

Måling og prioriteringer i konkurransepolitikken

Lars Sørgard



SNF

Et selskap i NHH-miljøet

**SAMFUNNS- OG
NÆRINGS- OG
LIVSFORSKNING AS**

*Institute for Research in Economics
and Business Administration*

SNF

Samfunns- og næringslivsforskning AS

- er et selskap i NHH-miljøet med oppgave å initiere, organisere og utføre eksterntfinansiert forskning. Norges Handelshøyskole, Universitetet i Bergen og Stiftelsen SNF er aksjonærer. Virksomheten drives med basis i egen stab og fagmiljøene ved NHH og Institutt for økonomi (UiB).

SNF er Norges største og tyngste forskningsmiljø innen anvendt økonomisk-administrativ forskning, og har gode samarbeidsrelasjoner til andre forskningsmiljøer i Norge og utlandet. SNF utfører forskning og forskningsbaserte utredninger for sentrale beslutningstakere i privat og offentlig sektor. Forskningen organiseres i programmer og prosjekter av langsiktig og mer kortsiktig karakter. Alle publikasjoner er offentlig tilgjengelig.

SNF

Institute for Research in Economics and Business Administration

- is a company within the NHH group. Its objective is to initiate, organize and conduct externally financed research. The company shareholders are the Norwegian School of Economics and Business Administration (NHH), the University of Bergen (UiB) and the SNF Foundation. Research is carried out by SNF's own staff as well as faculty members at NHH and the Department of Economics at UiB.

SNF is Norway's largest and leading research environment within applied economic administrative research. It has excellent working relations with other research environments in Norway as well as abroad. SNF conducts research and prepares research-based reports for major decision-makers both in the private and the public sector. Research is organized in programmes and projects on a long-term as well as a short-term basis. All our publications are publicly available.

Arbeidsnotat nr. 15/12

Måling og prioriteringer i konkurransepolitikken

av

Lars Sørgard

SNF prosjekt 1215
”Konkurransepolitikk”

Prosjektet er finansiert av
Det kongelige fornyings-, administrasjons- og kirkedepartement

SAMFUNNS- OG NÆRINGSLIVSFORSKNING AS
BERGEN, JUNI 2012
ISSN 1503 – 2140

© Materialet er vernet etter åndsverkloven. Uten uttrykkelig samtykke er eksemplarfremstilling som utskrift og annen kopiering bare tillatt når det er hjemlet i lov (kopiering til privat bruk, sitat o.l.) eller avtale med Kopinor (www.kopinor.no)
Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatnings- og straffeansvar.

1. Innledning¹

Samfunnet er selvsagt opptatt av at konkurransemyndighetene foretar de riktige valgene, og derigjennom bidrar til en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Sett i et slikt perspektiv er det fornuftig at en måler effekten av konkurransemyndighetenes innsats, for derved å avdekke både om de gjør riktige beslutninger og om de foretar de riktige prioriteringene.

En rekke land har i løpet av de siste årene iverksatt målinger av effekter av konkurransemyndighetenes arbeid. I England er for eksempel konkurransemyndighetene pålagt hvert år å måle effekten for forbrukerne av deres arbeid. I Norge har vi ikke hatt det samme, men de overordnede konkurransemyndighetene (Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet) har stilt målsettinger for Konkurransetilsynets arbeid gjennom det årlige Tildelingsbrevet. Det har for eksempel vært stilt krav om et visst antall forbudsvedtak hvert år, det vil si enten inngrep mot konkurransebegrensende samarbeid eller misbruk av dominans. I denne artikkelen vil vi drøfte utfordringene forbundet med å måle virkningene av konkurransepolitikken, og herunder stille spørsmålet om hvordan ulike typer målinger av virkninger av ulike typer inngrep kan påvirke konkurransemyndighetenes incentiver. Vi starter ut med tilfellet med fusjoner og oppkjøp (heretter kalt kun fusjoner), og drøfter deretter andre typer konkurransesaker i lys av de virkningene vi avdekket angående fusjoner.

2. Fusjonskontroll – hvor stor innsats?

Ethvert tiltak konkurransemyndighetene iverksetter vil føre til både en direkte og en indirekte effekt. Den direkte effekten er relativt åpenbar. Hvis en for eksempel forbyr en fusjon, så vil det i seg selv ha en effekt på det aktuelle markedet og de berørte bedriftene. Men i tillegg vil et slikt inngrep ha indirekte virkninger. Det vil kunne innebære at andre bedrifter som vurderer å fusjonere beslutter å ikke gjennomføre fusjonen, da de frykter at den kan bli stoppet. Den indirekte effekten kan følgelig være at en avskrekker andre bedrifter fra å foreta visse handlinger, både i den aktuelle næringen og i andre næringer.

For å illustrere dette, la oss betrakte fusjonskontrollen. Hvis konkurransemyndighetene øker aktiviteten hva angår fusjonskontroll, vil det øke sannsynligheten for at en fusjon blir stoppet. Dette vil i seg selv ha en avskrekkende virkning i den forstand at noen planlagte fusjoner blir skrinlagt av bedriftene selv. Det er vanlig å se på dette som noe som kommer i tillegg til gevinsten forbundet med

¹ Denne artikkelen er skrevet som en del av prosjektet 'konkurransepolitikk' på SNF, finansiert av Fornyings-, Administrasjons- og Kirkedepartementet. Takk til Jostein Skaar for nyttige kommentarer til et tidligere utkast.

direkte inngrep i form av et forbud mot en bestemt fusjon. Men det kan føre galt av sted hvis en ikke ser samspillet mellom den direkte og den indirekte effekten. For å forklare det, la meg presentere en enkel modell.²

La oss betrakte en populasjon av X potensielle fusjoner i en økonomi, der noen av dem vil øke velferden og andre redusere den. Vi definerer $f(x)$ som velferdseffekten av fusjon x , der x^H er den som er mest skadelig for velferden. Den aggregerte velferdseffekten er følgende:

$$W = \int_0^{x^H} f(x) d(x) \quad (1)$$

Konkurransemyndighetene kan benytte ressurser på å undersøke fusjoner, og vi lar N angi hvor stor andel av fusjonene som foreslås som blir undersøkt, der $0 \leq N \leq 1$. La oss anta at konkurransemyndighetene på trinn 1 bestemmer ressursinnsats (setter N), bedriften på trinn 2 bestemmer om de vil fusjonere eller ikke, konkurransemyndighetene på trinn 3 bestemmer hvilke fusjoner som skal undersøkes, konkurransemyndighetene på trinn 4 mottar et signal om mulig velferdseffekt av fusjonen, og konkurransemyndighetene på trinn 5 enten godtar eller stopper fusjonen.

På trinn 5 benyttes signalet mottatt på trinn 4 til å ta en beslutning. La $g(x)$ angi sannsynligheten for at fusjonen har en positiv velferdseffekt og blir godtatt. Vi antar at $\partial g/\partial x < 0$, hvilket betyr at det er større sannsynlighet for å godta en fusjon desto mer positiv (mindre negativ) effekt den har på velferden. Signalet er imidlertid ikke perfekt, og derfor er det fare for både type I og type II feil; godta fusjoner som er skadelige (type I feil) eller stoppe fusjoner som ikke er skadelige (type II feil).

På trinn 3 mottar konkurransemyndighetene en rekke meldinger om fusjoner, og har på det tidspunktet liten informasjon om hver enkelt fusjon. Vi antar at det er tilfeldig hvilke av disse meldte fusjonene som undersøkes.³ På trinn 2 velger bedriftene om de vil fusjonere eller ikke. La $\pi(x)$ angi nåverdi av en godkjent fusjon, som vi antar er positiv, og la C være en sunket (irreversibel) kostnad forbundet med å implementere fusjonen. Bedriftene vil fusjonere dersom:

² Modellen som her presenteres er hentet fra Sjørgard (2009).

³ I realiteten er det neppe helt tilfeldig hvilke fusjoner som undersøkes, for eksempel fordi terskelverdier for konsentrasjon setter grenser for hvilke fusjoner som kan klareres tidlig. Poenget er å reddykke det faktum at det er mye større usikkerhet om mulige konkurransemessige virkninger av en fusjon på dette tidspunktet enn etter at en har vurdert saken nøye. Duso, Neven og Röller (2007) fant for eksempel at det er 75 % større sjanse for at EU godkjenner en fusjon som er konkurranseskadelig på trinn I av sin analyse enn på trinn II av sin analyse. Vår analyse kan tolkes som at etter at et stort antall fusjoner og oppkjøp er klarert som følge av at de faller under terskelverdiene, må myndighetene foreta et valg mellom de gjenværende meldte fusjonene. Dette siste valget er forbundet med en stor usikkerhet, siden en ikke har gjort noen nærmere undersøkelse.

$$M_x = \pi(x)[N \cdot g(x) + (1 - N)] - C > 0. \quad (2)$$

Som det fremgår av klammeparentesen, vil sannsynligheten for at fusjonen blir stoppet avhenge av hvor stor andel av fusjonen som faktisk undersøkes og hvilket signal som konkurransemyndighetene mottar ved en undersøkelse. Fusjonskontrollen kan følgelig føre til at noen fusjoner ikke er lønnsomme fordi sannsynligheten for å bli stoppet er for stor. De fusjonene som av den grunn legges bort er avskrekket av fusjonskontrollen.

Vi antar at de fusjonene som er mest skadelige for velferden er de som er avskrekket.⁴ Gitt det, hvor stor innsats skal konkurransemyndighetene benytte på fusjonskontrollen når den tar sin beslutning på trinn 1? La x^* angi den av de foreslåtte fusjonene som har størst negativ effekt på velferden, hvilket betyr at alle fusjoner $x^* < x \leq x^H$ er avskrekket. En økning i innsats (økt N) vil dermed føre til ikke bare at en foreslått fusjon kan bli stoppet, men også at flere fusjoner blir avskrekket (påvirke x^*). La oss nå normalisere kostnad ved fusjonskontroll til null. Konkurransemyndighetene må velge innsats slik at følgende forventede velferd blir størst mulig:

$$\underset{N}{\text{Max}} \quad EW = \int_0^{x^*} \{N \cdot [f(x)g(x)] + (1 - N) \cdot f(x)\} dx \quad (3)$$

Uttrykket i klammeparentesen er forventet velferdseffekt av en fusjon som er undersøkt, og multipliseres med N da alle foreslåtte fusjoner har like stor sannsynlighet for å bli undersøkt. Siste uttrykket i parenteser fanger opp effekten av fusjoner som ikke undersøkes og dermed ikke stoppes. Da de fusjonene som avskrekkes antas å ha null effekt på velferd, summeres velferd kun for de foreslåtte fusjonene. En marginal endring i innsats har følgende effekt på forventet velferd:

$$\frac{\partial EW}{\partial N} = \underbrace{\int_0^{x^*} [f(x)g(x) - f(x)] dx}_{\text{INNGREP}} + \underbrace{(f(x^*)[1 - N \cdot (1 - g(x^*))])}_{\text{AVSKREKKING}} \frac{dx^*}{dN} \quad (4)$$

Det første uttrykket, kalt INNGREP, er nettoeffekt av inngrep mot en fusjon som blir undersøkt. Det andre uttrykket, kalt AVSKREKKING, er effekten på antallet fusjoner som blir avskrekket og velferdseffekten av det. Vi ser av uttrykket at avskrekkingseffekten alltid vil være positiv.⁵ Gitt at kostnadene er normalisert til null, vil det implisere at da må effekten av selve inngrepet være negativ i optimum.

⁴ For en nærmere drøfting om betingelsen for at det er oppfylt, se Sørgard (2009), Proposition 1.

⁵ Det kan ikke være et optimum med $f(x^*) < 0$, da redusert innsats gir en gevinst både hva angår INNGREP og AVSKREKKING i den situasjonen. Følgelig må $f(x^*) > 0$ i optimum, og da ser vi at AVSKREKKING må være positiv.

Det er tilsynelatende paradoksalt at i optimum kan selve inngrepet som sådan ha en forventet negativ effekt på velferden. Forklaringen er at økt innsats av konkurransemyndighetene har både en direkte og en indirekte effekt, og de to må avveies når en skal vurdere den samlede effekten av økt innsats. Den indirekte effekten er avskrekking av flere potensielle fusjoner, hvilket er entydig positivt så lenge det er de mest skadelige fusjonene som avskrekkes. En vil ønske å øke innsatsen for å styrke avskrekkingseffekten, og er villig til å gå så langt at i forventning er selve inngrepet skadelig for velferden.⁶

Det er en utfordring å måle effektene av fusjonskontrollen.⁷ Hva angår effekten av selve inngrepet (den direkte effekten), tyder empiriske studier på at det er stor variasjon og at det (ikke uventet) forekommer feil. Men nyere empiriske studier antyder at det både i EU og i USA er mer vanlig med type I enn type II feil; sier for ofte ja til fusjoner som burde vært stoppet. Det antydes i disse studiene at flere fusjoner burde vært forbudt, både i USA og EU, ut fra en vurdering av den direkte effekten.⁸ Hvis vi i tillegg tar høyde for den indirekte effekten, slik som beskrevet foran, vil det ytterligere dra i retning av at det er en for lite intervensjonistisk fusjonskontroll.

Hva angår indirekte effekt, er det flere studier som finner at en aktiv fusjonskontroll fører til at noen potensielle fusjoner blir lagt bort (ikke foreslått) eller blir modifisert. En studie fra Europa finner at en økning i antallet fusjoner som stoppes av konkurransemyndighetene fører til færre meldte fusjoner, mens en tilsvarende studie fra USA finner at flere forbud mot fusjoner fører til en dreining bort fra horisontale mot vertikale fusjoner.⁹ Da horisontale fusjoner typisk er mer skadelige for konkurransen, er den siste studien konsistent med – men ikke noe bevis for – at de mest skadelige fusjonene avskrekkes.¹⁰ Det er også foretatt spørreundersøkelser i flere land blant bedrifter og konkurranse-jurister, og de tyder også på at en aktiv fusjonskontroll kan ha en avskrekkende effekt.¹¹ Problemet er imidlertid at en ut fra slike studier kan vanskelig si noe om det faktisk er de mest skadelige fusjonene som blir avskrekket.

⁶ En kan selvsagt tenke seg at konkurransemyndighetene har mulighet for å oppdatere signalet alt etter hvor mange fusjoner som foreslås, da færre foreslåtte fusjoner vil bety at det er mindre sannsynlig at en undersøkt fusjon er skadelig. I Sørgard (2009) er det vist hvordan en kan oppdatere signalet ut fra slik informasjon. Det vil redusere faren for å stoppe fusjoner som burde vært godkjent, men det vil imidlertid ikke endre det kvalitative i det argumentet vi her har fremført.

⁷ For en ny oversikt over empiriske studier av fusjonskontroll, se Duso, Gugler og Szücs (2010a).

⁸ Hva angår Europa se Duso, Gugler og Szücs (2010b), og hva angår USA se Kwoka og Greenfield (2011).

⁹ Se Seldeslacht *et al.* (2009) angående Europa, og Clougherty og Seldeslacht (2010) angående USA.

¹⁰ Se også Eckbo (1983) og Eckbo og Wier (1985), som benytter event studier og finner indikasjoner på at en mer aktiv fusjonskontroll i USA førte til at konkurranseskadelige fusjoner ble avskrekket.

¹¹ Se for eksempel Twynstra Gudde (2005) angående Nederland, og Deloitte (2007) angående England.

3. Fusjonskontroll – fra måling til incentiver

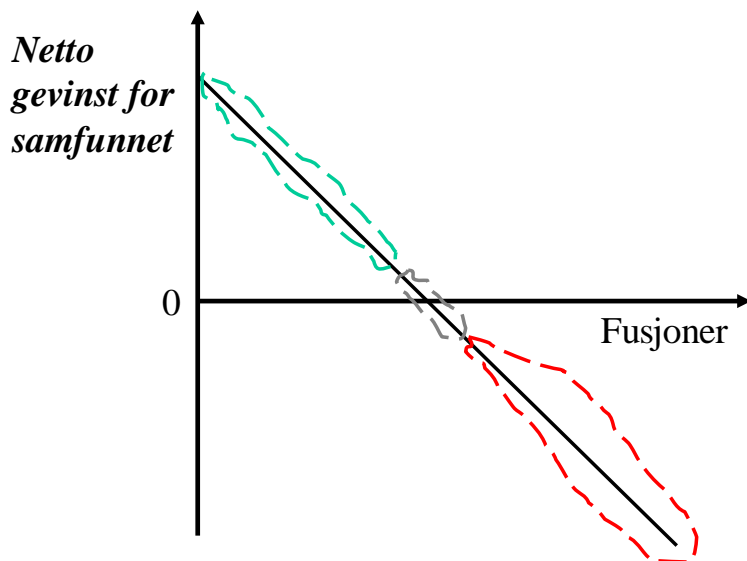
Det er åpenbart at en ideelt sett ønsker at konkurransemyndighetene fordeler sine ressurser ut fra den overordnede effekten av innsats, det vil si summen av direkte og indirekte effekt på hvert område. Som forklart over er det imidlertid vanskelig å fastslå hva som er den overordnede effekten av innsats hva angår fusjonskontroll. I mangel av et mål på overordnet effekt, er det naturlig å benytte mer partielle mål. Men slike mål, uansett hvor lite forpliktende de er, vil lett kunne ha betydning for Konkurransemyndighetenes incentiver, da konkurransemyndighetene ventelig vil ønske å se bra ut på en måling. Utfordringen blir dermed å benytte målinger og utforme målsettinger som er slik at de ventelig bidrar til å endre incentivene i en gunstig retning.

Det en strengt tatt ønsker å måle er hvordan konkurransemyndighetenes eksistens og agering i vid forstand påvirker fusjonsbeslutningene. Dette er en advarsel mot å telle antallet inngrep mot fusjoner og ut fra det si noe om hvor vellykket fusjonskontrollen er. En kan endog argumentere for at mange inngrep er et tegn på lite vellykket konkurransepolitikk, da det tilsynelatende er mange bedrifter som tar sjansen på å fusjonere selv om den aktuelle fusjonen tilsynelatende er skadelig. På den annen side vil ytterpunktet med ingen inngrep i realiteten være problematisk, da det kan signalisere at innsatsen til konkurransemyndighetene er svært begrenset og at faren for inngrep er minimal. I så fall vil det ikke lenger være den ønskede avskrekkingseffekten.

Gitt at en aktiv fusjonskontroll bør føre til at kun fusjoner som er i en gråsoner vil bli undersøkt grundig, er det grunn til å stille spørsmål ved ikke bare telling men i minst like stor grad en tallfesting av virkninger. Hvis en for eksempel finner at fusjoner som ble stoppet ville vært svært skadelig for samfunnet, er det et tegn på at fusjonskontrollen er tilfredsstillende? Kan det heller være et tegn på at fusjonskontrollen er for lite aktiv, slik at for mange skadelige fusjoner foreslås?¹²

Utfordringen myndigheten står overfor kan illustreres ved hjelp av figur 1. Langs den vertikale akse har vi rangert fusjonene etter netto gevinst for samfunnet, fra klart positivt til klart negativt. De klart positive klareres tidlig av myndighetene, vist med fusjoner i det grønne arealet i figuren. De mest skadelige avskrekkes og blir derfor aldri forsøkt implementert, vist ved det røde arealet i figuren. Da gjenstår et bokstavelig talt grått areal, der det er relativt små netto virkninger for samfunnet av den foreslåtte fusjonen. Det viser at en ikke nødvendigvis vil forvente noen stor direkte effekt av inngrep. Da en ved å gripe inn kan øke avskrekkingen, det vil si utvidere det røde arealet, forstår en hvorfor en kan finne det optimalt å gripe inn mot noen fusjoner som en isolert sett ikke burde grepet inn mot.

¹² Det er et relevant spørsmål som er blitt stilt til engelske konkurransemyndigheter, som har funnet at deres inngrep mot fusjoner har ført til svært store besparelser for forbrukerne (se OFT 2005).



Figur 1: Netto gevinst av fusjoner

Enda mer problematisk blir det dersom en tar høyde for at målinger kan påvirke konkurransemyndighetenes incentiver.¹³ Hva angår måling av aktiviteten som sådan, er det to muligheter. En kan enten måle virkningen av fusjoner som ikke er stoppet, eller måle virkningene av fusjoner som faktisk er stoppet. Hvis en måler virkningene av tillatte fusjoner, kan det isolert sett gi konkurransemyndighetene incentiver til å opptre relativt aggressivt. Grunnen er at en aggressiv fusjonskontroll vil bidra til å avskrekke de mest skadelige fusjonene, og dermed reduserer det faren for at en slik måling viser at konkurransemyndighetene har tillatt noen svært skadelige fusjoner. Hvis en i stedet måler virkningene av fusjoner som er stoppet, kan det isolert sett gi konkurransemyndighetene incentiver til å være lite aggressive. En lite aggressiv fusjonskontroll vil bety at færre skadelige fusjoner avskrekkes, og dermed er det større mulighet enn ellers for at en fusjon som stoppes er skadelig for samfunnet. Måling av den indirekte effekten, for eksempel ved hjelp av spørreundersøkelser slik som nevnt foran, kan derimot isolert sett gi incentiver til å opptre mer aggressivt enn det som er optimalt. Hvis det er kun de avskrekkede fusjonene som måles, vil en mer aggressiv fusjonskontroll gi mer avskrekking og dermed tilsynelatende være bra. En slik telling gir ingen indikasjon på hva som er optimal innsats, og kan dermed lett føre til for stor innsats.

I Norge har vi sett eksempler på flere av den typen målinger som her er nevnt. Det er Konkurransetilsynet som håndhever konkurranseloven, med Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet (FAD) som det overordnede konkurransemyndighet som styrer Konkurransetilsynet gjennom det årlige Tildelingsbrevet. I dette Tildelingsbrevet blir det stilt

¹³ Se for eksempel Neven og Zenger (2008), som har drøftet hvordan målinger kan føre til en endret adferd av konkurransemyndighetene.

målsettinger for Konkurransetilsynets virksomhet. I flere år ble det stilt krav om at Konkurransetilsynet skulle evaluere virkningen av minst ett vedtak om inngrep mot fusjon hvert år. Dette var et relativt beskjedent krav, men det er grunn til å spørre hva en ønsket å oppnå. Hvis Konkurransetilsynet kom til at inngrepet neppe hadde noen særlig virkning, kan det – hvis en ikke har tenkt gjennom det som er beskrevet foran – tilsynelatende sees på som en kritikk mot hvordan fusjonskontrollen praktiseres. Det kan i så fall bidra til at Konkurransetilsynet blir mer forsiktig, hvilket ikke nødvendigvis er den riktige konklusjon på et slikt resultat av en slik undersøkelse. Det er interessant å merke seg at Konkurransetilsynet tilsynelatende ikke har vært særlig ivrig etter å evaluere virkningen av inngrep mot fusjoner, da det så langt ikke etter det jeg kjenner til er rapportert noen gjennomført evaluering.¹⁴ I Tildelingsbrevet for 2012 er det ikke lenger noe krav om at Konkurransetilsynet skal evaluere minst ett inngrep mot en fusjon.

Hva angår den indirekte effekten, har Konkurransetilsynet foretatt undersøkelser som skal bidra til å kartlegge de preventive virkningene av fusjonskontrollen (og konkurranseloven mer generelt). Slike undersøkelser ble første gang utført av Konkurransetilsynet i 2008, før det første gang ble eksplisitt nevnt i Tildelingsbrevet i 2009.¹⁵ De 20 fremste konkurransejuristene i Norge ble intervjuet, og det avdekket at en rekke planlagte fusjoner og oppkjøp som de hadde blitt konsulert om hadde blitt skrinlagt eller blitt modifisert i perioden 2007-08 av frykt for at de ville bli stoppet av konkurransemyndighetene. I den perioden melder de om 3 fusjoner som ble skrinlagt og 6 som ble modifisert. Til sammenligning ble det i samme periode nedlagt 2 forbud, og seks fusjoner ble godkjent på vilkår. Hvis vi kan feste lit til den studien, betyr det at i den perioden ble flere fusjoner og oppkjøp som ble skrinlagt eller modifisert etter konsultasjoner med konkurransejurister enn antallet som enten ble forbudt eller godkjent på vilkår av konkurransemyndighetene. Dette er sannsynligvis en undervurdering av den avskrekkende effekten, da det kan tenkes at det er fusjoner og oppkjøp som er skrinlagt uten at konkurransejurister er konsulert.¹⁶ Det er for eksempel klare indikasjoner på at i kraftmarkedet har bedriftene etter inngrep mot to fusjoner i 2002-03 innsett at enhver fusjon av en viss størrelse vil med stor sannsynlighet bli stoppet av konkurransemyndighetene, og det er

¹⁴ I årsmeldingen for 2009 vises det til at det er startet en ex post evaluering av Gilde-Prior fusjonen, uten at det er mulig å finne noen opplysninger om at den er slutført. I årsmeldingen i 2010 vises det til at det ikke var noen inngrep mot fusjoner i 2010 (men det var jo vitterlig det i årene før), og i stedet rapporterer de fra en analyse av bensinmarkedet. I årsrapporten for 2011 vises det til at de arbeider med en studie av en fusjon i bensinmarkedet.

¹⁵ Det ble beskrevet på følgende måte i Tildelingsbrevet for 2009: *'Tilsynet skal gjere bruk av omdømmeundersøkingar, og vurdere om desse og kan fange opp preventive virkningar av handhevinga av konkurranseloven.'*

¹⁶ Det er også grunn til å merke seg at antallet fusjoner som det ble grepet inn mot var større enn normalt for årene 2007-08. I 2006 var det for eksempel to fusjoner som ble forbudt, mens det i 2010 var ingen inngrep mens det i 2011 ble grepet inn mot to fusjoner som begge ble godkjent på vilkår. Det antyder at relativt sett kan den avskrekkende effekten være større enn antydnet ved kun å se på tall for perioden 2007-08.

sannsynligvis en viktig årsak til at vi ikke har sett noen store foreslåtte fusjoner i det markedet etter den tid.

Spørreundersøkelser av denne typen er åpenbart beheftet med stor usikkerhet.¹⁷ I mangel på andre mulige måter å måle avskrekkingseffekten er det imidlertid nyttig, da en får en viss indikasjon av omfanget av den indirekte effekten. Da en slik måling isolert sett kan gi incentiver for en for aggressiv fusjonskontroll, kan den eventuelt suppleres med undersøkelser som kan kaste lys over om det er mange beslutninger som er tatt på et feilaktig grunnlag. En mulighet er at noen tilfeller hvor det er grepet inn og noen tilfeller hvor det ikke er grepet inn evalueres ex post ved at en undersøger om premissene som ble lagt til grunn i vedtaket stemmer i ettertid.¹⁸ På den måten kan en sjekke at det ikke er urovekkende mange type I og type II feil hva angår den direkte effekten av inngrep eller ikke inngrep, uten at en (av grunner som er beskrevet foran) tallfester den direkte effekten. En annen mulighet er en ex post evaluering av fusjoner som er godkjent på vilkår, for eksempel en sjekk av om det strukturelle vilkår har fungert etter hensikten.¹⁹ Godkjennelse på vilkår kan være et utfall som partene og konkurransemyndighetene har felles interesse av (partene får ja, samtidig som konkurransemyndighetene gjør et vedtak), og det kan av den grunn være naturlig å sjekke i ettertid om vilkåret har fungert etter hensikten. Ideelt sett burde en også hatt empiriske studier av lignende type som i EU som tester for type I og type II feil, men spørsmålet er om det er praktisk mulig å gjennomføre dette på norske data.²⁰

4. Fusjonskontroll versus andre typer konkurransesaker

Hittil har vi argumentert for at det er en stor utfordring å finne riktig innsats hva angår fusjonskontroll, og at en må tenke seg nøye om før en gjennomfører ulike målinger av effektene av fusjonskontrollen. Utfordringen blir imidlertid enda større dersom vi tar høyde for at ressursene alternativt kan benyttes på andre aktiviteter. Det er to andre hovedtyper av konkurransesaker,

¹⁷ Vi har allerede nevnt at det kan undervurdere avskrekkingseffekten, da fusjoner kan bli skrinlagt av frykt for et mulig inngrep uten at konkurransejurister konsulteres. På den annen side kan konkurransejurister fristes til å fremstille flere fusjoner som skrinlagt eller modifisert enn det strengt er grunnlag for, da det rett og slett viser at de spiller en viktig rolle i fusjonskontrollen.

¹⁸ Ett eksempel på en slik studie PwC Economics (2005), som på vegne at Office of Fair Trading i England foretok en ex post evaluering av 10 fusjoner som var godkjent av OFT. De undersøkte blant annet om den beskrivelsen av konkurransen som ble gitt, for eksempel omfanget av kjøpermakt, syntes å stemme i ettertid.

¹⁹ Bratberg (2011) har beskrevet fusjoner godkjent på vilkår under ny lov, og blant annet vurdert om strukturelle vilkår har fungert tilfredsstillende. Hun finner blant annet at i to saker har ikke en lykkes i å opprettholde konkurransen ved hjelp av krav om å selge ut deler av virksomheten, og et problem var få potensielle kjøpere til utskilte enheter. For eksempel fikk Rema 1000 aldri solgt butikken som de ble pålagt å selge ut i Nordfjordeid i forbindelse med oppkjøpet av Lidl i 2008 (se vedtak V2008-10). Hvorvidt adferdsvilkår har fungert etter hensikten er imidlertid vanskeligere å vurdere.

²⁰ En type studie kunne være a la Duso *et al.* (2007), som benytter en eventstudie og dermed baserer seg på endringer i børskurser for de involverte selskapene. Men antallet saker i Norge er av et begrenset omfang, og mange av sakene omhandler bedrifter som ikke er børsnoterte (for eksempel samvirke).

henholdsvis kartellavdekking og inngrep mot misbruk av dominans.²¹ Begge de to typene innsats vil i likhet med fusjonskontroll ha en direkte og en indirekte effekt. Vi vil i det følgende diskutere kort hvordan måling av disse typene innsats kan påvirke incentivene, og se praksisen i Norge i lys av det. I utgangspunktet er det imidlertid grunn til å presisere at den norske konkurranseloven, og da særlig på disse to områdene, er i likhet med de fleste andre lands konkurranselover en forbudslov. Det innebærer at en ideelt sett ønsker at loven skal disiplinere bedriftene, slik at de holder seg på riktig side av loven. Hvis så skjer, vil det innebære at det ikke blir noen inngrep av konkurransemyndighetene.

4.1 Misbruk av dominans

Hva angår misbruk av dominans, vil det ventelig være en rekke paralleller til fusjonskontroll. Det er synlig hva aktørene gjør, det legges (med visse unntak) en virkningsanalyse til grunn og en aktiv innsats vil av den grunn forventes å avskrekke de handlingene som potensielt er mest skadelige for velferden. Slik sett skal en forvente en positiv indirekte effekt, mens det samtidig er mer åpent om det er en positiv direkte effekt. En viktig forskjell fra fusjonskontroll er imidlertid at usikkerheten vedrørende hva som er misbruk og som det av den grunn gripes inn mot er betydelig. Det er fortsatt stor usikkerhet, både i Norge og i Europa, hva som er avgjørende for om domstolen i siste instans dømmer en bedrift for misbruk av dominans. Det er ikke åpenbart at en ren virkningsanalyse legges til grunn slik som ved fusjonskontroll i alle tilfeller, og tilsynelatende er selve usikkerheten større enn ved fusjonskontroll. Det gjør faren for feilaktige inngrep større, og det vil i neste omgang smitte over på den indirekte effekten. Visse typer adferd som kan ha en gunstig effekt på velferden, for eksempel noen bestemte typer rabatter, har EU-domstolen grepet inn mot i flere tilfeller.

Det er få empiriske studier av effektene av innsats mot misbruk av dominans. I USA har det vært en debatt om saker om misbruk av dominans (kalt monopoliseringsaker i USA) har hatt noen som helst positive direkte effekter, eller kanskje endog negative direkte effekter.²² Det er studier som finner at trusselen om inngrep mot dominans har påvirket bedrifters adferd, for eksempel avtaler om

²¹ I realiteten vil konkurransemyndighetene også foreta prioriteringer mot andre typer aktivitet, for eksempel høringsuttalelser og opplysningsvirksomhet mer generelt. Merk også at det kan i tillegg gripes inn mot vertikale avtaler, ut fra samme lovbestemmelse som gir hjemmel til å gripe inn mot karteller. Vi vil i det følgende fokusere på de tre hovedtypene saker nevnt i teksten, og ikke drøfte avveiningen mot disse andre typer aktiviteter.

²² Se Crandall og Winston (2003), som viser til at mange av sakene om monopolisering i USA har tatt svært lang tid og endt uten inngrep. Baker (2003) har i en kommentar vist til det han mener er eksempler på der inngrep har hatt en positiv direkte effekt, blant annet i telemarkedet, og der forlik kan ha hatt en positiv direkte effekt.

eksklusivitet, men det er ingen av disse studiene som kan si noe om det er de mest skadelige formene for misbruk av dominans som er blitt avskrekket.²³

Usikkerheten om hva som er misbruk av dominans kan gi overraskende utslag. Når det er tilstrekkelig stor usikkerhet, for eksempel angående domstolens praksis, kan økt aktivitet føre til økte incentiver for bedriftene til å handle på en måte som er skadelig for konkurransen eller ikke handle på en måte som er gunstig for forbrukerne.²⁴ Det sistnevnte kan for eksempel skje hvis økt aktivitet fører til at bedriften frykter mer enn før inngrep mot visse typer rabatter. Det er en type adferd som behandles strengt i domstolen, men som ofte har gunstige virkninger for forbrukerne.

Det har etter at forbudet ble innført i Norge i 2004 kun vært tre inngrep mot misbruk av dominans, hvorav ett vedtak er omgjort av Konkurransetilsynet selv, ett vedtak endte med forlik, og ett vedtak ble omgjort i Høyesterett (med tre mot to stemmer). Det betyr at den direkte effekten er svært begrenset. Selv om så få vedtak ikke synes å ha den store avskrekkende effekten, vil trusselen som sådan om ressurser brukt på selve prosessen, med vedtak og påfølgende rettsaker, og negativ omtale i media i seg selv kunne være avskrekkende for en del bedrifter. Videre er det viktig å ta høyde for at norske bedrifter i det norske markedet kan bli bøtelagt for overtredelse av misbruksforbudet av ESA eller EU-kommisjonen, slik både Posten Norge og Tomra Line har blitt.²⁵

Den tidligere nevnte spørreundersøkelsen blant norske konkurransejurister som ble gjennomført i 2008 gir en viss indikasjon på mulige indirekte effekter av forbudet mot misbruk av dominans i Norge. De oppgir at det i 39 tilfeller ble avtalen modifisert i frykt for en nærmere vurdering av om det var misbruk av dominans. Det tyder på en viss avskrekkende effekt. Når en ser nærmere på hvilke typer adferd som ble modifisert tyder det imidlertid på at det ikke nødvendigvis er den riktige typen adferd som avskrekkes. Det oppgis at avtaler om rabatter vil ofte eller av og til bli modifisert, og mer enn det tilsvarende omfanget for andre typer adferd som potensielt kan være misbruk av dominans. I den forbindelse kan adferd som Konkurransetilsynet ikke griper inn mot gi viktige signaler som kan rette opp denne skjevheten. Det var for eksempel et stort antall klager av mindre aktører på mulig misbruk av dominans i den første tiden etter at den nye bestemmelsen ble innført. Men det ble som nevnt få inngrep, og det ga et signal til bedriftene som ønsket å klage om at det var lite håp om å nå

²³ Se Deloitte (2007), som fant på grunnlag av spørreundersøkelser at for hvert inngrep mot misbruk av dominans i perioden 2000-06 ble fire andre typer adferd modifisert for å unngå å bli rammet av denne lovbestemmelsen. Det er grunn til å tro at dette kan være en undervurdering av de faktiske tallene, da for eksempel konkurransejurister ikke alltid er informert om tilfeller der selskapet har modifisert sin adferd.

²⁴ Dette er nærmere forklart i Schinkel og Tuinstra (2006).

²⁵ Posten Norge ble ilagt en bot av ESA for å ha hindret konkurranse i post-i-butikk markedet i Norge. EFTA-domstolen opprettholdt vedtaket, men satte ned boten til drøyt 80 millioner kroner. Tomra ble ilagt en bot av EU for å hindre konkurrenter i å etablere seg i det norske markedet (og en del nasjonale markeder i EU). EU-domstolen opprettholdt vedtaket i april 2012, og boten ble satt til om lag 180 millioner kroner.

frem og ikke minst til de dominerende bedriftene at deres adferd ble tolket å være innenfor lovens grenser. Slik sett kan avgjørelser om å ikke gripe inn gi store bedrifter større trygghet om at de opererer innen lovens grenser, og endog oppmuntre dem til å opptre noe mer aggressivt enn tidligere.²⁶

Det har ikke vært noe inngrep av Konkurransetilsynet mot misbruk av dominans siden 2007, og en slik hjørneløsning gjør at denne bestemmelsen blir mindre og mindre viktig for avskrekking. En sak om misbruk, som fokuserer på et tilfelle som er skadelig for forbrukerne, kan redusere usikkerheten om hva som er lov og ikke lov og bidra til å gjenopprette de preventive virkningene av denne konkurranseregelen. Det faktum at både ESA og EU har grepet inn mot misbruk av dominans i det norske markedet bidrar til en viss grad å øke avskrekkingen, men det er tross alt Konkurransetilsynet som kjenner det norske markedet best og slik sett burde være den som har best forutsetninger for å gripe inn.

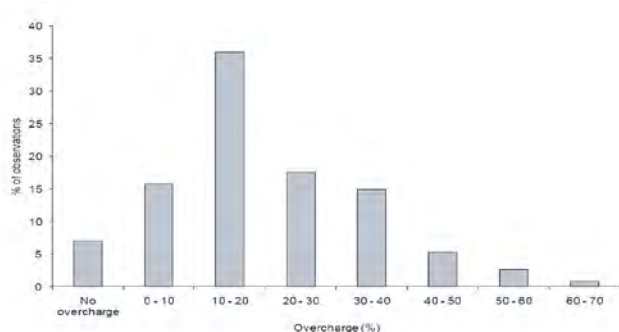
4.2 Karteller

Hva angår kartellavdekking, er situasjonen en helt annen. Det er vanligvis ikke synlig hva aktørene gjør, da samarbeid om markedsdeling og andre typer konkurransebegrensende samarbeid typisk skjer i det skjulte. Avdekking av karteller skjer for eksempel ved at bedriftene selv melder fra og ber om amnesti (lempning), eller som et resultat av Konkurransemyndighetenes etterforskning. Det er ikke åpenbart at det er de mest skadelige kartellene, de som fører til de største prisøkningene, som avsløres. Figur 2 illustrerer at det er stort sprik i prispåslag for karteller som er avdekket. Det varierer fra ikke noe prispåslag til et prispåslag på 60-70 %.

Figur 2 antyder at det ikke er noe systematisk mønster hva angår direkte effekt slik som vi forventet med fusjonskontrollen. Noen svært skadelige karteller blir avdekket, samtidig som en del karteller uten noen skadelig effekt også synes å bli avdekket. I snitt vil det imidlertid bety at den direkte effekten er klart positiv, i motsetning til det vi argumenterte for hva angår fusjonskontroll og inngrep mot misbruk av dominans.

²⁶ Innen telesektoren har det vært en rekke aktører som har klaget på aggressiv prising av en av de to store aktørene, Telenor og Netcom. I de to årene 2005-06 var til sammen 6 slike klager på aggressiv prising, men ingen fikk medhold (data fra Konkurransetilsynets hjemmeside). I de fem påfølgende årene var det færre tilsvarende klager, totalt fem, og heller ingen av dem fikk medhold. Det tyder på færre klager hvert år, hvilket er det en forventer hvis avgjørelser om ikke-inngrep påvirker små bedrifters incentiver til å klage. Hvis en derimot ser på det totale antallet avgjørelser om ikke-inngrep i klager vedrørende misbruk av dominans, kan det imidlertid se ut for at antallet avgjørelser er relativt stabilt, og om lag 20-25 hvert år. En bør være forsiktig med å tolke dette, da klagen er høyst varierende. For eksempel omhandlet avgjørelse A2010-21 en privatperson som klaget på at Telenor hadde ilagt vedkommende en gebyr på 35 kroner for papirfaktura.

Den indirekte effekten av innsats mot karteller er imidlertid høyst usikker. Det store spriket i prispåslag hva angår avslørte karteller antyder at det neppe er slik at de verste kartellene er avskrekket. Det virker logisk, når vi ser nærmere på incentivene til å danne karteller. Boten som gis vil vanligvis ikke avspeile hvor mye kartelldeltakerne har tjent på samarbeidet. For eksempel er det slik at EU maksimalt kan ilegge en bot som tilsvarer 10 % av selskapets årlige omsetning, og at det typisk også er et minimumsbeløp. Det innebærer at de mest skadelige kartellene, målt i prispåslag, ikke straffes særlig mye hardere enn karteller med lite prispåslag. Sett i et slikt perspektiv er det et sterkere incentiv til å danne et kartell med stort prispåslag enn et med et lite prispåslag. I så fall vil ikke nødvendigvis de mest skadelige kartellene avskrekkes, snarere tvert i mot. Dersom det er omfattende erstatningssøksmål fra kunder etter kartellavsløring, der erstatning nettopp bestemmes av skaden de er påført, kan det bidra til å endre dette bildet.



Figur 2: Fordelingen av prispåslag ved avdekkede karteller²⁷

Det er få empiriske studier som måler den indirekte effekten av kartellavdekking. Årsaken er åpenbar. De kartellene som ikke oppdages av myndighetene eller blir rapportert inn, er per definisjon hemmelige for andre enn kartelldeltakerne. De få studiene som finnes, tyder imidlertid på at det (ikke uventet) er en avskrekkingseffekt.²⁸ Men ingen av studiene kan gi noen antydning om det er de verste kartellene som typisk avskrekkes.

I motsetning til fusjonskontroll, kan måling av direkte effekter faktisk ha en positiv effekt på incentivene til å forfølge de riktige kartellene. La oss anta at det er en ex post måling av hvilke

²⁷ Figuren er hentet fra Oxera/Kominos *et al.* (2009), s. 91. Tallene er basert på opplysninger om prispåslag i 114 ulike kartellsaker i ulike land, og opplysningene er samlet fra en rekke ulike kilder.

²⁸ Miller (2009) finner at lempningsordningen i USA førte til færre karteller, mens Block, Nold og Sidak (1981) finner at aktiv kartellinnsats i ett marked førte til lavere pris-kostnads margin i relaterte markeder. I en spørreundersøkelse i England finner Deloitte (2007) at for hvert inngrep mot kartell vil seks andre kartellavtaler bli lagt bort i henhold til hva konkurransejurister svarer og 16 i henhold til hva bedriftsledere svarer. Forskjellen i svar fra de to gruppene er ikke overraskende, da en vil forvente at konkurransejuristene kun får informasjon om noen av de potensielle kartellavtalene som er lagt bort.

priseffekter kartellet som er avslørt har ført til, og la oss videre anta at konkurransemyndighetene ikke vil ønske at det de primært gjør er å forfølge karteller med liten eller ingen prisvirkninger. Konkurransemyndighetene vil ha mindre incentiver enn ellers til å forfølge karteller hvor det er forventet begrensede priseffekter, og heller konsentrere oppmerksomheten om karteller der en er av den oppfatning at kartellet har hatt en betydelig prisøkende effekt. I så fall kan målingen bidra til å vri innsatsen mot de mest skadelige kartellene, hvilket i neste omgang vil bidra til å avskrekke nettopp de mest skadelige kartellene.

Et annet ikke uvanlig mål er å telle antallet kartellsaker. Tanken er at en aktiv kartelletterforskning vil måtte føre til mange avsløringer, og dermed vil det gi seg utslag i antallet kartellsaker der konkurransemyndighetene lykkes i å få et vedtak (og eventuelt en etterfølgende dom) mot kartelldeltakere. Men det er på ingen måte sikkert at dette gir de riktige incentivene, det vil si de som fører til størst mulig avskrekking av de verste kartellene. Det er åpenbart hva som fører til minst ressursbruk for hver sak og dermed gir mulighet for å forfølge flest mulig saker. Dersom bøtene er lave kan det øke muligheten for at partene godtar boten fremfor å ta saken til domstolen og dermed starte en ressurskrevende prosess. Lave bøter vil imidlertid ha en mindre avskrekkende effekt, hvilket illustrere at fokus på telling kan lede til fokus på den direkte effekten på bekostning av den indirekte effekten. Konkurransetilsynet har i det siste sendt tvetydige signaler om hvilken linje de følger. I den såkalte asfaltsaken er det varslet store gebyrer (men hvor en av to slipper på grunn av lempning), og det er grunn til å tro at det blir rettsak dersom slike høye gebyrer blir vedtatt.²⁹ På den annen side har de inngått forlik i en annen sak, der en anke ble trukket av partene etter at gebyrer ble redusert fra 400.000 NOK til 75.000 NOK.³⁰ Forhåpentligvis er dette et signal om at de vil prioritere de store og mest skadelige kartellsakene og bruke lite tid på små, lite skadelige saker, og at det gir en avskrekkende effekt på de mest skadelige kartellene.

Telling av kartellsaker har blitt særlig aktuelt etter at en rekke land har introdusert lempningsprogrammer og nå har mottatt en rekke søknader om lempning. Dette har åpenbart ført til avsløring av karteller. Problemet er at det ikke er det samme som at det har ført til mer avskrekking av karteller. Sterk fokusering på lempningsprogrammet kan bety at konkurransemyndighetene bruker mindre ressurser på selv å avsløre karteller. Det vil i sin ytterste konsekvens gi få incentiver til

²⁹ Konkurransetilsynet varslet 17.10.2011 at Veidekke kan få et gebyr på 270 MNOK og NCC på 165 MNOK for samarbeide i asfaltmarkedet i Trøndelag og Møre og Romsdal. Veidekke kan få fullt fritak fra gebyret fordi de varslet Konkurransetilsynet om samarbeidet (lempning i så fall innvilget).

³⁰ Norges Turbileierforbund ble ilagt 400 000 kroner i gebyr for å ha oppfordret sine medlemmer til å øke prisene, se vedtak V2009-15. Saken ble brakt til retten, og vedtaket ble opprettholdt av Oslo tingrett 16.03.2011. Turbileierforbundet anket saken til lagmannsretten, men trakk saken i januar 2012. Konkurransetilsynet godtok at gebyret anses oppgjort ved en betaling av 75 000 kroner, og begrunnet det med manglende betalingsvilje.

å frykte at kartellet blir avslørt av konkurransemyndighetene, og dermed på lang sikt kunne undergrave incentivene til lempning. Frykten for at et kartell skal avsløres vil bli mindre, med den konsekvens at avskrekkingen svekkes.

Vi ser følgelig at den åpenbare suksessen med lempning i en rekke land har i realiteten gitt økt fokus på den direkte effekten av kartellavsløringer. Utfordringen er samtidig og sørge for at en har fokus mot den indirekte effekten, selve avskrekkingen, og sikrer at den ikke undergraves.³¹ Denne utfordringen har også nå norske konkurransemyndigheter, som i løpet av de siste to årene har mottatt mer enn 10 lempningssøknader. Det er viktig at det signaliseres at konkurransemyndighetene fortsatt har en aktiv kartelletterforskning. Det kan for eksempel skje ved at et visst antall markeder undersøkes hvert år, for å avdekke om det er noen indikasjoner på kartell. Dette er blant annet foreslått av EU-kommisjonen.³² En mulighet er å undersøke offentlige anbudsoppdrag, som i omsetning er av et svært stort omfang. Det bør være detaljerte data tilgjengelig, og det finnes velutviklede empiriske metoder som kan benyttes. Hvis slikt arbeid iverksettes, vil det ventelig ha en avskrekkende effekt på mulig kartellsamarbeid i denne typen aktiviteter. Vi har imidlertid ingen opplysninger om at Konkurransetilsynet systematisk foretar noen slike undersøkelser av enkeltmarkeder. Hvis de hadde gjort det, burde de signalisert til markedet at de faktisk gjør det uten at de sier hvilke næringer som undersøkes.

4.3 Den overordnede prioriteringen

Det er store utfordringer når det gjelder måling og incentiver på hvert av de tre områdene vi har drøftet. Men utfordringene adskiller seg til dels betydelig fra område til område. Forskjellene blir tydelige når vi sammenligner de tre ulike typene saker angående direkte og indirekte effekt. I figur 3 har vi prøvd å illustrere det. Pluss betyr positiv effekt, dobbelt pluss en sterkere positiv effekt og tilsvarende for minus og dobbel minus, mens spørsmålstegn antyder stor usikkerhet.

Det synes å være slik at ut fra den direkte effekten er det mest å hente ved en innsats mot karteller, og sannsynligvis lite å hente hva angår fusjonskontroll og høyst usikkert vedrørende innsats mot misbruk av dominans. Det er grunn til å tro at både fusjonskontroll og kartellavdekking har en gunstig avskrekkings effekt på hvert sitt område, men kanskje mest usikkert angående hvorvidt de verste kartellene blir avskrekket. De mulige indirekte virkningene av misbruk av dominans er forbundet med stor usikkerhet.

³¹ Dette er nærmere drøftet i Harrington (2011).

³² Se Friederiszick og Maier-Rigaud (2008), som beskriver en prosedyre for å innhente data fra en næring og ut fra det få en indikasjon på om det kan ha vært et prissamarbeide i næringen.

Disse forskjellene er et argument for å ikke foreta de samme typen målinger når det gjelder kartell som det som gjelder fusjonskontroll eller misbruk av dominans. I FADs Tildelingsbrev har det de siste årene vært noen spesifikke pålegg om aktiviteter og måling av noen aktiviteter. For det første er det stilt følgende krav, senest i Tildelingsbrevet for 2011:

'Konkurransetilsynet skal, i årlig gjennomsnitt over tre år, bringe til opphør minst to tilfeller av alvorlig, forbudt konkurransebegrensende samarbeid eller misbruk av dominerende misbruk.'

	Kartell	Misbruk	Fusjon
Direkte effekt	++	+/-	++/-
Indirekte effekt	++/?	+/?	++

Figur 3: Direkte og indirekte effekter av ulike typer aktiviteter av konkurransemyndighetene

I perioden 2008-11 var det 9 slike inngrep, følgelig i snitt litt over 2 inngrep. Det betyr at kravet oppfylt, men med relativt liten margin. Men ut fra et helhetlig perspektiv er et slikt krav problematisk. En vil forvente at det er mindre ressurskrevende for Konkurransetilsynet å forfølge en sak vedrørende konkurransebegrensende samarbeid, og slik sett vil et slikt krav gi incentiver til å prioritere den type saker fremfor en sak vedrørende misbruk av dominans. Ikke overraskende er samtlige 9 saker overtredelse av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid. Det skaper et incentiv til å få unna saker raskt, og det betyr for eksempel at det skapes incentiver til å inngå forlik i kartellsaker og dermed unngå rettssak. Det gir liten preventiv effekt. Hvis det er slik at dette kravet faktisk binder, vil det i realiteten trekke ressurser bort fra andre aktiviteter, og herunder for eksempel fusjonskontroll hvor det ikke er noe krav om et visst antall vedtak. Det er ikke åpenbart at det er ønskelig.

For det andre har det blitt stilt krav til å evaluere noen utvalgte enkeltvedtak, blant annet:

'Konkurransetilsynet skal bruke pris eller annen indikator for å synliggjøre virkningene av konkurransepolitikken. ...

- *Evaluere virkningene av minst ett vedtak om et grovt brudd på forbudsbestemmelsene*
- *Evaluere virkningene av minst ett vedtak om inngrep mot en foretakssammenslutning'*

Det er et relativt forsiktig krav om evaluering, bruke pris eller annen indikator, men kan like fullt hvis det gjennomføres skape virkninger som muligens er utilsiktet. En typisk evaluering av prisutvikling vil vise at et kartell kan ha hatt en betydelig priseffekt, mens en evaluering av en fusjon kan vise en mindre priseffekt. Som forklart over er dette bare de direkte effektene, og for stort fokus på å sammenligne fusjonskontroll og karteller kan lede i retning av for mye innsats mot karteller og for lite mot fusjonskontroll. Alternativt kan det tenkes at kravet var ment og omfatte både direkte og indirekte virkninger. I så fall er formuleringen i beste fall uklar, da det ikke er så lett å betrakte de indirekte virkningene ved kunne å se på enkeltvedtak.

I Tildelingsbrevet for 2012 er det imidlertid ikke lenger med noen krav, verken til antallet saker eller til måling av virkninger av enkeltvedtak. Derimot er det fortsatt med, slik det har vært siden 2009, et krav om at Konkurransetilsynet skal utføres såkalt omdømmeundersøkelser:

'Konkurransetilsynet skal gjennomføre bruker- og omdømmeundersøkelser. I disse undersøkelsene skal det særlig legges vekt på å fange opp de forebyggende virkningene av tilsynets håndheving av konkurransereglene.'

Dette retter fokuset mot nettopp de indirekte virkningene av konkurranseloven og Konkurransetilsynets håndheving av den, hvilket for eksempel kan skje ved spørreundersøkelser av den typen Konkurransetilsynet har benyttet tidligere.

5. Noen avsluttende kommentarer

Vi har vist at det er store utfordringer for konkurransemyndighetene forbundet med å prioritere mellom ulike typer aktiviteter. En grunn til det er at ulike aktiviteter har ulike typer virkninger, der noen typer inngrep har mye mer synlige og tilsynelatende mer positive virkninger enn andre typer aktiviteter. Av den grunn er det viktig å tenke nøye gjennom hvordan en måler, ikke minst fordi målinger kan påvirke konkurransemyndighetenes prioriteringer. Hvis en for eksempel retter stort fokus mot måling av direkte virkninger av alle de tre sentrale typene enkeltvedtak, kan det vri prioriteringene i retning kartellsaker og bort fra fusjonskontroll og saker vedrørende misbruk av dominans. Det kan imidlertid tenkes at i visse tilfeller kan måling av direkte virkninger ha en positiv effekt, ikke minst når en tar høyde for hvordan det påvirker prioriteringene. Ett eksempel kan være kun måling av prisvirkning av karteller, som ventelig vil rette fokuset mot de mest skadelige kartellene og gi konkurransemyndighetene incentiver til å ikke prioritere høyt den type kartellsaker som har svært begrensede prisvirkninger.

Det er positivt at norske konkurransemyndigheter fokuserer på målinger som skal fange opp de mer preventive virkningene av ulike typer aktivitet. Dette kan bidra til å avdekke at de ulike konkurransereglene følges og eventuelt avsløre hvor det er behov for mer innsats og mer informasjon, og derigjennom bidra til riktige prioriteringer.

Det er imidlertid viktig ikke bare å sikre at de riktige sakene blir prioritert, men også at det blir minst mulig feilbeslutninger i de prioriterte sakene. En mulighet er for eksempel en ex post evaluering foretatt av uavhengige eksperter om de forutsetninger som ble lagt til grunn ved et vedtak eller en avgjørelse om ikke-inngrep viser seg å stemme i ettertid, tilsvarende det som ble gjort av engelske konkurransemyndigheter vedrørende fusjoner. Et annet alternativ kan være å sjekke om vilkår som ble satt i et fusjonsvedtak har blitt oppfylt, for eksempel om konkurransen ble gjenopprettet/opprettholdt som følge av krav om avhendelse av virksomheten.

Referanser

Baker, J. B. (2003): 'The case for antitrust enforcement', *Journal of Economic Perspectives*, 17(4), 27-50.

Bratberg, L. (2011): 'Inngrep mot foretakssammenslutninger ved pålegg om vilkår', Masteravhandling, Norges Handelshøyskole, Høsten 2011.

Block, M. K., F. C. Nold og J. G. Sidak (1981): 'The deterrent effect of antitrust enforcement', *Journal of Political Economy*, 89, 429-445.

Clougherty, J. A. og J. Seldeslacht (2010): 'Deterrence of horizontal mergers: Empirical evidence from U.S. industries', manuscript.

Crandall, R. W. og C. Winston (2003): 'Does antitrust policy improve consumer welfare? Assessing the evidence', *Journal of Economic Perspectives*, 17(4), 3-26.

Deloitte (2007): 'The deterrent effect of competition enforcement by the OFT', report submitted to OFT, November 2007.

Duso, T., K. Gugler og F. Szücs (2010a): 'Merger policy evaluation: Where do we stand?', manuskript.

Duso, T., K. Gugler og F. Szücs (2010b): 'An empirical assessment of the 2004 EU merger policy reform', manuskript.

Duso, T., D. Neven og L.-H. Röller (2007): 'The political economy of European merger control: Evidence using stock market data', *The Journal of Law and Economics*, 50, 455-481.

Eckbo, E. (1983): 'Horizontal mergers, collusion, and stockholder return', *Journal of Financial Economics*, 11, 241-273.

Eckbo, E. og P. Wier (1985): 'Antimerger policy under the Hart-Scott-Rodino act: A re-examination of the market power hypothesis', *Journal of Law & Economics*, 28(1), 119-149.

Friederiszick, H. W. og F. P. Maier-Rigaud (2008): 'Triggering inspections ex officio: Moving beyond a passive EU cartel policy', *Journal of Competition Law and Economics*, 4, 89-113.

Harrington, J. Jr. (2011): ' "When is an Antitrust Authority not Aggressive Enough in Fighting Cartels?," *International Journal of Economic Theory*, 7, 39-50.

Kwoka, J. E og D. Greenfield (2011): 'Does Merger Control Work? A Retrospective on U.S. Enforcement Actions and Merger Outcomes', manuskript.

Miller, N. H. (2009): 'Strategic leniency and cartel enforcement', *American Economic Review*, 99, 750-68.

Neven, D. og H. Zenger (2008): 'Ex post evaluation of enforcement: A principal-agent perspective', *The Economist*, 156, 477-490.

NMa (2005): 'Annual report on competition policy developments in the Netherlands', report submitted to the OECD competition committee meeting held 18-19 October 2006.

Office of Fair Trading (2005): 'Positive impact. An initial evaluation of the effect of the competition enforcement work conducted by the OFT', working paper OFT 827.

Oxera/Komninos *et al.* (2009): "Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts", Studie skrevet på oppdrag av EU-kommisjonen, Desember 2009.

PwC Economics (2005): 'Ex post evaluation of mergers', report submitted to OFT in March 2005.

Schinkel, M. P. og J. Tuinstra (2006): 'Imperfect competition law enforcement', *International Journal of Industrial Organization*, 24, 1267-1297.

Seldeslacht, J., J. A. Clougherty og P. P. Barros (2009): 'Settle for now but block for tomorrow: The deterrence effects of merger policy tools', *The Journal of Law and Economics*, 52, 607-634.

Sørgard, L. (2009): 'Merger policy: Enforcement vs deterrence', *Journal of Industrial Economics*, 57, 438-456.

Twynstra Gudde (2005): 'Research into the anticipation of merger control', report submitted to NMa, October 27 2005.

Samfunnet er selvsagt opptatt av at konkurransemyndighetene foretar de riktige valgene, og derigjennom bidrar til en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Sett i et slikt perspektiv er det fornuftig at en måler effekten av konkurransemyndighetenes innsats, for derved å avdekke både om de gjør riktige beslutninger og om de foretar de riktige prioriteringene. En rekke land har i løpet av de siste årene iverksatt målinger av effekter av konkurransemyndighetenes arbeid. I England er for eksempel konkurransemyndighetene pålagt hvert år å måle effekten for forbrukerne av deres arbeid. I Norge har vi ikke hatt det samme, men de overordnede konkurransemyndighetene (Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet) har stilt målsettinger for Konkurransetilsynets arbeid gjennom det årlige Tildelingsbrevet. Det har for eksempel vært stilt krav om et visst antall forbudsvedtak hvert år, det vil si enten inngrep mot konkurransebegrensende samarbeid eller misbruk av dominans. I denne artikkelen vil vi drøfte utfordringene forbundet med å måle virkningene av konkurransepolitikken, og herunder stille spørsmålet om hvordan ulike typer målinger av virkninger av ulike typer inngrep kan påvirke konkurransemyndighetenes incentiver. Vi starter ut med tilfellet med fusjoner og oppkjøp (heretter kalt kun fusjoner), og drøfter deretter andre typer konkurransesaker i lys av de virkningene vi avdekket angående fusjoner.



Et selskap i NHH-miljøet

**SAMFUNNS - OG
NÆRINGS- LIVSFORSKNING AS**

*Institute for Research in Economics
and Business Administration*

Breviksvæien 40
N-5045 Bergen
Norway
Phone: (+47) 55 95 95 00
Fax: (+47) 55 95 94 39
E-mail: publikasjon@snf.no
Internet: <http://www.snf.no/>

Trykk: Allkopi Bergen