

Konkurrenceret og retsøkonomi

Peter Møllgaard
Institut for Nationaløkonomi
Handelshøjskolen i København

Per Baltzer Overgaard
Institut for Økonomi
Aarhus Universitet

April 2000

1 Konkurrencerettens formål og historie

Konkurrencepolitikens formål er at fremme økonomisk efficiens ved indgreb mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling samt ved fusionskontrol. Konkurrenceretten har i mange år været påvirket af retsøkonomien især i USA, som i år har haft en *antitrust*-lovgivning i 110 år (*Sherman Act*, 1890).

Ved det forrige århundredes start var økonomisk teori – og dermed retsøkonomi – mindre udviklet end i dag. Verden syntes enklere: Idealet var fuldkommen konkurrence – en situation med mange sælgere og købere, homogene varer, fravær af adgangsbarrierer og fuld information, især om priserne.

Skræmmebilledet var monopolet, som beskyttet af høje adgangsbarrierer kunne misbruge sin markedsmagt til at tage høje priser. Rockefeller's *Standard Oil Company* har for horder af elever eksemplificeret, hvad ureguleret kapitalisme kunne føre til (monopolisering), og hvordan en effektiv konkurrencemyndighed kunne gøre noget ved det (opsplitning af virksomheden).

Ideen var simpel: Hvis et marked ikke var kendetegnet ved fuldkommen konkurrence, var det i sig selv suspekt, og der måtte repareres på det, så markedet i højere grad kom til at ligne idealet. Redskaberne var opsplitning af virksomheder for at skabe flere sælgere; elimination af "unaturlig" produkt-differentiering, så varerne blev så homogene som muligt; nedbrydning af adgangsbarrierer; information til forbrugerne om prisforskelle; o.s.v.

Vi ved i dag, at denne tankegang ikke blot var alt for simpel – den var i en række situationer simpelthen forkert. Den enkleste måde at forklare dette på er formentlig at referere til teorien om *second best*: Hvis et marked eller en økonomi ikke er kendetegnet ved fuldkommen konkurrence (og deraf følgende økonomisk efficiens), men afviger fra idealet på flere punkter, så bliver den økonomiske efficiens ikke nødvendigvis øget, hvis man blot "reparerer" *et* af problemerne.

Denne tendens i den tidlige konkurrencepolitik til at identificere enhver afvigelse fra idealet om fuldkommen konkurrence som suspekt førte også til, at de fleste typer af aftaler mellem virksomheder, og i særlig grad aftaler som

afveg fra kendte standarder, blev opfattet meget mistroisk af konkurrencemyndighederne. At dette synspunkt lever i bedste velgående afspejles i, at stort set alle industrialiserede markedsøkonomier i dag har konkurrencelovgivninger, som i de substantielle paragraffer fastslår, at enhver aftale mellem virksomheder, der har til formål eller som virkning at begrænse konkurrencen, som *udgangspunkt* er forbudt. I dette regime må virksomheder, der ønsker myndighedernes accept af sådanne aftaler, således “bevise”, at de er efficiensfremmende.¹

2 Konkurrenceretsøkonomi

Overfor dette udgangspunkt kan man stille det retsøkonomiske perspektiv eksemplificeret ved den såkaldte *Coase-sætning*², der i populær form kan udtrykkes som følger: “Ved fravær af begrænsninger i forhandlings- og kontraktmulighederne, vil rationelle agenter altid finde en vej til at realisere alle potentielle gevinster ved interaktion og samhandel”. De resulterende, uregulerede markedsudfald vil derfor altid være fuldt efficient, da agenterne altid vil kunne opnå yderligere gevinster ved genforhandling, hvis et udfald eller en allokering er inefficent.³

Konkurrencepolitik med et retsøkonomisk udgangspunkt vil således i sin rene form være meget enkel: De økonomiske agenter vil altid via forhandling og kontrakter implementere en fuldt efficient allokering, hvis de har mulighed for det. Ethvert konkurrenceretligt indgreb, som forhindrer aftaler og kontrakter i at blive indgået, må således have negative konsekvenser for den endelige allokeringens efficiens. Et *laissez faire* regime er med andre ord optimalt; alle frivillige aftaler, forpligtelser, kontrakter, fusioner, m.v., er efficiensfremmende og derfor godartede.

Afhængigt af ens temperament kan man naturligvis indvende, at Coase-sætningen blot er en tautologi og uinteressant i relation til praktisk konkurrenceret og -politik. Under alle omstændigheder er de underliggende antagelser om friktionsløs og omkostningsfri forhandling og kontraktindgåelse ret heroiske. Kritikløs forladt sig på Coase-sætningen og dens umiddelbare implikationer vil derfor være naivt.⁴

Imidlertid kan det retsøkonomiske perspektiv med fordel gøres til en integreret del af konkurrencepolitikken og især af den analyse, myndighederne gennemfører i konkurrencesager. Dette ændrede perspektiv vil have signifikant betydning for, hvad der kan opfattes som et *rimeligt udgangspunkt* for myndighederne i forhold til forskellige kontraktlige og aftalemæssige arrangementer mellem virksomheder.

¹Man taler derfor om et “efficiency defense”. Virksomhederne skal altså “bevise” (eller i det mindste, sandsynliggøre) aftalers positive efficiensvirkninger.

²Efter Ronald H. Coase, Nobelpristager i økonomi og retsøkonomiens fader (se Coase (1960)).

³Med reference til terminologien i dette temanummers forord kan man sige, at alle eksterne effekter bliver fuldt ud internaliserede gennem forhandling og kontrakter.

⁴Coase selv er naturligvis også mest (eller udelukkende) interesseret i at studere interaktion og betydningen af institutioner i situationer, der ligger uden for Coase-sætningens rækkevidde (se f.eks. Coase (1960, 1988)).

Som et generelt eksempel kan det nævnes, at vertikale restriktioner, såsom territorial eksklusivitet, eneforhandling, krav om fuldt produktsortiment samt bindende videresalgspriser, traditionelt er blevet betragtet med stor mistro af konkurrencemyndighederne. Imidlertid er det let at give eksempler på, at en kombination af disse er essentiel, hvis en ny virksomhed vil trænge ind på et marked og udfordre de eksisterende virksomheder med en ny produktvariant. Et forbud mod sådanne kontraktlige restriktioner kan derfor skabe en kunstig adgangsbarriere stik imod konkurrencepolitikens hensigt.

Set fra et generelt retsøkonomisk perspektiv er der ikke megen mening i *per se* forbud mod specifikke kontraktlige eller juridiske arrangementer mellem virksomheder, sådan som de i dag kendes i de fleste landes konkurrenceretlige praksis. Ligeledes er der en meget tvivlsom logik i at reducere efficiens til en del af et forsvar, der kun modvilligt accepteres af konkurrencemyndighederne og /eller domstolene, sådan som det i dag er tilfældet (den "omvendte" bevisbyrde er svær at løfte). Tværtimod er efficiens jo hele formålet med konkurrencepolitikken.

Konkurrenceretsøkonomi⁵ betragter som udgangspunkt kontraktlige arrangementer, der rækker ud over den økonomiske standardlærebogs generelle, upersonlige, lineære spot-kontrakter, som noget, der formentlig har til formål at økonomisere med knappe ressourcer snarere end at udnytte markedsmagt. Dette udgangspunkt kan naturligvis vise sig uholdbart i en given sag, og derfor skal der naturligvis være klage- og indgrebsmulighed.

Som eksempel på konflikten mellem det retsøkonomiske perspektiv og den mere traditionelle tilgang til konkurrenceret og -politik kan vi nævne de senere års diskussion af behandlingen af hhv. horisontale og vertikale relationer og aftaler. Mens der er en udbredt konsensus, som stammer tilbage fra Adam Smith⁶, om at *horisontale* aftaler mellem konkurrenter normalt er problematiske, er der ifølge den retsøkonomiske tilgang absolut ingen grund til at opfatte *vertikale* aftaler mellem fx en leverandør og en forhandler med samme mistro.

Retsøkonomien har i de seneste årtier stadig mere højlydt argumenteret for, at netop vertikale aftaler skal behandles helt anderledes end horisontale aftaler. Argumentet er simpelt: Ved horisontale aftaler leverer de involverede parter *substituerbare* varer eller ydelser, d.v.s., parterne er konkurrenter i traditionel forstand. En virksomhed har her interesse i, at konkurrenten hæver sin pris, fordi det vil give den selv mulighed for at hæve prisen og derved forøge profitten.

Ved vertikale aftaler er incitamenterne helt anderledes, idet parterne her leverer *komplementære* varer og tjenester: En forhandler har alt andet lige en interesse i, at hans leverandør fastsætter en lav pris; leverandøren har alt andet lige en interesse i, at forhandleren sætter prisen for sin tjeneste lavt; og skal de to forhandle om priserne for deres komplementære inputs har de en interesse i at maksimere forsyningskanalens samlede profit. Der er her ingen grund til at

⁵For en mere detaljeret beskrivelse, se Hylleberg og Overgaard (2000) samt referencerne deri.

⁶Smith (1937 (oprindeligt 1776) s.137) bemærkede, at "... *people of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices...*"

formode, at den kontrakt (den vertikale restriktion), som de bliver enige om i sig selv skader andre.

Ikke desto mindre er vertikale aftaler i mange år som udgangspunkt blevet behandlet med samme mistro som horisontale aftaler. Dette gælder fx EU-konkurrenceretten, som i Art. 81 ikke skelner mellem horisontale og vertikale aftaler. Der har imidlertid gradvist, bl.a. under indtryk af det retsøkonomiske perspektiv, etableret sig en praksis, som behandler de to typer af aftaler forskelligt, og senest har EU Kommissionen (1997) udgivet en Grønbog om vertikale restriktioner i EUs konkurrencepolitik, som har ført til en ny gruppefritagelsesforordning (indført i januar 2000 med ikrafttræden i juni), som i udgangspunktet antager, at en lang række vertikale restriktioner er uskyldige, indtil det modsatte er bevist.

I Danmark har vi en konkurrencelov, som læner sig kraftigt op af EU-lovgivningen, ikke mindst i henseende til fortolkning af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler og forbuddet mod misbrug af dominerende stilling. I skrivende stund foreligger et lovforslag om ændring af konkurrenceloven af 1998, således at harmoniseringen bliver komplet ved indførelse af fusionskontrol, bøder ved (førstegangs-)misbrug af dominerende stilling samt mulighed for, at Konkurrencerådet direkte kan anvende EU-lovgivningens bestemmelser i Danmark.

I det følgende beskriver vi kort, hvordan retsøkonomien på et tidligere tidspunkt kunne have tjent til at informere lovgivningsarbejdet og konkurrenceretspraksis i Danmark i henseende til først horisontale aftaler (afsnit 3) og derefter vertikale aftaler (afsnit 4). Det afsluttende afsnit 5 stiller et par spørgsmål til aktuell lovgivning og praksis samt de forslag til revision, der i øjeblikket diskuteres.

3 Horisontale aftaler

Aftaler mellem konkurrenter om at hæve prisen, begrænse mængden eller opdele markedet er ulovlige i henhold til Section 1 i Sherman Act, Art. 81 Amsterdamtraktaten og §6 i den danske konkurrencelov. Sådanne formelle kartelaftaler er endvidere ikke juridisk bindende: Et kartelmedlem kan ikke indklage et andet medlem for at have brudt en kartelaftale.

Konkurrerende virksomheder kan imidlertid samarbejde uden egentlige kartelaftaler. Siden Stiglers (1964) arbejde har økonomer vidst, at i en dynamisk konkurrencesituation kan truslen om fremtidige priskrige være tilstrækkelig til at afholde virksomheder fra at bryde uformelle kartelaftaler (hvis blot virksomhederne ikke er for utålmodige). Hvis oligopolisterne opdager, at en rival har snydt dem ved fx at dumpe prisen, så straffes den ved en priskrig af kortere (Abreu, 1986) eller længere varighed.

Det er imidlertid en forudsætning for sådanne strategier, at virksomhederne har tilstrækkeligt med information om priser, mængder eller markedsandele til at afgøre, at der er sket et brud på den uformelle kartelaftale. Hvis efterspørgslen fx varierer stokastisk, kan en lav pris, mængde eller markedsandel skyldes dels

en lav realisation af efterspørgslen, eller at der er sket et brud på den uformelle aftale. Det begrænser i sig selv muligheden for at hæve prisen.

Konkurrencemyndigheder har netop af denne årsag slået hårdt ned på informationsudveksling mellem oligopolister: En brancheorganisation kan således ikke ustraffet føre statistik med medlemmernes priser, mængder eller marked-andele. Det har fx ført til, at KonkurrenceRådet i 1999 erklærede meldekortene i byggebranchen for ulovlige i den form, hvori de har virket i mange år.

Dansk konkurrencelovgivning har ellers i mange år bygget på ideen om, at øget markedsgennemsigtighed kunne bevirke at markedet blev mere kompetitivt, jf. vores diskussion i indledningen. Denne idé stammer fra den Interparlamentariske Unions sommermøde i 1930 (!), som førte til den såkaldte London Resolution: Karteller og dominerende virksomheder blev anset som en naturlig del af erhvervslivet, og lovgivningen skulle som udgangspunkt ikke være fjendtlig over for disse. Den anbefalede regulering skulle bygge på *offentliggørelse* af kartelaftaler m.v.

Frem til 1990-konkurrenceloven var *gennemsigtighedsprincippet* det bærende princip for dansk konkurrencelovgivning: I medfør af denne lov offentliggjorde KonkurrenceRådet fx fra 1993 virksomhedsspecifikke priser og rabatter på fabriksbeton. Dette marked kan beskrives som bestående af regionale oligopoler, idet varen kun kan transporteres over relativt korte afstande før den størkner. Den kvartalsvise offentliggørelse af priserne havde til formål at skabe større prisgennemsigtighed og som følge heraf større priskonkurrence. Imidlertid udeblev det forventede prisfald. I stedet steg priserne med 15-20% i løbet af kort tid, jf. Figur 1.

FIGUR 1

Denne prisstigning er konsistent med, at øget gennemsigtighed gør det lettere at opretholde uformelle kartelaftaler om høje priser, jf. for en uddybende diskussion Albæk, Møllgaard og Overgaard (1997). Pointen her er, at prisgennemsigtighed *kan* føre til højere priser, ikke at det altid vil være tilfældet.

Med gennemsigtighed kunne også menes, at forbrugerne havde let ved at sammenligne varer eller tjenester på et marked. Forbrugerorganisationer kræver ofte, at denne type gennemsigtighed øges. ForbrugerRådet laver til dette formål tests og sammenligninger, og regeringen har delvist af denne årsag skabt en ny institution, Forbrugerinformation.

Spørgsmålet er imidlertid, om denne type gennemsigtighed altid er uproblematisk i oligopolistiske markeder. Vi argumenterer i Møllgaard og Overgaard (2000) for, at det ikke er tilfældet. Lad os blot antage, at der er fuld *pris*gennemsigtighed, men at forbrugerne ikke kender kvaliteten på de forskellige substitutter. Hvis man nu øger deres kendskab til kvaliteten, vil det medføre en hårdere priskonkurrence i en eventuel straffe-fase. Men hvis straffen for at have snydt i forhold til kartelaftalen bliver hårdere, kan det blive nemmere at understøtte aftalen. Heller ikke denne type gennemsigtighed er derfor problem-løs.

Danske myndigheders ofte ukritiske forsøg på at forøge markedsgennem-sigtigheden tyder på, at man ikke helt har fået øjnene op for, at oligopolis-tiske markeder *ofte* (men naturligvis ikke altid) fungerer bedst hvis markedsdel-tagerne ser andre deltagers handlinger gennem et “slør”. Et mere retsøkonomisk perspektiv ville umiddelbart have gjort opmærksom på dette.

4 Vertikale aftaler

Vertikal kontrol er som sagt traditionelt blevet betragtet med stor mistro af konkurrencemyndighederne. I perioder kan man nærmest finde det generelle synspunkt, at alle vertikale kontrakter og aftaler, der ikke blot specificerer en fast enhedspris og mængde, repræsenterer et forsøg på at begrænse konkuren-cen og derfor umiddelbart må være i strid med både efficiensmålsætningen og muligheden for fri erhvervsudøvelse. Behandlingen af vertikale relationer har været legalistisk og baseret på, at enhver vertikal aftale (på linie med horisontale aftaler) som udgangspunkt er til skade for samfundet og dermed forbudt.

Lad os med et kendt retsøkonomisk eksempel forklare, hvorfor dette er et galt udgangspunkt: En leverandør af eksklusivt hi-fi-udstyr, sælger sit produkt via en (lokal) forhandler. Forhandleren skal for at sælge varen optimalt investere i kostbare demo-rum og uddannelse af sælgere. Hvis discount-butikker også kan føre varen, vil forbrugeren henvende sig til forhandleren for at få varen demonstreret, for derefter at købe den i discount-butikken til en lavere pris. Forhandleren indser dette og vil derfor underinvestere i demo-rum og uddannelse.

Hvilke vertikale kontrakter kan løse dette problem? Leverandøren kan fx en-ten fastsætte en bindende mindste-pris i videresalg, således at discountbutikken ikke kan underbyde forhandleren, eller kan tilbyde hende eksklusivitet i lokalom-rådet, hvorved konkurrencen fra discount-butikken helt fjernes.⁷ I en række situationer vil dette føre til højere økonomisk velfærd, fordi incitamenterne til at investere i salgsfremme øges.

Sådanne argumenter kunne give det indtryk, at vertikale aftaler og kontrak-ter altid virker velfærdsfremmende. Dette ville dog være en noget forhastet konklusion, og der kan let gives (mindst) tre indvendinger.⁸ For det første er det muligt, at den vertikale koordinering primært har som formål at fremme horisontal koordinering på tværs af distributionskanaler. For det andet kan forbrugerne være heterogene, så marginale og infra-marginale forbrugere har forskellige behov for salgsfremmende investeringer. Endeligt kan for det tredje nævnes, at konkurrenter eller potentielle konkurrenter på forskellige led i dis-tributionskanalen kan blive udsat for en negativ eksternalitet, som følge af de vertikale aftaleparters koordinering.

I det omfang disse indvendinger er deskriptivt relevante, er der naturligvis behov for at anlægge et nuanceret syn på vertikale aftaler og kontrakter. Det

⁷Det vertikale problem kan også løses ved eksklusiv forhandling og vertikal integration (fusion).

⁸For en yderligere diskussion, se Martin, Møllgaard, Overgaard & Schultz (2000).

er dog bemærkelsesværdigt, at de forudsætter eksistensen af en tredie-part, som påvirkes negativt af den vertikale koordinering.

Helt generelt har aktørernes aktivitet til formål at maksimere deres profit (eller nytte), og det er således oplagt at gruppere årsagerne til og formålet med vertikal koordinering under to hovedoverskrifter: For det første kan indtjening forøges gennem en mere effektiv tilrettelæggelse af produktion og distribution, hvilket generelt er sammenfaldende med samfundets interesse. For det andet kan indtjeningen forøges gennem opbygning af adgangsbarrierer og/eller en mere dominerende markedsstilling, der muliggør højere enhedspriser og større fortjeneste pr. omsat enhed. Det sidste kan naturligvis være forbundet med negative velfærdsvirkninger.

Pointen er imidlertid her, at et rimeligt udgangspunkt for behandlingen af en vertikal begrænsning må være, at den opfattes som samfundsgavnlig, indtil det er påvist, at den skader tredje-mand. Det retsøkonomiske perspektiv vil endvidere understrege, at *vertikale* restriktioner *i sig selv* næppe er problematiske i forhold til efficiensmålsætningen, hvis der ikke i en given branche eller på et givet marked kan konstateres *horisontale* konkurrenceproblemer (se Martin, Møllgaard, Overgaard & Schultz (2000))

5 Afsluttende kommentarer

På baggrund af de ovenstående kommentarer er der to spørgsmål, der trænger sig på i forbindelse med den forestående revision af konkurrencelovgivningen (og anden erhverslovgivning) i Danmark.

Hvorfor er budskabet om, at gennemsigtighed ikke er et universalmiddel til sikring af markeders efficiens, ikke trængt igennem?

I forbindelse med regeringens strategioplæg *.dk21* er der af en række Ministerier (2000) udarbejdet en arbejdsrapport om velfungerende markeder, hvor det fremhæves, at “[e]ffektiv konkurrence forudsætter velinformerede forbrugere, der har mulighed for at vælge på baggrund af korrekte informationer om priser, kvalitet og indhold ...”. Selv om gennemsigtighedsprincippet ikke længere er skrevet ind i konkurrenceloven, sådan som det var tilfældet før 1. januar 1998, er det helt tydeligt, at det trives i bedste velgående i den forbrugerpolitiske tænkning og derfor står overfor en sandsynlig renæssance.

Det er naturligvis vigtigt, at man overvejer samspillet mellem forbruger- og konkurrencepolitikkerne: Det skulle nødt være sådan, at forbrugerpolitikken fremmer et uheldigt samarbejde mellem oligopolister via effektiv information-sudveksling.

Hvorfor sondres der ikke principielt mellem vertikale og horisontale aftaler? Specielt: Hvorfor behandles vertikale prisbindinger og absolut områdebeskyttelse (i praksis) efter et *per se* forbud, når retsøkonomien i mange år har forklaret, at der kan være gode efficiensfremmende grunde til at tillade dem, og når der ikke foreligger et empirisk grundlag for at konkludere, at de altid (eller blot overvejende) har negative virkninger?

Referencer

- Abreu, D., 1986, Extremal Equilibria of Oligopolistic Supergames, *Journal of Economic Theory* 39: 191-225.
- Albæk, S., H.P. Møllgaard & P.B. Overgaard, 1997, Government-Assisted Oligopoly Coordination? A Concrete Case, *Journal of Industrial Economics* 45: 429-443.
- Coase, R.H, 1960, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics* 3: 1-44.
- Coase, R.H., 1988, *The Firm, the Market, and the Law*, University of Chicago Press, Chicago: Ill.
- EU Kommissionen, 1997, *Grøn bog om vertikale restriktioner i EUs konkurrencepolitik* KOM(96)721, endeligt vedtaget af Kommissionen d. 22. januar 1997.
- Hylleberg, S., & P.B. Overgaard, 2000, Competition Policy with a Coasian Prior, i M. Berg & E. Hope (red.), *Competition Policy Analysis*, Routledge, London: UK.
- Martin, S., H.P. Møllgaard, P.B. Overgaard & C. Schultz, 2000, Industriøkonomi, i C. Hjorth-Andersen (red.), *Udviklingslinier i økonomisk teori*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København: DK.
- Ministerierne (2000) *Velfungerende markeder*, Arbejdsrapport: Arbejds-, Erhvervs-, Finans-, Forsvars-, Forsknings-, Fødevarer-, Indenrigs-, Miljø- & Energi-, Skatte-, Stats-, Udenrigs- samt Økonomi-ministerierne.
- Møllgaard, H.P. & P.B. Overgaard, 2000, Market Transparency: A Mixed Blessing?, manuskript.
- Smith, A., 1937 [1776], *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Modern Library Edition, New York: NY.
- Stigler, G., 1964, A Theory of Oligopoly, *Journal of Political Economy* 72: 44-61.

Gennemsnitspris på 10-MPa fabriksbeton i Århus

