



DET KONGELIGE ARBEIDS-
OG ADMINISTRASJONSDEPARTEMENT

Statkraft Holding AS
v/advokatfirma BAHR
P.b. 1524 Vika
0117 Oslo

Agder Energi AS
v/ advokatfirma Selmer
P.b. 1324 Vika
0112 Oslo

Deres ref

Vår ref
200203165 E -58

Dato
14.10.2002

**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**

1. KONKURRANSETILSYNETS VEDTAK

Konkurransetilsynet fattet 21. mars 2002 følgende vedtak:

"Statkraft Holding AS forbys å gjennomføre ervervet av 45,525 prosent av aksjene i Agder Energi AS."

2. KLAGENE

I brev av 18. april 2002 har advokatfirmaene Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen (BAHR) og Selmer på vegne av hhv Statkraft Holding AS (Statkraft) og Agder Energi AS (Agder Energi), samt selgende aksjonærer i sistnevnte, påklaget vedtaket. Konkurransetilsynet opprettholdt vedtaket og oversendte klagen til behandling i Arbeids- og administrasjonsdepartementet ved brev av 3. juli 2002. Det er i stor grad sammenfallende argumenter klagerne benytter og de er derfor i det alt vesentlige behandlet samlet.

I brev av 10. juli 2002 til Arbeids- og administrasjonsdepartementet har Statkraft SF kommentert visse sider av saken. I brev av 23. august har Agder Energi v/Selmer kommet med supplerende innspill i saken. Det samme har Statkraft Holding AS v/ BAHR i brev av 30. august 2002. I brev av 20. september vedrørende Statkrafts erverv av Trondheim

Energiverk har Statkraft v/ BAHR anmodet om at ervervet av Agder Energi og Trondheim Energiverk godkjennes, om nødvendig på vilkår om at [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]. Arbeids- og administrasjonsdepartementet har vurdert de forhold som er tatt opp og henvist til nevnte brev, i den grad det gjelder forhold som ikke allerede er dekket av klagen.

I brev/telexer av 10. og 11. oktober 2002 har Statkraft v/ BAHR kommet med ytterligere forslag til avhjelpende tiltak for å kunne godkjenne ervervet.

3. VIDERE FREMSTILLING

Den videre fremstillingen følger klagernes innsigelser slik disse fremkommer i brev av 18. april 2002, etterfulgt av Konkurransetilsynets argumentasjon og departementets vurdering. Endelig gir departementet en oppsummering og konklusjon i kap.7.

Et vesentlig moment i saken er at overføringsnettene for elektrisk kraft har begrenset kapasitet til å overføre elektrisk kraft over geografiske avstander, omtalt som "flaskehals". I perioder vil etterspørselen i markedet være så stor at det ikke er mulig å overføre mer kraft mellom to områder. Konkurransetilsynet har omtalt dette som "fulle flaskehals". I den videre framstillingen her er betegnelsen "flaskehals" brukt i betydningen "fulle flaskehals". I sakens dokumenter forekommer også bruk av andre betegnelser for flaskehals, som "kapasitetsbegrensning", "overføringsbegrensning" og "begrensninger i overføringsnettene". Uttrykkene "temporære flaskehals" og "overføringskapasiteten binder" har samme betydning som "fulle flaskehals". Disse uttrykkene er også brukt/referert i det følgende.

Det er en innholdsfortegnelse som vedlegg til brevet.

4. PROSESSUELLE INNSIGELSER

4.1 VEDTAKETS BEGRUNNELSE

Klagerne

Klagerne hevder at Konkurransetilsynet vedtak ikke oppfyller kravene til begrunnelse, som følger av § 25 i Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (fvl.). Videre vises til Isene-dommen (Rt. 1981 s. 745) og Velta-dommen (Rt. 1991 s. 424). Klagerne mener videre at tilsynets plikt til å begrunne vedtaket må sees i sammenheng med de strenge beviskravene som fremkommer av krrl. § 3-11. Endelig påpekes at kravet til begrunnelse skjerpes ytterligere som følge av at misbruk av markedsrett ved kamuflering av flaskehals er et nytt vurderingstema, som ikke har vært opp i tidligere konkurranseanalyser av dette markedet. Det konkluderes med at vedtaket i saken er å anse som inngripende. Agder Energi har endelig i brev av 23. august 2002 anført Førsteinstansdomstolens dom av 6. juni 2002 i sak tilsynet -342/99, som opphever Kommisjonen's forbud mot fusjonen mellom de britiske selskapene Airtours og First Choice. Etter klagernes vurdering foreligger ikke et tilstrekkelig grunnlag for å bedømme om Konkurransetilsynets vedtak er truffet etter et saklig og forsvarlig skjønn og det må derfor anses som ugyldig, jf. fvl. § 41.

Agder Energi har i brev datert 22. mai 2002 fremlagt en betenkning fra professor dr. juris Geir Woxholth datert 2. mai 2002 vedrørende Konkurransetilsynets saksbehandling. Woxholth konkluderer med at tilsynet ikke har gitt en utførlig og presis nok begrunnelse for hvorfor Statkraft vil kunne misbruke markedsrett ved kamouflering av flaskehals. I følge Woxholth kan dette indikere at vedtaket er ugyldig. Han påpeker også hvilke følger feil kan ha for departementets behandling av vedtaket.

Klagerne anfører endelig at tilsynet må kunne påvise sannsynlighetsovervekt for at ervervet vil ha den aktuelle konkurransebegrensende virkningen og at ervervet vil lede til en vesentlig konkurransebegrensning, for at tilsynet rettmessig skal kunne gripe inn mot bedriftservervet.

Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet er enige med partene i vurderingen av at begrunnelsesplikten skjerpes i saker som dette. Også tilsynet er av den oppfatning at vedtaket må kunne karakteriseres som inngripende. Videre understrekes at vedtak om å forby bedriftserverv kan ha, og i det konkrete tilfellet har, store økonomiske konsekvenser for partene. Derfor må det stilles strenge krav til den konkurranserettslige analysen som ligger til grunn for vurderingen av om lovens vilkår for inngrep er oppfylt.

Tilsynet hevder imidlertid at kravene til begrunnelse er oppfylt i denne saken. Både i varslet og i vedtaket om inngrep har Konkurransetilsynet redegjort for de vurderingstemaer som ligger til grunn for konklusjonen, slik at det er mulig for partene og klageinstansen å etterprøve vedtakets innhold. Vedtaket kan derfor ikke settes til side som ugyldig. Tilsynet viser til kravene i fvl. §§ 24 og 25, og fremhever særlig fvl. § 25 tredje ledd om at forvaltningsorganet bør nevne de hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av en forvaltningsmessig skjønnsmessig vurdering.

I brev av 3. juli 2002 tilbakeviser Konkurransetilsynet Woxholths påstand om at det som begrunnelse for at markedsrett kan utøves ved kamouflering av flaskehals, kun henvises til en rapport som ikke er relevant for spørsmålet. Konkurransetilsynet påpeker at argumentasjonen i deres vedtak nettopp viser at det utøves markedsrett ved kamouflering av flaskehals.

Tilsynet knytter også kommentarer til partenes anførsel om Rt. 1981 s. 745 (Isene-dommen). Konkurransetilsynet legger til grunn at dommen ikke bare stiller krav til begrunnelsens innhold, men også er et uttrykk for at vedtaket om å benytte forkjøpsretten i den konkrete saken måtte anses som kvalifisert urimelig for parten. I forhold til sistnevnte må det etter tilsynets vurdering tas i betraktning at ethvert inngrep etter § 3-11 etter sin natur vil være et alvorlig inngrep som kan virke urimelig for partene det berører.

Konkurransetilsynet understreker at det må ha anledning til å utvikle sin praksis og basere seg på ny informasjon, så lenge dette begrunnes forsvarlig og partene får anledning til å uttale seg. Tilsynets mener at varslet om inngrep av 23. januar 2002 er utformet tilstrekkelig tilfredsstillende i så måte.

Departementet

I likhet med klagerne og Konkurransetilsynet vurderer departementet vedtaket i denne saken som inngripende. At vedtak med hjemmel i krrl. § 3-11 generelt oppfattes som inngripende,

kommer blant annet til uttrykk i forarbeidene til § 3-11 fjerde ledd (nåværende femte ledd), jf. Ot. prp. nr. 41 (1992-93) s. 110. Videre mener departementet at vilkåret om en kvalifisert konkurransebegrensning i krrl. 3-11 første ledd, medfører at vedtak i saker som dette må utførlig begrunnes og underbygges av en grundig analyse av sakens faktum. At kravene til begrunnelsesplikten i fvl. § 25 skjerpes for vedtak av inngripende karakter, følger også av Rt. 1981 s. 475 (Isene-dommen). Endelig ser departementet at Førsteinstansdomstolens dom av 6. juni 2002 i sak - tilsynet 342/99 kan være relevant for departementets vurdering.

Departementet har på denne bakgrunn foretatt en nærmere vurdering av om Konkurransetilsynets vedtak i saken er så utførlig begrunnet, at partene og departementet kan etterprøve om vilkårene for inngrep er tilstede. Etter vår oppfatning har tilsynet oppfylt sin begrunnelsesplikt i vedtaket av 21. mars 2002. Konkurransetilsynet har foretatt en konkurranserettlig analyse som ligger til grunn for vurderingen av om lovens vilkår for inngrep er oppfylt. Vedtaket underbygges videre av en økonomisk analyse av faktum med sikte på å sannsynliggjøre at vilkårene i krrl. § 3-11 er oppfylt. Tilsynet har endelig begrunnet de hovedhensyn som har vært avgjørende for vedtak om inngrep i saken. Departementet har i tillegg innhentet ytterligere opplysninger i brev av 27. august og 11. september 2002, som grunnlag for sitt vedtak i saken. Endelig mener departementet at det må bero på en skjønnsmessig totalvurdering av om ervervet ville hatt den aktuelle konkurransebegrensende virkningen og om ervervet vil lede til en vesentlig konkurransebegrensning, for at tilsynet skal kunne gripe inn i saker som dette. Departementet finner imidlertid at tilsynet har begrunnet at inngrepsvilkårene i krrl. § 3-11 er oppfylt gjennom sitt vedtak av 21. mars 2002. Dette er nærmere drøftet nedenfor i kap. 5.

Departementet vil i likhet med tilsynet tilbakevise påstanden om at Konkurransetilsynet som begrunnelse for at markedsrett kan utøves ved kamuflering av flaskehalser, kun henviser til en rapport som ikke er relevant for spørsmålet. Etter vår oppfatning er nevnte rapport relevant for saken. Videre har tilsynet begrunnet at markedsrett kan utøves gjennom sitt vedtak av 21. mars 2002.

Endelig mener departementet i likhet med tilsynet at utøvelse av markedsrett ved kamuflering av flaskehalser må kunne legges til grunn som grunnlag for inngrep etter krrl. § 3-11, så lenge dette begrunnes forsvarlig og partene får anledning til å uttale seg. Departementet oppfatter at tilsynets varsel om inngrep av 23. januar 2002 er utformet slik at partene i tilstrekkelig grad er gjort kjent med det nye vurderingstemaet.

4.2 MANGLENDE BEGRUNNELSE OG DOKUMENTASJON FOR MARKEDSAVGRENSNINGEN

Klagerne

Statkraft anfører eksplisitt at Konkurransetilsynet har endret sine analysekriterier i forhold til tidligere avgjørelser når det gjelder betydningen av flaskehalser. Det legges til grunn at når tilsynet endrer sine vurderingskriterier, må det stilles ytterligere krav til dokumentasjon.

Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet har ikke eksplisitt kommentert påstanden i sin oversendelse av 3. juli 2002. Departementet har derfor i brev av 27. august 2002 bedt tilsynet om å vurdere dette nærmere.

I brev av 2. september 2002 har Konkurransetilsynet kommentert påstanden. De påpeker at analysen av kraftmarkedet i denne saken er forskjellig fra tidligere saker. De viser særlig til V2001-17 Vestfold Kraft og Skienfjordens Kommunale Kraftselskap, hvor tilsynet ikke fant grunnlag for å gripe inn overfor Statkrafts erverv. Tilsynet fremhever at det i nevnte vedtak ikke ble trukket noen sikker konklusjon med hensyn til i hvilken utstrekning det er mulig å utøve markedsrett.

Utnyttelse av markedsrett i overskuddssituasjoner er imidlertid et tema som tilsynet har funnet nødvendig å gå nærmere inn på i forbindelse med Statkrafts planer om ytterligere oppkjøp i Norge. Videre utredning medførte at tilsynet fant å måtte legge til grunn at markedsrett også kan utøves i overskuddssituasjoner i foreliggende sak.

Endelig tilbakeviser tilsynet påstanden om at de ikke har dokumentert og begrunnet denne endringen i analysekriterium tilstrekkelig, og viser særlig til sin redegjørelse for dette i varsel om vedtak av 23. januar 2002, som partene har fått anledning til å imøtegå og eventuelt tilbakevise.

Departementet

I likhet med tilsynet er departementet av den oppfatning at Konkurransetilsynet utførlig har redegjort for og begrunnet sine nye vurderinger i varsel om inngrep av 23. januar 2002. Hensynet til kontradiksjon er også ivaretatt ved at partene har fått anledning til å imøtegå og eventuelt tilbakevise vurderingene som tilsynet kommer med i varsel om inngrep, før Konkurransetilsynet fatter sitt vedtak av 21. mars d.å. Videre har tilsynet i sitt vedtak om inngrep i denne saken utførlig redegjort for sin analyse av utøvelse av markedsrett i overskuddssituasjoner. Således mener departementet at det ikke foreligger noen saksbehandlingsfeil. Endelig er departementet av den oppfatning at Konkurransetilsynet må ha anledning til å utvikle sin praksis og basere seg på ny informasjon, så lenge dette begrunnes forsvarlig og partene får anledning til å uttale seg. Vurderingen av spørsmålet om utøvelse av markedsrett er nærmere behandlet nedenfor i kap. 5.

4.3 UTREDNINGSPLIKTEN

Klagerne

Agder Energi hevder at tilsynet ikke har oppfylt sin utredningsplikt i fvl. § 17. Det foreligger således en saksbehandlingsfeil, som må føre til at vedtaket er å anse som ugyldig, jf. fvl. § 41. Det presiseres at utredningsplikten må bero på en avveining av hensynet til en korrekt avgjørelse mot hensynet til bruk av Konkurransetilsynets ressurser. Agder Energi legger til grunn at tilsynets vedtak har store økonomiske og politiske konsekvenser for så vel klagerne som for samfunnet ellers. Konkurransetilsynets utredningsplikt etter fvl. § 17 må derfor anses som svært omfattende.

Det at omfanget av de antatte konkurransemessige problemer ikke er beskrevet, anføres som grunnlag for at de økonomiske forutsetningene for og konsekvensene av delkonklusjonene i vedtaket ikke har vært gjenstand for konkrete analyser relatert til det aktuelle faktum.

Videre legges til grunn at tilsynet ikke i tilstrekkelig grad baserer seg på modeller som viser under hvilke forutsetninger (og hvor sannsynlige disse er), hvordan og i hvilket omfang de påståtte konkurransemessige problemer og samfunnsøkonomiske tap vil inntre.

Endelig anføres at Konkurransetilsynet må være kritiske og stille strenge krav til holdbarheten av informasjon som innhentes fra private aktører. I forhold til sistnevnte trekkes særlig frem at Lyse Energi AS har vært konkurrent til Statkraft ved kjøpet av Agder Energi.

Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet er av den klare oppfatning at utredningsplikten etter fvl. § 17 er oppfylt. De viser til at saken har vært gjenstand for en omfattende og grundig behandling. Blant annet nevnes at meldingen om ervervet har vært sendt på høring til en rekke aktører, at Konkurransetilsynet har benyttet en egen ressursgruppe med særlig kjennskap til kraftmarkedet og endelig at det har vært avholdt flere møter med partene og interesserte tredjeparter under saksbehandlingen.

Konkurransetilsynet tilbakeviser ukritisk bruk av vurderinger som kommer fra aktører med interessemotsetninger til Statkraft. Tilsynet understreker at selv om de ikke har latt seg overbevise av partenes anførsler innebærer ikke dette at de ikke har oppfylt sin utredningsplikt eller foretatt selvstendige vurderinger.

Departementet

I likhet med partene mener departementet at utredningsplikten i denne saken må bero på en avveining av hensynet til en korrekt avgjørelse mot hensynet til bruk av Konkurransetilsynets ressurser. Departementet mener at Konkurransetilsynets saksbehandling viser at tilsynet har oppfylt plikten til å utrede saken før vedtaket ble truffet. Etter departementets vurdering har Konkurransetilsynet under saksforberedelsen foretatt en omfattende og grundig behandling, som grunnlag for vedtaket av 21. mars 2002. Departementet trekker særlig frem at meldingen om ervervet har vært sendt på høring og at Konkurransetilsynet har benyttet en egen ressursgruppe med kjennskap til kraftmarkedet i denne saken. Endelig viser departementet til at det under saksforberedelsen har vært avholdt flere møter med partene i saken i tillegg til interesserte tredjeparter. Departementet mener derfor at kravene i fvl. § 17 er oppfylt.

Endelig tilbakeviser departementet påstanden om at Konkurransetilsynet ukritisk har lagt vekt på informasjon som er innhentet fra private aktører, herunder særlig Lyse Energi AS, som grunnløs. Tilsynet må ha anledning til å innhente informasjon fra konkurrenter og andre aktører i markedet. Slik informasjon vil i noen tilfeller også være av stor betydning.

4.4 ADGANGEN TIL KONTRADIKSJON

Klagerne

Agder Energi anfører at det foreligger en saksbehandlingsfeil når Konkurransetilsynet i vedtaket støtter konklusjonen på situasjonen i det nordiske markedet, jf. vedtakets punkt 6.5 siste setning. Det relevante geografiske markedet i forhold til varselet om inngrep fremsto som Sør-Norge. Agder Energi anfører at dersom tilsynet mener det nordiske markedet er relevant for hvorvidt det skal gripes inn mot ervervet, skulle dette vært meddelt partene slik at de fikk mulighet til å uttale seg. Feilen må føre til at vedtaket er å anse som ugyldig jf. fvl. § 41.

Konkurransetilsynet

Tilsynet tilbakeviser anførselen om saksbehandlingsfeil i form av manglende mulighet for partene til å uttale seg om de forhold vedtaket bygger på. Tilsynet viser til at de gjennom sin saksbehandling i tilstrekkelig grad har oppfylt varslingsreglene i fvl. § 16, reglene om partsoffentlighet i fvl. § 17 annet og tredje ledd samt §§ 18 flg.

Konkurransetilsynet fremholder at selv om vedtaket skiller seg noe fra varselet i utforming, inneholder det ikke nye opplysninger av betydning for vedtakets innhold. Vedtaket utdyper og presiserer Konkurransetilsynets oppfatning, men de grunnleggende vurderinger er de samme som i varselet, som partene har fått anledning til å imøtegå både skriftlig og muntlig.

I varselet, som i vedtaket, avgrensner Konkurransetilsynet det geografiske markedet uten flaskehalser til Norden. Dette er i tråd med tidligere uttalelser fra Konkurransetilsynet, blant annet i A2000-26. I vedtaket utdyper Konkurransetilsynet sin vurdering av konkurransesituasjonen på det nordiske markedet og betydningen av Statkrafts posisjon. Konklusjonen er at konkurransesituasjonen i dag er svekket som følge av Statkrafts oppkjøp av uavhengige selskaper med regulerbar produksjon i Sør-Norge. Statkrafts erverv i Agder Energi reduserer også antallet konkurrenter som gjennom sin regulerbare vannkraftproduksjon kan motvirke eventuelle forsøk fra Statkraft på å heve prisene ved å holde tilbake produksjonen.

Departementet

Departementet er av den oppfatning at det ikke foreligger feil i Konkurransetilsynets saksbehandling som følge av manglende mulighet for partene til å imøtekomme vurderinger som tilsynet har lagt vekt på i vedtaket. Det kan således ikke underkjennes på dette grunnlag.

Departementet er i likhet med tilsynet av den oppfatning at selv om vedtaket skiller seg noe fra varselet i utforming, er de grunnleggende vurderinger sammenfallende med varselet av 23. januar 2002. Partene er derfor tilstrekkelig informert om at det relevante geografiske markedet *uten* fulle flaskehalser er Norden. Denne avgrensingen er i tillegg i samsvar med tidligere uttalelser fra tilsynet, og bør således ikke fremstå som noe nytt for partene. Etter departementets vurdering er det derfor ikke tvilsomt at Konkurransetilsynet har begrunnet sitt vedtak på en analyse av konkurranseforholdene i Sør-Norge, som det relevante marked. At tilsynet også uttrykker bekymring, jf. pkt. 6.5 siste avsnitt (s. 41) i vedtaket, for

konkurranservirkningene av ervervet i det nordiske markedet (dvs markedet uten flaskehals), rokker ikke ved dette.

4.5 KONKURRANSETILSYNETS PLIKT TIL Å SØKE Å KOMME FREM TIL EN MINNELIG LØSNING

Klagerne

Klagerne anfører at Konkurransetilsynet i tilstrekkelig grad må konkretisere og kvantifisere forhold som begrunner inngrepet, for at tilsynet skal kunne foreslå tiltak som kan bøte på konkurranseskadelige virkninger av ervervet, jf. krrl. § 3-11 femte ledd. Statkraft mener at tilsynet verken i varselet eller ved senere anledninger i tilstrekkelig grad har identifisert og konkretisert saken, slik at det kunne innledes dialog om avhjelpende tiltak. Det konkluderes med at Konkurransetilsynet derfor ikke har oppfylt sin plikt til å forsøke å komme frem til en minnelig løsning i saken. På dette grunnlag foreligger således en saksbehandlingsfeil som må føre til at vedtaket er å anse som ugyldig.

Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet tilbakeviser påstanden om at de ikke har oppfylt sin plikt i henhold til krrl. § 3-11 femte ledd.

Det vises til Arbeids- og administrasjonsdepartementets tolkning av krrl. § 3-11 femte ledd i brev av 19. mars 2001 om vedtak 2000-20-Inngrep mot Felleskjøpenes oppkjøp av Stormøllen AS og 50 prosent av Statkorn AS.

”Departementet deler Konkurransetilsynets synspunkter om at utøvelse av offentlig myndighet etter konkurranseloven ikke innebærer en forhandlingssituasjon mellom to likestilte parter, klager og tilsyn, i vanlig forstand. Departementet er av den oppfatning at krrl. § 3-11 fjerde ledd [nå femte ledd] må tolkes dit hen at forsøk på å finne en minnelig løsning i praksis må gå ut på at partene foreslår tiltak som kan bøte på de konkurranseskadelige virkninger av ervervet, eller eventuelt foreslår vilkår som er alternativer til de vilkår Konkurransetilsynet fremlegger. Konkurransetilsynet står fritt til å vurdere eventuelle forslag fra partene.”

Tilsynet tolker departementets uttalelse dit hen at det ikke er Konkurransetilsynet som skal komme med forslag til avhjelpende tiltak, men partene. Videre mener tilsynet at krrl. § 3-11 femte ledd ikke innebærer noen plikt for Konkurransetilsynet til å komme med konkrete angivelser av hva som skal til for å avhjelpe de konkurransemessige problemene.

Konkurransetilsynet legger til grunn at de gjennom varselet av 23. januar 2002 ga utrykk for bekymring for markedsandelen Statkraft ville oppnå etter ervervet innenfor produksjon og magasinkapasitet, selskapets informasjonsfortrinn i forhold til gjenværende konkurrenter, at omfanget av krysseierskap gir reduserte incentiver til å konkurrere, samt at egenskaper ved kraftmarkedet tilsier at forholdene ligger til rette for stilltiende samarbeid.

Konkurransetilsynet mener dette må være tilstrekkelig i forhold til plikten i krrl. § 3-11 femte ledd. For øvrig bemerker tilsynet at det at Statkraft har kommet med forslag til avhjelpende tiltak, innebærer at selskapet har forstått Konkurransetilsynets bekymringer.

Endelig påpeker Konkurransetilsynet at de har bedt klagerne om å fremlegge eventuelle forslag til alternative løsninger i saken, som tar nødvendig hensyn til konkurransemessige sider ved ervervet. På møte med 11. februar 2002 mellom Statkraft og Konkurransetilsynet ble imidlertid ikke spørsmålet om avhjelpende tiltak kommentert av selskapet. Heller ikke i brevet som Statkraft sendte som tilsvarende til varselet, inneholdt slike forslag. Tilsynet sendte derfor umiddelbart et brev til Statkraft med frist til 20. februar 2002 for å komme med forslag til avhjelpende tiltak. På møte med Konkurransetilsynet 12. mars 2002 framsatte Statkraft forslag til avhjelpende tiltak. Disse ble senere bekreftet og utvidet skriftlig i brev av 20. mars 2002. I møtet 12 mars 2002 fremsatte også Statkraft anmodning om hvorvidt ettårsfristen i krrl. § 3-11 sjette ledd kunne anvendes. Konkurransetilsynet fant imidlertid ikke særlige grunner for å utsette fristen. Videre ga Konkurransetilsynet signaler om at de foreslåtte tiltakene ikke kunne anses som tilstrekkelige og at mer strukturelle tiltak måtte til. Etter at Konkurransetilsynet mottok klagen fra partene, har Statkraft i brev av 28. mai 2002 fremsatt nye forslag til avhjelpende tiltak. Videre har Statkraft i brev av 28. juni 2002 opplyst at selskapet ikke kan tilby ytterligere avhjelpende tiltak i denne saken. Konkurransetilsynet har i brev av 3. juli 2002 til departementet foretatt en grundig vurdering av de fremsatte tiltakene, men konkluderer med at disse ikke kan anses som tilstrekkelige for å avbøte konkurransesituasjonen som ville ha oppstått som følge av ervervet.

Departementet

Departementet mener det er relevant å vise til omtalen av tilsynets plikt etter krrl. § 3-11 femte ledd, i saken *Felleskjøpenes oppkjøp av Stormøllen AS og 50 prosent av Statkorn AS*. Med utgangspunkt i denne presiseringen er det departementets vurdering at Konkurransetilsynet har oppfylt sin plikt til å forsøke å komme frem til en minnelig løsning i saken. Tilsynet har på en forsvarlig måte tatt initiativ til og vurdert fremsatte forslag fra Statkraft gjennom varselet, skriftlige henvendelser og møter med klagerne. Det foreligger således ingen saksbehandlingsfeil. Endelig mener departementet at tilsynets avslag på Statkrafts anmodning om å forlenge fristen før det ble truffet vedtak om inngrep, må være tilfredsstillende.

Etter at departementet mottok klagen fra Konkurransetilsynet ved brev av 3. juli 2002 har Statkraft i brev av 10. juli, 20. september og 10. og 11. oktober 2002 kommet med ytterligere kommentarer og forslag til avhjelpende tiltak. Statkrafts forslag omtales nærmere i kap. 5.7 nedenfor.

5. MATERIELLE INNSIGELSER

5.1 AVGRENSING AV DET RELEVANTE MARKED

Klagerne

Det er enighet mellom klagerne og Konkurransetilsynet om at det relevante geografiske marked for elektrisk kraft engros er Norden (unntatt Island) i situasjoner uten flaskehals inn eller ut av Sør-Norge.

Statkraft mener at selv i situasjoner hvor det eksisterer fulle flaskehalsen i overføringsnett, er det relevante geografiske markedet Norden (unntatt Island) og ikke Sør-Norge slik Konkurransetilsynet hevder. Statkraft begrunner dette med at flaskehalsenes varighet, størrelse og manglende forutsigbarhet tilsier at et hypotetisk kartell¹ i prisområdet Sør-Norge ikke har noen mulighet til å gjennomføre en varig lønnsom prisøkning som innebærer et samfunnsøkonomisk tap i de periodene kapasiteten binder.

Statkraft hevder at dette er i tråd med Konkurransetilsynets egen analyse av Statkrafts erverv i Skagerak.²

Statkraft mener at Konkurransetilsynet har endret sin tilnærming i Agder-saken og viser til vedtaket side 17, hvor Konkurransetilsynet uttaler: *"Hvor lenge og hvor ofte det har vært flaskehalsen, kan som nevnt ikke benyttes som kriterium ved avgrensningen av det relevante marked"*. Når Konkurransetilsynet på denne måten innfører nye vurderingskriterier må det i følge Statkraft stilles ytterligere krav til dokumentasjon og begrunnelse for hvorfor Konkurransetilsynet har gått bort fra sin tidligere analysemodell. Dette fordi Konkurransetilsynets tidligere avgjørelser skaper et bilde hos aktører av hvordan det aktuelle marked vil bli bedømt ved nye erverv.

Konkurransetilsynet har lagt til grunn beregninger fra Statkraft som viser at Sør-Norge i perioden 1996 til 2002 i gjennomsnitt har vært eget prisområde i 36 pst. av tiden. Av dette har Sør-Norge vært lavprisområde i 21 pst. og høyprisområde 15 pst. av tiden. Statkraft hevder at en slik snittbetragtning ikke er relevant for konkurranseanalysen, men gir et galt bilde av den faktiske situasjonen og av de aktuelle perioders betydning. Statkraft viser til at det har skjedd en betydelig økning i overføringskapasiteten mellom Sør-Norge og omkringliggende områder i perioden fra 1996 og frem til i dag. Siden begynnelsen av 2001 har importkapasiteten til Sør-Norge økt med 16 pst. Hvis dagens kapasitet hadde vært gjeldene i hele den perioden Konkurransetilsynet hadde beregnet snitt for, ville tidsandelen måtte reduseres betydelig ifølge Statkraft.

Statkraft mener også at Konkurransetilsynet i for liten grad tar hensyn til fremtidig overføringskapasitet. Konkurransetilsynets tidsperspektiv er på fire år, mens Statkraft mener at man burde legge Statnetts prognoser til grunn vedrørende overføringskapasitet. Statkraft viser til Statnetts notat av 11. mars 2002 hvor det konkluderes med at flaskehalsene mellom Sør-Norge og Sverige forventes å bli redusert frem mot 2010. Statnett forventer at det i 2005 vil være flaskehalsen i 15 prosent av tiden, noe som ikke er mye forskjellig fra situasjonen i

¹ I henhold til Konkurransetilsynets retningslinjer for bedriftservedret foretas en avgrensning av det relevante markedet i prinsippet ved å ta utgangspunkt i et bestemt produkt og geografisk område. Dersom det ikke er lønnsomt å utøve vesentlig markedsrett for et hypotetisk kartell med kontroll over dette produktet i dette området, vil markedet være definert for snevert. Det må da utvides til å omfatte det beste substitutt for etterspørerne, enten dette består av en annen produktvariant eller samme type produktvariant solgt i et annet geografisk område. Slik utvides det relevante marked gradvis til det hypotetiske kartell har kontroll over et tilstrekkelig stort marked, produktmessig og geografisk til at det er lønnsomt å utøve vesentlig markedsrett.

² Konkurransetilsynets avgjørelse A00-26 av 14. desember 2002

2001³. Analysen viser at det i 2010 kan anslås å være flaskehals i ca 10 prosent av tiden. Reduksjonen i omfanget av flaskehals fra 2005 til 2010 vil i henhold til Statsnetts beregninger komme som følge av en kombinasjon av økte handelsgrenser⁴ og noe redusert overføringsbehov.

Statkraft har i brev av 15. februar 2002 til Konkurransetilsynet gitt følgende oversikt over flaskehals til /fra Sør-Norge:

Tabell 1 Sør-Norge som eget prisområde (pst. av tiden):

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	Gj.sn
Høyprisområde	22	31	14	8	4	11 ³	15
Lavprisområde	6	4	26	38	38	16 ³	21
Sum	28	35	40	46	42	27 ³	36

Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet har avgrenset det relevante produktmarkedet til engrosmarkedet for elektrisk kraft.

I situasjoner hvor det eksisterer flaskehals er det relevante geografiske markedet Sør-Norge i følge Konkurransetilsynet. Begrensninger i overføringsnett gjør at det kan oppstå ulike priser i ulike prisområder. Det betyr at det vil være potensiale for en hypotetisk monopolist som kontrollerer omsetningen av kraft innenfor et prisområde til å utøve vesentlig markedsrett. Videre anfører tilsynet at det vil være mulig å utøve markedsrett i form av tilpasninger som opphever begrensninger i overføringsnett, slik at et prisområde kan være et relevant geografisk marked selv i perioder hvor kapasiteten i overføringsnett ikke er fullt utnyttet. Hvor lenge og ofte det har vært flaskehals kan derfor ikke benyttes som kriterium ved avgrensning av det relevante marked.

Konkurransetilsynet mener at tidspunktet for når flaskehals inntreffer, er mer forutsigbart enn det Statkraft hevder, fordi forbruks- og produksjonsmønsteret er relativt forutsigbart. Forbruks- og produksjonsmønsteret over døgnet er veldig jevnt, med import om natten og eksport om dagen. Tilsynet viser også til møter med Statnett hvor de har uttalt at forbruksmønsteret er stabilt over tid. Videre er vannkraftproduksjon svært regulerbar for de produsenter som har magasiner, og en aktør med markedsrett vil dermed kunne påvirke både hyppigheten og varigheten av fulle flaskehals.

³ Når Statkraft viser til at Sør-Norge var eget prisområde i 15 pst av tiden i 2001, er det basert på sammenligning mellom prisene i Sør-Norge og Sverige, mens tallene i tabell 1 refererer seg til sammenligning mellom prisene i Sør-Norge og systempris.

⁴ Handelsgrensen kan avvike fra lastgrensen i overføringsnett fordi noe av kapasiteten holdes tilbake for regulerings- og reserveformål (frekvensreguleringsreserve).

Når det gjelder spørsmålet om fremtidig importkapasitet, er Konkurransetilsynet i prinsippet enig med Statkraft om at dette må hensyntas. Konkurransetilsynet mener imidlertid at planene om fremtidig importkapasitet må være relativt konkrete og ikke ligge for langt inn i fremtiden dersom de skal bli tatt hensyn til. Tilsynets viser i denne sammenheng til Statnetts opplysninger om at det ikke er planer om vesentlige endringer i importkapasiteten til Sør-Norge de første fire årene. Statnett har også foretatt beregninger som viser at overføringsbehovet trolig vil øke mindre enn kapasiteten i det kommende tiåret pga bygging av gasskraftverk og kabler til England og Nederland. Det er imidlertid uklart om disse prosjektene vil bli realisert. Utgangspunktet for vurderingen av det relevante geografiske markedet må derfor være kapasitetssituasjonen slik den foreligger i dag. Det må også vektlegges at forbruket og handelen er økende, og at flere og ikke færre flaskehals er forventet. Investeringer i ny overføringskapasitet er ikke samfunnsøkonomisk lønnsomt før flaskehals opptrer så hyppig at gevinstene ved utvidet kapasitet er større enn kostnadene ved investeringene. Tilsynet forventer derfor at flaskehals fortsatt vil inntreffe.

Departementet

Departementet deler Konkurransetilsynets syn om at tidspunktet for når flaskehalsene inntreffer, er mer forutsigbart enn det Statkraft hevder, og at det følgelig er mulig for et hypotetisk kartell av alle aktørene å utøve markedsrett i flaskehals situasjoner. Ved avgrensningen av det relevante marked tar derfor departementet utgangspunkt i de situasjonene hvor det eksisterer fulle flaskehals, og det relevante geografiske marked er da Sør-Norge.

Departementet mener dermed samtidig at eksistensen av fulle flaskehals er et relevant kriterium for å avgrense det relevante marked, men at det ikke er et *tilstrekkelig* kriterium. Dette fordi en aktør med markedsrett, kan tilpasse seg slik at flaskehals oppheves eller unngås. Det gjelder i overskuddssituasjoner med lavpris og eksportflaskehals ut av et område, hvor en aktør med markedsrett ønsker å holde tilbake produksjon for å heve prisen. Aktøren kan holde tilbake så mye vann at eksportflaskehals oppheves, slik at prisen dermed blir like høy som i omkringliggende områder. Konsekvensen av dette er at Sør-Norge utgjør det relevante geografiske marked ikke bare i situasjoner hvor det faktisk eksisterer flaskehals, men også i de situasjonene hvor det ville ha eksistert flaskehals dersom det ikke hadde vært utøvd markedsrett.

Vedrørende fremtidig økning av importkapasitet, deler departementet Konkurransetilsynets syn om at slike planer må være relativt konkrete og ikke ligge for lang frem i tid. Statnett har i notat av 13.8.2002 lagt fram reviderte opplysninger i forhold til det som Konkurransetilsynet bygger på, og som viser en noe forsert utbygging av overføringskapasiteten, jf. tabellen nedenfor:

Tabell 2 Kapasitet inn og ut av NO1, MW

	Oppdatert vurdering i august 02			Vurdering mars 02
	Eksisterende kapasitet (aug. 02)	2004	2007	2007
Hasle-snittet, eksp.	2050	2300	2300	2300
Hasle-snittet, imp.	1850	2000	2000	2000
Eidsskog-Charl.brg	100	100	100	100
NO1 – NO2	300	300	300	400
Skagerak	1040	1040	1040	1040
Nederland	0	0	600	600
England	0	0	1200	1200

Økning i overføringskapasitet til Sverige med 250 MW (eksport) og 150 MW (import) som var planlagt gjennomført i løpet av perioden 2004-2007 er nå konkretisert til 2004. Planlagt kapasitetsøkning på 100 MW mellom Sør-Norge og Midt-Norge viser seg ikke å kunne realiseres.

Selv om en viss utbygging av overføringsnettverket dermed rykker noe nærmere i tid, deler departementet Konkurransetilsynets syn om at utgangspunktet for vurderingen i forbindelse med avgrensningen av det relevante geografiske marked, må være overføringskapasiteten slik den er i dag og den nærmeste tiden framover. En økning i overføringskapasiteten og en reduksjon av tiden hvor det eksisterer flaskehals, er ikke et relevant moment i vurderingen av det relevante geografiske marked. Flaskehalsenes varighet og størrelse er imidlertid relevante momenter i vurderingen av hvorvidt Statkrafts erverv medfører en vesentlig begrensning av konkurransen, og blir drøftet nærmere i kap. 5.4 nedenfor.

5.2 POTENSIALE FOR ENSIDIG UTØVELSE AV MARKEDSMAKT

Klagerne

Statkraft viser til at Konkurransetilsynet i inngrepsvedtaket finner det sannsynlig at arbitrasjemulighetene mellom det fysiske og finansielle markedet tilsier at markedsrett i engrosmarkedet vil kunne ha betydning i det finansielle markedet. Til tross for dette har tilsynet i sin analyse ikke funnet det nødvendig å prioritere å foreta undersøkelser av om slik kombinert agering vil kunne være lønnsomt. Tilsynet antar også at markedsrett vil kunne utnyttes i regulerkraftmarkedet uten at det i vedtaket fremlegges dokumentasjon for dette. Statkraft forutsetter at tilsynet ikke legger vekt på om markedsrett utøves i det finansielle markedet og regulerkraftmarkedet.

Statkraft viser til at Konkurransetilsynet baserer sitt inngrepsvedtak på at Statkraft etter ervervet av Agder vil få mulighet og incentiver til å utøve markedsrett enten ved å holde tilbake produksjon, eller ved å flytte produksjon fra perioder der etterspørselen er lite prisfølsom til perioder der den er mer prisfølsom.

Statkraft har i brev av 30. august 2002 til departementet bl.a. anført at incentivene og mulighetene til å utnytte markedsrett i vannkraftproduksjonen reduseres dramatisk i forhold til annen type produksjon som følge av kostnads- og produksjonsforhold. Der hvor en termisk kraftprodusent kan redusere produksjonen uten å tape dekningsbidrag, vil vannkraftprodusenten i første omgang tape hele inntekten på den tilbakeholdte produksjon. Riktignok kan vannet lagres for å produseres i en senere periode, og for små produksjonsendringer vil vannverdien kunne brukes til å verdsette dette vannet i framtiden. Imidlertid medfører en strategi med omfattende tilbakeholdelse av produksjon at magasinbeholdningen øker og verdien av alt lagret vann vil synke betydelig.

Statkraft hevder at det må ses bort fra det volum som er bundet opp i langsiktige fysiske fastpriskontrakter. Med langsiktige fysiske fastpriskontrakter menes stortingspålagte kontrakter, markedskontrakter, konsesjonskraftforpliktelser og kraftutvekslingsavtalen med det nederlandske selskapet SEP, nå kalt NEA. Ifølge Statkraft vil de ikke ha økonomiske incentiver til å utøve markedsrett for dette volumet basert på en flytting av kraft mellom perioder, siden prisen for denne andelen av produksjon allerede er gitt. Statkraft viser til at Konkurransetilsynet kun godtar denne argumentasjon for de stortingspålagte kontraktene. Dette fordi Konkurransetilsynet hevder at prisene på de øvrige kontraktstypene er fremforhandlet på vanlige kommersielle vilkår og knyttet opp mot prisutviklingen i spotmarkedet. Spotprisen vil derfor kunne påvirke hvilken pris Statkraft får på den del av produksjon som er bundet opp i de øvrige kontraktene. Statkraft hevder at ingen av fastpriskontraktene er knyttet opp mot utviklingen av spotprisen. Følgelig må volumet i de langsiktige fastpriskontrakten holdes utenfor ved beregningen av Statkrafts markedsandel i Sør-Norge (etter ervervet av Agder). Statkraft finner ikke grunn til å forfølge diskusjonen om hvordan Statkrafts markedsandel faktisk skal beregnes, siden konsentrasjonsberegningen uansett bare er et utgangspunkt for selve konkurranseanalysen. Statkraft viser imidlertid til at det totale kontraktsvolum for Statkraft alene utgjør ca 33,5 pst. av Statkraftalliansens middelproduksjon i Sør-Norge, og kan ikke overses når Statkrafts incentiver til å utøve markedsrett skal vurderes.

Statkraft avviser at importkonkurranse ikke lenger utgjør noen trussel for Statkraft når importkapasiteten til Sør-Norge er fullt utnyttet. Når Sør-Norge er et høyprisområde, vil importkapasiteten alltid være fullt utnyttet. Importen kan da dekke 22 pst. av forbruket under normal daglast på vinteren, og en langt høyere andel vår, sommer og høst. Videre er denne importen svært regulerbart, svært elastisk og det er stor energimessig kapasitet bak importkapasiteten. Statkraft hevder derfor at importen til et prisområde vil være av betydning for selskapets mulighet til å utøve markedsrett selv i situasjoner der importen binder. Statkraft etterlyser faglige argumenter som kan tilbakevise dette.

Statkraft mener at både på bakgrunn av at de langsiktige fysiske fastpriskontraktene ikke er trukket fra, og at importkonkurranse ikke er tatt hensyn til, er Konkurransetilsynets beregning av Statkrafts markedsandel i Sør-Norge feil. Konkurransetilsynet hevdet at Statkrafts markedsandel øker etter ervervet fra 38 til 47 pst., mens Statkraft mener markedsandelen vil utgjøre 37 pst. etter ervervet.

Når det gjelder etableringsmuligheter gjennom kjøp av eksisterende vannkraftproduksjon, hevder Statkraft at det må tas hensyn til presset fra ESA om å oppheve industrikonsesjonslovens regler om hjemfall. Statkraft påpeker at det er sannsynlig at det vil

bli vedtatt nye konsesjonsregler som likestiller alle aktører mht. kjøp av norske vannkraftaktiva i løpet av 2003.

Kapasitetsutnyttelse m.v. i overskudds- og underskuddssituasjoner

Statkraft mener at det må skilles mellom perioder med en overskuddssituasjoner og perioder med en underskuddssituasjon. Overskuddssituasjoner oppstår når man har lavere, eller forventning om lavere pris i Sør-Norge enn i tilgrensende områder, mens underskuddssituasjoner oppstår i perioder med høyere pris enn i omkringliggende områder. I tillegg er det viktig å dele disse periodene i forhold til om selve nivået på prisene i Sør-Norge er høyt eller lavt. I følge Statkraft er det ikke nødvendigvis en sammenheng mellom underskuddssituasjoner og høye priser og eventuelt tørrår, og motsatt for overskuddssituasjoner. Statkraft viser også til at tilgjengelig produksjonskapasitet er mye høyere enn forbruket mesteparten av året og at andre produsenter enn Statkraftalliansen har installert tilstrekkelig kapasitet til at de alene kan dekke forbruket i om lag halvparten av året, og ytterligere en fjerdedel av året kan andre produsenter dekke forbruket sammen med import.

Overskuddssituasjoner

I perioden fra 1. april 1997 til 1. april 2002 har det vært lavere pris i Sør-Norge enn i Sverige i 18 pst av tiden. Det store flertallet av overskuddssituasjoner er kjennetegnet ved et vått år og lavt forbruk gjennom vår sommer og høst. Forbruket var over 16000 MW i bare 18 pst. av tiden som Sør-Norge var et overskuddsområde. Dette utgjorde 3 pst. av den totale tiden mellom 1. april 1997 og 1. april 2002. Med dagens/framtidens overføringskapasitet gjennom hele perioden, hadde tallet vært lavere.

Tilsynets referansegruppe⁵ har i et regneeksempel som viser at en stor produsent som holder tilbake vann i en periode med høyt forbruk og flaskehals for så å kjøre dette vannet ut på et senere tidspunkt med middels forbruk uten flaskehals vil kunne oppnå en betydelig inntektsøkning. Statkraft mener at referansegruppen har tatt utgangspunkt i forutsetninger som bare har forekommet i 0,5 promille av tiden siste seks år.

Tilbakeholdelse av produksjon (vann) i en lavprissituasjon, eller i perioder med forventninger om en lavprissituasjon, innebærer ikke misbruk av markedsmakt etter Statkrafts mening. I en situasjon med lavere priser enn i omkringliggende områder vil samtlige produsenter være i en situasjon hvor de ideelt sett vil ønske å flytte mer av vannet til et tidspunkt med bedre hydrologisk balanse. Dette fordi antatt vannverdi vil være høyere enn den pris som kan oppnås i markedet. Å ikke utnytte produksjonskapasiteten fullt ut i en slik situasjon, kan ifølge Statkraft, vanskelig sees på som noe annet enn en bedriftsøkonomisk og samfunnsøkonomisk optimal agering. Denne argumentasjon gjelder i "normale" overskuddssituasjoner. Statkraft erkjenner at det er grunn til å mistenke at markedsmakt blir utøvd i en hypotetisk situasjon hvor en vannkraftprodusent vil holde tilbake produksjon ved høye priser.

Hvis det ikke aksepteres at Statkrafts tilbakeholdelse av produksjon i en overskuddssituasjon er et resultat av en optimal markedstilpasning, men også kan være utslag av utnyttelse av markedsmakt for å kamuflere flaskehals, hevder Statkraft at det ikke er sannsynliggjort at de vil ha økonomiske incentiver til dette.

⁵ Nils-Henrik M. von der Fehr og Tor Arnt Johansen: "Markedsmakt i kraftforsyningen. Noen prinsipielle betraktninger". 12. mars 2002

Statkraft hevder at øvrige aktører alltid vil ha ledig produksjonskapasitet i en "normal" overskuddssituasjon og følgelig vil Statkraft alltid løpe en risiko for at tilbakeholdelse av produksjon møtes med økt produksjon fra de øvrige aktørene.

Underskuddssituasjoner

I perioden 1. april 1997 til 1. april 2002 har prisen i Oslo være høyere enn i Sverige i 9 pst. av den totale tiden. Statkraft viser til at andelen ville vært betydelig lavere dersom dagens kapasitet hadde vært gjeldende i hele perioden.

Konkurransetilsynet legger i inngrepsvedtaket til grunn at en produsent med markedsrett kan finne det lønnsomt å holde tilbake produksjon enten for å skape et underskuddsområde eller for å forsterke prisvirkningen av at et område allerede er et underskuddsområde. Statkraft legger til grunn at det er enighet om at slik agering ikke er påvist, men at det eventuelt dreier seg om et problem i framtiden.

Videre mener Statkraft at det bare vil være lønnsomt å holde tilbake produksjon i et høyprisområde når konkurrentene ikke har ledig kapasitet slik at de ikke kan svare med økt produksjon. Det vil igjen avhenge av lastnivået, dvs. størrelsen på forbruket. Situasjon med høylast og høy pris har kun oppstått i 3 pst. av total tid siden 1996. Statkraft hevder videre at det må tas hensyn til at denne andelen av tiden ville vært betydelig lavere hvis dagens kapasitet hadde vært gjeldende i hele perioden.

Konkurransetilsynet

Når det gjelder *markedsrett og flaskehals*, viser tilsynet til at elastisiteten i residualetterspørselen som Statkraft står overfor vil være avgjørende for om det kan utøves markedsrett.⁶ Andre produsenter kan finne det lønnsomt å øke sitt tilbud dersom en aktør forsøker å manipulere prisen opp. Dersom dette er tilfellet, står aktøren overfor en elastisk residualetterspørsel, og et forsøk på å utøve markedsrett vil medføre tapte markedsandeler uten å ha noen vesentlig innvirkning på prisen. Det sentrale er derfor om de andre produsentene har ledig kapasitet til å øke sitt tilbud. Har ingen av konkurrentene ledig kapasitet, står produsenten i en faktisk monopolsituasjon overfor sin residualetterspørsel. Mulighetene for å komme i en slik posisjon er større ved flaskehals i nettet, fordi det er færre tilbydere i markedet.

Residualetterspørselen kan også være uelastisk hvis andre produsenter slutter opp om forsøket på å øke markedsprisen. Produsenten vil i så fall fremstå som en prisleder.

Når kapasiteten binder i overføringsnettet, og det oppstår lokale prisområder, vil ikke en begrensning i tilbudet motsvares av økt import. Avgjørende for elastisiteten på residualetterspørselen er da konkurrentenes incentiver og mulighet til å øke produksjonen dersom Statkraft prøver å øke prisene. Statkraft kontrollerer sammen med sine samarbeidspartnere i Statkraftalliansen 38 prosent av produksjonen i Sør-Norge. Ervervet tilfører Statkraft ytterligere 9 prosentpoeng av produksjonen i Sør-Norge, slik at Statkraft sammen med sine samarbeidspartnere kontrollerer 47 prosent av produksjonen i området. Etter ervervet vil Statkraftalliansen ha 50 pst av installert effekt og 52 pst. av

⁶ Statkrafts residualetterspørsel = total etterspørsel i markedet minus tilbudt mengde fra konkurrentene

magasinkapasiteten. Ervervet vil redusere antallet uavhengige konkurrenter og produksjonskapasiteten som disse besitter, og vil derfor føre til at residualetterspørselen som Statkraft står overfor, blir mindre elastisk.

Når det gjelder *produksjons- og kostnadsforhold*, er Konkurransetilsynet enig med Statkraft i at de lave direkte produksjonskostnadene i vannkraft tilsier at relativt lave markedspriser kan observeres i et vannkraftmarked. At en vannkraftprodusent har lavere betalbare driftskostnader enn en termisk produsent, er imidlertid ikke til hinder for at vannkraftprodusenten kan utøve markedsrett. Mens termiske produsenter har liten fleksibilitet med hensyn til å variere produksjonsnivået, vil vannkraftprodusenter med større eller mindre magasinkapasitet kunne lagre vann til senere perioder, med mindre magasinene er i ferd med å bli fulle. For beslutninger om priser og omsetning er det alternativverdien av produksjonen som er relevant, og her hører blant annet verdien av lager av innsatsvarer inn. Dersom vannverdien regnes inn, er det ikke sikkert at marginalkostnaden er lavere for en vannkraftprodusent enn en produsent av termisk kraft.

Konkurransetilsynet mener at langsiktige fastpriskontrakter reduserer produsentens gevinst ved å manipulere spotprisen. Selv om han skulle lykkes i å øke spotprisen, vil den økte prisen bare komme produsenten til gode for det volumet som ikke er bundet opp til andre priser i langsiktige kontrakter. Statkraft har derfor rett i at produsentenes posisjoner i kontraktmarkedet er av betydning for produsentenes markedsrett i det kortsiktige spotmarkedet. Dersom produsenten har tegnet fastpriskontrakter med kunder, tjener produsenten mindre ved å begrense tilbudet for å øke spotprisen. Produsentenes posisjoner i kontraktmarkedet kan altså redusere incentivene til å utøve markedsrett, men fjerner dem ikke. Det er også viktig å skille mellom langsiktige kontrakter der kontraktsprisen er fast og kontrakter der prisen avhenger av spotprisutviklingen. Det er bare førstnevnte type kontrakter som reduserer incentivene til å manipulere med spotprisen. Den andelen av kontraktene som har priser knyttet opp til spotprisutviklingen, vil ikke svekke incentivene.

Når det gjelder importkonkurransen, viser Konkurransetilsynet til at mulighet for ytterligere import ikke er til stede ved fulle flaskehalsen. I disse tilfellene er det bare produsentene innenfor området som kan konkurrere på tilbudssiden og importkapasiteten utgjør ikke lenger noen trussel for potensiell utøvelse av markedsrett innenfor området. I de tilfellene importkapasiteten utgjør en reell trussel, er flaskehalsene ikke fulle, og det relevante markedet har ikke den samme snevre avgrensningen. I perioder med eksportbegrensninger vil kraft fra området være rimeligere enn i de omkringliggende områdene grunnet flaskehalsen, og importkonkurransen er dermed i disse situasjonene uaktuelt.

Konkurransetilsynet har vurdert etableringsmulighetene i kraftproduksjon og funnet at disse er sterkt begrenset. Ny kraftproduksjon innebærer store investeringer som krever relativt høye kraftpriser for å fremstå som lønnsomme. Det er streng politisk regulering av slike investeringer, noe som gjør det kostbart og tidkrevende å få ny produksjonskapasitet inn på markedet. Utbygging av ny vannkraftproduksjon synes ikke særlig aktuelt. Også for alternative energikilder, som for eksempel gasskraft, gjelder regler som vanskeliggjør etableringen. Det er i dag gitt konsesjon til bygging og drift av tre gasskraftverk i Norge. Selv om det foreligger konsesjoner, er det uklart hvorvidt konsesjonærene vil finne det lønnsomt å bygge gasskraftverkene med dagens kraftpriser.

Nye aktører har også begrensede muligheter til å etablere seg gjennom kjøp av eksisterende

vannkraftproduksjon som følge av reglene i industrikonsesjonsloven om hjemfall m.m. Konkurransetilsynet viser til at ESA har konkludert med at den norske konsesjonslovgivningen knyttet til vannfall er i strid med EØS-avtalens regler om fri etableringsrett og fri kapitalbevegelse. Konkurransetilsynet legger imidlertid til grunn at avvikling av konsesjonsregelverket eventuelt vil ta tid, og at gjeldende regelverk må legges til grunn for analysen.

Når det gjelder markedsmakt i regulerkraftmarkedet og i det finansielle markedet, anfører Konkurransetilsynet i oversendelsesbrevet av 3. juli 2002 at det beror på en misforståelse når Statkraft hevder at betydningen av ervervet i regulerkraftmarkedet og markedet for finansiell krafthandel ikke vektlegges i vedtaket. Det framgår av vedtaket at Konkurransetilsynet ikke har prioritert å foreta nærmere undersøkelser av hvorvidt en aktør kan finne det lønnsomt å kombinere markedsmakt i spotmarkedet med strategisk atferd i det finansielle markedet. Konkurransetilsynet finner det likevel sannsynlig at arbitrasjemulighetene mellom engrosmarkedet og det finansielle markedet tilsier at markedsmakt i engrosmarkedet også vil ha betydning i det finansielle markedet.

Når det gjelder regulerkraftmarkedet, viser Konkurransetilsynet til vedtak i sak A2000-26 der tilsynet uttrykte at utnyttelse av markedsmakt i regulerkraftmarkedet kan være et større problem enn utøvelse av markedsmakt i spotmarkedet. Det ble da vist til Bjørndal og Jørnstein (1999)⁷ som argumenterer for at den nye modellen med faste prisområder ikke håndterer alle kapasitetsbegrensninger i nettet innenfor prisområdene. Produsenter som vet at de med stor sannsynlighet befinner seg i et underskuddsområde, kan derfor med hensikt anmelde lite over Elspot og mer over regulerkraftmarkedet. Innenfor et gitt, avgrenset område er det få produsenter som kan reguleres opp eller ned. I regulerkraftmarkedet er det særlig ved spesialreguleringer at Konkurransetilsynet er bekymret. Det kan da oppstå situasjoner hvor Statnett står overfor en eller to tilbydere i det området som er avgrenset av kapasitetsbegrensninger. For å oppnå balanse er Statnett tvunget til å kjøpe opp- eller nedreguleringer uansett pris. Selv om § 7.3 i Retningslinjer for Systemansvar sier at Statnett i slike situasjoner kan erklære et område som monopolområde, er bestemmelsen i liten grad benyttet, og er i beste fall et ris bak speilet for aktørene. Arbitrasjemulighetene mellom engrosmarkedet og regulerkraftmarkedet tilsier at Statkrafts markedsmakt i engrosmarkedet også vil ha betydning i regulerkraftmarkedet.

Departementet

Vurderingene i dette avsnittet er, sammen med vurderingene i kap 5.3 nedenfor, et ledd i å vurdere om ervervet fører til en vesentlig begrensning av konkurransen i henhold til krrl § 3-11. En samlet vurdering av dette gjøres i kap. 5.4.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at Statkraft vil kunne utnytte markedsmakt når selskapet står overfor en lite elastisk residualterspørsel. Normalt vil etterspørselen etter elektrisitet være lite priselastisk, i alle fall på kort sikt. Når andre produsenter samtidig ikke kan øke sin produksjon, når Statkraft reduserer sin for å få opp prisen, vil

⁷ Bjørndal, M. og K. Jørnstein (1999): "Zonal Pricing in a Deregulated Electricity Market", Discussion Paper 1999/11, Department of Finance and Management Science, Norwegian School of Business and Administration.

residualetterespørselen være uelastisk. Dette vil være tilfelle når de andre produsentene utnytter sin produksjonskapasitet fullt ut. Videre vil residualetterespørselen være uelastisk hvis Statkraft er prisleder i markedet slik at de andre produsentene slutter opp om forsøket på å øke markedsprisen.

Etter ervervet av Agder Energi har markedsandelen til selskapene i Statkraftalliansen økt fra 38 pst til 47 pst av produksjonen i Sør-Norge, mens andelen av magasinkapasiteten har økt fra 43 pst til 52 pst. Dette øker mulighetene for Statkraft til å utøve markedsmakt.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at de forhold som tilsynet peker på, tilsier at langsiktige fastpriskontrakter bør være med i grunnlaget for beregning av markedsandeler. Bl.a. vil prisen i nye kontrakter som inngås bli påvirket av spotprisen og forventninger om framtidig utvikling i denne, og dermed også bli påvirket av eventuell utøvelse av markedsmakt. Videre utgjør langsiktige kontrakter også en del av andre aktørers produksjon.

Når det gjelder importkonkurransen, er departementet enig med Konkurransetilsynet i at denne ikke kan representere noen begrensning i mulighetene til å utnytte markedsmakt i situasjoner med fulle flaskehals. Selv om importen utgjør en vesentlig del av forbruket i flaskehals situasjoner, vil ikke importen kunne øke ytterligere dersom Statkraft, med sikte på å øke prisen, reduserer sin produksjon.

Etableringsmulighetene i kraftmarkedet er begrenset, bl.a. som følge av begrensede vannkraftressurser, omfattende og langvarig konsesjonsbehandling m.v. Det er lite sannsynlig at nye aktører kan etablere seg i Sør-Norge med ny kapasitet innen en konkurransemessig relevant tidshorisont. Når det gjelder kjøp av eksisterende vannkraftanlegg, er departementet enig med Statkraft i at det ikke er usannsynlig at nye regler som likestiller alle aktører mht kjøp av norske vannkraftaktiva, vil kunne bli vedtatt i løpet av 2003, som følge av at ESA har reist spørsmål ved hjemfallsordningen i konsesjonsregelverket. Endringer i hjemfallsordningen vil imidlertid bare innebære at vannkraftaktiva vil skifte eier. Det vil m.a.o. ikke skje etablering av ny produksjonskapasitet. Eierskifte kan innebære at nye eiere med en mer aggressiv konkurransestrategi kommer inn, slik at konkurransen dermed øker. Det er imidlertid ikke grunnlag for å anta at dette vil skje i et slikt omfang at det i vesentlig grad reduserer Statkrafts muligheter til å utøve den markedsmakt som selskapet ellers måtte ha.

Departementet er ikke enig med Statkraft i at tilbakeholdelse av vann i en lavprissituasjon ikke kan innebære utøvelse av markedsmakt. I en lavprissituasjon vil en produsent med markedsmakt kunne holde tilbake mer vann for å holde prisen oppe enn hva som er optimalt å gjøre dersom han ikke har markedsmakt.

Departementet har vanskelig for å se at en vannkraftprodusent ikke skulle ha incentiver til å utnytte markedsmakt. Som Statkraft selv påpeker, og som også Konkurransetilsynet har kommentert, vil marginalkostnaden til en vannkraftprodusent utgjøres av alternativverdien ved bruk av vann. Om kostnadsstruktur m.v. tilsier at vannkraftprodusenter vil ha noe andre incentiver enn termiske produsenter til å foreta en *vesentlig* begrensning av produksjonen, har ikke departementet noen bestemt oppfatning om. Imidlertid viser vi til det som er anført ovenfor om at det særlig er i perioder med en lite elastisk residualetterspørsel at mulighetene for ensidig å utnytte markedsmakt er til stede. Det innebærer at prisene vil øke markert ved

mindre endringer i produksjonen, m.a.o. at utøvelse av markedsrett ikke nødvendigvis vil føre til *vesentlig* produksjonsreduksjon.

For øvrig viser departementet til at incitamentet til å øke prisen er direkte relatert til produsentens størrelse, i det en stor produsent vil oppnå en større gevinst ved en gitt prisøkning enn det en mindre produsent vil oppnå.

Når det gjelder forholdet mellom det fysiske og finansielle markedet, mener departementet at en aktør vil kunne finne det lønnsomt å kombinere markedsrett i spotmarkedet med strategisk adferd i det finansielle markedet. Departementet har merket seg at Konkurransetilsynet ikke har prioritert å foreta nærmere undersøkelser av dette.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at arbitrasjemulighetene mellom engrosmarkedet og regulerkraftmarkedet tilsier at Statkrafts markedsrett i engrosmarkedet også vil kunne ha betydning i regulerkraftmarkedet. § 7.3 i Retningslinjene for systemansvar, som sier at Statnett i slike situasjoner kan erklære et område for monopolområde, synes ikke å være brukt i særlig grad. Departementet har ikke grunnlag for å vurdere om dette skyldes at tilspasningen har vært slik at det ikke har oppstått behov eller om det skyldes lite aktiv bruk av regelverket.

Ut fra ovenstående mener departementet at Statkraft i en del av periodene med flaskehals har både mulighet og incentiver til ensidig å utnytte markedsrett. I hvilken grad ensidig bruk av markedsrett i disse situasjonene innebærer en *vesentlig* konkurransebegrensning i henhold til konkurranseloven, vil etter departementets syn bl.a. avhenge av hvor stor andel av tiden Statkraft kan utøve markedsrett.

Statkraft har i sin klage av 18. april 2002 og i brev av 30. august 2002 redegjort nærmere for varighet og ulike karakteristika ved flaskehalsituasjoner og mulighetene for utøvelse av markedsrett i tilknytning til disse.

Statkraft viser til at Konkurransetilsynet selv legger til grunn i vedtaket, at det sentrale tema ved vurdering av om ervervet gir Statkraft mulighet og incentiv til å utøve markedsrett, er om de andre produsentene har ledig kapasitet til å øke sitt tilbud. Statkraft synes å mene at dette i tilfelle må innebære at situasjoner med flaskehals må være kjennetegnet med høy last (høyt forbruk) for at denne forutsetningen skal være til stede. Statkraft viser til at det har vært overskudds- eller underskuddssituasjoner og samtidig høyt forbruk (høy last) i bare ca. 6 pst av tiden i perioden 1. april 1997 – 1. april 2002.

Statkrafts mulighet til å utøve *ensidig* markedsrett i perioder med temporære delmarkeder må antas å være større jo høyere lastnivået er. Departementet er enig i at størrelsen på den ledige produksjonskapasiteten som finnes på ethvert tidspunkt påvirker muligheten for Statkraft til å utøve ensidig markedsrett. Statkrafts muligheter til ensidig å utøve markedsrett kan være begrenset i perioder med lav etterspørsel og stort tilsig (om sommeren). Ut fra det Statkraft anfører i sin klage, tolker departementet det slik at Statkraft mener at muligheten til ensidig å utøve markedsrett har begrenset seg til ca. 6 pst av tiden som gjennomsnitt over en femårsperiode. Hvis dagens/framtidens overføringskapasitet hadde vært gjeldende i perioden må det etter Statkrafts mening antas at denne andelen av tiden hadde vært betydelig lavere.

Departementet kan ikke uten videre se at det skulle være en absolutt grense for når Statkraft har mulighet til ensidig å utøve markedsrett, eller at denne grensen går akkurat der Statkraft har forutsatt i sin klage. Departementet vil dessuten peke på at Statkraft i sine vurderinger synes å ha lagt til grunn lastnivået i Norge, og ikke i Sør-Norge spesielt. Dette tilsier også at de tall som Statkraft kommer fram til, må tolkes med forsiktighet. Departementet legger likevel til grunn at Statkraft bare i en begrenset del av tiden har muligheter til *ensidig* å utøve markedsrett.

Forholdet mellom Statkraft og andre aktører kan likevel være slik at konkurransen begrenses også i perioder med lavere last. Det kan skje når Statkraft er prisleder, eller at markedsforholdene ellers er slik at de øvrige produsentene ikke vil svare på produksjonsbegrensninger fra Statkrafts side med å øke sin produksjon, selv om de har ledig kapasitet. Dette vurderes nærmere i kap. 5.3 nedenfor.

5.3 STILLTIENDE SAMARBEID OG KRYSSSEIERSKAP

Klagerne

Ved vurdering av om ervervet gir muligheter for *stilltiende samarbeid*, mener Statkraft at det må tas stilling til om ervervet medfører at Statkraft sammen med øvrige aktører får mulighet og incentiver til å øke sine inntekter ved å holde tilbake vann. Det må påvises at dette konkrete ervervet fører til økt fare for at flere aktører enn de som uansett innregnes i Statkrafts markedsandel vil opptre samlet etter ervervet.

Statkraft anfører at krysseierskap ikke øker etter ervervet og at de ikke får noe økt informasjonstilgang ved å erverve Agder. Selskapet får heller ikke bedre analyseapparat og metoder for beregning av vannverdier. Hvis andre aktører finner det risikofylt å agere på en annen måte enn Statkraft, skyldes det ikke ervervet. Det er følgelig ikke noen argumenter for stilltiende samarbeid som kan knyttes til Statkrafts erverv av Agder, bortsett fra at antall aktører reduseres med en. Dette argumentet er imidlertid ikke ervervs-spesifikt og ville inntrådt uansett hvem som hadde kjøpt Agder. Tilsynet har dermed ikke påvist årsakssammenheng mellom Statkrafts erverv av Agder og faren for stilltiende samarbeid.

Agder energi erkjenner at kraftmarkedet kan ses å ha visse trekk som kan fremme underforstått markedssamarbeid. Konkurransetilsynet legger imidlertid ikke tilstrekkelig vekt på særtrekk ved kraftmarkedet som gjør det lite sannsynlig med et underforstått pris- og kvantumssamarbeid. Agder peker i denne sammenheng på forhold som at

- tilfeldigheter i nedbør og tilsig gjør av hver produsent har en unik posisjon mht framtidig og eksisterende varelager
- produsentene sitter i finansielle posisjon og vil som regel både være selgere og kjøpere av kraft i spot- og terminmarkedet
- selskapene vil ha forskjellig risikoprofil

Konkurransetilsynet

Potensiale for stilltiende samarbeid

Konkurransetilsynet anfører at det i et marked med få tilbydere og stor gjennomsiktighet kan være fare for at det oppstår et stilltiende samarbeid mellom aktørene. For at denne type markedstilpasning skal kunne initieres og opprettholdes, må aktørene kunne observere hverandres atferd for på den måten å kunne avsløre hvem som eventuelt bryter ut av samarbeidet. I tillegg er det nødvendig med en form for "straff" for avvik fra samarbeidet.

Engrosmarkedet har flere egenskaper som gjør det sannsynlig at det kan oppstå et stilltiende samarbeid. At aktørene møtes daglig i spotmarkedet, gjør fristelsen til å bryte ut av et stilltiende samarbeid liten, siden slike utbrudd fra det stilltiende samarbeidet raskt blir avslørt og straffet. Straffen kommer i form av priskrig og har en disiplinerende effekt på aktørene. I samme retning trekker det at eierne av kraftproduksjon har langsiktige interesser og derfor i mindre grad er opptatt av kortsiktig profitt. Dette øker sannsynligheten for at en større produsent ikke vil bli møtt med skjerpet konkurranse dersom produksjon holdes tilbake i et forsøk på å heve prisen.

Siden aktørene i engrosmarkedet møtes daglig i markedet, trenger de ikke å kommunisere eksplisitt med hverandre; de lærer å kommunisere via markedsresultatet. Selv om ikke konkurrentenes budkurver kan observeres direkte, kan de tolkes indirekte ut fra likevektsprisen, fra offentlig tilgjengelige analyser av produksjonsflyten, varmekraftproduksjon mv.

Statkraft er Norges største kraftprodusent med produksjon lokalisert mange steder i landet. Dette gir Statkraft en overlegen mulighet til å holde seg oppdatert om utviklingen i magasinnivåene i hele Norge. Kunnskap om magasin-nivåene er viktig for å vurdere konkurrerende produsenters vannverdier og hvordan de vil regulere sin produksjon.

Konkurransetilsynet er enig i at Statkrafts informasjonsfortrinn ikke styrkes i vesentlig grad som følge av ervervet av Agder Energi. Fordi Statkraft har en slik informasjonsfordel, er det imidlertid større grunn til å frykte et stilltiende samarbeid når antall uavhengige aktører reduseres i markedet.

Statkrafts informasjonsfortrinn kan gjøre at konkurrentene i større grad velger å agere i tråd med Statkrafts strategi. Dersom de observerer at Statkraft holder tilbake produksjon, kan dette oppfattes som et signal om at vannet vil kaste mer av seg i fremtidige perioder. Andre produsenter med magasinkapasitet kan i en slik situasjon finne det risikabelt å øke produksjonen. Produsenter som er usikre på verdien av vannet de har i magasinene, vil være mer tilbøyelige til å se hen til Statkrafts vanndisponering når de tar sine produksjonsbeslutninger.

Betydningen av krysseierskap

Krysseierskap mellom konkurrerende selskaper vil kunne bidra til å dempe konkurransen i markedet. Når et selskap eier en andel i et konkurrerende selskap, er det naturlig at selskapet vil ønske å opptre på en slik måte at det maksimerer summen av selskapets profitt og den profitt som selskapet får fra eierandelen i det konkurrerende selskapet. Selskapet vet at dersom det opptrer aggressivt og på den måten stjeler markedsandeler fra konkurrenten, vil det få lavere inntekt fra sin eierandel i det konkurrerende selskapet. Krysseierskap vil dermed trekke i retning av dempet konkurranse. Et annet aspekt ved krysseierskap er at det gir mulighet for informasjonsutveksling mellom de involverte selskaper. Økt informasjon kan synes som et gode, men i en verden med ufullkommen konkurranse vil økt informasjon kunne medføre redusert konkurranse. Tilsynet viser i denne forbindelse til SNF-rapport 15/98⁸

Statkrafts oppkjøpsstrategi de siste årene har økt Statkrafts grep om produksjon, effekt og magasinkapasitet i Sør-Norge. Statkraft har en eierandel på 66,2 pst. i Skagerak Energi AS (Skagerak), 49 pst. i Hedmark Energi AS (HEAS), 49,9 pst. i Bergenshalvøens Kommunale Kraftselskap AS (BKK). Disse selskapene utgjør Statkraftalliansen, som har en markedsandel i Sør-Norge på 38 pst. før ervervet (47 pst. etter ervervet). I tillegg eier Statkraft 20 pst. i E-CO Vannkraft (E-CO). E-CO er en av tre kraftprodusenter utenfor Statkraftalliansen av en viss størrelse (7-10 pst. markedsandel). Øvrige aktører har en markedsandel på 3 pst. eller mindre.

Også selskaper som Statkraft eier andeler i, har vært aktive på oppkjøpssiden de siste årene. Oslo Energi Produksjon (nå E-CO) ervervet i 2000 eierandeler i Oppland Energi, og BKK har foretatt mange oppkjøp på Vestlandet. Mye av Statkrafts produksjon kommer fra kraftverk hvor også andre produsenter har eierandeler. Noen er drevet av Statkraft, mens andre er drevet av andre selskaper. Statkraft har gjennom BKK indirekte eierandeler i Sogn og Fjordane Energiverk og Sunnhordaland Kraftlag AS som har sin kraftproduksjon i Sør-Norge. Disse eierandelene gjør at heller ikke Sogn og Fjordane Energiverk AS og Sunnhordaland Kraftlag AS kan anses som uavhengige konkurrenter til Statkraftalliansen.

Statkraft og E-CO eier kraftverkene Solbergfoss og Aurland sammen. Statkraft har riktignok en beskjeden andel av Aurland. Konkurransetilsynet er likevel av den oppfatning at Statkrafts eierinteresser i disse kraftverkene kombinert med selskapets eierandel og styrerepresentasjon i E-CO vil gi Statkraft verdifull informasjon om hydrologiske forhold i de aktuelle områdene samt driftsmessige forhold ved kraftverkene. Dette kan igjen gi informasjon om E-COs vannverdi og andre forhold som kan påvirke Statkrafts agering i markedet. Statkraft hevder at eierandelens størrelse og forskjellen i verdi mellom E-CO og Statkraftalliansens verdi tilsier at incentivene til å ikke konkurrere med E-CO er svært begrensede. Bare Lyse Kraft og Norsk Hydro framstår nå som de helt uavhengige konkurrentene til Statkraft av en viss størrelse.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at omfanget av krysseie har bidratt til at forutsetningene for konkurranse er blitt svekket de siste årene. Statkrafts erverv av Agder Energi vil bidra til å forsterke denne utviklingen. Dette gjelder spesielt i perioder hvor kapasiteten binder, og hvor residualetterspørselen produsentene står overfor, er mindre prisfølsom.

⁸ Nils-Henrik M. von der Fehr, Tore Nilssen, Erik Ø. Sørensen og Lars Sørgard: "Krysseie og eierkonsentrasjon i det norsk-svenske kraftmarkedet"

Departementet

Vurderingene i dette avsnittet, sammen med vurderingene i kap. 5.2 ovenfor, er et ledd i å vurdere om ervervet fører til en vesentlig begrensning av konkurransen i henhold til krrl § 3-11. En samlet vurdering av dette gjøres i kap. 5.4.

Et hensyn i saker etter bedriftservedsbestemmelsen i konkurranseloven er å forhindre en markedsstruktur som gjør det vesentlig enklere å gjennomføre ulovlig prissamarbeid. Det er også et hensyn som må vurderes i denne saken. Departementet vil imidlertid ikke konkludere med at faren for ulovlig prissamarbeid nødvendigvis øker vesentlig som følge av dette ervervet.

Konkurransetilsynet har omtalt stilltiende samarbeid, og beskrevet dette som kollektiv markedsrett som ikke er resultat av avtalt samarbeid mellom aktørene, men en form for stilltiende forståelse av adferd. I et marked med et homogent produkt, få aktører og stor gjennomsiktighet vil aktørene kunne tilpasse seg slik at en dominerende aktør vil fungere som prisleder og/eller at aktørenes strategiske vurderinger vil lede til at ingen av dem ønsker å fastsette priser som vil kunne utløse en priskrig. Statkraft har anført at samarbeid mellom kraftprodusenter i stor grad vil være forbudt etter krrl § 3-1, og at det skal svært mye til for å sannsynliggjøre at et bedriftserved vil føre til slik rettstridig adferd. Departementet forstår imidlertid Konkurransetilsynet dit hen at tilsynets vurderinger knyttet til stilltiende samarbeid ikke gjelder ulovlig samarbeid. Etter departementets oppfatning er også prislederskap en form for stilltiende samarbeid, som mer umiddelbart vil kunne oppfattes som markedsadferd som ikke er i strid med konkurranseloven. Under slike forhold er konkurransen likevel sterkt begrenset.

Departementet er ikke enig med Statkraft i at det forhold at antall uavhengige aktører reduseres som følge av ervervet, ikke er relevant. Generelt mener departementet at en reduksjon av antall uavhengige aktører, når antall aktører er lite, øker faren for stilltiende samarbeid. Dette må tas med i vurderingen, selv om antall uavhengige aktører ville blitt redusert uansett hvem av de øvrige aktører som hadde ervervet Agder. Det som dessuten er ervervsspesifikt i dette tilfellet, er at det er den dominerende aktøren som har kjøpt seg inn i en av største uavhengige aktørene utenom Statkraftalliansen. Dette øker faren for stilltiende samarbeid i forhold til om en annen aktør hadde ervervet Agder. Det må antas at det i utgangspunktet er de største uavhengige aktørene som kan tenkes å opptre i markedet på en slik måte at det kan forhindre prislederskap.

Departementet er enig med Konkurransetilsynet i at det er flere forhold som tilsier at det foreligger et potensiale for stilltiende samarbeid i engrosmarkedet for elektrisk kraft. I tillegg til de generelle forhold nevnt ovenfor (homogent produkt, få aktører og gjennomsiktighet), mener også departementet at det kan ligge til rette for stilltiende samarbeid når aktørene møtes daglig i spotmarkedet. Departementet er også enig med Konkurransetilsynet i at Statkraft har en ledende rolle i markedet, bl.a. som følge av sin størrelse og sitt informasjonsfortrinn. Disse forhold har imidlertid i liten grad endret seg som følge av ervervet. Krysseierskap vil også bidra til å redusere aktørenes tilbøyelighet til å konkurrere aggressivt mot hverandre. Som Konkurransetilsynet har påvist, har Statkraft direkte og indirekte eierandeler i en vesentlig del av kraftproduksjonen i Sør-Norge. Dette kan gjøre at konkurrentene i større grad velger å agere i tråd med Statkrafts strategi

Departementet ser ikke bort fra at produsentene i ulike situasjoner kan ha forskjellige interesser, slik Agder Energi påpeker i sin klage. Det er derfor ikke usannsynlig at tilbakeholdelse av vann fra Statkrafts side i noen grad blir motsvart av økt produksjon fra andre produsenter. Så lenge andre produsenter ikke fullt ut svarer på Statkrafts tilbakeholdelse av vann med å øke sin produksjon tilsvarende, vil imidlertid Statkraft kunne utøve markedsmakt.

Departementet vil konkludere med at det i engrosmarkedet for elektrisk kraft i Sør-Norge ligger til rette for at det kan skje et stilltiende samarbeid mellom produsentene i perioder med fulle flaskehals. Departementet mener videre at potensialet for stilltiende samarbeid har økt som følge av at Statkraft som den dominerende markedsaktøren har ervervet en betydelig andel i Agder som var en av de største uavhengige aktørene før ervervet.

5.4 VURDERING AV OM DET FORELIGGER EN VESENTLIG KONKURRANSEBEGRENSNING ETTER STATKRAFTS ERVERV I AGDER ENERGI

Klagerne

Under forutsetning av at Statkrafts erverv av Agder likevel skulle bli ansett å medføre konkurransebegrensninger i markedet (jf. kap 5.2 og 5.3 ovenfor), hevder Statkraft at eventuelle konkurransebegrensende virkninger av ervervet under ingen omstendighet kan karakteriseres som vesentlige.

Statkraft viser til Konkurransetilsynets påstand om at utøvelse av markedsmakt gjennom flytting av vann mellom perioder, vil medføre dels en heving av det alminnelige prisnivået, og dels medføre større prisforskjeller over tid.

Statkraft hevder at selv om selskapet skulle ha både muligheter og økonomiske incentiver til å flytte vann i situasjoner med temporære flaskehals, er det ikke sannsynliggjort at en slik agering vil lede til et vesentlig velferdstap.

Når det gjelder Konkurransetilsynets syn om at utøvelse av markedsmakt vil føre til en heving av det *alminnelige prisnivået* og dermed et velferdstap, legger Statkraft til grunn at vannkraft som holdes tilbake vil bli produsert ved en senere anledning, og at spill av vann derfor ikke er sannsynlig. Flytting av vann vil da innebære at det samme kvantum av vann som trekkes tilbake en periode vil måtte tilbys i markedet i andre perioder. Totalproduksjonen over tid ved temporære flaskehals er dermed gitt. Dette innebærer at markedsmakt i tradisjonell forstand, som utøves ved at den totale produksjon reduseres for deretter å heve det generelle prisnivået, ikke vil være aktuelt i denne saken. Når det forutsettes at Statkraft bare vil være i stand til å utøve markedsmakt i situasjoner med temporære flaskehals, der totalproduksjon er gitt, vil en slik agering fra Statkrafts side ikke innvirke på det generelle prisnivået i markedet. Det vises i denne sammenheng til rapporten fra Skaar/ Sørgard⁹

⁹ Jostein Skaar og Lars Sørgard: "Temporære flaskehals og oppkjøp i norsk kraftforsyning", 18. april 2002

Vedrørende spørsmålet hvorvidt Statkraft som følge av ervervet vil kunne flytte produksjon på en måte som vil lede til økte forskjeller i pris mellom ulike perioder og ulike områder (forskjeller i tid og rom) og dermed lede til et samfunnsøkonomisk velferdstap, viser Statkraft igjen til Skaar/Sørgard. I følge Statkraft mener Skaar/Sørgard at virkningene av en slik agering er tvetydig og at det derfor ikke kan konkluderes med at det vil føre til et slikt tap. Dette begrunnes med, ifølge Statkraft, at hvis vann flyttes fra en periode med lav pris til en (eller flere) perioder med høy pris, vil det innebære at vann har blitt flyttet fra kunder i markedet som på marginen har en lav betalingsvilje til kunder som på marginen har en høyere betalingsvilje. En slik flytting av vann mellom perioder vil, dersom etterspørselen ikke er fullstendig prisuelastisk, gi en samfunnsøkonomisk gevinst. Hvis derimot vann flyttes fra en periode med høy pris til en (eller flere) perioder med lavere pris, vil flyttingen av vann medføre et samfunnsøkonomisk tap dersom etterspørsel ikke er fullstendig prisuelastisk. Men dette tapet er ifølge Statkraft begrenset, siden det kundene i det høye prissegmentet taper, delvis oppveies av det kundene i det lavere prissegmentet vinner. Statkraft hevder at man vil få et feilaktig mål på velferden dersom man kun betrakter markedet hvor det blir en prisøkning og viser til Skaar/Sørgard som fremhever det samme argument. Ut fra dette resonnementet er det tvetydig hvordan flytting av vann påvirker det samfunnsmessige overskuddet.

Dersom departementet ikke skulle slutte seg til Skaar/Sørgards konklusjoner, framholder Statkraft subsidiært at ervervet likevel ikke vil føre til en vesentlig konkurransebegrensning. Statkraft viser til at den tiden Sør-Norge har vært, og ventes å bli, et eget prisområde, er svært begrenset.

Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet mener at utøvelsen av markedsrett vil medføre dels en heving av det alminnelige prisnivået, og dels større prisforskjeller over tid, der slike prisforskjeller ellers ikke ville eksistert. Begge priseffekter innebærer et samfunnsøkonomisk tap ved at verdifullt forbruk i perioder der etterspørselen er lite prisfølsom, fortrenses til mindre verdifullt forbruk i perioder hvor etterspørsel er mer prisfølsom.

I følge Konkurransetilsynet vil markedsrett, selv om den bare blir utnyttet i enkelte perioder og situasjoner, påvirke prisforventningene i markedet, og kan derfor ha betydning for tilpasningen på lang sikt. Dette kan igjen gi opphav til flere typer effektivitetstap. Konkurransetilsynet peker i denne sammenheng på inoptimale investeringer i nettet, inoptimal lokalisering av produksjonskapasitet samt inoptimale investeringer på etterspørselsiden.

Konkurransetilsynet viser til at utøvelsen av markedsrett vil medføre at overskuddssituasjonene med fulle flaskehalsen opptrer mer sjeldent enn uten markedsrett. Ifølge Konkurransetilsynet blir Statkrafts anførsler om at overskuddssituasjoner opptrer sjelden derfor mindre relevante motargument mot vedtaket.

Flytting av produksjon mellom perioder

Produsentene trenger ikke forsake produksjon (dvs. sende vann forbi driftsklare turbiner) for å utøve markedsrett. De lave produksjonskostnadene til en vannkraftprodusent kan tilsi at spill av vann med liten sannsynlighet vil finne sted bevisst, selv om en produsent med markedsrett kan tilpasse seg på en måte som øker faren for spill.

I kraftmarkedet vil det vanligvis oppstå prisforskjeller mellom ulike perioder av døgnet og over året fordi etterspørsels- og tilbudsforhold varierer. Under virksom konkurranse vil bedriftene ønske å produsere så mye som mulig i høyprisperiodene og så lite som mulig i lavprisperiodene. Produksjon vil bli flyttet fra perioder med lav pris til perioder med høy pris. Dette vil føre til en prisutjevning og det vil være samfunnsøkonomisk effektivt.

En produsent med markedsrett kan finne det lønnsomt å utnytte at priselastisiteten varierer mellom perioder. I en periode uten flaskehals er den residuale etterspørselen mer elastisk enn i perioder med flaskehals. Den residuale etterspørselen er også mer elastisk i perioder med lavt forbruk (lavlast) enn i perioder med høyt forbruk (høylast). En produsent med markedsrett vil ønske å produsere lite i perioder med lav priselastisitet og mye i perioder med høy priselastisitet, slik at det oppstår prisforskjeller mellom periodene. Det vil være samfunnsøkonomisk ineffektivt.

En produsent i et underskuddsområde oppnår en høyere pris enn den prisen som gjelder i naboområdet. At et område er et underskuddsområde, kan skyldes at tilbudet er begrenset på grunn av en særlig tørr periode. En produsent med markedsrett kan finne det lønnsomt å holde tilbake produksjon for å skape et underskuddsområde eller forsterke prisvirkningen av at et område er et underskuddsområde, slik at det skapes økte prisforskjeller mellom perioder.

I et overskuddsområde vil det under virksom konkurranse foreligge beskrankninger på eksport ut av området og prisen vil kunne falle under prisnivået i naboområder. En produsent med markedsrett vil finne det lønnsomt å holde tilbake produksjon for å heve prisen. Dersom prisen heves tilstrekkelig, oppheves eksportbegrensningen slik at det likevel ikke oppstår et overskuddsområde. Flaskehals med full eksport ut av Sør-Norge oppstår hovedsakelig om dagen når prisen er høy i forhold til i resten av døgnet. Det vannet som spares ved redusert produksjon om dagen, kan bli brukt til å produsere på tider av døgnet når det ikke er beskrankninger i overføringsnett og markedet er betydelig større. Det betyr igjen at en produsent med markedsrett vil agere på en måte som øker snarere enn reduserer prisforskjellene mellom perioder, og igjen oppstår et samfunnsøkonomisk effektivitetstap.

Utøvelsen av markedsrett medfører altså økte prisforskjeller over tid. Dette innebærer et samfunnsøkonomisk tap i den forstand at forbruk i perioder der prisene er høye, fortrenses til fordel for mindre verdifullt forbruk i perioder hvor prisene er lave.

Utøvelsen av markedsrett kan også påvirke prisforskjellen mellom ulike geografiske delmarkeder. Områdeprisen vil være høyere i et underskuddsområde enn i et overskuddsområde. I et underskuddsområde vil utøvelsen av markedsrett skape eller øke prisforskjellen mellom delmarkeder, mens utøvelsen av markedsrett i et overskuddsområde vil redusere, eventuelt oppheve den helt.

Departementet

I kap. 5.2 konkluderer departementet med at Statkraft i deler av perioder med fulle flaskehals ensidig kan utøve markedsrett. Videre konkluderer departementet i kap. 5.3 med at det i en vesentlig del av den øvrige tiden med fulle flaskehals foreligger potensiale for stilltende samarbeid mellom produsentene. I tillegg er det fastslått at utøvelse av markedsrett i en overskuddssituasjon kan skje slik at fulle flaskehals akkurat unngås. Departementet vil i dette avsnittet vurdere om denne muligheten for utøvelse av markedsrett

representerer en vesentlig begrensning av konkurransen, jf. krrl § 3-11. Videre drøftes de negative samfunnsøkonomiske virkningene av konkurransebegrensningen.

Nærmere om konkurransebegrensningen ved fulle flaskehals

På bakgrunn av vurderingene i kap. 5.2 og 5.3 vil departementet konkludere med at konkurransen i Sør-Norge er vesentlig begrenset i perioder med fulle flaskehals.

Det er uenighet mellom Konkurransetilsynet og Statkraft om hvor stor del av tiden flaskehalsene er fulle. Statkraft viser til utbygging av overføringskapasiteten i 2001, antatt framtidig økning i overføringskapasiteten og at andelen av tiden med fulle flaskehals i 2001 var 15 pst. Disse forhold tilsier etter Statkrafts mening at det må legges til grunn at fulle flaskehals ikke vil oppstå i så stor utstrekning som Konkurransetilsynet forutsetter. Konkurransetilsynet viser på sin side til at den andelen av tiden som Sør-Norge er skilt ut som eget prisområde, ikke vil være tilstrekkelig indikator på hvor ofte Sør-Norge utgjør et temporært delmarked. Bakgrunnen for dette er at markedsrett kan utøves i form av tilpasninger som opphever begrensningene i overføringsnettet, når Sør-Norge er et eget lavprisområde.

Departementet er enig i at det må tas hensyn til utbygd overføringskapasitet i 2001 ved vurderingen av omfanget av flaskehals. Departementet vil i denne sammenheng bemerke at når Statkraft viser til at andelen av tiden med fulle flaskehals i 2001 var 15 pst., er dette tallet basert på en sammenligning mellom prisene i Sør-Norge og Sverige, og ikke mellom Sør-Norge og systempris som tallene for perioder med fulle flaskehals for øvrig refererer seg til. Sammenlignet med systempris var Sør-Norge eget prisområde 27 pst av tiden i 2001, jf. tabell 1 i kap. 5.1.

Når det gjelder vurderinger av *framtidige* økninger i overføringskapasiteten, slutter departementet seg i hovedsak til det Konkurransetilsynet anfører. Det er etter departementets syn usikkert i hvilken grad de forhold som kan bidra til reduserte flaskehals de nærmeste årene, vil bli realisert. Det gjelder både utbygging av økt produksjonskapasitet innenlands (gasskraftverk) og utbygging av kabler til Storbritannia og Nederland. Departementet mener at en i dag ikke kan legge vekt på eventuell utbygging av overføringskapasitet m.m. utover det som skjer de nærmeste par årene. En periode utover det med en eventuell vesentlig begrensning av konkurransen er uakseptabel. En eventuell utbygging av overføringskapasitet etter den tid vil ha innvirkning på konkurransemyndighetenes vurderinger av bedriftsintervall som vil skje da, men kan ikke legges til grunn for vurdering av bedriftsintervall som skjer i dag. Etter at departementet mottok klagesaken fra Konkurransetilsynet, har Statnett foretatt visse justeringer av sine planer for utbygging av ny overføringskapasitet. Bl.a. er enkelte utbygginger som tidligere var planlagt gjennomført i perioden 2004-2007 nå planlagt gjennomført i 2004, jf. tabell 2 i kap. 5.1. Endringene i planene er ikke så store at det etter departementets syn røkkes ved tilsynets vurderinger.

Ut fra ovennevnte ser departementet at det er *usikkerhet* knyttet til hvor stor andel av tiden det er mulig å utøve markedsrett i Sør-Norge, samt at denne andelen vil kunne variere betydelig fra år til år avhengig av hydrologiske forhold m.m. Departementet mener imidlertid at det må legges til grunn at det er mulig å utnytte markedsrett i Sør-Norge i ca. 1/3 av tiden. Spørsmålet blir da om en konkurransebegrensning i Sør-Norge i ca. 1/3 av tiden totalt sett representerer en vesentlig konkurransebegrensning i henhold til krrl § 3-11.

Departementet mener at det aktuelle markeds samfunnsøkonomiske størrelse og betydning er relevant å ta med i vurderingen av om konkurransebegrensningen er vesentlig. Her er det relevant å vise til forarbeidene til prislovens § 42a (Ot.prp. nr. 78 for 1986-87) hvor det heter:

”Som nevnt vil det blant annet kunne forligge en vesentlig begrensning av konkurransen når bedriftservervet foretas av en bedrift som derved får en dominerende stilling på markedet. Ellers må også markedets størrelse og betydning tillegges vekt ved avgjørelsen av om en begrensning av konkurransen er vesentlig”

Kraftsektoren er av stor samfunnsøkonomisk betydning og er essensiell for hele samfunnets funksjonsmåte. Dette innebærer at utøvelse av markedsrett i deler av landet (Sør-Norge) og i deler av året vil ha betydelige negative samfunnsøkonomiske virkninger, og at det etter Statkrafts erverv av Agder Energi vil forligge en vesentlig begrensning av konkurransen i henhold til krrl § 3-11. Departementet vil for øvrig presisere at utøvelse av markedsrett i 1/3 av tiden ikke er noen nedre grense for hva som må anses som en vesentlig konkurransebegrensning etter loven.

Samfunnsøkonomisk effektivitetstap som følge av en vesentlig konkurransebegrensning i flaskehalssituasjoner

Konkurranseloven bygger på at virksom konkurranse er et virkemiddel for å oppnå effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det er generelt ingen uenighet om at redusert konkurranse har negative samfunnsøkonomiske virkninger. For det første vil en aktør med markedsrett redusere produksjonen for å heve prisene. Dette gir et økonomisk velferdstap. For det andre vil redusert konkurranse bidra til at aktørene over tid ikke har samme press på seg til å holde kostnader nede m.m., slik at prisene vil øke ytterligere.

I den foreliggende sak har partene hevdet at den normale situasjon der en produsent reduserer sitt tilbud for å øke prisen, ikke er relevant i et vannkraftsystem fordi produksjon som holdes tilbake på ett tidspunkt kjøres ut i markedet på et senere tidspunkt. Velferdsvirkningene av utøvelse av markedsrett vil dermed være tvetydige i følge partene.

Både Konkurransetilsynet og Statkraft/Agder Energi har engasjert forskerkompetanse for å vurdere konkurransemessige og samfunnsøkonomiske konsekvenser som følge av endringer i kraftmarkedet i form av oppkjøp og begrenset konkurranse.¹⁰

Det er betydelig avvik i vurderinger og konklusjoner i de to rapportene. En vesentlig grunn til dette er at Johnsen/von der Fehr vurderer virkningene av utøvelse av markedsrett sammenlignet med en situasjon med fullkommen konkurranse. På denne bakgrunn kommer de til at utøvelse av markedsrett medfører prisforskjeller over tid der slike prisforskjeller ellers ikke ville eksistert, noe som vil gi et samfunnsøkonomisk tap. Skaar/Sørgard tar utgangspunkt i en situasjon der konkurransen allerede er begrenset og ser på virkningene av ytterligere et oppkjøp av den dominerende aktøren. De kommer til at det er vanskelig å si noe

¹⁰ Nils-Henrik M. von der Fehr og Tor Arnt Johansen: ”Markedsrett i kraftforsyningen. Noen prinsipielle betraktninger”. 12. mars 2002

Jostein Skaar og Lars Sørgard: ”Temporære flaskehals og oppkjøp i norsk kraftforsyning”. 18. april 2002

sikkert om hvordan et konkret oppkjøp vil slå ut på tilspasningen og at de samfunnsøkonomiske virkningene er tvetydige.

Som Konkurransetilsynet anfører, vil det vanligvis oppstå prisforskjeller mellom ulike perioder av døgnet og over året fordi etterspørsels- og tilbudsforhold varierer. Under virksom konkurranse vil bedriftene ønske å produsere så mye som mulig i høyprisperioder og så lite som mulig i lavprisperioder. Produksjonen vil bli flyttet fra perioder med lav pris til perioder med høy pris. Dette vil føre til en prisutjamning og være samfunnsøkonomisk effektivt.

En produsent med markedsrett kan finne det lønnsomt å utnytte at priselastisiteten varierer mellom perioder. I en periode uten flaskehals er den residuale etterspørselen mer elastisk enn i perioder med flaskehals. Den residuale etterspørselen er også mer elastisk i perioder med lavt forbruk (lavlast) enn i perioder med høyt forbruk (høyload). En produsent med markedsrett vil ønske å produsere lite i perioder med lav priselastisitet og mye i perioder med høy priselastisitet, slik at det oppstår prisforskjeller mellom periodene. Det vil være samfunnsøkonomisk ineffektivt.

Med henvisning til Skaar/Sørgard viser Statkraft til at det er tvetydig hvordan flytting av vann påvirker det samfunnsøkonomiske overskuddet.

Som nevnt ovenfor, har Johnsen/von der Fehr og Skaar/Sørgard forskjellige forutsetninger for sine analyser mht markedssituasjonen i utgangspunktet. Når Skaar/Sørgard har kommet til at velferdsvirkningene er tvetydige, har det bl.a. sammenheng med at de sammenligner en situasjon med begrenset konkurranse med en annen situasjon med begrenset konkurranse. Hvis en ser på konsekvensene av utøvelse av markedsrett generelt i kraftmarkedet, er det etter departementets mening ikke tvil om at dette gir et velferdstap sammenlignet med en situasjon med virksom konkurranse. Det gjelder uansett hva slags type flaskehalsituasjon som oppstår. En produsent med markedsrett kan finne det lønnsomt å holde tilbake produksjon for å skape et underskuddsområde eller forsterke prisvirkningen av at et område allerede er et underskuddsområde, slik at det skapes økte prisforskjeller mellom perioder og områder. I et overskuddsområde vil en produsent med markedsrett finne det lønnsomt å holde tilbake produksjon for å heve prisen, eventuelt så mye at eksportbegrensningen oppheves slik at det likevel ikke oppstår et overskuddsområde. Selv om utøvelse av markedsrett i en overskuddssituasjon bidrar til å redusere prisforskjeller mellom områder, mener departementet at konkurransemyndighetene må legge vekt på å hindre utøvelse av markedsrett også i slike situasjoner. En del overskuddssituasjoner vil være karakterisert ved et generelt høyt prisnivå, (typisk på dagtid), selv om prisnivået er lavere enn i områdene utenfor Sør-Norge. Da vil tilbakeholdelse av vann kunne føre til større prisforskjeller mellom perioder hvis den tilbakeholdte produksjonen kjøres ut senere når prisene er lavere (typisk om natten). Produsenten vil likevel kunne tjene på dette når han kjører ut produksjonen i en periode uten flaskehals og med lavere etterspørselastisitet.

Det som Statkraft anfører om at totalproduksjonen over tid ved temporære flaskehals er gitt, er ikke etter departementets mening uten videre riktig. For det første vil det, som Konkurransetilsynet har påpekt, kunne finne sted en tilpasning som øker sannsynligheten for spill av vann, selv om dette eventuelt ikke er en bevisst strategi fra produsentenes side. For det andre vil ikke totalproduksjonen innen et flaskehalsområde være gitt. Hvis Statkraft holder tilbake vann i en periode der Sør-Norge er eget prisområde, vil prisen øke som følge av

en redusert produksjonen. Hvis det tilbakeholdte vannet kjøres ut i en senere periode uten flaskehals, vil en del av den økte produksjonen bli omsatt i andre deler av markedet enn flaskehalsområdet (Sør-Norge). Prisreduksjonen vil som følge av dette, samt høyere priselastisitet i en situasjon uten flaskehals, bli mindre enn prisøkningen i foregående periode. Dermed vil samlet produksjon i Sør-Norge bli redusert og gjennomsnittlig prisnivå øke som følge av utøvelse av markedsrett. Utøvelse av markedsrett vil dermed føre til et samfunnsøkonomisk tap i Sør-Norge.

I tillegg vil utøvelse av markedsrett kunne gi opphav til effektivitetstap slik som inoptimale investeringer i nettet og på etterspørselssiden. Dette gjelder selv om markedsrett bare blir utnyttet i deler av tiden, slik som antatt her.

På bakgrunn av ovennevnte har departementet ikke funnet at det er grunnlag for å hevde at de spesielle forhold i kraftbransjen tilsier at utøvelse av markedsrett ikke vil gi negative samfunnsøkonomiske virkninger, eller at disse virkningene er tvetydige. Det er følgelig heller ikke grunnlag for å bestride konklusjonen ovenfor om at det etter ervervet foreligger en vesentlig begrensning av konkurransen i henhold til krrl § 3-11.

5.5 KRAV TIL ÅRSAKSSAMMENHENG MELLOM STATKRAFTS ERVERV AV 45,5 PST AV AGDER ENERGI OG DEN VESENTLIGE KONKURRANSEBEGRENSNINGEN

Klagerne

Når det i krrl § 3-11 oppstilles som vilkår for inngrep at det aktuelle ervervet "vil føre til" en vesentlig konkurransebegrensning, innebærer dette i følge Statkraft at Konkurransetilsynet må kunne påvise en klar sannsynlighetsovervekt for at dette konkrete ervervet gir Statkraft økte muligheter og incentiver til å utøve markedsrett ved å holde tilbake eller flytte vann for senere produksjon. Statkraft viser til Skaar/Sørgard¹¹ som konkluderer med at tilsynet i sitt inngrepsvedtak ikke foretar noen konkret analyse av hvilke virkninger Statkrafts erverv av Agder Energi har, men bare gir en generell og teoretisk framstilling av potensielle markedssituasjoner, uten å knytte det opp mot dette konkrete ervervet. Dette tilsier at lovens krav til årsakssammenheng ikke er oppfylt, ifølge Statkraft.

Agder Energi hevder at kravet til årsakssammenheng i krrl. § 3-11 ikke er oppfylt. Selskapet legger til grunn at ervervet ikke er av en slik karakter at det eventuelt vil kunne føre til eller forsterke en vesentlig konkurransebegrensning i strid med lovens formål. Det anføres at aksjeposten kun gir negativ kontroll og at det er inngått avtaler i forbindelse med ervervet som sikrer selskapet selvstendighet i forhold til Statkraft. Således har ikke selskapet mulighet til å instruere Agder Energi sin daglige ledelse til å opptre koordinert med Statkraft, for eventuelt å utnytte perioder med fulle flaskehals. At beslutningene om markedsopptreden ville ha blitt fattet i et datterselskap til Statkraft, tilsier også at deres eventuelle innflytelse over Agder Energi ville ha vært svært indirekte.

¹¹ Jostein Skaar og Lars Sørgard: "Temporære flaskehals og oppkjøp i norsk kraftforsyning." 18. april 2002

Til støtte for dette syn legges til grunn at det er Agder Energi sitt styre som, sammen med den daglige ledelsen, foretar de fleste forretningsmessige beslutninger i selskapet. Statkraft har bare rett til å utpeke [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]. Videre anføres at samordningsavtalen mellom de kommunale aksjonærene bestemmer at kommunene skal opptre samlet. Endelig skal Agder Energi i henhold til avtalen om industrielt samarbeid opptre uavhengig i spørsmål om kraftdisponering, så lenge Statkraft er mindretallsaksjonær. [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2].

Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet mener at et erverv av 45,525% av aksjene vil gi selskapet en betydelig innflytelse over Agder Energi. Tilsynet legger avgjørende vekt på at aksjeervertet vil føre til at partene endrer sin markedstilpasning på en måte som gjør at konkurransen mellom partene reduseres vesentlig eller opphører på det relevante virksomhetsområdet. Partene vil ha en interesse i å opptre samordnet i markedet, ettersom dette vil være til gunst for samtlige eiere og ikke bare for Statkraft. Selv om kommunene opptre samlet som én aksjonær, vil Statkraft like fullt være den profesjonelle eieren med betydelig innsikt i markedsforholdene. Dette gir Statkraft en posisjon som eierne i Agder Energi vanskelig kan se bort fra, og som gir Statkraft en betydelig innflytelse over selskapet. Tilsynet konkluderer derfor med at Agderkommunene ikke vil ha incentiver til å gå imot Statkraft når det gjelder markedstilpasningen. Avtalene som påberopes av Agder Energi vil være av betydning for eiernes eventuelle motstridende interesser når det gjelder driften av Agder Energi, men vil ikke være relevante så lenge Agder Energi ikke har incentiver til å gå i mot Statkraft. Tilsynet konkluderer med at kravet til årsakssammenheng i krrl. § 3-11 derfor er oppfylt.

Departementet

Departementet konkluderte i kap 5.4 med at det foreligger en vesentlig konkurransebegrensning etter ervervet. Vi vil her vurdere om kravet i krrl § 3-11 om årsakssammenheng mellom den vesentlige konkurransebegrensningen og Statkrafts erverv av 45,5 pst av aksjene i Agder Energi, er oppfylt.

Aksjeposten i Agder Energi gir Statkraft negativ kontroll. Det er inngått flere avtaler i forbindelse med ervervet som skal sikre Agder Energi selvstendighet i forhold til Statkraft. Imidlertid mener departementet i likhet med tilsynet at det sentrale i vurderingen av om kravet til årsakssammenheng er oppfylt, må være at partene uansett avtalenes innhold vil ha en interesse i å opptre samordnet i markedet, ettersom dette vil være til gunst for samtlige eiere. Agder Energi vil ikke ha incentiver til å gå imot Statkraft når det gjelder markedstilpasningen, selv om avtalene som legges til grunn, skulle tilsi det motsatte. Dette må sees i sammenheng med eierandelens størrelse og sammenholdes med at Statkraft allerede har betydelig innsikt i markedsforholdene i kraftmarkedet.

Departementet har i kap. 5.2 og 5.3 ovenfor gitt uttrykk for at Statkraft har mulighet til å utøve markedsrett ensidig eller som følge av stilltiende samarbeid/prislederskap. Det er konkludert med at Statkrafts muligheter til å utøve markedsrett blir større som følge av at Statkraft øker sin markedsandel gjennom ervervet, og fordi det er en aktør mindre som må antas å ville utfordre Statkraft når Statkraft utøver markedsrett. I kap. 5.4 konkluderer departementet med at det etter ervervet foreligger en vesentlig begrensning av konkurransen i henhold til krrl § 3-11. Departementet har altså konkludert med at det foreligger en vesentlig

konkurransbegrensning, og at konkurransen er blitt redusert som følge av ervervet. Departementet vil imidlertid ikke hevde at det er påvist at det har skjedd en *vesentlig endring* av konkurransesituasjonen som følge av ervervet. Det vises bl.a. til det Konkurransetilsynet uttaler i sitt vedtak om at "Etter Konkurransetilsynets vurdering representerer ervervet av Agder Energi det steget i den trinnvise utviklingen som gjør at vesentlighetkravet må anses oppfylt".

Det følger av krrl § 3-11 at det må foreligge en vesentlig begrensning av konkurransen etter ervervet, og det må være en årsakssammenheng mellom ervervet og konkurransebegrensningen. Dersom ervervet forsterker en allerede vesentlig konkurransebegrensning, stilles det imidlertid ingen krav til *hvor mye* ervervet må forsterke denne begrensningen. Ethvert erverv som øker konsentrasjonen, vil det følgelig kunne gripes inn mot, uansett hvor liten betydning ervervet har isolert sett.

Departementet mener at det heller ikke for det tilfellet at en legger til grunn at ervervet vil *føre til* en vesentlig konkurransebegrensning, stilles krav om at *endringene* i konkurranseforholdene skal være vesentlige. Dersom det i et marked skjer en gradvis konsentrasjon ved oppkjøp, vil en på ett eller annet tidspunkt få en konsentrasjon som representerer en vesentlig konkurransebegrensning. Da vil det også være grunnlag for å gripe inn etter § 3-11 selv om det konkrete oppkjøpet som en da griper inn mot ikke i seg selv medfører en *vesentlig endring* i konkurransesituasjonen. Konsentrasjonen kan være så sterk før oppkjøpet at det bare skal en ytterligere marginal forverring til for at konkurransen går fra å være begrenset til å være *vesentlig* begrenset. Det er etter departementets syn i praksis ikke særlig forskjell i vesentlighetskravet i forhold til om et erverv vil *føre til* eller *forsterke en allerede eksisterende* konkurransebegrensning.

Departementet vil konkludere med at det i tilstrekkelig grad er sannsynliggjort at Statkrafts erverv av 45,525 pst. av Agder Energi vil føre til en ytterligere begrensning av konkurransen i Sør-Norge, slik at konkurransen i kraftmarkedet etter ervervet er vesentlig begrenset i henhold til krrl § 3-11.

5.6 SAMFUNNSØKONOMISKE EFFEKTIVITETSGEVINSTER

Klagerne

I henhold til Statkraft er et av hovedformålene med ervervet å hente ut mulige synergigevinster. Selskapet mener at Konkurransetilsynet ikke har grunnlag for å avvise de påberopte effektivitetsgevinstene. Statkraft viser til flere typer synergi- og effektivitetsgevinster, jf deres brev av 26. september 2001 og 15. februar 2002 til Konkurransetilsynet.

Statkraft fastholder at det er synergigevinster i forhold til samarbeidsavtalen med selskapene i Statkraftalliansen, der blant annet kompetanseutveksling innenfor personal og organisasjonsutvikling innen samarbeidspartnersnes faggrupper vil bidra til heving av kompetansen i selskapene.

Det er lagt opp til en[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2], der Agder Energi skal kunne realisere sine eksisterende planer. Statkraft mener allikevel at dette ikke hindrer

forretningsmessige fornuftige løsninger mellom selskapene i denne perioden, selv om en del av de mulige synergieffektene på dette området ikke vil komme før fredningsperioden er over.

Statkraft viser til synergier **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**.

Videre er det mulig med besparelser av **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**.

Statkraft mener effektivitetsgevinstene knyttet til restrukturering av produksjonsvirksomheten kan estimeres til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** kroner per år.

Statkraft fastholder at det foreligger synergigevinster knyttet til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** Statkraft har konkretisert en beregning av **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**

Agder Energi står ovenfor investering i **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** Statkraft er uenig med tilsynet i vurderingen av hvorvidt gevinsten er ervervsspesifikk. Videre mener Statkraft at det er nødvendig å vurdere kostnadsbesparelsen opp mot **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**

Statkraft mener det foreligger en samordningsgevinst knyttet til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** som følge av ervervet. Statkraft påpeker at de i dag har årlige kostnader knyttet til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**, som vil frafalle ved ervervet.

Det vil også være en besparelse på kostnader knyttet til eierskap og oppfølging av ulike datterselskap, deriblant revisorkostnader og styrekostnader. Ifølge Statkraft har Agder Energi forventede **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** Kostnadsreduksjon som følge av en enklere eierstruktur vil ifølge Statkraft utgjøre om lag **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**.

[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]

Statkraft viser til at det er realistisk med betydelige samordningsgevinster mellom selskapene innenfor **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**.

Dette vil ifølge Statkraft medføre **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** I tillegg kommer effektivitetsgevinster som ikke er målbare. Statkraft mener imidlertid at noen av gevinstene ikke vil komme i sin helhet før fredningsperioden er over, men at det vil være i begge selskapenes interesse å hente ut gevinster også før fredningsperioden er over. Statkraft påpeker også et stort samordningspotensial mellom Statkraft og Agder Energi.

Statkraft er uenig med Konkurransetilsynet i hvilken størrelsesorden effektivitetsgevinster vil opptre. Spesielt er det uenighet om hvorvidt de nevnte synergieffektene er ervervsspesifikke. Statkraft påpeker at det fremgår av tilsynets retningslinjer for bedriftserverv at tilsynet skal kartlegge sannsynlige utviklingsbaner i tilfelle ervervet finnes, for å avdekke om effektivitetsgevinster med sannsynlighet vil kunne realiseres dersom ervervet forbyes. Statkraft mener at en slik analyse ikke har blitt foretatt av Konkurransetilsynet, og at de selv ikke har forutsetninger for å kartlegge størrelsen på eventuelle synergier ved andre aktørers kjøp av Agder Energi.

På bakgrunn av det ovennevnte mener Statkraft at tilsynet i større grad burde lagt vekt på gevinstene knyttet til samordning av innkjøp, eierskap og oppfølging av datterselskap, marked/energidisponering samt sluttbrukervirksomhet, nett og distribusjonsvirksomhet.

Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet legger til grunn kun samfunnsøkonomiske gevinster som er ervervsspesifikke, dvs gevinster som er avhengige av at ervervet finner sted for å bli realisert. Gevinster som vil, eller kan, bli realisert selv om ervervet ikke finner sted, vil ikke bli tatt hensyn til i tilsynets vurdering. Dette gjelder for eksempel effektivitetsgevinster som vil kunne realiseres gjennom et annet erverv, gjennom å kjøpe informasjon eller lignende.

Konkurransetilsynet viser til at den rådende oppfatningen i forskermiljøene er at synergier i produksjonen av vannkraft er små. Dette på grunn av naturgitt lokalisering og liten grad av arbeidsintensiv produksjon som gjenspeiles i lave variable kostnader for kraftselskapene. Konkurransetilsynet mener riktignok at en samordning av virksomhetene til Statkraft og Agder Energi vil generere visse effektivitetsgevinster. Tilsynet er imidlertid av den oppfatning av Statkraft i liten grad kan dokumentere sine påstander. Tilsynet mener dessuten at Agder Energi, som en direkte følge av ervervet, ikke vil få synergigevinster i et slikt omfang som Statkraft antyder.

Konkurransetilsynet begrunner mye av usikkerheten knyttet til omfanget av effektivitetsgevinster og synergieffekter ut fra *fredningsperioden* for Agder Energi som løper frem til 1. juli 2005. Dette mener Konkurransetilsynet skaper *usikkerhet* knyttet til hvilke synergier som kan realiseres før fredningstidens utløp. Dette gjør at Konkurransetilsynet legger liten vekt på synergiene knyttet til samarbeidet i Statkraftsalliansen i denne perioden. Videre mener tilsynet at fredningsperioden skaper usikkerhet i forhold til hvilken restrukturering av produksjonsvirksomheten som kan gjennomføres. Tilsynet mener blant annet det kan oppstå **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**.

Videre mener tilsynet at de systematisk har gått gjennom de påberopte effektivitetsgevinster og funnet at flere av de anførte effektivitetsgevinster ikke fremstår som *ervervsspesifikke*. Konkurransetilsynet mener at de nevnte synergigevinstene knyttet til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** Om lag halvparten av Statkrafts anslåtte synergigevinster er knyttet til områdene omtalt under ytterligere synergigevinster, dvs synergier knyttet til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** Tilsynet mener disse gevinstene er lite ervervsspesifikke og legger derfor liten vekt på disse. Konkurransetilsynet anser heller ikke gevinster knyttet til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** som ervervsspesifikke. Konkurransetilsynet mener denne synergien kan oppnås uten at Statkraft kjøper aksjer i Agder Energi.

Konkurransetilsynet påpeker videre at synergier knyttet til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** normalt ikke regnes som en samfunnsøkonomisk gevinst, der skifte i forhandlingsmakt innebærer en omfordeling og ikke nødvendigvis en bedre samfunnsøkonomisk tilpasning. Statkraft forventer videre gevinster knyttet til en samordning av selskapenes produksjon. Konkurransetilsynet mener det er uklart hva Statkraft legger i dette. Tilsynet viser til at en optimal allokering av vannet i form av utligning av vannverdier, må være markedets oppgave.

Konkurransetilsynet konkluderer med at ervervet gir visse effektivitetsgevinster. Disse ligger imidlertid langt frem i tid og usikkerheten rundt disse er stor. Konkurransetilsynet mener også

at en betydelig del av gevinstene ikke kan regnes som ervervsspesifikke, jf. Konkurransetilsynets retningslinjer.

Departementet

Når en skal vurdere om en vesentlig konkurransebegrensning er i strid med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. krrl § 3-11, må en ta stilling til om de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene ved ervervet er større eller mindre enn de negative samfunnsøkonomiske virkningene av redusert konkurranse. De negative samfunnsøkonomiske virkningene av ervervet er omtalt i kap 5.4.

Departementet kan, i likhet med tilsynet, ikke se at det foreligger store synergieffekter på produksjonssiden i kraftselskapene. Departementet er enig med tilsynet i at selskapenes påberopte gevinster ved samordning av produksjonen er uklart formulert, og kan gi indikasjoner på gevinster knyttet til utøvelse av markedsrett. Departementet ser imidlertid at det kan være visse effektivitetsgevinster knyttet til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**. Departementet ser også at det kan være enkelte samordningsgevinster knyttet til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**

Departementet er imidlertid enig med Konkurransetilsynet vedrørende usikkerheten knyttet til en betydelig del av Statkrafts påberopte effektivitetsgevinster. Som følge av fredningsperioden av Agder Energi frem til **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**, vil mye av gevinstene ligge langt frem i tid. Desto lengre tidsperspektivet er på realiseringen av effektivitetsgevinstene, desto mindre kan man vektlegge disse, siden usikkerheten vedrørende gjennomføringen øker. I en samfunnsøkonomisk investeringskalkyle vil dessuten nytteelementene langt frem i tid neddiskonteres og følgelig telle mindre enn nytteelementer i nær fremtid. Statkraft viser til at det kan ligge effektivitetsgevinster også i fredningsperioden. Departementet kan imidlertid ikke se at dette er dokumentert og sannsynliggjort.

Departementet ser at det er uenighet mellom Statkraft og Konkurransetilsynet om hvorvidt de påberopte effektivitetsgevinstene kan anses som ervervsspesifikke. Tilsynet legger kun til grunn gevinster som oppstår som følge av dette spesielle ervervet, og ikke gevinster som oppstår generelt som følge av erverv av selskaper. Departementet ser at en slik tilnæringsmåte kan diskuteres. Etter en samlet vurdering av de påberopte effektivitetsgevinstene, har departementet kommet til at effektivitetsgevinstene ikke er tilstrekkelige til å veie opp mot begrensningen i konkurransen som det er gjort rede for i kap. 5.4, selv om en tar hensyn til effektivitetsgevinster som kunne vært realisert ved andre erverv.

Departementet konkluderer derfor med at Statkrafts erverv av Agder Energi vil føre til en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med konkurranselovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

5.7 AVHJELPENDE TILTAK

Klagerne

Statkraft fremsatte i brev av 28. mai 2002 til tilsynet, forslag til avhjelpende tiltak. Tiltakene var etter Statkrafts vurdering tilstrekkelige til å avhjelpe de konkurransemessige problemene knyttet både til ervervet av Agder Energi og ervervet av Trondheim Energiverk (TEV).

Forslaget gikk ut på å selge eierandelene i [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]. Tiltakene var basert på tilsynets vurdering om at Statkrafts eierinteresser i øvrige selskaper reduserer konkurransen i markedet.

Forslagene til tiltak som hadde vært drøftet med tilsynet, ble behandlet i Statkrafts styre 26. juni 2002. [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2] Dette var basert på at tiltak ikke var aktuelt fordi lovens inngrepsvilkår ikke var oppfylt, og at det ikke var bedriftsøkonomisk forsvarlig å akseptere tiltak som belastet Statkrafts økonomi utover den avtalte kjøpesum.

Statkraft har senere, i brev av 20. september 2002 til departementet, i forbindelse med Statkrafts erverv av TEV, bedt departementet vurdere [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2] Tilbudet ble fremsatt med styreforbehold, og Statkraft anså vilkåret som egnet og tilstrekkelig til å avhjelpe departementets konkurransemessige bekymringer i både Agder-saken og TEV- saken.

Etter at Statkraft foreslo salg av [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2] i brev av 20. september 2002 har det vært kontakt mellom Statkraft og departementet om muligheten for forslag til ytterligere avhjelpende tiltak fra Statkrafts side. Departementet har presisert overfor Statkraft at Agder-saken og TEV saken behandles som separate saker og at forslag til avhjelpende tiltak bare må gjelde i forhold til ervervet i Agder energi. Statkraft har, med forbehold om endelig styregodkjenning, i brev/telex av 10. og 11. oktober 2002 kommet med følgende forslag til avhjelpende tiltak:

- Inngåelse av endelig avtale om avhendelse til uavhengig tredjepart av Statkrafts aksjer i E-CO innen [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]
- Inngåelse av endelig avtale om avhendelse til uavhengig tredjepart av Statkrafts aksjer i HEAS innen [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]
- Statkraft [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2] styret i E-CO og HEAS og avstår fra informasjon/kommunikasjon mellom selskapene/personell utover det som er naturlig for en finansiell eier og som vil være nødvendig for å gjennomføre en forsvarlig salgsprosess.
- Inngåelse av endelig avtale om avhendelse til uavhengig tredjepart av produksjonskapasitet tilsvarende 1 TWh som Statkraft SF eller Agder Energi AS kontrollerer i Sør-Norge innen [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]. Denne forpliktelsen bortfaller dersom importkapasiteten til Sør-Norge innen samme dato er økt med minimum 200 MW i forhold til dagens situasjon og økningen er bekreftet av Konkurransetilsynet.
- Gjennomføring av de kontrolltiltak som er beskrevet i brev til Konkurransetilsynet av 20. mars 2002 og i pkt. 2.6 i Statkrafts brev/telex av 10.oktober 2002. Tiltakene vil gi tilsynsmyndighetene økt innsyn i Statkrafts markedsagering.

Forutsetningen for de frister Statkraft foreslår er at ny konsesjonslovgivning avklares i Stortinget våren 2003. Ved utsettelse i forhold til dette vil det kunne oppstå behov for fristforlengelse i følge Statkraft.

Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet konkluderer i sitt oversendelsesnotat av 3. juli 2002 til departementet med at forslagene til avhjelpende tiltak som da var fremsatt av Statkraft, ikke var tilstrekkelig i forhold til ervervet av Agder Energi. Selv om problemene knyttet til

krysseierskap reduseres, mente tilsynet at volumet av magasinkapasitet og effekt som Statkraft var villig til å gi fra seg, ikke var stort.nok.

Departementet

Når det gjelder de prosessuelle innsigelsene vedrørende avhjelpende tiltak, vises det til kap. 4.5.

I likhet med Konkurransetilsynet mener departementet at det er flere momenter som må vurderes for å avgjøre om konkrete avhjelpende tiltak er tilstrekkelige for å bøte på de konkurransemessige problemene i forbindelse med et erverv. Avhjelpende tiltak må vurderes særskilt i det enkelte tilfellet, men i utgangspunktet mener departementet at salg av eventuelle eierandeler i andre selskaper og lignende som måtte være aktuelt, må være av en størrelsesorden som gjør at de konkurransemessige problemene ikke blir vurdert som større etter ervervet enn før ervervet. I vurderingen av avhjelpende tiltak som blir foreslått, vil departementet se hen til både markedsandeler til og eierandeler i de virksomheter som avhendes, og disse må stå i et rimelig forhold til den virksomheten som erverves. De avhjelpende tiltakene må både redusere problemene knyttet til krysseierskap og til at Statkraft og selskapene i alliansen som følge av ervervet får tilgang på betydelig økt produksjons- og magasinkapasitet, og dermed økt markedsandel.

Departementet ser at en avhending av aksjepostene i E-CO og HEAS vil redusere omfanget av krysseierskap. HEAS er dessuten pr. i dag en av partene i Statkraftalliansen. Med E-CO blir den største vannkraftprodusenten i Sør-Norge utenom Statkraftalliansen fristilt fra Statkraft, samtidig som Statkrafts innsyn i E-CO blir fjernet. Den indirekte forbindelsen med Buskerud forsvinner også ved dette salget. Avhending av E-CO og HEAS vil etter departementets vurdering avhjelpe vesentlige problemer knyttet til Statkrafts direkte og indirekte eierskap i andre selskaper.

Departementet viser til at ervervet av Agder Energi vil innebære at Statkraftalliansen får en tilvekst i sin produksjon på 7,4 TWh og økt magasinkapasitet på 5 TWh, jf. tilsynets oversendelsesnotat av 3. juli 2002. HEAS har til sammenligning en produksjon på 1,3 TWh og en magasinkapasitet på 0,4 TWh. For E-CO er tilsvarende tall 8,9 TWh og 6,4 TWh. Markedsandelene til Agder og HEAS er direkte sammenlignbare på bakgrunn av Statkrafts eierandeler i de to selskapene. Ved vurderingen av E-COs markedsandeler, må det tas hensyn til at Statkrafts eierandel er atskillig mindre, nemlig 20 pst. Ut fra dette mener departementet at Statkraft gjennom salg av aksjepostene i E-CO og HEAS ikke avhender tilstrekkelig produksjons- og magasinkapasitet til at dette vil bøte på de konkurransemessige problemene som pr. i dag er knyttet til ervervet i Agder Energi. Departementet har overfor Statkraft gitt uttrykk for at det er nødvendig å avhende 1-2 TWh utover dette. Statkraft har fulgt opp dette i sitt forslag av 11. oktober 2002. Statkrafts forslag til avhjelpende tiltak er her at Statkraft eller Agder Energi innen **[u.off. § 5 a, jf. fvl § 13 første ledd nr. 2]** avhender produksjonskapasitet tilsvarende 1 TWh. Det er imidlertid foreslått at dette faller bort dersom importkapasiteten til Sør-Norge innen samme dato er økt med minimum 200 MW i forhold til dagens situasjon og økningen er bekreftet av Konkurransetilsynet.

Med avhendingen av eierandelene både i E-CO og HEAS samt salg av produksjonskapasitet tilsvarende 1 TWh, mener departementet at reduksjonen i produksjonskapasitet og markedsandel er tilfredsstillende. Departementet har i denne forbindelse lagt vekt på at

Statkraft og Agder også før ervervet har felles deleierskap i flere større kraftverk, og således ikke heller i utgangspunktet operer helt uavhengig av hverandre. Salg av eierandelene i E-CO og HEAS vil kunne legge til rette for at vi får flere og/eller større aktører uavhengig av Statkraft som vil ha incentiver til å konkurrere aktiv i større grad enn i dag. Departementet har funnet å kunne akseptere at Statkraft ikke behøver å selge produksjonskapasitet tilsvarende 1 TWh dersom importkapasiteten til Sør-Norge innen [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2] blir økt med minimum 200 MW i forhold til dagens situasjon og økningen er bekreftet av Konkurransetilsynet. Departementet legger til grunn at økning i importkapasiteten vil gi økt importkonkurransen og redusere tiden med flaskehalser.

På bakgrunn av ovennevnte finner departementet at de forslag til avhjelpende tiltak som Statkraft nå har kommet med, er tilfredsstillende samlet sett. De kan således legges til grunn for utforming av vilkår for å gi tillatelse til erverv av 45,525 pst. av aksjene i Agder Energi, jf. krrl § 3-11 tredje ledd litra c.

6. VURDERING AV KONKURRANSESITUASJONEN I DET NORDISKE KRAFTMARKEDET

Klagerne

Klagerne hevder at Norden (unntatt Island) utgjør det relevante geografiske marked når det ikke er fulle flaskehalser. Statkraft imøtegår Konkurransetilsynets konklusjon om at ervervet medfører redusert konkurranse i det nordiske markedet og at denne konkurransebegrensningen i seg selv er bekymringsfull. Statkraft har bl.a. innvendinger mot de analyser Konkurransetilsynet bygger på vedrørende krysseierskap. Statkraft viser videre til at tilsynet ikke har kommet til at Statkrafts erverv i Agder vil føre til en *vesentlig* konkurransebegrensning i det nordiske marked. Det må således kunne legges til grunn at tilsynets vedtak må forstås slik at heller ikke tilsynet mener at Statkrafts økte markedsandel til 14 pst i det nordiske markedet etter ervervet gir grunnlag for inngrep.

Agder Energi finner det uklart i hvilken grad Konkurransetilsynet legger vekt på situasjonen i det nordiske markedet. Agder knytter kommentarer til tilsynets beskrivelse av det nordiske engrosmarkedet, og påpeker bl.a. at Konkurransetilsynet har overdrevet potensialet for stilltiende samarbeid.

Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet mener, som Statkraft, at Norden (unntatt Island) utgjør det relevante geografiske markedet i situasjoner uten flaskehalser.

Konkurransetilsynet viser til at Statkraft gjennom sine erverv av eierandeler i norske kraftselskap gradvis har økt sin innflytelse i det nordiske markedet i de senere år. Ervervene av mellomstore, norske kraftprodusenter har hver for seg gitt små utslag på konsentrasjonen når Norge, Sverige, Finland og Danmark ses under ett, men de senere års omstrukturering har likevel gjort Statkraft til den nest største kraftprodusenten i Norden. Med utgangspunkt i årlig middelproduksjon (TWh) har Statkraft inkludert Agder en markedsandel på 14 prosent.

Konkurransetilsynet viser til avgjørelsen A 2000-26 om Statkrafts erverv av aksjer i Skiensfjordens Kommunale Kraftselskap og Vestfold Kraft, hvor tilsynet la til grunn at ervervet var for lite til å gi utslag på konsentrasjonen i det nordiske engrosmarkedet, og at det nordiske markedet er lite konsentrert. Det ble likevel gitt uttrykk for at utviklingen i konkurranseforholdene i dette markedet gir grunnlag for bekymring. De store kraftprodusentenes eierandeler i andre kraftselskaper og i hverandre gjør at konkurransen kan dempes, og øker mulighetene for at de store selskapene vil koordinere sin atferd i markedet.

Konkurransetilsynet peker på at Statkrafts muligheter til å magasinere vann gjør at selskapet har større muligheter enn sine utenlandske konkurrenter til å regulere volumet i sin produksjon. Den svenske vannkraften består i langt større grad av elvekraftverk som ikke gir samme mulighet til å spare på vannet. Konkurransetilsynet mener at selv om størrelsen på magasinene i seg selv ikke er et korrekt mål på regulerbarheten, har det en viss betydning å se hen til Statkraftalliansens andel av magasinkapasiteten i Norden som er på ca 34 prosent etter ervervet av Agder. Av denne grunn har Statkraft en større innflytelse i markedet enn produksjonsandelen skulle tilsi.

Også i det nordiske markedet kan det derfor ha konkurransebegrensende virkning når Statkraft kjøper kraftselskaper som i nordisk sammenheng har små produksjonsandeler, men hvor produksjonen er regulerbar. Alle de sør-norske selskapene Statkraft har ervervet eierandeler i, har produksjon som er regulerbar, og dette gjelder også Agder. Ved Statkraft erverv av Agder øker Statkraft sin andel av magasinkapasiteten med 4 prosent i Norden. Ervervet betyr også at det blant de resterende konkurrentene er en aktør mindre som har regulerbar produksjon.

Statkraftalliansen har sammen med Sydkraft og E-Co en andel av installert effekt i Norden på 24,3 prosent. Statkraft har nå en andel på 29 prosent av stemmene i Sydkraft. Tyske E.On er største aksjonær i selskapet. Sydkraft er nest største aktør i Sverige, og nummer fire i Norden etter Vattenfall, Statkraft og Fortum. Da Statkraft første gang kjøpte aksjer i Sydkraft, begrunnet selskapet aksjeoppkjøpet med et ønske om å lære om en annen teknologi for produksjon av elektrisitet, og da særlig om produksjon av elektrisitet ved hjelp av vindkraft. Statkraft har gjennom sin eierandel i Sydkraft fått innsikt i termiske produsenters agering i markedet. Sydkrafts agering i Sverige vil ha betydning for hvorvidt det oppstår flaskehals mellom NO1 og Sverige. Statkraft kan dermed i kraft av sin lokalisering ha innsikt i og innflytelse på flyten i det vesentligste av overføringslinjene inn og ut av Sør-Norge.

Sydkraft har også en eierandel på 21,4 prosent i Hafslund, som har en markedsandel i Sør-Norge på 3 prosent. Dette gjør at Hafslund ikke fremstår som en helt uavhengig konkurrent til Statkraft.

Departementet

Departementet har konkludert med at Sør-Norge er det relevante marked i situasjoner med flaskehals og at Statkrafts erverv av Agder Energi medfører en vesentlig konkurransebegrensning i strid med lovens formål i dette markedet. Departementet har vurdert saken på dette grunnlag. Konkurranseforholdene i det nordiske markedet har m.a.o. ikke hatt innvirkning på utfallet av klagesaken. Departementet finner likevel grunn til å komme med noen vurderinger av konkurransesituasjonen i det nordiske markedet.

Når det gjelder hvorvidt det kan utøves markedsrett, enten ensidig eller gjennom stilletiende samarbeid, er departementet generelt enig med Konkurransetilsynet i at krysseierskap mellom konkurrerende selskaper kan redusere konkurransen i markedet.

Departementet mener at konkurransen i det nordiske kraftmarkedet er begrenset. For det først er markedet konsentrert. Etter ervervet i Agder vil Statkraftalliansen oppnå en markedsandel på 14 prosent i Norden målt etter årlig middelproduksjon. Statkraft har en eierandel på 44,6 pst i Sydraft og 20 pst i E-CO. Statkraftalliansen har, sammen med disse selskapene, en markedsandel på vel 23 pst. i Norden, mens Vattenfall har en markedsandel på 21 pst. For øvrig er det bare en annen aktør av noe størrelse, Fortum/Birka med 15 pst. Siden flaskehalsene ofte bidrar til å dele det nordiske marked i flere prisområder, vil konsentrasjonen, og dermed konkurransebegrensningen, i realiteten kunne være større enn markedsandelene isolert sett skulle tilsi.

For det andre vil det at vannkraftprodusenter med magasiner kan regulere produksjonen i betydelig større grad enn andre typer kraftprodusenter, innebære at de førstnevnte kan utøve markedsrett med betydelig lavere markedsandel enn det en normalt regner med. Etter ervervet av Agder vil Statkraftalliansen ha en andel av magasinkapasiteten i Norden på 33,6 pst. Statkraftalliansen og E-CO vil til sammen ha 38,9 pst av magasinkapasiteten. De avhjelpende tiltakene som Statkraft har foreslått, vil også avhjelpe de konkurransemessige virkningene av ervervet i det nordiske markedet.

Selv om konkurransesituasjonen i Norden ikke har hatt direkte innvirkning på utfallet av foreliggende klagesak, mener departementet at konkurransemyndighetene må vurdere framtidige konkurransesaker meget nøye i dette perspektivet.

7. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON

Departementet har i det foregående vurdert klagerens anførsler i forbindelse med Konkurransetilsynets vedtak om å forby Statkrafts erverv av 45,525 pst av aksjene i Agder Energi i forhold til krrl § 3-11.

Departementet har vurdert de prosessuelle innsigelser som partene har hatt mot Konkurransetilsynets saksbehandling knyttet til manglende begrunnelse, ikke oppfyllelse av utredningsplikten etter forvaltningsloven, manglende adgang til kontradiksjon og ikke-oppfyllelse av plikten til å komme fram til en minnelig løsning. Departementet har ikke funnet at det er grunnlag for klagers påstand om saksbehandlingsfeil som gjør tilsynets vedtak av 21. mars 2002 ugyldig.

For å gjennomføre en analyse av om ervervet vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen i henhold til krrl § 3-11, er det nødvendig å foreta en avgrensning av det relevante marked. Departementet har kommet til at det relevante geografiske markedet *uten* flaskehals er Norden (unntatt Island) og at det relevante geografiske marked *med* flaskehals er Sør-Norge. Dette er i overensstemmelse med det Konkurransetilsynet har lagt til grunn. I vurderingen av hvorvidt ervervet fører til en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål om effektiv ressursbruk, har departementet tatt utgangspunkt i situasjoner med flaskehals, dvs. Sør-Norge som det relevante marked. I tillegg har departementet foretatt en vurdering av konkurransesituasjonen

i det nordiske marked. Denne vurderingen har imidlertid ikke hatt avgjørende betydning for utfallet av klagebehandlingen.

Som et ledd i å vurdere om ervervet har ført til en vesentlig konkurransebegrensning i henhold til krrl § 3-11, har departementet først vurdert om ervervet gir grunnlag for at Statkraft kan utøve markedsrett i perioder med flaskehalser, når Sør-Norge er eget prisområde. Statkraft kan tenkes å utøve markedsrett når øvrige produsenter ikke har ledig produksjonskapasitet til å svare på eventuelle produksjonsbegrensninger fra Statkrafts side for å øke prisen. Markedsrett kan også utøves når øvrige aktører ikke *ser seg tjent* med å svare på Statkrafts agering, selv om de har ledig kapasitet.

Etter ervervet i Agder Energi har Statkraftalliansens markedsandel, som Statkraft har sterk innflytelse over, økt fra 38 pst. til 47 pst. av produksjonen i Sør-Norge, mens andelen av magasinkapasiteten har økt fra 43 pst. til 52 pst. Dette øker mulighetene for Statkraft til å utøve markedsrett. Departementet har vurdert om særtrekk ved et vannkraftsystem, langsiktige fysiske fastpriskontrakter, importkonkurranse og etableringsmuligheter for potensielle konkurrenter, vil begrense Statkrafts mulighet og incentiver til å utøve markedsrett innenfor Sør-Norge. Departementets vurdering er at disse forholdene ikke i nevneverdig grad vil redusere Statkrafts muligheter og incentiver til å utøve markedsrett. I en del av periodene med flaskehalser vil Statkraft *ensidig* kunne utøve markedsrett.

Statkrafts oppkjøpsstrategi de siste årene har økt Statkrafts grep om produksjon, effekt og magasinkapasitet i Sør-Norge. I tillegg til de betydelige eierandelene i de øvrige selskaper som inngår i Statkraftalliansen, eier Statkraft også 20 pst. av E-CO som er en av de tre kraftprodusentene utenfor Statkraftalliansen av en viss størrelse. Også selskaper som Statkraft eier andeler i har vært aktive på oppkjøpssiden de siste årene. Departementet mener at det i engrosmarkedet for elektrisk kraft i Sør-Norge ligger til rette for prislederskap, og at potensialet for dette har økt som følge av at Statkraft, som den dominerende markedsaktøren, har ervervet en betydelig andel i Agder, som er en av de største uavhengige aktørene før ervervet.

Departementet konkluderer med at Statkraft har mulighet til å utøve markedsrett i de perioder Sør-Norge er eget prisområde. Hvorvidt dette representerer en vesentlig konkurransebegrensning i hht krrl § 3-11, avhenger av den tid som Sør-Norge er eget prisområde. Dette kan det være noe vanskelig å anslå, bl.a. fordi denne andelen varierer fra år til år avhengig av hydrologiske forhold m.m.. Videre er overføringskapasiteten økt noe den senere tid, og det foreligger planer om ytterligere økning av overføringskapasiteten om et par år og lenger fram i tid. Dette vil bidra til å redusere andelen av tiden med flaskehalser. På den annen side kan en produsent med markedsrett tilpasse sin produksjon i overskuddsperioder slik at eksportflaskehalser ikke oppstår. Det er derfor *usikkerhet* knyttet til hvor stor andel av tiden det er mulig å utøve markedsrett i Sør-Norge. Departementet mener imidlertid at det må være rimelig å legge til grunn at Statkraft gjennomgående har mulighet til å utnytte markedsrett i Sør-Norge i ca. 1/3 av tiden. Fordi kraftsektoren er av stor samfunnsøkonomisk betydning har departementet kommet til at dette representerer en vesentlig begrensning av konkurransen i henhold til krrl § 3-11. Departementet anser for øvrig ikke 1/3 av tiden som noen nedre grense mht hva som representerer en vesentlig konkurransebegrensning etter loven.

Det er generelt ingen uenighet om at en vesentlig konkurransebegrensning leder til mindre effektiv ressursbruk. Partene har imidlertid anført at de særlig forhold i kraftproduksjonen, der tilbakeholdt produksjon i en periode vil kjøres ut i markedet i en senere periode, gjør at det er tvetydig om utøvelse av markedsrett leder til et velferdstap, dvs. mindre effektiv ressursbruk. Departementet er ikke enig med partene i at en kan legge til grunn at produksjonen er gitt. For det første vil utøvelse av markedsrett kunne føre til økt spill av vann. For det andre vil produksjonen innenfor det relevante marked, Sør-Norge, bli mindre når produksjon holdes tilbake i en periode med flaskehals og kjøres ut i markedet i en senere periode uten flaskehals. Departementet mener at den vesentlige konkurransebegrensningen entydig fører til mindre effektiv ressursbruk i det relevante markedet.

For å kunne gripe inn mot et ervervet, må det påvises årsakssammenheng mellom ervervet og den vesentlige konkurransebegrensningen. Departementet konkluderer med at ervervet fører til redusert konkurranse i Sør-Norge ved at Statkraft og de selskaper som Statkraft vil eie store andeler i, øker sin markedsandel betydelig og at oppkjøpet gjelder en av de få uavhengige aktørene av en viss størrelse. Departementet slår fast at konkurranseloven ikke stiller krav om at *endringene* i konkurranseforholdene skal være vesentlige. Dersom det i et marked skjer en gradvis konsentrasjon ved oppkjøp, vil en på ett eller annet tidspunkt få en konsentrasjon som representerer en vesentlig konkurransebegrensning. Da vil det også være grunnlag for å gripe inn etter § 3-11, selv om det konkrete oppkjøpet som en da griper inn mot, ikke i seg selv medfører en *vesentlig endring* i konkurransesituasjonen. Departementet konkluderer med at det i tilstrekkelig grad er sannsynliggjort at Statkrafts erverv av 45,525 pst. av Agder Energi vil føre til en begrensning av konkurransen i Sør-Norge, slik at konkurransen i kraftmarkedet etter ervervet er vesentlig begrenset i henhold til krrl § 3-11.

Departementet anser ikke at de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinster som partene har påberopt seg, er tilstrekkelige til å oppveie de negative effektivitetsvirkningene som følge av redusert konkurranse. Det forligger derfor etter ervervet en vesentlig begrensning av konkurransen i strid med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, slik at betingelsene for å gripe inn mot ervervet etter krrl § 3-11 er oppfylt.

Statkraft har foreslått å avhende til uavhengig tredjepart sine eierandeler i HEAS og E-CO innen **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]**, samt å avhende innen **[u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2]** produksjonskapasitet tilsvarende 1 TWh som Statkraft SF eller Agder Energi kontrollerer i Sør-Norge. Den sistnevnte forpliktelsen må i følge Statkraft bortfalle dersom importkapasiteten til Sør-Norge innen samme dato er økt med minimum 200 MW i forhold til dagens situasjon og økningen er bekreftet av Konkurransetilsynet. Videre har Statkraft foreslått gjennomføring av kontrolltiltak som skal gi tilsynsmyndighetene økt innsyn i Statkrafts markedsagering.

Med avhendingen av eierandelene både i E-CO og HEAS samt salg av produksjonskapasitet tilsvarende 1 TWh, mener departementet at reduksjonen i produksjonskapasitet og markedsandel er tilfredsstillende. Departementet har i denne forbindelse lagt vekt på at Statkraft og Agder også før ervervet har felles deleierskap i flere større kraftverk, og således ikke heller i utgangspunktet operer helt uavhengig av hverandre. Salg av eierandelene i E-CO og HEAS vil kunne legge til rette for at vi får flere og/eller større aktører uavhengig av Statkraft som vil ha incentiver til å konkurrere aktivt i større grad enn i dag. Departementet har funnet å kunne akseptere at Statkraft ikke behøver å selge produksjonskapasitet

tilsvarende 1 TWh dersom importkapasiteten til Sør-Norge innen [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2] blir økt med minimum 200 MW i forhold til dagens situasjon og økningen er bekreftet av Konkurransetilsynet. Departementet legger til grunn at økning i importkapasiteten vil gi økt importkonkurranse og redusere tiden med flaskehals.

På bakgrunn av ovennevnte finner departementet at de forslag til avhjelpende tiltak som Statkraft nå har kommet med, er tilfredsstillende samlet sett. De kan således legges til grunn for utforming av vilkår for å gi tillatelse til erverv av 45,525 pst. av aksjene i Agder Energi, jf. krrl § 3-11 tredje ledd litra c.

Departementet mener at også konkurransen i det nordiske kraftmarkedet er begrenset. For det først er markedet konsentrert. Statkraftalliansen, Sydkraft og E-CO har til sammen en markedsandel på vel 23 pst., mens Vattenfall har en markedsandel på 21 pst. For øvrig er det bare en annen aktør av noe størrelse, Fortum/Birka med 15 pst. Siden flaskehals ofte bidrar til å dele det nordiske marked i flere elspotområder, vil konsentrasjonen i realiteten kunne være større en markedsandelene isolert sett skulle tilsi. For det andre vil det at vannkraftprodusenter med magasiner kan regulere produksjonen i betydelig større grad enn andre typer kraftprodusenter, innebære at de førstnevnte kan utøve markedsrett med betydelig lavere markedsandel enn det en normalt regner med. De avhjelpende tiltakene som Statkraft har foreslått, vil også avhjelpe de konkurransemessige virkningene av ervervet i det nordiske markedet.

Departementets vurdering av konkurransesituasjonen i det nordiske kraftmarkedet har ikke hatt innvirkning på departementets vurdering av forliggende klagesak. Den er vurdert med utgangspunkt i Sør-Norge som det relevante geografiske markedet i situasjoner med flaskehals.

På bakgrunn av ovennevnte, og med hjemmel i krrl § 3-11, har departementet truffet følgende vedtak:

I. Konkurransetilsynets vedtak av 21 mars.2002 om at Statkraft Holding AS forbys å gjennomføre ervervet av 45,525 prosent av aksjene i Agder Energi AS, oppheves.

II. Statkraft Holding AS påbys følgende som vilkår for å erverve 45,525 pst. av Agder Energi:

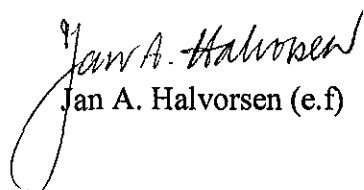
- 1) Statkraft Holding AS må innen [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2] avhende sine aksjer i E-CO Vannkraft AS til uavhengig tredjepart.*
- 2) Statkraft Holding AS må innen [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2] avhende sine aksjer i Hedmark Energi AS til uavhengig tredjepart.*
- 3) Statkraft Holding AS må tre ut av styrene i E-CO Vannkraft AS og Hedmark Energi AS senest samtidig med at ervervet av Agder Energi gjennomføres, og for øvrig begrense sin kontakt med disse selskapene til det som er naturlig for en finansiell eier. Statkraft må innen samme tidspunkt gi en nærmere redegjørelse til Konkurransetilsynet om hvordan denne kontakten vil være. Konkurransetilsynet kan regulere kontakten inntil avhendelsen i pkt. 1) og 2) foran er gjennomført.*

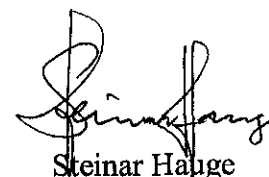
4) *Statkraft Holding AS eller Agder Energi AS må innen [u.off. § 5 a, jf fvl § 13 første ledd nr. 2] avhende til uavhengig tredjepart produksjonskapasitet tilsvarende minst 1 TWh som Statkraft SF eller Agder Energi AS kontrollerer i Sør-Norge. Denne forpliktelsen bortfaller dersom importkapasiteten til Sør-Norge innen samme dato er økt med minimum 200 MW i forhold til dagens situasjon, og økningen er bekreftet av Konkurransetilsynet.*

5) *Med uavhengig tredjepart som nevnt i pkt. 1, 2 og 4 forstås selskap som Statkraft ikke har eierandeler i, direkte, eller indirekte via eierandeler i andre selskaper.*

III. *Konkurransetilsynet skal utarbeide et opplegg for kontrolltiltak med sikte på å gi tilsynsmyndighetene økt innsyn i Statkrafts markedsadferd, herunder tiltak som gjelder økt innsyn i Statkrafts kontraktforpliktelser, innsyn i selskapets anmeldelser i regulerkraftmarkedet og økt rapportering om hydrologiske forhold.*

Med hilsen


Jan A. Halvorsen (e.f)


Steinar Hauge