

Kollektiv dominans

Ronny Gjendemsjø, UiB, KT og BECCLE
Lars Sørgard, NHH og BECCLE

Seminar på BECCLE
Tirsdag 20. september 2011

Kollektiv dominans

1. Vurderingen av kollektiv dominans

- Ronny: Det rettslige konseptet
- Lars: I utakt med det økonomiske begrepet?

2. Misbruk av kollektiv dominans

- Lars: Noen eksempler – økonomisk perspektiv
 - Bonusordninger innen luftfart
 - Møt-konkurransenklausul vs prisgarantiklausul
- Ronny: Hva er misbruk fra et rettslig ståsted?

Dominansvurderingen

1. Kort om fremveksten av kollektiv dominans som rettslig begrep
2. Vilkårene for kollektiv dominans
3. «kravet» om links eller bindinger
4. Struktur eller atferdsbasert vurdering?

Dominansvurderingen

- Forente saker T 68/89, Italian Flat Glass, avsnitt 358:
 - *“The Court considers that there is no legal or economic reason to suppose that the term "undertaking" in Article 86 has a different meaning from the one given to it in the context of Article 85. There is nothing, in principle, to prevent two or more independent economic entities from being, on a specific market, united by such economic links that, by virtue of that fact, together they hold a dominant position vis-à-vis the other operators on the same market.”*
- Kommisjonen hadde tidligere prøvd seg med kollektiv dominans
 - Suiker Unie
 - Domstolen fant ikke noe misbruk, og tok ikke stilling til spørsmålet om kollektiv dominans
- Flere etterfølgende saker
 - Med ulike definisjoner av kollektiv dominans

Dominansvurderingen

- Kollektiv dominans og fusjonskontrollen
- Sak C-68/95 og C-30/95 Frankrike mot Kommisjonen, avsnitt 221:
 - “one or more other undertakings which together, in particular because of correlative factors which exist between them, are *able to adopt a common policy* on the market and *act to a considerable extent independently of their competitors, their customers, and also of consumers.*”
- Relevansen av rettspraksis om fusjonskontroll i forhold til § 11 (art. 102).
- Viktige etterfølgende fusjonsaker:
 - Airtours, Impala.

Vilkårene for kollektiv dominans

- To hovedvilkår:
 - Foretakene må kunne følge samme markedsstrategi
 - Et krav om et kollektivt element
 - Være i stand til å koordinere atferden
 - Foretakene må kunne opptre uavhengig av deres konkurrenter
 - Manglende aktuell og potensiell konkurranse
- Et tredje vilkår om links, bånd eller bindinger?

Vilkårene for kollektiv dominans

- I sak T-342/99, Airtours, avsnitt 62 ble kravene til kollektiv dominans utdypet:
- *- first, each member of the dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy. As the Commission specifically acknowledges, it is not enough for each member of the dominant oligopoly to be aware that interdependent market conduct is profitable for all of them but each member must also have a means of knowing whether the other operators are adopting the same strategy and whether they are maintaining it. There must, therefore, be sufficient market transparency for all members of the dominant oligopoly to be aware, sufficiently precisely and quickly, of the way in which the other members' market conduct is evolving;*
- *- second, the situation of tacit coordination must be sustainable over time, that is to say, there must be an incentive not to depart from the common policy on the market. As the Commission observes, it is only if all the members of the dominant oligopoly maintain the parallel conduct that all can benefit. The notion of retaliation in respect of conduct deviating from the common policy is thus inherent in this condition. In this instance, the parties concur that, for a situation of collective dominance to be viable, there must be adequate deterrents to ensure that there is a long-term incentive in not departing from the common policy, which means that each member of the dominant oligopoly must be aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share would provoke identical action by the others, so that it would derive no benefit from its initiative (see, to that effect, Gencor v Commission, paragraph 276);*
- *- third, to prove the existence of a collective dominant position to the requisite legal standard, the Commission must also establish that the foreseeable reaction of current and future competitors, as well as of consumers, would not jeopardise the results expected from the common policy.*

Vilkårene for kollektiv dominans

- Airtourskravene
 - Tilstrekkelig gjennomsiktighet
 - Stabilitet – avskrekkelses- eller gjengjeldesmekanismer
 - Ingen trussel fra aktuelle eller potensielle konkurrenter
- Sak T-193/02, *Piau*, slo Førsteinstansretten fast at de samme kravene gjelder i art 102 (§ 11)

Vilkårene for kollektiv dominans

- Er det krav om links?
 - I de fleste dommer om kollektiv dominans og TFEU artikkel 102 (§11) stilles det et krav om links
 - Kravet har ikke blitt stilt i fusjonskontrollen
 - Spørsmålet er om dette bare er en beskrivelse av de omstendigheter som muliggjør koordinering, eller om det er et krav om bestemte bindinger mellom foretakene
 - Vanskelig å finne en et system i når domstolene stiller opp et slikt krav og når de ikke gjør det
 - Flere av de siste dommene om kollektiv dominans stiller ikke et krav om links
 - Compagnie maritime belge, Irish Sugar og Piau.
 - De sakene som inneholder et slikt krav omhandler lite konsentrerte markeder
 - Almelo, Wouters og TACA .

Krav om links?

- Hva er i så fall økonomiske bånd?
 - Sak T-102/96, *Genor*, avsnitt 276:
 - ***“Furthermore, there is no reason whatsoever in legal or economic terms to exclude from the notion of economic links the relationship of interdependence existing between the parties to a tight oligopoly within which, in a market with the appropriate characteristics, in particular in terms of market concentration, transparency and product homogeneity, those parties are in a position to anticipate one another's behaviour and are therefore strongly encouraged to align their conduct in the market, in particular in such a way as to maximise their joint profits by restricting production with a view to increasing prices.”***
 - Sak C395/96 m.fl. *Compagnie Maritime Belge*, avsnitt 45.
 - ***“The existence of a collective dominant position may therefore flow from the nature and terms of an agreement, from the way in which it is implemented and, consequently, from the links or factors which give rise to a connection between undertakings which result from it. Nevertheless, the existence of an agreement or of other links in law is not indispensable to a finding of a collective dominant position; such a finding may be based on other connecting factors and would depend on an economic assessment and, in particular, on an assessment of the structure of the market in question.”***

Krav om links?

- Nyere rettsrapports tyder på at links ikke er noen nødvendig betingelse
- Uansett så omfatter links alle omstendigheter som gjør det mulig for foretakene å følge samme markedsstrategi.

Vilkårene for kollektiv dominans

- Strukturbasert eller atferdsbasert vurdering?
 - Airtourstesten er en dominansvurdering basert på markedsstrukturen
 - Utviklet med tanke på om en fusjon fører til kollektiv dominans eller koordinerte virkninger
 - Annerledes når en spør om foretakene allerede er kollektivt dominerende?
 - Sak T-464/04, *Impala*, avsnitt 251 og 252:
 - “It follows that, in the context of the assessment of the existence of a collective dominant position, although the three conditions defined by the Court of First Instance in *Airtours v Commission*, paragraph 45 above, which were inferred from a theoretical analysis of the concept of a collective dominant position, are indeed also necessary, they may, however, in the appropriate circumstances, be established indirectly on the basis of what may be a very mixed series of indicia and items of evidence relating to the signs, manifestations and phenomena inherent in the presence of a collective dominant position.”
 - “Thus, in particular, close alignment of prices over a long period, especially if they are above a competitive level, together with other factors typical of a collective dominant position, might, in the absence of an alternative reasonable explanation, suffice to demonstrate the existence of a collective dominant position, even where there is no firm direct evidence of strong market transparency, as such transparency may be presumed in such circumstances.”

Strukturbasert eller atferdsbasert vurdering?

- Impalaavgjørelse tyder på en mer atferdsbasert vurdering
 - Parallell atferd og prisnivå som sentrale momenter
- EU-domstolens avgjørelse i Impala, sak C-413/06
 - Skaper tvil om førsteinstansrettens atferdsbaserte test kan legges til grunn
 - Ikke en eksplisitt avvisning av en atferdsbasert test
 - Men påpeker at vurderingen må bygge på plausible koordineringsstrategier
 - Usikkert hva domstolen mente

Økonomiske betraktninger om kollektiv dominans

- Dominans = Betydelig markedsmakt av en bedrift
 - Jf. guidance paper article 102
- Kollektiv dominans er tilfellet med betydelig markedsmakt av flere bedrifter samlet?
- Men vet fra fusjonskontroll at betydelig markedsmakt kan utøves på to ulike måter
 - Ikke-koordinerte effekter
 - Koordinerte effekter

Kollektiv dominans – snevert?

§ 16

- Begge typer
 - Koordinert
 - Ikke-koordinert
- Fylte et 'hull' i EU i 2004
 - Før det kun (i) koordinerte effekter og (ii) dominans
 - Air Tours eksempel på verken koordinering eller dominans

§ 10

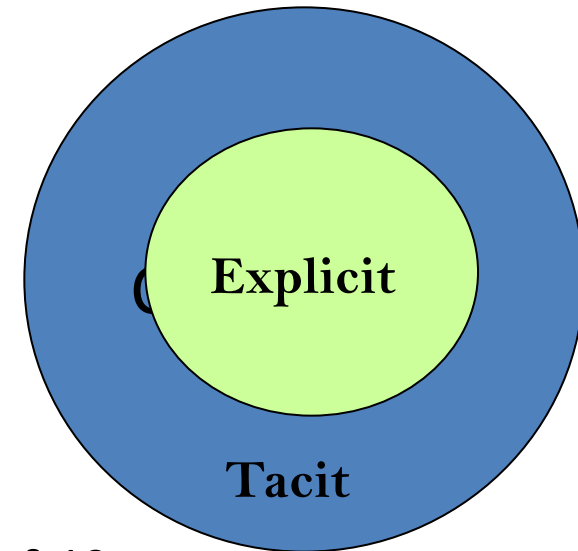
- Kun koordinerte effekter
 - Rimelig, da fokus på kontakt
 - Følgelig koordinering

§11

- Begge typer, men litt ad hoc?
- Dominans:
 - Ikke-koordinert
 - Det vil si ensidige handlinger
- Kollektiv dominans
 - Kun koordinerte effekter
- Er det et 'missing link'?
 - Eks.: Bonusprogrammer
 - Samme handling av flere, men ikke 'collusion'
- Et rom for § 14?

Kollektiv dominans vs § 10

- § 10: 'avtale' eller 'samordnet opptreden'
 - Felles forståelse – dempe konkurransen
 - Basert på **kontakt**
- Økonomisk teori: 'Collusion'
 - Felles forståelse – dempe konkurransen
 - Unngår fangedilemmaet
 - Ikke nødvendigvis basert på kontakt
- Collusion innbefatter to ulike tilfeller
 - Tacit collusion
 - Ingen kontakt, og dermed (normalt) ikke ulovlig iht § 10
 - Explicit collusion
 - **Kontakt**, og dermed ulovlig iht § 10
- Kan kollektiv dominans favne over hele eller deler av tacit collusion?

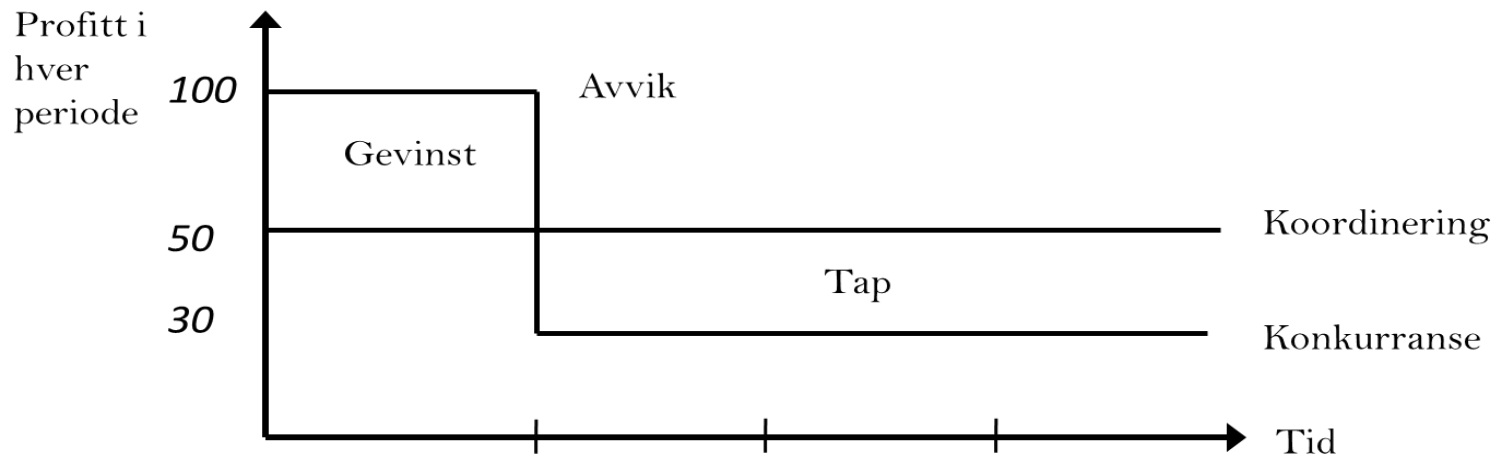


Kollektiv dominans vs tacit collusion

- Air Tours betingelsene fornuftig i lys av økonomisk teori
 - Må se på om det potensiale for collusion
 - Gjennomsiktighet, straffemekanisme, utenforstående etc
 - Potensiale for priser som overstiger de som vil gjelde ved statisk Nash-likevekt (konkurransenpris)
 - Kan alt. sjekke for høye priser direkte, jf. Impala?
- Betyr det at i alle markeder med potensial for collusion er det kollektiv dominans?
 - Eller potensial for kollektiv dominans?

Når er det kollektiv dominans?

- Et marked der de kan unngå fangenes dilemma
 - Kan tenkes å velge høy pris, selv om de i inneværende periode hadde tjent på lav pris
- Kan det være kollektiv dominans selv om de ikke hittil har lyktes med å sette høy pris?
 - Eller først kollektiv dominans når de gjør noe som fører til at de holder høy pris?
 - I så fall er dominans- og misbruksvurderingen en og samme sak



Misbruk i økonomisk forstand

- Iht Guidance paper kan det være misbruk av dominans dersom skade for forbrukerne
 - Fornuftig å se på mulig effekt for forbrukerne
- Men i så fall kan flere bedrifter foreta handlinger som fører til skade
 1. Konkurrerer fortsatt, men mindre hardt (ikke-koordinert effekt)
 2. Lykkes i å unngå å konkurrere (koordinert effekt)
- Kun 2) fanges opp av kollektiv dominans slik det defineres

Misbruk – hvor går grensen?

- Det kan ikke være ulovlig å velge å ikke konkurrere
 - Eks. 1: to entrepenører i nabokommuner
 - Hver av dem selger kun i sin kommune
 - Betyr at hver av dem får de facto monopol
 - Følgelig er ikke all type tacit collusion ulovlig
- Må være noen tiltak de iverksetter
 - Eks. 2: Gjør noe aktivt som de vet vil bidra til dempet konkurranse (møt-konk. klausul m.m.)
 - Rasjonell adferd, som er skadelig for forbrukerne
- Men ikke klart hvor grensen går mellom eks 1 og 2!
 - Hvor langt skal vi gå i å gripe inn i enkelthandlinger?

Eks. 1: Bonusprogrammer

- Flyselskapene har *frequent flyer programs*
 - De gjør (nesten) alle det samme; samlet effekt
- Hevdes at dette fører til dempet konkurranse
 - Hver av dem oppnår lojale kunder
 - Konkurrerer mindre hardt, det vil si at konkurransepris blir høyere enn ellers
- Ikke noen som hevder at en bør sjekke kravene til collusion (Air Tours kravene)
 - Dette et eksempel på ikke-koordinerte effekter
- Faller utenfor dagens tolkning av § 11
- Et 'Missing link' i dagens EU-harmoniserte lovverk, og en begrunnelse for § 14?

Eks. 2: Møt-konkurransen klausul

- Vanlig i en del næringer, bl.a. elektro:
 - *‘Hvis du finner lavere pris hos noen andre, vil vi refundere prisdifferansen’*
- Vil bidra til å disiplinere rivalen, da du automatisk svarer på priskutt
 - Tele 2 hadde det, og deres begrunnelse var at Telenor da ikke ville ha incentiver til å kutte sin pris
- Hører opplagt inn under dagens tolkning av § 11?
 - Kan oppfattes som et instrument for koordinering
 - Kan ikke nå det gjennom vanlig dominans eller § 10
 - Jf. Tele 2 eksempelet

Big Bills
are
History

Bill 124 cm



Nå er det helt slutt
på Telenors monopol.

Fasttelefoni abonnementet, den faste avgiften som du alltid har betalt til vår konkurrent, får du garantert billigere hos Tele2.

Klikk her for
å bestille!

TILBUDET



Fasttelefoni abonnement

- Analog linje 149,- pr mnd
- ISDN-linje 229,- pr mnd

Les mer

BILLIGERE
SAMTALEPRISER



Mange hundrelapper å spare!
Nå er samtaleprisene opptil
47% billigere enn Telenors.

Les mer

BESTILL
HER



Prisgaranti

Tele2 skal alltid være billigere enn Telenor. Vår prisgaranti lover deg at du som privatperson alltid ringer billigere enn Telenors standardpriser og betaler mindre for abonnementet.

Eksempel på møt-konkurransen klausul

Eks. 3: Prisgarantiklausul

- Også ofte observert, bl.a. i elektro:
 - *‘Hvis jeg setter lavere pris til andre av mine kunder, vil du få refundert prisdifferansen’*
- Kan føre til dempet konkurranse ...
 - Dyrt for en selv å senke prisen, og konkurrerer derfor mindre hardt
- ... uten at det er tacit collusion
 - Konkurrerer fortsatt, men konkurranseprisen er høyere enn før klausulen ble innført
- Litt ad hoc at dette ikke rammes, mens møt-konkurransen klausul kan rammes av § 11?
 - Igjen en begrunnelse for § 14
 - § 14 virkemiddel mot forretningspraksis i noen næringer?

Hvordan bevise misbruk?

- Vanskelig å bevise ut fra parallell prisadferd
 - Jf. Woodpulp saken
- Kan vi lære noe av § 10 og informasjonsutveksling?
 - To-delt test
 - Sjekker markedsstrukturen
 - Sjekker om tiltaket er egnet til å dempe konkurransen
- Noen grunn til å behandle kollektiv dominans på en annen måte enn infoutveksling i § 10?
 - Også i tråd med § 11 praksis; capable of (egnet til) etc?
 - Eller som i guidance paper: likely effect

Misbruk

- Kan stilltiende koordinerte høye priser være misbruk (tacit collusion - excessive pricing).
 - Excessive pricing eller urimelig høye priser er formelt sett et misbruk. Sak 27/76, United Brands, avsnitt 248:
 - ***“THE IMPOSITION BY AN UNDERTAKING IN A DOMINANT POSITION DIRECTLY OR INDIRECTLY OF UNFAIR PURCHASE OR SELLING PRICES IS AN ABUSE TO WHICH EXCEPTION CAN BE TAKEN UNDER ARTICLE 86 OF THE TREATY”***
 - ***Avsnitt 250: “IN THIS CASE CHARGING A PRICE WHICH IS EXCESSIVE BECAUSE IT HAS NO REASONABLE RELATION TO THE ECONOMIC VALUE OF THE PRODUCT SUPPLIED WOULD BE SUCH AN ABUSE”***
- Tacit collusion er først et misbruk dersom prisene er urimelig høye

Tacit collusion som misbruk

- Argumenter mot å anse tacit collusion som misbruk.
 - Lovlig rasjonell tilpasning
 - Forskjellig fra individuell dominans?
 - Vanskelig å bevise, og risiko for uriktige avgjørelser
 - Type I og type II feil.
 - Skille mellom dynamiske og modne markeder
 - Hvordan sanksjonere?
 - Hva er den forbudte atferden?
 - Bøter/gebyr?
 - Prisregulering?
 - Prisrapporteringsordning?
 - Strukturelle tiltak?

Tacit collusion som misbruk?

- Hvordan fastslå at en koordinering har ført til for høy pris?
 - Vanskelig i praksis å slå fast at en pris er urimelig høy (excessive)?
 - Pris over et Nash-ekvilibrum i et en-rundes spill?
 - Realistisk at konkurransemyndigheter skal kunne beregne dette?
 - Monopolpris?

Misbruk

- Prisklausuler som misbruk
- Hvor langt må en gå i å påvise en virkning?
 - Faktisk eller potensiell virkning
 - Skillet mellom utnyttende og ekskluderende misbruk
- Skillet mellom dominans og misbruk – ikke forbudt å være dominerende

Prisklausuler som misbruk?

- Virkningskravet
 - Ekskluderende misbruk
 - Ikke krav om faktisk inntruffet virkning
 - Utnyttende misbruk
 - Griper inn mot markedetsresultatet – må påvise et markedetsresultat
- Prisklausuler fører til utnyttende misbruk
 - Må det påvises faktisk virkning eller et konkret markedetsresultat?
 - Begrunnelsen for kravet om potensiell virkning ved ekskluderende misbruk
 - Faktisk mulig å påvise potensiell virkning
 - For sent å reparere markedet etter ekskluderingen
 - Effektivitet
 - Kan argumenteres for et krav til potensiell virkning eller egnethet for prisklausuler.

Prisklausuler som misbruk?

- Skillet mellom dominans og misbruk – ikke forbudt å være dominerende
 - Bruken av prisklausuler kan være omstendigheten som gjør foretakene kollektivt dominerende
 - Kan atferden da også være et misbruk?
 - I sak T 191/98 m.fl. *TACA* ble samarbeidet mellom rederiene både brukt til å etablere kollektiv dominans og vurdert som et misbruk.
 - Er dette et forbud mot å være dominerende?

Misbruk

- Bonusordninger
 - Individuelt misbruk av kollektiv dominans.
 - Sak T-228/97, *Irish Sugar*, avsnitt 66:
 - ***“Whilst the existence of a joint dominant position may be deduced from the position which the economic entities concerned together hold on the market in question, the abuse does not necessarily have to be the action of all the undertakings in question. It only has to be capable of being identified as one of the manifestations of such a joint dominant position being held. Therefore, undertakings occupying a joint dominant position may engage in joint or individual abusive conduct.”***
 - Må fortsatt påvise kollektiv dominans strukturel eller basert på atferd.