Dominanța colectiva. Ce presupune și la ce sa ne așteptam în practica?

De la dominanța unica la dominanța colectiva. În termeni simpli, poziția dominanta este echivalentul acelei puteri de piața ce confera unei companii „*luxul*" de a se comporta pe piața, într-o masura apreciabila, independent fața de competitori, clienți ori consumatori. Deținerea unei poziții dominante, în sine, nu este interzisa de dreptul concurenței – abuzul de poziție dominanta, da. Mai multa putere atrage dupa sine și mai multa responsabilitate: generic, potrivit teoriei economice, dominanților le corespunde deci o responsabilitate suplimentara de a nu se angaja în conduite care, prin efectul magnetic al puterii lor considerabile pe piața pe care o opereaza, devin susceptibile sa distorsioneze concurența (fie împiedicând potențiale noi intrari pe piața, fie împiedicând în fapt competitori mai mici sa îi concureze în mod real, fie ținând captivi consumatorii, prin lipsa de opțiune, la un nivel artificial al prețului etc.).

Ce presupune, atunci, dominanța colectiva și cum se translateaza cele de mai sus? Daca abuzul de poziție dominanta (unica) a facut obiectul unora dintre cele mai reputate cazuri ale Consiliului Concurenței din ultimii ani, inclusiv prin prisma magnitudinii amenzilor[1], dominanța colectiva a ramas mai curând o curiozitate doctrinara, relativ puțin explorata în practica. Conceptul a fost analizat mai mult în contextul procedurilor de autorizare a concentrarilor economice, autoritățile de concurența încercând sa evite concentrarea pieţelor prin crearea unor oligopoluri care sa le permita jucatorilor ramași sa-si impuna puterea de piața în mod colectiv.

Lucrurile par a fi pe cale sa se schimbe – Noul proiect de Orientari al Comisiei Europene privind aplicarea articolului 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene în cazul practicilor de excludere abuziva ale întreprinderilor dominante (**Proiectul de Orientari**) dedica dominanței colective o întreaga sub-secțiune[2]. Deși, mai curând, o codificare a jurisprudenței pe acest subiect – mai degraba limitata și nu foarte recenta –, credem ca însași preocuparea de reglementare devoaleaza intenția de a oferi un reviriment cu ecou practic în viitorul apropiat acestei instituții.

Conceptul de dominanța colectiva reunește ipotezele în care doua sau mai multe entitați economice independente se prezinta sau acționeaza împreuna pe o piața data ca o entitate unica (colectiva)[3] din punct de vedere economic. Abuzul de poziție dominanta colectiva va fi deci acea manifestare abuziva ce poate fi pusa pe seama entității colective unice.

Fara a-și propune o analiza exhaustiva a noii reglementari, prezentul material exploreaza de maniera sintetica principalele provocari practice pe care apreciem ca le-ar putea ridica investigarea unui caz de dominanța colectiva, precum și zonele anticipate de interes predilect.

Cum transpunem aceste considerente în practica? Construcția unui caz de dominanța colectiva va presupune

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

Ce înseamna deci o *entitate colectiva*? Exerciţiul presupune analiza legaturilor economice ori a celorlalte elemente de context factual ce pot da naştere unei legaturi între entitaţile economice implicate: existenţa unor legaturi structurale ori personale între aceste entitaţi (e.g., membri comuni în organele de conducere, eventuale asocieri în participaţiune între acestea), ori natura, conţinutul sau modalitatea de implementare a unui acord între acestea (e.g., un acord de cooperare).

Notabil însa, Proiectul de Orientari adauga însa ca premisa unei legaturi personale/ structurale ori a unui acord nu este indispensabila – existenţa entitaţii economice unice ar putea fi stabilita şi pe baza *altor elemente de conexiune* ori *pe baza unei evaluari economice a structurii pieţei în cauza* şi a *modului în care interacţioneaza pe piaţa întreprinderile în cauza*.[4] În opinia noastra, aici se regaseşte şi primul indiciu, esenţial pentru a anticipa potenţialele zonele de interes predilect al autoritaţii: cazurile de dominanţa colectiva depind deci, în masura decisiva, de caracteristicile pieţei investigate.

Cu alte cuvinte, autoritaţile de concurenţa vor avea o marja foarte mare de apreciere în a stabili daca natura pieţei şi alte elemente subiective (precum interesele economice presupus comune ale întreprinderilor concurente) le permit sa acţioneze coordonat, fara a fi ţinute sa dovedeasca în toate cazurile şi elemente obiective de conexiune între aceste întreprinderi.

Ce înseamna *coordonare tacita* şi cum o deosebim de un *acord* sau de o *practica concertata*? Ca prima precizare esenţiala, notam alegerea neîntâmplatoare a unui termen neutru: „*coordonare*" („*coordination*"), iar nu „*coluziune*" („*collusion*"). Cel de-al doilea ar fi implicat atingerea pragului unui acord anticoncurenţial (ori, cel puţin, a unei practici concertate[5]) între participanţi, ridicând astfel automat problema suprapunerii dintre concepte. Testul juridic presupune, în esenţa, patru elemente de analiza:

(1) Atingerea unei percepţii comune asupra modului în care ar trebui sa funcţioneze coordonarea. Cum, daca nu printr-un acord anticoncurenţial/ practica concertata? „*Doar observând şi reacţionând la comportamentul competitorului*" ne spune Proiectul de Orientari.[6] Aşadar, spre deosebire de o practica concertata, realizata de regula printr-un schimb de informaţii, abuzul de dominanţa colectiva exista în absenţa contactelor anticoncurenţiale.

Mai mult, apreciem ca este de esenţa dominanţei colective sa nu existe contacte între competitori apte sa atinga standardul acordului/ practicii concertate – altminteri, însaşi reglementarea instituţiei distincte ar fi lipsita de sens şi nepractica (presupunând întrunirea unor condiţii suplimentare ale testului legal) şi ar dubla în mod nepermis o fapta pre-existenta, ridicând astfel problema dublei sancţionari. Jurisprudenţa de referinţa confirma abordarea, criticând ferm reciclarea aceloraşi fapte pentru a le subsuma atât unei practici concertate, cât şi – concomitent – unui abuz de poziţie dominanta colectiva.[7]

Revenim deci la ideea anticipata a importanţei caracteristicilor pieţei: cu cât aceasta este mai puţin complexa şi mai stabila, cu atât este mai fezabil sa se ajunga la o percepţie comuna (dar în mod individual, nu printr-un schimb de informaţii) cu privire la termenii coordonarii. În termeni simpli, coordonarea e deci mai probabila în pieţele concentrate, transparente, cu tendinţe de oligopol: numar mai redus de întreprinderi, grad ridicat de simetrie între acestea, stabilitatea cotelor de piaţa pe termen lung, similaritaţi în ceea ce priveşte structurile de costuri, capacitaţile de producţie, oferta de produse (e.g., în termeni de preţ sau calitate), poziţionarea pe piaţa, nivelul de integrare verticala, ori transparenţa (e.g., inclusiv din perspectiva legislativa, cum este cazul industriilor puternic reglementate).

(2) Posibilitatea de a monitoriza conformarea cu termenii coordonarii. Desigur, scopul monitorizarii reciproce este acela de asigurare ca şi ceilalţi concurenţi urmeaza aceeaşi strategie. Din nou, pentru ca un astfel de scop sa poata fi atins, transparenţa pieţei este o premisa vitala.

(3) Existenţa unui mecanism disuasiv credibil. Pentru ca o coordonare sa aiba sens comercial pentru participanţi şi sa reziste testului timpului, aceasta presupune şi un stimulent în contra abaterii de la politica comuna. Formularea condiţiei sugereaza din nou ideea de coluziune/ acord – cu atât mai mult, cu cât Proiectul de Orientari chiar menţioneaza „*ameninţarea unor represalii viitoare*". Consideram însa ca nu astfel trebuie citit textul, ci în sensul de conştientizare – esenţialmente unilaterala – a faptului ca abaterea de la coordonarea astfel conturata nu ar fi în beneficiul niciunuia dintre competitori (e.g., ar conduce la un razboi al preţurilor în care toţi jucatorii pierd din cifra de afaceri fara a-şi creşte cota de piaţa, daca nivelul cererii ramâne constant precum în cazul pieţelor stabile avute în vedere de Proiectul de Orientari).

(4) Stabilitatea externa. Pentru ca toate cele de mai sus sa funcţioneze în practica, rezultatul scontat al coordonarii trebuie sa fie la adapost de constrângerile concurenţiale pe care le-ar exercita acţiunile concurenţilor existenţi ori potenţiali, presiunea exercitata de clienţi ori consumatori. Condiţia presupune din nou, reîntoarcerea la analiza dinamicii pieţei: a principalilor jucatori pe piaţa, a istoricului intrarilor şi ieşirilor de pe aceasta, a eventualelor bariere la intrarea pe piaţa.

Din testul legal în doua etape (*entitate colectiva* şi *coordonare tacita*) descris mai pot fi anticipate şi principalele dificultaţi probatorii în construcţia, dar şi în apararea unui caz: cea dintâi presupune angajarea de resurse semnificative în analize economice complexe; cea de-a doua presupune coroborarea unor elemente din care sa fie apoi deduse – la standardul legal aplicabil unei acuzaţii de concurenţa (i.e., dincolo de orice dubiu) – intenţiile subiective unilaterale ale participanţilor.

La ce ne-am putea aştepta? Pe fundalul celor de mai sus, din perspectiva probatorie, construirea unui caz de dominanţa colectiva ar putea deveni de interes pentru autoritaţile de concurenţa pentru ca le-ar dispensa de proba contactelor anticoncurenţiale (susceptibile a atinge pragul acordului/ practici concertate) – desigur, asumând ca proba celorlalte doua condiţii-cheie ale abuzului de poziţie dominanta colectiva pot fi probate. Din spiritul reglementarii, apreciem ca pot fi deja anticipate potenţialele zone de interes predilect pentru aceasta noua figura juridica: aceasta ar putea prezenta interes pentru a aborda cazurile de prezumtive abuzuri de preţ mai ales în sectoarele intens concentrate, cu jucatori puţini şi puternici, relativ omogene din perspectiva ofertei, posibil şi intens reglementate (ca sursa suplimentara de creştere a transparenţei), unde eventuale paralelisme de comportament ar putea fi interpretate drept o forma de coordonare tacita.

Desigur, autoritaţile vor trebui sa distinga între, pe de-o parte, o coordonare tacita abuziva (de tipul „*ştiu ca un anumit client, sau furnizor, nu are de ales decât sa accepte condiţiile excesive pe care i le impun, pentru ca anticipez ca şi concurenţii mei îl vor trata la fel de nerezonabil, pe baza istoricului pieţei şi a modelului lor de business care este foarte similar cu al meu*") şi, pe de alta parte, dreptul întreprinderilor de a se adapta în mod independent şi inteligent la condiţiile pieţei[8] Astfel, nu este nimic ilegal ca o companie sa-şi urmareasca obiectivele proprii de profitabilitate şi sa-şi adapteze comportamentul pentru a le atinge în funcţie de acţiunile publice ale concurenţilor sai, câta vreme nu abuzeaza cu intenţie ilicita de puterea sa de piaţa (folosind-o, de exemplu pentru a exclude un concurent, sau furnizor de pe piaţa, pentru a exploata poziţia de dependenţa a unui client etc.).

Desigur, linia de demarcaţie nu este întotdeauna uşor de trasat şi ne exprimam speranţa ca 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 lânga 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, Hotarârea 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 dominanta colectiva* ***nu ar trebui „reciclate" ca abuzuri de poziție dominanta colectiva, ci tratate în conformitate cu normele aplicabile practicilor concertate****. Articolul 86 din tratat se aplica exclusiv comportamentului unilateral al întreprinderilor care dețin o poziție dominanta, 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) pâna la (d) din tratat reiese clar ca aceeași practica poate constitui o încalcare a ambelor prevederi legale. Prin urmare, nu se poate exclude a priori aplicarea concomitenta a articolelor 85 și 86 din tratat. ***Cu toate acestea, trebuie sa se faca distincția între obiectivele urmarite 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) şi de jurisprudenţa de referinţa 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).