

Kommisionens horisontale retningslinjer og andre konkurrenceretlige udviklinger vedrørende artikel 101 og 102

DANSK FORENING FOR KONKURRENCERET

København, den 29. november 2010

Lars Kjølbye

COVINGTON & BURLING LLP

BEIJING BRUSSELS LONDON NEW YORK SAN DIEGO SAN FRANCISCO SILICON VALLEY WASHINGTON

Oversigt

- Ny ledelse, ny konkurrencepolitik?
- Samspil med Kommissionens øvrige politikker
- Formål kontra virkning i artikel 101, stk. 1
- Kommissionens horisontale retningslinjer
 - Informationsudveksling
 - Standardiseringsaftaler
- Tendenser på misbrugsområdet
 - Tilsagsbeslutninger
 - *AstraZeneca og Deutsche Telekom*

Ny ledelse, ny konkurrencepolitik?

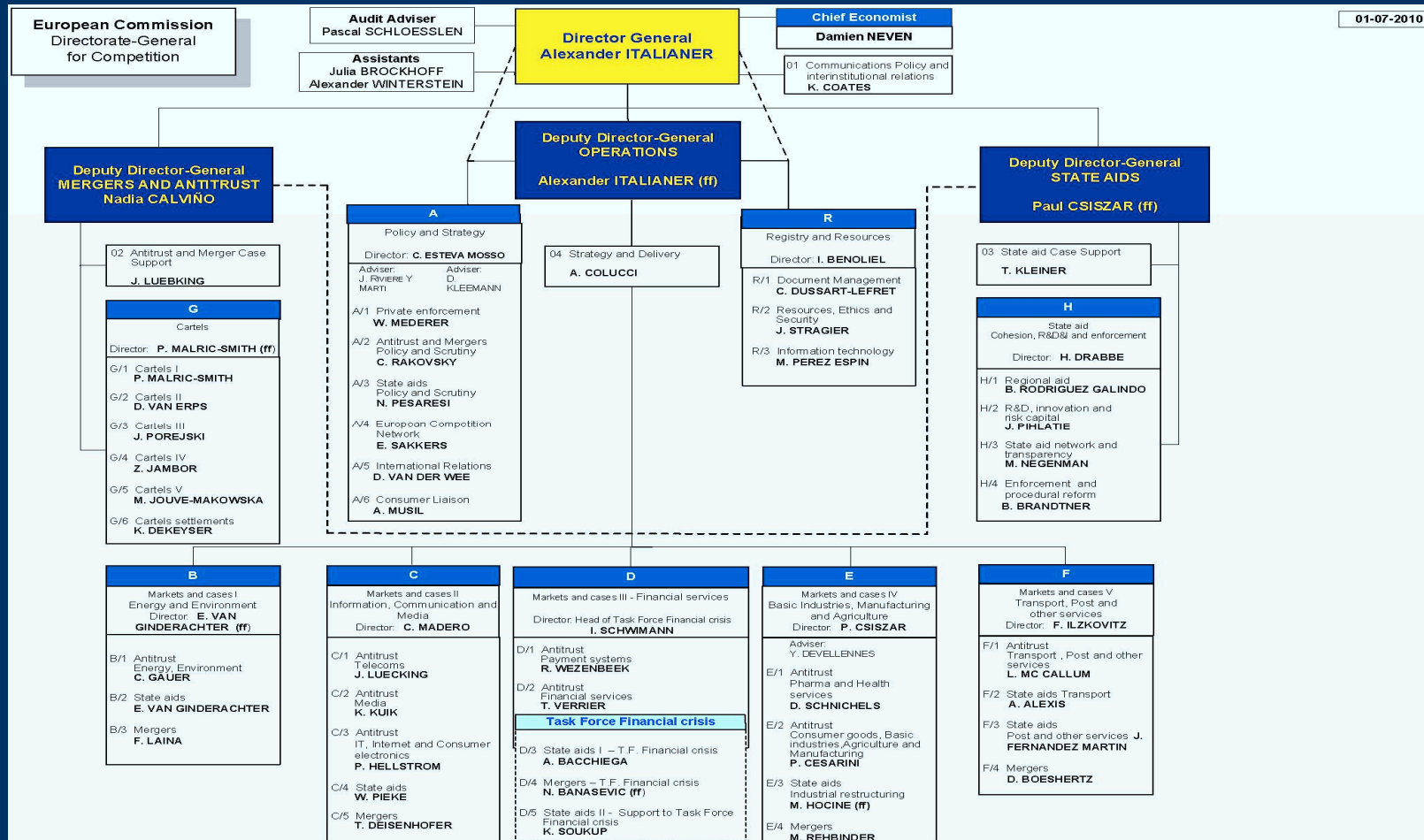
Ny ledelse

- Kommissær Almunia
- DG Konkurrence
 - Alexander Italianer (generaldirektør)
 - Cecilio Madero (fungerende vice-generaldirektør)
 - Gert-Jan Koopman (ny vice-generaldirektør)
 - Ny cheføkonom på vej

Ny politik?

- Mere nuanceret stil og større forsigtighed
- Større interesse i substans men ikke nødvendigvis i konkurrencepolitik
- Kontinuitet i håndhævelsesfokus
 - Karteller
 - Misbrug af dominans
- Men endnu ingen klar linje

Ändres strukturer?



Samspil med Kommissionens øvrige politikker

Betydningen af Almunias fortid

- Tidligere chef for DG ECFIN, et service DG
- Macroøkonom
- Garvet politiker, der værdsætter et godt forhold til Europa-Parlamentet
- Konsekvens: større tilbøjelighed til at lytte til andre og promovere integreret tilgang
- Ekempel: Kommissionens Digitale Dagsorden

Kommissionens digitale dagsorden

- Digitalt indre marked
 - Højhastighedsbredbånd til alle
 - Konkurrence over grænserne
 - Adgang til indhold
 - Fremme af online handel
 - Forbedring af interoperabilitet og standardiseringsprocesser for at sikre åbenhed

Konsekvenser for konkurrencepolitikken

- Fornyet fokus på begrænsninger af online handel (vertikale retningslinjer)
- Fokus på standardiseringsaftaler
- Fokus på adgang til bredbånd og nye teknologier

Formål kontra følge i artikel 101, stk. 1

Konkurrencebegrænsende formål

- Overlap mellem ”formål”, ”hardcore” og ”naked restrictions”
- Retningslinjerne vedrørende artikel 101, stk. 3:
“Der er tale om konkurrencebegrænsninger, der i lyset af formålene med EU's konkurrenceregler har et så stort potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det i relation til anvendelsen af artikel 101, stk. 1, ikke er nødvendigt at påvise nogen konkrete virkninger på markedet.”

Er der ved at ske et skred i analysen?

- Ny tendens: "formål" bredere end "hardcore"
- BA/AA/Iberia

"The agreements concluded between BA, AA and IB provided for extensive cooperation in relation to key parameters of airline competition. In particular, the parties agreed to jointly establish fares, regulate capacity, coordinate their respective schedules, and cooperate with respect to sales and marketing. Moreover, the parties decided to share overall revenues and sell each other's products and services without regard to which party is operating the aircraft.

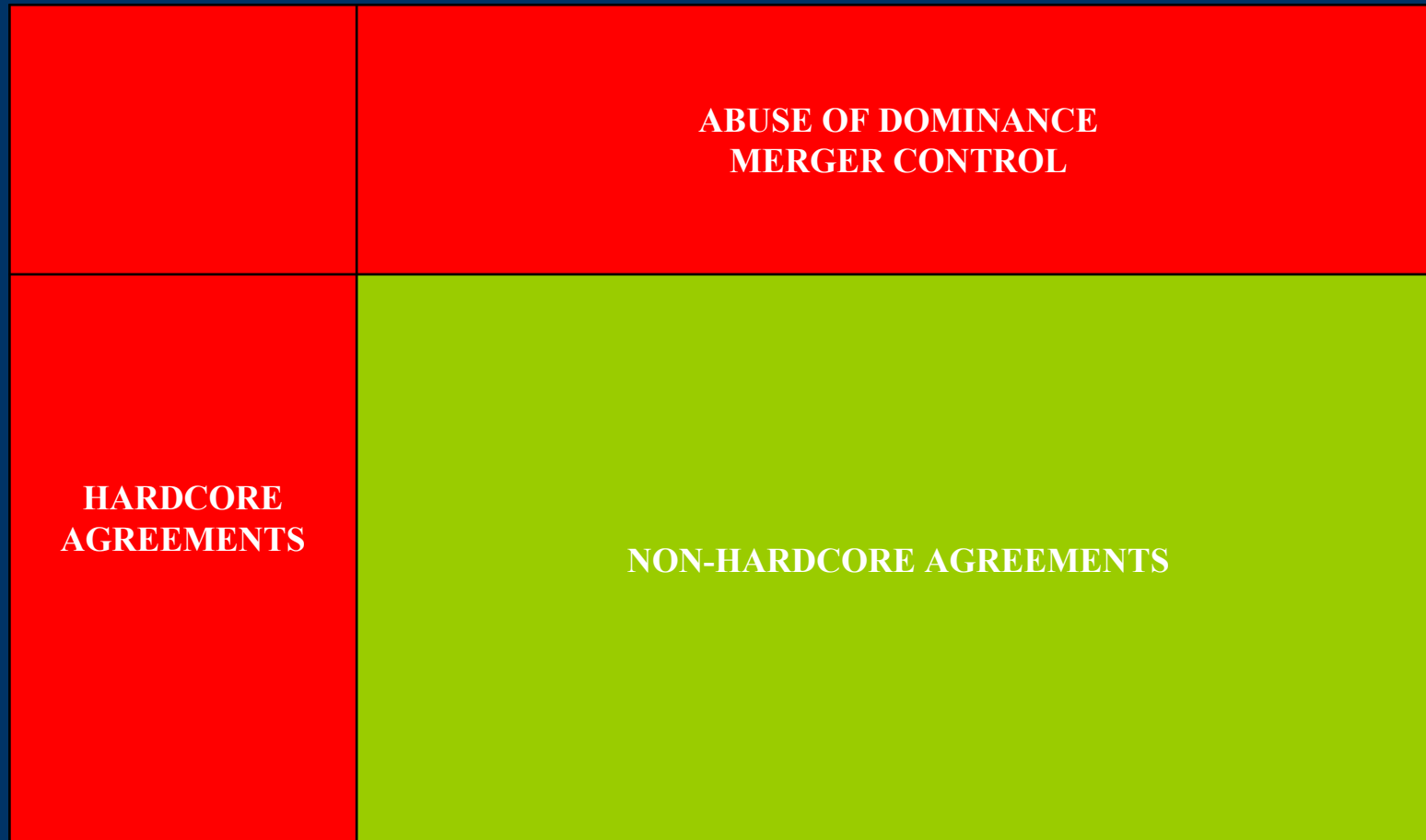
In its Statement of Objections, the Commission took the preliminary view that these arrangements by their very nature aimed at, and had the potential of, restricting competition."

Kommissionens horisontale retningslinjer

Nye grundlæggende elementer

- 2000 retningslinjer fokuserede på ”coordinated effects” med udgangspunkt i ”commonality of costs”
- Udkastet fokuserer på:
 - Direkte konkurrencebegrænsninger
 - Begrænsninger i kommerciel handlefrihed og påvirkning af incitament (brydning mellem legalistisk og økonomisk tilgang)
 - Eksempel: BA/AA/Iberia
 - Fremme af stiltiende koordinering som følge af ”commonality of cost
 - Markedafskærmning

Ny vin på gamle flasker?



Informationsudveksling

Kommissionenes nye tilgang

- Nyt afsnit i retningslinjerne
 - Holder det hele vejen hjem?
 - Forsøg i 2000 mislykkedes inden offentliggørelse af udkast
- Skift i retning af formål frem for følge

Mulige konkurrencebegrænsninger

- Direkte koordinering af markedssdfærd
- Fremme af stiltiende samordning
 - Fremme af fælles forståelse
 - Øget gennemsigtighed
 - Overvågning af adfærd

Kernesondringer

- Accessoriske begrænsninger
 - Analyse af informationsudvekslingen sammen med den aktivitet, som den er knyttet til
 - Ved ikke-accessorisk ordninger skal selve informationsudvekslingen medføre effektivitetsfordele
- Formål eller følge

Konkurrencebegrænsende formål

- Individualiserede oplysning om fremtidig adfærd vedrørende priser/mængder
- Muligvis også bredere kreds af individualiserede oplysninger om priser og markedsandele
 - Eksempler viser dog opretholdelse af *UK Tractor*
- Kommissionens bevægegrunde
 - Sammenhæng med aftalebegrebet
 - Virksomhederne skal selv fastsætte deres markedsadfærd (Ingen kontakt med konkurrenter vedrørende påtænkt adfærd)
 - Mindre konkurrencebegrænsende alternativer til rådighed
 - Konkurrencefremmende formål mindre sandsynlige
 - Udvikling i retspraksis (*T-Mobile Netherlands*)

Konkurrencebegrænsende virkning (I)

- Strukturelle elementer
 - Markedsdækning
 - Markedets karakteristika
 - Koncentrationsgrad
 - Gennemsigtighed og informationsudvekslingens indvirkning på samme
 - Markedets kompleksitet
 - Markedets stabilitet
 - Markedsandelens symmetri

Konkurrencebegrænsende virkning (II)

- Informationernes karakter
 - Kommerciel sensitivitet
 - Priser, mængder, efterspørgsel etc.
 - Private vs offentligt tilgængelige data
 - Test: Lige adgang for alle (overruling af *franske tankstationer*)
 - Private vs offentlige udvekslinger
 - Nytte i forhold til tredjemand
 - Aggregerede vs individualiserede data
 - Alder
 - Test: kontraheringsfrekvens
 - Udvekslingernes hyppighed
 - En gang kan være nok: *T-Mobile Netherlands*

Standardising

Kommissionens nye tilgang

- Væsentlig påvirkning fra nylige sager og Digitale Dagsorden
 - Rambus
 - Patent ambush, dvs manglende oplysning om essentielle patenter inden vedtagelse af standard
 - IPCOM
 - Manglende overførsel af FRAND tilsagn til erhverver af patenter
 - Qualcomm
 - Påstået forhøjelse af royalties efter vedtagelse af standard
- Samlet bekymring: standardiseringsproces hindrede ikke efterfølgende misbrug

Safe harbour

- Åben, gennemsigtig og ikke-diskriminerende procedure
 - Uigenkaldeligt *ex ante* FRAND tilsagn, der overføres til senere erhverver
 - *Ex ante* oplysning om essentielle patenter og patentansøgninger
 - Ingen pligt til at overholde standard
- Krav om *ex ante* oplysning af mest restriktive royalty vilkår ikke konkurrencebegrænsende
- Begrænset vedledning om analysen under for "safe harbour"

Er SSO'er ansvarlige for medlemmers ensidige adfærd

- Finder artikel 101, stk. 1, anvendelse på aftaler, der ikke hindrer konkurrencebegrænsninger, herunder misbrug?
- Retningslinjerne om artikel 101, stk. 3:
 - Aftalen skal skabe, styrke eller opretholde markedsmagt
 - Sådanne virkninger skal følge af konkurrencebegrænsninger mellem parterne eller disse og tredjemand

Tendenser på misbrugsområdet

Tilsagnsbeslutninger

Tilsagsbeslutninger som konkurrencepolitisk instrument

- Langt hovedparten af sager, der ikke omhandler hardcore begrænsninger, afsluttes med tilsagn
- Tilsagnsbeslutninger driver konkurrencepolitikken
- Ekempel: energisektoren

Tilsagsbeslutninger definerer Kommissionens politik

- Distrigas-sagen etablerede den såkaldte markedsafskærmningsmodel for langtidskontrakter
 - Kun 30% af salget kan bindes mere end et år frem (svarede til ca. 20% af markedet)
 - Maximumslængde på 5 år
 - Anvendt i *Long-term contracts France* (EDF)
- *GdF gas foreclosure* etablerede princippet om, at det kan udgøre et misbrug at lagtsreserve kapacitet i egne rørledninger
 - Anvendt i E.ON gas foreclosure
- *German Electricity Wholesale Market* etablerede princippet om, at det kan udgøre et misbrug ikke at anvende kapacitet, som det er rentabelt men ikke profitmaksimerende at bruge

Tilsagnsbeslutninger flytter grænser (I)

- I *GdF gas foreclosure* antog Kommissionen, at det kan udgjørde et misbrug at bruge egen kapacitet selv og dermed binde den i lang tid
- I *ENI* antog Kommissionen, at det kan udgøre et misbrug ikke at øge kapaciteten til fordel for tredjemand
- Begge sager indebærer en væsentlig udstrækning af essential facility-doktrinen

Tilsagnsbeslutninger flytter grænser (I)

- I *German Electricity Wholesale Market* antog Kommissionen, at det kan udgøre et misbrug ikke at anvende kapacitet, som det er rentabelt men ikke profitmaksimerende at køre
- I tidligere sager har Kommissionen undersøgt, om prisen var urimelig

Nylig retspraksis

AstraZeneca

- Retten bekræfter, at brug af administrativ procedure til at afskærme markedet kan udgøre misbrug
 - Vildledende oplysninger til myndighederne, der foranledigede dem til at forlænge eksklusivitet
 - Uden betydning, at myndighedsbeslutninger kunne anfægtes gennem særlig klageprocedure
- Traditionel tilgang til dominans analyse. Udgangspunkt i 50%-formodning
- Direkte relevans for Kommissionens opfølgning af sektorundersøgelse

Deutsche Telekom

- Regulerende myndigheders beslutninger uden betydning for Kommissionens adgang til at gribe ind
- Sektor regulering af betydning for analysen
- Bekræftelse af "equally efficient competitor" test (AKZO og retssikkerhedsprincippet)
- Uden betydning at det var nødvendigt at hæve detailpriser for at hindre "margin squeeze" misbrug
- "Margin squeeze" misbrug forudsætter, at adfærden vanskeliggør konkurrenters indtræden på markedet. Tilfældet pga essentialitet

Lars Kjølbye
Covington & Burling LLP
Avenue des Arts 44
B-1040 Bruxelles
lkjolbye@cov.com