

Koncentrationen på elmarknaden

– Konkurrensverkets fel?

En rapport skriven av
Kristoffer Molin
på uppdrag av Konkurrensverket

Konkurrensverkets A4-serie 2006:1

Kristoffer Molin

ISSN-nr 1401-8438

Konkurrensverket, Stockholm, september 2006

Illustration Martina Thulin, Odelius New Media

Förord

Jur.kand. Kristoffer Molin har på Konkurrensverkets uppdrag gjort en genomgång och analys av samtliga koncentrationer som anmälts och prövats av Konkurrensverket från det att elmarknaden öppnades för konkurrens 1996 fram till början av 2006.

Uppdraget har varit att åskådliggöra omfattningen av de anmälda koncentrationerna och vilken typ av förvärv som har prövats. Kristoffer Molins uppdrag har även varit att göra en kritisk analys av hur de aktuella koncentrationerna behandlats av Konkurrensverket.

Det är författaren själv som svarar för innehåll och slutsatser i rapporten. Slutsatserna behöver alltså inte nödvändigtvis återspegla Konkurrensverkets uppfattning.

Göran Karreskog
Avdelningschef

Innehåll

1	Sammanfattning	5
2	Inledning och syfte	8
3	Koncentrationsanmälningar på elmarknaden sedan 1996.....	9
3.1	Inledning och avgränsning	9
3.2	Vattenfalls koncentrationsanmälningar	9
3.3	E.ON/Sydkrafts koncentrationsanmälningar	13
3.4	Fortum/Birka Energis koncentrationsanmälningar	15
4	Koncentrationen på den svenska elmarknaden - Konkurrensverkets fel?	19
4.1	Inledning och avgränsning	19
4.2	Konkurrensverkets möjligheter att ingripa mot en koncentration.....	19
4.3	Konkurrenstestet	20
4.4	Successiva förvärv	25
4.5	Ensam eller kollektiv dominerande ställning.....	27
4.6	Slutsats	30
	Referenser.....	33

1 Sammanfattning

Den svenska elproduktionen och elhandeln konkurrensutsattes den 1 januari 1996. Under de närmast efterföljande åren mottog Konkurrensverket över fyrtio koncentrationsanmälningar från "de tre stora" på elmarknaden. De tre stora är idag Vattenfall, E.ON och Fortum. Alla dessa anmälningar lämnades utan åtgärd av Konkurrensverket.

I kapitel 3 listas och kommenteras samtliga aktuella förvärv kortfattat. Vattenfall gjorde sexton anmälningar, E.ON/Sydkraft/Båkab tolv och Fortum/Birka Energi/Gullspång Kraft tretton.¹ De flesta målbolag hade en marknadsandel under 1 procent; i flera fall under 1 promille. I närmare trettio av anmälningarna var det kommuner som sålde ut sina elhandelsbolag. Motivet för kommunerna att sälja var att kommunfullmäktige inte ansåg att det tillhörde kommunal verksamhet att bedriva elhandel på en konkurrensutsatt marknad. I de flesta fall hade också säljande kommuner dålig ekonomi. Försäljningen var i de fallen ett sätt för kommunen att få in pengar.

I kapitel 4 analyseras om Konkurrensverket kunde ha ingripit mot några av anmälningarna. För att Konkurrensverket ska kunna föra talan mot en koncentration föreskriver 34 a § konkurrenslagen (1993:20) ("KL") dels att en dominerande ställning måste skapas eller förstärks, dels att effektiv konkurrens måste väsentligen hämmas. Dessa är rekvisit är kumulativa, det vill säga båda måste vara uppfyllda. Kraven är som synes höga, vilket är ett uttryck för lagstiftarens intentioner med koncentrationskontroll. Lagstiftaren ser uppenbarligen generellt positivt på fusioner. Endast i undantagsfall bör två företag förbjudas att samgå.

Min analys tar sin början i det andra kriteriet i 34 a § KL, väsentlighetskriteriet, eller konkurrenstestet som det också kallas. Den tar sin början där därför att det är det avgörande rekvisitet avseende anmälningarna på elmarknaden. För att Konkurrensverket ska kunna ingripa mot en koncentration måste effektiv konkurrens *väsentligen* hämmas. Att köpa en företag med mindre än 1 procent av marknaden kan i princip inte väsentligen hämma effektiv konkurrens. Några förvärv med något större marknadsandelar anmäldes dock. De tre största, som jag valt att kommentera lite mer i detalj, var köpet av Uppsala Energi och bildandet av Plusenergi på elhandelsmarknaden samt köpet av Stora Ensos krafttillgångar på produktionsmarknaden. I dessa anmälningar var målbolagens marknadsandelar något större, från 1,8 procent till 4 procent. Inte heller dessa förvärv kunde emellertid väsentligen hämma effektiv konkurrens.

¹ E.ON och Fortum har också anmält ett antal förvärv med påverkan på den svenska marknaden till Kommissionen. Dessa nämns kort nedan i avsnitten 3.3 och 3.4.

I förarbeterna till KL står att även små förvärv kan väsentligen hämma effektiv konkurrens. Det ska då röra sig om företag med stor tillväxtpotential eller företag som gjort sig kända för bryta mot en oligopolmarknads "regler," så kallade "maverick firms." Jag menar dock att inget talar för att de bolag som köptes av Vattenfall, E.ON och Fortum hade speciellt stor tillväxtpotential eller var "mavericks." En kommunal elhandlare med en ägare som inte är intresserad av att bedriva verksamhet eller har dålig ekonomi är ingen "maverick" och får presumeras ha liten tillväxtpotential. Vidare fick många av de bolag som uppköptes innan förvärvet sin el levererad från Vattenfall, E.ON eller Fortum. De var med andra ord inte så kallade oberoende elhandlare. För att ett förvärv på elhandelsmarknaden ska anses väsentligen hämma effektiv konkurrens torde krävas att målbolaget är en av de större oberoende elhandlarna som handlar all sin el på NordPool.

Jag menar vidare att det faktum att Vattenfall, E.ON och Fortum gjorde så många förvärv inte är ett självständigt skäl att ingripa från myndighetens sida. I avsnittet om successiva förvärv behandlas detta. Varje koncentration måste få en individuell väsentlighetsbedömning. Att tidigare liknande förvärv gjorts får ingen annan betydelse än att dessa givetvis påverkat den marknad som ska bedömas. Men om det enskilda förvärvet inte väsentligen hämmar effektiv konkurrens är det oväsentligt att anmälade företag tidigare gjort flera liknande förvärv.

Om det förvärv som avses i en anmälan inte uppfyller konkurrenstestet finns ingen möjlighet att ingripa mot koncentrationen. Frågan om en dominerande ställning skapas eller förstärks har då ingen betydelse. Trots detta diskuterar jag fråga om dominans på elmarknaden i avsnittet 3.4. Syftet är inte att ta ställning utan att åskådliggöra att även om några av koncentrationsanmälningarna som inkom efter 1996 hade väsentligen hämmat effektiv konkurrens så är det långt ifrån säkert att Konkurrensverket kunde ha ingripit.

Beträffande dominerande ställning måste först konstateras att E.ON och Fortum under hela perioden från 1996 fram till idag har haft marknadsandelar lång understigande vad som normalt kan klassas som dominerande ställning. Detta gäller både produktion och elhandel. Vattenfall däremot är mycket starkt när det gäller elproduktion. Den marknaden anser emellertid vara större än Sverige och ju större den geografiska marknaden är, desto mindre blir givetvis Vattenfalls marknadsandel. Företaget har förvisso produktion även i Danmark, men på en nordisk marknad är Vattenfall klart mindre än på en svensk.

När det gäller elhandel till slutkund, den marknad där överlapp förelåg i de flesta anmälningarna, hade Vattenfall 1996 under 20 procent av marknaden. Den siffran har stigit sedan dess, men än i dag är det tveksamt om Vattenfall kan anses dominerande på slutkundsmarknaden.

Även flera företag kan gemensamt vara dominerande, så kallad kollektiv dominans. Om Vattenfall, E.ON och Fortum var kollektivt dominerande skulle Konkurrensverket ha kunnat ingripa mot förvärv som alla tre gjorde, förutsatt

givetvis att effektiv konkurrens väsentligen hämmades. Jag tar inte ställning i frågan, men kan konstatera att bevisbördan för konkurrensmyndigheter i EU är hög när det gäller kollektiv dominans. Förstainstansrätten fastslog detta i *Airtours*, ett fall från 2002 där domstolen underkände Kommissionens blockering av ett förvärv där de stora aktörerna på den brittiska chartermarknaden gick från fyra till tre. Om kollektiv dominans specifikt på den svenska elmarknaden kan vidare sägas att Kommissionen prövade frågan i Sydkrafts förvärv av Graninge. Där kom Kommissionen fram till att produktionsmarknaden är större än Sverige och att kollektiv dominans därmed faller. Beträffande den nationella slutkundsmarknaden menade Kommissionen att det finns många elhandlare i Sverige och att inträdesbarriärerna är små. Det talade emot att det förelåg kollektiv dominans. Man behöver inte hålla med Kommissionen i alla slutsatser i *Sydkraft/Graninge*, men man måste i vart fall konstatera att det är högt ställda krav på en konkurrensmyndighet för att styrka kollektiv dominans.

Sammanfattningsvis menar jag således att Konkurrensverket inte hade möjlighet att ingripa mot något av de förvärv som Vattenfall, E.ON och Fortum gjorde efter att elmarknaden konkurrensutsattes 1996. Detta därför att myndigheten har att tillämpa gällande lagstiftning och denna är utformad så att den absoluta majoriteten av koncentrationsanmälningar ska släppas igenom. Endast i undantagsfall kan Konkurrensverket ingripa. Något sådant undantagsfall förelåg inte i koncentrationsanmälningarna på elmarknaden.

2 Inledning och syfte

Det här är en rapport om de koncentrationsanmälningar som inkom till Konkurrensverket från "de tre stora" på elmarknaden efter att marknaden konkurrensutsattes 1996. De tre stora är Vattenfall, E.ON och Fortum.

Syftet är att tydligt åskådliggöra vad det var som egentligen hände, hur många anmälningar det rörde sig om och vilken typ av förvärv det var. Det har riktats kritik mot Konkurrensverket för den koncentration som idag råder på elmarknaden. I ljuset av detta är syftet också att utröna huruvida Konkurrensverket handlade rätt som släppte igenom alla förvärv eller om det hade varit möjligt att ingripa mot några av dem.

Först följer en sammanfattning av alla de förvärv som avses. Därefter följer analysdelen där frågan om Konkurrensverket är att skylla för dagens koncentration behandlas.

3 Koncentrationsanmälningar på elmarknaden sedan 1996

3.1 Inledning och avgränsning

I det här kapitlet görs en sammanfattning av de koncentrationsanmälningar som Konkurrensverket tagit emot sedan 1996 från de tre stora på elmarknaden. Året 1996 är valt med anledning av att elproduktion och elhandel konkurrensutsattes den 1 januari det året. De tre är idag Vattenfall, E.ON och Fortum. Några relevanta förvärv anmäldes även till Kommissionen. Dessa nämns bara kort utan att kommenteras.

För varje företag görs en sammanfattning av vilka förvärv som gjordes, vilka marknader som berördes och vem som var säljare. I slutet av varje avsnitt görs en sammanfattning av respektive företags koncentrationer och vad högsta och lägsta marknadsandel som de uppköpta företagen hade. Genomgående gäller att marknadsandelarna som anges avser Sverige, men som kommer att visa sig så anses produktionsmarknaden vara större än så.

3.2 Vattenfalls koncentrationsanmälningar

Vattenfall har gjort följande koncentrationsanmälningar sedan 1996.

Dnr. 392/96, Vattenfall Finspång Elnät AB och AB Finspång Energi / Hällestad Elförening Ek. för. och Hällestads Energi AB.

De förvärvande parterna var båda helägda dotterbolag till Vattenfall AB. Hällestad Energi AB var ett helägt dotterbolag till Hällestad Elförening, som i sin tur ägdes av 1589 andelsägare. De relevanta produktmarknaderna var nätverksamhet och handel med el. Efter förvärvet skulle elhandeln ingå i AB Finspång Energi och nätverksamheten i Vattenfall Finspång.

Dnr. 505/96, Vattenfall AB / Lerum Energi AB

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av 89,5 procent av aktierna i Lerum Energi från Lerum kommun. Vattenfall ägde sedan tidigare 10,5 procent av aktierna. Produktmarknaden var handel med el.

Dnr. 681/96, Vattenfall AB / Nyköping Energi AB

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av Nyköping Energi från Nyköping kommun, Trosa kommun och Gnesta kommun. De relevanta marknaderna var produktion av och handel med el samt nätverksamhet.

Dnr. 4/97, Vattenfall AB / Norbergs Elnät AB

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av Norbergs Elnät från Norbergs kommun. Produktmarknaderna var nätverksamhet och elhandel. Vattenfall ägde sedan tidigare 50 procent av aktierna i Norbergs Elnät; affären innebar att övriga 50 procent förvärvades.

Dnr. 439/97, Vattenfall AB / Forsaströms Kraftaktiebolag

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av Forsaströms Kraftaktiebolag från en rad säljare bestående av fysiska personer samt bolag och stiftelser kontrollerade av de fysiska personerna. Forsaströms med dotterbolag var verksamma inom elproduktion, elhandel och nätverksamhet.

Dnr. 1129/97, Vattenfall AB / Flens Energinät AB

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av 99,74 procent av aktierna i Flens Energinät från Flens kommun. Målbolaget, med dotterbolag, var verksamma inom handel med el samt nätverksamhet.

Dnr. 18/1998, Vattenfall AB / Nacka Energi Marknad AB

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av Nacka Energi Marknad från AB Nackahem, som i sin tur ägdes av Nacka kommun. Produktmarknaden var handel med el.

Dnr. 366/1998, Vattenfall AB / AB Ryssa Elverk

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av 60 procent av aktierna i Ryssa Elverk genom ett offentligt erbjudande till aktieägarna. Ryssa Elverk bedrev nätverksamhet i två koncessionsområden i Dalarna. Dotterbolaget Ryssa Energi AB förvaltade Ryssakoncernens intressen i Spjutmå Kraft AB (30 procent) och Dala Kraft AB (39,6 procent). Dessa bolag bedrev huvudsakligen elhandel. Vattenfall fick genom förvärvet av Ryssa Elverk inte bestämmande inflytande över Spjutmå och Dala Kraft.

Dnr. 658/1998, Vattenfall AB / Gestrikekraft AB

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av 40 procent av aktierna i Gestrikekraft från Hofors kommun, Gävle Energi AB (ägdes av Gävle kommun) samt Sandviken Energi AB (ägdes av Sandvikens kommun). Resterande 60 procent stannade hos de tre säljarna. Trots detta ansågs Vattenfall få ett bestämmande inflytande, varför förvärvet var anmälningspliktigt.² Gestrikekraft var ett renodlat elhandelsbolag som sålde elkraft i de tre kommunerna.

² Det kan noteras att genom utnyttjande av de optionsregler som fanns i aktieöverlåtelseavtalet med Vattenfall beslöt de tre kommunerna att överlåta resterande 60 procent i Gestrikekraft per den 1 januari 1999. 2001 bytte Gestrikekraft slutligen namn till Vattenfall.

Dnr. 858/1998, Vattenfall AB / Östra Roslags Elverk AB

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av Östra Roslags Elverk genom ett offentligt bud till aktieägarna. Östra Roslags Elverk bedrev nätverksamhet inom sitt koncessionsområde. Bolaget hade ett dotterbolag, Östra Roslags Elförsäljning AB, som bedrev elhandel inom koncessionsområdet.

Dnr. 17/1999, Vattenfall AB / Säffle Kommuns Förvaltnings AB

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av Säffle Kommuns Förvaltning från Säffle kommun. Målbolaget var moderbolag i en koncern där dotterbolagen var Säffle Elverk AB och Säffle Energi AB. Säffle Elverk bedrev nätverksamhet och Säffle Energi produktion av och handel med el.

Dnr. 347/1999, Vattenfall AB / Göteborg Energi AB / VG Energi AB (JV)

Anmälan avsåg bildandet av ett joint venture mellan Vattenfall och Göteborg Energi. De skulle äga 50 procent vardera i det gemensamma bolaget, som snart fick namnet Plusenergi AB. Göteborg Energi var ett helägt dotterbolag till Göteborg Kommunala Förvaltnings AB som i sin tur ägdes av Göteborgs kommun. Den relevanta produktmarknaden för Plusenergi var handel med el till slutkunder. Vattenfall och Göteborg Energi skulle i princip upphöra att aktivt sälja el i den aktuella regionen; all sådan aktivitet skulle gå via Plusenergi.

Dnr. 466/1999, Vattenfall AB / Murgrönan och Yxan AB

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av Murgrönan och Yxan från Botkyrka och Salems kommuner. Murgrönan förvaltade kommunernas ägarandelar i Energi-bolaget i Botkyrka-Salem AB, som bedrev nätverksamhet, och Energibolaget i Botkyrka-Salem Försäljning AB, som bedrev handel med el.

Dnr. 966/1999, Vattenfall AB / Fagersta Energi AB

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av 20,2 procent av aktierna i Fagersta Energi från Fagersta kommun. Genom denna transaktion fick Vattenfall bestämmande inflytande i Fagersta Energi eftersom man sedan tidigare ägde 35 procent av aktierna. Fagersta Energi med dotterbolag var verksamt på marknaderna för handel med el samt nätverksamhet.

Dnr. 1/2000, Vattenfall / Sydkraft (Ringhals/Barsebäck)

Den här anmälan hade sitt ursprung i det politiska beslutet att stänga Barsebäck 1. Kärnkraftverket i Barsebäck var genom dotterbolagen Barsebäck Kraft AB och Sydsvenska Värmekraftaktiebolaget ("SVKAB") helägt av Sydkraft. Den till anmälan bakomliggande transaktionen gick ut på att kompensera Sydkraft för förlusten av ena reaktorn i Barsebäck. Istället skulle Sydkraft få delägarskap i

Ringshals kärnkraftverk, vilket genom Ringhals AB var ett helägt dotterbolag till Vattenfall.

Anmälan fick konstruktionen att Sydkraft och Vattenfall anmälde Ringhals AB:s förvärv av Barsebäck Kraft AB från SVKAB, samt SVKAB:s förvärv av aktier (25,8 procent) i Ringhals AB. Resultatet blev således samägande i Barsebäck 2 och samtliga Ringhals-reaktorer mellan Sydkraft och Vattenfall.

Dnr. 644/2000, Vattenfall AB / Startskottet U 940 AB ("Uppsala Energi")

Anmälan avsåg Vattenfalls förvärv av Uppsala Energi från Uppsala kommun. Uppsala Energi-koncernen var verksam på marknaderna för handel med el och nätverksamhet. Bolaget hade också en mycket marginell elproduktion.

Dnr. 1145/2001, Plusenergi AB / Lagrummet December 789 AB ("Borås Elhandel AB")

Anmälan avsåg Plusenergis förvärv av Borås Elhandel från Borås kommun. Plusenergi är det joint venture som bildades av Vattenfall och Göteborg Energi i dnr. 347/1999 ovan. Vattenfall ägde följaktligen 50 procent av Plusenergi. Plusenergi var verksam med elhandel mot slutkunder. Borås Energi var verksam med både elproduktion och handel med el, men endast elhandelsdelen ingick i förvärvet.

Sammanfattning

Uppräkningen ovan ger att Vattenfall har gjort sexton anmälningar på den svenska elmarknaden sedan 1996, anmälan i spåren efter barsebäcksuppgörelsen borträknad.³ Av dessa sexton förelåg överlapp med Vattenfall på produktionsmarknaden i tre av anmälningarna. I dessa tre anmälningar hade målbolagen mellan 0,08 procent och 0,5 procent av marknaden. Överlapp på elhandelsmarknaden förelåg i femton av anmälningarna.⁴ Målbolagens marknadsandelar på marknaden varierade här mellan under 1 promille och 1,8 procent. Till det kan läggas att Plusenergi, det joint venture som bildades i dnr. 347/1999 mellan Vattenfall och Göteborg Energi, skulle få 6 procent av elhandelsmarknaden.

Uppräkningen visar också att tolv av förvärven gjordes med kommuner som säljare, Plusenergi medräknat. I tre av anmälningarna hade Vattenfall redan ägande i målbolaget.

³ Anmälan i spåren av barsebäcksuppgörelsen var en följd av att Sydkraft skulle kompenseras för det politiska beslutet att lägga ner Barsebäck 1. Sydkraft fick delägande i Ringhals, som tidigare varit helägt av Vattenfall. Eftersom det inte var fråga om en koncentration av marknaden i den bemärkelsen som i övriga anmälningar kommenteras inte barsebäcksuppgörelsen vidare här.

⁴ I dnr. 366/98, Ryssa Elverk, ingick endast nätkoncession i affären.

3.3 E.ON/Sydkrafts koncentrationsanmälningar

Nedan följer de anmälningar som företagen som idag är E.ON gjorde till Konkurrensverket efter 1996 med relevans för elmarknaden. Båkab var ett dotterbolag till Sydkraft, som i sin tur blev majoritetsägt av E.ON 2001.

Dnr. 14/96, Båkab Energi Nät AB / Skjöle Elektriska Distributionsförening

Anmälan avsåg Båkabs förvärv av Skjöles samtliga rörelsetillgångar hänförliga till eldistributionsverksamheten samt samtliga kundavtal. Skjöle bedrev eldistributionsverksamhet (nätverksamhet + handel med el).

Dnr. 15/96, Båkab Energi AB / Sundsvall Energi AB / Norrlands Energi AB (JV)

Anmälan avsåg Båkab och Sundsvall Energis sammanslagning av respektive försäljningsorganisationer i ett nytt gemensamt ägt bolag, Norrland Energi. Det gemensamma bolaget skulle vara verksamt med elhandel. Sundsvall Energi ägdes av Stadsbacken AB som ägdes av Sundsvalls kommun.

Dnr. 1326/96, Sydkraft AB / Örebro Energi AB

Anmälan avsåg Sydkrafts förvärv av Örebro Energi från Örebro kommun. Örebro var verksamt på marknaderna för produktion, distribution och handel med el.

Dnr. 37/97, Sydkraft AB / Ystad Energi Försäljning AB

Anmälan avsåg Sydkrafts förvärv av Ystad Energi Försäljning från Ystad Energi AB. Ystad Energi Försäljning var ett dotterbolag till Ystad Energi som i sin tur ägdes av Ystad kommun. Ystad Försäljning var verksamt på marknaden för handel med el.

Dnr. 601/1998, Sydkraft AB / Hässleholm Energi AB

Anmälan avsåg Sydkrafts förvärv av Hässleholm Energi från Hässleholm kommun. Hässleholm Energi, med dotterbolaget Hässleholm Elförsäljning AB, var verksamt på marknaderna för distribution och försäljning av el.

Dnr. 641/1998, Sydkraft AB / Västbo Kraft AB

Anmälan avsåg Sydkrafts förvärv av Västbo Kraft genom ett offentligt erbjudande till aktieägarna i Västbo Kraft. Sydkraft ägde sedan tidigare 43 procent av aktierna i Västbo och vid utgången av tiden för erbjudandet uppgick innehavet till 90,2 procent. Västbo med dotterbolag var verksam på marknaderna för distribution och handel med el.

Dnr. 781/1998, Båkab Energi AB / Norrlands Energi Försäljning AB

Anmälan avsåg Båkabs förvärv av Sundsvall Energi AB:s andel i Norrlands Energi Försäljning. Norrland Energi var ett joint venture mellan Båkab och Sundsvall Energi.⁵ I och med det aktuella förvärvet blev Norrland Energi således ett helägt dotterbolag till Båkab. Målbolaget sysslade enbart med elhandel.

Dnr. 572/1999, Sydkraft AB / Norrköping Miljö och Energi AB

Anmälan avsåg Sydkrafts förvärv av 49 procent av aktierna i Norrköping Miljö och Energi från Norrköping kommun. I samband med överlåtelseavtalet undertecknades också ett konsortieavtal som gav Sydkraft vetorätt i de frågor som var av vikt för att bestämmande inflytande skulle anses föreligga. Förvärvet var följaktligen anmälningspliktigt. De relevanta marknaderna i förvärvet var distribution och handel med el.

Dnr. 1/2000, Vattenfall AB / Sydkraft AB (Ringhals/Barsebäck)

Se ovan.

Dnr. 1004/2000, Sydkraft AB / Norrköping Miljö och Energi AB

Anmälan avsåg Sydkrafts förvärv av 51 procent av aktierna i Norrköping Miljö och Energi från Norrköpings kommun. Sydkraft ägde sedan tidigare 49 procent av aktierna, se ovan, och Norrköping Miljö och Energi blev således ett helägt dotterbolag till Sydkraft.

Dnr. 145/2001, Sydkraft AB / Nora Kommunföretag AB

Anmälan avsåg Sydkrafts förvärv av Nora Kommunföretag från Nora kommun. Nora Kommunföretag med dotterbolag var verksamma med elproduktion, distribution och handel med el.

Dnr. 384/2001, Sydkraft AB / Uppsala Energi Holding AB & Vattenfall Östsvrige AB

Anmälan avsåg vissa av de förvärv som Sydkraft gjorde med Vattenfall. I korta drag innebar bytesaffären att Sydkraft överlät sina aktier i tyska HEW till Vattenfall⁶ mot att Vattenfall överlät vissa aktier och rörelse till Sydkraft. Därtill betalade Vattenfall Sydkraft en engångssumma. De transaktioner som omfattades av anmälningsplikten enligt KL var Sydkrafts förvärv av ett antal elnåtsområden som Vattenfall kontrollerade samt de vattenkraftverk som tillhörde Vattenfalls dotterbolag Forsaströms Kraft AB. Elnätverksamheten lades för transaktionen in i Vattenfalls dotterbolag Uppsala Energi Holding och vattenkraftverken i ett annat

⁵ Se beslut dnr. 15/96 ovan.

⁶ Vattenfalls förvärv av aktierna i HEW prövades av Kommissionen, COMP/M.2414 –Vattenfall / HEW.

dotterbolag, Vattenfall Östsverige. Dessa bolag var sedermera målbolag i Sydkrafts anmälan.

Dnr. 593/2001, Sydkraft AB / Kungsbacka Energi AB

Anmälan avsåg Sydkrafts förvärv av Kungsbacka Energi från Kungsbacka kommun. Målbolagets omsättning understeg 100 miljoner kronor varför anmälan var frivillig. Kungsbacka Energi med dotterbolag bedrev elnätverksamhet och handel med el.

Sammanfattning

E.ON/Sydkraft/Båkab har sedan 1996 gjort tolv för den här rapporten relevanta koncentrationsanmälningar.⁷ Överlapp med målbolaget på produktionsmarknaden förelåg i tre av anmälningarna. Två av företagen hade marknadsandelar långt under 1 promille och i dnr. 384/2001 motsvarade den kraftproduktion som bytte ägare 0,07 procent. När det gäller handel med el förelåg överlapp i elva av anmälningarna. Här varierade målbolagens marknadsandelar mellan 0,02 procent och 1 procent.

I nio av E.ON/Sydkrafts förvärv på elmarknaden var kommuner säljare. I tre av anmälningarna hade anmälande företag redan ägande i målbolaget.

Det kan slutligen noteras att E.ON även gjort två på den svenska elmarknaden relevanta förvärv till Kommissionen: *E.ON/Sydkraft 2001*⁸ och *Sydkraft/Gräninge 2003*.⁹

3.4 Fortum/Birka Energis koncentrationsanmälningar

Nedan följer de koncentrationsanmälningar som dagens Fortum har gjort till Konkurrensverket. Gullspång Kraft blev 1996 ett dotterbolag till finska IVO, som då var föregångare till dagens Fortum. Stockholm Energi/Birka Energi köptes senare upp av IVO och Fortum.

Dnr. 848/96, Gullspång Kraft AB / SEV Holding AB

Anmälan avsåg Gullspångs Krafts förvärv av SEV Holding från Scandinavian Incentive Holding BV. SEV Holding bedrev ingen verksamhet men hade dotterbolag som var verksamma på marknaderna för elproduktion, nätverksamhet och handel med el. SEV-gruppen ägdes av Incentive AB, ett börsnoterat företag med spritt ägande.

⁷ Barsebäcksuppgörelsen återigen borträknad.

⁸ COMP/M.2349 – *E.ON / Sydkraft*.

⁹ COMP/M.3268 – *Sydkraft / Gräninge*.

Dnr. 393/97, Gullspång Kraft AB / Ljusnarsbergs Energi AB

Anmälan avsåg Gullspångs förvärv av Ljusnarsbergs Energi från Ljusnarsbergs kommun. Ljusnarsberg Energi med dotterbolag var verksamma på marknaderna för elproduktion, nätverksamhet samt handel med el.

Dnr. 558/97, Gullspång Kraft AB / Katrineholm Energi AB

Anmälan avsåg Gullspångs förvärv av 49 procent av aktierna i Katrineholm Energi från Katrineholm kommun. Kommunen behöll 51 procent av aktierna. I samband med förvärvet tecknades ett aktieägaravtal som innebar att Gullspång och kommunen fick gemensamt bestämmande inflytande över målbolaget. Förvärvet ansågs därför anmälningspliktigt. De aktuella marknaderna var nätverksamhet och genom dotterbolaget Katrineholm Elförsäljning AB även handel med el.

Dnr. 662/97, Gullspång Kraft AB / Tivedsenergi AB

Anmälan avsåg Gullspångs förvärv av 60 procent av aktierna i Tivedsenergi från Laxå kommun. Målbolaget bedrev elproduktion, nätverksamhet och handel med el.

Dnr. 429/1998, Stockholm Energi AB / Täby Energi Nät AB

Förvärvet avsåg Stockholm Energis förvärv av 98,3 procent av aktierna i Täby Energi från Täby kommun. Stockholm Energi ägdes av Stadshuset AB (90,85 procent) och Stockholms stad (8,99 procent, Ekerö Energi AB ägde de sista 0,16 procent). Stadshuset var helägt av Stockholms stad. Anmälan är medtagen här därför att Stadshuset kort efter den här transaktionen blev Birka Energi, se nedan. Täby Energi Nät med dotterbolag var verksamma på marknaderna för nätverksamhet och handel med el.

Dnr. 717/1998, IVO Energi AB / Karlskoga Energi och Miljö AB

Anmälan avsåg IVO Energis förvärv av 49 procent av aktierna i Karlskoga Energi och Miljö AB från Karlskoga kommun. Kommunen behöll 51 procent av aktierna men p.g.a. aktieägaravtalets utformning ansågs IVO få gemensamt bestämmande inflytande varför förvärvet var anmälningspliktigt. IVO Energi AB var ett helägt dotterbolag till statliga finska IVO Oy. IVO AB hade vid den här tidpunkten förvärvat samtliga aktier i Gullspång Kraft AB. Vidare hade IVO genomfört diverse transaktioner med Stockholm stad som resulterade i att IVO och Stockholms Stadshus AB ägde 50 procent var av aktierna i Birka Kraft AB som i sin tur ägde 100 procent av aktierna i Stockholm Energi AB och Gullspång Kraft AB. Den transaktionen anmäldes till Kommissionen, se nedan. Karlskoga Energi och Miljö var verksamt på marknaderna för produktion av el, nätverksamhet samt handel med el.

Dnr. 934/1998, Birka Energi AB / Lidingö Energi AB

Anmälan avsåg Birka Energis förvärv av Lidingö Energi från Lidingö stad. Lidingö Energi var verksamt med nätverksamhet och genom dotterbolaget Lidingö Energi Försäljning AB även handel med el. Lidingö ägde emellertid bara 50 procent av försäljningsbolaget. Resterande 50 procent ägdes av Båkab, ett bolag i Sydkraft-koncernen. Den aktuella anmälan innebar med andra ord att landets tvåa och trea på elmarknaden skulle gemensamt äga Lidingö Energi Försäljning, vilket Konkurrensverket påpekade innebar att ägarna till företaget skulle ha en marknadsandel om 40 procent.¹⁰

Dnr. 496/1999, Birka Energi AB / Ekerö Energi AB

Anmälan avsåg Birka Energis tänkta förvärv av Ekerö Energi genom ett riktat offentligt bud till samtliga aktieägare. Sedan tidigare hade Birka 39,9 procent av aktierna. Ekerö Energi med dotterbolag var verksamt med nätverksamhet och handel med el.

Dnr. 375/2000, Birka Värme AB / Brista Kraft AB & Sigtuna-Väsby Fastighets AB

Anmälan avsåg Birka Värmes förvärv av 50 procent av aktierna i Brista Kraft och Sigtuna-Väsby Fastighet från Upplands Väsby kommun. Brista Kraft bedrev produktion och handel med el i Sigtuna och Upplands Väsby kommuner. Birka Värmes moderbolag, Birka Energi, ägde genom Sigtuna Energi AB resterande 50 procent i Brista Kraft. Bolaget blev således ett helägt dotterbolag i Birkagruppen. Sigtuna-Väsby Fastighets ägde den fastighet på vilken Brista Krafts värmekraftverk stod. Sedan tidigare ägde Birka Energi 50 procent i Sigtuna-Väsby varför även detta bolag blev ett helägt dotterbolag i Birkagruppen. Birkagruppens ena ägare, IVO Energi AB, hade nu bytt namn till Fortum Power and Heat AB, som var dotterbolag till Fortum Oyj.

Dnr. 376/2000, Birka Energi AB / Sigtuna Energi AB & Sigtuna-Väsby Fastighets AB

Anmälan hade samband med den ovan. Här avsågs Birka Energis förvärv av Sigtuna Energi och 50 procent av aktierna i Sigtuna-Väsby Fastighets AB från Sigtuna kommun. Sigtuna Energi med dotterbolag var verksamma med elproduktion (genom Brista Kraft, se ovan), handel med el samt nätverksamhet.

Dnr. 380/2000, Birka Energi AB / Energy Securities Europe AB

Anmälan avsåg Birka Energis förvärv av Energy Securities Europe (Ensec) från Hedmark Energi AB (11,3 procent), Fortum Power and Heat Oy (18,8 procent), Trondheim Energiverk AS (21,1 procent) och Akershus Kraft AS (11,3 procent).

¹⁰ I juni 1999 löstes situationen genom att Sydkraft och Birka genomförde en bytesaffär där Sydkraft blev ägare till hela Östernärkes Kraftförsäljning AB och Birka övertog Sydkrafts andel i Lidingö Energi Försäljning.

Birka hade sedan tidigare 28,5 procent av aktierna erhölet efter förvärvet 91 procent av aktierna. Ensec var verksamt på marknaden för handel med el samt riskhantering, det vill säga handel med finansiella instrument på bl.a. NordPool.

Dnr. 438/2000, Fortum Power and Heat AB / Stora Enso Energy AB & Kopparkraft Intressenter AB – Birka Nät AB / Stora Enso Kraftnät AB

Anmälan avsåg Fortum Power and Heats förvärv av Stora Enso Energy och Kopparkraft Intressenter samt Birka Nätets förvärv av tillgångar från Stora Enso Kraftnät. Förvärvet innebar att Fortum och dotterbolag till Fortum övertog delar av Stora Ensos krafttillgångar från Stora Enso och dess dotterbolag Stora Kopparbergs Bergslags AB och Stora Enso Kraftnät AB. Krafttillgångarna i fråga var belägna i Sverige och Finland. Relevanta marknader var i första hand elproduktion men även viss nätverksamhet och försäljning verkar ha ingått i transaktionen.

Dnr. 505/2001, Birka Nät AB / Ryssa Elverk AB

Anmälan avsåg Birka Nätets förvärv av 62,8 procent av aktierna i Ryssa Elverk från Vattenfall.¹¹ Sedan tidigare ägde Birkagruppen 37,2 procent av aktierna. I samband med affären förvärvade Vattenfall Sveanät AB kontroll över AB Källströmmen från Birka Värme AB. Den sistnämnda transaktionen var inte anmälningspliktig enligt KL. Ryssa Elverk bedrev nätverksamhet inom sina koncessionsområden samt även småskalig elproduktion.

Sammanfattning

Det som idag är Fortum har gjort tretton för den här rapporten relevanta koncentrationsanmälningar till Konkurrensverket sedan 1996. I åtta av dessa förelåg överlapp på produktionsmarknaden. Målbolagens andelar där varierade från under 1 promille till 4 procent av marknaden. På elhandelssidan förelåg överlapp i elva av anmälningarna. Målbolagens marknadsandelar varierade där mellan under 1 promille och 3 procent.

Åtta av Fortums förvärv gjordes med kommuner som säljare. I fem av dem hade bolaget redan före anmälan ägande i målbolagen.

Fortum har även gjort två för den svenska marknaden relevanta anmälningar till Kommissionen: *IVO/Stockholm Energi* 1998¹² och *Fortum/Birka Energi* 2002.¹³

¹¹ Vattenfalls förvärv av Ryssa några år tidigare anmäldes till Konkurrensverket, se ovan dnr. 366/1998.

¹² IV/M.1231 – *IVO / Stockholm Energi*.

¹³ COMP/M.2659 – *Fortum / Birka Energi*.

4 Koncentrationen på den svenska elmarknaden - Konkurrensverkets fel?

4.1 Inledning och avgränsning

I debatten om de höga elpriserna har det riktats kritik mot Konkurrensverket för att verket släppte igenom alla de koncentrationsanmälningar som inkom från de stora energikoncernerna sedan 1996. Det har antytts att Konkurrensverket är medskyldigt till dagens koncentration på elmarknaden. I det här kapitlet behandlas frågan om Konkurrensverket kunde ha ingripit mot någon av anmälningarna. Hade det med koncentrationskontroll gått att undvika dagens koncentration?

Bakgrunden till ovan nämnda kritik mot Konkurrensverket är de dryga fyrtio koncentrationsanmälningar beskrivna i kapitel 3 som inkom till Konkurrensverket från Vattenfall, E.ON (Sydkraft/Båkab) och Fortum (Gullspång Kraft/Birka Energi) under åren 1996-2001. Av företagen själva beskrivs perioden som en naturlig expansionsfas. Förvärven gjordes i många fall "neråt" mot slutkunderna, så kallad vertikal integration. I de flesta fall var det kommunala energibolag som köptes.

Dispositionen är som följer. Först behandlas vilka möjligheter Konkurrensverket har att ingripa mot en koncentration och sedan undersöks om någon sådan möjlighet fanns i någon av de anmälningar som inkom från Vattenfall, Sydkraft/E.ON och Fortum sedan 1996.

Avgränsningen är de koncentrationsanmälningar som Konkurrensverket mottog från "de tre stora" på elmarknaden sedan 1996. Endast reglerna om företagskoncentrationer behandlas; således inte 6 och 19 §§ KL.

4.2 Konkurrensverkets möjligheter att ingripa mot en koncentration

34 a § KL föreskriver att Stockholms tingsrätt får, på talan av Konkurrensverket, förbjuda en anmäld företagskoncentration om denna "skapar eller förstärker en dominerande ställning som väsentligt hämmar eller är ägnad att väsentligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens inom landet i dess helhet eller en avsevärd del av det." Det är Konkurrensverket som har att styrka att en koncentration uppfyller kraven i 34 a § KL och agerar kärande i processen vid Stockholms tingsrätt.

För att avgöra om ett företag har en dominerande ställning är det viktigt att definiera relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad. Beträffande elmarknaden har de relevanta marknaderna varierat något genom åren. De första besluten från början av 1996 var längre resonerande beslut som fick betydelse vid senare anmälningar. Där definierade Konkurrensverket de relevanta

produktmarknaderna till produktion av el, nätverksamhet och handel med el.¹⁴ Den geografiska marknaden ansågs vara det område som koncessionen avsåg beträffande nätverksamhet, nordisk eller i vart fall större än svensk beträffande produktion och svensk beträffande handel med el.

När det gäller nätverksamheten kan sägas att den enligt lag inte får bedrivas i samma juridiska person som också bedriver produktion och/eller handel med el.¹⁵ Däremot finns det inget hinder mot att de olika juridiska personerna finns inom samma koncern. De vertikalt integrerade företagen har löst det så att produktion, nätverksamhet och elhandel bedrivs inom olika dotterföretag i samma koncern.

När ett nätföretag köps upp blir resultatet att ett lagligt monopol, koncessionen att bedriva nätverksamhet i ett specifikt nätområde, byter ägare. En monopolist byts ut mot en annan. Sådana uppköp har per definition inte ansetts kunna skapa eller förstärka en dominerande ställning eller hämma effektiv konkurrens i den relevanta marknaden eftersom någon konkurrens inte fanns före uppköpet. Nätverksamheten lämnas därför därhän i den fortsatta framställningen.

För att ingripa mot en koncentration måste således två kumulativa kriterier vara uppfyllda: en dominerande ställning måste skapas eller förstärkas och förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens måste väsentligt hämmas. Det betyder att även ett superdominerande företag med 95 procent av marknaden inte kan stoppas om uppköpet av ett annat företag inte *väsentligen* hämmar effektiv konkurrens. Min bedömning är att en självkritisk genomgång av Konkurrensverkets ansvar för dagens koncentration på elmarknaden bör ta sin början i väsentlighetskriteriet, eller konkurrenstestet som det också kallas.

4.3 Konkurrenstestet

Att effektiv konkurrens måste väsentligt hämmas för att Konkurrensverket ska kunna ingripa mot en koncentration är ett uttryck för lagstiftarens intentioner med koncentrationskontrollsinstitutet.¹⁶ Det sägs uttryckligen i förarbetena till 1993 års KL att blockering av en fusion är en "undantagsåtgärd."¹⁷ Detta är en naturlig utgångspunkt; endast i undantagsfall kan det anses lämpligt att förbjuda två privata rättssubjekt att göra affärer med varandra och samgå. Att koncentrationskontroll är just en kontroll och inget förbud behöver inte djupare diskuteras. Mot den bakgrunden kan man inledningsvis konstatera att möjligheterna att ingripa mot företagskoncentrationer är små.

¹⁴ Se t.ex. dnr. 848/96, *Gullspång Kraft AB / SEV Holding AB*.

¹⁵ 3 kap 1 a § ellagen (1997:857).

¹⁶ *Väsentligen* kan jämföras med *märkbart* i 6 § KL, prop 1992/93:56, s. 99.

¹⁷ Prop. 1992/93:56, s. 40.

Det faktum att de två rekvisiten i 34 a § KL är kumulativa gör att om det är uppenbart att effektiv konkurrens inte kommer att väsentligt hämmas, en utredning om huruvida dominerande ställning skapas eller förstärks blir onödig.

Nästa steg i den här framställningen blir att utvärdera huruvida det finns några anmälningar bland dem som inkom från Vattenfall, E.ON och Fortum sedan 1996 som kunde tänkas ha uppfyllt konkurrenstestet. I så fall går utredningen vidare till dominansfrågan.

Genomgången i kapitel 3 visar tydligt att de förvärv som gjordes på elmarknaden sedan 1996 till stora delar var bagatellfall. I dessa fall är det tämligen uppenbart att effektiv konkurrens inte väsentligen hämmades. Om man ändå gör ett försök att identifiera några anmälningar där konkurrenstestet kunde tänkas vara uppfyllt visar sammanfattningarna i kapitel 3 att de största affärerna som skedde på elhandelsmarknaden var Vattenfalls förvärv av Uppsala Energi¹⁸ och Vattenfall och Göteborgs Energis bildande av det gemensamma elhandelsföretaget Plusenergi.¹⁹ Det största på produktionssidan var Fortums förvärv av Stora Ensos krafttillgångar.²⁰ Dessa är de enda anmälningar som överhuvudtaget är meningsfulla att diskutera i ett konkurrenstestsperspektiv.

Uppsala Energi hade en andel om 1,8 procent på marknaden för försäljning av el till slutkund exklusive elhandelsbolag.²¹ Vattenfalls totala marknadsandel på slutkundsmarknaden var 37 procent, men överlapp förelåg bara på slutkundsmarknaden exklusive andra elhandelsbolag. På den marknaden hade Vattenfall 28 procent. Det var med andra ord mycket osäkert om Vattenfall kunde anses ha en dominerande ställning. Men låt oss anta att så var fallet, eller att Vattenfall tillsammans med Sydkraft och Birka, dagens E.ON och Fortum, hade en kollektiv dominerande ställning. Frågan är då om Konkurrensverket kunde ha gått emot Vattenfalls köp av Uppsala Energi därför att effektiv konkurrens väsentligt hämmades?

Instinktivt blir mitt svar nej. 1,8 procent är en för liten marknadsandel för att Konkurrensverket ska blockera förvärvet eller kräva åtaganden. Man kan visserligen inte bara se till marknadsandelar; även ett mindre målbolag kan, som framgår nedan, väsentligt hämma effektiv konkurrens. Men att ingripa mot ett förvärv är som sagt en undantagsåtgärd och när så sker bör det handla om större förvärv än i fallet med Uppsala Energi, om det inte går att visa att företaget hade

¹⁸ Dnr. 644/2000, *Vattenfall AB / Startskottet U 940 AB ("Uppsala Energi")*. Det målbolag med störst marknadsandel var förvisso SEV i dnr. 848/96, *Gullspång Kraft AB / SEV Holding AB*, med ca 3 procent. Men eftersom Gullspång endast hade ca 4 procent på elhandelsmarknaden förelåg ingen berörd marknad.

¹⁹ Dnr. 347/1999, *Vattenfall AB / Göteborgs Energi AB / VG Energi AB (JV)*.

²⁰ Dnr. 438/2000, *Fortum Power and Heat AB / Stora Enso Energy AB & Kopparkraft Intressenter AB – Birka Nät AB / Stora Enso Kraftnät AB*.

²¹ Det kan här nämnas att i de flesta anmälningar från 2000-2001 delades produktmarknaden "handel med el" upp i försäljning till slutkund exklusive elhandelsbolag och försäljning till andra elhandelsbolag.

stor tillväxt- och konkurrenspotential. Detta hänger också samman med Konkurrensverkets resurser, arbetsbörda och de snäva tidsramar som råder vid koncentrationskontroll. Man måste ifrågasätta lämpligheten, sett såväl ur myndighetens som parternas synvinkel, att försöka stoppa ett förvärv som det av Uppsala Energi. Det hade krävt en fas II-utredning med efterföljande process i tingsrätten, som med all sannolikhet hade underkänt ett yrkande om att blockera förvärvet.²²

Om Konkurrensverket hade försökt ingripa mot köpet av Uppsala Energi hade det varit en blockering som endast kunde ha förklarats av att samma anmälade företag tidigare gjort flera liknande förvärv, att Konkurrensverket plötsligt tyckte att "nu får det räcka." Såsom utvecklas nedan i avsnitten om successiva förvärv är det inte en legitim anledning att föra talan mot en koncentration.

Beträffande små marknadsandelar kan i det här sammanhanget nämnas att det tydligt framgår i förarbetena att även uppköp av små bolag kan väsentligt hämma konkurrens.²³ Det ska då röra sig om företag med stor tillväxtpotential som på sikt ska kunna bidra till en bättre konkurrenssituation. I Kommissionens riktlinjer för horisontella koncentrationer benämns mindre spelare med stor konkurrenspotential som tidigare gjort sig kända för att bryta mot "reglerna" på marknaden för "maverick firms."²⁴ Om några av förvärven på elmarknaden skulle ha stoppats därför att effektiv konkurrens väsentligen hämmades så hade det krävts att målbolagen var "maverick firms" eller att de hade stor tillväxtpotential.

Var Uppsala Energi eller något annat kommunalt elhandlarföretag som uppköptes "maverick firms" eller hade de stor tillväxtpotential? Det är svårt att ge ett definitivt svar på frågan, men generellt torde kunna sägas att för att en liten spelare på slutkundsmarknaden för el ska kunna anser utgöra en reell motkraft mot Vattenfall, E.ON och Fortum så ska företaget vara oberoende. Med oberoende menas här att det handlar all sin el på NordPool och inte köper den bilateralt från någon av kraftproducenterna. Om elhandlare köper sin el från en kraftproducent blir de i praktiken endast återförsäljare åt Vattenfall, E.ON eller Fortum och är därmed inga "mavericks." Uppsala Energi fick innan det blev uppköpt en stor del av sin el levererad från Vattenfall; resten inhandlades på NordPool. Generellt var det många av de bolag som uppköptes som innan förvärvet fick sin el levererad från det företag som sedan anmälde förvärvet.

²² Det hade i och för sig inte behövt gå så långt; mer eller mindre frivilliga åtaganden är ju också ett alternativ. Frågan är vilka åtaganden som hade kunnat bli aktuella i fallen där mindre elhandlarbolag köptes upp. Ett är måhända att målbolagets kundstock inte direkt går in i uppköpande företags stock, utan kunderna "erbjuds" att byta i någon form. När det gäller elmarknaden efter hösten 1999 går det emellertid inte att bortse från att kunderna när som helst kan byta med en månads varsel. I samband med uppköpen på elmarknaden så får man förmoda att målbolagens kunder i någon form blev informerade om att tidigare elleverantör byttes mot en ny, vilket var ett tillfälle att frivilligt byta elhandlare om så önskades.

²³ Prop. 1992/93:56, s. 99. Lagstiftaren har fortsatt betona detta i senare motivuttalanden, prop 1996/97:82, s. 10 f., prop 1998/99:144, s. 28.

²⁴ Kommissionens *Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer* [2004] EGT C 31/03, p. 42 (på svenska "ensamvargar").

Beträffande tillväxtpotential och kommunalägda elhandlare måste sägas att dessa historiskt haft sin egen kommun som kundområde och därmed inte kunde förväntas växa nämnvärt utanför närområdet. Telge Energi är ett uppenbart undantag från regeln, men det innebär inte att alla andra kommunägda elhandlare skulle ha växt till Telge Energis storhet om de inte köpts upp.

När det gäller kommunägda företag så måste också följande sägas. Många av de kommunala elhandelsbolag som köptes upp efter omregleringen 1996 såldes därför att kommunen inte ansåg att det ingick i kommunal verksamhet att bedriva elhandel på en konkurrensutsatt marknad. Ett elhandelsbolag med en kommunal ägare med den inställningen måste presumeras inte ha haft speciellt stor tillväxtpotential eller möjligheter att bli en "maverick."²⁵

Slutligen om små marknadsandelar bör följande klargörande göras. Utgångspunkten vid koncentrationskontroll är att det är en undantagsåtgärd att ingripa mot ett förvärv. I fråga om små marknadsandelar gäller givetvis att det är ännu mer av en undantagsåtgärd att ingripa mot ett sådant förvärv. Om inga omständigheter i en anmälan tydligt pekar mot att målbolaget är en "maverick" så ska inte Konkurrensverket ingripa.

Den andra koncentrationen på elhandelsmarknaden som involverade i vart fall inte oansenliga marknadsandelar var bildandet av Plusenergi, ett joint venture mellan Vattenfall och Göteborg Energi. Vattenfall hade 28 procent på slutkundsmarknaden, Göteborg Energi 3 procent och det gemensamma företaget skulle få 6 procent. Den här koncentrationen minskade i princip inte konkurrenstrycket överhuvudtaget. Plusenergi tog över samtliga Göteborg Energi och Vattenfalls slutkunder i västra Götaland och fick på så sätt en stor kundstock över en natt. Att ingen konkurrens egentligen minskade kommer av att Göteborg Energi innan bildandet av Plusenergi fick all sin el levererad av Vattenfall. Det avtalet övertog Plusenergi.²⁶ Det som koncentrationen i princip gick ut på var att istället för att Vattenfall och Göteborg Energi hade två separata elhandlarbolag i området, vilka båda fick sin el levererad från Vattenfall, så överflyttades verksamheten till ett nytt gemensamt ägt bolag. Visserligen kunde Göteborg Energi ha brutit leveransavtalet med Vattenfall och blivit en oberoende konkurrent, men så länge inget talade för att så var på väg att ske fanns ingen grund för att ingripa mot koncentrationen. Bildandet av Plusenergi hämmade inte väsentligt effektiv konkurrens i Sverige och kunde därför inte blockeras.

²⁵ I en rapport som Öhrlings PricewaterhouseCoopers gjorde till El- och naturgas-utredningen kan man läsa vidare om kommunernas motiv till utförsäljningarna. Intressant är att den stora majoriteten av de kommuner som sålde sina elhandlare hade dålig ekonomi; mycket sämre än den genomsnittliga kommunen. En annan intressant detalj är att det inte går att se någon röd tråd i vilket politiskt block som styrde kommunerna som sålde sin energiverksamhet. Det tyder på att en förändring i det politiska styret inte hade spelat någon roll; elhandlarbolagen kunde inte förväntas ha blivit "mavericks" efter nästa val, för att dra en lite långsökt slutsats. Se *Förändringarna i ägarstrukturerna på den svenska elmarknaden*, Öhrlings PricewaterhouseCoopers, rapport 2 i SOU 2004:129, s. 195 ff. i bilagedelen.

²⁶ Idag handlar emellertid Plusenergi, i enlighet med Vattenfalls nya policy, via NordPool.

På produktionsmarknaden var det största förvärvet som prövades av Konkurrensverket Fortums förvärv av Stora Ensos krafttillgångar. Fortum hade 14 procent i Sverige och Stora Enso 4 procent. Ett målbolag med 4 procent på en redan mycket koncentrerad marknad skulle möjligen kunna uppfylla väsentlighetsrekvisitet.²⁷ Inte heller det här förvärvet förefaller dock ha kunnat stoppas. Detta därför att produktionsmarknaden anses och ansågs vara större än Sverige. Fortum har en stark ställning även på en nordisk marknad. Stora Enso däremot, var betydligt mindre på en marknad större än Sverige. Den slutsatsen drog också Kommissionen när den prövade Sydkrafts förvärv av Graninge. Där kom Kommissionen fram till att produktionsmarknaden oftast är nordisk eller i vart fall större än Sverige. Därmed blir det svårare att dels uppfylla konkurrenstestet, dels styrka dominans.²⁸

Vad som också måste ha påverkat bedömningen av konkurrenstestet i den här anmälan var att Stora Enso framför allt producerade el för koncernintern förbrukning; endast en mindre del gick till handeln på NordPool. Genom försäljningen av produktionskapacitet till Fortum tvingades en stor kund in på slutkundsmarknaden. Det totala konkurrenstrycket ändrades egentligen bara genom att Fortum något stärktes i produktionsledet. Mot detta kan emellertid sägas att i samband med affären så slöts ett tvåårsavtal om elleveranser till Stora Enso, det vill säga skogsjätten gick inte ut som en ny obunden kund på slutkundsmarknaden.²⁹ Trots detta måste konstateras att Stora Ensos andel på en marknad större än Sverige var för liten för att effektiv konkurrens väsentligt skulle hämmas. Den här anmälan kommer att kort kommenteras även nedan i avsnittet om dominerande ställning.

Framställningen ovan har visat att Konkurrensverket inte hade möjlighet att ingripa mot de anmälningar som inkom från Vattenfall, E.ON och Fortum sedan 1996. Detta därför att förvärven i fråga uppenbart inte väsentligen hämmade förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens. Målbolagen hade för små marknadsandelar. I nio av tio fall var det kommunala elhandlare med en marknadsandel under 1 procent som köptes upp av de tre stora. Sådana förvärv kan och ska inte Konkurrensverket föra talan mot; det är en omöjlighet med dagens lagstiftning och motivuttalanden.³⁰

Sist om konkurrenstestet behandlas så kallade successiva förvärv för att utröna huruvida det begreppet påverkar väsentlighetsrekvisitet när flera uppköp görs av liknande karaktär.

²⁷ Under förutsättning att det hade gått att styrka kollektiv dominans. Fortums 14 procent innebar naturligtvis ingen dominerande ställning.

²⁸ COMP/M.3268 – *Sydkraft / Graninge*, p. 27 och 42.

²⁹ Se pressmeddelande från Fortum 2000-01-27, tillgängligt på www.fortum.com. Än idag är banden mellan företagen starka; två ledamöter av Stora Ensos styrelse sitter eller har suttit också i Fortums styrelse.

³⁰ Jfr. också Kommissionens beslut i IV/M.289 – *PEPSICO / KAS*, där Pepsi gick från 68 procent till 69 procent på en läskmarknad i Portugal. Ökningen ansågs marginell och effektiv konkurrens kunde inte bli "significantly impeded."

4.4 Successiva förvärv

Begreppet successiva förvärv härstammar från 1997 års ändring i 37 § KL. Lagändringen innebar att anmälningsskyldigheten togs bort om förvärvsobjektet har en omsättning understigande 100 miljoner kronor i Sverige. Motivet till ändringen var att lätta på Konkurrensverkets och företagens arbetsbörda genom att slippa handläggning och anmälan av bagatellärenden. Dock behöll man rätten för Konkurrensverket att ålägga part att anmäla en koncentration, även om målbolaget har en omsättning understigande 100 miljoner kronor, om det finns "särskilda skäl." Ett särskilt skäl kan vara om ett redan starkt företag har som strategi att köpa upp flera små konkurrenter, vilket i slutändan får konkurrenshämmande effekt. Ett annat kan vara uppköp av en nystartad konkurrent vars omsättning i början är blygsam men som har tillväxtpotential.³¹ I de fallen kan alltså Konkurrensverket ålägga en part i koncentrationen att anmäla affären och den tas upp till prövning som vanligt.

Kan detta appliceras på Vattenfall, E.ON och Fortums anmälningar? Det korta svaret är nej eftersom i alla anmälningar utom en³² som inkom efter lagändringen 1997 hade målbolaget en omsättning överstigande 100 miljoner. Dessa förvärv var således anmälningspliktiga utan att successiva förvärv och särskilda skäl behövde blandas in. Mer intressant är frågan om successiva förvärv som begrepp kan appliceras även på anmälningspliktiga förvärv? Skulle det alltså gå att hävda att en enskild anmälan som inte uppfyller väsentlighetsrekvisitet gör det sett mot bakgrund av tidigare liknande förvärv? I fallet med alla uppköp på elmarknaden blir frågan om Konkurrensverket kunde ha satt stopp efter ett visst antal anmälningar med motiveringen att Vattenfall, E.ON och Fortum hade som strategi att successivt köpa upp små konkurrenter och att detta faktum gjorde att väsentlighetsrekvisitet var uppfyllt.

Enligt mitt sätt att tolka förarbetena till 1997 års ändring i KL är resonemanget ovan inte en legitim möjlighet att stoppa ett förvärv. Successiva förvärv-begreppet är endast tillämpligt på förvärv där målbolaget har en omsättning understigande 100 miljoner. Att tillämpa det även i konkurrenstestet på anmälningspliktiga förvärv anser jag vore att tolka lagen och motiven för långt. Vad successiva förvärv och särskilda skäl i 1997 års lagändring innebär är att även små förvärv ska kunna tas upp till prövning om det finns särskilda skäl. Det innebär däremot inte att en koncentration kan stoppas med motiveringen att anmälade företag tidigare gjort liknande förvärv. När en anmälan inkommer har Konkurrensverket att bedöma denna individuellt enligt de materiella bestämmelserna i lagstiftningen. Om anmälade företag inte anses dominerande, ensamt eller tillsammans med andra, finns ingen möjlighet att ingripa mot förvärvet. Om förvärvet skapar eller förstärker en dominerande ställning återstår frågan om effektiv konkurrens väsentligt hämmas, det så kallade konkurrenstestet. Om inte detta kriterium är

³¹ Prop. 1996/97:82, s. 10 f.

³² Dnr. 593/2001, *Sydkraft AB / Kungsbacka Energi AB*. Förvärvet anmäldes frivilligt av Sydkraft.

uppfyllt finns heller ingen möjlighet att stoppa koncentrationen. Det är om inte irrelevant så i vart fall ingen grund för att stoppa ett förvärv, att anmälade företag tidigare gjort flera uppköp av liknande karaktär. Att Vattenfall förvärvat tio kommunala elhandelsbolag de senaste åren innebär inte att det elfte inte får en individuell väsentlighetsbedömning. En annan sak är att det kan vara det elfte som gör att "bägaren tippas över" och förvärvande företag anses dominerande eller att det är just det elfte förvärvet som gör att effektiv konkurrens väsentligt hämmas.

Således kan inte successiva förvärv-begreppet direkt tillämpas som ett skäl att förbjuda en koncentration. Misstanken om att ett redan starkt företag har som strategi att köpa upp små potentiella konkurrenter kan däremot vara ett skäl att ålägga parterna att anmäla förvärvet om målbolagets omsättning understiger lagens minimitröskel. När myndigheten väl prövar en anmälan, vare sig anmälan är ålagd eller obligatorisk, måste emellertid en individuell prövning göras där hänsyn till eventuella tidigare liknande förvärv inte görs mer än att de tidigare förvärven givetvis påverkar uppköpande företags marknadsandelar och konkurrenstrycket på marknaden. Däremot innebär det faktum att flera liknande förvärv tidigare gjorts inget självständigt skäl att ingripa mot en koncentration. Av den anledningen kunde inte Konkurrensverket ha använt successiva förvärv-begreppet till att stoppa Vattenfall, E.ON och Fortums uppköp. Det är möjligt att de hade som strategi att köpa upp små konkurrenter, men det innebär inte nödvändigtvis att de enskilda transaktionerna väsentligt hämmade effektiv konkurrens.

Det synes emellertid finnas de som tolkar successiva förvärv vidare:

*"[e]tt förbud kan exempelvis bli aktuellt om ett dominerande företag genom successiva förvärv av små konkurrenter förstärker sin dominerande ställning på marknaden och detta möjligen även om det förvärv som är föremål för prövning inte i sig kan anses ha sådana verkningar att det enligt ordalydelsen av 34 § framstår som möjligt att förbjuda. Sådana förvärv utgör 'särskilda skäl' för ett anmälningssäläggande enligt 37 § tredje stycket."*³³ (min kursivering)

Någon mer utförlig motivering till hur man kan tolka lagtexten och motiven som ovan framgår dock inte i boken ur vilken citatet är hämtat. I vart fall torde det inte vara aktuellt att "testa" vad successiva förvärv betyder i något annat fall än när koncentrationen ändå reser konkurrensproblem. Hur smalt eller vitt man än vill tolka 1997 års lagändring förefaller det orimligt att påstå att Konkurrensverket skulle ha fört talan i Stockholms tingsrätt mot en koncentration där målbolaget hade 0,5 procent av marknaden på den självständiga grunden att anmälade företag tidigare gjort flera liknande förvärv.

Om successiva förvärv kan sist tilläggas att någon motsvarighet till artikel 5.2 andra stycket av EU:s koncentrationsförordning 139/2004³⁴ (även den gamla förord-

³³ Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik & Ulriksson, Magnus, *Konkurrenslagen – En kommentar*, Norstedts juridik, 1999, s. 329.

³⁴ [2004] EGT L 24/1.

ningen³⁵) inte finns i KL.³⁶ Bestämmelsen stadgar att om flera transaktioner görs mellan samma parter under en tvåårsperiod, det ska räknas som en transaktion. Vid den sista anmälan tas de tidigare med i beräkningarna. Detta gör att anmälände part inte kan undgå en adekvat koncentrationskontroll genom att dela upp ett förvärv i flera mindre. Det saknas egentligen anledning att kommentera bestämmelsen eftersom någon sådan inte finns eller har funnits i KL, men kort kan sägas det uppenbara: vid köp inom en tvåårsperiod från olika säljare är regeln inte tillämplig. Vattenfall, E.ON och Fortum har gjort många förvärv, men det har varit från olika säljare.

Inte heller efter 1997 års lagändring kunde således Konkurrensverket ha ingripit mot någon av Vattenfall, E.ON eller Fortums anmälningar. Detta därför att konkurrenstestet inte var uppfyllt. Såsom framgick ovan är frågan om dominerande ställning skapas eller förstärks då egentligen överflödigt, men eftersom de två leden i 34 a § KL trots allt är beroende av varandra följer här en redogörelse av dominans på elmarknaden.

4.5 Ensam eller kollektiv dominerande ställning

För att Konkurrensverket ska kunna ingripa mot en koncentration krävs enligt nuvarande regler att en dominerande ställning som väsentligen hämmar konkurrensen skapas eller förstärks. Det har i den här framställningen gjorts en tydlig uppdelning av de två rekvisiten och betonats att de är kumulativa. Det måste emellertid också sägas att de hänger ihop i den meningen att ju mer en dominerande ställning förstärks eller skapas, desto större än sannolikheten att det i konkurrenstestet går att påvisa att konkurrens väsentligt hämmas. I det extrema exemplet ovan med en 95 procentig marknadsandel, skulle i princip alla förvärv innebära att den lilla konkurrens som finns kvar väsentligt hämmas. Om ett dominerande företag med 40 procent gör ett liknande förvärv skulle däremot troligen krävas betydligt utförligare analyser av inträdesbarriärer, köparmakt och dylikt för att myndigheten ska kunna ingripa mot koncentrationen.

Syftet med där här kapitlet är inte att ta ställning till om det föreligger dominans på elmarknaden eller om så gjorde 1996-2001. Det är inte nödvändigt inom ramen för den här rapporten eftersom de aktuella förvärven i vart fall inte väsentligen hämmade effektiv konkurrens. Vad kapitlet kan åskådliggöra är att även om det hade varit fråga om större mer komplicerade förvärv där väsentlighetsrekvisitet synes ha varit uppfyllt, det hade ändå inte nödvändigtvis varit möjligt att ingripa från Konkurrensverkets sida.

³⁵ Förordning 4064/89, senast ändrad [1997] EGT L 180/1.

³⁶ Prop. 1998/99:144, s. 70. Regeringen kommenterade att en sådan regel är "ingripande" för företag och att inga skäl har framförts som motiverar ett införande i svensk rätt.

Ett första konstaterande som kan göras är att E.ON och Fortum båda är långt ifrån de marknadsandelar som normalt krävs för dominerande ställning. Detta gäller idag och det gällde 1996-2001. Det sägs förvisso i KL att förvärvet måste väsentligt hämma konkurrensen i landet i dess helhet *eller en avsevärd del av det*. Det betyder att E.ON eller Fortum skulle kunna skapa eller förstärka en dominerande ställning i en region där företaget är särskilt starkt och köper upp en mindre konkurrent, till exempel ett kommunalt elbolag. Fortums starka ställning i stockholmsområdet kan tas som exempel.³⁷ Dock har elmarknaden definierats så att den är större än svensk avseende produktion och nationell avseende handel med el. Det är fullt möjligt för konsumenter i Stockholm att välja en annan elleverantör; det är endast beträffande nätdelen som de flesta stockholmare måste använda Fortum. Det finns därför ingen möjlighet, eller anledning, att definiera elhandelsmarknaden som geografiskt mindre än nationell.

Vattenfall är intressantare ur ett dominansperspektiv än E.ON och Fortum. Företaget har en mycket hög marknadsandel när det gäller elproduktion, ca 45-50 procent. Om man ser till marknaden som nordisk har Vattenfall dock bara ca 20 procent. Beträffande handel med el har Vattenfall haft en marknadsandel som är lägre än vad som normalt kan klassas som dominerande,³⁸ dock stadigt stigande. Eftersom överlapp förelåg främst på den sistnämnda marknaden i de aktuella anmälningarna är det där som Konkurrensverket skulle ha ingripit om alls. Det förefaller svårt att visa på att Vattenfall har eller hade en dominerande ställning på slutkundsmarknaden.

När det gäller dominanskriteriet återstår att diskutera om Vattenfall, E.ON och Fortum tillsammans kan anses kollektivt dominerande. I så fall föreligger dominerande ställning och en koncentration kan förbjudas om effektiv konkurrens väsentligt hämmas.

Kollektivt dominerande ställning är när fler än ett företag på en oligopolmarknad kan samordna sitt beteende utan att det förekommer några formella kontakter eller samordning dem emellan. De negativa effekterna på marknaden blir då de samma som om ett företag vore dominerande. Risken för gemensamt utnyttjande av dominerande ställning är särskilt stor på transparenta marknader med homogena produkter. Exempel på andra faktorer som måste tas i beaktande är om oligopolföretagens marknadsandelar är symmetriska, interaktionen mellan företagen, inträdeshinder på marknaden, priselasticiteten och konsumenternas möjlighet att utöva köparmakt.

Förutsättningarna på elmarknaden är goda för kollektivt utnyttjande av marknadsmakt. Produkten, el, är extremt homogen, det vill säga företagen kan inte konkurrera med annat än priset. Marknaden måste anses som transparent eftersom

³⁷ Jfr. prop 1992/93:56, s. 98.

³⁸ I SOU 2002:7 nämns att Vattenfall hade 17 procent av slutkundsmarknaden när elmarknaden konkurrensutsattes, s. 111.

priser på Nord-Pool är lätt att ta del av och eventuellt ta efter. Vidare bidrar samägandet av vatten- och kärnkraften till interaktion mellan Vattenfall, E.ON och Fortum och efterfrågan på el är oelastisk; privathushåll såväl som industrier kommer att köpa el även om den är dyr. Det finns också sådant som talar emot kollektiv dominans, till exempel asymmetriska marknadsdelar inom kollektivet och att inträdesbarriärerna på slut-kundsmarknaden förefaller vara små.

Sett till för- och motargument verkar det finnas förutsättning för kollektiv dominans på elmarknaden i den meningen att förargumenten synes vara fler. Praxis från EG-domstolen har dock visat att beviskraven för konkurrensmyndigheten är höga. 2002 kom milstolpen på området, *Airtours*.³⁹ I fallet gick företagen som påstods ingå i oligopolet från fyra till tre men Kommissionens beslut att förbjuda koncentrationen underkändes ändå. För att ett oligopol ska kunna utnyttja marknadsstyrka och anses som kollektivt dominerande måste tre kriterier vara uppfyllda:⁴⁰

- (i) Företagen måste kunna överblicka varandras agerande på marknaden så att de kan anpassa sin egen strategi därefter. Det måste således finnas tillräcklig insyn på marknaden för att varje företag som ingår i det dominerande oligopolet skall kunna få tillräckligt exakt och omedelbar kännedom om utvecklingen av vart och ett av de övriga ingående företagens beteende på marknaden.
- (ii) Företagen måste sakna incitament att avvika från den gemensamma strategin och detta måste gälla över tid. Det måste i den bemärkelsen finnas en "besträffningsmekanism" som drabbar det företag som avviker från den gemensamma strategin.
- (iii) Myndigheten måste för att styrka att en kollektiv dominerande ställning är för handen även kunna visa att de faktiska och potentiella konkurrenternas samt konsumenternas förutsedda reaktion inte skulle motverka den gemensamma strategins förväntade verkningar. Motverkande faktorer som konkurrenter utanför oligopolet eller köparstyrka får alltså inte riskera att undanröja effekterna av den kollektiva dominansen.

Airtours avgjordes efter koncentrationsvägen på elmarknaden 1996-2001, men är ändå intressant. Kriterierna bygger på ekonomisk teori som fanns även innan *Airtours*. Om Konkurrensverket hade byggt en talan om att blockera en anmälan med kollektiv dominans som grund hade dessa kriterier i någon form likafullt varit nödvändiga att uppfylla, om än inte enligt exakt dessa precist formulerade punkter. Här ska inte utredas om dessa kriterier går att applicera på den svenska elmarknaden, men det kan konstateras att de lägger en tung bevisbörda på myndigheten. Noteras kan till exempel att de tre företag som påstods vara kollektivt dominerande

³⁹ T-342/99, *Airtours mot Kommissionen* [2002] REG II-2585.

⁴⁰ *Ibid*, p. 62.

i *Airtours* skulle få en marknadsandel om 85 procent;⁴¹ ändå föll Kommissionens talan. Det är klart högre än vad Vattenfall, E.ON och Fortum har idag på slutkundsmarknaden, den marknad där överlapp oftast förelåg, och givetvis ännu högre än vad de hade 1996.⁴²

Om kollektiv dominans kan vidare sägas att Kommissionen prövade frågan 2003 i *Sydkraft/Graninge*. För det första slog Kommissionen fast att produktionsmarknaden är större än Sverige, oftast helt nordisk. Det betyder att kollektiv dominans inte kan anses föreligga därför att marknadsandelarna sjunker och det blir för många företag som skulle ingå i det påstådda oligopolet.⁴³ På slutkundsmarknaden, som är nationell, påstod Kommissionen att det finns många elhandlare och inträdesbarriärerna är små.⁴⁴ Även om de elhandlare som finns eller fanns på slutkundsmarknaden inte utgör tillräckligt tryck, så innebär de låga inträdesbarriärerna att den potentiella konkurrensen gör att kollektiv dominans faller. Det kan också noteras att Kommissionen uttryckligen påstod att *Graninge* inte kunde anses vara en "maverick."⁴⁵ Man behöver inte hålla med om Kommissionens alla påståenden i *Sydkraft/Graninge*, men beslutet belyser ändå svårigheten att styrka kollektiv dominans.

Sett mot bakgrunden av *Sydkraft/Graninge* är det orealistiskt att påstå att Konkurrensverket skulle ha ingripit mot Fortums förvärv av Stora Ensos krafttillgångar, även om förvärvet skulle ha ansetts uppfylla konkurrenstestet. Förvärvet rörde bara produktionsmarknaden och den är större än Sverige. Fortum hade för det första inte en ensamt dominerande ställning på en sådan marknad, och kollektiv dominans på en nordisk eller semi-nordisk marknad hade med största sannolikhet inte gått att styrka.

Slutsatsen om dominerande ställning på elmarknaden är som tidigare nämnts att frågan på intet sätt är avgjord. Vad som dock kan konstateras är att även om man talar om "de tre stora" på elmarknaden är det långt ifrån säkert att det är eller var möjligt att styrka dominans i någon form på produktions- såväl som slutkundsmarknaden.

4.6 Slutsats

Förhoppningen är att framställningen ovan har visat att kritiken mot Konkurrensverket för dagens koncentration på elmarknaden är helt ogrundad.

⁴¹ *Airtours*, p. 279.

⁴² Enligt Konkurrensverket hade Vattenfall, E.ON och Fortum 2004 tillsammans drygt 70 procent av slutkundsmarknaden och 86 procent av produktionen i Sverige, *Konkurrensen i Sverige 2005*, Konkurrensverkets Rapportserie 2005:1, s. 101 och 106.

⁴³ *Sydkraft/Graninge*, p. 27 och 42.

⁴⁴ *Ibid*, p. 84 och 87.

⁴⁵ *Ibid*, p. 43.

Konkurrensverket har att tillämpa KL vid koncentrationskontroll och någon möjlighet att ingripa mot förvärven på elmarknaden fanns inte. De krav som lagstiftaren uppställt för att blockera en anmälan var inte uppfyllda i någon av de anmälningar som Konkurrensverket mottog av Vattenfall, E.ON eller Fortum under åren 1996-2001; det är enligt mig en ofrånkomlig slutsats.

Obligatorisk anmälan till Konkurrensverket när parternas omsättning överstiger vissa trösklar är ett sätt att undvika att konkurrenshämmande koncentration uppstår. Men det är en kontroll och inget allmänt förbud. Lagstiftningen är på goda grunder uppbyggd så att den absoluta majoriteten av anmälningarna ska släppas igenom. Utgångspunkten är att staten genom Konkurrensverket inte i för hög utsträckning ska kunna inkräkta på företagets avtalsfrihet. Därav är förbudet att fusionera i vissa fall en undantagsåtgärd. Man måste också beakta att det är betungande för företag att anmäla förvärv och eftersom den absoluta majoriteten går igenom utan anmärkning är det av vikt att Konkurrensverket kan fatta beslut inom snäva tidsramar. Av den anledningen ska inte fas II-utredningar göras i onödan.

Man kan tycka att koncentrationen på elmarknaden är problematisk och att koncentrationskontrollen är tandlös om den i slutändan inte kan förhindra att oligopolmarknader uppstår. Så må vara fallet, och att ändra på lagstiftningen är givetvis fullt möjligt,⁴⁶ men som lagtillämpande myndighet är Konkurrensverket bundet av gällande lagstiftning. Sett mot den bakgrunden kan inte Konkurrensverket beskyllas för dagens koncentration på elmarknaden.⁴⁷ Ett ingripande på elmarknaden enligt koncentrationsreglerna skulle troligen kräva ett förvärv inom oligopolet eller att en "maverick" i slutkundsledet uppköps.

Det är möjligt att det finns konkurrensproblem på elmarknaden idag såväl som igår, problem som torde kunna fångas av dagens lagstiftning. Det går att argumentera för dominans och kollektiv dominans i olika led på marknaden och inom ramen för 19 § KL återstår att undersöka eventuellt missbruk. På senare tid har det även cirkulerat uppgifter i media som antyder att Vattenfall, E.ON och Fortum kan ha gjort sig skyldiga till överträdelser av 6 § KL. Misstankar om eventuella överträdelser av konkurrenslagstiftningen bör utredas noga, men koncentrationsanmälningar måste behandlas individuellt och objektivt. Så bedömer jag skedde i de anmälningar som inkom efter 1996.

Det är min uppfattning att koncentrationskontroll inte är ett "vapen" för en konkurrensmyndighet i syfte att uppnå förändringar på en marknad. Det är alltså fel att ha som agenda att en marknad ska se ut på ett visst sätt och sedan använda

⁴⁶ Jfr. t.ex. Finlands undantag för elmarknaden i 11 d § 2 st finska lagen om konkurrensbegränsningar (480/1992). I själva paragrafen som motsvarar svenska 34 a § KL finns alltså en undantagsregel för elmarknaden.

⁴⁷ Utanför avgränsningen för den här rapporten ligger att bedöma de förvärv som Kommissionen har lämnat utan åtgärd, d.v.s. *EDFI/Gräninge* (M.1169), *IVO/Stockholm Energi* (M.1231), *E.ON/Sydskraft* (M.2349), *Sydskraft/Gräninge* (M.3268) och *Fortum/Birka Energi* (M.2659). Det kan dock sägas att av dessa var det endast *Sydskraft/Gräninge* som överhuvudtaget innehöll några potentiella problem.

koncentrationsanmälningar till att uppnå detta genom att blockera och kräva åtaganden. Koncentrationskontroll är en "sköld" mot att skadlig koncentration uppstår, men lagstiftningen är uppbyggd så att fusioner ska kunna stoppas endast i undantagsfall.

Referenser

Koncentrationsbeslut från Europeiska kommissionen⁴⁸

IV/M.289 - PEPSICO / KAS.

IV/M.1169 – EDFI / Graninge.

IV/M.1231 – IVO / Stockholm Energi.

COMP/M.2349 – E.ON / Sydkraft.

COMP/M.2414 –Vattenfall / HEW.

COMP/M.2659 – Fortum / Birka Energi.

COMP/M.3268 – Sydkraft / Graninge.

Rättsfall

T-342/99, Airtours mot Kommissionen [2002] REG II-2585

Litteratur

Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik & Ulriksson, Magnus, Konkurrenslagen – En kommentar, Norstedts juridik, 1999

Förändringarna i ägarstrukturerna på den svenska elmarknaden, Öhrlings PricewaterhouseCoopers, rapport 2 i SOU 2004:129

Konkurrensen i Sverige 2005, Konkurrensverkets Rapportserie 2005:1

Förarbeten

SOU 2002:7, Konkurrens på elmarknaden.

SOU 2004:129, El- och naturgasmarknaderna - Energimarknader i utveckling

Prop 1992/93:56, Ny konkurrenslagstiftning

Prop. 1996/97:82, Ändrade regler för anmälan av företagsförvärv enligt konkurrenslagen

Prop. 1998/99:144, Regler om företagskoncentration

⁴⁸ Konkurrensverkets koncentrationsbeslut tas inte med här. Dessa framgår tydligt i kapitel 3.