

7801 Eltra

'The Power Fallacy'

Når priser vildleder – fælles elpris, men forskellige elmarkeder

23. marts 2005

Indholdsfortegnelse

INDHOLDSFORTEGNELSE	2
FORORD.....	3
1 SAMMENFATNING	4
2 MYNDIGHEDERNE RISIKERER AT UNDERVURDERE DOMINANSEN PÅ MARKEDET	7
2.1 THE POWER FALLACY – MARKEDSAFGRÆNSNINGER UDEN IMPORTFLASKEHALSE	8
2.2 DEN TIDSMÆSSIGE DIMENSION.....	15
2.3 DOMINANS OG VÆSENTLIGHED.....	17
3 LITTERATUR.....	22
4 DOMSFORTEGNELSE.....	25
BILAG 1 – TIDEN OG DET RELEVANTE MARKED.....	26
1 TIDSMÆSSIG EFTERSPØRGSELSSUBSTITUTION.....	27
2 TIDSMÆSSIG UDBUDSSUBSTITUTION	28
3 GEOGRAFISK UDBUDSSUBSTITUTION.....	29
BILAG 2 – SÆRLIGT RELEVANTE SAGER PÅ EL-MARKEDET	30
1 MYNDIGHEDER I USA OG UK.....	32
2 EU-KOMMISSIONEN.....	33
3 MYNDIGHEDER I NORDEN.....	35
BILAG 3 – MYNDIGHEDERNES METODE TIL AT AFGRÆNSE RELEVANTE MARKEDER	39
1 HVORFOR AFGRÆNSER KONKURRENCEMYNDIGHEDERNE RELEVANTE MARKEDER	39
2 HVORDAN AFGRÆNSER KONKURRENCEMYNDIGHEDERNE RELEVANTE MARKEDER	41
3 SSNIP-METODEN	46
BILAG 4 – UDTALELSER.....	49
1 PROFESSOR I ØKONOMI, NILS-HENRIK M. VON DER FEHR.....	49
2 PROFESSOR I EU MARKEDSRET, MICHAEL STEINICKE	53

Forord

Denne rapport er udarbejdet af økonom Lasse Sundahl, direktør Claus Kastberg Nielsen, økonom Henrik Ballebye Olesen samt analytikerne Kenneth Bak Andersen og Anna Kragh. Professor i økonomi ved Oslo Universitet, Nils-Henrik M. von der Fehr, og professor i EU-markedsret ved Syddansk Universitet i Odense, Michael Steinicke, har udført henholdsvis økonomisk og juridisk kvalitetskontrol på rapporten. Udtalelser fra begge er vedlagt som bilag.

Fra Eltra har afdelingsingeniør Jørn Mikkelsen og økonom Ulrik Møller deltaget i diskussioner og kommenteret det første udkast af rapporten.

København, 20. april 2005

Claus Kastberg Nielsen
Direktør

1 Sammenfatning

Som systemansvarlig virksomhed i Vestdanmark har Eltra ansvar for at overvåge om betingelserne for el-markedet i Vestdanmark er bedst mulige. Det betyder blandt andet at Eltra løbende overvåger markedet og vurderer om prisdannelsen er et resultat af virksom konkurrence eller om enkeltvirksomheder utilsigtet har mulighed for at hæve prisen.

Eltra har konstateret at prisdannelsen i perioder ikke har været som tilsigtet. Således har mønstret i markedet i mange perioder været at prisen i Vestdanmark var lig en meget høj nordisk pris selvom der var ledig produktionskapacitet i Vestdanmark. I disse perioder opstod der ikke flaskehalse på transmissionslinjerne nordpå. Derfor forblev Vestdanmark og Norge/Sverige en del af samme prisområde med en pris der var langt højere end den forventede pris i et selvstændigt vestdansk prisområde. Eltra har bedt Copenhagen Economics om hjælp til at vurdere om dette mønster er et naturligt forekommende fænomen på et konkurrenceudsat marked eller et udtryk for misbrug af dominerende stilling.

For at kunne besvare Eltras spørgsmål skal vi igennem en analyse i to dele. *For det første* skal vi afgrænse det relevante marked for produktion af el i Vestdanmark og afgøre om der er virksomheder på markedet der har en dominerende stilling. Denne rapport beskæftiger sig med dette spørgsmål. *For det andet* skal vi undersøge om eventuelle dominerende virksomheder har misbrugt den dominerende stilling, for eksempel ved at byde produktion ind på det nordiske el-marked til meget høje priser eller i meget små mængder. I en senere rapport vil vi analysere om Elsams adfærd i konkrete perioder kan være et udtryk for misbrug af dominerende stilling.

I et velfungerende marked vil man forvente at hvis efterspørgslen i Norge er meget høj i forhold til udbudet, så vil kraftværker i Vestdanmark (og Tyskland) sælge meget strøm til Norge. Det vil skabe en stor efterspørgsel efter transmissionskapacitet i nordgående retning. Forudsat at efterspørgslen i Norge og udbudet i Vestdanmark er tilstrækkeligt stort, vil der opstå en flaskehals på forbindelsen fra Vestdanmark til Norge. I det tilfælde deler Nord Pool (den nordiske el-børs) markedet op i to prisområder med en høj pris i Norge og en lavere pris i Vestdanmark. På den måde kan børsen reducere efterspørgslen og/eller øge udbudet i Norge for og skabe ligevægt i markedet. Omvendt i Vestdanmark.

Men i mange perioder virker markedet tilsyneladende ikke på denne måde. Tværtimod ser det ud til at der netop i perioder med høje priser i Norge *ikke* opstår eksportflaskehalse på transmissionslinjerne nordpå. Derfor forbliver Vestdanmark og Norge ofte en del af det samme prisområde med en pris der svarer til den høje pris i Norge – som kan være langt højere end den pris som man ville forvente i et selvstændigt vestdansk prisområde. I andre situationer deler Nord Pool godt nok markedet, men prisen i Vestdanmark er fortsat meget høj.

Prisdannelsen i vinteren 2002/03. I halvdelen af tiden i vinteren 2002/03 lå den vestdanske pris langt over de højeste vestdanske produktionsomkostninger og var lig med eller tæt på en

meget høj norsk pris. Vinteren var ekstraordinært tør hvorfor de norske priser var meget højere end normalt.¹ Vi vil derfor forvente at de langt lavere produktionsomkostninger i Vestdanmark ville bevirke at kablerne til Norge blev brugt så meget som muligt. Men det var ikke tilfældet – ofte opstod der ikke eksportflaskehalse mod Norge.

Men var den vstdanske prisdannelse i vinteren 2002/03 et udtryk for misbrug af dominerende stilling? Det afhænger som udgangspunkt af om Elsam er dominerende på det relevante marked. Det er en klar forudsætning i europæisk konkurrenceretspraksis at en virksomhed skal være dominerende før man kan påvise misbrug af den selv samme dominerende stilling.² Det kræver at virksomheden har en position på det relevante marked der gør den i stand til (i væsentligt omfang) at handle uafhængigt af konkurrenter. En tommelfingerregel, der bygger på EF-domstolens praksis, oversætter dette til et krav om at virksomhedens markedsandel på det relevante marked skal være større end 40 pct. Hvis konkurrencemyndighederne afgrænser det relevante marked til Vestdanmark, vil Elsam være dominerende. Hvis man afgrænser markedet bredere, vil Elsam ikke være dominerende.

Praksis er at kun flaskehalse isolerer Vestdanmark. Konkurrencemyndighedernes praksis på det nordiske el-marked har generelt været at afgrænse små relevante markeder ved eksistensen af importflaskehalse og store i alle øvrige situationer. Karakteristisk ved timerne i vinteren 2002/03 var at der næsten aldrig var importflaskehalse – kun i mindre end 0,5 pct. af timerne i perioden november 2002 til marts 2003. Hvis man skal følge myndighedernes hidtidige praksis, ville man vurdere at Vestdanmark var en del af et større nordisk relevant marked i alle andre timer i perioden end den halve procent. På dette større relevante marked har Elsam en markedsandel på under 10 pct. og kan derfor hverken dominere eller misbruge en dominerende stilling – hvis vel og mærke det relevante marked er afgrænset korrekt.

I denne rapport viser vi at myndighedernes afgrænsning af det relevante marked på el-markedet har været mangelfuld. Vi viser at der i myndighedernes hidtidige praksis er risiko for at begå en 'Power Fallacy' – en fejl der har stærke lighedspunkter med den (inden for konkurrenceretten) berømte 'Cellophane Fallacy'. The Power Fallacy og The Cellophane Fallacy har det til fælles at de fører til en for bred afgrænsning af det relevante marked i de tilfælde hvor markedet er koncentreret³.

Men Vestdanmark kan også være isoleret uden flaskehalse. Vi viser at det relevante marked i konkrete tilfælde skal afgrænses snævert til Vestdanmark – også selvom der er ledig importkapacitet på transmissionslinjer fra nabomarkederne. Det indebærer at Elsam i disse tilfælde har en dominerende stilling som potentielt kan misbruges. Hvis man afgrænser det relevante marked bredt i disse tilfælde, så begår man en Power Fallacy. Det skyldes at produktionsomkostningerne er så meget højere i de konkurrerende områder at producenterne her ikke er reelle konkurrenter til Elsam og derfor ikke i disse perioder vil kunne forhindre Elsam i at handle (i væsentlig omfang) uafhængigt på det vstdanske marked.

Analysen kan overføres på forbindelsen til Tyskland. Vi fokuserer i denne rapport på spørgsmålet om Vestdanmark er en del af et større nordisk relevant marked og ikke på spørgsmålet om Vestdanmark er en del af det samme relevante marked som det tyske. Hidtil har Konkurrencemyndighederne afgrænset det vstdanske og det tyske marked som to

¹ Den gennemsnitlige norske pris var i vinteren 2002/03 418 kr. pr. MWh. I vintrene 2000/01, 2001/02, 2003/04 var priserne i gennemsnit mellem 160 og 230 kr. pr. MWh.

² Det er til forskel fra de lande som USA, England og Norge hvor man bruger SLC-princippet (Substantial Lessening of Competition). SLC forudsætter ikke en vurdering af dominans, men går efter markedsafgrænsningen direkte til at undersøge om der forekommer misbrug som reducerer konkurrencen signifikant. Markedsafgrænsningen anvendes i sådant et system primært til informationsindsamling, jf. Fisher (1987).

³ Et marked kan være koncentreret hvis en enkelt virksomhed dominerer markedet eller hvis en gruppe af virksomheder koordinerer deres adfærd og derfor kollektivt dominerer markedet.

forskellige relevante markeder. Der vil derfor aldrig være risiko for at begå en Power Fallacy hvis det vstdanske marked aldrig er en del af det samme relevante marked som det tyske. Hvis myndighederne omvendt vurderer at det vstdanske og tyske marked ind i mellem hænger sammen, vil vores konklusioner være fuldt gyldige i forbindelse med analyser af hvornår Vestdanmark og Tyskland er en del af det samme relevante marked – der vil være risiko for at begå en Power Fallacy hvis myndighederne kun tager højde for at importflaskehalse kan dele markederne.

Der er to forudsætninger som skal være opfyldt før man kan afgrænse relevante markeder der kan ændre sig på kort sigt (i Vestdanmark fra time til time). For det første skal timemarkedet være det korrekte udgangspunkt for markedsafgrænsningen. For det andet skal en virksomhed kunne være dominerende i kortere perioder.

Time-markedet er det rigtige udgangspunkt. Brugen af importflaskehalse i afgrænsningen af det relevante marked afhænger af at det relevante marked kan ændre sig fra time til time. Vi argumenterer for at det er analytisk korrekt af to grunde. El kan ikke lagres og elforbruget er meget ufleksibelt. Det betyder at hverken udbuddet af el (i Vestdanmark) eller efterspørgslen efter el kan flyttes over tid. Dette er anerkendt og brugt af konkurrencemyndighederne i forbindelse med en række sager på el-markedet.

Men der er en juridisk usikkerhed omkring vurderingen af dominans. Som en naturlig konsekvens af time-markedet afhænger vores vurdering af Elsams stilling på det vstdanske marked af at vurderingen af dominans ikke udelukkende baseres på hvor længe dominansen kan opretholdes, men også på hvor stor effekt dominansen har på markedet. Det betyder at Elsam kan være dominerende også i kortere perioder.

Myndigheder og domstole anvender et væsentlighedskriterium ved vurderingen af dominans, jf. Hoffman-La Roche-dommen⁴. Det er fornuftigt. Udfordringen består i at afgøre hvordan væsentlighedskriteriet implementeres på el-markedet. En løsning kunne være inspireret af MALC-betingelserne⁵ som de er opstillet af den engelske regulator (OFGEM). OFGEM opstiller kombinationer af prisændringer og varighed som tilsammen udgør væsentligheden. Hvis en producent kan forårsage en lille prisændring, kan det være væsentligt hvis den forekommer i mange perioder. Prisændringer i få perioder kan være væsentligt hvis prisændringerne er store. Der er dog ingen domme eller afgørelser som fastlægger anvendelsen af væsentlighedskriteriet på el-markedet hvorfor der er en juridisk usikkerhed. Vi kan derfor ikke med sikkerhed konkludere at Elsam kan være dominerende i kortere perioder.

Vi har valgt at disponere rapporten så kapitel 2 indeholder vores hovedanalyse og konklusioner. Kapitlet trækker imidlertid på analyser som er foretaget i tre bilag: I Bilag 1 analyserer vi efterspørgselssubstitution og udbudssubstitution over tid for at vurdere om tiden spiller en særlig rolle for markedsafgrænsningen på el-markedet. Bilag 2 beskriver og opsummerer en række meget relevante sager fra USA og Europa. Til sidst beskriver vi i Bilag 3 baggrunden for hvorfor konkurrencemyndighederne afgrænser markeder og hvilke metoder de anvender. Bilag 4 indeholder to udtalelser fra hhv. den økonomiske og den juridiske kvalitetskontrol af denne rapport.

⁴ Hoffman-La Roche mod Kommissionen, dom af 13. februar 1979, sag 85/76.

⁵ Market Abuse License Condition (MALC) er et sæt retningslinier som uden den store succes er forsøgt introduceret i de engelske el-producenters licenser. Retningslinierne skulle automatisk afgøre hvornår en producent havde 'significant market power' (SMP). Hvis en producent kunne frembringe en lille prisændring på markedet i mange timer eller en stor prisændring i få timer, havde producenten SMP. Vi beskriver MALC yderligere i Boks 3.

2 Myndighederne risikerer at undervurdere dominansen på markedet

Eltra har bedt os vurdere om den vstdanske prisdannelse er bestemt på et marked som fungerer eller om Elsam gennem misbrug af dominerende stilling kan påvirke prisdannelsen så de vstdanske priser bliver højere end ellers. Eltra har bl.a. fokus på prisdannelsen i vinteren 2002/03 hvor de vstdanske priser – tilsyneladende uden gode forklaringer – fulgte de meget høje nordiske priser op. Eltras forventning var at de vstdanske priser havde fulgt de tyske priser som var mere normale (lavere). Prisdannelsen i sommeren 2003 var også sær. Ifølge Eltra fulgte de vstdanske priser mod forventning de høje tyske priser op i stedet for de mere normale (og lavere) nordiske priser.

Vi vil i denne rapport fokusere på markedet i vinteren 2002/03, og vi vil fokusere på forbindelsen mellem det vstdanske og det nordiske marked. Det skyldes at Elsam i vinteren 2002/03 tilsyneladende ikke var dominerende hvis man skal følge de metoder konkurrencemyndighederne sædvanligvis bruger på el-markedet. De afgrænser nemlig normalt det vstdanske marked som en del af et større nordisk marked når der er ledig importkapacitet på forbindelserne mellem Norden og Vestdanmark. Og det var der for det meste i vinteren 2002/03. Kun i 16 ud af 3.624 timer (under 0,5 pct.) i perioden fra november 2002 til marts 2003 var der importflaskehalse på begge forbindelser fra Norden til Vestdanmark.⁶

Konkurrencemyndighederne risikerer imidlertid at begå en Power Fallacy ved kun at fokusere på importflaskehalse – en fejl som kan betyde at myndighederne afgrænser markedet for bredt og derved fejlvurderer Elsams reelle stilling på markedet. På et samlet nordisk marked er Elsam nemlig en lille producent mens Elsam er langt den største producent i Vestdanmark.

I sommeren 2003 var der derimod ofte importflaskehalse fra Norden og det vstdanske marked var isoleret fra det nordiske. Konkurrencen kunne kun komme fra Tyskland. Men konkurrencemyndighedernes praksis har hidtil været at afgrænse det vstdanske marked som et andet relevant marked end det tyske – uanset at der var ledig importkapacitet fra Tyskland.⁷ Det vil sige at tyske producenter (ifølge konkurrencemyndighederne) ikke udgjorde reelle konkurrenter til Elsam i Vestdanmark. Derfor var der ikke risiko for at konkurrencemyndighederne afgrænsede markedet for bredt mod syd. Men hvis myndighederne på et tidspunkt vurderer at det vstdanske marked tilhører det samme relevante marked som det tyske, vil de konklusioner som vi drager i denne rapport umiddelbart kunne overføres til en vurdering af forbindelsen mellem det vstdanske og det tyske marked. Ifølge Eltra tyder aktuelle data for aktørernes udnyttelse af handelskapaciteten på forbindelsen mellem

⁶ I disse timer var den vstdanske pris meget høj; i gennemsnit 492 kr. pr. MWh. Den norske var 371 kr. Det var i en af disse 16 timer at den allerhøjeste pris i perioden blev sat – 1.189 kr. i time 19-20 den 19. februar 2003.

⁷ Se følgende sager i Bilag 2: VEBA/VIAG, E.on/Sydkraft, Elsam-Energi E2 og Elsam/Nesa.

Vestdanmark og Tyskland at markederne nu (i modsætning til i 2002 og 2003) er integreret på samme vilkår som Vestdanmark er integreret med Norge og Sverige.

En virksomhed skal have en dominerende stilling for at kunne misbruge den. Normalt betragter konkurrencemyndighederne virksomheder med markedsandele på over 40 pct. som dominerende. Før man kan beregne markedsandele, skal man afgrænse det relevante marked. Kun hvis det relevante marked kan afgrænses til Vestdanmark alene, vil Elsam være dominerende. Denne rapport omhandler denne del af analysen. Selve Elsams adfærd, og om der er tale om misbrug, vil vi analysere i en senere rapport.

Vi har disponeret dette kapitel så vi først præsenterer analysen bag The Power Fallacy og relationen til The Cellophane Fallacy. De to fejl er nært beslægtede – både den ene og den anden 'fallacy' gør at man risikerer at afgrænse relevante markeder for bredt. Derefter analyserer vi to afgørende forudsætning for at man kan afgrænse markeder som vi gør her. For det første skal timemarkedet være det korrekte udgangspunkt for markedsafgrænsningen. For det andet skal en virksomhed (som konsekvens af timemarkedet) kunne være dominerende i kortere perioder.

2.1 The Power Fallacy – Markedsafgrænsninger uden importflaskehalse

Det er generelt anerkendt af konkurrencemyndigheder i USA, EU og Norden at importflaskehalse i transmissionsnettet kan opdele ellers sammenhængende markeder i flere adskilte relevante markeder (se Bilag 2). I dette afsnit viser vi at markeder kan være adskilte også uden importflaskehalse. Vi viser at hvis konkurrencemyndighederne anvender SSNIP-testen⁸ ukritisk i situationer uden importflaskehalse, risikerer de at begå en fejl – en Power Fallacy.

The Power Fallacy

Hvis produktionsomkostningerne på to markeder er meget forskellige, vil det være forkert at afgrænse et fælles relevant marked uanset at områderne har identiske priser. Hvis det ene marked i udgangspunktet er meget koncentreret kan en markedsafgrænsning på baggrund af observerede priser føre til en for bred markedsafgrænsning og en Power Fallacy. I det vestdanske tilfælde er risikoen for at begå en Power Fallacy særligt stor i situationer hvor vandværdien i de norske vandkraftværker er meget høj og hvor der ikke opstår eksportflaskehalse fra Vestdanmark til Norge. I sådanne situationer vil de vestdanske og norske priser være nøjagtigt ens. Hvis der var virksom konkurrence i Vestdanmark, ville man derimod forvente at der opstod flaskehalse og dermed forskellige priser.

The Power Fallacy har stærke paralleller til det anerkendte juridiske begreb The Cellophane Fallacy som stammer fra en sag i det amerikanske retssystem i 1950'erne.⁹ Sagen handlede om virksomheden Du Ponts adfærd på markedet. I sagen skulle domstolen tage stilling til om cellofan udgjorde sit eget relevante marked eller om det var en del af et større relevant marked sammen med andre indpakningsmaterialer. Afgrænsningen af det relevante marked var afgørende for sagens udfald, da *Du Pont* havde en klar dominerende stilling på det snævre marked (cellofan), men havde lige så klart en ikke-dominerende stilling på det bredere marked (fleksible indpakningsmaterialer). Det er bredt anerkendt at domstolen begik en fejl og afgrænsede markedet for bredt. Sagen er beskrevet yderligere i boks 1.

⁸ SSNIP står for Small, but Significant Non-transitory Increase in Prices. SSNIP-testen er den test som myndighederne traditionelt anvender når de afgrænser relevante markeder. Testen er beskrevet i Bilag 3 – Myndighedernes metode til at afgrænse relevante markeder.

⁹ United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391-92, 1956.

Boks 1: The Cellophane Fallacy

I 1956 begik the Supreme Court i USA en fejl i forbindelse med markedsafgrænsningen i en konkurrencesag (United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391-92, 1956). Retten afgrænsede – ved at anvende de rigtige metoder forkert – det relevante marked for bredt.

Sagen drejede sig om virksomheden du Ponts adfærd på markedet for cellofan. Retten annullerede en afgørelse fra konkurrencemyndigheden som afgrænsede det relevante marked snævert til cellofan alene. Retten valgte i stedet at afgrænse markedet bredere til markedet for 'flexible wrapping materials'.

Retten undersøgte krydspriselasticiteten mellem cellofan og de andre materialer og fandt at den var høj. På den baggrund konkluderede retten at cellofan var en del af et bredere relevant marked. Retten argumenterede for at fordi krydspriselasticiteten var høj, så ville en hypotetisk monopolist ikke kunne hæve prisen på cellofan med 5-10 pct. uden at miste så væsentlige markedsandele at prisstigningen ikke ville være rentabel. Denne argumentation var (og er) imidlertid fejlagtig og er i dag kendt under navnet *Cellophane Fallacy*. Det er enkelt at se hvorfor.

Lad os starte med at antage at cellofan ikke har væsentlige konkurrenter og derfor rent faktisk udgør sit eget relevante marked. Lad os endvidere antage at der er flere producenter af cellofan og at prisdannelsen på markedet for cellofan er underlagt virksom konkurrence. Hvis man i denne situation gennemfører en SSNIP-test, vil man finde en lille krydspriselasticitet og derfor korrekt konkludere at cellofan udgør sit eget relevante marked.

Nu var markedet for cellofan imidlertid stærkt koncentreret og den dominerende producent, *Du Pont*, bestemte reelt prisen på cellofan. I den situation var det rationelt for *Du Pont* at hæve prisen over et kompetitivt udgangspunkt netop fordi kunderne havde begrænsede substitutionsmuligheder – de andre materialer kunne kun i ringe grad erstatte cellofan. Dermed steg krydspriselasticiteten langsomt, men sikkert, fordi flere og flere kunder (normalt) vil falde fra når prisen stiger. Faktisk var det rationelt for *Du Pont* at hæve prisen netop så meget at hvis prisen steg yderligere, så ville den sidste prisstigning ikke være rentabel. Med andre ord ville *Du Pont* vælge at øge prisen lige til det niveau, hvor SSNIP-testen (fejlagtigt) ville forkaste et snævert relevant marked. SSNIP-testen er derfor følsom overfor koncentrationen på det relevante marked man undersøger – jo større koncentrationen på markedet er, jo bredere bliver markedet afgrænset, og jo mindre koncentration vil man kunne opservere.

Det er afgørende at SSNIP-testen gennemføres med udgangspunkt i de priser som ville have været gældende hvis konkurrencen havde været virksom. Såvel the cellofan fallacy som the power fallacy skyldes at man i afgrænsningen af det relevante marked tager udgangspunkt i de observerede priser og ikke i de priser som ville have været gældende hvis konkurrencen havde fungeret.

Det er generelt anerkendt at domstolen begik en fejl fordi markedet for cellofan var meget koncentreret. *Du Pont* havde i vid udstrækning mulighed for selv at sætte prisen som en monopolist, og satte prisen så yderligere stigninger nødvendigvis ville få mange forbrugere til at skifte til andre produkter. Dermed førte en naiv anvendelse af SSNIP-testen til en forkert beslutning, se fx Pitofsky (1990) eller Sabbatini (2001).

EU-Kommissionen anerkender også at udgangspunktet for SSNIP-testen ikke nødvendigvis er de faktiske priser på markedet hvis markedet ikke er underlagt tilstrækkelig konkurrence. Det korrekte udgangspunkt for SSNIP-testen er i sådanne tilfælde en lavere pris end den faktisk, observerede pris:

“Generally, [...] the price to take into account will be the prevailing market price. This might not be the case where the prevailing price has been determined in the absence of sufficient competition. In particular for investigation of abuses of dominant positions, the fact that the prevailing price might already have been substantially increased will be taken into account.” (EU-Kommissionen, 1997, side 4)

Lad os starte med at antage at el produceret i Vestdanmark ikke har væsentlige konkurrenter og derfor rent faktisk udgør sit eget relevante marked. Det kan for eksempel være i en situation hvor der er vandmangel i Norge, således at de marginale produktionsomkostninger for den

hydro-baserede norske el-produktion er meget højere end de marginale produktionsomkostninger i den termisk baserede danske el-produktion. I den situation er norsk produceret el ikke et reelt substitut for dansk produceret el.

Lad os endvidere antage at der er flere producenter af el i Vestdanmark således at markedet er underlagt en virksom konkurrence. Producenterne ville derfor producere *al* den el de kunne til hjemmemarkedet og til eksport til Norge. Der ville danne sig en eksportflaskehals på transmissionsforbindelsen til Norge, Vestdanmark ville blive afsnøret som et selvstændigt prisområde, og der ville danne sig en pris i nærheden af de danske marginale produktionsomkostninger som i dette tilfælde vil være betydeligt lavere end den norske pris.¹⁰

Hvis man i denne situation gennemfører en SSNIP-test, ville man finde at en hypotetisk monopolist kunne hæve prisen med 5-10 pct. uden at det ville føre til øget import af norsk produceret el. Der er el-knaphed i Norge, og prisen på det norske marked er langt over prisen på det vstdanske marked. Det er derfor ikke rentabelt at sende el til Danmark – heller ikke med en prisforhøjelse på 5-10 pct. Derfor udgør Vestdanmark sit eget relevante marked. Hvis man undersøgte priskorrelationen mellem Norge og Vestdanmark, ville man sandsynligvis også finde en lav korrelation der ville bekræfte konklusionen.

Nu er markedet for el i Vestdanmark imidlertid stærkt koncentreret og den dominerende producent, Elsam, bestemmer reelt udbuddet af el i Vestdanmark. I den situation er det rationelt for Elsam at reducere udbuddet og dermed hæve prisen fordi kunderne har begrænsede substitutionsmuligheder. Faktisk er det rationelt for Elsam at reducere udbuddet netop så meget at hvis prisen stiger yderligere, så ville denne sidste prisstigning ikke være rentabel. Med andre ord vil Elsam vælge at reducere udbuddet lige til det niveau hvor der ikke danner sig en flaskehals på transmissionsforbindelsen til Norge. Dermed vil prisen i Vestdanmark og Norge blive præcis den samme.

I denne situation vil SSNIP-testen – fejlagtigt – forkaste at Vestdanmark udgør sit eget relevante marked hvis den foretages på de faktiske priser i markedet. Årsagen er at Elsam ikke vil kunne hæve prisen uden at der strømmer import til Vestdanmark og med stor sandsynlighed gøre prisforhøjelsen uprofitabel. Norsk produceret el ville blive en substitut for el produceret i Vestdanmark. En korrelationsanalyse ville ligeledes vise en perfekt korrelation mellem priserne i Norge og Vestdanmark og kunne derfor – fejlagtigt – bruges til at argumentere for sammenhængende markeder.

SSNIP-testen er derfor også på el-markedet følsom overfor koncentrationen på det relevante marked man undersøger. Faktisk kan SSNIP-testens følsomhed overfor koncentration på det relevante marked være ekstra stor på det vstdanske (nordiske) el-marked.

Den måde det nordiske el-marked er indrettet på bevirker nemlig at Elsams incitament til at reducere udbuddet er ekstra store. Markedsdesignet indebærer at Elsam i en situation med flaskehalse afregner hele sit salg til Nord Pool, herunder eksport, til den lave vstdanske pris, men så snart flaskehalsen forsvinder, afregner Elsam hele sit salg til den meget højere norske pris. Der opstår derfor et potentielt meget stort spring i Elsams indtjening i det øjeblik udbuddet reduceres så meget at der netop ikke danner sig en flaskehals på transmissionsforbindelsen til Norge.

¹⁰ Medmindre produktionskapaciteten i Vestdanmark plus importen fra Tyskland ikke er tilstrækkeligt stor til at dække den vstdanske efterspørgsel og efterspørgslen efter eksport.

To ting kan adskille det vstdanske marked fra det nordiske i konkurrenceretlig forstand. Kun den første er i dag tilsyneladende anerkendt af konkurrencemyndighederne:

- (1) Importflaskehalse og
- (2) Forskellige produktionsomkostninger

Importflaskehalse isolerer det vstdanske marked fordi det ikke er fysisk muligt at transportere mere el til Vestdanmark. En forbruger har derfor ikke noget alternativ til Elsam's produktion uanset prisen. Importflaskehalse er afgørende for afgrænsningen af det relevante marked hvis fx produktionen i Norden er billigere end i Vestdanmark. Det kunne være i våd-år. Men de kan også være afgørende hvis Elsam selv kan påvirke om der forekommer flaskehalse. Importflaskehalse kan opstå ind i mellem og når de opstår, ændres det relevante marked. Hvis de ikke opstår, vil det vstdanske marked være en del af et større relevant marked fordi Elsam ikke vil kunne hæve prisen uden at tage højde for konkurrencen herfra – medmindre konkurrenternes produktionsomkostninger er højere end Elsam's.

Forskelle i produktionsomkostninger isolerer det vstdanske marked hvis produktionen på konkurrerende markeder er væsentligt dyrere end produktionen i Vestdanmark. Produktionen på de dyre markeder vil ikke udgøre en reel konkurrence til Elsam, og Elsam vil kunne hæve prisen betydeligt over sine egne marginale produktionsomkostninger uden at møde konkurrence. Det kunne fx være i tør-år hvor vandværdien på de norske vandkraftværker er meget høj. Hvis man ikke anerkender at forskelle i produktionsomkostninger kan adskille markeder, risikerer man at begå en Power Fallacy. Fordi vandværdierne ofte er stabile over i hvert fald kortere perioder, vil markedsafgrænsningen i en sådan situation være mere stabil over tid end når importflaskehalse afgrænser markedet.

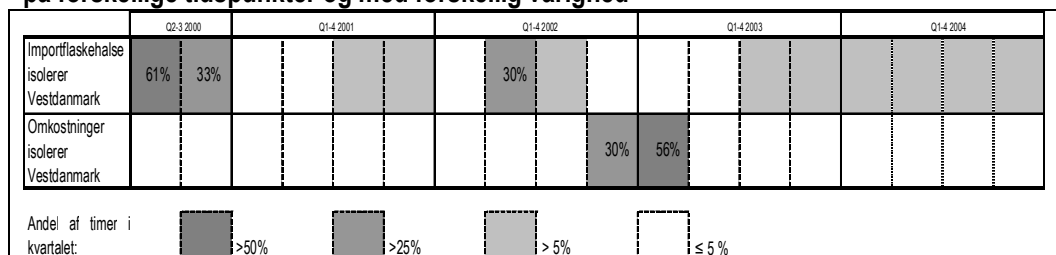
Udover at markedsafgrænsningen vil være mere stabil (over tid), når det er produktionsomkostninger frem for importflaskehalse som afgrænser markedet, vil importflaskehalse afgrænse markedet på andre tidspunkter (i andre situationer) end forskelle i produktionsomkostninger. Det er simpelthen fordi importflaskehalse opstår når produktionsomkostningerne i de omkringliggende markeder er *lavere* end Elsam's. Forskelle i produktionsomkostninger vil kun isolere Vestdanmark når produktionsomkostningerne på nabomarkedene er *højere* end Elsam's. At de to 'markedsdelere' er aktive på forskellige tidspunkter bekræftes af Figur 1 hvor vi har illustreret hvornår hhv. importflaskehalse og forskelle i produktionsomkostninger (som hovedregel) afgrænser Vestdanmark som et relevant marked adskilt fra Norden i perioden fra 20. juni 2000 til 31. december 2004. Vi har fordelt timerne på kvartaler.

I perioden november 2002 til marts 2003 bevirkede forskelle i produktionsomkostninger mellem de nordiske producenter og Elsam, at det vstdanske marked sandsynligvis i over halvdelen af timerne udgjorde et separat marked. Hvis konkurrencemyndighederne følger den hidtidige praksis og kun betragter flaskehalse i transmissionssystemet, vil det relevante marked blive afgrænset forkert (for bredt) i disse timer. Konkurrencemyndighederne vil begå en Power Fallacy.

Derfor fremstår 4. kvartal 2002 og 1. kvartal 2003 som mørke felter i figuren. I den resterende del af perioden var det udelukkende importflaskehalse som afgrænsede markedet. Timerne hvor importflaskehalse afgrænser markedet fordeler sig mere jævnt over perioden. Dog klumper en del af timerne sig sammen omkring 2. og 3. kvartal 2000 og 2. kvartal 2002. År 2000 var et meget vådt år, så de norske produktionsomkostninger (vandværdier) var meget lavere end normalt. Den norske pris var i gennemsnit lav (i 3. kvartal 70 DKK pr. MWh og i 4. kvartal 119 DKK) hvilket skabte massive transporter af el fra nord mod syd. I 2. kvartal 2002 var den (gennemsnitlige) norske pris igen relativt lav (efter en periode at have ligget over 150 DKK faldt den i kvartalet til 117 DKK). Importflaskehalse afgrænsede markedet i 14 pct. (5.539

timer) af alle timer i perioden mens forskelle i produktionsomkostninger afgrænsede markedet i 5 pct.¹¹

Figur 1: Importflaskehalse og produktionsomkostninger isolerer det vstdanske marked på forskellige tidspunkter og med forskellig varighed



Note: Importflaskehalse isolerer det vstdanske marked når den vstdanske pris er højere end den norske og svenske. Produktionsomkostninger når de norske og vstdanske priser er højere end 300 kr. og den vstdanske pris er mindre end eller lig med den norske.

Kilde: www.eltra.dk og egne beregninger.

Vi har på baggrund af offentligt tilgængelige tal forsøgt at skabe et overblik over hvor stor risikoen for at konkurrencemyndighederne begår en Power Fallacy er. Vi tager udgangspunkt i perioden fra november 2002 til oktober 2003. Hvor ofte vil konkurrencemyndighederne risikere at afgrænse det relevante marked for bredt fordi markedet i udgangspunktet er meget koncentreret? Vores fokus er fortsat på hvorvidt det vstdanske og norske marked tilhører det samme relevante geografiske marked (set fra Vestdanmark). Vi kan opstille tre grupper af timer som i Tabel 1. Så snart den vstdanske pris er mindre end eller lig med den norske pris, vil der være risiko for at begå en Power Fallacy. Hvis den vstdanske pris samtidig er høj, vil risikoen være større.

Tabel 1: Risiko for en Power Fallacy

Den vstdanske pris mindre end den norske	Risiko for Power Fallacy Omkostningerne afgrænser markedet
Den vstdanske pris lig den norske	Risiko for Power Fallacy Omkostningerne afgrænser markedet
Den vstdanske pris større end den norske	Ingen risiko for Power Fallacy Importflaskehalse afgrænser markedet

Med andre ord er der risiko for at afgrænse markedet for bredt når det er de relative produktionsomkostninger mellem områder der afgrænser det relevante marked (og ikke importflaskehalse). Det vil sige når der enten ingen flaskehalse er eller er eksportflaskehalse på transmissionsforbindelserne.

Vi vil analysere perioden fra november 2002 til oktober 2003 af to grunde. For det første er vinteren 2002/03 interessant fordi forskelle i produktionsomkostningerne med stor sandsynlighed markedsmæssigt adskilte det vstdanske marked fra resten af Norden. I denne periode fulgte den vstdanske pris ofte en meget høj norsk pris. For det andet er sommeren 2003 interessant fordi importflaskehalse i mange perioder isolerede Vestdanmark markedsmæssigt fra resten af Norden. I denne periode fulgte den vstdanske pris ofte en meget høj tysk pris.

¹¹ Bemærk at både importflaskehalse og produktionsomkostningerne afgrænser markedet asymmetrisk. Set fra den ene side af en transmissionsforbindelse, medfører importflaskehalse fra og høje produktionsomkostninger i naboområdet at producenter her ikke er reelle konkurrenter. Området vil derfor ikke indgå i det relevante geografiske marked. Men set fra den anden side vil konklusionen være en anden: Der er hverken importflaskehalse eller høje produktionsomkostninger i naboområdet, og området vil derfor være en del af det relevante geografiske marked. Størrelsen af markedet afhænger derfor af udgangspunktet for analyse.

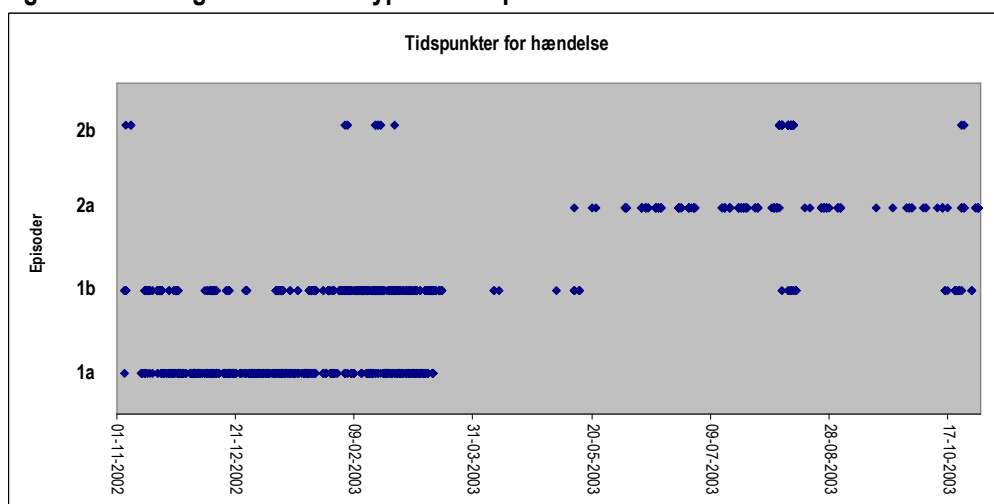
Vi identificerer igen to overordnede typer af timer (men denne gang i perioden 1. november 2002 til 31. oktober 2003): Timer hvor de relative produktionsomkostninger afgrænser markedet (type 1) og timer hvor markederne afgrænses af importflaskehalse (type 2). Disse timer svarer til et udsnit af timerne i Figur 1.

Vi starter med at identificere timer hvor den vstdanske pris klart overstiger Elsams marginale produktionsomkostninger. Vi har konservativt fastsat Elsams marginalomkostninger til 300 kr. pr. MWh. Reelt ligger den højeste marginalomkostning på termiske værker ofte (i den periode vi betragter) under 200 kr. pr. MWh. I perioden er der 2.236 timer af disse timer, svarende til 26 pct. Med udgangspunkt i disse timer har vi isoleret timer hvor den norske pris var ligeså høj eller højere end den vstdanske pris. I perioden er der 1.927 af sådanne timer, svarende til 22 pct. Til sidst har vi fordelt timerne alt efter om den vstdanske pris var mindre end (1.028 timer, 12 pct.) eller lig med (899 timer, 10 pct.) den norske pris. Der fremkommer dermed følgende typer af timer:

- (1a): Timer hvor den vstdanske pris er over 300 kr. pr. MWh, men mindre end den norske pris. Episoderne indeholder 1.028 timer eller til 12 pct. af timerne i perioden.
- (1b): Timer hvor den vstdanske pris er lig den norske pris og større end 300 kr. pr. MWh. Episoderne indeholder 899 timer svarende til 10 pct. af timerne i perioden.
- (2a): Timer hvor den vstdanske pris er større 300 kr. pr. MWh og den norske pris er mindre end 300 kr. pr. MWh. Episoderne indeholder 245 timer eller 3 pct.
- (2b): Timer hvor den vstdanske pris er større end den norske og hvor begge er større end 300 kr. pr. MWh. Episoderne indeholder 64 timer eller 1 pct.

Typerne (1a) og (1b) indeholder timer hvor elektriciteten primært bevæger sig fra syd mod nord hhv. med og uden flaskehalse. Det er de relative produktionsomkostninger der afgrænser markedet i disse timer. (2a) og (2b) indeholder timer hvor elektriciteten primært bevæger sig fra nord mod syd og der opstår flaskehalse på forbindelsen fra Norge ved norske priser der er hhv. mindre eller større end 300 kr. pr. MWh. Eksistensen af importflaskehalse bestemmer det relevante marked i disse timer. Alle timerne er vist i figur 2. Vi kan se at type 1-timerne primært forekommer i vinterhalvåret og type 2-timerne primært i sommerhalvåret. Figuren er lidt misvisende idet der er langt flere timer af type 1 end af type 2 i den periode som vi betragter her.

Figur 2: Fordeling af timerne af type 1a-2b i perioden nov. 2002 til dec. 2003



Note: 1a: $PNO > PVDK > 300$, 1b: $PNO = PVDK > 300$, 2a: $PVDK > 300 > PNO$, 2b: $PVDK > PNO > 300$. PVDK er Nord Pool prisen i Vestdanmark. PNO er Nord Pool prisen i Sydnorge.
 Kilde: www.eltra.dk og egne beregninger.

Især i timerne af *type 1b* vil der være risiko for at afgrænse markedet for bredt hvis man ikke erkender at de relative produktionsomkostninger spiller den afgørende rolle. Det vil sige timer hvor der var en høj vstdansk elpris og ingen eksportflaskehals til Norge. Det skyldes at relevante markeder generelt af konkurrencemyndigheder er blevet afgrænset som fælles i timer uden flaskehalse. Antallet af disse timer er relativt stort. I den periode som vi betragter (november 2002 til oktober 2003), var der i alt 899 af sådanne timer. Det svarer til ca. 10 pct. af årets timer. Men timerne koncentrerer sig om vinteren 2002/03 hvor de udgør ca. 25 pct. Prisen lå i disse timer omkring et gennemsnit på lige under 400 kr. pr. MWh – hvilket er et godt stykke over Elsams marginale produktionsomkostninger og 100 kr. over den tyske pris i de samme timer. I disse timer er der risiko for at myndighederne begår en Power Fallacy hvis de ikke anerkender at forskelle i produktionsomkostninger kan opdele markeder. Hvis de afgrænser det relevante marked bredt til at omfatte både Norge og Vestdanmark og Elsams marginale produktionsomkostninger rent faktisk er mindre end de 300 kr. pr. MWh, vil myndighederne have begået en Power Fallacy.

Men også i timerne af *type 1a* vil der være en risiko for at myndighederne afgrænser markedet for bredt. Men hidtil har myndighederne afgrænset snævre relevante markeder i tilfælde af flaskehalse – både import- og eksportflaskehalse. Altså vil de afgrænse det relevante marked snævert (Vestdanmark) i de timer hvor der er eksportflaskehalse fra Vestdanmark til Norge. I det tilfælde kan resultatet være korrekt – markedet bør måske afgrænses snævert – men metoden er forkert fordi det ikke er eksportflaskehalsen der i givet fald afgrænser markedet. Eksportflaskehalsen påvirker prisdannelsen på Nord Pool, men ikke markedsafgrænsningen. Det er kun importflaskehalse der er relevante for markedsafgrænsningen (jf. fodnote 11). I timer hvor de norske produktionsomkostninger er meget højere end Elsam, vil det være de relative produktionsomkostninger der er relevante. Importkapaciteten er som regel ikke brugt fuldt ud, men der er ikke konkurrencedygtig produktionskapacitet i Norge. Hvis myndighederne skelner mellem import- og eksportflaskehalse og afgrænser markederne som sammenhængende fordi der ikke er importflaskehalse (men eksportflaskehalse), vil de begå en Power Fallacy hvis Elsam produktionsomkostninger er væsentligt mindre end de norske produktionsomkostninger.

I de allerfleste timer hvor den vstdanske pris var høj, men mindre end den norske (og der altså var eksportflaskehalse), var den vstdanske pris fortsat relativt tæt på den norske. I 63 pct. af timerne var den vstdanske pris under 10 pct. mindre end den norske, jf. Tabel 2. Hvis konkurrencemyndighederne anvender SSNIP-testen på de observerede priser, vil de (sandsynligvis) afgrænse markedet for bredt i disse timer. En prisstigning på 10 pct. fra dette (høje) niveau vil vende strømmen og kun sjældent være rentabelt for Elsam. Derfor kan konkurrencemyndighederne – fejlagtigt – vurdere at markedet er større end Vestdanmark. I 88 pct. af timerne var den vstdanske pris under 20 pct. mindre end den norske.

Tabel 2: Fordelingen af timer med risiko for Power Fallacy

PVDK \leq PNO og PVDK $>$ 300	1.927 timer
• Heraf PVDK $<$ PNO (1A)	1.028 timer (53 %)
- PVDK under 10 pct. mindre end PNO	646 timer (63 %)
- PVDK mellem 10 og 20 pct. mindre end PNO	257 timer (25 %)
• Heraf PVDK=PNO (1B)	899 timer (47 %)

Kilde: www.eltra.dk og egne beregninger.

Langt de fleste timer med høje vstdanske priser, som var lig med eller mindre end de norske priser (timerne af *type 1a* og *1b* i Figur 2), finder vi i vinteren 2002/03 (1.875 ud af 1.927). Her udgjorde disse timer halvdelen af det samlede antal timer (1.875 ud af 3.624). Især i februar 2003 var der mange (533). Vinteren var ekstraordinært tør. Derfor var de norske priser meget høje hele vinteren og de vstdanske priser fulgte i vid udstrækning med op – i nogle timer med en pris der lå under og i andre en pris lig den norske. Den gennemsnitlige norske pris var i

denne vinter 418 kr. pr. MWh. I vintrene 2000/01, 2001/02, 2003/04 var priserne i gennemsnit mellem 160 og 230 kr. pr. MWh.

Vi har ikke brugt plads på timerne af typerne 2a og 2b som indeholder timer hvor der har været importflaskehalse fra Norge. Det skyldes at myndighedernes analyse af disse timer er konsistent med SSNIP-testen. Det er anerkendt af EU-Kommissionen og de nordiske konkurrencemyndigheder at Norge og Vestdanmark ikke er en del af det samme relevante geografiske marked i timer med importflaskehalse.

Power Fallacy argumentet kan overføres på en analyse af om Tyskland og Vestdanmark tilhører det samme relevante marked.

Men indtil nu har det været fast praksis at afgrænse Vestdanmark og Tyskland som to adskilte markeder. Da Power Fallacy argumentet anvendes til at frakoble to markeder, som man fejlagtigt tror, hænger sammen, er diskussionen ikke relevant. Men hvis det vestdanske og det tyske marked med tiden udvikler sig så der kan afgrænses et fælles marked, skal konkurrencemyndighederne være opmærksomme på The Power Fallacy. Ifølge Eltra bør konkurrencemyndighederne behandle forbindelsen til Tyskland – som handelen fungerer nu – på samme vilkår som forbindelsen til Norge.

2.2 Den tidsmæssige dimension

For at afgrænse det relevante marked skal vi som udgangspunkt identificere de produkter og de geografiske områder som er med til at begrænse mulighederne for at producenter af el i Vestdanmark kan opføre sig uafhængigt på markedet, og for eksempel bestemme at prisen på el bliver høj. Vi læner os her op af de fundamentale principper for markedsafgrænsning gengivet i Bilag 3. Hvis et produkt (for eksempel æbler) eller et geografisk område (for eksempel Øst Timor) ikke er en del af det relevante marked, siger vi samtidig at vi med sindsro kan ignorere enhver markeds-mæssig påvirkning fra disse markeder i vores undersøgelse af konkurrencen på markedet for en gros el i Vestdanmark.

En forudsætning for at afgrænse markeder på den måde (som vi gør her og som konkurrencemyndighederne har gjort i en lang række sager) er at det relevante marked har en tidsmæssig dimension udover den traditionelle produktmæssige og geografiske dimension, i det vestdanske eksempel enkelttimer. Tidsdimensionen betyder at vi kan definere et særskilt relevant marked i én bestemt time, men et andet i den næste. Det kan have afgørende betydning for den vurdering vi i sidste ende skal lave: Om priserne på det relevante marked for produktion af el er usædvanligt høje i forhold til de priser vi ville forvente i en situation med virksom konkurrence.

Det er nemt at indse hvorfor tidsdimensionen er vigtig hvis man fx forestiller sig et marked hvor de marginale produktionsomkostninger i alle døgnets timer er lig med 10. Det betyder at vi forventer en markedspris tæt på 10 i hver enkelt time hvis der er virksom konkurrence. Antag nu at vi (i overensstemmelse med virkeligheden) kan iagttage en enkelt time i døgnet hvor prisen er meget høj, for eksempel 35, mens prisen i alle andre timer er 11, altså tæt på de marginale produktionsomkostninger. Hvis markedet *ikke har* en tidsmæssig dimension, beregner vi en gennemsnitspris på 12.¹² Det er stadig meget tæt på de marginale produktionsomkostninger og næppe nok til at påstå at prisdannelsen er usædvanlig. Hvis markedet *har* en tidsmæssig dimension, definerer vi et relevant marked for hver enkelt time og kan særskilt undersøge om prisdannelsen i timen med den høje pris er usædvanlig. Der er nu langt større sandsynlighed for at man (korrekt) kan konkludere at prisdannelsen er usædvanlig, når man sammenligner den høje pris på 35 med de marginale produktionsomkostninger på 10.

¹² 23 timer gange 11 plus 1 time gange 35 divideret med 24

Vi må derfor afgøre om det relevante marked for produktion og salg af en gros el har en tidsmæssig dimension. Vi vil afgøre dette ved at gå tilbage til SSNIP-testen¹³ og undersøge på hvilken måde de grundlæggende antagelser om substitution på efterspørgsels- og udbudssiden, der ligger til grund for testens funktionsmåde, kan bringes i anvendelse i den tidsmæssige dimension. Vi vil også undersøge hvorfor det er nødvendigt at anvende en tidsdimension netop i el-sektoren og ikke i de fleste andre sektorer og vise hvorledes man empirisk kan genkende sektorer hvor det kan være relevant at inkludere en tidsmæssig dimension. Her præsenterer vi kort vores konklusioner og analyse. Bilag 1 indeholder en grundig analyse af tidsmæssig udbuds- og efterspørgselssubstitution.

Vi konkluderer at der er meget stærke grunde til at det relevante marked i el-sektoren bør have en tidsmæssig dimension, i det konkrete tilfælde timer, og at dette er karakteristisk, men ikke nødvendigvis unikt, for el-sektoren. Der findes andre sektorer hvor det også er relevant. Det gælder især for sektorer med begrænsede muligheder for at lagre over tid, for eksempel landbrugsvarer med kort holdbarhed.

Der er to væsentlige årsager til at det relevante marked i el-sektoren bør have en tidsmæssig dimension. *For det første* er det ikke økonomisk rentabelt (med de nuværende teknologier) at lagre el produceret i én time og bringe det til markedet i en anden time. Der er ingen udbudssubstitution over tid. Det er muligheden for at lægge en vare på lager der i mange andre sektorer udligner priserne mellem tidsperioder, og gør det irrelevant at operere med en tidsmæssig dimension. Det er også de manglende muligheder for lagring der kan gøre det relevant at have en tidsmæssig dimension på det relevante marked for landbrugsvarer med kort holdbarhed.¹⁴

Hvis man kan lagre varer over tid, vil det udjævne priser over tid. Hvis markedet af en eller anden grund forventer en højere pris i en bestemt tidsperiode i fremtiden, vil det være rationelt for producenterne at producere til lager og kaste lageret på markedet i den pågældende periode. Det vil presse prisen ned og derfor bevirke en tendens til at priser udjævnes over tid. Det er derfor karakteristisk at markeder uden lagringsmuligheder har meget større temporal variation i priserne end markeder med lagringsmuligheder. Omvendt kan meget store prisvariationer over tid i sig selv være en indikation på at det kan være relevant at inkludere en tidsmæssig dimension i det relevante marked.

For det andet er en stor del af den danske efterspørgsel efter el låst fast i bestemte forbrugsmønstre – på bestemte tidspunkter. Der er derfor heller ingen efterspørgsels-substitution over tid. Husholdninger, der står for 40 pct. af den samlede efterspørgsel, skal bruge el på bestemte, traditionsbundne tidspunkter: Folk står op, går i bad, laver aftensmad og slukker lyset på det samme tidspunkt. Derudover udgør elregningen en beskedent del af det samlede forbrug så det er begrænset hvor meget husholdninger vil reagere, selv på relativt store prisforskelle. Endelig er det i dag alt for dyrt at lade husholdninger afregne (dynamisk) med forskellige timepriser fordi det kræver særligt udstyr.¹⁵ Tilsvarende er danske virksomheder typisk små og omkostningerne til el beskedne. Meget få virksomheder har mulighed for at reducere deres el-forbrug i timer med høje priser enten fordi det ikke er rentabelt at have alternative nødstrømsanlæg eller fordi de ikke normalt har produktion på timer med lave priser. Ifølge Eltra er el-markedets samlede efterspørgsel elasticitet meget tæt på nul.

¹³ SSNIP er en forkortelse for *Small, but Significant non-transitory Increase in Prices*. SSNIP-testen er beskrevet i Bilag 3.

¹⁴ Globalisering har dog i væsentlig omfang udjævnet behovet for en tidsmæssig dimension i det relevante marked for fødevarer med kort holdbarhed. Ikke fordi man er blevet bedre til at lagre, men fordi man i dag kan importere fødevarer fra fjertliggende lande, der har sæsonen spredt udover hele året.

¹⁵ Tre-tidstariffen var ikke en dynamisk afregningsform fordi priserne var faste (tre faste tariffer over døgnet) – de afspejlede ikke løbende den faktiske timepris.

Vi konkluderer at den relevante tidsenhed på det vstdanske marked er timer. Tidsenheden "time" er overvejende bestemt af markedets institutionelle setup.

I England er den relevante tidsenhed "halvtimer" fordi der dannes en pris for hver halve time døgnet rundt. Det betyder at den mindste tidsmæssige enhed hvor det kan være relevant at definere et særskilt marked er den enkelte time, men det betyder ikke at det altid er nødvendigt at definere og behandle et særskilt marked for hver enkelt time i den periode man undersøger. Tidsdimensionen har nemlig kun praktisk betydning for det relevante marked hvis markedsafgrænsningen i den produktmæssige eller geografiske dimension kan ændre sig mellem to timer.

Hvis det *ikke* er tilfældet at markedsafgrænsningen kan ændre sig fra time til time, vil man nok have en række tidsmæssigt adskilte markeder, men da det er de samme produkter der konkurrerer inden for præcis det samme geografiske område, er markedssituationen i princippet den samme i hver enkelt time. Hvis én producent har en stor markedsandel i én time, har den samme producent også en stor markedsandel i alle andre timer. Det betyder at konkurrencemyndigheder af praktiske grunde kan vælge at betragte og behandle denne gruppe af timer under den samme hat. For eksempel kan mange nattetimer mellem klokken 20:00 og 08:00 ofte behandles som identiske timer med relativt lav efterspørgsel, ensartet udbudsstruktur og konstante markedsandele.¹⁶

Men hvis det er tilfældet at markedsafgrænsningen kan ændre sig fra time til time, kan der være timer hvor enten den produktmæssige eller geografiske afgrænsning er forskellig fra time til time. I denne sammenhæng er det den geografiske afgrænsning der er mest relevant. Det kan for eksempel dreje sig om én time hvor en transmissionslinje tillader import af el fra producenter i et andet geografisk område, men hvor den samme transmissionslinje er fyldt op i næste time, fordi efterspørgslen overstiger kapaciteten, og derfor ikke tillader yderligere import af el. I den første time kan det være relevant at afgrænse et bredt geografisk marked, i den anden time et snævert relevant marked. Når markedsafgrænsningen er forskellig fra time til time betyder det også at markedsandele og derfor dominans kan variere fra time til time.

2.3 Dominans og væsentlighed

En korrekt vurdering af Elsams stilling på det relevante marked, som vi har defineret det her, forudsætter at vurderingen af dominans ikke udelukkende baseres på hvor længe dominansen er opretholdt, men også på hvor stor effekt dominansen har på markedet. Men vi kan ikke være sikre på at en domstol rent faktisk vil anlægge denne – korrekte – betragtning.

Lad os for eksempel antage at vi i et konkret tilfælde definerer et snævert relevant marked i 100 enkelttimer der ligger spredt ud blandt årets 8.760 timer, og et andet og bredere relevant marked i alle andre timer. På baggrund af denne definition finder vi ud af at en bestemt virksomhed har en markedsandel på 80 pct. på det snævert definerede marked, men en langt lavere markedsandel på 5 pct. i det bredt definerede marked. Kan vi nu med sikkerhed konkludere at virksomheden er dominerende på det snævert definerede marked og at denne konklusion kan bruges som grundlag i en sag om misbrug af dominerende stilling?

Nej, det kan vi ikke med sikkerhed fordi EF-domstolen i Hoffman-La Roche-sagen¹⁷ fra 1979 – en sag vedrørende vitaminer – lagde vægt på at dominansen skal have en vis væsentlighed. Konkurrencemyndighederne bør altid anlægge et væsentlighedskriterium. Udfordringen i vores sag bliver hvordan kriteriet skal implementeres i el-markedet.

¹⁶ Når timerne af praktiske grunde behandles sammen betyder ikke at de udgør et fælles relevant marked, men at det relevante marked i de enkelte timer er det samme og at timer derfor med fordel kan behandles sammen.

¹⁷ Hoffman-La Roche mod Kommissionen, dom af 13. februar 1979, sag 85/76

I Hoffman-La Roche-sagen fandt EF-domstolen at væsentlighedskriteriet bestod i at Hoffman-La Roches høje markedsandel skulle være af en vis størrelse og opretholdes over en vis periode. De europæiske konkurrencemyndigheder refererer ofte tilbage til denne dom i forbindelse med vurderingen af dominans, jf. Boks 2. Domstolen foretog i sagen en afvejning af hvor væsentlig den dominerende stilling var:

Hvis en virksomhed skal kunne stemples som dominerende, er det ifølge domstolen tilstrækkeligt hvis virksomheden har en høj markedsandel og at denne er fastholdt over en vis periode. Det er ikke et krav at markedsandelen skal være stabil.

Andre iagttagere har også argumenteret for at markedsandele skal være opretholdt gennem et vist stykke tid før disse i sig selv kan anvendes som argument for dominans (Bellamy and Child, 2001; Lundgaard Hansen et al, 1998; Christensen et al, 2003; Koktvedgaard, 2003 og Levinsen, 2001).

Boks 2: Oprindelsen af varighedskriteriet for dominans

I deres vurdering af dominans refererer de europæiske konkurrencemyndigheder ofte tilbage til en domstolsafgørelse fra 1979, jf. Fejø (2003). Domstolen definerede en dominerende stilling som:

“... a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the Power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers. Such a position does not preclude some competition ... but enables the undertaking which profits by it, if not to determine, at least to have an appreciable influence on the conditions under which competition will develop, and in any case to act largely in disregard of it so long as such conduct does not act to its detriment.” (Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, 85/76, 13. februar 1979, præmis 4. som fx citeret i IV/30.698 – ECS/AKZO, 14. december 1985.)

Konkurrencestyrelsen refererer også til domstolens definition, se fx ”Forbrugerkontakts klager over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling”, 3/1120-0100-0974/ISA/CHJ/LBR, Konkurrencestyrelsen 2004, afsnit 82.

I domstolens afgørelse i Hoffmann-La Roche behandles varigheden af en dominerende stilling i forbindelse med beviser for dominans. Afgørelsen nævner forskellige beviser som kan anvendes i vurderingen af dominans (og nævner også nogle der ikke kan). Ofte skal der flere beviser til. Dog vil det være et *tilstrækkeligt* bevis på dominans hvis en virksomhed kan opretholde en meget høj markedsandel på det relevante marked i nogen tid (*“for some time”*), jf. følgende citat:

“... although the importance of the market shares may vary from one market to another the view may legitimately be taken that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position.

An undertaking which has a very large market share and holds it for some time, by means of the volume of production and the scale of the supply which it stands for - without those having much smaller market shares being able to meet rapidly the demand from those who would like to break away from the undertaking which has the largest market share - is by virtue of that share in a position of strength which makes it an unavoidable trading partner and which, already because of this secures for it, at the very least during relatively long periods, that freedom of action which is the special feature of a dominant position.” (Hoffmann-La Roche, præmis 41).

Der står ikke noget sted i afgørelsen at det er en *forudsætning* for dominans at den dominerende stilling kan opretholdes over en vis periode.

Både EU-Kommissionen samt de danske og norske konkurrencemyndigheder har afgjort sager i el-sektoren der eksplicit anvender en tidsmæssig dimension. Men der er ingen domstols-afgørelser i el-sektoren der kan underbygge at det *juridisk* er en korrekt måde at afgrænse markedet eller implementere væsentlighedskriteriet på el-markedet.

Vi konkluderer at det er logisk og korrekt når domstolen lægger vægt på at der skal anlægges et væsentlighedskriterium ved vurderingen af dominans men at fortolkningen af kriteriets anvendelse på el-markedet ikke er klar.

Der er flere måder hvorpå man kan angribe denne usikkerhed. *For det første* kan man forlade sig på at hvis Domstolen fik en konkret sag i el-sektoren, så ville den erkende at el-sektoren adskiller sig fra andre sektorer og at man derfor skulle omdefinere begrebet væsentlighed til også at omfatte regelmæssigt forekommende enkelttimer eller grupper af enkelttimer. Hvad der taler for dette er at Kommissionen og konkurrencemyndigheder i flere lande er enige i at det er relevant at anvende en tidsdimension i el-sager. Hvis man ønsker at øge sandsynligheden for dette udfald kan man ved at gennemføre og offentliggøre analyser udvikle og styrke argumentationen for at det er nødvendigt at have en tidsdimension. Det kan denne analyse være et eksempel på. Et andet eksempel er hentet fra England, hvor regulatorer og konkurrencemyndigheder er gået sammen om at lave en officiel vejledning (OFGEM 2001) til hvordan den engelske konkurrencelov skal anvendes i el-sektoren.

Vejledningen fremhæver en række forhold som er meget relevante for konkurrenceanalyser på engrosmarkederne for elektricitet og som kan påvirke den måde konkurrenceloven anvendes på. De engelske myndigheder vurderer bl.a. at de særlige karakteristika ved el-markedet bevirker at reelle substitutionsmuligheder bør analyseres og at indirekte indikatorer på markedsagt, såsom markedsandele, ikke er så relevante på el-markedet. Myndighederne fremhæver i meddelelsen af en relativt lille virksomhed på el-markedet kan have markedsagt.

Hvis man ikke tør forlade sig på at domstolene vil anerkende el-markedets specielle karakteristika, kan man *for det andet* overveje at indføre særlige sektorspecifikke regler, der udtrykkeligt udvider begrebet dominans til også at kunne omfatte timer, der ikke nødvendigvis hænger sammen eller som hænger sammen i små klynger. Det er den løsning som den engelske regulator, OFGEM, valgte at fremme ved at foreslå at el-producenter fremover, som en del af deres licensbetingelser, skulle forpligte sig til at opfylde de såkaldte Market Abuse License Conditions (MALC), jf. OFGEM 1999(a) og OFGEM 1999(b). Historien om MALC er interessant hvorfor vi kort har refereret den i boks 3. Ved at opstille betingelser fx som MALC-betingelserne kan myndighederne operationalisere væsentlighedskriteriet på el-markedet.

Boks 3: The Market Abuse Licence Condition, MALC

På baggrund af bl.a. en undersøgelse af priserne på en gros el-markedet i juli 1999 foreslog den engelske regulator for el- og gasmarkederne, OFGEM, i oktober 1999 at særlige betingelser blev indført i syv store el-producenters licenser (OFGEM 1999a og OFGEM 1999b). OFGEM har siden introduktionen af The Pool i 1990 været opmærksom på producenternes adfærd på markedet og har løbende analyseret prisdannelsen i perioder hvor prisdannelsen tilsyneladende ikke har været styret af udbud, efterspørgsel eller andre underliggende markedsforhold. (Competition Commission, 2000).

Undersøgelsen fra juli 1999 viste ifølge OFGEM at en gros priserne på markedet (the Pool) var usædvanligt høje i første del af juli 1999. De høje priser skyldtes i henhold til OFGEM to ting. For det første havde to store prissættende producenter, National Power og PowerGen, øget prisen på deres udbud af kulkraft på markedet. For det andet var en betydelig andel af produktionskapaciteten ude af drift i forbindelse med sommervedligeholdelse, og der forekom en del nedbrud. Begge dele har medvirket til at presse markedsprisen i vejret (OFGEM 1999b).

OFGEM konstaterede at: *“[o]ne difficulty in dealing with the exercise of market Power arises from the complexity of the price setting rules in the Pool. Changes to the Pool rules may sometimes be effective in preventing certain types of abusive behaviour, but the result can*

often be that the abuse of market Power simply re-emerges in another form. In part this is because the trading arrangements are not the only source of market Power in electricity generation. Other factors contributing to market Power are relatively inelastic supply and demand, particularly close to real time, and the non-storability of electricity." (OFGEM 2000, side 3)

OFGEMs løsning var at indbygge betingelser i el-producenternes licenser som forbød producenter med *substantial market Power* at misbruge markedsmagt. OFGEM definerer en producent med *substantial market Power* som en producent der har "the ability to bring about, independently of any changes in market demand or cost conditions, a substantial change in wholesale electricity prices" (OFGEM 2000, side 5). Hvorvidt en prisændring er *substantial* afhænger dels af over hvor lang tid prisændringen forekommer og dels af hvor stor prisændringen er. Både en stor prisændring en gang i mellem og en lille prisændring over en længere periode kan være *substantial*. Som eksempel nævner OFGEM at en producent vil have *substantial market Power* hvis den ved sin adfærd kan ændre prisen med

- 5 pct. eller mere for en akkumuleret periode på mere end 30 dage (1440 tidsperioder, halve timer) set over et år;
- 15 pct. i 480 halve timer set over et år (svarende til 10 dage) eller
- 45 pct. i 160 halve timer set over et år (svarende til ca. 1 pct. af tiden).

OFGEM fremhæver at adfærden ikke nødvendigvis skal ses over en sammenhængende periode, men kan ses over akkumulerede enkeltperioder. Det skyldes at producenternes markedsmagt kan skifte fra den ene halvtime til den anden fordi el ikke kan lagres. Ændringer i prisen kan både forekomme gennem kontrol med den prisbestemmende produktionsblok i en given halvtime og gennem kontrol med produktionsblokke som kan påvirke hvilke andre blokke der bliver prisbestemmende.

Ifølge forslaget er det ikke forbudt at have eller bruge *substantial market Power*, men kun at misbruge den. OFGEM nævner tre former for misbrug (men betragter ikke listen som udtømmende):

- Adfærd som har til hensigt at udnytte mangler eller "huller" i markedsreglerne og som væsentligt forøger systemoperatørens omkostninger. Der er her tale om misbrug af markedsmagt på markedet for balancekraft hvor systemoperatørerne er store efterspørgere fordi de har ansvaret for at holde systemet i balance hele tiden.
- Begrænsning – uden god grund – af tilgængelighed af produktionskapacitet så en gros prisen på elektricitet stiger. Begrænsningen kan enten være som følge af manglende udbud af kapacitet eller bud af kapacitet til høje priser uden sammenhæng med omkostninger og lukning eller "mølposelægning" af kapacitet.
- Prisdiskriminering mellem perioder så elprisen varierer urimeligt meget mellem perioder med ellers ens efterspørgselsforhold og omkostningsforhold. Dette kompliceres hvis producenterne kan udbyde el til forskellige priser på samme tidspunkt fx hvis der eksisterer flere parallelle markeder med forskellige kontraktlængder.

Fem producenter (Magnox Electric, TXU Europe, Edison Mission Energy, National Power/Innogy og PowerGen) accepterede i april 2000 at indføre MALC i licenserne mens to (AES og British Energy) var modvillige (Newbery 2003). Sagen omkring de to modvillige producenter blev indbragt for *the Competition Commission* som blev bedt om at vurdere (lidt forsimplet) om det ville føre til højere elpriser hvis MALC ikke blev indført i de to producenters licenser.

I december 2000 offentliggjorde *the Competition Commission* sin vurdering af AES/British Energy-sagen. Kommissionen vurderede ikke at det ville føre til højere elpriser hvis AES og British Energy undlod at tilpasse sine licenser til MALC. For det første fordi en stor del af AES' produktion var solgt på lange kontrakter og AES derfor ikke havde et væsentligt incitament til at manipulere pool-prisen. For det andet fordi ca. 90 pct. af British Energy's produktion kom fra uflexible A-kraftværker hvor en adfærd i strid med MALC ville være dyr. Overordnet vurderede Kommissionen at de nye markedsregler (NETA), som ville blive indført 3 måneder efter afgørelsen (27. marts 2001), skulle have en chance for at virke. (Competition Commission, 2000).

Allerede i juli 2000 gennemførte OFGEM den første undersøgelse i henhold til MALC-betingelserne og fandt at Edison for det første havde *substantial market Power* og for det andet at Edison brugte den til forbrugernes ulempe. Ifølge OFGEM havde Edison uretmæssigt tilbageholdt kapacitet (Newbery 2003). OFGEM foretog sig ikke yderligere end at konstatere overtrædelsen af MALC.

Siden introduktionen af NETA er marksedsreglerne løbende justeret for fx at forbedre de små producenters handlemuligheder, jf. www.ofgem.gov.uk. Det endnu for tidligt at vurdere om NETA er en succes. I en analyse af elpriserne efter NETA's introduktion, konkluderes det at (1) Mange ting ændrede sig samtidig med NETA's introduktion – koncentrationen og brændselspriserne faldt, (2) Priserne ville være faldet også under det gamle Pool-regime, (3) Priserne ser ud til at være faldet på grund af NETA i 2002 og (4) Priserne ser dog ud til at være steget igen efterfølgende. (Green 2004)

3 Litteratur

Areeda, Phillip og Donald F. Turner. 1978: "Antitrust Law".

Bellamy, Christopher og Graham D. Child. 2001: "European Community Law of Competition". 5th ed. Sweet & Maxwell.

Christensen, Andreas, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjemborg, Jan Magne Langseth, Sune T. Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl og Jens Schovsbo. 2003: "Konkurrenceretten i EU". 1. DJØF Forlag.

Competition Commission. 2000: "AES and British Energy – A report on references made under section 12 of the Electricity Act 1989". December 2000. http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2001/453elec.htm

Copenhagen Economics. 2003: "Relevant markets in the Nordic area". Oktober 2003. www.nordel.org.

Copenhagen Economics. 2004: "The internal market and the relevant geographical market". Rapport udarbejdet for EU-Kommissionen. Enterprise Papers no 15 – 2004.

Decker, Chris og Tim Keyworth. 2002: "Competition law and commodity markets: The case of wholesale electricity". Economic Affairs December 2002. Institute of Economic Affairs.

EU-Kommissionen. 1997: "Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition Law". 9. december 1997.

Fehr, Nils-Henrik von der og David Harbord. 1998: "Competition in Electricity Spot Markets" Economic Theory and International Experience. February.

Fejøl, Jens. 2003: "EU-Konkurrenceret – Almindelig Del". Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Fisher, Franklin M. 1987: "Horizontal Mergers: Triage and Treatment". The Journal of Economic Perspectives. Vol. 1, No. 2 (Autumn, 1987). 23-40.

Green, Richard. 2004: "NETA and Electricity Prices". The University of Hull, <http://www.econ.cam.ac.uk/electricity/news/autumn04/green.pdf>

Harbord, David og Natalia Fabra. 2001: "Market Power in Electricity Markets: Do Electricity Markets Require Special Regulatory Rules?".

- Koktvedgaard, Mogens. 2003: "Lærebog i Konkurrenceret". 5. udgave. DJØF Forlag.
- Konkurrencestyrelsen. 1998: "Vejledning om forbud mod misbrug af dominerende stilling".
- Konkurrencestyrelsen. 2003(a): "Konkurrenceredegørelse 2003".
- Konkurrencestyrelsen. 2003(b): "Redegørelse om anvendelse af konkurrenceloven til sikring af udbud af driftsklar elproduktionskapacitet". Oktober 2003.
- Konkurrencestyrelsen. 2004: "Forbrugerkontakts klager over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling", 3/1120-0100-0974/ISA/CHJ/LBR, 2004.
- Levinsen, Kirsten. 2001: "Konkurrenceloven med kommentarer". DJØF Forlag.
- Lundgaard Hansen, Kim, Lars Kjølbjerg og Henrik Saugmandsgaard Øe. 1998: "EU Konkurrenceretten". 1. udg. GadJura.
- Motta, Massimo. 2004: "Competition Policy – Theory and Practice". Cambridge University Press.
- Møllgaard, H. Peter og Claus Kastberg Nielsen. 2003: "The Competition Law & Economics of Electricity Market Regulation". European Competition Law review. 25(1): 37-43
- Newbery, David. 2003: "The relationship between regulation and competition policy for network utilities". Papir skrevet til konferencen "How should competition policy transform itself? Designing the new competition policy" afholdt 20. November 2003 i Japan.
- Nordic Competition Authorities. 2003: "A Powerful Competition Policy – Towards a more coherent competition policy in the Nordic market for electric power". No. 1/2003.
- Office of Fair Trading. 1998: "The Competition Act 1998 – Market Definition". March 1998.
- OFGEM. 1999(a): "Rises in Pool Prices in July. Decision document". October 1999. www.ofgas.gov.uk/ofgem
- OFGEM. 1999(b): "OFGEM consultation on rises in pool prices in July. Consultation document". 30 October 1999. www.ofgas.gov.uk/ofgem
- OFGEM. 2000: "The Prevention of Wholesale Market Abuse: Guidelines for Generators". January 2000. www.ofgas.gov.uk/ofgem
- OFGEM. 2001: "The competition act 1998 – The application in the energy sector". OFT 428. March 2001. www.ofgas.gov.uk/ofgem
- Pitofsky, Robert. 1990: "New definitions of relevant market and the assault on antitrust". The Columbia Law Review 90. November 1990.
- Sabbatini, Pierluigi. 2001: "The Cellophane and Merger Fallacies Again". 24 May. <http://ssrn.com/abstract=271113>
- Stoft, Steven. 2002: "Power System Economics – Designing Markets for Electricity". IEEE Press.

U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. 1997: "Horizontal Merger Guidelines", 8. april 1997.

US Department of Justice : "US Department of Justice v. Enova Corporation", Case Number: 98-CV-583 (TFH), 8. juni 1998

Werden, Gregory J.. 2002: "The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm". US Department of Justice. 4. juni 2002.

4 Domsfortegnelse

“Cellophane Fallacy”, United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391-92, 1956

EF-Domstolen: “ECS/AKZO”, IV/30.698, 14. december 1985

EF-Domstolen: “Hoffman-La Roche mod Kommissionen”, dom af 13. februar 1979, sag 85/76.

EU-Kommissionen. 2003: “Sydkraft/Graninge”. COMP/M.3268. 30. oktober 2003.

US Department of Justice: “US Department of Justice v. Enova Corporation”, Case Number: 98-CV-583 (TFH), 8. juni 1998

EU-Kommissionen: “VEBA/VIAG”, EU-Kommissionen, COMP/M1673, 13. juni 2000.

EU-Kommissionen: “EdF/EnBW”, EU-Kommissionen, COMP/M.1853, 7. februar 2001.

EU-Kommissionen: “E.ON/Sydkraft”, EU-Kommissionen, COMP/M.2349, 9. april 2001.

EU-Kommissionen: “Sydkraft/Graninge”. EU-Kommissionen, COMP/M.3268, 30. oktober 2003.

Konkurransetilsynet: “Konkurranseloven § 3-11, Vedtak om inngreb mot Statkraft Holding AS’ erverv av 45,525 prosent av aksjene i Agder Energi AS, Konkurransetilsynet, 21. marts 2002 og Konkurranseloven § 3-11, Vedtak om inngreb mot Statkraft Holding AS’ erverv av 100 prosent av aksjene i Trondheim Energiverk AS”. Konkurransetilsynet, 5. juli 2002.

Konkurransetilsynet: “Statkraft Holdings erverv av aksjer i Agder Energi – Klage på Konkurransetilsynets vedtak V-2002-26. Inngrep etter krrl. § 3-11 mot Statkraft Holding AS’ erverv av 45.525 prosent av aksjene i Agder Energi AS”. Arbeids- og Administrasjonsdepartementet. 14. oktober 2002.

Konkurrencestyrelsen. 2003: “Analyse af Elsam A/S og Energi E2 A/S’ adfærd på markederne for elsport i 2000 og 2001”, Konkurrencestyrelsen, marts 2003.

Konkurrencestyrelsen. 2004: “Fusionen mellem Elsam og Nesa”, Konkurrencestyrelsen, marts 2004.

Bilag 1 – Tiden og det relevante marked

I dette kapitel vil vi analysere mulighederne for substitution mellem perioder på el-markedet for at vurdere om der findes en særlig tidsmæssig dimension som konkurrencemyndighederne skal tage højde for når de afgrænser relevante markeder. For at vurdere tidens indflydelse på afgrænsningen af relevante markeder på el-markedet vil vi gå tilbage til rødderne og følge metoderne som vi skitserer i Bilag 3. Det betyder at vi vil holde de særlige karakteristika ved el-markedet op i mod den grundlæggende metode som konkurrencemyndighederne anvender til at afgrænse markeder.

Det relevante marked er et konkurrenceretligt begreb som benyttes til at identificere de relevante konkurrenter som en producent står over for. Vi skal identificere de produkter og de producenter som er med til at begrænse mulighederne for at producenter af el i Vestdanmark kan opføre sig uafhængigt på markedet og fastsætte en høj elpris.

Grundlæggende handler markedsafgrænsning om at identificere mulighederne for udbudssubstitution og efterspørgselssubstitution. Opgaven er at identificere et marked hvor en hypotetisk monopolist kan bestemme prisen (dvs. opføre sig uafhængigt). En virksomhed kan ikke bestemme prisen hvis en høj pris får forbrugerne til at købe andre varer i stedet (efterspørgselssubstitution). En virksomhed kan heller ikke bestemme prisen hvis en høj pris får andre virksomheder til at øge udbuddet (udbudssubstitution).

Både udbudssubstitution og efterspørgselssubstitution kan foregå på flere måder. Det er derfor nødvendigt at foretage en markedsafgrænsning i flere dimensioner. Vi undersøger tre dimensioner: tid, produkt og geografi. Der er forskellige muligheder for substitution i de forskellige dimensioner, jf. Tabel 3.

Tabel 3: Udbuds- og efterspørgselssubstitution i forskellige dimensioner

Dimension	Udbudssubstitution	Efterspørgselssubstitution
Tid	El-produktion flyttes fra en time til en anden time.	Elforbrug flyttes fra en time til en anden time.
Produkt	Producenter af andre produkter begynder at producere el.	Forbrugerne benytter andre energiformer i stedet for el.
Geografisk	Forbrugere køber deres el i udlandet.	Producenter sælger deres el-produktion til andre markeder.

Der eksisterer et separat relevant marked hvis en prisstigning ikke vil medføre betydelig substitution. Vi gennemgår i dette kapitel mulighederne for udbuds- og efterspørgselssubstitution i den tidsmæssige dimension. Målestokken i SSNIP-testen er at det skal være profitabelt for en hypotetisk monopolist på det afgrænsede marked profitabelt at hæve prisen med 5-10 pct. Vi konkluderer at *Vestdanmark kan udgøre et relevant marked i enkelt-timer*.

Vi viser *for det første* at der ikke kan ske tidsmæssig efterspørgselssubstitution fordi el ikke kan lagres og fordi forbruget er fastlåst i bestemte forbrugsmønstre og har en meget lav priselasticitet. Vi viser *for det andet* at tidsmæssig udbudssubstitution svarer til geografisk udbudssubstitution. Den tidsmæssige udbudssubstitution skal i det vestdanske tilfælde komme via transmissionsforbindelserne fordi Elsam er den eneste producent i Vestdanmark. Så der vil ikke være tidsmæssig udbudssubstitution i de samme timer som der ikke er geografisk substitution.

Det er helt afgørende om det relevante marked udover den produktmæssige og geografiske dimension også har en tidsmæssig dimension. Vi viser at der ikke er mulighed for tidsmæssig substitution, hverken på efterspørgselssiden eller på udbudssiden. Dette er langt fra unikt for el-sektoren. I de fleste andre markeder, hvor der ikke kan ske tidsmæssig substitution, er det relevante marked det samme time efter time, og derfor er tidsdimensionen ligegyldig i en konkurrencesag. På el-markedet kan det relevante marked imidlertid skifte fra time til time og derfor er tidsdimensionen vigtig.

1 Tidsmæssig efterspørgselssubstitution

Tidsmæssig efterspørgselssubstitution opstår hvis forbrugere af el kan flytte deres efterspørgsel fra perioder med høj elpris til perioder med lav elpris. Tidsmæssig substitution på efterspørgselssiden er udelukket af to grunde:

For det første skal der være tidsmæssigt sammenfald mellem køb af el og forbrug af el. Det forhindrer at forbrugerne kan bruge lagring til at substituere mellem forskellige perioder ved at købe el når elprisen er lav og forbruge det når elprisen er høj. Det ville ikke være muligt at hæve prisen væsentligt i enkelte timer hvis forbrugerne kunne lagre produktet. Det er velkendt fra en række hverdagsprodukter, for eksempel cornflakes. Forbruget af cornflakes er størst i morgentimerne, men en monopolist kan ikke tage en højere pris på cornflakes i morgentimerne end resten af dagen fordi cornflakes kan lagres. Derfor er det ikke relevant at tale om et særligt marked for cornflakes i morgentimerne.

For det andet er en stor del af den danske efterspørgsel efter el låst fast på bestemte tidspunkter. Der er derfor heller ingen forbrugssubstitution over tid og efterspørgslen er ifølge Eltra næsten prisuelastisk. Husholdninger, der står for 40 pct. af den samlede efterspørgsel, skal bruge el på bestemte og meget traditionsbundne tidspunkter: Folk står op, går i bad, laver aftensmad og slukker lyset på det samme tidspunkt. Derudover er elregningen en meget lille del af det samlede forbrug, så det er begrænset hvordan husholdninger vil reagere, selv på relativt store prisforskelle. Endelig er det i dag alt for dyrt at lade husholdninger afregne (dynamisk) med forskellige timepriser fordi det kræver særligt udstyr. Det betyder at husholdningerne ikke har økonomisk incitament til at flytte deres forbrug fra timer med høj elpris til timer med lav elpris.

De fleste danske virksomheder køber deres el gennem mellemhandlere og betaler en gennemsnitspris for deres elforbrug i alle timer. Disse virksomheder har derfor ikke incitament til at tilpasse deres elforbrug i forhold til elprisen i bestemte timer. Desuden er det sjældent rentabelt at indstille produktionen i timer med høj elpris eller at bruge alternative nødstrømsanlæg i disse timer. Der kan dog være virksomheder, for eksempel smelteværker i Norge, som justerer produktionen op eller ned alt efter elprisen.

Der sker altså ikke nogen tidsmæssig efterspørgselssubstitution af betydning på el-markedet (i hvert fald ikke i Danmark), fordi forbrugerne ikke har mulighed for at lagre el og fordi forbrugerne ikke flytter forbruget fra time til time. Det er ikke usædvanligt at forbrugerne ikke har mulighed for at lagre et produkt, eller kun har begrænsede muligheder. Det er mere usædvanligt at forbruget er så fastlåst i bestemte perioder som elforbruget, men det er dog

ikke unikt for el. For eksempel er efterspørgslen på juletræer endnu mere fastlåst, og derfor er det svært at sælge juletræer i januar.

Varer som ikke kan lagres vil ofte have karakteristiske prisvariationer over tid hvis efterspørgslen er fastlåst og hvis efterspørgslen er variabel. El og juletræer opfylder begge betingelser. Til gengæld er efterspørgslen på tandlægebesøg ikke fastlåst fordi mange vil vælge at gå til tandlæge på andre tidspunkter hvis prisen på tandlægebesøg var meget høj i tidsrummet 15-17. Og der ikke store prisforskelle på mælk fra uge til uge, fordi efterspørgslen på frisk mælk er nogenlunde ens i alle uger.

Tabel 4 viser en række varer som alle er kendetegnet ved at der skal være tidsmæssigt sammenfald mellem køb og forbrug.¹⁸ Tabellen er opdelt i varer hvor prisen varierer over tid og varer hvor prisen er konstant, enten fordi efterspørgslen ikke er fastlåst eller fordi efterspørgslen ikke varierer væsentligt over tid.

Tabel 4: Varer uden lagringsmulighed

Tidsafhængige priser	Konstante priser
Telefonsamtaler (dagpris, aftenpris)	Tandlægebesøg
Biografbesøg (eftermiddagsrabat)	Bilreparationer
Restaurationsbesøg (frokosttilbud)	Klipning
Juletræer (december, resten af året)	Frisk mælk (samme pris i alle uger, trods begrænset lagringstid)
Ferierejser (højsæson og lavsæson)	

2 Tidsmæssig udbudssubstitution

Tidsmæssig udbudssubstitution opstår hvis andre virksomheder på andre markeder flytter deres udbud fra perioder med lav elpris til perioder med høj elpris.

Den tidsmæssige udbudssubstitution skal komme fra *andre producenter på andre markeder eller fra producenter som ikke er aktive*. Det vil sige at der skal enten være tale om at producenter på andre markeder kan sende mere el til Vestdanmark i timer med høje priser eller om at producenter som ikke er aktive i den pågældende time kan. Hvis en producent er aktiv på det relevante marked som er udgangspunktet i den time, er producenten pr. definition med i det hypotetiske monopol, som er udgangspunktet for SSNIP-testen. Elsam er langt den største aktør på det Vestdanske marked som agerer på markedsvilkår. Det betyder at den tidsmæssige udbudssubstitution hovedsageligt skal komme fra udenlandske producenter gennem transmissionsforbindelserne. Der vil således ikke være tidsmæssig udbudssubstitution når der ikke er geografisk udbudssubstitution, jf. afsnittet om geografisk udbudssubstitution nedenfor.

Der kan generelt opstå tidsmæssig udbudssubstitution fordi producenter enten kan flytte produktionskapacitet til et andet tidspunkt eller gennem lagring kan skille produktion og salg tidsmæssigt. Det er ikke rentabelt for el-producenter at lagre el. Dette udelukker at der kan ske udbudssubstitution ved hjælp af tidsmæssig forskydning mellem produktion og salg.

El-producenter kan imidlertid undlade at producere el i en periode og producere mere i en anden. Men for termiske kraftværker vil dette ikke være udbudssubstitution, men blot variationer i kapacitetsudnyttelsen (hvis kraftværket har adgang til rigelig brændsel). Produktionskapaciteten påvirkes ikke – produktion i dag sker *ikke* på bekostning af produktion i morgen og omvendt. Med andre ord substituerer udbud i dag ikke udbud i morgen. Hvis et

¹⁸ Det er vigtigt at skelne mellem aftale om køb og så det faktiske køb (dvs. overdragelsen af vare). Man kan godt lave aftalen om købet længe før selve købet.

termisk værk vælger at producere mindre i dag end i morgen, vil der blot være tale om en mindre kapacitetsudnyttelse i dag end i morgen.

Men for vandkraftværker kan den fremtidige produktionskapacitet (og ikke kun kapacitetsudnyttelsen) blive påvirket af producentens valg af produktionsniveau i dag – hvis mængden af vand i magasinet er begrænset sker produktion i dag på bekostning af produktion i morgen. Dermed vil produktion i dag reducere produktionskapaciteten i morgen (alt andet lige). Da der ikke er vandkraftværker i Danmark må en eventuel udbudssubstitution fra vandkraftværker komme fra Norge eller Sverige – altså vil der kun være mulighed for tidsmæssig udbudssubstitution når der også er mulighed for geografisk udbudssubstitution.

For at opsummere er årsagen til at der ikke er tidsmæssig efterspørgselssubstitution at efterspørgslen ikke (eller meget vanskeligt) kan flyttes mellem perioder. Årsagen til at der kan forekomme tidsmæssig udbudssubstitution er at vandkraftproducenter kan skrue op eller ned for produktionen. Men den tidsmæssige udbudssubstitution kan hæmmes af kapacitetsbegrænsninger i både produktion og transmission – hvilket i øvrigt også hæmmer den geografiske udbudssubstitution.

3 Geografisk udbudssubstitution

Geografisk udbudssubstitution foregår ved at producenter i et område eksporterer deres el-produktion til forbrugere i andre områder. Vestdanmark er ikke et selvstændigt relevant marked hvis en prisstigning på 5-10 pct. vil få producenter på andre markeder (for eksempel Norge) til at øge deres produktion så udbuddet i Vestdanmark stiger. I udgangspunktet er der perfekt mulighed for udbudssubstitution via transmissionsnettet, men i mange tilfælde er udbudssubstitution udelukket af økonomiske og tekniske grunde.

Udbudssubstitution er udelukket af økonomiske grunde i de tilfælde hvor en prisstigning i Vestdanmark ikke påvirker den pris el-producenter i andre områder modtager. En prisstigning i Vestdanmark påvirker for eksempel ikke den norske pris hvis Vestdanmark er et selvstændigt prisområde (flaskehals). En prisstigning i Vestdanmark påvirker heller ikke den norske pris hvis prisstigningen opstår ved en høj norsk elpris importeres til Vestdanmark fordi flaskehalse undgås (Power Fallacy). I disse situationer har norske el-producenter intet incitament til at reagere på en prisstigning i Vestdanmark. I begge tilfælde vil Elsam (som eneste væsentlige, lokale producent i Vestdanmark) kunne hæve prisen over den pris som ville være opstået hvis der var flere konkurrerende producenter i Vestdanmark.

Udbudssubstitution kan også være udelukket af tekniske grunde. Dels kan produktionskapaciteten være begrænset så andre producenter ikke kan øge deres produktion når elprisen stiger.¹⁹ Desuden kan opstartsomkostninger betyde at producenter ikke vil reagere på en prisstigning på 5-10 pct. Endelig kan flaskehalse i transmissionsnettet betyde at el-producenter i andre områder ikke kan eksportere mere el til Vestdanmark hvis prisen stiger i Vestdanmark.²⁰

¹⁹ Vandkraftproducenter (med magasin) er underlagt to kapacitetsbegrænsninger: En effektbegrænsning som svarer til den kapacitetsbegrænsning som termiske værker er underlagt og en energibegrænsning som er givet ved vandstanden i magasinerne. En vandkraftproducent kan være kapacitetsbegrænset selvom timeproduktionen er lav hvis magasinbeholdningen også er lav (og vandværdien dermed høj). En sådan situation vil bevirke at de underliggende produktionsomkostninger hos konkurrenterne kan være relativt høje (mere end 10 procent) i forhold til monopolistens, og det vil derfor ikke være kommercielt muligt at øge udbuddet i en sådan situation.

²⁰ I disse perioder vil en prisstigning i Vestdanmark imidlertid heller ikke påvirke prisen for udenlandske producenter, så de udenlandske producenter har heller ikke økonomisk incitament til at reagere på en prisstigning i Vestdanmark.

Bilag 2 – Særligt relevante sager på el-markedet

I dette kapitel vil vi gennemgå en række sager af relevans for diskussionen af hvorvidt tiden bør spille en særlig rolle i forbindelse med afgrænsning af relevante markeder på el-markedet.

I nogle tilfælde anvender konkurrence-myndighederne eksplicit en tidsmæssig dimension i markedsafgrænsningen. I andre tilfælde anvendes den ikke. Nogle gange anerkender myndighederne at relevante markeder på el-markedet kan variere fra time til time, men afgrænser alligevel markedet som ens i alle timer. Der kan være flere årsager til at myndighedernes behandling af den tidsmæssige dimension varierer fra sag til sag:

For det første kan markedsafgrænsningen variere alt efter om der er tale om en fusionssag eller en konkurrencesag selvom afgrænsningerne tager udgangspunkt i det samme marked. En konkurrencesag omhandler en konkret adfærd i en given periode (fx misbrug af dominerende stilling), og markedet skal afgrænses som det så ud i den specifikke periode. En fusionssag derimod handler om hvordan markedet vil se ud før og efter en fusion mellem nogle virksomheder. Det vil fx ikke være nødvendigt at afgrænse markedet så grundigt i fusionssager som i konkurrencesager hvis en fusion ikke vil skabe eller styrke en dominerende stilling på nogle af de tænkelige relevante markeder (det var fx tilfældet i Sydkraft/Graninge-fusionen selvom EU-Kommissionen anerkendte den tidsmæssige dimension).

For det andet vil en tidsmæssig dimension kun have en praktisk betydning hvis det geografiske marked eller produktmarkedet ændrer sig mellem perioder. Hvis virksomhederne på markedet har markedsandele som ikke varierer fra periode til periode, er det ikke nødvendigt at inddrage en tidsmæssig dimension. Det var fx tilfældet i fusionerne VEBA/VIAG og EdF/EnBW hvor den meget begrænsede transmissionskapacitet ind i hhv. Tyskland og Frankrig gjorde (og gør) at markedet ikke i nogen perioder kan afgrænses større end nationalt.

Vi viser i Tabel 5 en oversigt over de sager som vi har valgt at fremhæve i dette projekt.²¹ (Sagerne er listet i kronologisk rækkefølge i modsætning til i teksten hvor sagerne er ordnet efter den sagsbehandlende myndighed.) I de følgende afsnit beskriver vi sagerne mere indgående. Vi kan på baggrund af sagerne konkludere at

- Konkurrencemyndigheder i højere og højere grad tager højde for at det relevante geografiske marked på el-markedet kan skifte fra tidsenhed til tidsenhed. I alle nyere sager fra el-markedet er der eksplicit og fra forskellige myndigheder refereret til tidens særlige betydning på el-markedet (Statkraft/Agder, Statkraft/TEV, Elsam/Energi E2, Sydkraft/Graninge, Elsam/Nesa)

²¹ Der findes naturligvis andre sager som kunne være relevant at inddrage. Vi har valgt at inddrage de fundamentale sager fra EU-Kommissionen og de vigtigste sager fra de nordiske konkurrencemyndigheder. Vi har valgt at inddrage sager fra USA og England (trods forskelle konkurrencelovgivningen) fordi sagerne behandler de samme problemstillinger som vi står overfor i dette projekt.

- De sager hvor konkurrencemyndighederne ikke anvender en tidsmæssig dimension i markedsafgrænsning er karakteriseret ved at der ikke sker geografiske ændringer på markedet på kort sigt. Derfor er virksomhedernes markedsandele altid de samme og det vil ikke være nødvendigt at afgrænse forskellige markeder på forskellige tidspunkter (VEBA/VIAG, EdF/EnBW).

Tabel 5: Oversigt over udvalgte el-sager i kronologisk rækkefølge

Sag	Tid	Kommentarer
Enova/Pacific Enterprises Fusion U.S. Department of Justice USA, Californien 1998	Ja	På tidspunkter med høj efterspørgsel afgrænses markedet til kun at omfatte Californien fordi transmissionskapaciteten er brugt fuldt ud. På andre tidspunkter afgrænses markedet større
VEBA/VIAG Fusion EU-Kommissionen Tyskland 2000	Nej	Transmissionsforbindelser for små til at afgrænse markedet større end Tyskland
AES/British Energy Vurdering af behovet for indførelse af MALC Competition Commission UK 2000	Ja	Manglende substitution og det faktum at udbud og efterspørgsel sætter en pris på el leveret i hver halve time af døgnet får den engelske konkurrencemyndighed til at konkludere at der i princippet kan afgrænses separate relevante markeder for hver halve time
E.on/Sydkraft Fusion EU-Kommissionen Tyskland/Sverige 2001	Nej	Sverige afgrænses som et selvstændigt relevant marked med henvisning til at de nordiske lande normalt afgrænses som nationale markeder. Tyskland afgrænses som et selvstændigt relevant marked med reference til den ringe størrelse af transmissionsforbindelserne til omkringliggende markeder
EdF/EnBW Fusion EU-Kommissionen Frankrig/Tyskland 2001	Nej	Transmissionsforbindelser for små til at afgrænse Frankrig og Tyskland som en del af det samme relevante marked
Statkraft/Agder Fusion Konkurransetsynet Norge 2002	Ja	Begrænsninger i transmissionskapaciteten vil bevirke at der opstår flere temporære relevante geografiske markeder. For eksempel kan elspotområdet Sydnorge i visse situationer udgøre sit eget relevante marked. Konkurransetsynet fremhæver at markedsmagt kan udøves ved at producenter tilbageholder produktion for at undgå at der opstår flaskehalse
Statkraft/TEV Fusion Konkurransetsynet Norge 2002	Ja	Begrænsninger i transmissionskapaciteten vil bevirke at der opstår flere temporære relevante geografiske markeder. For eksempel kan elspotområdet Midt- og Nordnorge i visse situationer udgøre sit eget relevante marked. Konkurransetsynet fremhæver at markedsmagt kan udøves ved at producenter tilbageholder produktion for at undgå at der opstår flaskehalse
Elsam, Energi E2 Misbrug af dominerende stilling Konkurrencestyrelsen Danmark 2003	Ja	Begrænsninger i transmissionskapaciteten bevirker at hhv. Østdanmark og Vestdanmark ind i mellem kan afgrænses til et selvstændigt relevant marked
Sydkraft/Graninge Fusion EU-Kommissionen Sverige 2003	Ja	Forskellige konstellationer af geografiske markeder kan afgrænses alt efter hvornår elektriciteten leveres. Flaskehalse i transmissionssystemet kan bevirke at det nordiske marked splittes op i separate relevante markeder. Sverige har kun været et separat geografisk marked i en ikke signifikant periode hvorfor markedet afgrænses større end Sverige

Sag	Tid	Kommentarer
Elsam/Nesa Fusion Konkurrencestyrelsen Danmark 2004	Ja	Udbuds- og efterspørgselssubstitution i den enkelte time er afgørende. På baggrund af markedsandele, omfanget af flaskehalse, karakteristika ved de enkelte markeder og handelsregimer på transmissionsforbindelserne afgrænses de relevante markeder til at bestå af hhv. Vestdanmark og Østdanmark

1 Myndigheder i USA og UK

Enova/Pacific Enterprises

I 1998 godkendte de amerikanske konkurrencemyndigheder en fusion mellem Pacific Enterprises (et californisk gasselskab) og Enova (en californisk elproducent) mod afgivelse af tilsagn.²² Konkurrencemyndighederne vurderede at fusionen ville give det nye selskab incitament til og mulighed for at begrænse udbuddet af gas til andre californiske el-producenter og derigennem øge disses omkostninger og ultimativt den pris forbrugerne betaler for elektricitet.

Fusioner er i USA underlagt en såkaldt SLC-test²³. I denne sag vurderede myndighederne for det første at fusionen kunne føre til at konkurrencen blev væsentligt begrænset og for det andet at forbrugerpriserne i Californien i perioder med høj efterspørgsel sandsynligvis vil stige. Myndighederne fremhævede at det fusionerede selskab ville have incitament til og mulighed for at hæve prisen på elektricitet i perioder med høj efterspørgsel når produktionen fra californiske gaskraftværker er nødvendig som supplement til den billigere produktion. Gennem sit monopol på gastransport og gaslagerydelser vil selskabet kunne forøge konkurrerende gaskraftværkers produktionsomkostninger. Det vil øge markedsprisen på el og siden Enova ejer en stor del effektive gaskraftværker som kører de fleste af årets timer, vil det fusionerede selskab (uden tilsagn) have incitament og mulighed for at få en økonomisk gevinst ved en sådan handling.

Myndighederne afgrænsede i sagen det relevante marked til at udgøre el produceret i Californien i perioder med høj efterspørgsel. Der er kun to større transmissionsforbindelser ind i Californien: En fra nordvest USA, hvor produktionen primært sker på vandkraftværker og kulkraftværker, og en fra Arizona, hvor produktionen primært sker på A-kraftværker og kulkraftværker. I perioder med høj efterspørgsel er de to transmissionsforbindelser fyldt til kapacitetsgrænsen, og kun de lokale producenter kan dække den resterende efterspørgsel i Californien. Derfor er forbrugere ikke i stand til at skifte til elektricitet produceret udenfor Californien.

For at fusionen kunne gennemføres måtte Enova frasælge alle sine mest effektive gaskraftværker (de to største kraftværker). Ud af en samlet produktionskapacitet på 2600 MW måtte Enova frasælge 1644 MW fordelt på to kraftværker på hhv. 951 og 693 MW.

AES/British Energy

AES/British Energy-sagen omhandlede spørgsmålet om hvorvidt det ville føre til højere elpriser hvis de to selskaber ikke indbyggede MALC i deres licenser, jf. Boks 3. I sagen forholder den engelske konkurrencemyndighed (the Competition Commission) sig eksplicit til det tidsmæssige aspekt i sager på el-markedet.²⁴

²² US Department of Justice v. Enova Corporation, Case Number: 98-CV-583 (TFH), 8. juni 1998.

²³ Substantial Lessening of Competition. I USA kan en fusion ikke umiddelbart godkendes hvis den forårsager en 'substantial lessening of competition'. I EU er betingelsen at der ikke skabes eller styrkes en dominerende stilling.

²⁴ AES and British Energy. 2000. A report on references made under section 12 of the Electricity Act 1989. UK Competition Commission. December 2000.

Den engelske konkurrencemyndighed fremhæver at eftersom elektricitet ikke kan lagres og bruges i en anden periode end perioden hvor den blev produceret, bliver der sat en pris i hver tidsperiode (i England for hver halvtime) som balancerer udbud og efterspørgslen i netop denne periode. Disse priser kan indimellem variere voldsomt fra den ene halvtime til den næste. Derfor kan hver halvtimeperiode i ekstreme tilfælde betragtes som et selvstændigt relevant marked. Konkurrencemyndigheden mener dog ikke at det vil være praktisk muligt for en producent at have en separat udbudsstrategi for en enkelt halvtime på en enkelt dag.

Konkurrencemyndigheden vurderer derfor at det i forbindelse med markedsafgrænsningen vil være bedre at aggregere dels over halvtimer inden for dagen og også over et antal dage – dog med en klar adskillelse mellem timer med høj og timer med lav efterspørgsel. Konkurrencemyndigheden vil dog ikke behandle spørgsmålet yderligere fordi producenterne markedsandele ikke vil ændre sig mellem perioder på det engelske marked. I stedet vil the Competition Commission fokusere på fleksibiliteten hos de enkelte kraftværker. Kapacitetsbegrænsede, uflexible kraftværker vil ikke kunne deltage i konkurrencen på samme vilkår som fleksible kraftværker med ledig kapacitet.

2 EU-Kommissionen

VEBA/VIAG

I 2000 godkendte EU-Kommissionen en fusion mellem VEBA og VIAG mod afgivelse af en række tilsagn.²⁵ Fusionen var på el-markedet en fusion mellem PreussenElektra AG og Bayernwerk AG. Derudover berørte fusionen et antal andre markeder som vi her vil ignorere. Begge selskaber var aktive i alle led af værdikæden fra produktion til distribution (forsyning i sagens terminologi). Det fusionerede selskab skiftede navn til E.on AG.

Kommissionen konkluderede at der på grund af en række strukturelle faktorer på el-markedet ikke længere kunne forventes en væsentlig konkurrence mellem VEBA/VIAG og RWE (en anden stor tysk aktør på el-markedet) efter fusionen. Kommissionen fremhævede bl.a. (1) at elektricitet er et homogent produkt som udbydes på et gennemsigtigt marked, (2) at de største tyske producenter har sammenlignelige omkostningsstrukturer, (3) VEBA/VIAG er krydsejerskabsmæssigt forbundet med RWE gennem en række direkte kapitalinteresser, (4) lav vækst i efterspørgslen og (5) efterspørgslets lave efterspørgselselasticitet.

Produktmæssigt afgrænsede Kommissionen i sagen en række relevante markeder alt efter på hvilket spændingsniveau elektriciteten leveres: (1) Produktion og import af el leveret i højspændingsnettet (transmissionsnettet) til regionale og større kommunale forsyningsselskaber, (2) Levering af elektricitet i lav- og mellemspændingsnettet til kommunale forsyningsselskaber og visse slutbrugere, (3) Levering af elektricitet i distributionsnettet til slutbrugere og (4) Handel med el på alle spændingsniveauer for egen regning og risiko. Dette sidste produktmarked kan ifølge Kommissionen først etableres når slutbrugere får mulighed for frit at vælge leverandør.

Geografisk afgrænsede Kommissionen kun markedet for produktion og import (1). Markedet blev afgrænset til at omfatte hele Tyskland – ifølge parterne omfattede det relevante geografiske marked hele EU. Kommissionen argumenterede for at markedet var i en sådan udvikling at der ikke kunne afgrænses mindre regionale markeder. Kommissionen fremhævede bl.a. oprettelsen af el-børser som argument for et nationalt marked. Markedet kan ifølge Kommissionen ikke afgrænses større end Tyskland fordi kapaciteten på forbindelserne til nabolandene er begrænset og derfor at importen allerede af tekniske årsager er minimal. I 1998 var importandelen af den tyske energiforsyning ca. 8 pct. Kommissionen bemærkede i

²⁵ VEBA/VIAG, EU-Kommissionen, COMP/M1673, 13. juni 2000.

den forbindelse at transit gennem det tyske net reducerer andelen af import som er til rådighed for det tyske marked.

For at opnå godkendelse måtte selskaberne afgive en række tilsagn. Både VEBA og VIAG måtte sælge en række ejerandele i konkurrerende selskaber, som var ejet i fællesskab med RWE, for at reducere de kommercielle bånd til RWE. Derudover forpligtede selskaberne (VEBA) sig til at frigøre 400 MW på forbindelsen til Danmark til andre aktører (Eltra tilbagekøbte transmissionsretten).

EdF/EnBW

I 2001 godkendte EU-Kommissionen det franske energiselskab EdF's opkøb af ejerandele i tyske EnBW.²⁶ EdF ville efterfølgende have 'joint control' over EnBW i fællesskab med OEW som er en sammenslutning af ni offentlige distrikter i det sydvestlige Tyskland. EdF er et statsejet selskab som er aktiv i alle led af værdikæden fra produktion over transmission til distribution af elektricitet. EnBW er ligeledes aktiv i alle led af værdikæden, men i den sydvestlige del af Tyskland. EU-Kommissionen godkendte opkøbet på betingelse af en række tilsagn.

Kommissionen vurderede at EdF havde en ekstremt høj markedsandel på markedet for frie kunder (eligible customers) i Frankrig. Samtidig var EdF den primære producent og distributør af elektricitet. Konkurrence vurderes i al væsentlighed at skulle komme via import fra udlandet og reelt fra Sydvesttyskland. EdF's opkøb af ejerandele i EnBW ville ifølge Kommissionen blokere for potentiel konkurrence herfra. Samtidig ville opkøbet give EdF en relativt stærk position i Tyskland hvilket kunne afholde andre tyske aktører fra at gå ind på det franske marked af frygt for gengældelse på det tyske.

Kommissionen afgrænsede to relevante produktmarkeder: (1) Salg til frie kunder og (2) salg til bundne kunder. Afgørelsen fokuserede på markedet for frie kunder. Geografisk afgrænser Kommissionen markedet for frie kunder til Frankrig. Årsagen var en begrænset import til Frankrig (1-3 pct. målt i energi (TWh) og mindre en 10 pct. målt i kapacitet (MW)).

EdF måtte for at opnå godkendelse af opkøbet i EnBW afgive en række tilsagn. For det første tilbød EdF at sikre at beslutninger om produktion på og drift af Compagnie Nationale du Rhône's (CNR) kraftværker (ca. 2900 GW) ville blive foretaget uafhængigt af EdF. EdF ejede en sjettedel af CNR og aftog før aftalen al CNR's produktion. EdF ville ikke frasælge ejerandelen, men undlade at gøre brug af sin plads i bestyrelsen og lade en trustee varetage EdF's økonomiske interesser i CNR.

For det andet ville EdF udbyde kapacitet på sine kraftværker til konkurrenter på to forskellige typer af kontrakter: dels kontrakter hvor køberen selv kunne justere produktionen (5000 MW virtual power plants) og dels kontrakter hvor køber forpligtede sig til at aftage en fast mængde (1000 MW purchase agreements).

For det tredje tilbød EnBW sig til at frasælge sine ejerandele i WATT, et svejtsisk selskab med væsentlig indflydelse i Svejts og på transmissionsforbindelserne ud af Svejts bl.a. til Frankrig.

E.on/Sydkraft

I 2001 godkendte EU-Kommissionen tyske E.ons opkøb af ca. 10 pct. af aktierne i svenske Sydkraft uden tilsagn.²⁷ Med opkøbet opnåede E.on kontrol med Sydkraft (ca. 52 pct. af aktierne). E.on var aktiv i alle led af værdikæden, jf. ovenfor. Sydkraft var primært aktiv i

²⁶ EdF/EnBW, EU-Kommissionen, COMP/M.1853, 7. februar 2001.

²⁷ E.ON/Sydkraft, EU-Kommissionen, COMP/M.2349, 9. april 2001.

produktionen og distributionen af el. Udover E.on havde den norske producent Statkraft ejerandele i Sydkraft (28,8 procent).

Kommissionen konkluderede at fusionen ikke ville skabe eller styrke en dominerende stilling til skade for konkurrencen eftersom E.on og Sydkraft var aktive på to forskellige geografiske markeder (henholdsvis Tyskland og Sverige) og dermed ikke havde overlappende aktiviteter.

Kommissionen fulgte VEBA/VIAG-afgørelsen og definerede det relevante produktmarked i Tyskland til at være *produktion og import af el leveret i højspændingsnettet*. Det vil sige produktionen af el og import. Det relevante produktmarked i Sverige defineres ikke nærmere.

Kommissionen definerede det relevante geografiske marked til at være hhv. Sverige og Tyskland. I begge tilfælde var det den begrænsede kapacitet på forbindelserne til nabolandene som gjorde at Kommissionen afgrænsede markederne nationalt.

Sydkraft/Graninge

I oktober 2003 godkendte EU-Kommissionen en fusion mellem Sydkraft og Graninge uden betingelser.²⁸ Fusionen ville ifølge Kommissionen hverken skabe eller styrke en dominerende stilling på det relevante marked.

EU-Kommissionen afgrænsede hverken produktmarkedet eller det geografiske marked i detaljer fordi fusionen ikke under nogle konstellationer af relevante markeder ville skabe bekymringer om konkurrencen. Men EU-Kommissionen gjorde nogle overordnede overvejelser omkring anvendelsen af konkurrenceloven på el-markedet:

“Electricity is a product, which cannot be stored and must therefore be consumed in the same instant as it is produced. Combined with a limited possibility of substitutability between different time periods different geographic electricity, markets can be distinguished by the time at which the electricity is delivered. As indicated above congestion on the transmission network can cause the Nordic electricity market to split into separate price areas. This limits the number of suppliers able to supply electricity in a given area and thereby the competitive structure of the market.” (Afsnit 25.)

Ved at identificere de timer hvor der var flaskehalse på transmissionsforbindelserne ind i Sverige, foretog EU-Kommissionen den foreløbige vurdering at det relevante marked kun havde været afgrænset til Sverige i et så begrænset antal timer at det geografiske marked som skulle lægges til grund for afgørelsen sandsynligvis var større end Sverige.

3 Myndigheder i Norden

Statkraft/Agder og Statkraft/TEV

I 2002 afviste den norske konkurrencemyndighed (Konkurransetilsynet) to fusioner på det norske el-marked. Først forbød Konkurransetilsynet Statkraft at købe ca. 45 pct. af aktierne i Agder Energi, og senere på året forbød Konkurransetilsynet Statkraft at overtage Trondheim Energiverk (TEV) med mindre Trondheim Energiverks produktionsdel (TEV Kraft) eller tilsvarende produktionskapacitet i NO2 blev solgt.²⁹ Begge afgørelser blev påklaget til Arbeids- og Administrasjonsdepartementet.

²⁸ *Sydkraft/Graninge*. EU-Kommissionen, COMP/M.3268, 30. oktober 2003.

²⁹ Konkurranseloven § 3-11, *Vedtak om inngreb mot Statkraft Holding AS' erverv av 45,525 prosent av aksjene i Agder Energi AS*, Konkurransetilsynet, 21. marts 2002 og *Konkurranseloven § 3-11, Vedtak om inngreb mot Statkraft Holding AS' erverv av 100 prosent av aksjene i Trondheim Energiverk AS*, Konkurransetilsynet, 5. juli 2002.

I oktober 2002 godkendte departementet Statkrafts opkøb af aktierne i Agder Energi mod at Statkraft frasolgte produktionskapacitet i Sydnorge. Statkraft skulle frasælge ejerandele i E-CO Vannkraft og Hedmark Energi (HEAS), samt yderligere kapacitet i Sydnorge svarende til 1 TWh. I februar 2003 opretholdt departementet Konkurransetilsynets vilkår for Statkrafts opkøb af TEV, men fristen for frasalget af produktionskapacitet i Nordnorge blev forlænget (datoen er ikke offentliggjort). Der er i skrivende stund ikke (os bekendt) solgt den nødvendige kapacitet fra i Nordnorge.

Konkurransetilsynet definerede i begge sager det relevante marked til det lokale Nord Pool prisområde (hhv. Sydnorge og Midt- og Nordnorge) i de timer hvor der var flaskehalse på forbindelserne til naboområderne. I timer uden flaskehalse afgrænsede tilsynet det relevante marked til Norden, men slog samtidig fast at norske producenter kunne have markedsagt på det større relevante marked. Ved at holde kapacitet tilbage og undgå flaskehalse kunne producenter undgå et selvstændigt norsk lavprisområde.

Departementet var enig i tilsynets markedsafgrænsning i flaskehalssituationer – men uenig i at markedet altid kunne afgrænses større end de norske prisområder uden flaskehalse. Departementet vurderede at det relevante norske prisområde ...

*"... utgjør det relevante geografiske marked ikke bare i situasjoner hvor det faktisk eksisterer flaskehalser, men også i de situasjonene hvor det ville ha eksistert flaskehalser dersom det ikke hadde vært utøvd markedsagt."*³⁰

Departementet anerkender således risikoen for at begå en Power Fallacy. Departementet bringer dog ikke analysen videre med nøjes med at konkludere at der er risiko for at afgrænse markedet for snævert i situationer hvor der ville have været flaskehalse hvis der ikke havde været udøvet markedsagt. Det har dog ingen konsekvenser for de norske sager fordi konkurrencemyndighederne ikke skal påvise dominans, men *substantial lessening of competition* (SLC). Den norske (engelske og amerikanske) konkurrencelov bygger på SLC-princippet hvorimod den danske og EU's konkurrencelov bygger på dominansvurderingen. Det vil sige at virksomhederne markedsandele er mindre afgørende i de norske sager.

Elsam/Energi E2

I marts 2003 offentliggjorde de danske konkurrencemyndigheder afgørelse i to sager som handlede om Elsam og Energi E2's adfærd på det danske en gros el-marked i 2000 og 2001.³¹ Konkurrencestyrelsen vurderede at der var tegn på misbrug af dominerende stilling, men at: (1) Hverken Elsam eller Energi E2 kunne idømmes bøder fordi den eventuelt ulovlige adfærd var udvist før 1. juli 2001, (2) Markedet var på tidspunktet for adfærden ungt og umodent og udsat for store strukturelle ændringer og (3) Begge selskaber udviste vilje til at skabe et mere velfungerende marked. På den baggrund afsluttede Konkurrencestyrelsen sagen ved at indgå et forlig med parterne. Der blev således ikke taget endelig stilling til om der rent faktisk forelå misbrug af dominerende stilling.

Konkurrencestyrelsen afgrænsede det relevante marked til de respektive danske Nord Pool prisområder (DK1 og DK2) i timer hvor der var flaskehalse på forbindelserne til Norden. I timer uden flaskehalse blev det relevante marked afgrænset større. Elsam hhv. Energi E2 var dominerende i timer med flaskehalse og ikke dominerende i timer uden. Tyskland var ifølge Konkurrencestyrelsen aldrig en del af det relevante marked i den analyserede periode. Såvel

³⁰ Statkraft Holdings erverv av aksjer i Agder Energi – Klage på Konkurransetilsynets vedtak V-2002-26. Inngrep etter krrl. § 3-11 mot Statkraft Holding AS' erverv av 45.525 prosent av aksjene i Agder Energi AS. Arbeids- og Administrationsdepartementet. 14. oktober 2002.

³¹ Analyse af Elsam A/S og Energi E2 A/S' adfærd på markederne for elsport i 2000 og 2001, Konkurrencestyrelsen, marts 2003.

Elsam som Energi E2 var uenige i at det relevante marked kunne opdeles i timer med disse særlige karakteristika.

Elsam skriver således

"... at der ved det relevante produktmarked forstås markedet for alle de produkter, som forbrugeren – hvilket i denne sammenhæng vil sige køberne på en gros el-markedet – anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål. Produktets egenskaber og karakteristika ændrer sig ikke, om produktet leveres den ene eller den anden time. De tidsmæssige forhold betyder som på andre markeder, at der kan opstå knaphedssituationer i relation til produktet, men har i øvrigt ikke noget at gøre med definitionen af det relevante produktmarked. Dette viser sig også derved, at de typiske produkter på en gros el-markedet ikke er timeprodukter, men f.eks. peak- (hverdage kl. 08.00-20.00) eller basekontrakter (alle timer, alle dage). Tidsmæssigt kan disse produkter strække sig fra at omfatte en enkelt dag til at have en varighed på op til eksempelvis et helt år." (Afsnit 101.)

Og Energi E2 skriver:

"Engrosmarkedet for handel med el er et såkaldt "day ahead"-marked, idet bud vedrørende salg af el over den nordiske elbørs Nord Pool skal indgives inden kl. 12.00 for så vidt angår el solgt i det følgende døgn. På tidspunktet for afgivelse af bud har sælger kun begrænset kendskab til markedsforholdene i en konkret time i det følgende døgn, og allerede derfor kan tidspunktet for afgivelse af bud ikke løsrives fra den faktiske (efterfølgende) time, budet vedrører." (Afsnit 109.)

I forbindelse med forliget med Konkurrencestyrelsen, lovede Elsam og Energi E2 for det første at følge en prispolitik hvor selskaberne som udgangspunkt ikke ville byde priser ind på Nord Pool som oversteg den højeste af de forventede nabopriser. For det andet lovede selskaberne at medvirke til at øge likviditeten på de danske differencekontrakter ved at øge volumen og reducere spreadet på udbuddet. (Energi E2 skulle indtræde som marked maker og begynde at stille priser. Elsam var allerede marked maker.)

Elsam/Nesa

I 2004 godkendte Konkurrencestyrelsen fusionen mellem Elsam og Nesa mod afgivelse af en række tilsagn.³² Fusionen omhandlede en virksomhed med hovedvægt på el-produktion og en virksomhed med hovedvægt på salg og distribution af el. Dog ejede Nesa en væsentlig andel i Energi E2, den anden store danske elproducent.

Konkurrencestyrelsen konkluderede at konkurrencen på en gros markedet ville blive svækket som følge af fusionen. Primært fordi Elsam med købet af NESA opnår en ejerandel på 36 pct. i den næststørste danske elproducent Energi E2 og dermed vil være den største aktionær med en betydelig indflydelse i den eneste anden større, danske elproducent. Selskaberne vil dermed være direkte ejerskabsmæssigt forbundet og vil dermed ikke have samme incitament til at konkurrere med hinanden efter fusionen.

Konkurrencestyrelsen afgrænser i sagen det relevante geografiske marked til hhv. Vestdanmark og Østdanmark. Styrelsen bygger sin afgrænsning på (1) Stærkt varierende priser mellem de danske områder og naboømråderne, (2) begrænsningerne i transmissionskapaciteten mellem de danske områder og naboømråderne og (3) forskellige handelsregimer og detailregulering.

Uanset at der er en vis udenlandsk tilstedeværelse på det danske el-marked (og Konkurrencestyrelsen udelukker heller ikke at der er en vis disciplinerende effekt herfra) vil kapacitetsbegrænsningerne i udlandskablerne begrænse den udenlandske konkurrence, og

³² Fusionen mellem Elsam og Nesa, Konkurrencestyrelsen, marts 2004.

markedet kan derfor ikke defineres som hele Nordeuropa. Konkurrencestyrelsen betragter Elsam og Energi E2 som "residuale monopolister" i hver deres område. Udenlandske producenter vil ikke kunne byde ind på markedet for at dække et evt. restforbrug uden prohibitivt høje omkostninger; bygge ekstra kabel eller et kraftværk i Danmark. "Kapacitetsbegrænsningerne kan således medføre store prisforskelle mellem de forskellige prisområder".

Konkurrencestyrelsen vurderer at "el har det særlige karakteristika, at det ikke i større og praktisk anvendeligt omfang kan lagres (ligesom) det er karakteristisk for el, at forbruget er meget inelastisk – dvs. at aftagerne af el har begrænset lyst og/eller evne til at udskyde forbrug fra én time til en anden og i endnu mindre omfang fra én dag til en anden". (side 131). Derfor "er udbuds- og efterspørgselsforholdene i den enkelte time afgørende for prisforskellen." (side 139).

Konkurrencestyrelsen vurderer at der er en sammenhæng mellem de nationale producenters markedsandele og graden af flaskehalse på importen af el. Jo større markedsandele de nationale producenter har – og derved jo mindre markedsandele udenlandske producenter har kunnet tilkæmpe sig – jo større må de importbegrænsende flaskehalse på udlandskablerne være. Og sammen med flaskehalsene vokser tidsfaktorens betydning - jo større flaskehalse jo mere betyder tidsfaktoren idet flaskehalsene viser koordinationsproblemer prisområderne imellem:

Markedsandele %	DK1	DK2	Sverige	Finland	Norge
Elsam	70	-	-	-	5
Energi E2	-	70	5	-	-
Vattenfall	5	15	40	15	10
Fortum	-	5	20	65	5
Statkraft	10	-	5	-	65

Kilde: Konkurrencestyrelsen: *Fusionen mellem Elsam og NESAs*, Konkurrencestyrelsen, marts 2004.

Note: - indikerer < 3 %

Elsam måtte for at opnå Konkurrencestyrelsens godkendelse afgive en række tilsagn på en gros markedet (der var også tilsagn på detailmarkedet). Elsam forpligtede sig til:

- (1) At sælge 600 MW virtuel kraftværkskapacitet på auktion. Tilsagnet var inspireret af tilsagnet afgivet af EdF i EdF/EnBW fusionen,
- (2) At sælge 230 MW decentral kraftvarmeproduktionskapacitet,
- (3) Ikke i fremtiden at købe decentral kraftvarmeproduktionskapacitet,
- (4) Ikke at indgå driftsaftaler med centrale kraftvarmeverker,
- (5) At frasælge ejerandele i system- og transmissionsansvar,
- (6) At foranstalte projektering og anlæggelse af en 600 MW Storebæltsforbindelse.

Bilag 3 – Myndighedernes metode til at afgrænse relevante markeder

Dette kapitel går helt tilbage til rødderne og beskriver hvorfor og hvordan konkurrencemyndighederne afgrænser relevante markeder. Markedsafgrænsning handler grundlæggende om at identificere et marked med produkter som er i indbyrdes konkurrence. Hvis to produkter konkurrerer indbyrdes, vil konkurrencemyndighederne normalt vurdere at de to produkter tilhører samme relevante marked. Konkurrencemyndighederne afgrænser relevante markeder for at kunne vurdere om en virksomhed eller en gruppe af virksomheder er dominerende (indtager en magtposition) på markedet.

For at vurdere om to produkter konkurrerer, vurderer konkurrencemyndighederne to former for substitution: Efterspørgselssubstitution og udbudssubstitution. Metoden som de anvender kaldes SSNIP-testen. Hvis en prisstigning på det ene produkt gør at enten efterspørgere eller udbydere reagerer ved at øge hhv. efterspørgslen eller udbuddet af det andet produkt så prisstigningen ikke kan betale sig, er der virksom konkurrence mellem produkterne.

Det er vigtigt at huske på de fundamentale principper i markedsafgrænsningen – også når vi afgrænser relevante el-markeder.

1 Hvorfor afgrænser konkurrencemyndighederne relevante markeder

Virksomheder anvender begrebet 'marked' som udtryk for det område hvor virksomhederne sælger deres produkter – eller bredere som udtryk for den branche som virksomheden tilhører. Konkurrencemyndighederne anvender begrebet 'relevant marked'. Dette begreb er forskelligt fra begrebet 'marked'.³³

Både konkurrencemyndighederne i EU og i USA arbejder med begrebet det relevante marked.³⁴ Det relevante marked kan identificeres gennem markedsafgrænsning (på engelsk *market definition* eller *market deliniation*). Gennem markedsafgrænsning kan konkurrencemyndighederne på en systematisk måde identificere de barrierer for konkurrencen på markedet som virksomhederne står overfor. På den måde kan konkurrencemyndighederne identificere og lokalisere de *reelle konkurrenter* som kan lægge et konkurrencepres på virksomhederne og forhindre dem i at handle uafhængigt på markedet, jf. Boks 4.

³³ Se eventuelt EU-Kommissionen (1997), side 1.

³⁴ Det er ikke så mærkeligt eftersom den europæiske konkurrencelov er stærkt inspireret af den amerikanske. Den danske konkurrencelov er stort set identisk med den europæiske, og i visse tilfælde skal de danske konkurrencemyndigheder direkte anvende den europæiske konkurrencelov.

Boks 4: EU-Kommissionens begrundelse for at afgrænse relevante markeder

“Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. It allows to establish the framework within which competition policy is applied by the Commission.

The main purpose of market definition is to identify in a systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face.

The objective of defining a market in both its product and geographic dimension is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining their behaviour and of preventing them from behaving independently of an effective competitive pressure. It is from this perspective, that the market definition makes it possible, inter alia, to calculate market shares that would convey meaningful information regarding market Power for the purposes of assessing dominance...”

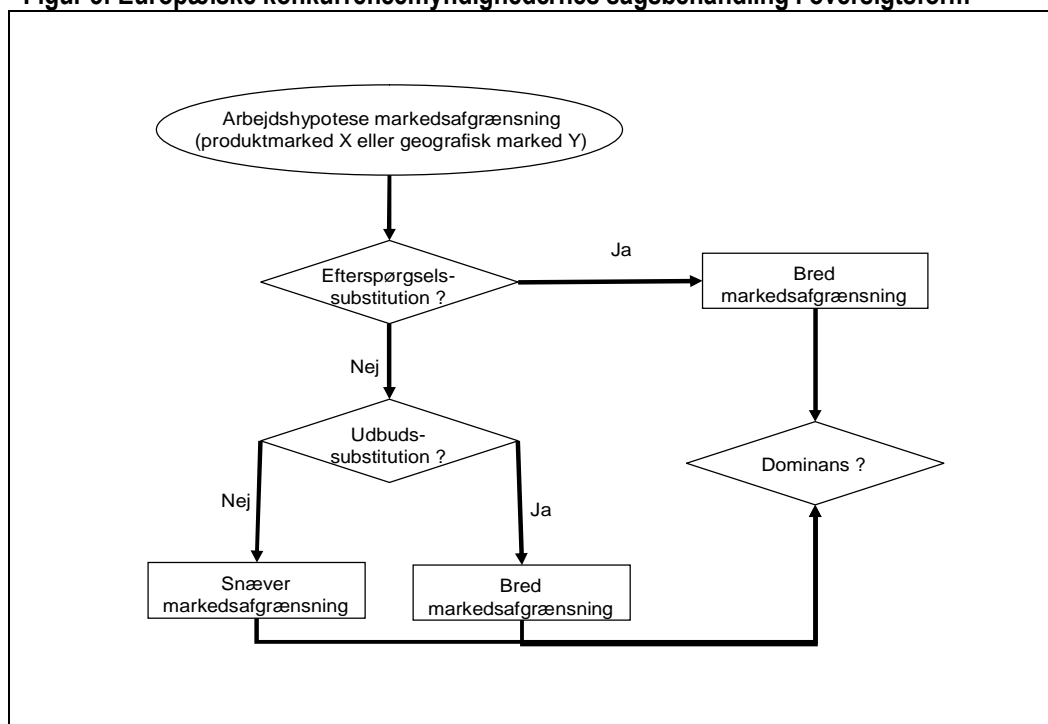
Kilde: EU-Kommissionen (1997), side 1.

Konkurrencestyrelsen definerer formålet med at afgrænse det relevante marked som:

”... at fastslå, i hvor høj grad en virksomheds adfærd er begrænset på markedet. Både andre virksomheder og forbrugere kan begrænse en virksomheds adfærdsmuligheder. Fx kan forbrugerne fravælge virksomhedens produkter, eller konkurrerende virksomheder kan erobre markedsandele, hvis prisen bliver for høj.”³⁵

Med udgangspunkt i det relevante marked kan konkurrencemyndighederne beregne markedsandele som myndighederne efterfølgende kan anvende til at vurdere markedsdominans. Vurderingen af markedsdominans er afgørende i både sager omhandlende misbrug af dominerende stilling og sager omhandlende fusioner. Konkurrencemyndighedernes sagsbehandling kan illustreres som i Figur 3.

Figur 3: Europæiske konkurrencemyndighedernes sagsbehandling i oversigtsform



³⁵ Konkurrencestyrelsen, Konkurrenceredegørelse 2003, side 234.

For at nå frem til en markedsdefinition starter konkurrencemyndighederne med at formulere en arbejdshypotese omkring det relevante marked. Med udgangspunkt i arbejdshypotesen vurderer konkurrencemyndighederne to former for konkurrencepres som kan påvirke markedsdefinitionen: Efterspørgselssubstitution (forbrugerne) og udbudssubstitution (virksomheder). Vi vender tilbage til substitutionen senere når vi beskriver konkurrencemyndighedernes metode nærmere.

Konkurrencemyndighederne beskæftiger sig med markedsafgrænsning for at kunne vurdere virksomheders nuværende eller fremtidige konkurrenceposition på markedet. Konkurrencemyndigheder benævner virksomheder der indtager en konkurrencemæssig magtposition som 'dominerende virksomheder' eller som virksomheder der har en 'dominerende stilling'.

EU-Kommissionen definerer en dominerende stilling som følger:

"Under the Community's competition policy, a dominant position is such that a firm or group of firms would be in a position to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers. Such a position would usually arise when a firm or group of firms would account for a large share of the supply in any given market, provided that other factors analysed in the assessment (such as entry barriers, capacity of reaction of customers, etc.) point in the same direction."³⁶

Det er ikke altid nødvendigt at føre en markedsafgrænsningsanalyse helt til ende. I mange tilfælde vil der være så lidt tvivl om hvad der er det relevante marked, eller om en given virksomheds position på markedet, at en meget overordnet markedsafgrænsning er tilstrækkelig.

2 Hvordan afgrænser konkurrencemyndighederne relevante markeder

Konkurrencemyndigheder afgrænser relevante markeder ved først at opdele markedet i to "del-markeder": Et produktmarked og et geografisk marked. Det relevante marked består af kombinationen af produktmarkedet og det geografiske marked, jf. følgende citat fra EU-Kommissionen:

Basically, the exercise of market definition consists in identifying the effective alternative sources of supply for the customers of the undertakings involved, both in terms of products/services and geographic location of suppliers."³⁷

Både i forbindelse med afgrænsningen af produktmarkedet og i forbindelse med afgrænsningen af det geografiske marked anvender konkurrencemyndighederne en metode der grundlæggende består i at identificere substitutionsmuligheder mellem produkter. Eksistensen af substitutionsmuligheder taler generelt for at produkter er på samme relevante marked. Der eksisterer fundamentalt set to former for substitution:³⁸

- (1) *Efterspørgselssubstitution* finder sted hvis kunder flytter deres efterspørgsel til andre produkter eller til udbydere i andre geografiske områder som reaktion på en lille, permanent ændring i de relative priser

³⁶ EU-Kommissionen (1997), side 3.

³⁷ EU-Kommissionen (1997), side 3.

³⁸ Konkurrencemyndighederne i EU arbejder derudover med begrebet 'potentiel konkurrence' som er udbudssubstitution på lang sigt. Det vil sige muligheden for entry på et marked vil blive kaldt potentiel konkurrence. Konkurrencemyndighederne tager ikke højde for den potentielle konkurrence i forbindelse med markedsafgrænsningen, men først i forbindelse med vurderingen af dominans såfremt markedsafgrænsningen giver anledning til konkurrencemæssige bekymringer, jf. EU-Kommissionen (1997), side 6.

- (2) *Udbudssubstitution* finder sted hvis udbydere af andre produkter kan omlægge deres produktion til det relevante produkt og markedsføre det på kort sigt uden større omkostninger som reaktion på en lille, permanent ændring i de relative priser (produktsubstitution) eller hvis udbydere i andre geografiske områder kan øge udbuddet i det relevante område (geografisk substitution)

De to former for substitution vægtes forskelligt af konkurrencemyndighederne i markedsafgrænsningen. Generelt lægger konkurrencemyndighederne (både i EU og i USA) større vægt på efterspørgselssubstitution end på udbudssubstitution, jf. Boks 5.

Boks 5: Konkurrencemyndighederne tillægger efterspørgselssubstitution størst vægt når de afgrænser relevante markeder

“Firms are subject to three main sources of competitive constraints: demand substitutability, supply substitutability and potential competition. From an economic point of view, for the definition of the relevant market, demand substitution constitutes the most immediate and effective disciplinary force on the suppliers of a given product, in particular in relation to their pricing decisions. A firm or a group of firms cannot have a significant impact on the prevailing conditions of sale, such as prices, if its customers are in a position to switch easily to available substitute products or to suppliers located elsewhere.”

Kilde: EU-Kommissionen (1997).

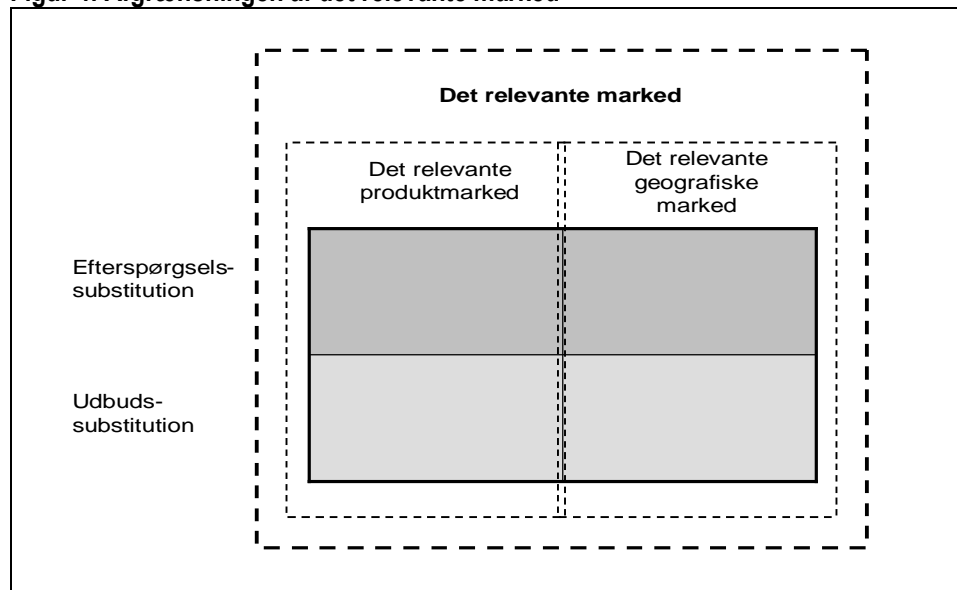
“Market definition focuses solely on demand substitution factors--i.e., possible consumer responses. Supply substitution factors--i.e., possible production responses--are considered elsewhere in the Guidelines in the identification of firms that participate in the relevant market and the analysis of entry.”³⁹

Kilde: U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission (1997).

De europæiske konkurrencemyndigheders metode til afgrænsning af relevante markeder er skitseret i Figur 4. Metoden består overordnet af to led: (1) Afgrænsning af det relevante produktmarked og (2) afgrænsning af det relevante geografiske marked. Både i forbindelse med produktmarkedet og det geografiske marked vurderer myndighederne efterspørgselssubstitution og udbudssubstitution. Vi vil først beskrive afgrænsningen af det relevante produktmarked og derefter afgrænsningen af det relevante geografiske marked. Denne rækkefølge følger konkurrencemyndighederne normalt også. De amerikanske myndigheder anvender en lidt anden proces i det de ikke vurderer nogen former for udbudssubstitution i forbindelse med markedsafgrænsningen, jf. fodnote 39. Men den grundlæggende metode (SSNIP-metoden) er den samme. Det vender vi tilbage til i afsnittet omhandlende metoden.

³⁹ Når de amerikanske konkurrencemyndigheder ikke tillægger udbudssubstitution nogen vægt i forbindelse med afgrænsningen af det relevante marked, betyder det ikke at udbudssubstitution overhovedet ikke tillægges vægt i myndighedernes vurdering i fusionssager eller konkurrencesager. De amerikanske myndigheder inddrager bare udbudssubstitutionen på et senere tidspunkt i analysen end de europæiske. Som det er tilfældet med den potentielle konkurrence (udbudssubstitution på lang sigt) hos de europæiske konkurrencemyndigheder, inddrager de amerikanske myndigheder først udbudssubstitution (på både kort og lang sigt) i forbindelse med vurderingen af dominans på det relevante marked. Derfor burde de europæiske og amerikanske myndigheder nå frem til (omtrent) samme vurdering af dominans uanset at metoden er forskellig.

Figur 4: Afgrænsningen af det relevante marked



Afgrænsningen af det relevante produktmarked

Første led i afgrænsningen af det relevante marked består (normalt) af en afgrænsning af det relevante produktmarked. Det relevante produktmarked består af produkter som af forbruger opfattes som indbyrdes substituerbare. EU-Kommissionen definerer det relevante produktmarked således:

“A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use.”⁴⁰

EU-Kommissionen fremhæver således tre forhold som er centrale for forbrugernes muligheder for at substituere mellem produkter: Produkttegenskaber, produkternes tilsigtede anvendelse og produkternes priser.

Produktegenskaber og produkternes tilsigtede anvendelse gør det muligt for myndighederne initialt at begrænse antallet af mulige substitutter/produkter. Men det er ikke tilstrækkeligt til at konkludere at der ikke er efterspørgselssubstitution mellem to produkter. Det skyldes at forbrugers valg af produkter kan være baseret på andet end produkternes funktionelle karakteristika. Forbrugernes efterspørgselsrespons på en ændring i priserne på to funktionelt sammenlignelige produkter kan være bestemt af andre overvejelser og føre til at efterspørgslen ikke skifter mellem de to produkter. Hvis to funktionelt sammenlignelige produkter har meget forskellige priser (og forskellen ikke kan forklares ved for eksempel transportomkostninger), vil det være udtryk for at de to produkter befinder sig på to forskellige produktmarkeder.

Et eksempel kunne være produkterne 'originaludstyr til biler' og 'uoriginale reservedele til biler', jf. EU-Kommissionen (1997). Hvis konkurrencemyndighederne udelukkende betragtede funktionaliteten ville de to produkter blive afgrænset til at tilhøre det samme relevante produktmarked. Men det er vanskeligt at forestille sig at en bilproducent vil reagere på en prisforhøjelse på originaludstyr ved at efterspørge mere uoriginalt udstyr. EU-Kommissionen afgrænser derfor de to produkter som tilhørende to forskellige produktmarkeder. På den anden

⁴⁰ EU-Kommissionen (1997), side 2.

side vil forskelligheder i to produkters funktionelle egenskaber ikke i sig selv udelukke eksistensen af efterspørgselssubstitution.

EU-Kommissionen lister i sin meddelelse om markedsafgrænsning en række typer af beviser som den vil betragte som relevant ved vurderingen af om to produkter udgør efterspørgselssubstitutter jf. Boks 6. Men Kommissionen inddrager ikke nødvendigvis alle beviser i sin sagsbehandling.

Boks 6: Beviser som EU-Kommissionen kan anvende i produktmarkedsafgrænsningen

- (a) Beviser på efterspørgselssubstitution. Hvis der er information til rådighed om faktisk efterspørgselssubstitution skabt af nyere hændelser eller choks i markedet, vil sådan information ofte være afgørende for markedsafgrænsningen. Hvis der for eksempel har været ændringer i de relative priser mellem to produkter, vil efterspørgernes respons være afgørende for vurderingen af om de to produkter udgør substitutter. Kommissionen fremhæver at der er en række kvantitative tests som er designet specifikt med henblik på at afgrænse markeder. For eksempel (i) test baseret på estimering af efterspørgselselasticiteter og krydspriselasticiteter, (ii) test baseret på at sammenligne prisbevægelser over tid, (iii) test baseret på analyser af kausaliteten mellem prisserier, prisniveauer og prisniveauernes konvergens.
- (b) Holdninger fra efterspørgere og konkurrenter. Kommissionen kan spørge efterspørgere og konkurrenter om deres syn på hvordan produktmarkedet skal afgrænses. Fundamentalt søger Kommissionen svar på følgende spørgsmål: Hvad vil der ske hvis de relative priser på de to kandidat produkter i et kandidat geografisk område stiger med 5-10 procent?
- (c) Forbrugerpræferencer. Det kan være vanskeligt at opnå viden om forbrugerpræferencer. Men gennem for eksempel forbrugerundersøgelser og forbrugerdata kan konkurrencemyndighederne få et indtryk af købevaner og købemønstre som kan indgå i vurderingen af "om en økonomisk signifikant andel af forbrugerne betragter to produkter som substitutter." (Kommissionen 1997, side 9, min oversættelse).
- (d) Barrierer og omkostninger forbundet med at flytte efterspørgslen. Kommissionen fremhæver en række forhold som vil få Kommissionen til at betragte to umiddelbare efterspørgselssubstitutter som tilhørende to forskellige produktmarkeder. Det kan for eksempel være eksistensen af barrierer for substitution skabt af offentlig regulering eller anden offentlig indgriben i markedet. Eller hvis et skift til et alternativt input kræver afholdelse af specifikke investeringer eller tab af produktion i omstillingsprocessen. Eller hvis substitutionen kræver omfattende investeringer i læring eller humankapitel, omkostninger til produktionsomlægning eller andre investeringer. Listen er ikke udtømmende.
- (e) Forskellige kundekategorier og prisdiskrimination. Kommissionen kan indsnævre produktmarkedet hvis der kan identificeres adskilte forbrugergrupper. En forbrugergruppe kan udgøre et selvstændigt produktmarked hvis forbrugergruppen kan blive udsat for prisdiskriminering – det vil sige at samme vare bliver solgt til forskellige priser til identificerbart forskellige forbrugergrupper. Som regel skal to forudsætninger være opfyldt. For det første skal det være muligt at fastlægge hvilken forbrugergruppe en given forbruger tilhøre. For det andet skal handel mellem forbrugergrupperne (arbitrage) ikke være en realistisk mulighed.

Kilde: EU-Kommissionen (1997), side 9.

Faktisk observeret efterspørgselssubstitution vil således være afgørende for afgrænsningen af det relevante produktmarked. I den forbindelse henviser Kommissionen specifikt til den såkaldte SSNIP-metoden i det den stiller spørgsmålet: Hvad vil der ske hvis de relative priser på de to produkter i et geografisk område stiger med 5-10 procent, jf. Boks 6. SSNIP står for *Small, but Significant Non-transitory Increase in Prices*. Vi beskriver metoden yderligere i et senere afsnit.

Afgrænsningen af det relevante geografiske marked

Andet led i konkurrencemyndighedernes analyse er afgrænsningen af det relevante geografiske marked. Det vil sige et geografisk område hvori konkurrencebetingelserne er tilstrækkeligt ens og som adskiller sig fra omliggende geografiske områder. EU-Kommissionen definerer det relevante geografiske marked på denne måde:

“The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas.”⁴¹

I sagsbehandlingen former myndighederne indledningsvist en arbejdshypotese om det relevante geografiske marked som tilfredsstillende disse to krav. Det sker på baggrund af umiddelbart tilgængelige indikatorer som for eksempel markedsandele og indledende analyser af prisniveauer og prisforskelle.

Med udgangspunkt i arbejdshypotesen kan Kommissionen for det første analysere efterspørgselssubstitutionen for at vurdere om virksomheder i forskellige geografiske områder udgør faktiske alternativer for forbrugerne. Kommissionen bruger også i denne forbindelse SSNIP-metoden: Hvordan vil forbrugerne reagere på en ændring i de relative priser? Ville de skifte fra leverandører i et geografisk område til leverandører i et andet på kort sigt? Kommissionen analyserer for det andet udbudssubstitution hvis analysen af efterspørgselssubstitutionen fører til at konkurrencemyndigheden vurderer en given virksomhed som dominerende på det relevante marked.

Konkurrencemyndighederne vil under analysen af både efterspørgselssubstitution og udbudssubstitution inddrage mønstre og udvikling i handelsstrømme som en vigtig, supplerende indikator. Analysen af handelsstrømme vil generelt være en analyse af transportomkostninger og hvordan transportomkostninger skaber barrierer for handel mellem forskellige geografiske områder.

EU-Kommissionen opremser i sin meddelelse om markedsafgrænsning en række typer af beviser som den vil betragte som relevante ved vurderingen af om to geografiske områder tilhører det samme relevante geografiske marked, jf. boks 7. Kommissionen inddrager ikke nødvendigvis alle typer beviser i sin sagsbehandling.

Boks 7: Beviser som EU-Kommissionen kan anvende i den geografiske markedsafgrænsning

- | |
|---|
| <p>(a) <u>Beviser på efterspørgselssubstitution.</u> Forbrugeres reaktioner på ændringer i de relative priser på et produkt i to geografiske områder kan bruges som bevis i afgrænsningen af det relevante geografiske marked (som det også er tilfældet med afgrænsningen af det relevante produktmarked). De samme kvantitative metoder som nævnt under produktmarkedsafgrænsningen kan anvendes i afgrænsningen af det relevante geografiske marked.</p> <p>(b) <u>Efterspørgselsskarakteristika.</u> Lokale efterspørgselsforhold kan i sig selv afgrænse det relevante geografiske marked. Kommissionen nævner nationale præferencer eller præferencer for nationale mærker, sprog, kultur og livsstil og et eventuelt behov for lokal tilstedeværelse som faktorer der potentielt kan begrænse størrelsen af det relevante geografiske marked.</p> <p>(c) <u>Synspunkter fra konkurrenter og forbrugere.</u> Kommissionen kan indsamle information fra synspunkter fra konkurrenter og forbrugere omkring markedets geografiske udstrækning.</p> <p>(d) <u>Geografiske strukturer i købmønstre.</u> En analyse af forbrugeres (kunders) geografiske købmønstre vil indeholde værdifuld information omkring udstrækningen af det relevante marked. Hvis forbrugere køber fra virksomheder i for eksempel hele EU på sammenlignelige vilkår, vil det geografiske marked kunne afgrænses til hele EU (mindst).</p> <p>(e) <u>Handelsstrømme.</u> Hvis antallet af forbrugere er stort, og det derfor ikke er muligt at få et overblik over de geografiske købmønstre, kan analyser af handelsstrømme indeholde vigtig information. Især rationalet bag handelsstrømmene kan indeholde nyttig indsigt og information til brug for afgrænsningen af det relevante geografiske marked. Men handelsstrømmene er ikke afgørende.</p> <p>(f) <u>Barrierer og switching costs.</u> Konkurrencemyndighederne kan også analysere om der</p> |
|---|

⁴¹ EU-Kommissionen (1997), side 2.

findes barrierer som gør det vanskeligt for forbrugere at skifte fra en udbyder i et geografisk område til en udbyder i et andet. En oplagt barriere er transportomkostninger eller transportrestriktioner skabt gennem lovgivning eller produkttegenskaber. Et andet eksempel kan være adgang til et distributionssystem i et område. Det kan også være nødvendigt at vurdere eksistensen af switching costs. Det kan for eksempel være betydelige omkostninger forbundet med at skifte leverandør i et marked præget af lange kontrakter.

Kilde: EU-Kommissionen (1997), side 13.

Kommissionen nævner at de samme kvantitative metoder som anvendes til at fastlægge det relevante produktmarked også kan anvendes til at fastlægge det relevante geografiske marked. Det vil sige at SSNIP-metoden igen anerkendes som det rigtige værktøj. Vi beskriver metoden grundigt i næste afsnit.

3 SSNIP-metoden

I forbindelse med både afgrænsningen af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked og i forbindelse med både efterspørgselssubstitution og udbudssubstitution lægger konkurrencemyndighederne i både EU og USA op til at anvende en grundlæggende metode som kaldes "SSNIP-Metoden" eller "den hypotetiske monopolist-metode".⁴² Metoden er anerkendt i både USA og i EU som værktøj til at afgrænse relevante markeder i forbindelse med konkurrencesager og fusionssager, jf. boks 8.

Boks 8: SSNIP-metoden anerkendt som værktøj i USA og i EU

"The assessment of demand substitution entails a determination of the range of products which are viewed as substitutes by the consumer. One way of making this determination can be viewed, as a thought experiment, postulating a hypothetical small, non-transitory change in relative prices and evaluating the likely reactions of customers to that increase. The exercise of market definition focuses on prices for operational and practical purposes, and more precisely on demand substitution arising from small, permanent changes in relative prices. This concept can provide clear indications as to the evidence that is relevant to define markets."

Kilde: EU-Kommissionen (1997)

"A [relevant] market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a "small but significant and nontransitory" increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than necessary to satisfy this test. The "small but significant and non-transitory" increase in price is employed solely as a methodological tool for the analysis of mergers: it is not a tolerance level for price increases."

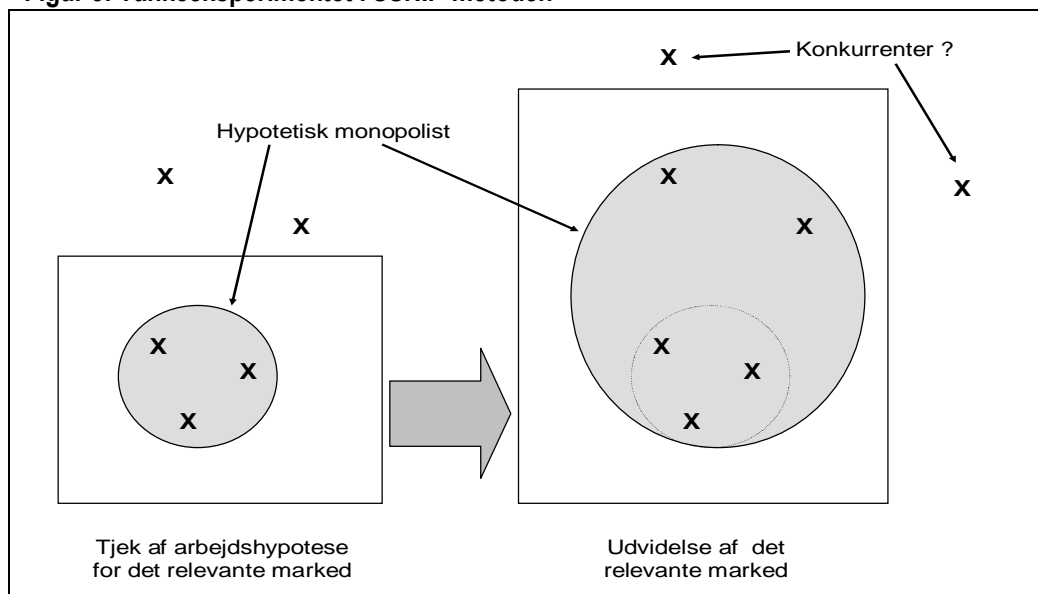
Kilde: US Department of Justice and Federal Trade Commission (1997).

Beskrivelse af SSNIP-metoden

SSNIP-metoden tager udgangspunkt i et tankeeksperiment som konkurrencemyndighederne gennemgår i forbindelse med afgrænsningen af relevante markeder. I grove træk går tankeeksperimentet ud på at forestille sig reaktioner fra forbrugere og andre udbydere på en prisforhøjelse (eller en reduktion i den afsatte mængde) fra en hypotetisk monopolist på et givent marked. Hvis den hypotetiske monopolist ikke kan profitere af prisforhøjelse må markedet udvides. Det skyldes at monopolisten ikke vil kunne agere uafhængigt af forbrugere og konkurrenter. Tankeeksperimentet gentages indtil den hypotetiske monopolist profitabelt kan agere uafhængigt af forbrugere og alternative udbydere. Det vil sige indtil prisforhøjelsen bliver profitabel. Tankeeksperimentet er illustreret i figur 5. Det relevante marked er det mindste marked hvorpå en hypotetisk monopolist vil kunne profitere fra en prisforhøjelse.

⁴² I praksis anvender EU-Kommissionen i nogle tilfælde metoden eksplicit og i andre implicit. Men der er også sager hvor det lader til at myndighederne ikke anvender metoden, jf. Copenhagen Economics (2004).

Figur 5: Tankeeksperimentet i SSNIP-metoden



En arbejdshypotese omkring *det relevante produktmarked* kan illustreres som i venstre del af figuren. Hvis konkurrencemyndighederne på baggrund af indledende undersøgelser vurderer at fx tre produkter (de tre X'er inde i firkanten) kan erstatte hinanden i forbrugernes øjne (og dermed udgør efterspørgselssubstitutter), kan disse tre produkter udgøre myndighedernes udgangspunkt i analysen. Konkurrencemyndighederne skal herefter afprøve om arbejdshypotesen kan modstå yderligere undersøgelser eller om det relevante marked skal udvides eller indsnævres.

SSNIP-metoden går ud på at konkurrencemyndighederne stiller følgende spørgsmål: Ville en hypotetisk monopolist (som er den eneste sælger af de tre produkter) profitabelt kunne hæve prisen med 5-10 procent? Hvis forbrugerne let og uden omkostninger kan skifte de tre produkter ud med andre produkter, fx et af de to produkter uden for firkanten, vil svaret på spørgsmålet være "nej". Metoden indebærer at arbejdshypotesen justeres så produkter inkluderes indtil spørgsmålet kan besvares med "ja". På et relevant produktmarked, hvor en hypotetisk monopolist profitabelt kan hæve prisen på produkterne, vil der ikke være konkurrence fra andre produkter uden for det relevante produktmarked.

En arbejdshypotese omkring *det relevante geografiske marked* kan ligeledes illustreres ved venstre del af figur 5 – nu repræsenterer krydserne i figuren bare forskellige geografiske områder i stedet for forskellige produkter. På tilsvarende måde stille konkurrencemyndighederne spørgsmålet: Ville en hypotetisk monopolist på markedet omfattende de tre områder profitabelt kunne hæve prisen med 5-10 procent? Hvis efterspørgere i de tre områder vil reagere på prisforhøjelsen ved at begynde at købe fra udbydere i andre områder, vil disse områder skulle inkluderes i det relevante geografiske marked. Markedet skal udvides indtil spørgsmålet kan besvares med "ja".

Hvis svaret på spørgsmålet som udgangspunkt er "ja", sorteres produkter eller områder fra indtil lige før svaret bliver "nej". På den måde kan konkurrencemyndighederne sikre sig at de rent faktisk finder det mindst mulige marked der opfylder SSNIP-testen. I dette tilfælde vil analysen bevæge sig fra højre mod venstre i Figur 5.

SSNIP-metoden lægger op til at prisstigningen skal være dels "small, but significant" og dels "non-transitory". Vi vil kort diskutere hvad der menes med det.

Small but, significant increase in prices refererer til størrelsen af prisforhøjelsen. På den ene side skal prisforhøjelsen (som tankeeksperimentet tager udgangspunkt i) være lille, men den skal også være signifikant. Werden (2002) skriver med reference til Areeda og Turner (1978):

“Areeda and Turner’s extensive discussion of market delineation began with the observation: “In economic terms, a ‘market’ embraces one firm or any group of firms which, if unified by agreement or merger, would have market power in dealing with any group of buyers.” In addressing “[w]hat quantum of market power is an appropriate subject of concern,” the treatise phrased the threshold for concern about market power in terms of the price increase a monopolist would impose, and concluded that one percent price increase is too slight, five percent probably is enough and ten percent clearly is more than enough.”

Det er generelt accepteret af både amerikanske og europæiske konkurrencemyndigheder at en prisforhøjelse på 5 til 10 pct. er lille og signifikant. Det fremgår af både ”1992 Horizontal Merger Guidelines” fra de amerikanske konkurrencemyndigheder og ”Commission Notice on the definition of the relevant market” fra EU-Kommissionen. Men hvad der i praksis udgør en lille og signifikant prisforhøjelse vil afhænge af de konkrete forhold på markedet, jf. US Department of Justice (1997), side 6.

Non-transitory increase in prices refererer til varigheden af prisforhøjelsen. Her kan det ved første øjekast se ud til at der er en forskel i den måde SSNIP-metoden implementeres i USA og EU. I ”1992 Merger Guidelines” skriver de amerikanske konkurrencemyndigheder at de i de fleste tilfælde vil bruge en 5 procents prisforhøjelse med en varighed ind i den *nærmeste fremtid* (lasting for the foreseeable future). I sin meddelelse om markedsafgrænsning skriver EU-Kommissionen at den vil bruge en prisstigning på 5 til 10 pct. med en *permanent karakter* i sin SSNIP-analyse. Vi vurderer umiddelbart at denne metodiske forskel ikke har nogen praktisk betydning. Både i USA og i EU lægger konkurrencemyndighederne nemlig vægt på at det afgørende for markedsafgrænsningen er at *reaktionen* på prisændringen er kortsigtet, jf. citat.

Conceptually, this approach [SSNIP] implies that starting from the type of products that the undertakings involved sell and the area in which they sell them, additional products and areas will be included into or excluded from the market definition depending on whether competition from these other products and areas affect or restrain sufficiently the pricing of the parties' products in the short term.⁴³ [Vores understregning.]

⁴³ EU-Kommissionen (1997), side 4 og 5.

Bilag 4 – Udtalelser

1 Professor i økonomi, Nils-Henrik M. von der Fehr

PROFESSOR NILS-HENRIK M. VON DER FEHR, UNIVERSITETET I OSLO

THE POWER FALLACY – ENDELIG RAPPORT

20. APRIL 2005

Jeg er blitt bedt om å kommentere en rapport med tittelen ”The Power Fallacy – Endelig rapport” for Copenhagen Economics. Mine kommentarer er basert på en kopi av rapporten datert 9. februar 2005.

Såvidt jeg kan bedømme, er rapporten uten vesentlige feil eller mangler. Jeg har noen kommentarer til detaljer og enkeltheter, som jeg har oversendt i et eget notat. I det store og hele kan jeg imidlertid slutte meg til de synspunkter som gjøres gjeldende.

Elektrisitetsmarkedet har en rekke særtrekk som det er viktig å ta hensyn til i konkurranseanalyser. De praktiske tillegninger av analysemetoder og beslutningsregler som vanligvis benyttes i konkurransesaker – herunder avgrensning av relevante markeder og kritiske grenser for markedsandeler – er ikke nødvendigvis godt egnet for elektrisitetsmarkedene. Det er derfor nødvendig å gå tilbake til de grunnleggende prinsipper for konkurranseanalysen – slik det gjøres i denne rapporten – for å utvikle praktikable metoder og beslutningsregler som er hensiktsmessige for disse markedene.

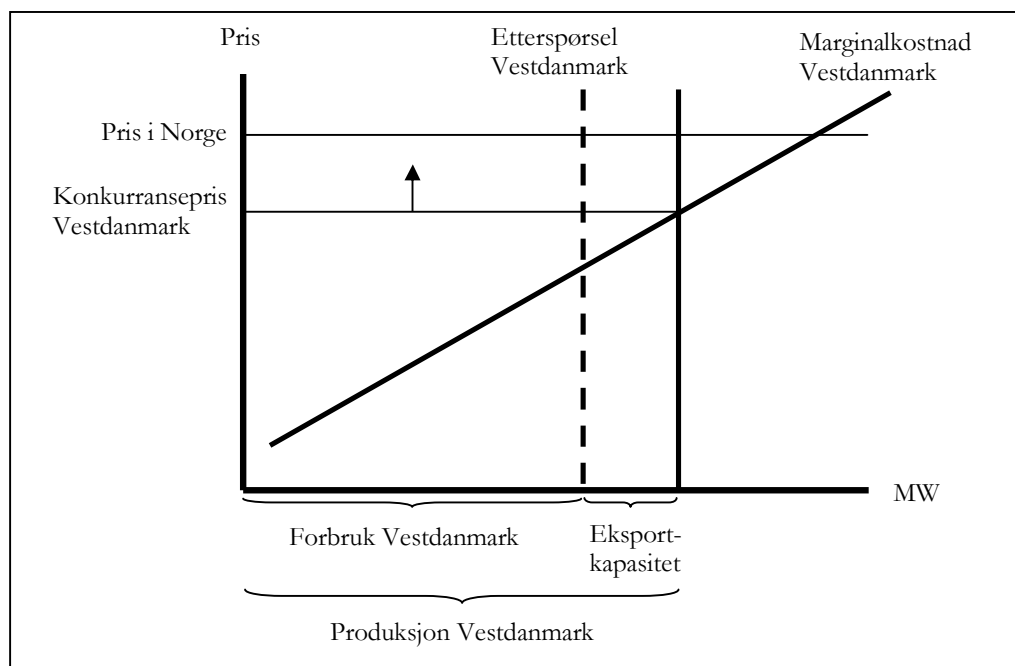
Når det gjelder kritiske grenser for markedsandeler, må man være klar over at de grenser som vanligvis benyttes i konkurranseanalyser, er å betrakte som tommelfingerregler som er basert på gjennomsnittsbetraktninger for typiske markeder. Elektrisitetsmarkedet adskiller seg imidlertid fra andre markeder på en rekke avgjørende punkter, blant annet når det gjelder etterspørselens prisfølsomhet, kapasitetsbegrensninger på tilbudssiden og prisdannelsen. Disse forholdene trekker alle i retning av mer restriktive grenser for hvilke markedsandeler som må anses som kritiske for muligheten til å etablere en dominerende stilling.

Når det gjelder avgrensning av relevante markeder, er jeg enig i at tidsdimensjonen spiller en avgjørende rolle. Forholdene på både etterspørselssiden og tilbudssiden varierer fra time til time, men det er liten eller ingen mulighet til å forskyve etterspørsel og tilbud over tid. Markedsforholdene kan derfor være vesentlig forskjellig fra en time til en annen.

Ett av de forhold som stadig endrer seg, er i hvilken grad ulike geografiske markeder kan betraktes som integrerte fra et konkurransemessig synspunkt. Det er alminnelig anerkjent at når importen til et regionalt marked – som Vestdanmark – er begrenset av den fysiske overføringskapasitet (eller av andre forhold som markedsaktørene ikke har kontroll over), så har de regionale aktørene – i dette tilfellet først og fremst Elsam – i realiteten styring med prisene. Det relevante markedet er dermed avgrenset til den aktuelle region, hensyn tatt til importen. Situasjonen er på mange måter parallell når eksporten er begrenset. Også i dette tilfellet er konkurransen avgrenset til aktørene i det regionale marked, ihvertfall sålenge de ikke hever prisene opp til nivået i de omkringliggende markeder. Det regionale marked er således avgrenset til den aktuelle region, hensyn tatt til eksporten.

Nedenfor har jeg utdypet resonnementene i rapportene med en litt annen fremstilling.

Figur 1 illustrerer tilfellet med eksportbegrensning. Vi betrakter Vestdanmark og konsentrerer oppmerksomheten om overføringsforbindelsen til Norge (vi ser med andre ord bort fra forbindelsen til Tyskland). Den horisontale akse måler forbruk og produksjon i effekt (eller, om en vil, i energi pr. time), mens den vertikale akse måler priser og kostnader pr. effektenhet. Den heltrukne, skrånende linjen viser en stilisert marginalkostnadskurve for produksjonen i Vestdanmark (man kan tenke på linjen som en illustrasjon av enhetskostnadene i de forskjellige produksjonsverk når verkene er rangert i stigende rekkefølge). Den stiplede, vertikale linjen viser etterspørselen i Vestdanmark (som for enkelhets skyld er antatt helt prisufølsom). Marginalkostnaden i Vestdanmark er lavere enn prisen i Norge, og det er derfor lønnsomt med eksport. Eksporten begrenses imidlertid av overføringskapasiteten.

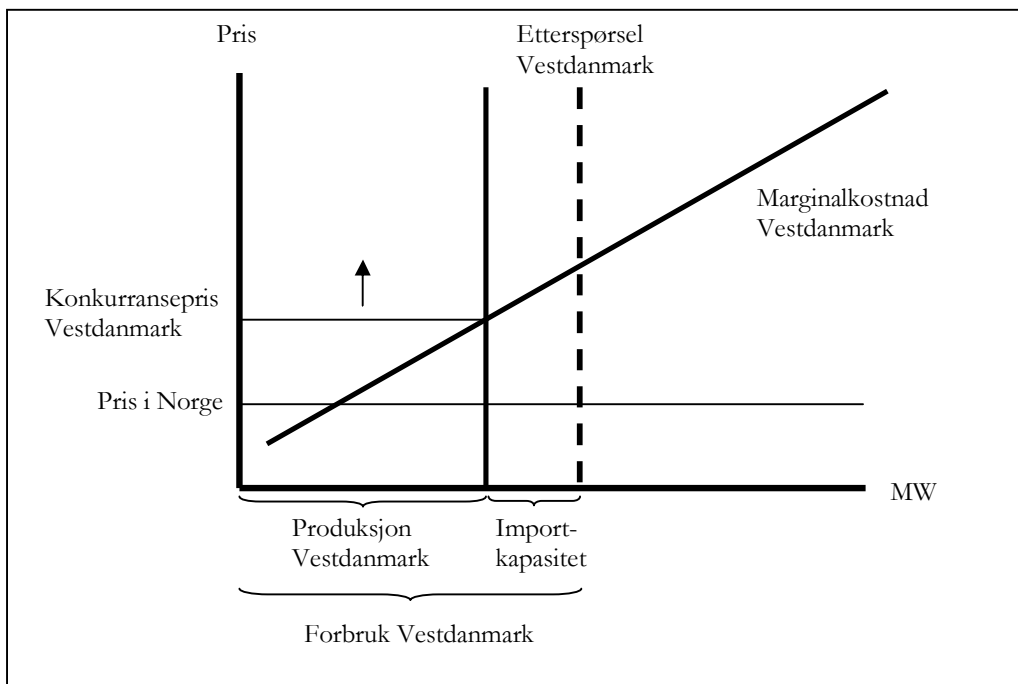


Figur 1: Eksportbegrensning

Dersom konkurransen fungerte perfekt, ville prisen i Vestdanmark reflektere marginalkostnadene i produksjon – denne prisen er angitt som ”konkurranspris” i figuren. På grunn av eksportbegrensningen er konkurranseprisen lavere enn prisen i

Norge. I en slik situasjon ville det være lønnsomt for produsentene i Vestdanmark å heve prisen over konkurranseprisen – mot prisnivået i Norge – dersom de kunne.

For sammenligningens skyld har jeg i figur 2 vist tilfellet med importbegrensning. I dette tilfellet er marginalkostnaden i Vestdanmark høyere enn prisen i Norge, og det blir import. Importen er begrenset av overføringskapasiteten, og derfor er konkurranseprisen i Vestdanmark høyere enn prisen i Norge. Også i dette tilfellet vil det være lønnsomt for produsentene å heve prisen over konkurranseprisen, dersom de kan.



Figur 2: Importbegrensning

Det er verd å legge merke til at situasjonene med henholdsvis import- og eksportbegrensning på mange måter er svært like. Det er imidlertid også enkelte viktige forskjeller.

La oss først se på incitamentet til å utnytte markedsrett. I tilfellet med eksportbegrensning er den lokale produksjonen relativt stor i forhold til forbruket, fordi den også dekker eksporten. I slike situasjoner er det derfor grunn til å tro at kapasitetsutnyttelsen i produksjonsverkene er høy. Det innebærer at de lokale produsenter – og spesielt den residuale produsent, som setter markedsprisen – leverer store volumer og dermed har sterke incitamentene til å heve prisene. I tilfellet med importbegrensning er derimot den lokale produksjonen relativt liten i forhold til forbruket, fordi den delvis fortregnes av import. I slike situasjoner er kapasitetsutnyttelsen som regel liten, volumene for de lokale produsenter relativt små, og incitamentene til å heve prisene tilsvarende svake.

La oss så se på potensialet for å utnytte markedsrett. I tilfellet med eksportbegrensning setter prisen i Norge en øvre grense for hvor høyt prisene i Vestdanmark kan presses – når markedene er integrerte, er de vstdanske produsentenes markedsstilling for svak til å kunne heve selve Elspotprisen. I dette tilfellet er altså potensialet for utnyttelse av markedsrett begrenset. Slik er det ikke i tilfellet med

importbegrensning. Da er det ingen egentlig øvre grense for hvor høyt prisene kan presses – ”the sky is the limit”.

Ser vi incitamentet og potensialet for utnyttelse av markedsrett under ett, har vi altså følgende resultat: Med eksportbegrensning er incitamentet til å utnytte markedsrett relativt sterkt, mens potensialet er begrenset. Med importbegrensning er det motsatt; potensialet er stort, mens incitamentet er relativt svakt.

Avslutningsvis må det understrekes at tilfellet med eksportbegrensning ikke nødvendigvis lar seg avsløre ved å se på faktisk utnyttelse av overføringskapasitet. Dersom de vestdanske produsenter (Elsam) velger å utnytte sin dominerende stilling til å heve prisene helt opp til nivået i Norge, vil eksportbegrensningen ikke være bindende. Skal man avsløre denne type utnyttelse av markedsrett, er man henvist til å sammenligne prisene i Vestdanmark med produsentenes kostnader. Satt på en annen måte, vil det avgjørende være om (1) eksportbegrensningen er effektiv når den vestdanske prisen reflekterer marginalkostnaden og (2) forskjellen mellom denne prisen og prisen i Norge er tilstrekkelig stor (f.eks. større enn SSNIP-kriteriet 5-10%).

2 Professor i EU markedsret, Michael Steinicke

Udtalelse vedrørende rapport om Power Fallacy
Odense, 18. februar 2005

Copenhagen Economics' rapport om the power fallacy giver en troværdig og interessant redegørelse for de problemstillinger, der særligt gør sig gældende for el-sektoren. Rapporten i helhed og anvendelsen af regler og praksis vurderes at være juridisk holdbar. Dette forhold er dog ikke ensbetydende med, at konkurrencemyndighederne nødvendigvis vil følge konklusionerne. Rapportens anvendelse af de juridiske kilder giver ikke anledning til bemærkninger.

Rapporten omhandler to forhold af betydning for afgrænsningen af det relevante marked inden for el-sektoren: a) risikoen for fejl ved vurderingen af det relevante marked med det, der benævnes power fallacy, som følge, og b) betydning af det tidsmæssige element i forbindelse med markedsafgrænsningen. Denne udtalelse relaterer sig til de juridiske aspekter af rapporten.

Rapporten bringer relevante forhold frem omkring anvendelsen af de instrumenter, som bærer afgrænsningen af det relevante marked. Disse forhold behandles ved at anvende den foreliggende praksis og de foreliggende regler på den konkrete situation inden for el-sektoren. Rapporten anvender praksis på en situation, hvor tidligere praksis ikke klart har givet svar.

I rapporten foretages en analyse under inddragelse af retspraksis og litteratur vedrørende forskellige konkurrenceretlige systemer. Amerikansk og engelsk ret finder ikke anvendelse på de i rapporten skitserede situationer, da dette handler om forhold, som udelukkende relaterer sig til det danske (eller europæiske) territorium. Dette betyder imidlertid ikke, at det ikke er muligt eller endda hensigtsmæssigt at inddrage disse kilder ved undersøgelse af de konkrete spørgsmål, som rapporten tager stilling til. Der er en anerkendt sammenhæng mellem den amerikanske konkurrenceregulering og de europæiske (og danske) konkurrenceregler, og amerikansk praksis anvendes jævnligt i analyser vedrørende europæiske konkurrenceforhold. I lyset af rapportens tema er anvendelse af amerikanske og engelske kilder i rapportens analyser oplagt.

Michael Steinicke, Ph.d.
Professor i EU-markedsret
Juridisk Institut
Syddansk Universitet