

Dominanța colectivă. Ce presupune și la ce să ne așteptăm în practică?



Valentin Berea
Partner

Andrada Rusan
Counsel

RTPR

Radu Tărcilă Pădurari Retevoescu

De la dominanța unică la dominanța colectivă. În termeni simpli, poziția dominantă este echivalentul acelei puteri de piață ce conferă unei companii „luxul” de a se comporta pe piață, într-o măsură apreciabilă, independent față de competitori, clienți ori consumatori. Deținerea unei poziții dominante, în sine, nu este interzisă de dreptul concurenței – abuzul de poziție dominantă, da. Mai multă putere atrage după sine și mai multă responsabilitate: generic, potrivit teoriei economice, dominanțelor le corespunde deci o responsabilitate suplimentară de a nu se angaja în conduite care, prin efectul magnetic al puterii lor considerabile pe piață pe care o operează, devin susceptibile să distorsioneze concurența (fie împiedicând potențiale noi intrări pe piață, fie împiedicând în fapt competitori mai mici să îi concureze în mod real, fie ținând captivi consumatorii, prin lipsa de opțiuni, la un nivel artificial al prețului etc.).

Ce presupune, atunci, dominanța colectivă și cum se translatează cele de mai sus? Dacă abuzul de poziție dominantă (unică) a făcut obiectul unora dintre cele mai repute cazuri ale Consiliului Concurenței din ultimii ani, inclusiv prin prisma magnitudinii amenziilor^[1], dominanța colectivă a ramas mai curând o curiozitate doctrinară, relativ puțin explorată în practică. Conceptul a fost analizat mai mult în contextul procedurilor de autorizare a concentrărilor economice, autoritățile de concurență încercând să evite concentrarea piețelor prin crearea unor oligopoluri care să le permită jucătorilor ramași să-și impună puterea de piață în mod colectiv.

Lucrurile par a fi pe cale să se schimbe – Noul proiect de Orientări al Comisiei Europene privind aplicarea articolului 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene în cazul practicilor de excludere abuzivă ale întreprinderilor dominante (**Proiectul de Orientări**) dedică dominanței colective o întreaga sub-sectiune^[2]. Deși, mai curând, o codificare a jurisprudenței pe acest subiect – mai degrabă limitată și nu foarte recentă –, credem că înșăși preocuparea de reglementare deosebește intenția de a oferi un reviriment cu ecou practic în viitorul apropiat acestei instituții.

Conceptul de dominanță colectivă reunește ipotezele în care două sau mai multe entități economice independente se prezintă sau acționează împreună pe o piață data că o entitate unică (colectivă)^[3] din punct de vedere economic. Abuzul de poziție dominantă colectivă va fi deci acea manifestare abuzivă ce poate fi pusă pe seama entității colective unice.

Fără a-și propune o analiză exhaustivă a noii reglementări, prezentul material explorează de manieră sintetică principalele provocări practice pe care apreciem că le-ar putea ridica investigarea unui caz de dominanță colectivă, precum și zonele anticipate de interes predilect.

Cum transpunem aceste considerente în practică? Construcția unui caz de dominanță colectivă va presupune

doi piloni esențiali: (i) proba existenței unei *entități colective*, respectiv (ii) proba existenței unei *coordonari tacite* între membrii acesteia. Conceptele fiind relativ abstracte, e de anticipat ca fiecare pas va ridica dificultăți probatorii specifice.

Ce înseamna deci o *entitate colectivă*? Exercițiul presupune analiza legăturilor economice ori a celorlalte elemente de context factual ce pot da naștere unei legături între entitățile economice implicate: existența unor legături structurale ori personale între aceste entități (e.g., membri comuni în organele de conducere, eventuale asocieri în participațiune între acestea), ori natura, conținutul sau modalitatea de implementare a unui acord între acestea (e.g., un acord de cooperare).

Notabil însă, Proiectul de Orientari adauga însă ca premisa unei legături personale/ structurale ori a unui acord nu este indispensabilă – existența entității economice unice ar putea fi stabilită și pe baza *altor elemente de conexiune* ori *pe baza unei evaluări economice a structurii pieței în cauza și a modului în care interacționează pe piața întreprinderile în cauza*.^[4] În opinia noastră, aici se regăsește și primul indiciu, esențial pentru a anticipa potențialele zonele de interes predilect al autorității: cazurile de dominanță colectivă depind deci, în măsura decisivă, de caracteristicile pieței investigate.

Cu alte cuvinte, autoritățile de concurență vor avea o marja foarte mare de apreciere în a stabili dacă natura pieței și alte elemente subiective (precum interesele economice presupus comune ale întreprinderilor concurente) le permit să acționeze coordonat, fără a fi ținute să dovedească în toate cazurile și elemente obiective de conexiune între aceste întreprinderi.

Ce înseamna *coordonare tacită* și cum o deosebim de un *acord* sau de o *practica concertată*? Ca prima precizare esențială, notăm alegerea neîntâmplătoare a unui termen neutru: „*coordonare*” („*coordination*”), iar nu „*coluziune*” („*collusion*”). Cel de-al doilea ar fi implicat atingerea pragului unui acord anticoncurențial (ori, cel puțin, a unei practici concertate)^[5] între participanți, ridicând astfel automat problema suprapunerii dintre concepte. Testul juridic presupune, în esență, patru elemente de analiză:

(1) Atingerea unei percepții comune asupra modului în care ar trebui să funcționeze coordonarea. Cum, dacă nu printr-un acord anticoncurențial/ practica concertată? „*Doar observând și reacționând la comportamentul competitorului*” ne spune Proiectul de Orientari.^[6] Așadar, spre deosebire de o practica concertată, realizată de regula printr-un schimb de informații, abuzul de dominanță colectivă există în absența contactelor anticoncurențiale.

Mai mult, apreciem că este de esență dominanței colective să nu existe contacte între competitori apte să atingă standardul acordului/ practicii concertate – altminteri, înșuși reglementarea instituției distincte ar fi lipsită de sens și nepractică (presupunând întrunirea unor condiții suplimentare ale testului legal) și ar dubla în mod nepermis o faptă pre-existentă, ridicând astfel problema dublei sancționări. Jurisprudența de referință confirmă abordarea, criticând ferm reciclarea acelorași fapte pentru a le subsuma atât unei practici concertate, cât și – concomitent – unui abuz de poziție dominantă colectivă.^[7]

Revenim deci la ideea anticipată a importanței caracteristicilor pieței: cu cât aceasta este mai puțin complexă și mai stabilă, cu atât este mai fezabil să se ajungă la o percepție comună (dar în mod individual, nu printr-un schimb de informații) cu privire la termenii coordonării. În termeni simpli, coordonarea e deci mai probabilă în piețele concentrate, transparente, cu tendințe de oligopol: număr mai redus de întreprinderi, grad ridicat de simetrie între acestea, stabilitatea cotelor de piață pe termen lung, similarități în ceea ce privește structurile de costuri, capacitățile de producție, oferta de produse (e.g., în termeni de preț sau calitate), poziționarea pe piață, nivelul de integrare verticală, ori transparența (e.g., inclusiv din perspectiva legislativă, cum este cazul industriilor puternic reglementate).

(2) Posibilitatea de a monitoriza conformarea cu termenii coordonarii. Desigur, scopul monitorizării reciproce este acela de asigurare ca și ceilalți concurenți urmează aceeași strategie. Din nou, pentru ca un astfel de scop să poată fi atins, transparența pieței este o premisa vitală.

(3) Existența unui mecanism disuasiv credibil. Pentru ca o coordonare să aibă sens comercial pentru participanți și să reziste testului timpului, aceasta presupune și un stimulent în contra abaterii de la politica comună. Formularea condiției sugerează din nou ideea de coluziune/ acord – cu atât mai mult, cu cât Proiectul de Orientări chiar menționează „*amenințarea unor represalii viitoare*”. Considerăm însă ca nu astfel trebuie citit textul, ci în sensul de conștientizare – esențialmente unilaterală – a faptului că abaterea de la coordonarea astfel conturată nu ar fi în beneficiul niciunui dintre competitori (e.g., ar conduce la un război al prețurilor în care toți jucătorii pierd din cifra de afaceri fără a-și crește cota de piață, dacă nivelul cererii rămâne constant precum în cazul piețelor stabile avute în vedere de Proiectul de Orientări).

(4) Stabilitatea externă. Pentru ca toate cele de mai sus să funcționeze în practică, rezultatul scontat al coordonării trebuie să fie la adăpost de constrângerile concurențiale pe care le-ar exercita acțiunile concurenților existenți ori potențiali, presiunea exercitată de clienți ori consumatori. Condiția presupune din nou, reîntoarcerea la analiza dinamicii pieței: a principalilor jucători pe piață, a istoricului intrărilor și ieșirilor de pe aceasta, a eventualelor bariere la intrarea pe piață.

Din testul legal în două etape (*entitate colectivă și coordonare tacită*) descris mai pot fi anticipate și principalele dificultăți probatorii în construcția, dar și în apărarea unui caz: cea dintâi presupune angajarea de resurse semnificative în analize economice complexe; cea de-a doua presupune coroborarea unor elemente din care să fie apoi deduse – la standardul legal aplicabil unei acuzații de concurență (i.e., dincolo de orice dubiu) – intențiile subiective unilaterale ale participanților.

La ce ne-am putea aștepta? Pe fundalul celor de mai sus, din perspectiva probatorie, construirea unui caz de dominanță colectivă ar putea deveni de interes pentru autoritățile de concurență pentru că le-ar dispensa de proba contactelor anticoncurențiale (susceptibile să atingă pragul acordului/ practici concertate) – desigur, asumând că proba celorlalte două condiții-cheie ale abuzului de poziție dominantă colectivă pot fi probate. Din spiritul reglementării, apreciem că pot fi deja anticipate potențialele zone de interes predilect pentru această nouă figură juridică: aceasta ar putea prezenta interes pentru a aborda cazurile de prezumtive abuzuri de preț mai ales în sectoarele intens concentrate, cu jucători puțini și puternici, relativ omogene din perspectiva ofertei, posibil și intens reglementate (ca sursă suplimentară de creștere a transparenței), unde eventuale paralelisme de comportament ar putea fi interpretate drept o formă de coordonare tacită.

Desigur, autoritățile vor trebui să distingă între, pe de-o parte, o coordonare tacită abuzivă (de tipul „*știu că un anumit client, sau furnizor, nu are de ales decât să accepte condițiile excesive pe care i le impun, pentru că anticipez că și concurenții mei îl vor trata la fel de nerezonabil, pe baza istoricului pieței și a modelului lor de business care este foarte similar cu al meu*”) și, pe de altă parte, dreptul întreprinderilor de a se adapta în mod independent și inteligent la condițiile pieței^[8]. Astfel, nu este nimic ilegal ca o companie să-și urmărească obiectivele proprii de profitabilitate și să-și adapteze comportamentul pentru a le atinge în funcție de acțiunile publice ale concurenților săi, câtă vreme nu abuzează cu intenție ilicită de puterea sa de piață (folosind-o, de exemplu pentru a exclude un concurent, sau furnizor de pe piață, pentru a exploata poziția de dependență a unui client etc.).

Desigur, linia de demarcație nu este întotdeauna ușor de trasat și ne exprimăm speranța că acest instrument nu va fi folosit cu exces de putere.

[1] E.g., Orange (2011) – amenda de 147,9 milioane lei (34,8 milioane euro) la 110,9 milioane lei (https://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2018/04/comunicat_orange_confirmare.pdf) / eMag (2020) – amenda de 32,28 milioane lei (<https://www.consiliulconcurentei.ro/wp-content/uploads/2020/12/amenda-Emag-dec-2020.pdf>).

[2] Disponibil la adresa https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_3623, lansat spre consultare publica la 1 august 2024 (etapa încheiata la 31 octombrie 2024).

[3] În engleza, „collective entity”.

[4] Proiectul de Orientari, para. 36.

[5] Reamintim, o practica concertata este *o forma de coordonare între întreprinderi în cadrul careia acestea nu au ajuns la un acord, dar substituie în mod conștient riscurile concurenței cu o cooperare practica între acestea, presupunând, pe lângă concertarea între întreprinderile în cauza, un comportament pe piața care da curs acestei concertari și o legatura de cauzalitate între aceste doua elemente* (a se vedea și Orientarile Comisiei privind aplicabilitatea art. 101 TFUE în cazul acordurilor de cooperare orizontala (2023/C 259/01), para. 14).

[6] Proiectul de Orientari, para. 38.

[7] *Compagnie Maritime Belge et al. v. Comisia*, EU:C:2000:132, Hotărârea din 16 martie 2000, Cauzele conexate C-395/96 P și 396/96 P: „[Susținerile întreprinderilor sancționate, n.n.]: 21. **Practicile concertate între întreprinderi ce ar putea fi considerate ca având o poziție dominantă colectivă nu ar trebui „reciclate” ca abuzuri de poziție dominantă colectivă, ci tratate în conformitate cu normele aplicabile practicilor concertate.** Articolul 86 din tratat se aplica exclusiv comportamentului unilateral al întreprinderilor care dețin o poziție dominantă, în timp ce articolul 85 din Tratat [actualul art. 101 TFUE, n.n.] se aplica comportamentului concertat. (...).

*[Concluziile Curții, n.n.]: 33. Din formularea articolelor 85 alineatul (1) literele (a), (b), (d) și (e), respectiv 86 [actualul art. 102 TFUE, n.n.] literele (a) până la (d) din tratat reiese clar ca aceeași practica poate constitui o încălcare a ambelor prevederi legale. Prin urmare, nu se poate exclude a priori aplicarea concomitentă a articolelor 85 și 86 din tratat. **Cu toate acestea, trebuie sa se faca distincția între obiectivele urmărite de fiecare dintre aceste doua dispoziții.**” (s.n.)*

[8] De altfel, expres recunoscut de Orientarile Comisiei privind aplicabilitatea art. 101 TFUE în cazul

acordurilor de cooperare orizontala (para. 374) și de jurisprudența de referință în materie (e.g., Cauza Wood Pulp, cauzele reunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 și C-125/85-C-129/85, EU:C:1993:120).