilling – ikke en udtømmende liste. Det ligger heri, at konkurrencemyndighederne også skal (kunne) gribe ind over for andre typer af aftaler og adfærd, som har en hæmmende effekt på konkurrencen og dermed er i strid med den overordnede konkurrencestrategi. Sat på spidsen: Kan en aftale eller adfærd antages at have mærkbare negative effekter på den aktuelle eller potentielle konkurrence og dermed på den samfundsmæssige ressourceanvendelse på kort eller længere sigt, så kan der også i KL indfortolkes en hjemmel for Konkurrencemyndighederne til at gribe ind

heroverfor, med mindre da KL eksplicit friholder det omhandlede område.⁴

Af hensyn til retssikkerheden kunne det synes ønskeligt, at konkurrencemyndighederne fortolker KL snævert, dvs. alene griber ind over for problematiske aftaler og ditto adfærd, hvis de skadelige effekter på den aktuelle og potentielle konkurrence er uomtvisteligt bevist, og indgrebet har en udtrykkelig hjemmel ved at være omfattet af de i § 6 og § 11 anførte eksempler på konkurrenceskadelig adfærd. Det er da også, hvad virksomhederne og deres advokater typisk vil procedere på.

En sådan snæver fortolkning af KL ville ikke afspejle lovgivers intention (i givet fald havde lovgiver udformet loven som en udtømmende liste af klart definerede lovstridige forhold), og den ville reelt ikke skabe større retssikkerhed. Konsekvensen ville blot være, at virksomhederne og deres advokater i højere grad, end det er tilfældet, ville gå på jagt efter »huller« i KL, at reelt samme skadevirkning på konkurrencen vurderedes forskelligt alt efter hvilken »indpakning«, virksomhederne måtte give aftalen eller adfærden (juridisk substitution), at lovgiver hele tiden ville »halse bagefter« med nye udbygninger for at rette op på omgåelser i relation til lovens formål, og at KL (i lighed med skattelovgivningen) ville blive overflødig kompleks og uoverskuelig til glæde for få andre end advokatbranchen. »Kampen om mælken« mellem KR og KA har affødt et sådant krav om indførelse af særlige regler i KL for andelsselskaber.

Der er sjældent en endegyldig facitliste til de sager, KR skal træffe afgørelse i. Uanset kvaliteten af de juridiske og økonomiske analyser, som virksomhederne og KS måtte forelægge, vil der altid være et større eller mindre gråt område, hvor indsigtfulde personer vil kunne konkludere forskelligt.

Præmisserne for konkurrencemyndigheder-

nes afgørelse er økonomiske analyser og vurderinger. Det betyder, at administrationen af KL ikke er – og ikke kan reduceres til – en snæver juridisk disciplin. Lovgiver har da også henlagt afgørelserne til et nitten mand stort, bredt sammensat KR repræsenterende personer med juridisk og økonomisk sagskundskab og praktisk kendskab til erhvervs- og brancheforhold.

På det principielle plan er der en klar arbejdsdeling: Juristerne vurderer, efter hvilke regler en sag skal afgøres, (industri)økonomerne hvorvidt den omhandlede aftale eller adfærd kan tænkes at være konkurrencebegrænsende, og medlemmerne med erhvervs- og branchekundskab bidrager til en vurdering af den praktiske betydning af aftalen eller adfærden og (hvor det er relevant) afvejningen af negative og positive virkninger. I praksis går diskussionen i KR på kryds og tværs.

Man kan selvsagt diskutere det hensigtsmæssige i, at KR er så stort som nitten mand. Man kan selvsagt også være uenig i denne eller hin konkrete afgørelse. Men man kan næppe anfægte logikken i, at de vurderinger, som afgørelser efter KL forudsætter, bedst foretages af et organ med en bred sammensætning af juridisk, økonomisk og erhvervsmæssig sagskundskab og følgelig ikke bør kunne tilside-sættes af domstole eller andre ankeinstanser, med mindre KR har begået åbenbare fejl.

Kombinationen af, at der kan være væsentlige økonomiske interesser på spil, og det forhold, at præmisserne for konkurrencemyndighedernes afgørelser typisk er økonomiske analyser og vurderinger, der er åbne for kritik, inviterer til konkurrenceretlige bataljer, ofte med stor mediebevågenhed.

Sådanne debatter er ikke nødvendigvis udtryk for, at den ene eller den anden part har begået en fejl eller er ude i et »usagligt ærinde« og følgelig fortjener en tur gennem pressens »vridemaskine«. De bør ses som en po-

litisk/faglige proces, hvorigennem der (forhåbentlig) udmønter sig en fælles forståelse af, hvilke typer af aftaler og adfærd, der er uforenelige med KL, og som et værdifuldt supplement til diskussionerne mellem KS og virksomhederne og blandt medlemmerne af KR.

3. Andelsret og Konkurrencelov

Ind imellem koger den offentlige debat op med kritik og forslag, der afspejler manglende kendskab til/forståelse af de ræsonnementer, der ligger til grund for KR's afgørelser. Senest har der været røre omkring de store andelsselskaber i landbrugssektoren og KR's indgreb eller mangel på samme over for »andelsmastodonernes magtmisbrug«.

Synspunkterne har været meget forskellige: KR har været for blødsødent over for de magtfulde andelsselskaber, der »tromler« de små konkurrenter og ser stort på forbrugerne; KR mangler forståelse af andelsselskabernes særegne organisation; KR's (tildels underkendte) indgreb lægger urimelige hindringer i vejen for rationel stordrift; KR er velmenende men mangler hjemmel til at gribe effektivt ind over for de store selskaber.

Debatten synes i enestående grad at bygge på misforståelser.

For det første er det væsentligt at slå fast, at KR i princippet ikke har noget hjemmelsproblem, og at der følgelig ikke – som påstået i debatten – er brug for en opstramning af KL. Der kan muligvis være brug for en præcisering af, at KL også omhandler andelsselskaber for så vidt som KA synes at give disse en særstatus i forhold til andre selskabsformer med henvisning til »den andelsretlige lighedsgrundsætning« eller tilsvarende løst definerede begreber.

Der findes ikke nogen andelslov, hvor man kan finde en »andelsretlig lighedsgrundsætning.« I modsætning til de fleste andre lande

har andelslandet Danmark ikke nogen særskilt lovgivning vedr. andelsselskaber.

I Lov om erhvervsdrivende virksomheder er andelsselskaber defineret som virksomheder, »hvis formål er at virke til fremme af deltageres fælles interesser gennem deres deltagelse i virksomheden som aftagere, leverandører eller på lignende måde, og hvor virksomhedens afkast, bortset fra normal forrentning af den indskudte kapital, enten fordeles blandt medlemmerne i forhold til deres andel i omsætningen eller forbliver indestående i virksomheden« (Lov nr. 546 af 20. juni 1996, § 4). Lovgivningen stiller således kun to fælles krav til andelsselskaber: De skal have et kooperativt formål, og virksomhedens resultat skal fordeles i forhold til medlemmernes omsætning⁵.

Fraværet af en særskilt andelslovgivning synes velbegrundet. Der er i Danmark et meget stort antal andelsselskaber, ofte små, og der er som udgangspunkt ingen grund til gennem lovgivning at lægge dem hindringer i vejen for, at de organiserer deres interne forhold, som de måtte finde formålstjenligt. Der er stor variation med hensyn til medlemskab (åbent eller lukket), principperne for fordelingen af medlemmernes indflydelse på selskabets ledelse, hæftelse for selskabets gæld, leverings- eller købspligt, betingelserne for medlemmernes indtræden og udtræden mv. I de fleste selskaber er medlemsskabet personligt, andre er selskabsejede. Variationen er som nævnt stort. Det ville være overordentlig vanskeligt og under alle omstændigheder ganske u hensigtsmæssigt at søge at imødegå evt. konkurrencemæssige problemer i enkelte andelsselskabsdominerede sektorer ved generel lovgivning om andelsselskabernes vedtægter.

Det er da heller ikke nødvendigt. KL gælder al erhvervsvirksomhed uanset retlig form.

Ikke desto mindre har det været fremført, at

andelsselskaberne falder uden for konkurrencemyndighedernes indgrebsbeføjelse. Det er sket med henvisning til lovens § 5, ifølge hvilke lovens kapitel 2 ikke finder anvendelse »på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed og koncern.« Et andelsselskab er jo netop karakteriseret ved, at medlemmerne indgår gensidigt bindende aftaler.

Denne usikkerhed er afklaret i bkg. nr. 1029 af 17-12-1997 (bkg. nr. 1029), der præciserer, at undtagelsen alene omfatter »interne aftaler i andelsselskaber, såfremt de er begrænset til, hvad der er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift af andelsvirksomheden og opretholde kontraheringsstyrken«.

Interne aftaler defineres som »aftaler mv. indgået mellem andelsvirksomheden som sådan og dens medlemmer eller aftaler mv. mellem medlemmerne indbyrdes, f.eks. om medlemmernes indbyrdes hæftelse, stemmeafgivning og repræsentation i andelsvirksomheden, og som ikke har mærkbare virkninger for andre end medlemmerne og virksomheden« (vor fremhævelse). Tilfredsstillende drift defineres som en normal udnyttelse af virksomhedens kapacitet. Med udtrykket »opretholde en kontraheringsstyrke« forstås en pligt for medlemmerne til at lade deres interesser som aftagere eller leverandører varetage gennem andelsvirksomheden inden for en afgrænset tidsperiode. Hvis andelsvirksomheder ikke har en dominerende stilling, udgør denne tidsperiode maksimalt 2 år. Hvis andelsvirksomheder har en dominerende stilling, skal tidsperioden være væsentlig kortere.

Der er således intet belæg for, at KL skulle undtage interne eller eksterne aftaler, der har mærkbare virkninger på tredjepart (herunder forbrugere og aktuelle eller potentielle konkurrenter), vedtægter, der har til formål eller følge at binde medlemmerne i en længere periode og dermed hindre, at de kan indgå i et konkurrerende kontraktsforhold, eller anden

adfærd, der udgør misbrug af dominerende stilling.⁶

4. Andelsselskaber og industriøkonomi

Det forhold, at andelsselskaber ikke har noget særstilling i forhold til KL betyder imidlertid ikke, at den valgte organisationsform er uden betydning for, hvordan en konkret sag falder ud. Der kan være tilfælde, hvor et andelsselskabs dominerende stilling kan være mindre betænkelig end fx et aktieselskabs tilsvarende dominerende stilling, fordi andelselskabets vedtægter og selskabets og medlemmernes sammenfaldende interesser udelukker misbrug af den dominerende stilling.

Det klassiske case er et mejeri, der er alene på markedet for opkøb af råmælk fra landmændene (monopson) og alene på markedet for drikkemælk til forbrugerne (monopol).

Et profitmaksimerende aktieselskab ville begrænse opkøbet og udbuddet for derved at opnå lavere indkøbspris på råmælk og højere udsalgspris på færdigmælk. En sådan adfærd ville være i strid med KLs formål om effektiv samfundsøkonomisk ressourceanvendelse, og konkurrencemyndighederne ville derfor kunne gribe ind mod virksomhedens misbrug af dominerende stilling, in casu »direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- og salgspriser eller andre urimelige forretningsbetingelser« (§ 11.3).⁷

Andelsselskabet har ikke samme mulighed for at misbruge sin dominerende stilling, hvis det ifølge sine egne vedtægter er forpligtet til at aftage den mælk, som medlemmerne producerer, og skal fordele virksomhedens overskud efter den indvejede mælkemængde. I så tilfælde vil den enkelte landmand producere så megen mælk, at hans grænseomkostninger netop svarer til afregningsprisen inkl. evt. restbetaling (lig den pris, mejeriet kan opnå ved salg i færdigproduktmarkedet minus dets omkostninger til transport, behandling og distribution). Der er intet efficienstab. Lige-

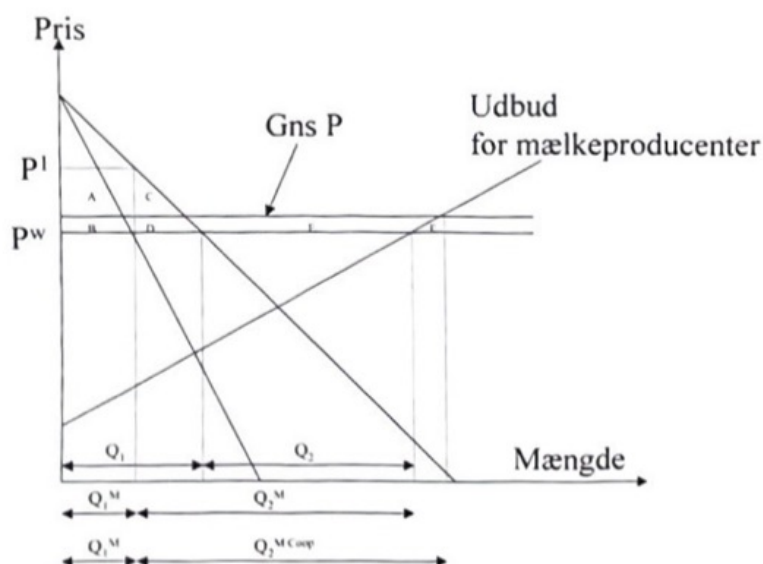
vægten svarer til den, man ville opnå under fuldkommen konkurrence. Eller rettere, ligevægten er bedre end den, der ville kunne opnå under fuldkommen konkurrence, idet andelsmonopolet åbner for stordriftsfordele i transport, behandling og distribution og lave kapitalomkostninger i kraft af den sikkerhed for kreditorerne, der ligger i medlemmernes leveringspligt og evt. hæftelse. Det synes at være den bedste af alle verdener, og der er følgelig intet grundlag for indgreb.⁸

Men andelsorganisationsformen er ikke nogen garanti for effektiv samfundsmæssig resourceanvendelse.

Antag i stedet, at mejeriet sælger dels drickemælk på et hjemmemarked, der er beskyttet af høje transportomkostninger og produkternes begrænsede holdbarhed, dels smør og ost, der sælges på et globalt marked til priser, P^W , som mejeriet ikke kan påvirke.⁹ I så tilfælde vil mejeriet (og dets medlemmer) have en interesse i at sætte prisen, P^I , på drickemælk til det beskyttede hjemmemarked højere end P^W .¹⁰ Se figur 1.

De indenlandske forbrugere lider et tab i forbrugeroverskud ved at prisen på drickemælk (og dermed »grænsenytten« vurderet i kroner) overstiger de samfundsmæssige grænseomkostninger ved at producere mælken ($A+B+C+D$), der kun delvis opvejes af mejeriets merfortjeneste ($A+B$). Differencen ($C+D$) er et samfundsøkonomisk velfærdstab (et såkaldt dødvægtstab). Hertil kommer et tab (F i figur 1) som følge af, at profitten ved salg af drickemælk på hjemmemarkedet fordeles i form af højere afregningspris (Gns P i figur 1) til mælkeproducenterne. Den højere afregningspris giver producenterne et incitament til at øge deres produktion på trods af, at de samfundsmæssige grænseomkostninger herved overstiger gevinsten ved at producere mælken og forarbejde den til smør og ost til verdensmarkedet.

Hvis mejeriet var organiseret som et profitmaksimerende aktieselskab, ville samfundet kun lide det førstnævnte dødvægtstab, $C+D$. Andelsorganisationsformen vil altså resultere i en mindre effektiv samfundsmæssig resourceanvendelse end aktieselskabsformen. Ud fra målsætningen om effektiv samfunds-



Figur 1. Prisdannelse for aktieselskab og andelsvirksomhed (Coop)

mæssig ressourceanvendelse har konkurrencemyndighederne således under de anførte forudsætninger et stærkere argument for at gribe ind over for monopol-andelsmejeriets urimeligt høje priser end over for monopol-aktieselskabets lige så høje priser.

De mulige konkurrenceretlige problemer med dominerende andelsselskaber er ikke begrænset hertil.

Antag, at der melder sig bønder på banen, som ikke hidtil har produceret mælk, og at der er så betydelige stordriftsfordele ved mejeridrift, at det er uøkonomisk at etablere et alternativ til monopol-mejeriet. Hvis mejeriet drives som et profitmaksimerende aktieselskab, vil det i egen interesse tilbyde de nye producenter at aftage deres mælk på samme betingelser som de gamle. Tilgangen af nye producenter, der er villige til at producere mælk til en pris, der er lavere end de gamle producenters grænseomkostninger, er en gevinst for forbrugerne og samfundet som helhed. Men ikke for de gamle producenter. Hvis mejeriet står over for en ikke fuldt elastisk efterspørgselskurve, vil det øgede udbud presse priserne ned på såvel råmælk som færdigprodukter. De gamle producenters indtjening vil falde. Det kan de ikke gøre noget ved, hvis som forudsat, mejeriet drives som et profitmaksimerende aktieselskab. Men hvis det var deres eget andelsselskab, ville de kunne beslutte ikke at optage nye medlemmer eller at stille sådanne optagelsesbetingelser, at det ikke var rentabelt for de nye medlemmer at producere mælk.

Det kan også tænkes, at en gruppe mælkeproducenter får en god idé til et nyt produkt og/eller en ny teknologi eller organisation, der kan øge deres indtjening. Hvis mejeriets ledelse er åben over for nye ideer og finder, at forslaget er godt, vil ideen blive afprøvet, og det er som det skal være ud fra målsætningen om en dynamisk erhvervsudvikling. Men hvad nu hvis mejeriets ledelse er mindre

åben eller ikke ønsker at markedsføre et nyt produkt, fordi det vil konkurrere med de produkter, det allerede sælger? Kan initiativtagerne så gå et andet sted hen eller etablere deres eget mejeri? Hvis det mejeri, de hidtil har leveret til, er et profitmaksimerende aktieselskab, vil svaret være ja. Men hvis de er medlemmer af et andelsselskab, ligger det tungere. Som modstykke til, at andelshaverne har en ret til at levere mælk til andelsmejeriet, har de typisk også en pligt til at levere, og den pligt kan først ophøre efter en vedtægtsbestemt opsigelsesperiode og/eller på økonomiske vilkår, der stærkt svækker incitamentet til at prøve nyt.¹¹

Ovenstående eksempler illustrerer, at andelsorganisationsformen under visse forudsætninger er hensigtsmæssig ud fra en samfundsmæssig effektivitetsbetragtning, men under andre kan resultere i begrænsninger i den aktuelle eller potentielle konkurrence og deraf følgende effektivitetstab på kort og langt sigt.

De store andelsselskaber opererer typisk på en række markeder – *upstream* og *downstream*. På nogle markeder er deres adfærd konkurrenceretlig uproblematisk, på andre kan deres adfærd udgøre et misbrug af dominerende stilling. Om, og i givet fald hvordan, der skal gribes ind for at eliminere de mulige negative effekter, kan ikke afgøres generelt, men må bero på en konkret vurdering byggede på en konkret og grundig analyse.

5. Andelsselskaber og konkurrenceretspraksis

KR har i årenes løb afgjort en lang række sager vedr. andelsselskaber. Glædeligt og i nogen grad overraskende for et mangeårigt medlem tegner der sig en konsekvent og velargumenteret linie. KR synes dermed at have levet op til forpligtelsen til gennem konkrete afgørelser at udstikke principielle retningslinier for, hvorledes KL skal fortolkes på dette ganske komplicerede område.

I det følgende redegør vi først for de pejlelinier. KR har anlagt i sager vedr. andelsselskaber uden for mælkesektoren. Dernæst vil vi se på de meget omtalte sager vedr. MD/Kløver Mælk/Arla.

Udgangspunktet er som nævnt indledningsvist, at KR skal afstå fra at gribe ind i andelsselskabernes interne aftaler, hvis konkurrencen er virksom. Det gælder også, selv om andelsselskabets interne vedtægter måtte genere aktuelle eller potentielle konkurrenter.

Dette blev slået fast i en interessant og velargumenteret afgørelse¹² af 1995-01-30, hvor KR afviste en påstand fra en konkurrent til GASA Odense-Frugt-Grønt A.m.b.a. om, at andelsselskabets vedtægter og leveringsbetingelser var anmeldelsespligtige. I henhold til GASAs vedtægter skulle medlemmerne emballere deres produkter i GASA-emballage leveret af GASA til en af selskabet fastsat pris. Det er en konkurrencebegrænsning: Konkurrenten (Garta) var afskåret fra at levere emballage til GASAs medlemmer, og disse var afskåret fra at købe emballage fra andre, evt. billigere leverandører af emballage. KR afviste klagers snævre markedsafgrænsning (fynsk frugt og grønt) og resolverede, at GASA ikke var dominerende på noget af de berørte markeder (distribution af frugt og leverance af emballage), og at bestemmelserne ikke gik videre end nødvendigt for at sikre tilfredsstillende drift af andelsforeningen, herunder et tilstrækkeligt bredt økonomisk grundlag og en vis stabilitet i medlemskredsen. Afgørelsen ankedes til KA, der stadfæstede afgørelsen ved kendelse af 1996-09-29.

Med tilsvarende begrundelse (de interne aftaler går ikke videre end »nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende drift og opretholde en kontraheringsstyrke«) har KR og KS godkendt vedtægter¹³ for et stort antal andelsforeningers med små markedsandele, fx ved afgørelse af 1999-12-15.

Hvis konkurrencebegrænsningen i henhold til et andelsselskabs vedtægter har mærkbare virkninger på andre end medlemmerne og andelsvirksomheden, kan de ikke godkendes efter § 6, men selskabet vil efter ansøgning kunne meddeles dispensation efter § 8. Betingelsen er, at konkurrencemyndigheden efter en grundig og sagkyndig vurdering finder, at fordelene ved aftalen opvejer de konkurrencemæssige ulemper. KR godkendte fx ved afgørelse af 1998-11-25 et ganske restriktiv regel- og aftalekompleks for Danske Fragtmænd A.m.b.a. Foreningen fastsætter takster, udsteder rutekontrakter og forbyder medlemmerne at konkurrere med selskabets fragtmandskørsel. KR fandt, at aftalekomplekset var nødvendigt for at opretholde et landsdækkende rutenet i konkurrence med andre udbydere, og derved bidrog til at øge konkurrence og effektivitet på markedet for fragtkørsel.

Problemerne opstår, når andelsselskabet har en dominerende stilling. I sådanne tilfælde har KR ofte fundet det nødvendigt at påbyde konkrete ændringer i selskabernes vedtægter for derved at sikre den aktuelle eller (hyppigere) den potentielle konkurrence. I en afgørelse af 1995-03-22 påbød KR Daka A.m.b.a. (destruktion af slagteriaffald mv.) at ændre sine vedtægter, således at medlemmernes leveringspligt begrænsedes til højrisikostoffer. Hensigten var at give alternative selvstændige destruktionsanstalter (in casu Miljøcentret Vantinge A/S) adgang til råvaremarkedet. Daka ankede med den begrundelse, at KR ikke havde påvist eller sandsynliggjort skadelige virkninger af leveringspligten. Efter en præcisering af KR's afgørelse stadfæstede KA den ved kendelse af 1996-02-09.

I en række kendelser har KR taget stilling til den konkurrencebegrænsende effekt af (kombinationen af) dominerende stilling, lange bindingsperioder, eksklusiv købsforpligtelse og restriktive og asymmetriske øko-

nomiske vilkår for indmeldelse og udtræden. I en afgørelse af 1999-04-28 vedr. Den Danske Presses Indkøbs-Forening (avispapir) pålagdes foreningen således at nedsætte bindingsperioden, der med 2-3 år gik ud over hvad der er hjemlet i bkg. nr. 1029. Med tilsvarende argumentation afgjorde KR, at udmeldelsesvarslet for DLGs B- og D-medlemmer (6 mdr. til udløbet af en 2-årsperiode) og udbetalingsperioden for andelskapital (årlige rater over 10 år) var for lange (afg. af 2000-04-26). Omvendt kunne KR godkende Dakas vedtægter, der indeholder et opsigelsesvarsel på 12 måneder til udgangen af en måned og udbetaling af andelskapital over 5 år (afg. af 2001-02-28). Dat-Schaubs vedtægter godkendtes til trods for et ganske langt udmeldelsesvarsel (2 år til udløbet af en 3-årig driftsperiode). Det centrale argument var her, at Dat-Schaub nok er den eneste danske virksomhed i branchen, men at markedet er globalt, og at Dat-Schaub ikke indtager en dominerende stilling. Heller ikke Danish Crowns vedtægter fandtes at indeholde uacceptable konkurrencebegrænsninger. Andelshaverne i Danish Crown kan udtræde af selskabet med 12 måneders varsel. Andelshaverne er forpligtet til over en periode at indskyde kapital i selskabet. Indskuddet udbetales over 5 år ved udtræden. Med denne symmetri i ind- og udbetalinger fandtes bindingen af andelshavernes kapital ikke at indebære nogen mærkbar begrænsning af konkurrencen (Afg. af 2000-12-20).

6. Andelssager og Ankenævn

Den linie, som KR havde udstukket i de anførte (og andre) afgørelse, blev imidlertid afgørende anfægtet af KA i kendelse af 2001-02-27.

Udgangspunktet for kendelsen var, at KR ved afgørelse af 1999-12-15 vedr. Elbodan A.m.b.a. havde afgjort, at foreningens udbetalingsperiode for reservefond ved et medlems udtræden (5-7 år uden ratevis udbetaling) var længere end tilladeligt, både i hen-

hold til bkg. nr. 1029 (2 år) og bkg. nr. 1011 af 16-12-1997 om gruppefritagelsen for kadesamarbejder (6 måneder til et kalenderårs udgang). Elbodan ankede denne afgørelse med den begrundelse, at den lange udbetalingsperiode for andelskapital ikke var konkurrencebegrænsende men tværtimod styrkede Elbodans kapitalgrundlag og konkurrenceevne i forhold til kapitalkæderne. Heroverfor argumenterede KR, at der var tale om store beløb, og at bindingen kunne være en barriere for medlemmernes udtræden og etablering på anden vis, og at effekten på konkurrencen – afhængig af beløbets størrelse og bindingsperiodens længde – måtte bero på et skøn. KR vurderede følgelig, at bestemmelserne var konkurrencebegrænsende, og at der ikke kunne meddeles individuel fritagelse efter § 8. KA bemærkede hertil, at KR's afgørelse ikke indeholder konkrete, faktuelle oplysninger, der giver grundlag for at vurdere bestemmelsens virkninger.

Begrundelsen er bemærkelsesværdig. Efter § 11 i bkg. nr. 1032 af 17-12-1997 om KAs virke kan KAs formand anmode klageren og den indklagede myndighed om at tilvejebringe yderligere oplysninger, der skønnes nødvendige for sagens bedømmelse, og i øvrigt indhente oplysninger, hvor det skønnes hensigtsmæssigt. KA kan også hjemvise sagen til fornyet behandling i KR. KA vælger ingen af disse muligheder, men konkluderer uden at have det angiveligt nødvendige grundlag i form af de konkrete, faktuelle oplysninger, at der ikke er grundlag for at antage, at vedtægtsbestemmelsen udgør en konkurrencebegrænsning omfattet af KL § 6.

I Elbodan-sagen sætter KA således ikke blot sin egen vurdering over KR's. Det gør det tilmed uden at have det grundlag, som det selv angiver som nødvendigt for at træffe en afgørelse. KA instituerer herved en praksis, som må forekomme i strid med ånden i KL, er tvivlsom ud fra et retssikkerhedsbetragtning og – skal det vise sig – har resulteret i

kendelser i Arla-sagerne omtalt nedenfor, som opleves som så urimelige i offentligheden, at der i medierne og i brede politiske kredse rejste sig et krav om en i vore øjne helt overflødig stramning af KL med henblik på at hindre Arlas misbrug af sin dominerende stilling.

7. Kampen om mælken – forspil

Mejerisektoren har i den sidste halve snes år været »storkunde« i KR. Det er en naturlig følge af den kraftige koncentration, der er sket med først samarbejdsaftalen af 1992 mellem MD og Kløver Mælk, fusionen mellem de to selskaber i 1999,¹⁴ og endelig fusionen med det svenske Arla i 2000.

Samarbejdsaftalerne mellem MD og Kløver af 1992 havde det klare formål at begrænse konkurrencen (standse »priskrigen« og den »meningsløse« transport af mælk begge veje over Storebælt med henblik på at sælge mælk på konkurrentens »hjemmemarked«). Aftalerne indebar bl.a., at al mælk fra de to selskabers andelshavere disponeredes af et fælles selskab (M-amba) og behandledes af et andet fælles selskab (P-amba), der solgte mælken til de to selskaber med henblik på videresalg til deres kunder. Herudover var der en række bestemmelser, der skulle sikre mod konkurrence, både fra andre distributører og mellem selskaberne indbyrdes. P-amba måtte ikke levere til andre end moderselskaberne, og der var regler, der stort set umuliggjorde opsigelse af aftalen, krævede gensidig indsigt og godkendelse af investeringsbudgetter og forbød, at selskaberne konkurrerede om andelshaverne på a conto betalingen.

I 1996 konstaterede KR, at priserne på mælk og smør lå væsentlig over, hvad de ville være, hvis mejerierne konkurrerede effektivt, og påbød ved afgørelse af 1997-05-28 MD og Kløver at slette de bestemmelser, der blokerede for salg af konsummælk og ost direkte fra P-amba til andre.

Dette påbud ophævedes af KA ved en kendelse af 1997-12-12. KA var enig med KR i, at den dagældende konkurrencelovs §12 indeholdt hjemmel til at kræve ændringer i selskabernes vedtægter, men ikke til at udstede et påbud som det påklagede, »hvorved bemærkes, at påbudet reelt må forstås som et påbud om at stille råvarer og produktionsfaciliteter til disposition for tredjemand.« Argumentationen er vanskelig at følge.

KR gav ikke op. Med hjemmel i den nye KL ophævede KR med afgørelse af 1998-08-26 en række aftaler mellem MD og Kløver om eksklusivitet, opsigelse/udtræden og bestemmelser i tilslutningsaftalen mod at mejerierne konkurrerer indbyrdes. Også denne afgørelse ankedes. KA hjemviste afgørelsen med den kryptiske begrundelse, at »KR ikke ses at have vurderet aftalekomplekset i sin helhed« (kendelse af 1999-03-18).

På det tidspunkt havde MD og Kløver allerede meddelt, at de ville fusionere med MD Føds som fortsættende firma og ønskede at drøfte de konkurrencemæssige virkninger med KS.¹⁵

KS havde nu fat i den lange ende. KL indeholdt ganske vist på daværende tidspunkt ikke regler om fusionskontrol, men erhvervsministeren kunne sende fusionen til vurdering i EU-Kommissionen, og det så parterne nødigt. Så for at undgå det, indvilligede de i en række tilsagn (vilkår), der gik videre end de påbud, som de netop havde undgået ved KAs førømtalte kendelser. Tilsagnene sigtede på at fremme konkurrencen på tre markeder:

- a) Salget af råmælk (MD accepterede forkortet bindingsperiode, mulighed for splitleverancer af mælk til andet mejeri, adgang for alle mælkeproducenter i mejeriernes naturlige opland til at blive andelshaver eller leverandør uden andelsstatus)

- b) Produktionen af mælkeprodukter (MD accepterede at levere råmælk til konkurrenter og at frasælge produktionskapacitet i form af et driftsklart mejerier samt undlade konkurrenceklausuler ved salg af andre mejeriejendomme),
- c) Distribution af mælkeprodukter (MD accepterede at give konkurrenter adgang til deres distributionsapparat).

Endvidere gennemførtes der mindretalsbeskyttelse i Mejeriforeningens vedtægter. (Redegørelse af 1999-04-21, afgørelse af 1999-08-25).

Allerede d. 2. december 1999 besluttede MD Foods og Arla Ekonomisk Förening at fusionere ved at etablere det fælles selskab Arla Foods. KL indeholdt fortsat ikke regler om fusionskontrol, men der var forslag under vejs (indførtes med Lov nr. 416 af 31. maj 2000 med virkning fra 1. oktober s.å.). Så endnu engang var KSs eneste kort mulighed for at indstille til ministeren at henvise sagen til EU-Kommissionen. Prisen for at undgå det var, at MD accepterede et tilsagn om at frasælge yderligere et (mindre) mejeri i funktionsdygtig og god stand til en konkurrent (aftale af 2000-01-24). I notat af 2001-04-25 konstaterede KS, at alle tilsagn er opfyldt.

Man kan diskutere, om konkurrencen som repræsenteret af KS og KR havde stået stærkere, hvis KL havde indeholdt regler om fusionskontrol på tidspunkterne for de to fusioner. Det er næppe tilfældet. I henhold til den nu gældende fusionskontrol skal KR godkende en fusion, med mindre den skaber eller styrker en dominerende stilling, der bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt (§ 12c). KR kan til godkendelsen knytte vilkår eller udstede påbud. Disse vilkår og påbud kan bl.a. bestå i, at de deltagende virksomheder, (1) skal afhænde en virksomhed, dele af en virksomhed, aktiver eller andre ejerinteresser, (2) indrømme tredjepartsadgang eller (3) foretage andre foranstaltninger,

som kan fremme en effektiv konkurrence (§ 12e).

Fra et konkurrencesynspunkt var problemet, at der i forvejen i kraft af samarbejdsaftalen mellem MD og Kløver ikke var megen konkurrence på det danske marked, og at KAs ovenfor nævnte kendelser havde slukket lyset for endog beskedne tiltag med henblik på at sikre den potentielle konkurrence. Som KSs undersøgelser viste, var fusionernes påvirkning af konkurrencesituationen på kort sigt »overskuelig«, men på længere sigt kunne der være tale om, at den potentielle konkurrence blev mindre. KR ville formentlig ikke have haft hjemmel til at forbyde fusionen, men alene til at knytte sådanne vilkår til godkendelsen, at de negative følger for den potentielle konkurrence neutraliseredes. I det perspektiv må man konkludere, at det næppe ville være muligt for KR bevæbnet med de nugældende fusionskontrolregler at få mere konkurrence ud af situationen, end det lykkedes KS med den implicitte trussel om at ville indstille til ministeren, at sagerne skulle vurderes af EU-Kommissionen.¹⁶

Hermed var kampen om mælken ikke slut. KS blev i november 1999 opmærksom på en uanmeldt samarbejdsaftale mellem MD Foods og Favorit Marked (fem butikker). Aftalen forpligtede kæden til kun at forhandle mælkeprodukter fra MD og modtog herfor en bonus. Aftalen begrænsede konkurrenters adgang til at sælge til Favoritkæden. MD skyndte sig at ændre aftalen, da selskabet blev opmærksom på, at den var kommet til KSs kundskab. For den gode ordens skyld meddelte KS i februar 2000 MD, at aftalen var i strid med KL § 6 (konkurrencebegrænsende aftaler) og § 11 (misbrug af dominerende stilling). Hermed skulle man tro, at sagen var slut. Men nej! MD indbragte afgørelsen for KA, der stadfæstede, at bonusaftalen udgjorde et misbrug af dominerende stilling, men hjemviste afgørelsen f.s.v.a. påstanden om overtrædelse af § 6 til KR med

den begrundelse, at der ikke var anført fornøden begrundelse for at anse aftalen som stridende mod § 6.1. Kendelsen er overraskende, ikke blot fordi den var uden retlig virkning (aftalen var ændret), men nok så meget fordi et forhold udmærket kan være omfattet af såvel § 6 som § 11,¹⁷ og der da vist næppe kan være tvivl om, at aftalen havde »til formål eller følge at begrænse konkurrencen«.

8. Kampen om mælken – politisk drama

Så er der mere substans i de to seneste konflikter, der begge vedrører markedet for øko-mælk – et marked, der lige som markedet for konventionel mælk er domineret af Arla (83 pct.), men som dog synes at rumme et lidt større potentiale for niche-konkurrence.

Ved fusionen mellem MD og Kløver Mælk forpligter MD sig til senest d. 25. oktober 1999 at ændre selskabets vedtægter, så udtræden kan ske med lovligt varsel senest d. 31. maj med virkning ved regnskabsårets udløb (d. 30. september), dvs. med en binding fra 4 til 16 måneder, mod hidtil 12 til 24 måneder. Der sondres i aftalen ikke mellem konventionel mælk og øko-mælk.

Efterfølgende gør Arla imidlertid gældende, at det nedsatte udmeldelsesvarsel alene vedrører konventionel mælk og fremlægger forslag om, at den aftalte vedtægtsændring udvides med en passus ifølge hvilken, vedtægtsbestemmelsen ikke er til hinder for, at andelshavere, der leverer økologisk mælk til selskabet, indgår kontrakter, der indeholder et længere opsigelsesvarsel. I henhold til kontrakten (aftalen), der indgås med hver enkelt øko-producent, kan begge parter opsiges aftalen med 13 måneders varsel med virkning fra d. 1. oktober. Dvs. bindingsperioden er for øko-producenterne fra 13 til 25 måneder. MD argumenterer med, at et varsel på 13 måneder ikke har til formål eller følge at begrænse konkurrencen, at et kortere varsel vil forhindre selskabet i at eksportere, idet selskabet vil kunne indgå længerevarende

aftaler med udenlandske detailhandelskæder, hvis der ikke er sikkerhed for, at de økologiske mælkeleverancer er til stede, og at de økologiske leverandører ikke har ønsket opsigelsesvarslet nedsat, da de ønsker sikkerhed for afsætningen.

Ved afgørelse af 2001-11-28 meddeler KR Arla, at bestemmelse om bindingsperioden er omfattet af forbudet i § 6 mod konkurrencebegrænsende aftaler, og at betingelserne for fritagelse efter § 8 ikke er opfyldt. Påbudet om at ophæve denne bestemmelse gælder alene den frist, økologerne har for at udtræde af Arla. Der er ikke grund til at kræve den frist, som Arla skal give økologerne, forkortet. KR lægger til grund, at den lange bindingsperiode begrænser økologernes mulighed for at træde ud af MD Foods og kontrahere 100% med en anden aftager, at den gør det vanskeligt for nye produktionsvirksomheder, der er afhængige af økologisk mælk, at få fodfæste, og at MD's henvisning til potentielle ordrer ikke kan tillægges vægt. Der er et meget stort overskud af økomælk (65% sælges eller forarbejdes til væsentlig billigere konventionelle produkter), en sådan opgave vil normalt indeholde en opbygningsperiode, og det vil i løbet af denne være muligt at øge udbuddet gennem økonomisk præmiering som i ethvert andet velfungerende marked. Faktisk eksporteres kun en meget lille del af de økologiske produkter. Endvidere henviser KR til bkg. nr. 1029, ifølge hvilken bindingsperioden skal være væsentlig kortere end 2 år, hvis andelsselskabet har en dominerende stilling.

Afgørelsen indbringes for KA, der »efter det oplyste om landmændenes egeninteresse i frihed til hurtigt at kunne frigøre sig med et kortere varsel over for deres egeninteresse i beskyttelse mod opsigelse fra klagers side med et kortere varsel – og i mangel af oplysninger om konsekvenserne af ikke-levering i strid med opsigelsesvarslet – finder (...), at der ikke i den påklagede afgørelse er frem-

ført fornødent faktisk belæg for en sådan mærkbar negativ konkurrenceindvirkning af opsigelsesbestemmelsen, at den er i strid med KL § 6« (kendelse af 2003-01-09).

Allerede fra 1. august 2001, altså lang tid forinden MD/Arla procederede ovenstående sag på behovet for sikkerhed for leverance af tilstrækkelige mængder af øko-mælk til at kunne tilfredsstille en potentiel mega-kunde, indfører Arla stop for nye leverandører af økologisk mælk.

Det ramte tre mælkeproducenter, der havde været medstiftere af det lille mejeri Øko-Mælk. D. 1. oktober 2001 gik mejeriets dominerende kunde, Dansk Supermarked, over til at købe den økologiske mælk hos Arla, og ØkoMælk kom i økonomiske vanskeligheder. På den baggrund ønsker de tre leverandører at skifte til Arla. (ØkoMælk blev siden overtaget af Arla og producerede fortsat økomælk for Arla under ØkoMælk navnet indtil udgangen af 2003). Arla accepterer deres optagelse som andelshavere (jf. forpligtelsen i henhold til tilsagn givet i forbindelse med MD-Kløver fusionen), men vil ikke optage dem som øko-producenter, og gør medlemskab betinget af en indbetaling af andelskapital (en såkaldt »negativ-udligning«) på 2 pct. af basisprisen for mælk i tre år, i alt omkring kr. 90.000 for hver af de tre tidligere ØkoMælk leverandører.

De tre tidligere ØkoMælk leverandører klager til KR.

KR finder, at afslaget på at optage dem som øko-producenter er sagligt begrundet. KR's accept af Arlas afslag er ikke uproblematisk. Det er vanskeligt at se, hvorfor Arlas tilsagn om som dominerende virksomhed at optage mælkeproducenter på lige vilkår ikke skulle gælde producenter af øko-mælk. Det forhold, at der er et overskudsudbud af mælk, er ikke en rimelig begrundelse. Overskudsudbuddet er en konsekvens af, at Arla (mis?)bruger sin

dominerende stilling til at krydssubsidiere øko-mælk, at prisen derfor er højere og udbuddet større end i et marked med virksom konkurrence.

Derimod stod KR fast på, at kravet om negativ udligning udgør et misbrug af dominerende stilling, for så vidt det opkrævede beløb overstiger en rimelig dækning af de ved optagelsen forbundne omkostninger eller modsvares af en ret til udbetaling ved udtræden, hvorfor Arlas påbydes straks at ophøre med ved enkeltvis optagelse af andelshavere at opkræve afgifter, der overstiger selskabets rimelige omkostninger som følge af optagelse af en yderligere andelshaver (afgørelse af 2002-08-28).

Ifølge Arla skal den omtvistede negativ-udligning ses som en (beskeden) modydelse for, at medlemskab af Arla giver adgang til og medejerskab af store værdier, som er skabt af eksisterende andelshavere, og at de nuværende andelshaveres ejendomsret og indflydelse udvandes ved, at der optages nye andelshavere i Arla. Hertil er at bemærke, at der ikke er symmetri, idet Arla (i modsætning til fx Danish Crown, DLG og Elbodan) ikke udbetaler medlemmernes andelskapital ved udtræden. Som følge af denne asymmetri og det markante fald i antallet af andelshavere over de seneste årtier er de tilbageblevne andelshaveres ejendomsret og indflydelse øget »ufortjent«. Et krav om negativ-udligning uden modsvarende udbetalingsret ville ikke kunne fastholdes i et marked med virksom konkurrence. Konkurrencen mellem mejerierne for at tiltrække sig nye leverandører ville konkurrere betalingen ned til omkostningerne ved at optage yderligere en andelshaver¹⁸.

Arlas gældende bestemmelser om negativ-udligning er da også indført så sent som februar 2002, dvs. efter fusionen mellem MD og Kløver Mælk, hvorved MD med en markedsandel på 91 pct. blev eneste aftager af mælk i store dele af landet. Der skal ikke betales ne-

gativ-udligning, hvis en andelshaver udvider sin produktion. Der skal heller ikke betales negativ-udligning i tilfælde af kollektiv optagelse af en gruppe producenter eller hvis mælkeproducenten er nyetableret, hvorved forstås en landmand, som nyerehverver en ejendom eller bedrift, der ikke har været tilmeldt Arla Foods¹⁹. Det samlede bidrag til Arlas konsolidering gennem negativ-udligning fra de relativt meget få individuelt optagne nye andelshavere er således helt marginalt og helt uden betydning for opretholdelse af en tilfredsstillende drift i selskabet, jf. bkg. nr. 1029.

Ud fra en elementær industriøkonomisk betragtning skulle problemstillingen være åbenlys: En asymmetri mellem et krav om indbetaling af kapital ved indmeldelse og en ret til udbetaling ved udtræden er objektivt set en barriere for nye konkurrenters indtrængen på markedet på linje med lange bindingsperioder. Et sådant krav er kun muligt i et marked uden virksom konkurrence. I tilfældet Arla er kravet udformet på en sådan måde, at det kun rammer individuelle mælkeproducenter, der tidligere har leveret til et andet mejeri, hvilket – givet Arlas dominans – i praksis ofte vil være en tidligere andelshaver hos Arla, som har villet prøve lykken som leverandør ved et niche-mejeri, som i sidste ende af den ene eller anden årsag ikke har kunnet klare sig i konkurrencen. Negativ udligning fra disse relativt få markedssøgere er uden praktisk betydning for Arlas konsolidering og tilfredsstillende drift. Det er derfor svært at se, at kravet kan have noget andet objektivt formål end at udgøre en barriere for den potentielle konkurrence og dermed en overtrædelse af KL § 6 (konkurrencebegrænsende interne aftaler (vedtægter), der går videre end nødvendigt for andelsselskabets tilfredsstillende drift) og § 11 (forbuddet mod misbrug af dominerende stilling).

KRs afgørelse indankes for KA.

KA indleder sin kendelse af 2003-11-04 med en gennemgang af generelle andelsretslige

principper, på grundlag af hvilke nævnet konkluderer, at der »intet er til hinder for at opstille økonomiske krav, herunder krav om betaling af indskud og lignende som betingelse for medlemskab«, og at »et udtrædende medlem ikke har krav på at få udbetalt nogen del af selskabets formue med mindre, dette er hjemlet i vedtægterne«. Det er faktisk heller ikke bestridt. De to omhandlede vedtægtsbestemmelser er uproblematisk fra en konkurrenceretlig betragtning, for så vidt der er virksom konkurrence på det omhandlede marked. Problemet opstår eksakt der, hvor en stærkt dominerende virksomhed som Arla kombinerer de to regler og derved skaber en barriere for nye virksomheders indtrængen på markedet. Der skal, som tidligere fremhævet af KA, foretages en konkret vurdering af det samlede regelsæt.

Endvidere anfører KA, at der ikke i den påklagede afgørelse er foretaget en bedømmelse af Arlas eller MDs vedtægter, herunder vilkårene for udtræden, eller af den foreliggende indskudsordning i henhold til bkg. nr. 1029 eller i henhold til KL § 6. Det er ikke helt klart, hvad KA sigter til, men hvis kritikken går på, at forholdet er omfattet ikke blot af § 11 (som procederet af KS) men også af § 6, kan vi kun være enige. Arlas vedtægter er konkurrencebegrænsende og ikke omfattet af undtagelsen i bkg. nr. 1029, da de har mærkbare virkninger for andre end medlemmerne og andelsvirksomheden.

Endelig konstaterer KA, at der ikke i KRs notat er en beskrivelse og analyse af de faktuelle forhold, som giver grundlag for at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af forbudet mod misbrug af dominerende stilling i KL § 11.1. Også den kritik er svær at følge. Det er KRs klart udtalte vurdering, at størrelsen af Arlas krav om negativ udligning ved indtræden uden modsvarende udbetaling ved udtræden i forbindelse med selskabets ubestridt dominerende stilling udgør en barriere for den potentielle konkurrence. Et krav

om »faktuelt« belæg for, hvor meget det hæmmer den potentielle konkurrence, er kun opfyldeligt, hvis man tyr til økonomiske modeller og argumenter. Spørgsmålet er jo, hvad den relevante *counterfactual* er, som man skal sammenligne den aktuelle situation med – og det er et klart industriøkonomisk problem. Hvad ville der ske, dersom den asymmetriske negativudligning blev ophævet? KR har vurderet, at den asymmetriske negativudligning hæmmer den potentielle konkurrence. Her må KA tage KR's vurdering til følge – eller i det mindste forklare, hvilke økonomiske argumenter og data der ville være tilstrækkelige til at overbevise KA.

KA har ikke en så ydmyg holdning over for det sagkyndige KR's vurdering. I stedet – og ikke overraskende i lyset af KAs tidligere kendelse – ophæver det KR's afgørelse med den konkluderende, fejende bemærkning, at det »ikke finder grundlag for at anse det i den andelsretlige lighedsgrundsætning begrundede indmeldelsesvilkår om bidrag til selskabets konsolidering ved såkaldt negativ udligning for i sig selv eller efter det, der foreligger faktuel oplyst i sagen, at indebære misbrug af dominerende stilling i strid med KL § 11, stk. 1.«

9. Konklusion

KAs omstødelse af KR's beslutninger har givet anledning til en storm af forargelse i medierne og et krav fra både oppositions- og regeringspartier om lovindgreb, der effektivt sætter stop for, at dominerende andelsvirksomheder kan tryne de små producenter og skabe barrierer for konkurrencen. Mediestormen har betydet, at Arla har ændret adfærd og en række af de krav, som KR stillede, er uden videre blevet opfyldt. Overordnet set har medierne således vist sig at være bedre til at disciplinere virksomhederne end KL og dens institutioner.

KL er i vores vurdering rummelig nok til at håndtere sager vedrørende dominerende an-

delsselskaber. Uden for andelssektoren foretager konkurrencemyndighederne dagligt afvejninger af virksomheders erhvervsfrihed over for mulige negative effekter på konkurrencen af aftaler og dominerende virksomheders adfærd. Dette er det normale *rule of reason*. Der gælder et andet regelsæt for dominerende virksomheder end for ikke-dominerende andelsvirksomheder. Det er ikke anderledes for andelsselskaber end for andre virksomheder.

Hvis den politiske dynamik tilsiger en præcisering i forhold til andelssektoren, er det nærliggende at opdatere bkg. nr. 1029, så det gøres klart, at den begrænsning af andelshavernes mobilitet, som følger af bindingsperioden ikke må styrkes ved urimelige asymmetriske vilkår for optagelse og udtræden. Konkret vil vi foreslå følgende formulering:²⁰

»Et andelsselskab kan gøre optagelse betinget af, at medlemmet indbetaler et bidrag til selskabets andelskapital. Bidraget kan dog aldrig overstige en forholdsmæssig andel af selskabets samlede andelskapital. Ved udtræden udbetales bidraget tillagt eventuel individuel andelskapital, som er opbygget i medlemskabsperioden. Udbetalingen foregår ratevis over en periode på højst fem år. I tilfælde af, at andelsselskabet har en dominerende stilling, skal udbetalingen foretages væsentligt hurtigere.«

Da det politiske krav om en opstramning i forhold til de store andelsselskaber er affødt af KAs gentagne desavouering af KR's beslutninger og økonomiske vurderinger, skal vi som alternativ til en opstramning af bkg. 1029 foreslå, at det i enten KL eller KA-bekendtgørelsen præciseres, at KAs funktion er at påse, at KR's afgørelser har det fornødne hjemmel i KL, og at KA ikke kan tilsidesætte KR's sagkyndige vurderinger. En sådan præcisering ville lovfæste den rimelige praksis, som KA fulgte frem til 1997.

Noter

1. Vi takker stud.merc.(jur.) Grith Ølykke for forskningsassistance og prof. Jerker Nilsson for råd og litteraturvejledning.
2. Se Blomgren-Hansen & Møllgaard (2004) for en oversigt og en diskussion af udviklingen i konkurrencepolitikens fundament.
3. Den første konkurrencelovgivning – den amerikanske *Sherman Act* fra 1890 – blev til på foranledning af sammenslutninger af landmænd, som brokkede sig over høje fragtpreiser på tog og høje priser på inputs fra industrien (Furse, 1996, s. 254). Monopolisering og karteldannelse blev følgelig gjort forbudt.
4. Friholdte er konkurrencebegrænsninger, der er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering (§ 2), løn- og arbejdsforhold (§ 3), konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, der er meddelt fritagelse efter EF-traktaten eller opfylder betingelserne i forordning om fritagelse eller undtagelse af visse kategorier af aftaler mv. (§ 4), aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern (§ 5) og konkurrencebegrænsende aftaler mv., der falder ind under den såkaldte bagatelgrænse (§ 7).
5. Kun for så vidt angår indkomstbeskatningen sondres der mellem andelsselskaber og andre virksomhedsformer. For andelsselskaber opgøres den skattepligtige indkomst som 4 pct. af foreningens formue ved indkomstårets udgang opgjort efter nærmere angivne regler (Lov nr. 736 af 28. august 2002). Men denne forskel kan næppe tillægges nogen væsentlig betydning i et konkurrencepolitisk perspektiv.
6. Det er en anden udbredt misforståelse, at landbrugets andelsselskaber skulle være undtaget i henhold til EF-traktaten Art. 39 (tidl. 42) og den derpå byggende Rådsforordning 26/62. Imidlertid gælder undtagelsen alene, hvis aftalen udgør en integreret del af en national markedsordning, er nødvendig for at nå målene for den fælles landbrugspolitik, og vedrører produkter, der er opført i bilag II til forordningen. Den er i dag uden den store praktiske betydning, idet nationale ordninger som hovedregel er afviklet, og hvis de søges fortsat, skal respektere principperne i Traktaten, herunder konkurrencereglerne.
7. Sexton og Lavoie (2001) opsummerer den empiriske litteratur om markedsmagt indenfor landbrugsprodukter. Som hovedregel er der en positiv korrelation mellem koncentration og outputpriser og en negativ korrelation mellem koncentration og inputpriser. Der er dog adskillige metoder til at undersøge problemer med disse studier, jf. også Møllgaard (1998).
8. Sexton (1986a) viser, at under visse forudsætninger (fx at der skal være tale om homogene varer) kan kooperationsformen føre til mere konkurrence end aktieselskabsformen. Se Sexton (1986b) for en grundmodel for, hvorfor landmænd (*upstream*) har et incitament til *downstream* kooperation. Nilsson & Björklund (2003, p. 115) giver en oversigt over litteraturen.
9. I figur 1 er priserne på råmælk, drømmælk og smør/ost opgjort minus omkostninger til forarbejdning mv. Under fuldkommen konkurrence vil prisen på mælk til hjemmemarkedet være den samme som på verdensmarkedet, P^W . Ved denne pris vil producenterne ønske at producere $Q_1 + Q_2$. Heraf afsættes Q_1 på hjemmemarkedet og Q_2 på eksportmarkedet. Monopoliseres hjemmemarkedet, vil monopolisten hæve prisen til P^M , hvorved salget til hjemmemarkedet falder til Q_1^M . Det gælder uanset om monopolisten er organiseret som aktieselskab eller andelsselskab. Forskellen på de to organisationsformer beror på, at aktieselskabet vil afregne til verdensmarkedsprisen, P^W (og beholde merfortjenesten på hjemmemarkedet, $A+B$), mens andelsselskabet vil udlodde merfortjenesten til andelshaverne og afregne til gennemsnitsprisen $Gns.P$, ($B+D+E+F=A+B$). Ved den højere afregningspris vil andelshaverne udvide produktionen med $Q_2^{MCoop} - Q_2^M$. Denne produktionsudvidelse er forbundet med velfærdstab F , da grænseomkostningerne overstiger mælkenes samfundsøkonomiske værdi ($=P^W$).
10. Hedberg (2000, 2002) har analyseret om svenske mejerier har misbrugt deres markedsmagt på denne måde. Hun konkluderer, at for Sverige er der forskelle i *price-cost* margin for forskellige produkter, men de er ikke store. Hun kan ikke udelukke, at disse forskelle er afledt af statslige indgreb i priserne.
11. Zhang & Sexton (2000) viser, at eksklusivitets-klausuler mellem landmænd og mejerier (*captive supplies*) kan bruges til at reducere konkurrencen og manipulere med prisen, men at de ikke altid vil udgøre en effektiv adgangsbarriere. Innes & Sexton (1994) viser ligeledes at eksklusivkontrakter med en strategisk køber kan have både pro- og anti-kompetitive effekter.

12. Afgørelsen blev truffet efter KL 1990. Anmeldelsespligt var efter KL 1990 en nødvendig betingelse for et evt. efterfølgende indgreb.
13. Efter KL 1998.
14. Se Agrell & Karantininis (1999) for en gennemgang af historikken, motiverne og effekterne af fusionen mellem MD Foods og Kløvermælk.
15. Se Agrell & Karantininis (2003) for en økonomisk analyse af, hvorfor Kløver i anden omgang gav op over for MDs overtagelsesforsøg, efter i første runde at have afvist det klart.
16. Man kan naturligvis være betænkelig ved, at mejeriselskaberne foretrækker behandling af de nationale myndigheder, selv om disse ikke har direkte hjemmel til det, frem for behandling ved EU-Kommissionen, som klart har denne hjemmel. Det kunne tyde på, at de forventer en lempeligere behandling hjemme end ude.
17. Fejø (1997), s. 100.
18. Det illustreres af situationen i forbindelse med MDs køb af et anlæg fra det privat ejede The Borden Company. MD forlangte 10 øre i negativ udligning for optagelse af de hidtidige Borden-leverandører. Kravet bevirkede, at langt de fleste gik andre steder hen. Efter 10 dage tilbød MD Borden-leverandørerne optagelse uden betaling af negativ udligning.
19. Arla frafaldt bestemmelsen om nyetablerede producenters indbetaling af negativ udligning efter at KS havde kritiseret reglen for at være diskriminerende.
20. I Sverige giver Konkurrentslagens § 8 mulighed for at give fritagelse for §6. I § 18.c angives en detaljeret liste over de betingelser, som gælder specifikt for andelsselskaber. Den vigtigste betingelse er ifølge Nilsson (2003, p. 116) kravet om fri mobilitet for medlemmerne. Andelsselskaberne forhindres således i at begrænse medlemmernes ind- og udtrædelsesmuligheder.

Litteratur

Agrell, P.J. & K. Karantininis (1999) »Cooperatives' merger strategies: The MD Foods – Kløver Mælk case« *mimeo* Den Kgl. Veterinær- og Landbohøjskole.

- Agrell, P.J. & K. Karantininis (2003) »Cooperative supply chains in peace and at war« *mimeo* Den Kgl. Veterinær- og Landbohøjskole.
- Blomgren-Hansen, N. (1998) »Formålsbestemmelser værdi som fortolkningsvejledning: En analyse af KL § 1« *Juristen* nr.1: 31-43.
- Blomgren-Hansen, N. & P. Møllgaard (2004) »Friemarkedskræfter, regulering og markedsmagt« *Samfundsøkonomen* nr. 2.
- Fejø, Jens (1997) »Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer« *Jurist- og Økonomforbundets Forlag*.
- Furse, M. (1996) »The Role of competition policy: a survey« *European Competition Law Review* 17: 250-258.
- Hedberg, A. (2000) »Market power in the dairy sector and structural effects of government intervention – Swedish dairy cooperatives« *Paper presented at the XXIV IAAE Conference in Berlin*.
- Hedberg, A. (2002) *Essays on farmer behaviour: cooperative performance and farm risk exposure*. Dissertation 320, Sveriges Landbruksuniversitet, Uppsala.
- Innes, R. & R.J. Sexton (2001) »Strategic buyers and exclusionary contracts« *American Economic Review* 84(3): 566-584.
- Møllgaard, H.P. (1998) »Markedsmagt« *National-økonomisk Tidsskrift* 136: 350-369.
- Nilsson, J. & T. Björklund (2003) *Kan Kooperationen klara konkurrencen? – om marknadsorientering i livsmedelssektorn*, Sveriges Landbruksuniversitet, Uppsala.
- Sexton, R.J. (1986a) »The formation of cooperatives: A game-theoretic approach with implications for cooperative finance, decision making, and stability« *American Journal of Agricultural Economics* 68: 423-433.
- Sexton, R.J. (1986b) »Cooperatives and the forces shaping agricultural marketing« *American Journal of Agricultural Economics* 68: 1167-1172.
- Sexton, R.J. & N. Lavoie (2001) »Food processing and distribution: And industrial organization approach« in Gardner, B. & G. Rausser (eds.) *Handbook of Agricultural Economics*, vol. 1, ch. 15, 863-932.
- Zhang, M. & R.J. Sexton (2000) »Captive supplies and the cash market price: A spatial markets approach« *Journal of Agricultural and Resource Economics* 25(1): 88-108.

Europa Kommissionens indflydelse på dansk konkurrencepolitik

Stefan Brendstrup, Ph.D.-stipendiat,
Institut for Statskundskab, Aarhus Universitet

1. Indledning

Dansk konkurrencepolitik har igennem det seneste årti gennemgået en bemærkelsesværdig forandring fra at være baseret på kontrolprincippet til at være baseret på forbudsprincippet. Derved er den danske konkurrencepolitik bragt i overensstemmelse med EU's konkurrencepolitik, hvilket synes at have haft markant betydning for en række af de aktører, der har været involveret i de processer, der ledte frem til principskiftet. For Europa Kommissionen har konkurrencepolitikken stor betydning som grundlag for etableringen af et fælles indre marked og der har fra EU's grundlæggelse været lagt vægt på den tyske konkurrencelov, der som den eneste europæiske var baseret på forbudsprincippet. Det er derfor en nærliggende tanke, at den danske konkurrencepolitik har været under betydelig indflydelse fra Europa Kommissionens side. Spørgsmålet er imidlertid om det er en rigtig antagelse?

I denne artikel vil vi se nærmere på Europa Kommissionens rolle som konkurrencepolitisk aktør og hvilken indflydelse den har haft for de senere års markante omlægning af dansk konkurrencepolitik. Først gennemgås det seneste årtis ændringer i dansk konkurrencelovgivning, der synes så markante, at det kalder på en forklaring. Dernæst klargøres Europa Kommissionens konkurrencepolitiske kompetencer og hovedlinierne i den

forskning, der netop har EU's indflydelse på medlemsstaterne som sit genstandsfelt præsenteres. Og endelig vurderes på den baggrund, hvilken indflydelse, der er grundlag for at slutte, at Europa Kommissionen har haft på udviklingen i dansk konkurrencelovgivning i det seneste tiår.

2. Principskifte i dansk konkurrencelovgivning

Da et bredt flertal i Folketinget i maj 1997 vedtog en ny konkurrencelov markerede det et klart skift i de bagvedliggende principper (Boje & Kallestrup 2004: 252-53).¹ Dansk konkurrencelovgivning hvilede som i de fleste øvrige europæiske lande fra sin etablering på det såkaldte kontrolprincip, ifølge hvilket alt er tilladt, indtil det bliver forbudt. Men fra 1997 blev dette erstattet med det såkaldte forbudsprincip ifølge hvilket konkurrencehæmmende aktiviteter er forbudt, indtil de evt. måtte blive kendt lovlige. En så markant politisk forandring finder almindeligvis ikke sted uden en forhistorie. Forhistorien er i dette tilfælde, at det kom til at fremstå som en nødvendighed at Danmark tilpassede sin konkurrencepolitik til EU's, selvom det slet ikke var det.

Bevidstheden om mulighederne for et principskifte havde eksisteret længe og ikke mindst ved Danmarks indtræden i EF i 1973 blev det genstand for opmærksomhed. I modsætning

til den europæiske tradition havde amerikansk konkurrencelovgivning fra sin etablering hvilet på forbudsprincippet, hvilket Tyskland ved etableringen af sin konkurrenceregulering og myndighed i 1955 havde ladet sig inspirere af. Herfra overtog EF efter det tyske forbillede en forbudsbaseret konkurrenceregulering, der derfor i et vist omfang stod i et modsætningsforhold til den danske kontrol- og offentlighedsbaserede regulering, da Danmark i 1973 indtrådte i EF. Denne modsætning blev imidlertid ved flere lejligheder vurderet ikke at være mere alvorlig, end at gevinsterne ved at bringe dansk konkurrencelovgivning i større overensstemmelse med EF lovgivningen ikke ville opveje de vanskeligheder, der ville være forbundet dermed.

Mest eksplicit kom dette til udtryk i monopollovsudvalgets betænkning nr. 1075 fra 1986: »Fra monopollov til konkurrencelov«, hvori spørgsmålet om behovet for et principskifte stod meget centralt. Det blev imidlertid vurderet, at der ville være store vanskeligheder forbundet med et principskifte og at fordelene derved ikke syntes at kunne opveje disse. Dels fordi den danske regulering jo egentlig havde fungeret tilfredsstillende i de forløbne 50 år og dels fordi principperne alligevel kunne afbøjes og tilpasses, hvilket udvalget fandt, at de faktisk blev i de fleste af de lande, hvis regulering udvalget undersøgte.

Monopollovudvalgets konklusion blev, at der inden for nogle lettere modificerede rammer burde ske et skifte i retning af en mere offensiv brug af konkurrencelovgivningen til at fremme effektivitet i produktion såvel som omsætning frem for som hidtil at benytte den mere defensivt til at forhindre misbrug af markedsmagt, men at der ikke var grundlag for at gennemføre større ændringer. Baseret herpå blev et lovforslag udformet og vedtaget i 1989 med virkning fra 1. januar 1990. Men hermed var sagen ikke slut. Dårligt var loven trådt i kraft, før der igen rejstes tvivl om behovet for et principskifte.

De følgende år bød på konkurrencepolitisk principskifte i vore nordiske nabolande, nye konstateringer af den manglende EF konformitet og nye sonderinger i erhvervskredse. Vejen til principskiftet blev dog først alvorlig banet med regeringsskiftet i januar 1993, der næsten faldt sammen med offentliggørelsen af en OECD rapport, hvori svigtende konkurrence i Danmark blev konstateret og koblet sammen med den svage danske lovgivning på området (OECD 1993). Kort efter regeringsskiftet blev endnu et udvalg nedsat, der denne gang benævntes »konkurrencelovsudvalget«, hvis opgave det var at udforme retningslinier for en dansk konkurrencelovgivning baseret på forbudsprincippet. I udvalget sad udover et stort antal repræsentanter (20) fra erhvervsorganisationer, interessegrupper og myndigheder også tre sagkyndige jurister. Disse eksperter skulle senere sammen med Forbrugerrådet komme til at skille sig ud, da de fandt, at det kompromis om delvis overgang til forbudsprincippet, som de øvrige parter var nået til enighed om, var halvhjertet og ikke ville sikre tilstrækkelig konformitet med EU's konkurrenceregler.

Forskelle i opfattelser mellem de involverede parter, der afgav høringssvar på »konkurrencelovsudvalgets« betænkning (Betænkning 1297/1995), og udenforstående sagkyndige, kom endnu engang frem, da såvel Finansregørelsen som Det Økonomiske Råds rapport i efteråret 1995 pegede på problemer med konkurrencen i Danmark og følgelig behov for opstramning af lovgivningen. Da CD's udtræden af regeringen i december 1996 fjernede nogle af de regeringsinterne uenigheder, der havde hindret fremsættelsen af et lovforslag på området, gik det stærkt, og allerede i starten af februar 1997 blev et forslag til ny konkurrencelov (Lovforslag L 172), der strammede betydeligt på flere punkter i forhold til konkurrencelovsudvalgets betænkning, fremlagt og senere vedtaget med nogle få ændringer i maj 1997.

Hermed var et principskifte i dansk konkurrencelovgivning, der bragte denne i grundlæggende overensstemmelse med EU lovgivningen, samt de regler der var gældende i vore nabolande, gennemført. Det skulle dog hurtigt vise sig, at processen med stramninger af den danske konkurrencelovgivning langt fra var tilendebragt.

3. Processen med stramninger fortsætter

Selvom regeringen med de stramninger, der var indeholdt i den nye konkurrencelov, klart var gået imod store dele af erhvervslivets interesser, så var sagkundskaben endnu ikke tilfreds. Allerede måneden efter lovvedtagelsen kom endnu en OECD rapport (OECD 1997), hvori ændringerne blev budt velkommen, men behovet for yderligere stramninger samtidigt blev påpeget. Året efter, i 1998, blev den fulgt af en rapport fra Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, hvori det generelt høje danske prisniveau blev dokumenteret, og snart fulgte Ugebrevet Mandag Morgen efter med en kraftig kritik af Konkurrencerådets konstruktion og dets måde at forvalte loven på. Dermed var startskuddet til endnu en debat om behovet for stramninger givet. Socialistisk Folkeparti greb anledningen og med henvisning til bl.a. Det Økonomiske Råds kritik fra efteråret 1995 samt Arbejderbevægelsens Erhvervsråds rapport fremsatte partiet, præcis som tilfældet var i marts 1993, i marts 1999 et beslutningsforslag om ændring af konkurrenceloven (B 100).

Erhvervsminister, Pia Gjellerup, svarede umiddelbart, at det var for hurtigt med nye ændringer før den nye lov havde fået lov at virke lidt længere, men allerede i maj ændrede hun signaler og arbejdet med forberedelsen af endnu en stramning var allerede i gang. De nye forslag blev fremlagt i oktober 1999 og dannede udgangspunkt for forhandlinger med såvel erhvervsliv som de borgerlige partier, der dog i februar 2000 trak sig ud med henvisning til manglende muligheder for at nå et forlig.

Nok engang kom sagkundskaben på banen, idet OECD lige efter sammenbruddet i forhandlingerne for tredje gang publicerede en rapport, hvori dansk konkurrencelovgivning blev kritiseret for utilstrækkelig stramhed og den politiske proces blev af OECD betegnet »langsom, omstændelig og kun gradvist forbedrende« (Boje & Kallestrup, 2004: 260). Kritikkerne fik yderligere skyts i Konkurrenceredegørelsen i efteråret 1999, der nok engang konstaterede, at det danske prisniveau generelt var for højt, og at der kun fandtes forbedringer i el- og telekommunikationssektorerne, der havde været underlagt EU direktiver, der havde ansporet konkurrencen i disse sektorer. En højere grad af overensstemmelse med EU's konkurrencelovgivning blev derfor også nok engang kraftigt anbefalet.

I februar 2000 var erhvervsministeren klar med endnu et lovforslag, der indeholdt klare stramninger, og efter en høringsfase, der kun førte til mindre justeringer, blev forslaget fremsat i marts 2000, vedtaget i maj og trådte i kraft i oktober (Lov nr. 416 af 31. maj 2000). Endnu et skridt i retning af større konformitet med EU's lovgivning var dermed taget, men hermed var det ikke slut.

Allerede inden lovens ikrafttræden blev den udsat for kritik fra bl.a. Forbrugerrådets side og nok engang var OECD i november 2000 på banen med endnu en omgang kritik af den danske konkurrencelovgivning (OECD 2000). Og endnu engang dokumenteredes i Konkurrenceredegørelsen fra maj 2001 det højere danske prisniveau, der nok engang sammenkædedes med den svagere konkurrencelovgivning. I tilgift hertil blev behovet for en stram og virksom konkurrencelovgivning demonstreret i praksis ved flere lejligheder. Nogle år tidligere var en dansk producent af fjernvarmerør fundet skyldig i karteldannelse, siden kom i juli 2001 Europa Kommissionens efter dansk målestok enorme bøder på 293 og 97 mio. kr. til henholdsvis SAS og Maersk Air for deres kartellignende sam-

arbejde og endelig blev det såkaldte el-kartel oprullet. Alle sammen sager, der var oprullet i EU regi og pådømt af Europa Kommissionen og derfor udstillede dansk konkurrence-lovgivning som svag.

Regeringsskiftet i efteråret 2001 førte ikke til den kursændring, man måske kunne have ventet, men satte kun en midlertidig stopper for de politiske bestræbelser på at gennemføre endnu en stramning. Den nye Erhvervsminister, Bendt Bendtsen, slog hurtigt ind på en linie, der overordnet set også handlede om stramninger, og i maj 2002 kunne endnu en stramning vedtages (L 171 af 29. maj 2002).

Selvom disse foreløbigt sidste stramninger ikke i sig selv var meget bemærkelsesværdige, så var det bemærkelsesværdigt, at en borgerlig regering, der under forhandlingerne om de tidligere stramninger havde været ganske kritiske, nu pludseligt selv gennemførte stramninger. Uenighederne i Folketinget var i løbet af 1990'erne blevet reduceret til et spørgsmål om hastigheden og graden af stramningerne, mens spørgsmålet om nødvendigheden deraf ikke længere lod sig stille. Det er hele denne strammingsproces og det forhold at de gennemførte stramninger ikke fører til en afdæmpning af »strammingspreset«, men derimod en igennem perioden stadig stigende tilslutning, der rejser denne artikels centrale spørgsmål: Er udviklingen i dansk konkurrencepolitik udtryk for EU's store indflydelse, eller hvordan kan udviklingen forklares?

4. Europa Kommissionens konkurrencepolitiske kompetencer

At mistanken samler sig om Europa Kommissionens rolle, når kilderne til reformen af dansk konkurrencelovgivning skal findes, er ingen tilfældighed. Henvisningerne til den manglende overensstemmelse mellem dansk og europæisk konkurrencelovgivning har været hyppige og vedvarende igennem hele perioden. Lad os derfor kort se på Europa

Kommissionens kompetencer og aktiviteter på det konkurrencepolitiske område.

Europa Kommissionens konkurrencepolitik tager udgangspunkt i Traktatens artikler 81-86 (tidligere 85-90) om »Regler for virksomheder« samt artiklerne 87-89 (tidligere 92-94) om statsstøtte. Derudover har Kommissionen hjemmel til fusionskontrol i medfør af forordning nr. 4064/89. Forordninger har direkte retsvirkning i medlemslandene og skal altså ikke som direktiver implementeres i national lovgivning. Det skal tillige nævnes at Kommissionen i art. 86, stk. 3 har hjemmel til at udstede direktiver uden om Rådet og Parlamentet, når det drejer sig om offentlige og monopolniggende virksomheder, der typisk befinder sig inden for de ledningsbundne forsyningssektorer. Denne procedure valgte kommissionen at benytte i relation til telekommunikation (Dir 96/2/EF) ligesom det første forslag til et direktiv om skabelse af et indre marked for elektricitet også var hjulmet i denne bestemmelse. Under indtryk af medlemsstaternes kraftige modstand mod forslaget ændrede Kommissionen dog senere strategi og fremsatte et direktivforslag, der skulle vedtages efter samarbejdsproceduren med Parlamentet (Schmidt 1998a, 1998b)

Det er i Traktatens regler for virksomheder, at det formuleres, at konkurrencebegrænsende adfærd er forbudt med mindre den er omfattet af en klar undtagelse og det er heri Kommissionen gives kompetence til at udstede bøder for at sikre overholdelsen af forbudene (Art. 83, stk. 2). Med baggrund heri samler EU's konkurrencepolitik sig om fire områder: Antitrust, fusionskontrol, liberaliseringer og statsstøtte. Debatten om dansk konkurrencelovgivning har helt overvejende handlet om antitrust, hvilket primært vil sige konkurrencehæmmende aftaler, men efter at principskiftet blev gennemført på dette område med lovændringen i 1997 har opmærksomheden i stigende grad rettet sig mod de øvrige områder.

EU traktatens bestemmelser om antitrust har retsvirkning i medlemslandene, hvilket indikerer at Danmark ved tilslutningen til Fællesskabet i 1973 pludseligt fik to parallelle konkurrencereguleringer. Der var imidlertid og ville fortsat ikke være nogen formelle problemer i dette. Primært kunne det give anledning til uklarhed om de gældende regler blandt virksomhederne samt indebære ekstra administrative opgaver at håndtere begge samtidige regelsæt. Det var primært dette, der blev vurderet i Monopollovudvalgets betænkning fra 1986, hvori disse byrder ikke blev fundet tilstrækkeligt tunge til at kunne begrunde et principskifte i dansk konkurrenceregulering.

At der rent juridisk ikke er noget til hinder for, at medlemslandene fastholder deres hidtidige konkurrencepolitik uanset at denne måtte være baseret på et andet grundlag end EU's, og at Europa Kommissionen ikke har nogen formelle kompetencer til at ændre dette, er naturligvis ikke det samme som at Europa Kommissionen ikke gerne ser en højere grad af overensstemmelse og aktivt søger at fremme dette. Internt i Kommissionen har Generaldirektoratet for Konkurrence ofte spillet en central rolle med at kontrollere, at andre generaldirektorater ikke tillod ulovlig statsstøtte eller på anden måde accepterede fritagelse for konkurrence udover det nødvendige på deres respektive ressortområder.

I de senere år har Europa Kommissionen også taget initiativ til at danne flere uformelle netværk, hvor henholdsvis de enkelte landes konkurrencemyndigheder (International Competition Network, ICN) og uafhængige energiregulatorer (Council of European Energy Regulators, SEER samt European Energy Regulators Group for Energy and Gas) mødes og diskuterer og udveksler erfaringer i relation til reguleringsmæssige problemstillinger.

Der er således ingen grund til at tvivle om, at Europa Kommissionen ser konkurrencereg-

lerne som helt vitale for etableringen af Det Indre Marked og derfor ønsker at lægge et pres på medlemsstaterne for at sikre deres aktive medvirken dertil. Og når en lang række stramninger af dansk konkurrencepolitik samtidigt kan registreres, så er det fristende at konkludere, at kommissionen er lykkedes med sit forehavende og har fået lagt et pres på danske beslutningstagere, der har fået dem til at afvige fra den hidtidige reguleringstradition på dette område.

Samtidigt kan det dog lige så klart konstateres, at Europa Kommissionen ikke besidder nogle formelle kompetencer til at kræve en harmonisering af medlemslandenes konkurrencelovgivninger generelt, og et EU's pres, i det omfang det har fundet sted, derfor kun kan have haft en indirekte karakter. Og kan det virkelig være tilstrækkeligt til at igangsætte reformer så omfattende, som dem vi har været vidner til i Danmark?

5. EU's indflydelse på medlemslandene – tre opfattelser

At EU har indflydelse på medlemslandene er der bred enighed om blandt de fleste. Men hvilken grad af indflydelse og hvordan den gør sig gældende er til gengæld højst omdiskuteret. Efter introduktionen af Det Indre Marked i 1986 bredte der sig en opfattelse af, at EU's overordnede mål var at harmonisere medlemslandenes politikker således at disse inden for en årrække ville konvergere mod den fælles fastlagte linie. Inden for de senere år er der imidlertid vokset en forskningsgren frem, der tager som sit empiriske udgangspunkt, at der kan iagttages en betydelig variation i medlemslandenes måder at tilpasse sig EU's regulering, hvilket den følgelig har som sit mål at kortlægge årsagerne til. Denne litteratur benævner slet og ret sig selv Europæisering,² hvilket defineres som:

Europeanization is defined as the process of influence deriving from European decisions and impacting member states' po-

licies and political and administrative structures. It comprises the following elements: The European decisions, the processes triggered by these decision as well as the impacts of these processes on national policies, decision processes and institutional structures. (Héritier 2001:3)

Europæiseringslitteraturen er primært bygget op om to forklarende variable: graden af overensstemmelse mellem EU's regulering og det nationale udgangspunkt (misfit) og medlemslandenes evne og kapacitet til at tilpasse sig (mediating factors).

Misfit antagelsen lyder grundlæggende, at jo større afstanden mellem EU's krav og det nationale udgangspunkt er, jo vanskeligere vil den nationale tilpasning være, hvorfor denne kun kan forventes at finde sted i begrænset omfang (se navnlig Börzel & Risse 2003). Der findes et par variationer over denne antagelse. Den ene lyder, at hvis misfit er meget lille, så kan det i virkeligheden godt være, at der ikke sker nogen tilpasning, fordi EU så at sige ikke tilfører tilstrækkelige ressourcer til tilhængerne af forandring, til at det kan vippe den nationale politiske balance. Anskuet i dette perspektiv vil kun lande med medium grad af misfit tilpasse sig, da de med høj grad af misfit vil have for stor indbygget modstand, og de med lav grad af misfit ikke vil få tilført tilstrækkeligt ressourcer fra EU til at ændre den balance, der har skabt den nationale politik. En anden variant peger på, at man først kan vurdere betydningen af misfit, når man har analyseret hvor godt rod-fæstet den nationale politik, der er kommet under pres af EU krav, måtte være i nationale institutionelle strukturer (Knill 2001a).

Værdien af misfit-antagelserne er imidlertid omdiskuteret, idet en række empiriske studier modsiger sammenhængen. England tilpassede sig f.eks. EU's krav til en returemballage politik langt hurtigere end Tyskland, til trods for at England ingen politik havde,

mens tyskerne allerede havde nationale krav, der faktisk overgik EU's (Haverland 2000). Selvom også sådanne analyser har været kritiseret for at være mangelfulde (Bailey 2002), så synes der at være stemning for at betragte misfit som en nødvendig men ikke tilstrækkelig forudsætning for national tilpasning, hvilket vil sige, at uden misfit er det ikke sandsynligt, at EU reguleringen vil føre til handling på det nationale plan, men at eksistensen af misfit på den anden side er utilstrækkelig til at forudsige, hvad der vil ske (Börzel & Risse 2003:58). Men selv denne beskedne antagelse er blevet undsagt i det hidtil største studie inden for europæiseringsforskningen, hvori 6 direktivers indplacering i national lovgivning i alle 15 medlemslande blev fulgt (Falkner, Hartlapp, Leiber et al. 2002; Falkner 2003; Falkner, Hartlapp, Leiber et al. Forthcoming). Dette studie foreslår i stedet at en gruppe lande simpelthen har en kultur for at tilpasse sig uanset EU kravenes umiddelbare overensstemmelse med det nationale udgangspunkt, mens en anden gruppe af lande har en kultur for det modsatte. Midt imellem befinder sig en gruppe af lande, for hvilke graden af national tilpasning afhænger af en række medierende faktorer.

Antagelserne om betydningen af en række medierende faktorerers betydning for den nationale tilpasning til EU regulering har således vundet bred tilslutning uanset om det skal forklare tilpasningen i alle lande eller blot i en midtergruppe. Imidlertid er spørgsmålet om nationale medierende faktorer så komplekst, at det er vanskeligt at pege på et enkelt forhold som afgørende og yderligere vanskeligt at analysere effekterne af et enkelt forhold isoleret fra andre forhold af potentiel betydning. Interessen samler sig primært om det politiske systems reformkapacitet. Det engelske valg-system, hvor kun vinderen i en valgkreds opnår repræsentation i Parlamentet, sikrer eksempelvis, at der altid findes en majoritetsregering, der ikke i særlig høj grad er afhængig

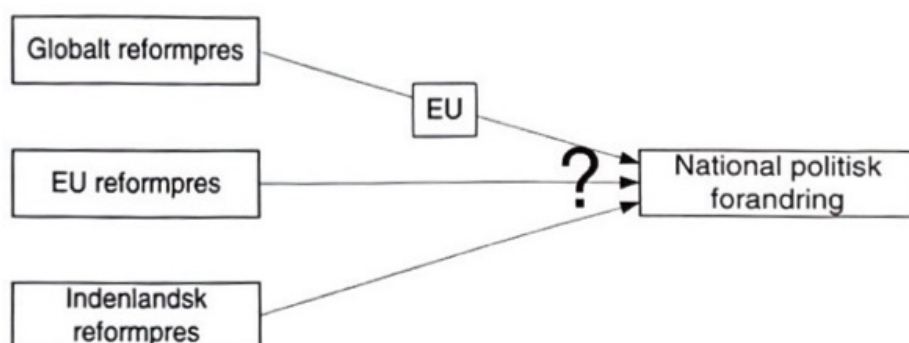
af oppositionen og som derfor er kapabel til at gennemføre selv ret vidtgående reformer. Det danske valgsystem indebærer at vi ofte har minoritetsregeringer og at selv majoritetsregeringer ofte inddrager oppositionen i såkaldt brede forlig, selvom det ikke er formelt nødvendigt (Christiansen 2003), hvilket nedsætter en siddende regerings muligheder for at gennemtvunge reform. Og endelig er reformkapaciteten i det tyske politiske system yderligere reduceret som resultat af den føderale struktur, hvor lovforslag både skal godkendes i det nationale Parlament (Bundestag), men derudover også i et andet kammer (Bundesrat), hvori delstaternes regeringer er repræsenteret, hvilket indebærer at flertallet kan være af en anden politisk observans end Bundesregeringen, hvormed reformkapaciteten reduceres kraftigt. Reform kapaciteten vurderes ofte ved at vurdere antallet af såkaldte veto-punkter, hvilket vil sige punkter i en beslutningsproces, hvor den siddende regering ikke kan gennemføre en beslutning på egen hånd, hvorved der bliver åbnet op for privat interesserepræsentation (Tsebelis 2000; Immergut 1990). Studier af medlemslandenes politiske systemer og strukturer kan således give nogle klare indikationer af den forventelige grad af tilpasning, i de tilfælde hvor EU's regulering er væsentligt ude af trit med det nationale politiske udgangspunkt. I tilgift hertil opereres imidlertid også med et lands grundlæggende værdiorientering og med timingen af EU's tiltag i forhold til nationale processer som væsentlige medierende faktorer (Héritier & Knill 2001).

Fælles for de to antagelser om forhold af betydning for medlemslandenes måder at tilpasse sig EU krav på er, at de tager udgangspunkt i EU's indflydelse og fokuserer på variationen i hvordan indflydelsen gør sig gældende. Men at man uden videre kan tage udgangspunkt i, at det netop er EU's indflydelse, der igangsætter politiske forandringsprocesser i medlemslandene er imidlertid omdiskuteret. Flere har peget på det forhold, at der heri ligger en risiko for at undervurdere glo-

bale kilder til politisk reform, som EU måske oven i købet yder en slags beskyttelse imod (Bulmer & Lequesne 2002). Som det påpeges, indgår mange af de politiske emner, som EU tager op, i globale tendenser snarere end Europæiske. Eksempelvis peger studier på, at de Europæiske lande var sent ude i forhold til en række andre industrialiserede lande såvel som mange tredje verdens lande, når det gælder liberaliseringer af offentlige forsyningssektorer (Levi-Faur 2004). At EU generelt skulle være afgørende for at liberaliseringer er blevet gennemført i det omfang tilfældet er, svækkes ligeledes af det forhold, at flere Europæiske lande (medlemmer af EU såvel som ikke-medlemmer) er gået forud for EU. Denne tilgang betoner således en generel og global tendens til spredning af politik over landegrænser, som også helt naturligt har ramt EU's medlemslande.

Over for denne opfattelse står en opfattelse af, at »det internationale« eller EU ofte tillægges langt større betydning for nødvendigheden af nationale »tilpasninger« end der reelt er belæg for (Kerwer & Teutsch 2001), hvilket har givet anledning til en mytedannelse om internationalt pres (Marcussen 2004). Der kan være tre kilder til overvurderinger af EU's betydning: Den første er den ovenfor diskuterede, at reformen ville være kommet under alle omstændigheder, som antydtes i et citat fra en analyse af jernbanereformer: »The directive was preparing the way for what we would like to do anyway« (Knill 2001b: 90). Dernæst kan det være en kildefejlslutning om EU's betydning, at nationale politikere ofte anvender henvisninger til udefrakommende pres som en legitimeringskilde for upopulære politiske tiltag (Radaelli 1999; 2003; Kallestrup 2002). Det har endog været hævdet at evnen til at påvirke den nationale diskurs i retning af behov for politiske tilpasninger kan medvirke til at forklare forskelle i velfærdsreformer i Vesteuropæiske lande (Schmidt 2002). Og endelig skal man ikke overse, at EU kan anvendes

som et instrument til at gennemføre politik, som det ikke er lykkedes at komme igennem med på det nationale niveau. Mange miljøorganisationer synes eksempelvis at have fået øje på dette og et land som Danmark, der ellers har været betragtet som et foregangsland på miljøområdet, sættes nu oftere og oftere under pres af EU regulering. De tre synsvinkler på EU's indflydelse kan illustreres som i figur 1:



Figur 1. Kilder til reformpres.

Inden for hver af de tre nævnte tilgange er der udført analyser, hvis resultater fremstår særdeles plausible og rimelige. Det spørgsmål, der derfor melder sig, er, om det overhovedet er muligt at skelne fra det globale, det europæiske og det nationale pres for reform, der kan føre til politisk forandring på nationalt niveau, og herunder særligt om EU's rolle herfor kan isoleres.

Rent teoretisk må man spørge, om den indflydelse, EU kan udøve på sine medlemsstater, er af en kvantitativ eller kvalitativ anderledes karakter end andre typer af reformpres. Inden for policy transfer litteraturen skelnes eksempelvis mellem forskellige grader af frivillighed i tilpasningen til et reformpres. Fra den frivillige og indenlandsk drevne efterligning af andre landes politik over læringsprocesser medieret af mere eller mindre strukturerede internationale netværk til harmonisering af politikker inden for forpligtende in-

ternationale samarbejder og tvungen tilpasning, udøvet af internationale organisationer (Bennett 1997; Dolowitz & Marsh 2000; Bennett 1991; Levi-Faur 2002).

EU's virkemidler dækker bredt fra forordninger, der har direkte retsvirkning i medlemsstaterne (tvang), over direktiver, der skal implementeres i national lovgivning (harmonisering), til blødere tiltag, hvor EU organiserer

netværk, hvori best practices og fælles løsnings- og reguleringsmodeller diskuteres og udvikles (netværksmedieret læring). Dette sidste fik sit gennembrud med indførslen af Den Åbne Koordinationsmetode, der blev vedtaget på topmødet i Lissabon i 2000, men tendensen ses som tidligere nævnt også i oprettelsen af nye netværk for nationale regulatorer på energiområdet (Council of European Energy Regulators) og nationale konkurrencemyndigheder (International Competition Network), hvor Kommissionen i begge tilfælde har været initiativtager. Tager man i betragtning, at tre fjerdedele af EU's samlede regeludstedelse sker i form af forordninger (Blom-Hansen & Christensen 2004: 60), fremstår det pres, EU kan lægge på sine medlemsstater, som langt hårdere end andre kilder til reformpres. Men netop på konkurrenceområdet, som denne artikel omhandler, er EU overvejende henvist til påvirkning gennem direktiver på specifikke områder eller gennem etablering af

netværk, hvilket modificerer EU's særstatus i forhold til de øvrige kilder til reformpres.

En kvalitativ vurdering af et pres kan baseres på en analyse af, hvilke mekanismer det kan gøre brug af og herunder hvor mange ressourcer presset kan tilføre de aktører i en medlemsstat, der måtte ønske reform. Det gør en forskel om en reformtilhænger kan henvise til positive udenlandske erfaringer med liberaliseringer, eller om de kan henvise til det uundgåelige i reform, fordi EU kan forventes at ville gribe ind. Inden for europæiseringslitteraturen er dette søgt indfanget ved at skelne mellem positiv integration (= forskrifter for national lovgivning) og negativ integration (= forbud mod nationale barrierer for markedsdannelse) samt framing mekanismer (= rammer for nationale politiske diskussioner) (Scharpf 1999; Knill & Lehmkuhl 2002). Det reformpres, EU kan udøve, adskiller sig som nævnt fra globale og indenlandske reformkræfter ved at kunne tilføre flere ressourcer til de aktører i medlemsstaterne, der måtte ønske reform, idet EU råder over instrumenter, der indebærer et højere element af tvang. Men EU adskiller sig også ved at kunne benytte flere samtidige mekanismer, således at »gode eksempler« på bedre regulering, der giver reformtilhængere nye kort på hånden, kan suppleres med truslen om mere tvangsmæssige løsninger, der svækker reformmodstanderes position. EU indtager således umiddelbart en særstatus i spørgsmålet om kilderne til reformpres.

Desværre kan der ikke fra denne konstatering direkte sluttes, at EU generelt har været afgørende for at en reform har fundet sted på områder, hvor EU Kommissionen har været aktiv. Problemet er, at de ekstra ressourcer EU kan tilføre reformtilhængere i et medlemsland måske slet ikke er nødvendige for at udløse reformen. Vi kan derfor kun med sikkerhed sige, at EU har været afgørende for reform i de tilfælde hvor:

1. EU har skabt et reformpres på et tidspunkt, hvor andre kilder til reformpres ikke synes at have haft betydning.
2. Eller de andre kilder til reformpres har været til stede, men har vist sig utilstrækkelige til at udløse en reform.

Det er netop en oplagt svaghed ved Europæiseringslitteraturen, at den forudsætter EU's indflydelse uden at have variation herpå i sine studier (Haverland 2003). Det er en central udfordring for denne litteratur at søge EU's indflydelse isoleret fra andre kilder til reformpres. Metodisk kan dette ske ved at designe komparative studier, hvor man sammenligner identiske reformer i flere lande inden for og uden for Europa, eller før og efter EU, hvor alle andre forklarende variable kan holdes konstant. Da dette er en fordring, der vanskeligt lader sig opfylde i praksis, kan man supplere med systematisk at forestille sig fraværet af EU: Hvad ville der være sket, hvis ikke EU havde stillet krav om reform? Man slutter sig altså til EU's indflydelse på en lidt omvendt måde, hvor EU må antages at have været afgørende i de tilfælde, hvor reformen uden EU's indflydelse ikke synes at have været mulig. Det skal medgives, at det er en hypotetisk metode, men til denne såkaldte »counterfactual reasoning« knytter der sig trods alt en række principper, der kan medvirke til at øge mulighederne for at drage slutninger på baggrund heraf (Haverland 2003; Fearon 1991). En sådan analyse gennemført på jernbaneområdet har stillet spørgsmålstegn ved den antagelse om EU's betydning på dette område, som en række case-studier i Héritier et. al ellers baserer sig på (Nielsen & Krogh 2004).

6. Kilder til pres på dansk konkurrencelovgivning

Selvom EU som nævnt ikke har konkrete kompetencer til at kræve dansk konkurrencelovgivning ændret, så har EU alligevel indirekte kunnet medvirke til at svække dansk konkurrencelovgivnings position. Dette har

dels kunnet ske ved at vedtage direktiver på eksempelvis telekommunikation og elområdet, der førte til mere vidtrækkende liberaliseringer, end det danske reguleringsregime lagde op til. EU Kommissionens har også direkte grebet ind med bødepålæg i kartelsager, der omfattede danske aktører. Der var også den mulighed, at de danske konkurrencemyndigheder kunne vælge at anvende EU-konkurrencereglerne som hjemmel for danske sager. Og samtidigt fandtes der i efteråret 2000 på EU niveau tanker om at decentralisere kompetencer i relation til EU's konkurrencelovgivning, hvilket dog evt. ikke ville kunne tillades med hensyn til Danmark, idet vores bødeniveau og sanktionsmuligheder ikke var tilstrækkelige. EU har altså kunnet medvirke til at svække dansk konkurrencelovgivnings status som national lovgivning og dermed kunnet skabe et vist pres for en reform af denne. Men EU har ikke taget reguleringsmæssige initiativer, der direkte konfronterede dansk konkurrencelovgivning eller på anden måde direkte forsøgt at lægge pres på Danmark for at bringe dansk konkurrencelovgivning i overensstemmelse med EU's, og med de manglende kompetencer til at kræve ændringer i dansk lovgivning synes den faktiske forandring ikke umiddelbart at kunne forklares som resultat af EU's indflydelse.

Set i dette lys er det slående så mange henvisninger der var til den manglende konformitet med EU's konkurrencelovgivning, når man studerer den proces, hvorigennem den danske konkurrencelovgivning, som tidligere beskrevet i en række omgang blev væsentligt strammet, hvormed det underforstås, at den manglende overensstemmelse var problematisk.

Hele processen, der ledte frem til principskiftet i 1997, indledtes således konkret med et beslutningsforslag fremsat af SF i Folketinget i marts 1993 om »EF-harmonisering af konkurrencelovgivningen« (Boje & Kallstrup 2004: 244). Det, der skabte uenighed i det Konkurrencelovsudvalg, der blev nedsat

på foranledning af SFs beslutningsforslag, var netop om det fremlagte forslag var tilstrækkeligt konformt med EU konkurrenceretten, hvilket udvalgets tre sagkyndige lagde stor vægt på og ikke fandt opfyldt, hvorfor de fremkom med en mindretalsudtalelse. Formuleringer om tilpasninger til EU-reglerne kan ligeledes findes i forbindelse med de revisioner af konkurrenceloven, der fulgte oven på principskiftet i 1997. Disse henvisninger til behovet for EU konformitet blev fremsat upåagtet at Monopollovsudvalget få år tidligere havde fundet, at den manglende konformitet ikke udgjorde et selvstændigt problem eller at de afledte administrative effekter deraf kunne begrunde et principskifte i dansk konkurrencelovgivning.

Dette indikerer, at henvisningerne til EU har været benyttet som et bekvemt argument blandt de, der ønskede forandring. EU kommer til at optræde som en ressource, der kan bringes i anvendelse af de aktører, der gerne vil igangsætte en reformproces. Hele processen med stramningerne foregår i en periode, hvor forbrugerpolitiske prioriteringer er i fremvækst, men frem for at slå på dette, anvendes snarere henvisninger, der undergraver den hidtidige politik.

OECD og andre økonomiske ekspertorganer kommer til at optræde i en lignende rolle som ressourcer, der er tilgængelige for reformkræfter. SF henviste således direkte til OECD's rapport fra slutningen af januar 1993, da partiet i marts 1993 fremsatte det føromtaltede beslutningsforslag og til såvel Det Økonomiske Råds rapport fra 1995, samt Arbejderbevægelsens Erhvervsråds rapport fra 1998, da partiet igen i marts 1999 fremsatte endnu et beslutningsforslag om ændringer af konkurrenceloven.

OECD har da også med hele fire rapporter³ monitoreret hele den danske proces og leveret omfattende kritik, såvel som ros for de tiltag, der for OECD at se pegede i den rigtige

retning. Timing'en har nogle gange været påfaldende god, hvilket jo enten kan skyldes tilfældigheder, at OECD har stor politisk tæft, eller at indenlandske aktører har været gode til at udnytte den ressource OECD rapporter har udgjort. Den samme funktion har udover de nævnte rapporter fra Det Økonomiske Råd fra efteråret 1995 og Arbejderbevægelsens Erhvervsråds rapport fra 1998, Finansredegørelsen fra 1995 samt flere af Konkurrencestyrelsens konkurrenceredegørelser også haft.

Dertil kommer, at vore nordiske nabolande i starten af 1990'erne ændrede deres respektive konkurrencelovgivninger, så disse blev baseret på forbudsprincippet, således at Danmark efterhånden udgjorde en lille konkurrencepolitisk ø, hvor kontrolprincippet herskede i et hav af forbudsbaserede konkurrencepolitikker. Der bliver ofte peget på, at politiske vinde let blæser fra et land til et andet, og at et land som Danmark i det konkrete tilfælde fik demonstreret at et skifte faktisk kunne lade sig gøre, hvilket pludseligt fik dansk erhvervsliv til at fremstå som om det bad om en internationalt set konkurrencepolitisk særstilling, når de kæmpede for en bevarelse af status quo. Der er imidlertid ikke mange henvisninger til de norske, svenske og finske lovændringer i den danske debat, hvilket svækker opfattelsen af disse som væsentlige for den danske udvikling. Når de alligevel er interessante at beskæftige sig med, så skyldes det, at ingen af landene på tidspunktet for lovændringerne var medlemmer af EU, hvilket endnu engang understreger, at det ikke alene er i EU's formelle kompetencer vi skal søge efter det pres, der kan udløse nationale politiske reformer.

7. En proces med egendynamik eller en magtbalance der tippede?

Når det er konstateret, at EU ikke direkte kan siges at have været afgørende for de omfattende ændringer i dansk konkurrencepolitik, der bragte den i overensstemmelse med EU's

politik, men at såvel international påvirkning som nationale aktører spillede en rolle, er vi så henvist til at lægge det hele sammen og konstatere, at der var tale om en uafvendelig udvikling? Somme tider er det fristende at anskue processer, som dem vi har oplevet på det konkurrencepolitiske område, som drevet af en slags egendynamik. Der synes blandt de politiske aktører og herunder ikke mindst modstanderne af reform, at være skabt en udbredt opfattelse af en »uafvendelig udvikling«, som det ikke ville være muligt at stille sig op imod. Et sådan indtryk bekræftes ved læsningen af Boje & Kallestrups bog om udviklingen i dansk konkurrencepolitik:

»Med en omverden som tydeligvis udviklede sig i retning af en strammere konkurrencelovgivning i tråd med EU-rettens konkurrenceprincipper, kombineret med en hidtil meget liberal dansk konkurrencelovgivning, havde sagen efterhånden udviklet sig til et spørgsmål om den danske konkurrencereguleringens legitimitet i bredere henseende.«

(Boje & Kallestrup 2004: 254)

En lang række af de erhvervsorganisationer, der bakkede op om kompromisforslaget, havde helst set en konkurrencelovgivning, der fortsat var baseret på kontrolprincippet, men de tilsluttede sig udkastet i lyset af, at den politiske udvikling gik i retning af en vis grad af forbud, og under forudsætning af, at reglerne ville blive administreret »med de fornødne dispensationer.«

(ibid: 245)

Opfattelsen af at processer kan løbe i retning af tilpasning af national lovgivning til EU lovgivning nærmest ved egen kraft synes i overensstemmelse med et af de nyeste teoretiske skud på europæiseringslitteraturen, der tillægger medlemslandes politiske kultur stor vægt i analysen af variationen i deres måder at reagere på EU regulering:

Modellen er udviklet i forbindelse med en undersøgelse af medlemslandenes såkaldte compliance adfærd på det socialpolitiske område, hvor EU har udstedt direktiver, hvis indhold skal gengives i national lovgivning. Dette, at der er udstedt direktiver, der skal implementeres i national lovgivning, er som nævnt ikke tilfældet på det konkurrencepoli-

volverede parter i det lange løb vil blive tilgodeset, uanset at det aktuelle EU krav om tilpasning måske ikke tilgodeser specifikke grupper, så synes der i forbindelse med ændringerne i den danske konkurrencelovgivning at være tale om en klar omfordeling mellem henholdsvis erhvervs- og forbrugerinteresser, hvor de sidste har vundet frem på

t 1: Good compliance culture	→	Society expects compliance, elites feel pressure to comply (and typically do so, plus fund adequate administration)	→	Government can impose behaviour on adversely affected interests who are used to comply	↓
t 2: Good compliance culture reinforced	←	Expectations raised that next time, again good compliance will prevail (and other actors may profit, in turn)	←	Public discourse stresses long term gain for all of respected rule of law (not: advantage of free riding, as in other countries)	←

Kilde: (Falkner 2003)

Tabel 1. Mekanismer der bringer national lovgivning i overensstemmelse med EU's lovgivning

tiske område. Alligevel er det en overvejelse værd, om lignende mekanismer kan udløses også på områder, hvor EU ikke kan lægge et formelt pres på medlemslandene.

Mindretalsudtalelsen fra de tre sagkyndige i konkurrencelovsudvalget, der netop tillagde overensstemmelsen med EU's konkurrenceregler den helt overvejende betydning passer utrolig godt med »elites feel pressure to comply«, hvilket i Falkners model netop udpeges som en typisk udløsende årsag til igangsættelse af en politisk proces i retning af EU overensstemmelse. De øvrige elementer derimod synes mindre dækkende for den konkurrencepolitiske proces i Danmark. Hvor Falkner betoner EU tilpasning som et overordnet nul- eller plus-sums spil, hvor alle in-

bekostning af de første. Dette retter søgelyset mod mere aktørorienterede forklaringer.

Blandt de aktørcentrerede tilgange til at forklare omfordelingen mellem erhvervs- og forbrugerinteresser kan der skelnes mellem henholdsvis en rationel og en sociologisk forklaringsramme. Set i et rationelt teoretisk perspektiv, så har EU's tilstedeværelse sammen med OECD's rapporter og nationale økonomiske rapporter tilført forbrugerinteresserne tilstrækkelige ressourcer til at magtbalancen i forhold til erhvervsinteresserne er blevet forskubbet, således at en omlægning af politikken blev mulig. Erhvervsinteresserne har set i dette perspektiv været tvunget til at acceptere en ændring og er af strategiske årsager gået med til dette i håb om trods alt at opnå

nogen indflydelse på, hvorledes de nye regler udformedes, og dermed forhåbentlig begrænse skaderne. Her er det altså EU som ressource, der tillægges den primære betydning.

I en ligeledes aktørcentreret men mere sociologisk baseret forklaring ville man anskue den politiske forandring foranlediget af overgangen til nye politiske værdier skabt gennem politiske læringsprocesser, hvorigennem centrale aktører har ændret præferencer (Sabatier & Jenkins-Smith 1993; Hall 1993). Her ville man sige, at den politiske forandring er et resultat af et skifte i det grundlæggende rationale, hvorpå politikken er baseret, der igen er en følge af en læringsproces, hvorigennem det er lykkedes en koalition af tilhængere af det nye forbrugerpolitiske rationale at overbevise hidtidige modstandere af forandring om det gavnlige for samfundet som helhed i at basere politikken herpå. Her ville navnlig de økonomiske rapporter, der demonstrerede det højere danske prisniveau og dermed den for samfundet skadelige effekt af den hidtidige førte politik blive tilagt betydning. Et skifte fra at betragte en beskyttelse af dansk erhvervsliv som det samfundsøkonomisk bedste til at betragte friere konkurrence og lavere forbrugerpriser, som det efterstræbelsesværdige.

Uanset hvilken af disse varianter man vælger, bliver den tilsyneladende egendynamik omdannet til en proces, hvori en række aktører, med de ressourcer de hver især har til rådighed, har søgt enten at ændre den danske konkurrencelovgivning i en retning, de betragtede som mere optimal, eller at fastholde den i udgangspositionen. I det konkrete tilfælde vurderes det, at være mest frugtbart at betragte processen som udtryk for en omfordeling mellem erhvers- og forbrugerpolitiske interesser udløst af ændret ressourcefordeling mellem de aktører, der repræsenterede disse.

Baggrunden for denne forskydning i magtbalancen synes at placere sig et sted midt imellem den strategiske og læringsorienterede forklaring. Generelt er der siden indgangen til 1990'erne sket en bevidstgørelse om det konkurrencepolitiske område blandt flere eksisterende politiske aktører, der ikke tidligere havde beskæftiget sig med dette og derfor ikke indgik i den eksisterende magtbalance på området. Et tydeligt eksempel på dette er SFs meget aktive indgriben, idet partiet fremsatte det beslutningsforslag i Folketinget i marts 1993 om »EF-harmonisering af konkurrencelovgivningen«, der senere førte til den lovændring i 1997, hvori principskiftet blev tydeligt. Men også Det Økonomiske Råd gav sig i 1995 for første gang til at analysere det konkurrencepolitiske område, ligesom Konkurrencestyrelsens årlige konkurrencerdegørelser pludseligt bliver vigtige referencer i debatten.

Givet denne ressourcetilgang blandt fortalere for et konkurrencepolitisk skifte vælger erhvervsinteresserne af strategiske årsager at koncentrere sig om at begrænse skaderne, snarere end at fastholde en uforbeholden modstand og dermed risikere at blive sat uden for indflydelse. Det er ved nationale aktører snarere end ved EU at vi skal hæfte os.

8. Europa Kommissionens begrænsede men stigende indflydelse

Europa Kommissionens indflydelse på dansk konkurrencepolitik og udviklingen heri lader sig ikke isolere fra andre kilder til reformpres og spørgsmålet om dens indflydelse på dansk konkurrencepolitik er derfor vanskeligt at besvare klart. Dog synes der grundlag for at konkludere, at indflydelsen ikke er så stor, som man ved at følge den konkurrencepolitiske debat i det forløbne tiår kunne få indtryk af. Til gengæld er det vurderingen, at Kommissionens indflydelse meget vel kan være stigende i de kommende år. I det følgende skal disse to vurderinger kort underbygges.

De senere års markante ændringer i dansk konkurrencepolitik har været drevet af danske politiske aktører, der har ønsket forbrugerpolitiske og samfundsøkonomiske prioriteringer fremmet på bekostning af erhvervsinteresser. Europa Kommissionen har været en vigtig ressource for disse aktører, men der er meget der tyder på, at dansk konkurrencepolitik ville være blevet ændret også uden EU's indflydelse. Argumentet herfor er, at de vedvarende negative vurderinger af dansk konkurrencepolitik som især OECD fremkommer med, men som også fremsættes af Det Økonomiske Råd, Finansministeriet og Konkurrencestyrelsen udøvede en tilstrækkelig indflydelse på balancen mellem erhvervsinteresser og forbruger/samfundsøkonomiske interesser, til at denne ville være tippet også uden EU's indflydelse.

Omvendt kan man spørge om Danmark også ville have ændret konkurrencepolitik, hvis situationen havde været den modsatte, at EU's konkurrencepolitik baserede sig på kontrolprincippet ligesom den danske lovgivning i udgangspunktet gjorde, men at Danmark ønskede at gå foran for EU og indføre forbudsprincippet, således at dansk lovgivning var blevet bragt ud af trit med EU's. Der er meget, der tyder på, at dette ikke ville have været tilfældet. Det forhold at dansk konkurrencelovgivning var grundlæggende ude af trit med EU's konkurrenceregler, har givet den et skær af illegitimitet, der har gjort den sværere at forsvare end ellers. Hvor »bevisbyrden« almindeligvis påhviler de, der ønsker politisk forandring, så har bevisbyrden i dette tilfælde i højere grad været ligeligt fordelt, hvorved reformtilhængerne ikke har behøvet så mange ekstra ressourcer for at få forandring igennem. Derved er forandringen i hvert fald gået hurtigere end tilfældet ellers ville have været. EU har medvirket til at bringe status quo i en politisk forsvarsposition.

Som det tydeligt fremgår, er der rigeligt rum for spekulationer om, hvad der ville være

sket, hvis det ene eller andet forhold havde været anderledes. Det er karakteristisk for forsøgene på at besvare spørgsmålet om EU's indflydelse i termer af stor, lille eller midt imellem at samspillet er så intrikat, at et klart svar vanskeligt kan gives. Det er derfor i første omgang mere frugtbart at spørge, hvornår EU har indflydelse og hvordan EU's indflydelse kan gøre sig gældende? EU's indflydelsesmuligheder strækker sig som tidligere nævnt over et kontinuum fra tvangsmæssige indgreb i form af forordninger, der har direkte retsvirkning i medlemslandene, over direktiver der skal implementeres i national lovgivning, til påvirkning gennem netværk af strategiske nationale aktører som en nyere mekanisme, der er under udvikling, og rent forbillede-agtig påvirkning som noget nationale aktører kan henvise til.

Hidtil har EU's indflydelse på det konkurrencepolitiske overvejende været henvist til den sidste type mekanisme, hvilket altså i samspillet med OECD og andre økonomiske ekspertorganer har været tilstrækkeligt til at udløse en reform af dansk konkurrencepolitik. Men i 2001 tog Kommissionen initiativ til at danne et netværk af nationale konkurrencemyndigheder, der dels skal give disse bedre muligheder for at udøve myndighed i de hyppige transnationale sager, men som også helt givet vil påvirke de nationale konkurrencemyndigheder i retning af at arbejde for større grad af overensstemmelse mellem nationale lovgivninger end tilfældet ellers har været. Derved er en ny indflydelseskanal for Europa Kommissionen blevet åbnet, hvilket danner baggrund for vurderingen af, at Kommissionens indflydelse fremover kan forventes at blive større end hidtil.

Noter

1. Beskrivelsen af udviklingen i dansk konkurrencepolitik er i høj grad informeret af Per Boje & Morten Kallestrups bog: »Marked, Erhvervsliv og Stat. Dansk konkurrencelovgivning og det sto-

re danske erhvervsliv» (2004).

2. Det oprindelige europæiseringsfokus på politik- og institutionsskabelse på EU-niveau er derfor nu snarere blevet omdøbt til Europæisk integration (Featherstone 2003).
3. januar 1993, OECD Economic Surveys 1992-1993 B Denmark
Juni 1997, OECD Economic Surveys 1996-1997 B Denmark
Februar 2000, The Regulatory Reform Programme, delrapport om konkurrencepolitikken i Danmark
November 2000, Review of Regulatory Reform in Denmark.

Litteratur

- Bailey, Ian (2002). »National adaptation to European integration: institutional vetoes and goodness-of-fit«, *Journal of European Public Policy*, Vol. 9, No. 5, pp. 791-811.
- Bennett, Colin J. (1991). »Review Article: What is Policy Convergence and What Causes It?«, *British Journal of Political Science*, Vol. 21, pp. 215-232.
- Bennett, Colin J. (1997). »Understanding Ripple Effects: The Cross-National Adoption of Policy Instruments for Bureaucratic Accountability«, *Governance*, Vol. 10, No. 3, July, pp. 213-33.
- Blom-Hansen, Jens & Jørgen Grønnegård Christensen (2004). *Den europæiske forbindelse*, Århus: Magtudredningen.
- Boje, Per & Morten Kallestrup (2004). *Marked, Erhvervsliv og Stat. Dansk konkurrencelovgivning og det store erhvervsliv*, Aarhus: Aarhus Universitetsforlag.
- Börzel, Tanja A. & Thomas Risse (2003). »Conceptualizing the Domestic Impact of Europe«, pp. 57-82 in Kevin Featherstone & Claudio Radaelli (Eds.), *The Politics of Europeanization*, Oxford: Oxford University Press.
- Bulmer, Simon & Christian Lequesne (2002). *New Perspectives on EU-Member State Relationships*, No. 4, Questions de Recherche Centre d'études et de recherches internationales.
- Christiansen, Flemming Juul (2003). *The Inclusion of Challenger Parties into Legislative Accommodations in Danish Parliamentary Politics*, Paper presented at ECPR Conference, 18-21 September, Marburg. Aarhus: Dept. of Political Science.
- Dolowitz, David & David Marsh (2000). »Learning from abroad: The Role of Policy Transfer in Contemporary Policy-Making«, *Governance*, Vol. 13, No. 1, pp. 5-23.
- Falkner, G., M. Hartlapp, S. Leiber & O. Treib (Forthcoming). »New Governance« and Social Europe: Theory and Practice of Minimum Harmonization and Soft Law in the Multilevel System.
- Falkner, Gerda (2003). *Comparing Europeanisation Effects: From Metaphor to Operationalisation*, Paper, presented at ECPR Conference, 18-21 September 2003, Marburg, Germany. Vienna: Institute for Advanced Studies.
- Falkner, Gerda, Hartlapp, Miriam, Leiber, Simone, and Treib, Oliver (2002). »Transforming Social Policy in Europe? The EC's Parental Leave Directive and Misfit in the 15 Member States«, in *Working Paper 02/11.*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung.
- Fearon, James D. (1991). »Counterfactuals and Hypothesis Testing in Political Science«, *World Politics*, Vol. 43, pp. 169-195.
- Featherstone, Kevin (2003). »Introduction: In the Name of Europe«, pp. 3-26 in Kevin Featherstone & Claudio M. Radaelli (Eds.), *The Politics of Europeanization*, Oxford: Oxford University Press.
- Hall, Peter A. (1993). »Policy Paradigms, Social Learning, and the State«, *Comparative Politics*, April, pp. 275-296.
- Haverland, Markus (2000). »National Adaptation to European Integration: The Importance of Institutional Veto Points«, *Journal of Public Policy*, Vol. 20, No. 1, pp. 83-103.
- Haverland, Markus (2003). *Methodological issues in Europeanisation research: the »no variation« problem*, paper presented at ECPR general conference Europeanisation: challenges of a new research agenda, 18-21 September 2003, Marburg.
- Héritier, Adrienne (2001). »Differential Europe. The European Union Impact on National Policymaking«, pp. 1-23 in Kerwer Knill Lehmkuhl Teutsch & Douillet Héritier, *Differential Europe. The European Union Impact on national Policy-making*, Lanham, Boulder, New York & Oxford.: Rowman & Littlefield.
- Héritier, Adrienne & Christoph Knill (2001). »Differential Responses to European Policies: A Comparison«, pp. 257-295 in Kerwer Knill Lehmkuhl Teutsch & Douillet Héritier, *Differential Europe. The European Union Impact on national Policy-*

- making, Lanham, Boulder, New York & Oxford.: Rowman & Littlefield.
- Immergut, Ellen (1990). »Institutions, Veto Points, and Health Results: A Comparative Analysis of Health Care«, *Journal of Public Policy*, Vol. 10, No. 4, pp. 391-416.
- Kallestrup, Morten (2002). »Europeanisation as a discourse: Domestic Policy Legitimation through the Articulation of a »Need for Adaptation««, *Public Policy and Administration*, vol. 17, no. 2, pp. 110-124.
- Kerwer, Dieter & Michael Teutsch (2001). »Elusive Europeanization: liberalizing road haulage in the European Union«, *Journal of European Public Policy*, Vol. 8, No. 1, pp. 124-143.
- Knill, Christoph (2001a). *The Europeanisation of National Administrations. Patterns of Institutional Change and Persistence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Knill, Christoph (2001b). »Reforming Transport Policy in Britain: Congruence with Europe but Separate Development«, pp. 57-97 in Kerwer Knill Lehmkuhl Teutsch & Douillet Héritier (Eds.), *Differential Europe. The European Union Impact on National Policymaking*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.
- Knill, Christoph & Dirk Lehmkuhl (2002). »The national impact of European Union regulatory policy: Three Europeanization mechanisms«, *European Journal of Political research*, Vol. 41, no. 2, pp. 255-280.
- Levi-Faur, David (2002). *Herding towards a New Convention: On herds, shepherds, and lost sheep in the liberalization of the telecommunications and electricity industries.*, Politics Papers, Nuffield College.
- Levi-Faur, David (2004). »On the »Net Impact« Of Europeanization«, *Comparative Political studies*, Vol. 37, No. 1, pp. 3-29.
- Marcussen, Martin (2004). »Myter om og studiet af den offentlige forvaltnings internationalisering« in Morten Kelstrup, Ove K. Pedersen & Ib Damgaard Petersen (Eds.), *Jubilæumsskrift: Tolv foredrag om politiske processer og strukturer i det 21. århundrede*, Copenhagen: Forlaget Politiske Studier.
- Nielsen, Jakob Pors and Krogh, Morten Størum Damm (2004). »Jernbanereformer i Europa B nødvendigheden af en sammentænkning af et europæiserings- og et læringsperspektiv«, Upubliceret manus. Dept. of Political Science, Aarhus University.
- OECD (1993). *OECD Economic Surveys 1992-1993 B Denmark*. Paris: OECD.
- OECD (1997). *OECD Economic Surveys 1996-1997 B Denmark*. Paris: OECD.
- OECD (2000). *Review of Regulatory Reform in Denmark*. Paris: OECD
- Radaelli, Claudio M. (1999). »The Power of Policy Narratives in the European Union: The Case of Tax Policy«, pp. 98-115 in Dietmar Braun & Andreas Busch (Eds.), *Public Policy and Political Ideas*, Cheltenham: Edward Elgar.
- Radaelli, Claudio M. (2003). »The Europeanization of Public Policy«, pp. 27-56 in Kevin Featherstone & Claudio Radaelli (Eds.), *The Politics of Europeanization*, Oxford: Oxford University Press.
- Sabatier, Paul A. & Hank C. Jenkins-Smith (eds.) (1993). *Policy Change and Learning. An Advocacy Coalition Approach*, Boulder: Westview Press.
- Scharpf, Fritz W. (1999). *Governing in Europe: Effective and Democratic?* Oxford: Oxford University Press.
- Schmidt, Susanne K. (1998a). »Commission activism: subsuming telecommunications and electricity under European competition law«, *Journal of European Public Policy*, Vol. 5, No. 1, pp. 169-84.
- Schmidt, Susanne K. (1998b). *Liberalisierung in Europa. Die Rolle der Europäischen Kommission*, Frankfurt: Campus Verlag.
- Schmidt, Vivien A. (2002). »Does Discourse Matter in the Politics of Welfare State Adjustment?«, *Comparative Political Studies*, Vol. 35, No. 2, pp. 168-193.
- Tsebelis, George (2000). »Veto Players and Institutional Analysis«, *Governance*, Vol. 13, No. 4, pp. 441-474.
- Wise, Michael (2000). »The Role of Competition Policy in Regulatory Reform«, pp. 23-77 in OECD, *Journal of Competition Law and Policy*, Vol. 2, No. 1.

Økonomiske aspekter af el-markedets konkurrencepolitik

Claus Kastberg Nielsen, Copenhagen Economics ApS,
(ck@copenhageneconomics.com)

Peter Møllgaard, Institut for Nationaløkonomi,
Handelshøjskolen i København (CBS), (hpm.eco@cbs.dk)
og Copenhagen Economics ApS (hpm@copenhageneconomics.com)

1. Indledning

Med liberaliseringen af elektricitetssektoren i Norden og introduktion af konkurrence i Danmark ved Elforsyningsloven er det blevet relevant at regulere el-markedet ved hjælp af konkurrencelovgivningen. I det følgende redegør vi for, hvordan den økonomiske videnskab kan bidrage til den konkurrenceretlige analyse. Vi vil først vise, hvordan økonomisk analyse kan bidrage til afgrænsningen af det relevante, geografiske marked. Dernæst forklares metoder til at afsløre misbrug af dominerende stilling. Endelig vil vi tage skridtet videre og argumentere at et konkurrenceretligt indgreb nogle gange er *second best*. Nogle gange kan det konkurrenceretlige problem i stedet løses via et ændret design af markedet. Man kan for eksempel ændre de markedsmekanismer, som bestemmer priser og mængder i markedet og man kan ændre de regelsæt, som virksomhederne er underlagt.

Problemstillingen er aktualiseret af Konkurrencestyrelsens (2002) undersøgelse af Elsam og E2s adfærd på el-spot-markederne i 2000 og 2001. Denne blev behandlet på Konkurrencerådets møde d. 26. marts 2003. Be-

slutningen er på flere måder banebrydende. Dels fordi der anvendtes økonomiske metoder til afgrænsningen af markedet og til afsløring af misbrug, som ikke havde været anvendt i Danmark tidligere (men derimod i flere år i USA og Storbritannien). Dels fordi Konkurrencerådet besluttede at indgå et forlig med virksomhederne efter en såkaldt »forhandlingsprocedure«, som ellers normalt kun anvendes i fusionssager. Det binder Elsam og E2 til at følge en særlig politik for prisfastsættelsen i perioder, hvor de kunne have dominans, og i øvrigt til at fungere som *market makers* og dermed gøre markederne for *en gros*-el mere likvide.

2. Økonomiske metoder til afgrænsning af det relevante marked

Den systemansvarlige virksomhed for det østdanske marked for *en gros*-el, Elkraft System, bad i slutningen af 2001 konsulentvirksomheden Copenhagen Economics om at undersøge, om de pristoppe, som kunne konstateres i markedet, kunne forklares som almindelige udslag i et kompetitivt marked eller om de kunne være et udtryk for misbrug af en dominerende stilling. Vi redegør nedenfor for

de anvendte metoder, som er nye i en dansk sammenhæng.

Det østdanske marked for *en gros*-el er forbundet med det tyske marked via Kontekforbindelsen og med det svenske marked via Øresundsforbindelsen. Det østdanske marked er derimod ikke direkte forbundet med det vstdanske marked. Der er ikke en elektrisk Storebæltsforbindelse. De to forbindelser er flaskehalse for strømmen mellem Østdanmark og hhv. Tyskland og Sverige. De har en begrænset kapacitet og når denne kapacitetsgrænse nås, bryder integrationen af markederne sammen.

Det vstdanske marked er på samme måde forbundet med Norge, Sverige og Tyskland. Importkapaciteten er på mindst 2000 MW til hvert af de danske markeder. Det svarer til omkring halvdelen af produktionskapaciteten i hvert marked.¹

På den baggrund er det naturligt at undersøge, hvor tæt del-markederne er forbundne og hvordan det afhænger af, om forbindelserne er åbne eller lukkede. Hvis fx Østdanmark og Sverige er forbundne af ledig kapacitet på Øresundsforbindelsen, vil priserne på el-spot markedet Nord Pool definatorisk være ens. Så gælder »*the law of one price*«. Men hvordan ser det ud, når Øresundsforbindelsen er »lukket« dvs. når dens kapacitet er fuldt udnyttet? Det kan anskueliggøres ved at beregne korrelationskoefficienter, som er tal mellem 0 og 1, som viser graden af samvariation. Denne metode er anvendt af Copenhagen Economics til at afgrænse det østdanske marked og af Konkurrencestyrelsen til at afgrænse det vstdanske marked.

Den økonomiske analyse drager fordel af, at der i elsektoren er adgang til en stor mængde data, hvilket nemmer anvendelsen af moderne økonometriske metoder. Elektricitet handles time for time på Nord Pool for så vidt angår nordisk elektricitet og på elbørsen i Lei-

pzig (nu EEX) for så vidt angår tysk el. Der er dermed prisdata for 24x365 timer per år eller 8760 observationer årligt.

For at sikre sig, at beregningen af korrelationskoefficienten overhovedet giver mening, er man først nødt til at sikre sig, at tidsserien er stationær. Det betyder populært sagt, at priserne ikke har en (fælles) tendens til at vokse eller falde.² De østdanske, svenske og tyske priser er alle stationære i den betragtede periode (oktober 2000 – december 2001).

Dernæst er man nødt til at sikre sig, at en høj samvariation ikke skyldes fælles forhold, som ikke er direkte relateret til om markederne er integrerede eller ej. Det kræver ikke megen fantasi at forestille sig at vejrliget i Sverige, Østdanmark og Nordtyskland ofte bevirker, at forbruget har en tendens til at være højt eller lavt på de samme tidspunkter. Desuden falder natten omtrent samtidigt i de tre lande. Aften-timerne har typisk et lavt forbrug. Sådanne fælles faktorer skal renses ud, før man kan få et retvisende billede af graden af markedsintegration. Resultatet benævnes en partiel korrelationskoefficient. Når der i det efterfølgende tales om korrelationskoefficienter er der tale om partielle koefficienter, som altså er rensede for fælles faktorer, som ikke har noget med markedsintegration at gøre.

Når Øresundsforbindelsen er åben, er korrelationskoefficienten pr. definition 1 svarende til fuld integration af det danske og det svenske marked. Når Øresundsforbindelsen er lukket, falder den partielle korrelation mellem danske og svenske priser til 0,55. Samtidigt stiger til korrelationen mellem danske og tyske priser fra 0,17 til 0,34. Det betyder, at det tyske marked bliver mere integreret med det danske, når forbindelsen til Sverige afbrydes. Men under alle omstændigheder er korrelationen lav.

Som sammenligningsgrundlag kan beregnes *benchmark*-korrelationer med elbørser, som

med garanti ikke er integrerede med det østdanske marked. Det har Copenhagen Economics gjort fx for den spanske elbørs i Madrid og den hollandske i Amsterdam. Her er korrelationerne beregnet til mellem 0,11 og 0,36. Priserne i Leipzig er altså klart meget lavt korrelerede med de østdanske priser i en international sammenligning. Man kan dermed konkludere, at Tyskland ikke er en del af det samme relevante marked som Østdanmark uafhængigt af om Kontek- og Øresundsforbindelserne er åbne eller lukkede.³

Østdanmark og Sverige er uden tvivl en del af det samme relevante marked, når Øresundsforbindelsen er åben. Derimod kan man forsigtigt konkludere, at Østdanmark kan udgøre et selvstændigt relevant marked i situationer, hvor forbindelsen er lukket. Det var den i seks procent af timerne i perioden oktober 2000 til december 2001. Årsagen til, at der ikke kan konkluderes hårdere på korrelationsanalysen er, at der ikke findes et objektivi mål for, hvor lav korrelationen skal være for, at markederne kan betragtes som uafhængige. Det er åbenbart, at *the law of one price* ikke holder, når Øresundsforbindelsen er lukket, og at en hypotetisk monopolist vil kunne hæve priserne uden at tabe kunder.⁴ Derfor må man nok konkludere, at Østdanmark udgør et selvstændigt relevant marked, når Øresundsforbindelsen er lukket.

Konkurrencestyrelsen (2003, Tabel 3) har på tilsvarende vis udarbejdet en analyse af om Vestdanmark kan anses for at være en del af samme geografiske marked, som hhv. Sydnorge, Sverige og Tyskland. Konklusionen er som for Østdanmark: Vestdanmark er aldrig en del af det samme marked som Tyskland (partiell korrelation i intervallet 0,15-0,28); er altid en del af det samme marked som Sydnorge og Sverige, når de respektive forbindelser (Skagerrak og KontiSkan) er åbne (korrelation på 1); men er det ikke, når forbindelserne er lukkede (korrelationer på 0,15-0,34).

Hovedkonklusionen er derfor, at de to danske markeder for *en gros*-el aldrig er en del af det samme relevante marked som Tyskland, altid er en del af det samme marked som Sverige og Sydnorge, når de relevante forbindelser er åbne, men formentlig ikke er det, når forbindelserne er lukkede.

3. Økonomiske metoder til afsløring af misbrug af dominans

I perioder, hvor de relevante markeder er bredere end hhv. Østdanmark og Vestdanmark, har de to store danske elproducenter, Elsam og E2, ikke en dominerende stilling: De har en lille andel af det relevante marked og de kan (formodentlig) ikke i væsentlig grad hæve prisen uden hensyntagen til konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugerne.

Omvendt forholder det sig, i de perioder, hvor de relevante markeder er begrænsede til hhv. Østdanmark og Vestdanmark. I sådanne perioder har elproducenterne en betydelig markedsandel på deres respektive relevante markeder. Samtidig kan de i høj grad agere uafhængigt af konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugerne. De indtager dermed en dominerende stilling som defineret af EF Domstolen.

Den økonomiske analyse af, om en virksomhed tager urimeligt høje priser tager udgangspunkt i Lerner-indekset, L , som viser hvor mange procent prisen i en given periode overstiger grænseomkostningerne ved produktion af el:

Lerner-indekset danner et naturligt økonomisk udgangspunkt og lever op til EF Domstolens krav til analyse af misbrug af dominerende stilling, som blev fremhævet i punkt 251 i Banan-sagen:

$$L = \frac{P - MC}{P}$$

»Spørgsmålet om, hvorvidt grænsen for det rimelige er overskredet, ville for eksempel kunne bedømmes objektivt ved hjælp af en sammenligning mellem salgsprisen for den pågældende vare og varens produktionspris, en sammenligning, som ville vise fortjenstmargenens størrelse, men Kommissionen har imidlertid ikke gjort dette, da den ikke har foretaget en gennemgang af UBCs omkostningsstruktur.«⁵

Lerner-indekset er netop en sådan en opgørelse af fortjenstmargenens størrelse. Ved fuldkommen konkurrence er prisen lig med grænseomkostningerne, så Lerner-indekset bliver 0. Priserne kendes fra Nord Pool, så der udestår blot at beregne de marginale omkostninger. El-branchens produktionsformer er kendt fra ingeniør-siden og det er muligt at beregne de marginale omkostninger via teknisk viden og kendskab til input-priser. Denne metode er internationalt anvendt til at diagnosticere markedsmagt, jf. fx Borenstein, Bushnell & Wolak (2000) og Wolfram (1999).⁶

Proceduren er trin for trin:

1. Udled den teoretiske udbudskurve for de potentielle marginale anlæg ved at beregne den reelle kapacitet for hvert anlæg og dets grænseomkostninger.
2. Udled den residuale efterspørgsel som anlæggene skal tilfredsstille.
3. Aflæs for hver time grænseomkostningerne, hvor den residuale efterspørgsel og udbudskurven skærer hinanden.

Den reelle kapacitet kan konservativt ansættes til at være 80-procentskvantilen af den faktiske produktion. Det vil sige, at kapaciteten for et anlæg ansættes, så den faktiske produktion i 80 procent af timerne ligger under kapaciteten. Dette er konservativt i den forstand, at det øger grænseomkostningerne i sammenligning med situationen, hvor den nominelle kapacitet (som er højere) anvendes

til beregningen. Dette gør det lettere for virksomheden at retfærdiggøre høje priser og dermed sværere at påvise misbrug.

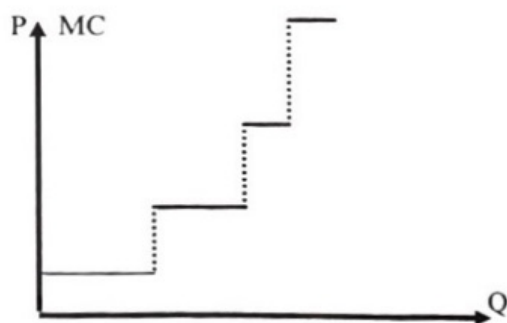
Anlæggenes grænseomkostninger kan beregnes efter formelen:

$$MC = ep + c + t,$$

hvor e er elvirkningsgraden for anlægget, p er brændstofprisen, c er andre grænseomkostninger omfattende omkostninger ved opstart, drift og håndtering af brændstof, aske og slagge, og t er SO_2 - og CO_2 -afgifter. Elvirkningsgraden viser hvor meget brændsel, der skal til for at producere en enhed (1 MWh) elektricitet mere. Multipliseres e med prisen på brændsel, p , fås de direkte brændselsomkostninger. Hertil lægges omkostninger ved opstart af anlæg og andre variable driftsrelaterede omkostninger. Præcist hvordan dette gøres er diskutabelt og har da også været genstand for modstridende synspunkter i sagen om Elsam og E2. Metoden virker mest overbevisende, hvis estimerne for omkostningerne foretages konservativt, dvs. de fastsættes højt. Dermed bliver det sværere at påvise misbrug og tvivlen om omkostningerne til virksomhedernes fordel.

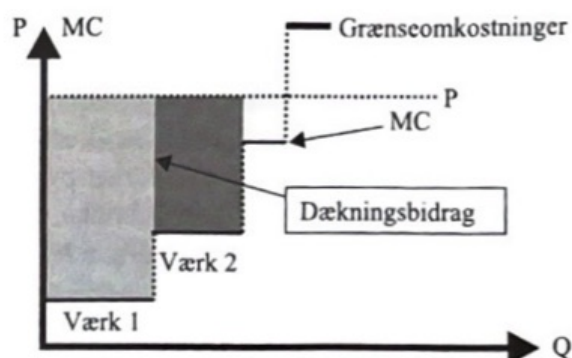
Det væsentligste punkt, hvor Copenhagen Economics (2002a) og Konkurrencestyrelsens (2003) analyser kunne forbedres er i analysen af opstart og nedlukning af anlæg. Virksomhederne har med rette hævdet, at man ikke starter et anlæg op for en enkelt time. Det kan ikke betale sig grundet relativt store engangsomkostninger til opstart. Tilsvarende lukkes et anlæg ikke blot fordi det i en enkelt time ikke er rentabelt. Sådanne beslutninger kan betragtes som investeringer under usikkerhed og veludviklede teorier om reale optioner⁷ kan bruges til at værdisætte prisen på en opstart. Det vil dermed kunne vurderes om den simple metode, som hidtil har været anvendt kan siges at overvurdere eller undervurdere de faktiske omkostninger.

Når hvert anlægs kapacitet og grænseomkostninger er fundet, kan den teoretiske udbudskurve beregnes ved at antage, at de mest omkostningseffektive anlæg tages i brug først. I Østdanmark vil det være Svanemølleværket og H.C. Ørstedsværket, der typisk aldrig lukkes ned, når der ses bort fra planlagte nedlukninger grundet vedligehold og lignende. De mindst omkostningseffektive anlæg tages i brug til sidst. Det vil typisk være et værk som Kyndbyværket i Østsjælland. På den måde fremkommer en trappeformet grænseomkostningskurve for en given elproducent, jf. figur 1.



Figur 1. Grænseomkostningskurven: Udbudskurven for en kompetitiv producent

Hvis virksomheden er lille og handler på et integreret marked, tager den prisen for givet. I dette tilfælde fastsættes prisen da kompetitivt på Nord Pool.



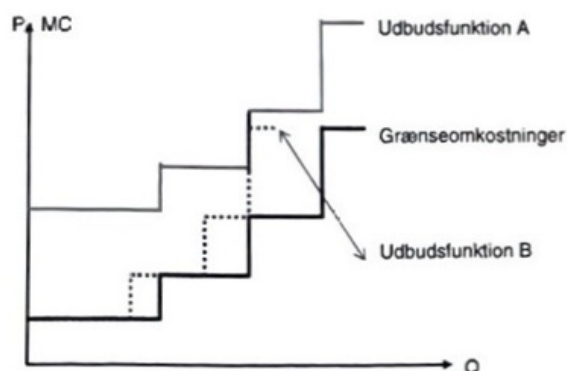
Figur 2. Ligevægt for en kompetitiv virksomhed.

Lerner-indekset for den givne time kan så beregnes efter formlen $L = (P - MC)/P$, som angivet ovenfor. Det er værd at bemærke, at Lerner-indekset for en given time kan blive negativt, såfremt grænseomkostningerne overvurderes. Det kan nemt være tilfældet, hvis konservative skøn anlægges for at lade tvivlen komme virksomheden til gode. Desuden bemærker vi, at fortjenesten (eller dækningsbidraget) for virksomheden er positiv, selv om virksomheden ikke tjener på »det marginale værk«. Elproducenten tjener dækningsbidraget hjem på de såkaldt infra-marginale værk. I figur 2 er det væsentligst Værk 1 og Værk 2.

Den væsentligste anvendelse af ovenstående i en konkurrenceretslig analyse af misbrug er, at det tillader beregningen af Lerner-indekset i en situation med konkurrence. Det kan bruges som sammenligningsgrundlag til at undersøge, om adfærden ændres væsentligt i perioder, hvor virksomheden har dominans.

En elproducent kan misbruge sin dominerende stilling på to måder. For det første kan den overdrive grænseomkostningerne på hvert værk (jf. udbudsfunktion A i figur 3) og for det andet kan den kunstigt begrænse den indbudte kapacitet på hvert værk (jf. udbudsfunktion B i figur 3). En kombination af de to metoder kan naturligvis også foretages. Ud-

budsfunktionerne er de indmeldinger, som foretages på Nord Pool. For en kompetitiv virksomhed er udbudsfunktionen sammenfaldende med grænseomkostningskurven. Begge former for misbrug bevirker at prisen kunstigt bliver fastsat over den faktiske produktionspris og der vil derfor være tale om urimeligt høje priser.



Figur 3. Udbudsfunktioner

Det er i princippet muligt at foretage en direkte sammenligning af el-producentens indmelding til Nord Pool med grænseomkostningskurven i den pågældende time. Dette kræver dog, at Nord Pool eller virksomheden frigiver indmeldingerne fra virksomhederne. I praksis har denne fremgangsmåde ikke været anvendt.

En mindre informationskrævende løsning er at beregne Lerner-indekset i situationer, hvor virksomheden har dominans. Herefter kan det testes om det er markant højere end i de situationer, hvor markedet er integreret og virksomheden tvinges til at prisfastsætte kompetitivt. Her kræver anvendelsen af Lernerindekset, at det marginale værk identificeres. Til dette formål er det nødvendigt at fastlægge, hvor stor en efterspørgsel der i en given periode har været rettet mod virksomheden. Det er den såkaldte residuale efterspørgsel, som beregnes som

Residualefterspørgsel

=	Samlet elforbrug i det pågældende marked i den pågældende time
minus	elproduktion i vindmøller
minus	elproduktion i decentrale kraftvarmeværker
minus	nettoimport fra Skandinavien
minus	nettoimport fra Tyskland
plus	automatisk reservekapacitet.

Når den residuale efterspørgsel er fastlagt kan det marginale værk og dermed grænseomkostningerne bestemmes. Det kræver kendskab til hvilke værker, som er taget ud af drift i en given time, men sådanne data vil den systemansvarlige virksomhed typisk kende til. Nu kan Lerner-indekset beregnes i situationen med dominans.

Copenhagen Economics (2002a)⁸ har beregnet Lerner-indekset for Østdanmark i perioden oktober 2000 til december 2001. I 630 timer med dominans var indekset i gennemsnit på 0,43; i 10336 timer uden dominans var L i gennemsnit lig 0,04, hvilket er tæt på det kompetitive *benchmark* på 0. I praksis betyder det, at priserne i perioder med dominans i gennemsnit er 75% højere end grænseomkostningerne. Det er formentlig nok til at overbevise om at der er tale om urimeligt høje priser. (I perioder uden dominans, er priserne 4% højere end marginalomkostningerne).

Konkurrencestyrelsen (2003) har tilsvarende beregnet Lerner-indeks for Vestdanmark⁹ og finder ligeledes signifikant forskel på indeksets værdi i perioder med og uden dominans. For 2001 er beregningerne meget lig beregningerne for Østdanmark. For 2000 er Lerner-indekset imidlertid negativt både i perioder med og uden dominans. Dette kunne antyde problemer med kalibrering af grænseomkostningskurven for dette år. Beregningerne er ikke dokumenterede i en grad, som tillader en uafhængig efterprøvning af dette.

Konklusionen er, at virksomhederne ændrer adfærd og øger fortjenstmargenen betydeligt i perioder med dominans. De beregnede Lerner-indeks giver en solid dokumentation af, at virksomhederne har taget urimeligt høje priser i perioder, hvor de har dominerende stilling.

Diskussionen af misbrug af dominans løber ind i to overvejende juridiske hovedproblemstillinger i forbindelse med el-markederne:

1. Misbruget er, hvis det eksisterer, ikke kontinuert over en længere periode, men er ujævnt fordelt over en længere periode; og
2. Det er endnu aldrig sket, at en virksomhed er dømt for urimeligt høje priser i henhold til EU's konkurrenceret.

Disse forhold i kombination med det forhold at første-gangs misbrug før 1. juli 2002 ikke kunne straffes med bøder, har formentlig medvirket til at Konkurrencerådet og -Styrelsen har tøvet med at træffe en egentlig afgørelse. I stedet er sagen som sagt afgjort ved et forlig, hvor el-producenterne forpligter sig til for det første i fremtiden at følge en indmeldelsespolitik for bud på Nord Pool og for det andet inden 1. juli 2003 at fungere som *market makers*, dvs. at de lover altid at ville melde priser ud, til hvilke de er villige til at købe og henholdsvis sælge. Det vil gøre markedet mere likvidt.

Konkurrencestyrelsen (2003, pkt. 21) vurderer at disse tilsagn vil skabe en betydelig forbedring af markederne. Styrelsen er i denne lempelige politik EU-konform i den forstand, at EU Kommissionen også i en række tilfælde er gået lempeligere til værks over for el-sektoren end hvad der har været praksis i andre sektorer.¹⁰

4. Økonomiske analyser til afhjælpning af markedsmagt

Økonomisk analyse kan også anvendes proaktivt til at afsløre hvordan man kan mindske incitamenterne til udøvelse af markedsmagt eller, ækvivalent, til misbrug af den dominerende stilling. Incitamenterne til at udøve markedsmagt kan man ændre ved at eliminere eller reducere de flaskehalse, som er årsagen til, at den dominerende stilling opstår; ved at mindske betydningen af de eksisterende flaskehalse; eller ved at ændre på de regler, som styrer samspillet mellem fx den systemansvarlige virksomhed og el-producenterne. Her kan økonomisk analyse bruges til at skabe et bedre *design* af markederne.

Umiddelbart løses problemet, som skabes af, at forbindelserne har begrænset kapacitet, lettest ved at forøge kapaciteten på transmissionsforbindelserne. Det kan være på Øresundsforbindelsen til Sverige eller på KONTEK-forbindelsen til Tyskland. Det er imidlertid væsentligt at skelne mellem de forskellige virkninger af at øge import- og eksportkapaciteten. Der er ingen tvivl om, at en større importkapacitet betyder, at Østdanmark i færre timer kommer i en situation, hvor en residual monopolist har mulighed for at hæve priserne. Men en større eksportkapacitet kan i nogle tilfælde give andre – uønskede – incitament til at udøve markedsmagt. Hvis priserne således er meget høje i Sverige, har en dominerende producent i Østdanmark en klar interesse i at eksportere så meget som muligt til Sverige, men har på den anden side lige så klart ingen interesse i, at der opstår en flaskehals. Hvis der opstår en flaskehals, fastsættes prisen i Østdanmark nemlig uafhængigt af prisen i Sverige og bliver måske (meget) lavere i Østdanmark. Det betyder, at den dominerende producent kan have et incitament til at begrænse produktionen for at undgå, at der skabes en flaskehals og for dermed at holde priserne oppe. En økonomisk analyse kan være med til at fastlægge forholdet mellem de positive virknin-

ger af den større importkapacitet og de i nogle tilfælde negative virkninger af en større eksportkapacitet.

En anden mulighed er at bygge en ny forbindelse. I Danmark kunne det fx være en forbindelse, som forbandt Østdanmark med Vestdanmark og gjorde Elsam og E2 til direkte konkurrenter. Her må man igen gøre sig forskellige overvejelser om fordele og ulemper ved en ny forbindelse. Hvilken rolle spiller den forøgede importkapacitet til de to områder? Hvilken rolle spiller den forøgede eksportkapacitet ud af de to områder? Hvilke konsekvenser får det, at Danmark går fra at have to adskilte monopol-markeder til et sammenhængende duopol-marked? Alt sammen spørgsmål som økonomisk analyse kan være med til at besvare, og dermed give et bedre beslutningsgrundlag for de involverede myndigheder.

En større transmissionskapacitet, hvad enten det skyldes en udvidelse af kapaciteten på de eksisterende forbindelser eller konstruktion af nye linjer, er imidlertid en dyr løsning. Så en *cost-benefit*-analyse er nødvendig for at afgøre om det kan betale sig at øge kapaciteten og i givet fald *hvilken* mulighed, som er bedst og billigst. I en sådan analyse vil *benefits* inkludere mulighederne for at reducere antallet af timer, hvor virksomhederne kan opnå dominans.

En alternativ strategi kunne være at teste lovligheden af den svenske praksis med at reducere kapaciteten på Øresundsforbindelsen for at reducere efterspørgslen fra Østdanmark i situationer, hvor der internt i Sverige er kapacitetsproblemer, som forhindrer strømmen i at flyde fra nord, hvor den produceres, til syd, hvor den forbruges. Det forekommer, at en sådan praksis ikke kan stemme godt overens med et princip om varenes fri bevægelighed og det kunne vel være en sag for EU Kommissionen.

En mindre drastisk strategi, som kan gennemføres med kortere tidsfrist, er en gennemgang af de mekanismer, som anvendes til at allokere brugsrettigheder til flaskehalsene til de forskellige markedsdeltagere. Skal der anvendes en auktionsform, som det i dag sker på fx Kontek-forbindelsen mellem Østdanmark og Tyskland? Hvordan skrues auktionen i givet fald sammen, så den giver den bedste allokering? Hvordan påvirker det muligheden for at udøve markedsmagt? Kan en potentielt dominerende virksomhed da skabe sin egen dominerende stilling ved at opkøbe rettighederne til transmission? Eller er det mere effektivt at indføre en prisområdemodel, som den kendes fra Øresundsforbindelsen?

5. Konklusion

Vi har illustreret, hvordan økonomisk teori kan anvendes re-aktivt til støtte for en konkurrenceretlig vurdering af misbrug af en dominerende stilling. Korrelationskoefficienter kan anvendes til at definere det relevante geografiske marked. De partielle korrelationskoefficienter afslører i hvilken grad, delmarkeder er integrerede og hvordan det afhænger af status på flaskehalse, som potentielt kan forhindre en bred markedsdefinition. Desuden kan beregningen af Lerner-indekset anvendes til at afsløre misbrug af en dominerende stilling i form af urimeligt høje priser. For el-markederne er data så gode og metoderne så veludviklede, at bevisbyrden, som blev skærpet i Banansagen, muligvis kan løftes.

Endvidere har vi argumenteret for, at økonomisk teori kan anvendes pro-aktivt til at designe markederne således at muligheden for at opnå dominans reduceres eller elimineres. Det kan reducere behovet for konkurrenceretlige indgreb, hvilket naturligvis er den ideelle situation i længden.

Noter

1. Se Konkurrencestyrelsen (2003, Tabel 1) for en præcis opgørelse.
2. Er tidsserierne ikke stationære, er man nødt til at anvende mere avancerede metoder som fx co-integrationsanalyse. Se Copenhagen Economics (2002d).
3. Hvis priserne (markederne) er uafhængige, er korrelationskoefficienten 0. Hvis priserne var normalfordelte kunne vi også slutte fra en korrelationskoefficient på 0 til at priserne (markederne) er uafhængige. Se Andersen, Jensen og Kousgaard (1982, 187). Imidlertid er el-priserne ikke (helt) normalfordelte.
4. Dermed opfylder markedet kravene til SSNIP-testet, som anvendes i USA og i stigende grad i EU. SSNIP = *Small but Significant Non-transitory Increase of Price*.
5. United Brands Company mod Kommissionen, sag 27/76, dom af 14.2.1978, Sml. 1978, 251.
6. For en oversigt over den relevante økonomiske litteratur, se Copenhagen Economics (2002c, kap. 6).
7. Se Dixit & Pindyck (1994).
8. Tallene er gengivet fra Konkurrencestyrelsen (2003, Tabel 10).
9. Se Konkurrencestyrelsen (2003, Tabel 7).
10. For en oversigt over praksis i EU, Norden og andre udvalgte lande, se Copenhagen Economics (2002c, Kap. 3).

Litteratur

- Andersen, Erling B., Niels-Erik Jensen & Nils Kousgaard (1982) *Teoretisk Statistik for Økonomer*, Akademisk Forlag, København.
- Borenstein, Severin; James Bushnell & Franz Wolak (2000), »Diagnosing market power in Califor-

nia's deregulated wholesale electricity market,« Working Paper, University of California Energy Institute.

Copenhagen Economics (2002a) *Markedsmisbrug på det østdanske el-marked?* Rapport udarbejdet for Elkraft System A.m.b.a.

Copenhagen Economics (2002b) *Relevant markets in the Nordic area*, main report for Nordel's project on »Market power on the Nordic power market* (subproject 1). Se <http://195.18.187.215/4/NJI-JJOLBJEEAJMMNLMFAJHMCPCDBY9DB-NGW9DW3571KM/docs/DLS/2002-00648-01-E.pdf>

Copenhagen Economics (2002c) *Use and abuse of market power in the Nordic power market*, main report for Nordel's project on »Market power on the Nordic power market« (subproject 3). Se <http://195.18.187.215/5/NJIJJOLBJEEAJMMNLMFAJHMCPCDBY9DBN2K9DW3571KM/docs/DLS/2002-00654-01-E.pdf>

Copenhagen Economics (2002d) *The internal market and the relevant geographical market B the impact of the completion of the Single Market Programme on the definition of the geographical market for consumer products*, report for DG Enterprise, EU Commission, Bruxelles. Se http://europa.eu.int/comm/enterprise/library/lib-competition/doc/marketdef_final_report.pdf

Dixit, Avinash K. & Robert S. Pindyck (1994) *Investment under uncertainty*, Princeton University Press.

Konkurrencestyrelsen (2003) *Analyse af Elsam A/S og Energi E2 A/S' adfærd på markederne for elspot i 2000 og 2001*. Rapport behandlet på Konkurrencerådets møde d. 26. marts 2003. Se www.ks.dk/konkuromr/afg/2003/26-03/Elsam-lsu.htm

Wolfram, Catherine, (1999) »Measuring Duopoly Power in the British Electricity Spot Market,« *American Economic Review* 43: 314-343.

Margin squeeze – misbrug af dominerende stilling

Lau Nilausen, fuldmægtig, Konkurrencestyrelsen

1. Introduktion

I sit arbejde møder Konkurrencestyrelsen stadig oftere begrebet pristryk, som også kendes som margin squeeze, price squeeze eller prissaks. Pristryk kan opstå i situationer, hvor en virksomhed er dominerende på markedet for et engrosprodukt, som er nødvendigt for at kunne udbyde et detailprodukt, som virksomheden ligeledes udbyder. Den dominerende engrosvirksomhed kan i dette tilfælde sætte prisen for engrosproduktet så højt og eller prisen på detailproduktet så lavt, at differencen mellem engros- og detailpris ikke er tilstrækkelig til, at konkurrenter kan operere profitabelt på detailmarkedet. Herved begrænses konkurrencen.

To kendte former for adfærd (misbrug) kan lede til en for lille bruttomargin på detailmarkedet. Hvis den vertikalt integrerede virksomhed opkræver urimeligt høje priser på engrosmarkedet, kan dette medføre pristryk, såfremt virksomhederne på detailmarkedet ikke kan hæve priserne overfor slutkunderne og derved opnå omkostningsdækning. Ligeledes kan marginen på detailmarkedet trykkes ned ved predatory pricing udført af den vertikalt integrerede virksomhed. De to former for adfærd kan i sagens natur kombineres.

EU-praksis for misbrug i form af urimeligt høje priser, hvor misbrug er blevet fastslået, er begrænset til Kommissionens afgørelse overfor Deutsche Post (COMP/36.915-British Post / Deutsche Post). Denne sag er ikke

prøvet ved en højere instans. Konkurrencerådet har endnu ikke fundet tilstrækkelig grundlag for at gribe ind over for urimeligt høje priser. At statuere et misbrug ved at fastslå, at priserne på engrosmarkedet er urimeligt høje, vil således erfaringsmæssigt indebære vanskeligheder. Især fordi det i sådanne sager kan være vanskeligt at skaffe oplysninger, endsige fuldt bevis.

Der er efterhånden en vis praksis inden for predatory pricing. Af EU-sager kan nævnes AKZO-sagen¹, Deutsche Post² og Wanadoo³ mens Konkurrencerådet har behandlet MetroExpress' klage over Urbans annoncepriser (rådsmødet den 29. maj 2002), Svitser-priser på bugsering (rådsmødet den 27. november 2002) og TDC's priser på ADSL (rådsmødet den 29. januar 2003). Også ved predatory pricing kan det være vanskeligt at skaffe de fornødne oplysninger/tilstrækkeligt bevis.

Spørgsmålet er, om pristryk også kan forekomme på andre måder. Kan det tænkes, at der kan foreligge misbrug i form af pristryk, hvis en vertikalt integreret virksomhed hæver engrosprisen, uden at dette i sig selv er tilstrækkeligt til at fastslå misbrug i form af urimeligt høje priser, og fastholder eller sænker detailprisen, uden at dette antager et omfang, som giver belæg for at fastslå predatory pricing? Kan pristryk opstå som en slags hybrid mellem de to kendte former for misbrug uden at være hverken den ene eller den anden? Svaret er naturligvis ja, men spørgsmålet er,

om en sådan hybridadfærd også kan konstateres at være et misbrug af dominerende stilling.

Dansk og europæisk retspraksis for pristryk er begrænset. Kommissionen har behandlet British Sugar⁴ og Deutsche Telekom⁵ samt Industrie des poudres sphériques,⁶ som blev indbragt for Retten i Første Instans.⁷ Når poudres sphériques-sagen omtales i det følgende, er det rettens behandling af sagen, der henvises til. Konkurrencerådet har i en enkelt sag statueret, at der forelå pristryk. Songs klage over TDC er afgjort efter færdiggørelsen af denne artikel, og Song-sagen, der på flere punkter er ganske kompliceret, indgår derfor ikke i analysen af pristryk.

I dette notat gennemgås definitionen af pristryk og det belyses, hvorledes pristryk hidtil er blevet behandlet i Europa. Det belyses om pristryk blot er en variant af predatory pricing, eller om der stilles anderledes krav til at fastslå et sådant misbrug.

2. Hvad er pristryk?

Pristryk er en adfærd som sigter på at udelukke potentielle konkurrenter fra at indtræde på et marked eller på at eliminere eksisterende konkurrenter med henblik på at opbygge markedsandele eller helt at tilegne sig markedet. Hermed har pristryk fælles træk med predatory pricing og udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11, stk.1. Retten i Første Instans definerer i poudres sphériques-sagen pristryk således:

178) [...]En prissaks foreligger, når en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på markedet for et forprodukt og selv anvender en del af sin produktion til at fremstille et mere forarbejdet produkt, samtidig med at den sælger overskuddet af forproduktet på markedet, fastsætter de priser, hvortil den sælger forproduktet til tredjemand, så højt, at de pågældende ik-

ke råder over en margin til forarbejdning, som er tilstrækkelig til, at de fortsat kan være konkurrencedygtige på markedet for det forarbejdede produkt.

Pristryk er således en situation hvor en virksomhed benytter sin dominans på et engrosmarked til at presse marginen mellem engros- og detailpriserne ned på et niveau, hvor en effektivt producerende konkurrerende virksomhed ikke kan få dækket sine omkostninger på detailmarkedet.

En sådan situation kan godt opstå, selv om den vertikalt integrerede virksomheds detailpris dækker de samlede *produktions*omkostninger i engros- og detaillad. Når virksomheden ses som et hele kan der således ikke foreligge predatory pricing. Virksomheden opnår dog den samme effekt på detailmarkedet som ved predatory pricing, nemlig at konkurrenter med tilsvarende eller højere effektivitet elimineres, fordi de også skal betale en mark-up til den vertikalt integrerede virksomhed på engrosproduktet.

Pristryk kan opstå i flere situationer. Som udgangspunkt skal den vertikalt integrerede virksomhed og detailvirksomheden, som køber engrosproduktet af den vertikalt integrerede virksomhed, konkurrere på det samme detailmarked. Den konkurrerende detailvirksomheds slutkundepriser begrænses således af detailpriserne opkrævet af den vertikalt integrerede virksomhed. Således kan opstilles fire kombinationer af pristryk, som gennemgås i det følgende:

- 1) Ensartede engrosprodukter sælges til ens priser.
- 2) Ensartede engrosprodukter sælges til forskellige priser.
- 3) Forskellige engrosprodukter med samme funktionalitet sælges til forskellige priser.
- 4) Endelig er der grænsetilfælde hvor priserne er de samme, men hvor andre vilkår for køb af engrosprodukterne differentie-

res, hvorved konkurrerende detailvirksomheder fx påføres ekstra udgifter i forhold til den vertikalt integrerede virksomheds detailsalg.

Tilfælde 1 hvor ens engrosprodukter sælges til ens priser, men marginen mellem engrospris og detailpris blot ikke rækker til, at en effektivt producerende virksomhed profitabelt kan operere på detailmarkedet, er det mest rene tilfælde.

I tilfælde 2 hvor ens produkter sælges til forskellige priser, kan der ikke blot være tale om pristryk men også om anvendelse af ulige vilkår i strid med konkurrencelovens § 11. Der er dog også andre muligheder. Såfremt prisforskellen fx skyldes forskelle på de købte mængder og dermed forskellige mængderabatter, vil en nærmere analyse af rabatskalaerne på engrosniveau skulle gennemføres sammen med undersøgelsen for pristryk.

I tilfælde 3 hvor forskellige produkter med samme funktionalitet sælges til forskellige priser af samme udbyder på engrosmarkedet, kompliceres undersøgelsen for pristryk (fx koster adgang til mobilnettet og fastnettet ikke det samme selv om begge kan benyttes til at frembringe tilsvarende taletelefoni ydelser). I poudres sphériques sagen benyttede den vertikalt integrerede virksomhed og detailvirksomheden forskellige input og forskellige produktionsmetoder. I afgørelsen hedder det:

185) Den omstændighed, at IPS' (Industrie des poudres sphériques) kunder ikke er villige til at betale det tillæg til prisen, som IPS' højere forarbejdningssomkostninger medfører, skyldes enten, at selskabets produkt svarer til dets konkurrenters, men er for dyrt til markedet, og at IPS derfor ikke producerer tilstrækkelig effektivt til at kunne overleve herpå, eller at selskabets produkt er bedre end konkurrenternes og produceres på en effektiv måde, men ikke desto mindre ikke værd-

sættes tilstrækkeligt af kunderne til, at det, som IPS tilbyder på markedet, har en berettigelse. Sagsøgeren har i denne forbindelse ikke bestridt Kommissionens bemærkning (afgørelsens s. 2) om, at de fysiske egenskaber ved IPS' produkt gjorde det muligt for selskabet, i det mindste indtil indførelsen af antidumpingtold i oktober 1994, at forlange en pris, som kunne være 25% højere end de konkurrerende produkters pris.

186) Heraf følger, at dette klagepunkt må forkastes.

Der er således ikke krav om, at den vertikalt integrerede virksomheds detailpriser skal være så høje, at også andre virksomheders anderledes produktionsmetoder bliver profitabel. I tilfælde hvor den vertikalt integrerede virksomhed og konkurrenten baserer deres produktion på forskellige engrosprodukter til forskellige priser, vil en nærmere undersøgelse af prissætningen af engrosprodukterne være nødvendig, før end der kan konstateres pristryk.

Case: bit stream access versus delt rå kobber

Internetadgang ved ADSL⁸ kræver adgang til kobbernettet ejet af TDC, som gennem telelovgivningen er pålagt at give adgang til nettet på lige og ikke diskriminerende vilkår. Som netudbyder tilbyder TDC adgang til datatransmission over samme kobbertråd, som benyttes til slutkundens telefonlinje. Dette kaldes delt rå kobber. Ved denne løsning skal ADSL-udbyderen selv sørge for udstyr til at håndtere datatrafikken på telefoncentralen samt hos slutkunden. TDC udbyder også bit stream access, som ud over leje af delt rå kobber også indebærer, at ADSL-udbyderen lejer sig ind på det centraludstyr, som ligger til grund for TDC's eget udbud på detailmarkedet. Fordelen ved bit stream access er, at centraludstyret i gennemsnit udnyttes bedre og omkostningerne dermed bliver lavere. Dog begrænses udbyderens muligheder for at tilbyde tjenester af, hvilke tjenester TDC's centraludstyr understøtter. I ADSL-undersøgelsen var et centralt spørgsmål, om vurderingen af TDC's prispolitik skulle tage udgangspunkt i TDC's netomkostninger (bit stream access) eller konkurrenternes (højere) omkostninger ved at benytte delt rå kobber. Konkurren-

cestyrelsen fandt, at det ikke udgjorde pristryk, når TDC prisfastsatte over egne men under konkurrenternes omkostninger, fordi konkurrenterne havde adgang til bit stream access på lige vilkår med TDC men selv havde valgt en potentielt dyrere løsning i form af delt rå kobber.

På grænsen mellem misbrug i form af pristryk og misbrug i form af forskelsbehandling findes omkostningsforøgende foranstaltninger initieret af den vertikalt integrerede virksomhed overfor konkurrenterne på detailmarkedet (tilfælde 4). Sådanne foranstaltninger kan være fx særligt besværlige procedurer ved bestilling, forsinkelse ved levering eller ringere kvalitet af det leverede.⁹ Såfremt en omkostning er en direkte konsekvens af købet af input, kan der argumenteres for, at denne bør betragtes som en integreret del af købsprisen, og dermed kan lægges til grund ved vurderingen af mulig pristryk. Det er svært på forhånd at give klare indikationer for, hvornår dette skal behandles som en urimelig forretningsbetingelse, forskelsbehandling eller som en integreret del af en pristryk.

3. Test for pristryk

Crocioni og Veljanovski¹⁰ opstiller i et papir følgende seks forudsætninger for at pristryk kan finde sted:

- 1) Vertikal integration
- 2) (Super)dominans på engrosmarkedet
- 3) Engrosproduktet er essentielt for konkurrenter og konkurrencen på detailmarkedet
- 4) Fravær af tilstrækkelig margin på detailmarkedet til at en effektiv detailudbyder kan operere profitabelt
- 5) Tilstrækkelig varighed af fravær af marginer på detailmarkedet til at konkurrencen påvirkes
- 6) Ikke tilstrækkelig konkurrence på detailmarkedet

De seks forudsætninger gennemgås, kommenteres og relateres til retspraksis i det følgende.

4. Vertikal integration

Vertikal integration er en forudsætning for pristryk. En virksomhed, som ikke har stændige interesser på detailmarkedet, måske nok incitament til at fastsætte prisen på engrosproduktet så højt som muligt, vil ved at tilegne sig potentiel overværdi fra detailmarkedet, men har intet incitament til at eliminere virksomheder på detailmarkedet, da disses efterspørgsel udgør engrosvirksomhedens indtægtsgrundlag. Pristrykkets natur er netop, at en virksomhed udnytter sin position på engrosmarkedet til at tiltvinge sig fordele på detailmarkedet. Vertikal integration er derfor en væsentlig forudsætning i denne type sager om misbrug af dominerende stilling.

5. Dominans

For at der kan foreligge et misbrug af dominerende stilling, skal den relevante virksomhed i sagens natur besidde en sådan. I sager om pristryk benytter en virksomhed sin dominerende stilling på engrosmarkedet til at påvirke detailmarkedet for et afledt produkt. Spørgsmålet rejser sig derfor om hvilket marked, der betragtes som det relevante marked i en konkurrencesag.

Såfremt den vertikalt integrerede virksomhed ikke har en dominerende stilling på engrosmarkedet vil virksomheden ikke være i stand til at presse konkurrenterne på detailmarkedet, da de blot vil kunne benytte en anden engrosudbyder. Den første betingelse er derfor dominans på engrosmarkedet. Spørgsmålet er, om der også er krav om dominans på detailmarkedet.

Det fremgår af Kommissionens meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren afsnit 118,¹¹ at der kan foreligge pristryk selv i tilfælde hvor engrosvirksomheden ikke er til stede på detailmarkedet. Dette syn understøttes af retspraksis for leveringsnægtelse. I EF-domstolens afgørelse af sag 6-73¹² hedder det:

25 However, an undertaking being in a dominant position as regards the production of raw material and therefore able to control the supply to manufacturers of derivatives, cannot, just because it decides to start manufacturing these derivatives (in competition with its former customers) act in such a way as to eliminate their competition which in the case in question, would amount to eliminating one of the principal manufacturers of Ethambutol in the common market. [...]

Domstolen finder, at en sådan adfærd strider imod artikel 86 (nu artikel 82). I en sag om leveringsnægtelse udtaler domstolen således, at der godt kan foreligge misbrug af dominerende stilling, selv om virksomheden ikke er dominerende på det marked, som misbruget får konsekvenser for. Hvis dette gælder for leveringsnægtelse må det ligeledes gælde for pristryk, da en virksomhed i stedet for at nægte at levere blot kunne kræve en prohibitivt høj pris og opnå den samme effekt. Dominans på engrosmarkedet er således tilstrækkeligt til, at pristryk kan finde sted.

Ved vurdering af en almindelig predatory pricing situation er det generelt accepteret, at en ikke dominerende virksomhed benytter dybe lommer til at finansiere salg til underpriser på et marked. Hermed accepteres også, at en mindre effektiv virksomhed inden for visse grænser kan presse mere effektive virksomheder ud af markedet. Denne mulighed begrænses for den vertikalt integrerede virksomhed.

Årsagen til denne tilsyneladende forskel ved vurdering af ikke dominerende virksomheders prisadfærd på detailmarkedet skal findes i den vertikalt integrerede virksomheds kontrol over engrosprodukter, der er essentielle for virksomhedens konkurrenter på detailmarkedet. Denne kontrol betyder, at virksomheden på trods af ringere effektivitet end konkurrenterne ved betjening af detailmarkedet vil kunne opbygge og fastholde en betydelig position på

dette marked. Til forskel for en ikke vertikalt integreret virksomhed kan den vertikalt integrerede virksomhed nemlig sælge på detailmarkedet til vedvarende tabsgivende priser uden overordnet set at sætte penge til, fordi indtjeningen ved salget af det nødvendige engrosprodukt mere end kompenserer for tabet på detailsalget pr. enhed. Den vertikalt integrerede virksomhed vil derfor ikke stå over for krav om på sigt at opnå en indtjening, som kompenserer for de indledende tab i detaildivisionen. Hermed har virksomheden andre incitamenter end en hvilken som helst anden indtrænger på detailmarkedet.

Forventningen om at kunne fastholde sin markedsposition på trods af ringere effektivitet og samtidig overordnet set opnå en passende forrentning af den investerede kapital, påvirker således den vertikalt integrerede virksomheds incitamenter og muligheder på en måde, som retfærdiggør, at friheden i virksomhedens prispolitik begrænses også på markeder, hvor virksomheder ikke er dominerende.

Crocioni og Veljanovski finder, at der ikke blot er krav om dominans på engrosmarkedet, men at der skal foreligge det de kalder superdominans, defineret som en markedsandel på 80% eller mere, dog uden eksplicit at henvise til praksis¹³. Argumentet er, at i tilfælde hvor virksomheden ikke nyder stor frihed på engrosmarkedet, på grund af konkurrenter på dette, vil pristryk næppe være muligt på detailmarkedet, da det kan drive de konkurrerende detailvirksomheder til at benytte andre engrosvirksomheder, som vil have incitament til at reducere deres priser med henblik på at holde detailvirksomhederne i live og dermed sikre efterspørgslen efter engrosprodukter.

I de kendte EU-sager hvor pristryk har fundet sted, har virksomhederne haft meget høje markedsandele (90-100%) på de relevante engrosmarkeder, uden at den høje markedsandel blev anført som nødvendig forudsætning for afgørelsen. I poudre sphérique sagen vurderes

klager at have haft reelle muligheder for at benytte en alternativ leverandør, dog uden at dette i sig selv blev benyttet til at afvise klagen. Praksis støtter derfor ikke direkte et krav om superdominans. Dog understøttes deres argumentation for »superdominans« implicit af kravet om, at engrosproduktet skal være essentielt for udbud på detailmarkedet, hvilket belyses i følgende afsnit.

6. Engrosprodukt essentielt for udbud på detailmarked

Essentielt for konkurrenterne

For at en virksomhed kan udøve pristryk er det en nødvendig forudsætning, at konkurrenten på detailmarkedet er afhængig af engrosproduktet købt af den vertikalt integrerede virksomhed. Denne afhængighed skal indebære en ikke ubetydelig indflydelse på omkostningerne oplevet af konkurrenterne på detailmarkedet. Hvis en virksomhed fx har monopol på ventilgummi og samtidig producerer biler, udgør ventilgummi en så ubetydelig del af de samlede omkostninger ved produktion af biler, at selv høje profitratier på engrosmarkedet for ventilgummi næppe vil påvirke marginen på bilproduktion betydeligt og dermed forvride konkurrencen på biler. Dette kan endvidere udledes af poudre sphérique dommens præmis 180:

180) Desuden har sagsøgeren ikke godtgjort, at prisen for calciummetal med lavt iltindhold kan udelukke en effektiv konkurrent fra markedet for granuleret calciummetal.

Afhængigheden skal også ses i forhold til den benyttede produktionsmetode. Såfremt afhængigheden stammer fra benyttelse af en særlig metode og overgang til en anden metode, som vil fjerne afhængigheden, vil kunne gennemføres uden større omkostninger, er basis for pristryk ikke til stede.

Kravet om at engrosproduktet skal være essentielt for udbud på detailmarkedet findes

også i dansk praksis vedr. leveringsnægtelse, fx i Konkurrenceankenævnets afgørelse af sag 23.12: Montana Møbler ctr. Konkurrencerådet. Når dette gælder for leveringsnægtelse må det også gælde for pristryk jf. tidligere argumentation.

Essentielt for konkurrencen

Mens en konkurrents evne til at forblive på markedet godt kan afhænge fuldt ud af levering af input fra en given vertikalt integreret virksomhed, er det ikke sikkert, at konkurrencen på pågældende marked afhænger af pågældende konkurrent.

Crocioni og Veljanovski argumenterer for, at pristryk er usandsynlig såfremt konkurrencen på detailmarkedet også baserer sig på produkter, hvis produktion ikke afhænger af input fra den vertikalt integrerede virksomhed.

I tilfælde hvor den vertikalt integrerede virksomheds produkt på detailmarkedet er i konkurrence med mange andre produkter lavet efter andre metoder på basis af andre input, kan en enkelt konkurrent på detailmarkedet godt være afhængig af den vertikalt integrerede virksomhed, mens konkurrencen ikke er det.

Crocioni og Veljanovskis argumentation må her igen rette sig imod incitamenter snarere end mod den vertikalt integrerede virksomheds evner eller eventuelle handlinger. Det er klart, at pristryk i et tilfælde med konkurrence fra andre, af engrosproduktet uafhængige, detailprodukter næppe vil kunne lede til markedsmagt, ligesom der vil være en grænse for den opnåelige profit ved, at konkurrenten presses ud.

Det kan dog ikke udelukkes, at der på et oligopolitisk marked er incitament til at presse den enkelte konkurrent ud med henblik på at sikre sig den overnormale profit, som han måtte være i stand til at optjene. Dette understreges i særdeleshed af, at omkostningen for den vertikalt integrerede virksomhed ved at

udføre pristryk er grænsende til nul. Det kan derfor ikke udelukkes, at der kan findes tilfælde af pristryk, hvor der på detailmarkedet er konkurrence fra produkter uafhængige af den vertikalt integrerede virksomheds engrosprodukt.¹⁴

Ved vurdering af eventuelt pristryk i tilfælde hvor en mindre virksomhed presses ud af et marked, hvorpå produkter baseret på forskellige produktionsmetoder konkurrerer, er det vigtigt at fokusere på, hvilken effekt den lille virksomhed har på markedets dynamik. Selv om den eliminerede virksomhed blot udgjorde en beskedent del af markedet, kan denne godt være drivende for konkurrencen.¹⁵ Et godt eksempel på dette er service-providere på det danske mobilmarked. Disse (fx debitel, Telmore og CBB) har ikke eget net og køber mobilminutter i TDC's og SONOFONs net. Disse minutter sælges videre til slutkunderne i konkurrence med blandt andet TDC og SONOFON. På dette marked har det været service-providerne, der har været prisledende og dermed en drivende kraft for pris-konkurrencen, på trods af, at ingen af service-providerne i dag har en markedsandel på over 7% og at der er fire konkurrerende udbydere med eget net.¹⁶ Selv mindre virksomheder kan således have afgørende indflydelse på konkurrencen.

7. Manglende profitabilitet på detailmarkedet

Manglende profitabilitet på detailmarkedet er kernen i misbrug af dominerende stilling i form af pristryk. Dette punkt er derfor centralt, når det skal fastslås i hvilke situationer, der kan gribes ind fra konkurrencemyndighedernes side.

Kommissionen opstiller i sin meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren følgende definition af pristryk:

118) Under de rette omstændigheder kan

man også påvise et pristryk ved at vise, at marginen mellem den pris, der afkræves konkurrenter på det efterfølgende marked (herunder det dominerende selskabs eventuelt egne transaktioner i det efterfølgende led) for adgang til faciliteten, og den pris, netoperatøren forlanger på det efterfølgende marked, ikke er tilstrækkelig stor til at give en rimelig effektiv tjenesteudbyder på det efterfølgende marked en normal fortjeneste ...

Marginen mellem engros- og detailpriserne skal således række til en »rimelig effektiv tjenesteudbyder« på detailmarkedet. Konkurrencestyrelsen er flere gange, under henvisning til ovenstående citat, blevet præsenteret for synspunktet, at vertikalt integrerede virksomheder aldrig må operere med underskud på detailmarkedet.

Økonomisk teori støtter delvist dette syn. Størrelsen af en »normal fortjeneste« afhænger af den enkelte branche. Ifølge CAPM¹⁷ er afkastkravet til en virksomhed lig den risikofri rente plus et tillæg for risiko, som investoren ikke kan diversificere sig ud af. Hermed haves et estimat for den rationelle investors afkastkrav. Teknisk set vil der således kunne foreligge pristryk, når en virksomhed over investeringens tidshorisont opnår positiv men ikke tilstrækkelig profit, da det bedre vil kunne betale sig at investere pengene i noget andet.¹⁸

På helt overordnet niveau definerer EF-Domstolen misbrug af dominerende stilling som en adfærd, som kan påvirke strukturen på et marked og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde konkurrencen på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser.¹⁹ Det er sandsynligvis dette, der tages højde for med Kommissionens indledende formulering »under de rette omstændigheder.«

Denne definition af misbrug modsiger et absolut krav til profitabilitet. Der kan fx tænkes en situation, hvor en udbyder af engrosprodukter ikke tidligere har været aktiv på detailmarkedet, men beslutter sig for at etablere sig under forventning om at være mere effektiv end de eksisterende detailudbydere. Langt de fleste typer forretninger giver tab indledningsvis, indtil forbrugernes kendskab til produktet og udbyderen er tilstrækkeligt opbygget. Et krav om at en vertikalt integreret udbyder aldrig må operere med tab på detailmarkedet, vil således kunne indebære et egentligt forbud imod indtræden på trods af, at den ny udbyder på detailmarkedet kan være mere effektiv end de eksisterende udbydere og ikke benytter sig af andre metoder end en ikke-dominerende virksomhed ville benytte på et hvilket som helst andet marked.

Ligeledes skal kravet om profitabilitet bindes op på forholdet mellem den producerede mængde og den forventede fremtidige produktion. Prissætningen af fx en bil er meget afhængig af, om der forventes at blive afsat 100.000 eller 5.000 enheder om året. Hvis det forventede og realiserbare salg er på 100.000, er det dette niveau, der skal lægges til grund ved en vurdering af profitabiliteten, selv om det indeværende salg måtte ligge under dette niveau. Dog skal der tages højde for, hvor stort det samlede marked er og kan forventes at blive. Hvis produktionsmålet til basis for fastsættelsen af priserne indebærer, at virksomheden skal opnå en meget stor markedsandel, vil prisfastsættelsen i sagens natur være en del af en strategi for at drive konkurrenterne ud af markedet og dermed et misbrug.

Fortolkningen af Kommissionens meddelelse som et absolut krav til profitabilitet, savner da også basis i europæisk praksis.²⁰ I Deutsche Telekom, var prissætningen på detailmarkedet under de gennemsnitligt variable engrosomkostninger og derfor nærmest pr. definition misbrug af dominerende stilling jf. praksis for predatory pricing. I British Sugar

sagen blev de variable omkostninger dækket, men der fandtes bevis for (fx i form af interne arbejdsdokumenter), at British Sugar havde til hensigt at drive konkurrenten ud af markedet. Disse sager kan derfor ikke bruges til at argumentere for anderledes grænser for pristryk end for predatory pricing. I Rådets afgørelse i ADSL-undersøgelsen blev det lagt til grund, at der på baggrund af testen for predatory pricing kunne konstateres, at der heller ikke forelå pristryk. I Kommissionens behandling af poudre spheriques sagen blev praksis fra AKZO-sagen anvendt til at vurdere, hvorvidt der forelå pristryk.²¹

Poudre spheriques afgørelsen kan give en indikation af kriterierne, der skal lægges til grund ved vurdering af pristryk. I dommens præmis 179 fremgår følgende:

[...] Hvis PEM (Péchiney Électrometallurgie) hverken forlanger urimelige priser for råvaren, dvs. det rå calciummetal med lavt iltindhold, eller kræver overpriser [predatory pricing jf. engelsk udgave af dommen] for det afledte produkt, dvs. det granulerede calciummetal, berettiger sagsøgerens manglende fortsatte konkurrencedygtighed på markedet for det afledte produkt – som formentlig skyldes, at sagsøgeren har højere forarbejdningsomkostninger – ikke til at betegne PEM's prispolitik som misbrug.[...]

Domstolen har endnu ikke taget stilling til, hvorvidt der findes en variant af pristryk, som er en hybrid af urimeligt høje priser og predatory pricing. For at der kan foreligge et pristryk skal det jf. dommen påvises, enten at prisen på engrosproduktet er urimeligt høj eller at detailproduktet sælges til predatory priser, som forstået i AKZO-dommen. Samtidig godkender Domstolen, at Kommissionen benyttede AKZO-sagen ved vurderingen af, hvorvidt der forelå pristryk. Dette til trods for, at det var en prisstigning på engrosmarkedet, der nedbragte marginen på detailmar-

kedet og ikke, som normalt i predatory pricing sager, et prisfald på detailmarkedet. I *poudre sphérique* sagen fandt Domstolen, at der var tilstrækkelig forskel mellem engros- og detailpris til, at en effektiv konkurrent kunne operere profitabelt. Sagen er derfor ikke velegnet til mere præcist at fastlægge grænsen mellem lovlig og ulovlig adfærd.

Sagen mod Wanadoo,²² som France Télécom har en kontrollerende aktiepost i, har ingredienserne til at kunne behandles som en pristryksag med France Télécom i hovedrollen. Denne sag blev af Kommissionen behandlet som en predatory pricing sag mod Wanadoo. Kommissions metodevalg kan dog være begrundet af, at det i det konkrete tilfælde var muligt og tilstrækkeligt at fastslå predatory pricing.

På europæisk niveau har der således endnu ikke været en sag, hvor den vertikalt integrerede virksomhed har opereret med priser, som dækker de gennemsnitlige variable omkostninger på detailmarkedet, men ikke de gennemsnitlige totale omkostninger uden at der samtidig har været bevist predatory hensigter. Dermed har der ikke været en endelig stillingtagen til, hvorvidt en vertikalt integreret virksomhed skal leve op til anderledes og strengere krav til profitabiliteten på detailmarkedet ved vurdering af pristryk end ved vurdering af predatory pricing.

Både predatory pricing og pristryk indebærer, at der er utilstrækkelig margin på et marked til, at den gældende konkurrence kan opretholdes. En konsistent behandling af prisadfærd vil derfor indebære, at pristryk og predatory pricing vurderes under de samme krav til bevisførelse.

I praksis vil der dog sandsynligvis være forskel på, hvorledes predatory pricing og pristryk vurderes, fordi den undersøgte virksomhed i langt de fleste tilfælde vil være vertikalt integreret, og derfor har andre incitamenter

ved prisfastsættelsen, jf. tidligere argumentation, ved implementeringen af den undersøgte prispolitik. Derfor vil virksomheden ikke med samme vægt kunne henvise til, at virksomhedens prisfastsættelse på detailmarkedet også ville være rationel for en ikke vertikalt integreret virksomhed. Denne svækkelse af virksomhedens troværdighed kan indebære, at konkurrencemyndighederne lettere kan sandsynliggøre, at virksomhedens prispolitik er et led i en plan om at eliminere konkurrenterne i sager om pristryk end i sager om predatory pricing, i de tilfælde hvor detailprisen dækker detaildivisionens variable omkostninger men ikke de gennemsnitlige totale omkostninger.

Uanset hvor grænsen går for lovlig adfærd, er udgangspunktet for vurderingen en rimeligt effektiv udbyder. Her tages oftest udgangspunkt i, hvorvidt den vertikalt integrerede virksomhed selv opererer profitabelt på detailmarkedet, selv om det ikke kan udelukkes, at virksomheden ikke lever op til kravet om rimelig effektivitet.

I sager vedrørende i særdeleshed telekommunikation er selskaberne gerne fuldkomment vertikalt integrerede, således at der ikke findes egentlige engros- og detailvirksomheder. Dette er fx tilfældet i Kommissionens behandling af Deutsche Telekom-sagen, Oftel's behandling British Telecoms salg af internet-produkterne BT Surf og BT Surf Together samt Konkurrencestyrelsens analyse af mulig predatory pricing ved TDC's salg af ADSL.²³ I Kommissionens retningslinier fremgår det, at Kommissionen kan stille krav om, at den vertikalt integrerede virksomhed opstiller reviderede separate regnskaber for de undersøgte forretningsområder. I Kommissionens anbefalinger for opdeling af regnskaber på teleområdet²⁴ fremgår det, at:

Accounting separation should be based on the principle of causation: that is, costs²⁵ and revenues should be allocated

to those services or products that cause those costs or revenues to arise.

Dette svarer til bortfaldsomkostningerne (incremental costs), som blev benyttet ved vurderingen af krydssubsidiering/predatory pricing i Deutsche Post sagen. Hermed er der ikke et krav om, at den vertikalt integrerede virksomheds detailforretning skal kunne fungere profitabelt som separat enhed sammenlignelig med en service provider, der kun agerer på det berørte detailmarked.

Selv om en vurdering af praktiske hensyn oftest vil tage udgangspunkt i en virksomheds egne omkostninger, kan dette ikke tages for givet på forhånd. Da der samtidig heller ikke er praksis for, at kortsigtet fravær af positiv indtjening selv for en effektiv udbyder kan regnes for pristryk, er der intet som kan retfærdiggøre en fortolkning af Kommissionens meddelelse som et absolut krav om profitabilitet på kort sigt for den vertikalt integrerede virksomheds udbud på detailmarkedet. Hermed er det usikkert hvad »de rette omstændigheder« omtalt i Kommissionens retningsliniers afsnit 118 indebærer. Som udgangspunkt kan det derfor kun konkluderes, at den vertikalt integrerede virksomhed ikke kan tillades at forfølge en prispolitik, som en ikke integreret men tilsvarende effektiv indtræder ikke rationelt ville kunne realisere.

Fordi den vertikalt integrerede virksomhed kontrollerer såvel engros- og detailpris, kan et indgreb rette sig imod såvel den ene som den anden eller blot forskellen imellem de to. Men Rådets generelle tilbageholdenhed overfor regulering af priser²⁶ indikerer, at et indgreb sandsynligvis vil rette sig imod marginen mellem engros- og detailpris og ikke de absolutte niveauer for priserne.

Misbrug i form af pristryk vil således foreligge i de tilfælde, hvor en virksomheds pris-sætning kun kan retfærdiggøres i kraft virksomhedens vertikale integration. Dette beror

på en konkret vurdering fra sag til sag. Bru- gen på europæisk niveau af principperne fra AKZO-dommen ved vurderingen af pristryk indikerer, at dette er metoden, der skal ligge til grund ved vurdering af pristryk. Dog kan det ikke udelukkes, at særlig praksis for pris- tryk, med strammere krav til profitabilitet, vil udvikle sig med tiden.

8. Tilstrækkelig varighed

En adfærd skal nødvendigvis foregå over en tilstrækkelig periode for, at det kan have en sådan virkning på markedet at det udgør et misbrug. Den nødvendige varighed, for at der foreligger misbrug, afhænger af den enkelte situation. Er der fx tale om et voksende, stabilt eller stagnerende marked? Er der tale om et slagtilbud med henblik på at tiltrække opmærksomhed omkring produktet eller en langsigtet prispolitik. Praksis byder ikke på overordnede retningslinier eller principper, til generelt at fastslå den relevante tidshori- sont. Der vil således skulle foretages en kon- kret vurdering fra sag til sag.

9. Ikke tilstrækkelig konkurrence på detailmarkedet

Crocioni og Veljanovski argumenterer for, at fravær af fuldkommen konkurrence på de- tailmarkedet er en nødvendig betingelse for pristryk. Ellers findes der ikke overnormale profitter på detailmarkedet, som igen er for- udsætningen for, at det kan betale sig for en- grosvirksomheden at gå ind på markedet.

Såfremt dette synspunkt tages til følge, ude- lukkes muligheden for, at en engrosvirksom- hed udøver pristryk med henblik på netop at eliminere konkurrencen på detailmarkedet, således at muligheden for overnormale pro- fitter opstår.

Her er der tale om fravær af incitament til at udføre pristryk, snarere end at pristryk ikke er gennemførligt. Jo mere frihed en virksomhed har til at fastsætte priserne på engrosproduk- terne, jo mindre incitament vil engrosvirksom-

heden have til selv at gå ind på detailmarkedet, såfremt dette er underlagt fuldkommen konkurrence. Jf. gængs økonomisk teori sættes salgsprisen lig marginalomkostningen under fuldkommen konkurrence. En monopolist på engrosmarkedet, vil kunne påvirke detailsælgernes marginalomkostning i forholdet 1:1, fordi en prisstigning på engrosproduktet på 1 kr. vil medføre en stigning i detailvirksomhedernes marginalomkostninger med 1 kr. Hermed kan engrosvirksomheden implicit kontrollere prisen på et detailmarked med fuldkommen konkurrence og dermed tilegne sig al profitten herfra. Det vil således ikke være profitabelt for engrosvirksomheden at gå ind på detailmarkedet, med mindre virksomheden er mere effektiv end de eksisterende detailvirksomheder. I ingen af tilfældene vil pristryk være optimalt eller nødvendigt.

Som udgangspunkt må det derfor antages, at pristryk vil finde sted i tilfælde med højt koncentreret engrosmarked og en vis grad af koncentration på detailmarkedet. Det er dog vigtigt at fastholde, at markedskoncentrationen på detailmarkedet kun skal benyttes som en indikation, da denne udelukkende er vigtig for den vertikalt integrerede virksomheds incitamenter og ikke evner til at udføre pristryk.

10. Konklusion

Pristryk og predatory pricing har meget til fælles men er ikke det samme. Begge typer misbrug har til formål at eliminere konkurrenter/konkurrencen på et marked, men hvor predatory pricing udføres af en dominerende virksomhed på det berørte marked, udføres pristryk af en virksomhed, der benytter markedsmagt på et andet marked som løftestang i konkurrencen på det berørte marked. Pristryk kræver således en dominerende stilling på et up-stream marked, der er relevant i forhold til det down-stream marked, som misbruget har konsekvens for.

Hidtidig praksis indikerer, at pristryk i nogen grad ligner predatory pricing, og at der derfor bør stilles de samme krav til bevisførelse

som gælder ved predatory pricing. Praksis er dog begrænset, og det kan ikke afvises, at vurderingen af situationer hvor detailprisen ligger i intervallet mellem de gennemsnitlige variable omkostninger og de gennemsnitlige totale omkostninger på detailmarkedet kan afvige fra praksis for predatory pricing. Indtil der er fremkommet tilfælde, der kan retfærdiggøre, at testen for predatory pricing ikke er tilstrækkelig til at fastslå pristryk, må det antages, at sager om pristryk som udgangspunkt vil blive løst på samme måde som sager om predatory pricing, dog med følgende modifikationer:

- Kravet til dominans vedrører et andet marked (nemlig up-stream markedet) end markedet, som misbruget har direkte konsekvenser for (down-stream markedet).
- Den vertikalt integrerede virksomheds profitabilitet på udbuddet af det afledte produkt skal opgøres med udgangspunkt i engrosprisen betalt af konkurrenterne og ikke virksomhedens egen produktionsomkostning.
- Et indgreb vil udelukkende sigte på at sikre tilstrækkelig margin på detailmarkedet og vil ikke nødvendigvis indebære en højere detailpris.

Noter

1. Domstolens dom (femte afdeling) af 3. juli 1991. AKZO Chemie BV mod Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber. Sag c-62/86.
2. COMP/35.141 B Deutsche Post
3. COMP/38.233 B Wanadoo
4. Sag nr. IV/30.178 Napier Brown B British Sugar. EF-Tidende NR. L 284 Af 19/10/1988 S. 0041-0059.
5. COMP B 1/37.451 B price squeeze local loop Germany
6. Sag IV 35.151 B IPS /Péchiney
7. Sag T-5/97. Industrie des poudres sphériques SA mod Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber
8. Asymmetric Digital Subscriber Line er højhastigheds internetforbindelser, der forhandles i Dan-

- mark med down-load/up-load hastigheder fra 256/128 kbit/s og opefter.
9. Incitamenterne til sådan adfærd og dens forventede konsekvenser er behandlet akademisk af Nicholas Economides: The incentive for non-price discrimination by an input monopolist. *International Journal of Industrial Organization* 16 (1998) 271-284.
 10. Pietro Crocioni & Cento Veljanovski fra Case Associates : Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law. Principles and Guidelines.
 11. Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren. (98/C 265/02)
 12. Domstolens dom af 6 marts 1974. Istituto Chimioterapico Italiano S.p.A. og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber. Forenede sager 6 og 7-73.
 13. Der henvises til Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) og Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, hvori der i præmis 132 påpeges at »såfremt en virksomhed har en meget stor markedsandel, giver det den i en vis periode en magtposition, som gør virksomheden til en uomgængelig forretningsforbindelse for virksomhedens forretningsforbindelser.« Hvor dette klart giver virksomheden dominans fremgår det ikke af dommen, at en så stor markedsandel var en nødvendig forudsætning for at der kunne foreligge et misbrug.
 14. Et eksempel herpå er detailsalg af ADSL og kabelmodem, hvor ADSL baserer sig på af TDC udbudte engrosprodukter, som ikke indgår i udbuddet af kabelmodem. Ikke desto mindre er TDC blevet anklaget for at benytte predatory pricing/pristryk.
 15. Se evt. Andrea Lofaro og Derek Ridyard 'Switching Costs and Merger Assessment – Don't Move the Goalposts', E.C.L.R., Issue C 8 Sweet & Maxwell Limited [and contributors]
 16. TDC, SONOFON, Telia og Orange
 17. Capital Asset Pricing Model. Se fx T. Copeland og J. Weston, *Financial Theory and Corporate Policy*, 3rd ed. (Reading, MA: Addison-Wesley, 1992)
 18. Der kan være store forskelle på, om vurderingen af profitabiliteten foretages ex. ante eller En ex. ante vurdering vil indebære et forrentning af fx irreversible investeringer, som ikke vil være tilfældet ex. post. Ved en vurdering skal der derfor tages højde for hvilke informationer virksomheden besad, da investeringsbeslutningen blev taget og hvorledes dette forholder sig til prisfastsættelsen. Det kan således godt være rationelt at drive en forretning som ikke dækker investeringsomkostningerne, fordi forrentningen er bedre end hvad virksomheden ville kunne opnå ved at sælge aktiverne (og realisere et tab) og investere provenuet i andre aktiviteter.
 19. Dom afsagt af EF-Domstolen den 13 februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann – La Roche & co AG mod Kommissionen præmis 91.
 20. I Oftel's behandling af mulig pristryk ved British Telecoms salg af internetprodukterne BT Surf og BT Surf Together²¹ blev det lagt til grund, at virksomhedens langsigtede bortfaldsomkostninger (LRIC: Long Run Incremental Costs) skulle dækkes. LRIC omfatter kapitalomkostninger, og tager således højde for rimelig fortjeneste. Oftel's brug af LRIC indebærer, at der anlægges et langsigtet perspektiv ved vurderingen af profitabilitet. Hermed findes der også rum for kortsigtede underskud. Oftel's undersøgelse klarlagde, at LRIC blev dækket, og denne sag kan således ikke benyttes til at fastslå hvor grænsen går for pristryk.
 21. Dette fremgår af Domstolens afgørelse præmis 176
 22. Se pressemeddelelse på <http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?>
 23. Undersøgelse af TDC for misbrug af dominerende stilling ved salg af ADSL. Konkurrencerådets afgørelse af 29. januar 2003
 24. Commission Recommendation of 8 April 1998 on interconnection in a liberalized telecommunications market; Part 2 B accounting separation and cost accounting. Brussels 8.04.1998 C(1998) 960.
 25. Including operating and capital costs.
 26. Illustreret fx ved Consortes klage over TDC behandlet på rådsmødet den 29. maj 2002, hvor Rådet pålagde TDC at sikre lige vilkår uden at specificere på hvilket prisniveau, de lige vilkår skulle findes.

Anmeldelser

Per Boje:

Danmark og multinationale virksomheder før 1950.
Odense : Odense Universitetsforlag, 2000,
203pp, 250,- kr.

Der bliver talt og skrevet meget om internationalisering og globalisering i disse år, men er fænomenet nyt? Dette har Per Boje sat sig for at undersøge historisk med fokus på danske multinationale virksomheders arbejde i udlandet, og omvendt multinationale virksomheders indsats i Danmark.

Undersøgelsen begynder langt tilbage i tiden med den katolske kirke og hansestæderne, og der foregår faktisk en del interessante ting i perioden gennem grundlæggelsen af danske handelskompagnier, der specialiserede sig med handelen forskellige steder i verden (Ostindien, Afrika og Vestindien), hvor også Nordatlanten, herunder Grønland, blev inddraget. På grund af mere generelle økonomiske og politiske forhold ændredes Danmarks stilling dog gradvis, og navnlig efter Napoleonskrigen oplevede de daværende multinationale et tilbageslag, hvorfor forfatteren karakteriserer tiden omkring 1850 som et lavpunkt for multinational aktivitet. Herefter går det imidlertid stærkt fremad, og det er denne tid frem til afslutningen på 1. verdenskrig, der udgør det centrale kapitel i fremstillingen.

I denne såkaldte guldalderperiode gennemgås multinational virksomhed systematisk med henblik på oversøiske regioner (Nordatlanten, Vestindien, Asien, Australien, Afrika og Amerika) og i Europa systematisk både med henblik på at kortlægge dansk virksomhed i udlandet og udenlandsk virksomhed i Danmark inden for flere forskellige sektorer af erhvervslivet. Tiden efter 1920 oplever dog set med danske briller en nedgang i det multinationale engagement som følge af krisetider og besættelse. Det er synd og skam, at bogen slutter allerede ved 1950. Ganske vist har vi forskning, der beskæftiger sig med multinationale virksomheder efter dette tidspunkt, men det ville have været rart at få de sidste årtier bragt med i en samlet fremstilling. 1950 er jo i dag fjern fortid.

Det er en vigtig pointe, at internationalisering ikke er noget nyt. Men det skal dog understreges, at omfanget af multinationale virksomheders indsats betragtes i forhold til økonomiens "størrelse" på et givet tidspunkt. Der er således ikke tale om, at multinationale aktiviteter absolut set udviste et større engagement end for et hundrede år siden, hvor multinationale virksomheder var på fremmarch. Denne relative betragtning er vigtig at holde for øje. Alligevel er det godt at blive mindet om tidligere tiders udfordringer, hvordan de blev håndteret, og hvordan multinational virksomhed ikke er noget stabilt, men tværtimod er underlagt skiftende konjunkturer.

Det er en lang kavalkade af firmaer, personer og initiativer, vi bliver præsenteret for. Empirien er så at sige meget tæt. På nogle punkter kunne man godt ønske sig mere analyse. Det gælder f.eks. betydningen af det offentliges indsats for virksomhedernes initiativer. Stedvis berøres det som f.eks. i forbindelse med handelskompagniernes opståen, toldpolitikken, og mere generelt Danmarks rolle som småstat, men inddragelsen af de politiske faktorer er dog generelt underbetonet. Der ligger her stadigvæk en opgave for erhvervsforskningen bredt set.

Bogen er rigt illustreret. Faktisk alt for rigt illustreret. Det skal indrømmes, at der er mange gode og flotte billeder i bogen, hvorved teksten fint suppleres. Men en ganske betydelig del af bogens sider optages faktisk af billeder. Det giver en uheldig slagsside, der da også forstærkes af det forhold, at den ledsagende og ofte meget lange billedtekst i en række tilfælde ord til andet er identisk med forfatterens formuleringer på tekstsiderne. Det burde være undgået.

Karsten Ronit,
Lektor, Ph.D.
Institut for statskundskab
Københavns Universitet



ALTINGET.DK
ALTING OM POLITIK ALTID

Politisk interesseret?

Læs netavisen Altinget.dk

Netavisen www.Altinget.dk med redaktion på Christianborg udgiver uvildige meningsmålinger, analyser, portrætter, nyheder og pressemeddelelser om partierne og Folketinget. Målgruppe: Politikere, embedsmænd, forskere, informationsansvarlige, journalister, biblioteker og andre med særlig interesse for dansk folkestyre. Ugentligt nyhedsbrev. Anbefales af politikere fra alle partier.

Personligt abonnement 2.000 kr. årligt incl. moms.
Mulighed for kollektiv aftale til institutioner mv.
Besøg www.altinget.dk eller ring 33 37 58 95

Ny bog med politiske citater og tekster

Peter Nedergaard

Politik er som at ride på en tiger

Citater og tekster om politik på dansk og engelsk

Politiske citater fra Konrad Adenauer til Jeppe Aakjær.
Fra Aristoteles til Anders Fogh Rasmussen

518 sider – 390 kr.

Kan bestilles på www.Underskoven.dk
Privatforlaget www.underskoven.dk

»Det politiske Danmark har fået en citat-Bibel, som vil blive stående i årene fremover.«
www.Altinget.dk