

ESAs konkurranserettslige arbeid: Prinsipper, prosedyrer og praksis

Avfall Norge 4 Desember 2019

Eivind Campbell Lillesveen



Konkurransen mellom foretak

- Konkurransen er et virkemiddel for å oppnå mest mulig effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser – en sentral del av det indre marked
 - Monopoler i utgangspunktet ikke ønsket
 - Rettferdig konkurranse på like vilkår
- Gir lavere priser og bedre kvalitet på ytelsene
- Gir bedre utvalg for forbrukere
- Fremmer innovasjon

Konkurransereglene og tilsyn

- Håndheves (offentlig) i Norge av Konkurransetilsynet og ESA eller EU-Kommisjonen (one-stop-shop for EØS, ikke begge samtidig)
 - I stor grad harmoniserte regler
 - Utstrakt samarbeid mellom de ulike tilsynene (inkl. ECN og EFTA Network)
- Sterke virkemidler
 - Bevissikring («dawn raids»)
 - Forklaringsopptak
 - Vedtak om opphør, og bøter opp til ti prosent av global omsetning
- Tre hovedområder
 - Foretakssammenslutninger
 - Ulovlig samarbeid
 - Misbruk av dominerende stilling

Foretakssammenslutninger - fusjonskontroll

- Strukturkontroll ved oppkjøp og fusjoner
 - EØS-avtalen artikkel 57, konkurranseloven § 16, EUs fusjonsforordning
 - Retter seg mot foretakssammenslutning som i «betydelig grad vil hindre effektiv konkurranse»
- Meldeplikt
 - Basert på omsetning (€ 5 mrd totalt/globalt, € 250 mill i EU/EØS)
- Markedsavgrensning
 - Produkt
 - Geografisk (ikke mer enn 2/3 omsetning i ett EU/EØS-land)
- Konsentrasjon
- Inngrep og avhjelpende tiltak

Ulovlig samarbeid

- EØS-avtalen artikkel 53, konkurranseloven § 10 og artikkel 101 TFEU
 - «Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen» = ugyldig
- Typiske overtredelser (horisontalt eller vertikalt i næringskjeden)
 - Prissamarbeid
 - Markedsdeling
 - Informasjonsutveksling

Ulovlig samarbeid – noen praktiske unntak

- Konkurransbegrensende avtaler som ikke er mellom «foretak»
- Avtaler mellom foretak i samme økonomiske enhet - konsernforhold (avverges ex ante ved strukturkontroll og ex post ved forbud mot misbruk av dominerende stilling)
- Bagatellmessig samarbeid - typisk samarbeid (som ikke har til «formål» å begrense konkurranse) mellom aktører med små markedsandeler
- Fullfunksjon joint ventures – hvis kan operere selvstendig, strukturkontroll/forbud mot misbruk av dominerende stilling
- Agent/kommisjonærforhold - opererer ikke selvstendig på markedet

Hva slags «avtale» omfattes?

- Avtalens form er irrelevant (muntlig, usignert, ikke håndhevbar, “gentlemen’s agreement”)
 - “in order for there to be an agreement within the meaning of Article [53](1) of the [EEA Agreement] it is sufficient that the undertakings in question should have expressed their joint intention to conduct themselves on the market in a specific way”
(Case T-41/96, *Bayer v Commission*, para. 67)
- Avtaler som er utløpt, er omfattet hvis de fortsatt har virkning
(Case 51/75, *EMI v CBS*)

«beslutning truffet av sammenslutninger»

- Gjerne et forum for kartellaktivitet eller utveksling av informasjon
 - “[A] recommendation, even if it has no binding effect, cannot escape Article [53 (1)] where compliance with the recommendation by the undertakings to which it is addressed has an appreciable influence on competition (...)” (IAZ, para. 20)
- “sammenslutning” forstås vidt:
 - “As a general rule, an association consists of undertakings of the same general type and makes itself responsible for representing and defending their common interests vis-à-vis other economic operators, government bodies and the public in general” (AG Léger, Case C-109/99 *Wouters*, para. 61)

«Samordnet opptreden»

- Kontakt som reduserer usikkerheten om en konkurrents strategi – medfører presumpsjon om konkurransestridig atferd og kausalitet
 - “[A] form of coordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so-called has been concluded, knowingly substitutes practical cooperation between them for the risks of competition” (Case 48/69 ICI, para. 64)
 - “A concerted practice implies, besides undertakings' concerting together, conduct on the market pursuant to those collusive practices, and a relationship of cause and effect between the two” (Case C-49/92 Anic, para. 118)

EØS artikkel 53 - Formålsrestriksjon og virkningsbasert restriksjon



EØS artikkel 53 - formål og virkning

- Formål: karteller og hardcore horisontal/vertikal
 - Restriksjoner med åpenbare konkurransehemmende virkninger – artikkel 53 bokstav a til e
 - Alvorlig karakter: vil omtrent alltid redusere konkurransen
 - Konkurransehemmende virkning ønsket (men: ikke nødvendig å bevise subjektiv skyld)
 - Ingen detaljert analyse av markedsstruktur er nødvendig
 - Sterk presumsjon for brudd på konkurranserett: liten sjanse for rettferdiggjøring
- Virkning: alle andre non-hard core-avtaler (horisontal/vertikal)
 - = behov for virkningsanalyse (grensene mellom disse er ikke alltid klare, se f.eks. sak C-8/08 *T-mobile*)

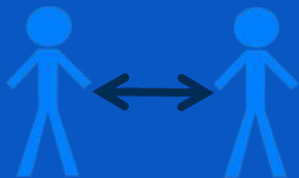
Hard core-kartellsamarbeid

- Prisfiksing
- Angi fremtidig prishensikt
- Dele kunder og/eller markeder
- Boikott
- Avtale om å begrense produksjonen
- Anbudsrigging (f.eks prisingulv)

Tredje ledd og Gruppefritak

- Mye kan rettferdiggjøres i tredje ledd av Artikkel 53
- Trygghavn = forordning om gruppefritak etter artikkel 53(3)
 - Kategorier av vertikale avtaler, teknologioverføring, bildistribusjon, FoU
 - Tommefingerregel: OK hvis markedsandelen er under visse terskler og ingen hardcore restriksjon
 - Hardcore restriksjon: minste utsalgspris, territoriale begrensninger/fordelinger

Nøkkelpbegreper: horisontal og vertikal



Horisontal

- Konkurransen mellom konkurrenter

Vertikal

- Konkurransforhold mellom ikke-konkurrenter
- Oppstrøms og nedstrøms – foretak i ulike nivåer i produksjons-/distribusjonskjeden



Horisontale avtaler

- Avtaler mellom konkurrenter kan være fordelaktige f.eks.:
 - Forener komplementære ferdigheter/eiendeler
 - Deler risiko/kostnader
- Avtaler mellom konkurrenter kan hemme konkurransen, f.eks.:
 - Begrense konkurransen mellom rivaler
 - Fasilitere samordning/ “samordnet resultat”
- Informasjonsutvekslingsavtaler (association market information systems)
- FoU-samarbeid (Felles FoU og utvikling/markedsføring)
- Produksjons- eller spesialiseringsavtaler
- Felles innkjøpsavtaler
- Felles salgs- og markedsføringsavtaler (f.eks. salgslag)
- Standardiseringsavtaler (felles tekniske standarder)

Vertikale avtaler (distribusjonsavtaler – typisk produsent/distributør-forhold)

- Typisk mindre konkurransehemmende enn horisontale restriksjoner
- Kan medføre betydelig effektivitetsgevinst
- Bekymringer oppstår typisk kun hvis markedsakt opp- eller nedstrøms = nokså begrenset rolle i håndhevingspraksis
- Vertikale avtaler kan hemme konkurransen, f.eks.:
 - Opprettholde kvalitet/merkevare (f.eks. luksusvarer)
 - Strømlinjeforme distribusjonen = kan lede til lavere priser
- Vertikale avtaler kan hemme konkurransen
 - Utkonkurrere andre leverandører
 - Svekke leverandørkonkurransen (mellom ulike merker)
 - Hindre markedsintegrasjon



Misbruk av dominerende stilling

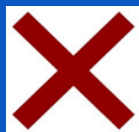
- Artikkel 54 EØS forbyr misbruk av dominerende stilling i EØS (sml. konkurranseloven § 11 og TFEU artikkel 102)
- Gjelder ulovlig, ensidig atferd
 - Må være en påvirkning av handelen mellom EØS-landene
 - Atferden må minimum være egnet til å ha en konkurransebegrensende virkning
 - Den kan ikke begrunnes
- Det er ikke ulovlig å være dominerende – men medfører spesielt ansvar

Hva er «misbruk»?

“[A]n objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.” (*Hoffmann - LaRoche*)



“normal konkurranse” – bedre kvalitet, pris, effektivitet etc.



Misbruk – konkurrere med andre midler enn det som er normalt for kommersielle aktører i bransjen (Høyesterett, *Tine*-dommen):

prismisbruk (lojalitetsrabatter, rovprising, marginskvisning)

Annet misbruk (koblingshandel, leveringsnekt, eksklusivitet)

Kun ulovlig hvis dominerende aktør

- Slik atferd er ulovlig misbruk kun hvis det er en dominerende aktør som utøver den
 - Samme atferd – som f.eks. rabatter – kan være lovlig hvis det er ikke-dominerende aktører som utøver den
- Så når er en aktør «dominerende»?

Dominans

Et foretak er dominerende hvis det er i en økonomisk styrkeposisjon som tillater det å:

hindre opprettholdelsen av effektiv konkurranse i det relevante markedet...

*...ved å gi det makt til å opptre i merkbar utstrekning uavhengig fra dets konkurrenter, kunder og til slutt dets forbrukere
(United Brands)*

Dominans (forts.)

- Dominans innebærer altså å ha signifikant markedsrett
 - Et foretak kan f.eks. heve prisene betydelig uten å bli effektivt utfordret av konkurrenter/kunder
- Hvordan vurdere dominans i praksis?
 - Markedsandeler (for det dominante selskapet og dets konkurrenter)
 - Etableringshindringer og ekspansjonshindringer
 - Motmakt (kjøpermakt som motmakt til selgermakt)
- “In general, a dominant position derives from a combination of several factors which, taken separately, are not necessarily determinative” (*United Brands*)

Hovedtrekk i ESAs undersøkende myndighet

Etterforskning

(Kap II, Protokoll 4 ODA)

Anmodning om
informasjon

(Art. 18)

Forklarings-
opptak

(Art. 19)

Inspeksjoner

(Art. 20-21)

Typiske triggere for undersøkelse

- Tredjepart inngir *formell klage*, f.eks forbrukere, engros-kunder, konkurrenter
- ESA starter etterforskning på *eget initiativ*, f.eks basert på markedsinformasjon fra tredjepart eller pressedekning
- *Konkurransetilsynet henviser* en sak med et grenseoverskridende element til ESA
- Deltaker i kartell/konkurranshemmende avtale henvender seg til ESA (*varslere* kan på visse betingelser få immunitet eller redusert bot)

Anmodning om informasjon (Art. 18)

- ESA kan ved en enkel anmodning eller beslutning pålegge foretak å gi all nødvendig informasjon
- Den vanlige tilnærmingen er enkel anmodning, beslutning så langt ikke benyttet
- Bøter kan ilegges for manglende informasjonstilgang, eller for villedende eller uriktig informasjon

Forklaringsopptak (Art. 19)

- ESA har adgang til å intervju enhver person som samtykker til det med det formål å skaffe til veie informasjon knyttet til en etterforskning
- Muntlig forklaring kan også tas i tilknytning til varsel fra deltaker i kartell eller konkurransehemmende avtale
- Forklaringsopptak er frivillig...
- ...men ESA vil kunne verifisere riktigheten av en forklaring som er gitt

Kompetanse til å gjennomføre kontroll i forretningslokaler/private hjem (Art. 20-21)

- ESA kan gjennomføre alle nødvendige kontroller hos foretak eller sammenslutninger av foretak
- ESA har myndighet til å
 - Ta seg inn i et foretaks lokaler
 - Granske regnskap, arkivmateriale o.a.
 - Ta kopier i enhver form, f.eks. speile harddisk til servere
 - Forsegle forretningslokaler
 - Be om forklaring om faktum eller dokumenter knyttet til kontrollens gjenstand og formål
 - Ta seg inn i og gjennomgå andre lokaler hvis rimelig mistanke tilsier at relevant materiale finnes der, f.eks. biler og private hjem
- Foretaket har da en samarbeidsplikt. Brudd på plikten = mulkt/dagbøter

Eksempler på kontroller ESA har utført

- Egne kontroller:
 - 2014 - *Widerøe*
 - 2012 - *Telenor Norge AS* og *Telenor ASA*
 - 2006 - *Color Line AS* (beslutning og bot (€ 18,8 mill) 2011)
 - 2004 - *Posten Norge AS* (beslutning og bot (€ 12,89 mill) 2010, dom i EFTA-domstolen i 2012 (boten redusert til € 11,112 mill))
- Kontroller utført på forespørsel fra Kommisjonen
 - 2013 - Olje og biodrivstoff-sektoren
 - 2012 - EI-sektoren

Hovedskritt frem til «statement of objections» (meddelelse om innsigelser)

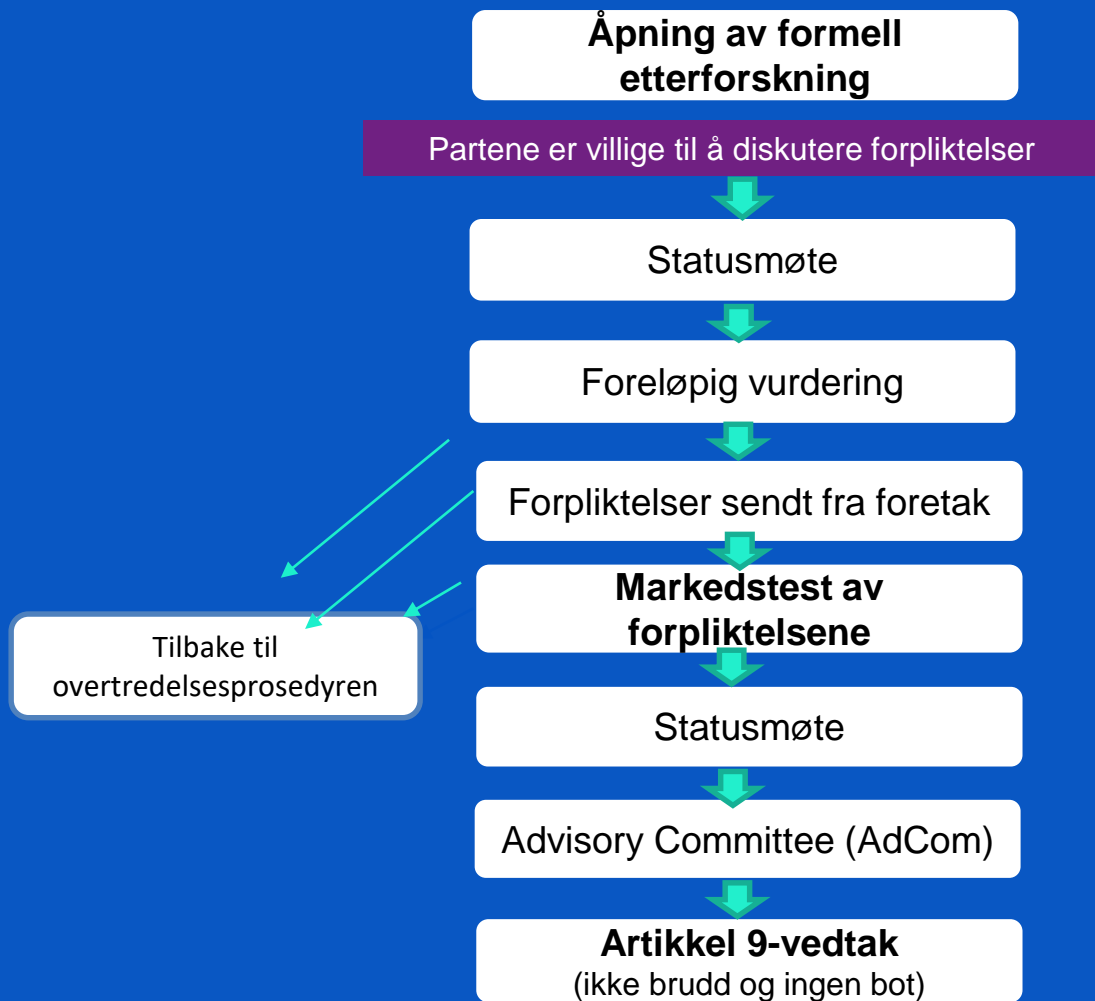


Mulighet for å gå til pålegg/forlik

Hovedskritt etter meddelse om innsigelser



Forpliktelsesprosedyre



Partene er villige til å diskutere forpliktelser

Forliksdiskusjoner med partene

Forlikstilbud fra partene

Strømlinjeformet SO

Skriftlig svar på SO

Advisory Committee (AdCom)

Strømlinjeformet beslutning
(Erkjenner overtredelse =
redusert bot)

Kan til enhver tid gå tilbake til vanlig prosedyre

Forlikprosedyre

Bøter

- ESAs primære sanksjonsmulighet er bøter
- ESA har ikke myndighet til å ilegge straffesanksjoner mot enkeltpersoner
- Fastsettes i samsvar med retningslinjer. Kan være opptil 10% omsetning til konsernet – verden over – foregående år
- Mulighet til å få nedsatt bot eller full immunitet for foretak som avslører sin deltagelse i kartell. Vilkårene tilsier bl.a.:
 - Kun for første foretak
 - Kun hvis ESA får bevis og informasjon som gir grunnlag for målrettet kontroll eller for å finne en overtredelse
 - Overtredelsen må omgående opphøre

Privat håndheving

■ Nasjonale domstoler

- Har myndighet til å vurdere EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og å avgjøre hvorvidt konkret avtale eller atferd er i strid
 - Konkurranseshemmende avtaler er ugyldige og kan ikke håndheves
 - Den som har lidt tap pga. ulovlig konkurranseatferd kan kreve erstatning (E-6/17 *Fjarskipti*)
 - ESA kan sende «amicus curae» til norske domstoler (eks. asfaltsaken)
- ## ■ Økende viktighet

Nyttig informasjon

Diverse guidelines og notices er tilgjengelig på våre nettsider (på engelsk, norsk, tysk og islandsk)

- Behandling av klagesaker
- Anvendelse av artikkel 53(3)
- Definisjon av relevant marked
- Best practices
- Immunitet for bøter og reduksjon i bøter i kartellsaker
- Om horisontale og om vertikale avtaler
- ...med mer

ESA

EFTA
Surveillance
Authority

 eftasurv

 @eftasurv

 EFTA Surveillance Authority

www.eftasurv.int

