

# Koordinerte effekter i saker om foretakssammenslutninger

Konkurranserettsforum/  
konkurransøkonomisk forum,  
Bergen 9. mai 2007

Seniorrådgiver Gjermund Nese, Konkurransetilsynet  
Seniorrådgiver Jostein H. Solberg, Konkurransetilsynet



**Konkurransetilsynet**  
Norwegian Competition Authority

# Oversikt og avgrensning av temaet

- Inngrepskriteriet:
  - "føre til eller forsterke en vesentlig begrensning av konkurransen", krrl. § 16 første ledd
  - SIEC=Significant Impediment of Effective Competition (EU, tidligere dominanstest)
  - SLC=Substantially Lessening of Competition (USA, UK m.fl.)
- Avgrense mot samfunnsøkonomisk tap/gevinst, krrl. § 16 jf. § 1
- Kravet til årsakssammenheng



# Inngrepskriteriet

- To hovedtyper av analytiske rammeverk
  - Ensidig markedsrett (Non-coordinated, unilateral)
    - Det sammenslåtte foretaket alene
    - Ensidige virkninger i oligopolistiske markeder
  - **Koordinerte effekter**



# Hva menes med koordinerte effekter?

- Markedsstruktur der de enkelte aktørene finner det mer rasjonelt å samordne sin markedsatferd i stedet for å konkurrere
  - Koordinering av utbud/pris
  - Koordinering av kunder/markeder
- Kan føre til eller forsterkes både ved horisontale, vertikale og konglomerate sammenslutninger



# Perspektiv

- Litt om forholdet til krrl. § 10
- Viktig at de analytiske rammeverk i henhold til retningslinjer etc. ikke tolkes for smalt (Commentary on the Horizontal Merger Guidelines (US DoJ & FTC) s. 22



# Sentrale kilder

- Krrl. § 16, Clayton Act section 7, Fusjonskontrollforordningen artikkel 2 (2) og (3)
- Retningslinjer fra Kommisjonen (horisontale, utkast til ikke-horisontale)
- Retningslinjer fra US DoJ/FTC
- Tidligere retningslinjer fra Konkurransetilsynet (1996)
- Saker fra CFI/ECJ; særlig Airtours og Impala (Sony/BMG), amerikanske saker, norske avgjørelser



# Videre opplegg

- En gjennomgang av det økonomiske teoretiske rammeverket. Hva kjennetegner en markedsstruktur der det foreligger koordinerte effekter?
- Hvordan er koordinerte virkninger behandlet i praksis?
- Særlig fokus på utviklingen i EU; Airtours og Impala (Sony/BMG)



# "A more economic approach in EU merger control"

**Figure 2**

## **MAIN ELEMENTS OF THE "MORE ECONOMIC APPROACH"**

- New prohibition criterion "significant impediment to effective competition" (SIEC)
- New substantive concepts in the Horizontal Merger Guidelines: Herfindahl-Hirschman Index, coordinated and unilateral effects analysis, "efficiency defence"
- Procedural changes: extended time limits, increased investigative powers, greater information requirements
- Appointment of Chief Economist, establishment of advisory body EAGCP
- Strengthened use of quantitative analysis in case practice



# Disposisjon

- Koordinerte vs. ikke-koordinerte effekter
- Relevant litteratur
- Økonomisk tilnærming
- Sentrale kriterier for dannelse av koordinerte effekter
- Kommisjonens retningslinjer for vurderingen av koordinerte effekter
- Konklusjon



# Fusjoner kan svekke konkurransen (1)

- **Ikke-koordinerte effekter:**
  - Ensidige effekter
  - Horisontale fusjoner reduserer antall konkurrerende foretak, gir potensielt det fusjonerte foretaket økt markedsrett → økte priser og redusert velferd



# Fusjoner kan svekke konkurransen (2)

- **Koordinerte effekter:**

- Utgangspunkt: Samarbeid (collusion) mellom foretak kan lede til redusert velferd sammenliknet med under virksom konkurranse.
- Fusjoner som øker foretakenes evne og mulighet til å samarbeide gir opphav til **koordinerte effekter/kollektiv markedsrett/stilltiende samarbeid**.
  - Eksplisitt (dvs. karteller) vs. stilltiende samarbeid
    - Samme effekt og fokus på samme kriterier
    - Viktigste forskjell knyttet til kommunikasjon



# Relevant litteratur

- Eksempler på relevant litteratur:
  - Aigner et al. (2007): "The Analysis of Coordinated Effects in EU Merger Control: Where Do We Stand after SONY/BMG and Impala?"
  - Ivaldi et al. (2003): "The Economics of Tacit Collusion".
  - Kolasky et al. (2002): Coordinated Effects in Merger Review: From Dead Frenchmen to Beautiful Minds and Mavericks".



# Økonomisk tilnærming (1)

- Utgangspunkt: Oligopol gir lavere profitt enn monopol.
- Kan gjøre det bedre: Alle foretak samarbeider om å realisere samme utfall som under et monopol. Hvert foretak sitter igjen med sin andel av monopolprofitten.
- Resultatet av samarbeidet ligger antakelig et sted mellom monopol- og oligopolprofitt.



# Økonomisk tilnærming (2)

- MEN: Samarbeid er grunnleggende ustabil – ikke en likevekt
  - Fangens dilemma: Samarbeide eller "jukse"? Vil være individuelt lønnsomt å jukse, gitt at de andre opprettholder sitt samarbeid.



Bedrift 2 Bedrift 1	Samarbeide (lav produksjon)	Jukse (høy produksjon)
Samarbeide (lav produksjon)	<b>Samarbeid!</b> (200, 200)	(50, 250)
Jukse (høy produksjon)	(250, 50)	<b>Konkurransen!</b> (100, 100)



# Økonomisk tilnærming (3)

- Kan ikke anta at fusjoner i oligopolistiske markeder som regel vil skape eller oppmuntre til stilltiende samarbeid.
- Viktig å identifisere kjennetegn ved markeder som understøtter stilltiende samarbeid.
- Når vil en fusjon gi opphav til koordinerte effekter?



Bedrift 2 Bedrift 1	Samarbeide (lav produksjon)	Jukse (høy produksjon)
Samarbeide (lav produksjon)	<b>Samarbeid!</b> (200,200)	(50,250)
Jukse (høy produksjon)	(250,50)	<b>Konkurransen!</b> (100,100)



# Sentrale kriterier for dannelse av koordinerte effekter (1)

- Få foretak
  - Ingen "urokråke" (maverick)
- Gjentatt interaksjon mellom foretakene
  - Flere perioder, øker sannsynligheten for å komme frem til en felles forståelse uten eksplisitte avtaler/kommunikasjon, bidrar til kort "avsløringstid"
- Etableringsbarrierer
  - Økt profitt tiltrekker nye foretak
- Evne til å nå et felles akseptabelt samarbeid
  - Homogene produkter, stabile markedsbetingelser, transparens, symmetri, lav kjøpermakt
- Lett å avdekke juks
  - Som punkt 4
- Troverdige trussel om straff ved juks
  - Kort "avsløringstid", flermarkedskontakt, ledig produksjonskapasitet.



# Sentrale kriterier for dannelse av koordinerte effekter (2)

- Strategiske tilpasninger:
  - Uttalelser i pressen, offentlige prislister, bransjeorganisasjon → Forenkler samarbeid
  - Meeting competition-klausul → avslørings- og straffemekanisme



# Sentrale kriterier for dannelse av koordinerte effekter (3)

- Strukturelle koblinger:
  - Krysseierskap, samarbeid om FOU, delt eierskap i distribusjonsleddet etc.
  - Gir sammenfallende interesser og insentiver til samarbeid



# Kommisjonens retningslinjer (1)

1. Sannsynlighet for koordinering/stiltiltende samarbeid:
  - Få aktører, homogene produkter, stabil etterspørsel, lite innovasjon, symmetriske aktører, strukturelle koblinger
  - "Enkle" kunder, lett å identifisere den enkelte kundes leverandører → naturlig markedsdeling
  - Mulig å identifisere iverksatte strategier for å løse informasjonsproblemer?



# Kommisjonens retningslinjer (2)

2. Er koordineringen opprettholdbar?
  - Mulig å kontrollere avvik (transparens), troverdig trussel om straff, mulig å identifisere iverksatte strategier for å lette kontroll?
  - Kort avsløringsperiode, flermarkedskontakt
  - Utenforstående virksomheters respons: Eksistensen av mavericks, etableringsbarrierer
  - Kjøpermakt



# Kommisjonens retningslinjer (3)

3. Må sjekke om fusjonen *fører til* eller *forsterker* potensialet for koordinering
  - Må i prinsippet vurdere hvordan fusjonen påvirker hver av faktorene nevnt over



# Konklusjon

- Kommisjonens retningslinjer for vurdering av koordinerte effekter bygger på økonomiske kriterier knyttet til stilltiende samarbeid
- Avgjørende at koordinerte effekter oppstår *som følge av* fusjonen
  - Jf. Impala-saken: Kommisjonen hadde ikke gjennomført en tilstrekkelig fremadskuende/fremtidsrettet analyse
  - Vanskelig å spå om fremtiden
    - Selv for økonomer!



# Koordinerte virkninger i praksis

- Muligheten for inngrep som følge av at konkurransen vesentlig begrenses/en vesentlig begrensning forsterkes grunnet koordinerte virkninger/kollektiv markedsrett/kollektiv dominans har vært anerkjent siden fusjonskontroll ble innført
- Norge: Retningslinjer for kontroll av bedriftserverv av 1996
  - Kjennetegn ved et marked for å komme frem til vilkår for samordningen
  - Varighet over tid: Mulighet for å "straffe" avvik
- Norge: Flere saker, blant annet NorBetong, FADs vedtak i Statkraftsakene, Falck/Viking (oppretholdt av FAD på annet grunnlag)



# Koordinerte virkninger i praksis forts.

- USA: Horizontal Merger Guidelines
  - Conditions Conducive to Reaching terms of Coordination
  - Conditions Conducive to Detecting and Punishing Deviations
  - Betydningen av Mavericks



# Koordinerte virkninger i praksis

## EU – Nestlé/Perrier

- EU: Kollektiv dominans ikke spesifikt nevnt i Forordningen av 1989. Tok utgangspunkt i misbruksbestemmelsen i art. 86 (nå art. 82)
- Kommisjonens første sak om kollektiv dominans i fusjonskontroll: Avgjørelse i 1992: Nestlé/Perrier (sak IV/M.190): kildevann på flaske
  - Refererte til en rekke teoretisk relevante faktorer for kollektiv dominans
  - Godkjent på vilkår



# EU: Kali+Salz

- Kommisjonsavgjørelse i 1993 (sak M.308)
- Kollektiv dominans i markedet for kaliumkarbonat ("potash")
- Refererte til en rekke faktorer: modent og stabilt marked, homogent produkt, manglende innovasjon, høy grad av transparens mv. Godkjent på vilkår.
- Opphevet av ECJ i 1998 (forente saker C-68/94 og C-30/95 Frankrike og SPCA mot Kommisjonen), men konseptet om kollektiv dominans under forordningen av 1989 ble bekreftet (saksøkerne hadde bestridt dette)



# EU: Gencor/Lonrho

- Kommisjonens avgjørelse i 1993 (sak M.308): forbud. Markedene for platina og rhodium
- Basert på homogenitet, markedstransparens, tendens mot parallell adferd før fusjonen og fjerning av Lonrho som "a more active player" ("maverick")



# EU: Gencor/Lonrho CFIs avgjørelse

- CFI i 1999 (sak T-102/96): Opprettholdt Kommisjonens avgjørelse.
- Ble lagt avgjørende vekt på koblinger ("economic links") definert som:



# CFI : Gencor/Lonrho, para 276

"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 maximize their joint profits by restricting production with a view to increasing prices. In such a context, each trader is aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share (for example a price cut) would provoke identical action by other, so that it would derive no benefits from its initiative. All traders would thus be affected by the reduction in price levels."



# Tiden før CFI i Airtours

- Kritikk: manglende holdbare økonomiske resonnementer i Kommisjonens avgjørelser
- Var testen som ble benyttet for statistisk, jf. Gencor, svak hentydning til mulighet for straff (spillteori – flere møter over tid)
- Begrenset overprøving fra domstolene



# Airtours/First Choice: Kommisjonens avgjørelse

- Sak COMP/M.1524 i 1999: 4 til 3-fusjon (tilbydere av utenlands pakkereiser i UK). Dannelse av kollektiv dominans – forbud.
- Baserte avgjørelsen på blant annet homogenitet, lav etterspørselsvekst, liten prissensitivitet, økt transparens, symmetri, kommersielle koblinger mv.
- Vist til straffemekanismer, men uttalt at dette ikke var nødvendig



# Airtours/First Choice: CFI

- Avgjørelse i 2002 (sak T-342/99). Varsel om mer inngående domstolskontroll (jf. også Tetra Laval/Schneider)
- Særdeles sterk kritikk av Kommisjonens avgjørelse, både bevisvurdering og økonomisk analyse
- Klargjorde vilkårene for kollektiv dominans, para 62
  - Transparens – overvåke konkurrenters adferd
  - Varig ("sustainability") – mulighet for å straffe avvik ("retaliation")
  - Konkurrenters og kunders mulighet for å destabilisere



# Airtours/First Choice: CFI

- Understreket at analysen må være fremadskuende ("prospective")
- Strengt beviskrav?
  - "create a situation of collective dominance [...] produce convincing evidence." (para 63)
  - "far from basing its prospective analysis on cogent evidence [...]" (para 294)



# Etter Airtours

- Klargjøring av vilkårene for kollektiv dominans i fusjonssaker
- For strenge beviskrav?
- Kommisjonen tilbakeholden
- Reform av EUs fusjonskontroll
  - Ny forordning i 2004 No. 139/2004 Fra dominantstest til SIEC-test
  - Horizontal Merger Guidelines



# EUs horisontale retningslinjer

- Koordinerte effekter. Hensyntagen til Airtours og et omfattende teoretisk rammeverk. Teori om stilltiende samforstand ("tacit collusion")
- Inndeling i:
  - Reaching terms of coordination (kjennetegn ved markedet)
  - Sustainability (varig)
    - Monitoring deviations
    - Deterrent mechanisms
    - Reactions from outsiders



# Sony/BMG: Kommisjonens avgjørelse

- Avgjørelse i 2004 (sak COMP/M.3333). Godkjente fellesforetaket. Joint venture omfattende deler av virksomheten (Artist & Repertoire (A&R=FoU) og markedsføring/salg)
- 5 til 4-sammenslutning
- Markedene for innspilt musikk, lisenser for online musikk og distribusjon av online musikk
- Svært kritisk Statement of Objections
- U-sving om
  - Transparens (særlig grunnet rabatter, heterogene produkter)
  - Muligheter for å straffe avvik (kunne ikke finne eksempler på dette fra tidligere)
- Påla seg et strengt beviskrav, jf. Airtours
- Godkjent i USA, samarbeid amerikanske myndigheter (Jf. konflikten etter GE-Honeywell)



# Sony/BMG: CFI (Impala)

- Kommisjonens godkjenning brakt inn for CFI av tredjepart, Impala
- CFI opphevet Kommisjonens godkjenning i 2006 (sak T-464/04)
- Sterk kritikk av Kommissjonen, særlig U-svingen



# Impala CFI

- Omfattende avgjørelse. Vektlegging av markedet for innspilt musikk og særlig spørsmålet om forsterking av en situasjon med kollektiv dominans. I Airtours var spørsmålet om det ble skapt en situasjon med kollektiv dominans.
- Klargjøring av Airtours og muligens også senket bevisbyrde.



# Impala CFI

- Transparens:  
“The requisite transparency does not mean that each member may at any moment be aware of every detail of the precise conditions of each sale made by the other members of the oligopoly but must, first, make it possible to identify the terms of the tacit co-ordination and, second, give rise to a serious risk that deviant conduct of such type as to jeopardise the tacit coordination will be discovered” (para 440).



# Impala CFI

- Kravet til mulighet for å straffe avvik (svar på Kommisjonens vektlegging av at bruk av straff ikke var påvist/bevist):  
“the mere existence of effective deterrent mechanisms is sufficient, in principle, since if the members of the oligopoly conform with the common policy, there is no need to resort to the exercise of a sanction” (para 466).



# Impala CFI

- Beviskravet senket ved forsterkning av kollektiv dominans:

"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*, [...], 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" (para 251)



# Impala CFI

“Thus, in particular, the close alignment of prices over a long period, especially if they are above a competitive level, together with other factors typical for a collective dominant position, might, in the absence of an alternative reasonable explanation, suffice to demonstrate the existence of a collective dominant position, even when there is no direct firm evidence of strong market transparency, as such transparency may be presumed in such circumstances” (para 252)



# Impala CFI - konsekvenser

- Notifisert på nytt under (gammel test gjelder), men også påanket til ECJ
- Tredjeparters stilling
- Krav til bevis og analyse ved godkjenning – problemer i tvetydige saker
- Airtours-kriteriene gjelder fortsatt, men muligens en noe mindre streng tilnærming enn det som følger av/ble oppfattet å følge av Airtours.
- Lavere bevisbyrde for mulighet for straff for avvik eller en klargjøring?



# Impala CFI - konsekvenser

- Lavere krav til å påvise transparens eller en klargjøring?
- Viser at det er forskjell i vurderingen av bevis og i analysen ved opprettelse og forsterkning.
- Betydningen av utsagn som "convincing evidence" som benyttet i Airtours.
- Neppe særlig endret vurdering som følge av SIEC-testen (mer økonomisk tilnærming allerede startet)



# Kort om kollektiv dominans i ikke-horisontale sammenslutninger

- Koordinerte virkninger omtalt i utkast til retningslinjer fra Kommisjonen
  - Samme fire hovedpunkter
    - Reaching terms
    - Sustainability
      - Monitoring
      - Deterrence
      - Reactions from outsiders



# Ikke-horisontale sammenslutninger

- Koordinerte virkninger vil kunne oppstå særlig grunnet
  - Vertikale: Økt informasjonsutveksling, økte straffemuligheter og hindre etablering
  - Konglomerate: Multimarkedskontakt (jf. teori om stilltiende samarbeid)

