

# Viðauki C.1 - Samhæfð hegðun

Samhæfð hegðun felur yfirleitt í sér síendurteknar strategískar ákvarðanir fyrirtækja sem hafa áhrif á keppinauta og miða að því að viðhalda eða auka hagnað fyrirtækja á markaði. Birtingamyndir hennar geta verið ýmis konar. Ein mynd samhæfðrar hegðunar er samráð (e. collusion) á milli keppinauta sem getur m.a. birst í sameiginlegum verðákvörðunum, skiptingu markaða eða viðskiptavina. Slík samhæfing telst til samráðs sem fer gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Önnur mynd samhæfðrar hegðunar felur í sér að fyrirtæki ná að samhæfa hegðun þegjandi, (e. tacit collusion/coordination), þ.e. án þess að nokkur samskipti eða upplýsingaskipti eigi sér stað á milli þeirra. Dæmi um aðstæður þar sem þess konar hegðun er möguleg er t.a.m. á stöðugum fákeppnismarkaði þar sem fyrirtækin taka síendurteknar strategískar ákvarðanir og hafa væntingar um viðbrögð hvers annars. Þetta má einnig draga saman með eftirfarandi hætti:

Hugmyndin um samhæfða hegðun (eða sameiginleg yfirráð) byggir á þeirri tilgátu að á samþjöppuðum mörkuðum sé það afar líklegt, jafnvel óhjákvæmilegt, að fyrirtækin taki mið af því að þau séu innbyrðis háð og að öflug samkeppni þeirra á milli sé tilgangslaus. Þar af leiðandi samhæfi þau hegðun sína, ekki þó endilega með samráði, þannig að til samans reki þau starfsemi sína líkt og eitt markaðsráðandi fyrirtæki (einokunarfyrirtæki) sem stefnir að hámerkun hagnaðar.<sup>1</sup>

Slík samhæfing þarf ekki að vera fullkomin til þess að hafa áhrif á markaðinn og jafnvel geta komið tímabil inn á milli, þar sem keppinautar sjá ekki hag sinn í að taka þátt í samhæfingunni.

Skaðleg áhrif samhæfðrar hegðunar á samkeppni geta verið áþekkt hvort sem um er að ræða ólögmaett samráð á milli keppinauta eða þegjandi samhæfingu. Markmið markaðsrannsókna er að komast niðurstöðu um hvort aðstæður eða háttsemi hafi skaðleg áhrif á samkeppni almenningi til tjóns og í því ljósi er litið til allra aðstæðna eða háttsemi. Eins og fram kemur í reglum nr. 490/2013 um markaðsrannsóknir Samkeppniseftirlitsins getur hins vegar ein af lyktum markaðsrannsóknar verið brotarannsókn á 10. eða 11. gr. samkeppnislaga ef brot er talið hafa átt sér stað á markaðnum, sbr. kafli 4.2.1 í frummatsskýrslunni.

## C.1.1 Áhrif samhæfðrar hegðunar

Samhæfing getur haft áhrif á alla þætti sem snúa að samkeppni, svo sem verð, framboð, stærð fyrirtækja, staðsetningu, fjárfestingu og nýsköpun. Í afmörkuðum tilfellum getur samhæfing stuðlað að skilvirkari markaðsniðurstöðum og verið neytendum til góðs. Sem dæmi má nefna að þegar fjármálfyrirtæki hafa með sér samstarf um rekstur tiltekinna grunnþjónustu eða deila með sér upplýsingum um lánasögu viðskiptavina sem getur auðveldað góðum viðskiptavinum að fá betri kjör.<sup>2</sup> Þá benda niðurstöður breska samkeppniseftirlitsins til þess að að sameiginlegt miðasölukerfi í

<sup>1</sup> Sjá Cook & Kerse: EC Merger Control, fjórða útgáfa 2005 bls. 220. „The concept of co-ordinated effects (or collective dominance) rests on the proposition that in highly concentrated markets it is highly likely, if not inevitable, that if only a small number of firms remain, they will recognise their interdependence and the futility of aggressive competition and adapt their behaviour, not necessarily collusively, to that which a profit-maximising dominant single firm (monopolist) would choose.“

<sup>2</sup> Sjá t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2012. Sjá einnig: „Home credit market investigation“ (2006), málsgreinar 26, 9.36–9.40, og viðauki 2.1. Competition Commission

almenningsamgöngur hafi dregið úr aðgangshindrunum á þeim markaði og hvatt til frekari þróunar í þeim efnum.<sup>3</sup>

Hins vegar getur samhæfð hegðun einnig haft neikvæðar afleiðingar í för með sér fyrir samkeppni og viðskiptavinum, ekki síst á fákeppnismörkuðum. Verð er að jafnaði hærra á slíkum mörkuðum en á mörkuðum án samhæfingar. Jafnframt geta framleiðendur takmarkað magn eða hindrað aðgengi að mörkuðum, aðföngum eða viðskiptavinum. Þannig getur samhæfð hegðun leitt til verri kjara fyrir viðskiptavinum ásamt því að draga úr vali einstaklinga og dregið úr skilvirkni og nýsköpun. Eitt dæmi um möguleika fyrirtækja til þess að samhæfa hegðun sína á milli án þess að eiga nein samskipti má finna í grein eftir Hay frá árinu 2005.

Ímyndið ykkur tvær eldsneytisstöðvar á móti hvor annarri. Engar aðrar stöðvar eru nálægt og einhverra hluta vegna er ekki mögulegt fyrir aðra keppinauta að reisa nýja stöð í grenndinni í fyrirsjáanlegri framtíð. Verðið sem hámarkar hagnað undir beinu samráði eru 200 kr. á lítrann og báðir seljendur eru meðvitaðir um það. Viðskiptavinir gera engan greinamun á eldsneytinu þeirra á milli og kaupa því af þeim sem selur eldsneytið á lægra verði. Hvor stöðin hefur burði til þess að mæta allri eftirspurn á markaðnum. Að lokum skulum við gera ráð fyrir að verðið hafi hingað til verið 100 kr. á lítrann. Í þessu tilfelli myndu bæði fyrirtækin vilja selja lítrann á 200 kr., en þau gera sér grein fyrir því að ef það hækkar verðið án þess að hitt fylgi muni það missa öll sín viðskipti yfir til keppinautarins. Fyrirtækið sem hækkar verðið tapar á því og hitt fyrirtækið græðir meira en áður. Því virðist við fyrstu sýn sem að hvorugt fyrirtækið myndi vilja hækka verðið án þess að eiga í beinu samráði við keppinautinn. Þó er ekki öll von úti fyrir fyrirtækin. Annað hvort vegna laga eða vegna venju er verð áberandi á skiltum fyrir framan stöðvarnar. Hvort fyrirtæki gerir sér því grein fyrir því að ef það hækkar verðið í 200 kr. getur það auðveldlega séð hvort hitt fyrirtækið fylgi á eftir. Neytendur geta ekki geymt eldsneyti með góðu móti þannig að aðilinn sem hækkar verður aðeins af takmarkaðri sölu áður en það lækkar verðið aftur í 100 kr. Hinn aðilinn hagnast aðeins tímabundið á að fylgja ekki verðhækkunum keppinautarins en langtíma afleiðingarnar eru þær að hann viðheldur lægra verði á markaðnum. Því getur það verið seinni aðilanum í hag að fylgja á eftir verðhækkunum keppinautarins og keppinauturinn veit það. Verðið á þessum markaði getur því hækkað og haldist í 200 kr. á hvern lítra án nokkurra samskipta milli aðila markaðarins (fyrir utan að birta verð)<sup>4</sup>.

Hey kemst að þeirri niðurstöðu að háttsemi á borð við þá sem lýst er í dæminu hér á ofan gæti ekki, og ætti ekki, að falla undir bann bandarískra samkeppnislaga við samráði keppinauta. Háttsemin sé því aðeins afleiðing af þeim áhrifum sem fyrirtæki á samkeppnismarkaði hafa á hvort annað. Hafa ber hins vegar í huga að hugtakið samskipti í skilningi samkeppnisréttarins er ekki túlkað með þröngum hætti. Undir vissum kringumstæðum getur opinber upplýsingagjöf keppinauta falið í sér ólögmetna merkjagöf

<sup>3</sup> Sjá „Local bus services market investigation“ (2011) Competition Commission, málsgrein 15.11 og viðauki 9.2.

<sup>4</sup> Hay, G. (2005), “Facilitating Practices”, Cornell Law School research paper No. 05-029, disponible à l’adresse <http://ssrn.com/abstract=811404>.

(e. signaling) milli keppinauta sem miðar að verðhækkun.<sup>5</sup> Geta aðgerðir fyrirtækja sem skapa „tilbúið gagnsæi“ raskað samkeppni, sbr. kafli IV. 4 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2015.

### C.1.2 Mat á því hvort samhæfð hegðun hafi skaðleg áhrif á samkeppni

Til að meta hvort að samhæfð hegðun sé til staðar á tilteknum markaði og hafi neikvæð áhrif á samkeppni þurfa samkeppnisfyrirvöld að skoða ýmsar vísbendingar, s.s. háttsemi fyrirtækja, uppbyggingu og einkenni markaðarins, álagningu, verðsamanburð, arðsemi og aðra þætti. Þannig leitast samkeppnisfyrirvöld eftir því að fá sem skýrasta mynd af því hvernig fyrirtæki starfa og hvort að niðurstöðurnar bendi til samhæfðrar hegðunar eða einhverra annarrar hegðunar.

#### Verðmyndun, álagning og arðsemi

Verðmyndun, álagning og arðsemi og önnur atriði geta gefið vísbendingar um hvort samhæfð hegðun sé til staðar. Gerum ráð fyrir að upplýsingar liggi fyrir um álagningu og eftirspurn á tilteknum markaði. Þær upplýsingar gætu gefið starfandi fyrirtækjum til kynna hversu hátt verð er í samanburði við það verð sem vænta mætti ef fyrirtækin höguðu verðlagningu sinni sjálfstætt.

Litlar sveiflur í verði og stöðug álagning geta einnig gefið vísbendingar um samhæfða hegðun á markaði. Ef keppinautar halda sig frá hluta af markaðnum, svo sem staðbundnum mörkuðum, getur það verið merki um samhæfingu um skiptingu markaða.

#### Nauðsynleg skilyrði samhæfðrar hegðunar

Markaður þarf að uppfylla þrjú skilyrði til þess að fyrirtæki sem á honum starfa geti viðhaldið samhæfðri hegðun:

1. Fyrirtækin þurfa að geta greint hegðun keppinauta sinna og gripið til aðgerða, refsað, gegn þeim sem víkja frá ríkjandi hegðunarmynstri á markaðnum. Ef fyrirtækin keppa á fleiri en einum markaði geta aðgerðir farið fram á öðrum markaði en frávikið átti sér stað á. Einnig geta fyrirtæki stundum refsað með öðrum hætti, svo sem að draga sig úr sameiginlegum verkefnum eða selja hlut í keppinautnum ef um krosseignartengsl er að ræða.
2. Fyrirtækin þurfa að telja sér til hagsbóta að taka þátt í samhæfri hegðun þegar þau taka tillit til væntinga um hegðun hvors annars. Innri sjálfbærni samhæfðrar hegðunar felur í sér að þetta skilyrði sé uppfyllt. (e. internal sustainability).
3. Hvorki mögulegir nýir keppinautar né neytendur geti grafið undan samhæfingunni. Þegar það skilyrði er uppfyllt er talað um ytri sjálfbærni (e. external sustainability).

#### Markaðsaðstæður

Stöðugt markaðsumhverfi, svo sem vegna efnahagsstöðugleika, samanþjappaðra markaða, eða mikils gagnsæis milli keppinauta, auðvelda félögum að samhæfa verð. Samhæfð hegðun á sér frekar stað þegar vöruframboð er einfalt eða einsleitt þannig að viðskiptavinir geri ekki greinamun á milli vara eftir seljenda. Ef auðvelt er að greina á milli viðskiptavina og skipta þeim í hópa er auðveldara að samhæfa skiptingu markaðarins. Við slík skilyrði geta fyrirtækin sammælst um að hvert og eitt fyrirtæki reyni

---

<sup>5</sup> Sjá t.d. OECD, Unilateral disclosure of information with Anticompetitive Effects, (2012). Sjá einnig William Page, Signaling and Agreement in Antitrust Law, (19. júní 2015), (<http://ssrn.com/abstract=2620786>)

ekki að keppa um ákveðinn viðskiptavinahóp gegn því að keppinautarnir ásælist ekki viðskiptavinahóp viðkomandi fyrirtækis.

Einsleit fyrirtæki, svo sem með áþekka kostnaðaruppbýggingu, markaðshlutdeild eða umfram framleiðslugetu, eiga auðveldara með að samhæfa hegðun sína en ella. Ástæða þess er sú að þá er auðveldara fyrir þau að átta sig á hvötum hvors annars og hvenær aðrir keppinautar eru að víkja frá samhæfðri hegðun. Sameiginleg eignarhald eða krosseignahald geta skapað eða auðveldað samhæfingu milli fyrirtæki sem og þegar keppinautar eiga vöru- og þjónustuviðskipti við hvor annan eða sameinast um kaup aðfanga.

Það hvort samráð hafi átt sér stað á viðkomandi markaði getur einnig gefið vísbendingar um hvort aðstæður á markaðnum geti stuðlað að samhæfingu á meðal fyrirtækjanna.<sup>6</sup>

### Innri sjálfbærni (e. internal sustainability)

Nokkur atriði má nefna sem hafa áhrif á innri sjálfbærni samhæfðrar hegðunar. Í fyrsta lagi auðvelda samþjappaðir markaðir mjög samhæfða hegðun, en við þau skilyrði verður auðveldara fyrir fyrirtæki að koma auga á frávík frá samhæfingunni og ábatinn af því að víkja frá samhæfðri hegðun minnkar í samanburði við markaði þar sem er fjöldi keppinauta og samþjöppun er lítil. Í því sambandi má nefna að aukinn hagnaður lítils fyrirtækis, sem er t.d. með 5% markaðshlutdeild, vegna verðlækkunar er mun meiri en þegar um er að ræða stærri fyrirtæki, t.d. með 50% markaðshlutdeild. Af því leiðir að hvati fyrirtækja til þess að víkja frá samhæfðri hegðun eykst eftir því sem þau verða fleiri og minni.

Í öðru lagi stuðlar aukið gagnsæi að samhæfðri hegðun en það auðveldar fyrirtækjum að átta sig á því hvenær keppinautarnir víkja frá samhæfðri hegðun. Í þriðja lagi skiptir máli hversu hratt fyrirtæki geta brugðist við ákvörðunum hvors annars. Þau hafa minni ávinning af því að lækka verð ef keppinautar þess eru fljótir að svara. Jafnframt hafa þau litlu að tapa á því að hækka verð og sjá hvort að aðrir fylgja. Því hraðar sem fyrirtæki geta brugðist við því auðveldara er fyrir þau að samhæfa hegðun sína.

### Ytri sjálfbærni (e. external sustainability)

Eftirfarandi atriði hafa áhrif á ytri sjálfbærni samhæfðrar hegðunar:

- Aðgang- eða vaxtarhindranir stuðla að samhæfðri hegðun.
- Mikill kaupendastyrkur minnkar möguleika fyrirtækja á að samhæfa hegðun.
- Fjöldi og stærð þeirra fyrirtækja sem taka ekki þátt í því að samhæfa hegðun.

Séu fyrirtæki sem ekki taka þátt í samhæfingunni með burði til þess að sinna mikilli eftirspurn getur það ógnað því jafnvægi sem samhæfð hegðun skapar á markaðnum. Það á við um fyrirtæki sem eru þegar á markaði og mögulegir nýir aðilar. Af þeim sökum hefur það mikil áhrif á ytri sjálfbærni að sem flest fyrirtæki taki þátt í samhæfingunni og erfitt sé að koma inn á markaðinn og ógna jafnvæginu. Viðskiptavinir með mikinn kaupendastyrk geta einnig grafið undan samhæfri hegðun.

### Hegðun

Möguleikar á samhæfðri hegðun ráðast ekki eingöngu af markaðsaðstæðum heldur er einnig mikilvægt að greina hegðun starfandi fyrirtækja á viðkomandi markaði.

---

<sup>6</sup>Sjá t.d. ICN (2004) „REPORT ON MERGER GUIDELINES“

## Gagnsæi

Eftir því sem fyrirtæki eiga auðveldara með að fá upplýsingar um hvert annað eiga þau auðveldara með að viðhalda samhæfðri hegðun. Til þess að stuðla að samhæfðri hegðun geta þau því aukið upplýsingaflæði á milli hvers annars með því að búa til gagnkvæmar væntingar meðal keppinauta um hegðun sína og ályktanir sínar um hina. Þetta geta þau meðal annars gert með því að búa til ákveðna ímynd. Þau geta stuðlað að innri sjálfbærni með því að auðvelda hvort öðru að að fylgjast með frávikum frá samhæfðri hegðun. Í vissum tilfellum geta þau stuðlað að ytri sjálfbærni með því að sameinast (þegjandi) um að halda nýjum keppinautum frá markaði. Bein samskipti eru ekki nauðsynleg forsenda þessa. Fyrirtækin geta gert ákveðnar upplýsingar opinberar, tilkynnt verðbreytingar, deilt upplýsingum í gegnum viðskiptabandalög eða haft óbein samskipti með öðrum hætti.

## Aðrar ráðstafanir fyrirtækja

Aðrar leiðir til þess að auka möguleika á samhæfðri hegðun í vissum tilvikum, sem ekki eru eins augljósar, felast til dæmis í því að tileinka sér ákveðnar siðareglur, staðla vöruframboð, gera sameiginlega kaupsamninga eða sameinast um rannsóknir og þróunarstarf. Stundum eru slíkar aðgerðir réttlætanagerar ef þær draga úr kostnaði sem skilar sér til viðskiptavina, en engu að síður geta þau skapað markaðsskilyrði sem auðvelda samhæfða hegðun. Ein slík leið er að ábyrgjast lægsta verð en það eykur gagnsæi og stuðlar að ákveðnum væntingum meðal keppinauta. Keppinautar hafa síður hag á því að lækka verðið hjá sér ef það er öruggt að aðrir fylgi á eftir. Annað dæmi um aukna möguleika á samhæfðri hegðun eru skorður sem framleiðendur setja á svigrúm smásala til þess að ákveða smásöluverð einhliða, s.s. með leiðbeinandi smásöluverði.

### C.1.3 Mörkin á milli samstilltra aðgerða og þegjandi samhæfingar

Hér að framan hefur verið fjallað um samhæfða hegðun fyrirtækja á markaði. Í því felst í aðalatriðum að vissar aðstæður á markaði og háttsemi keppinauta gera þeim kleift að taka gagnkvæmt tillit til hvers annars í stað þess að keppa. Í mati Samkeppniseftirlitsins í frummatsskýrslunni á því hvort finna megi merki um samhæfða hegðun á markaðnum er ekki tekin afstaða til brota 10. gr. samkeppnislaga.

Þrátt fyrir fyrrgreint er gagnlegt að gera stuttlega grein fyrir því hver munurinn er á því þegar keppinautar stunda þegjandi samhæfingu annars vegar og hins vegar þegar um er að ræða háttsemi sem getur talist til samninga eða samstilltra aðgerða í skilningi 10. gr. samkeppnislaga.

Ákvæði 10. gr. laganna eru ein þau þýðingarmestu í samkeppnislögunum. Þeim er ætlað að tryggja að keppinautar hegði sér að öllu leyti sjálfstætt á markaði á þeim sviðum sem mestu máli skipta fyrir samkeppnina. Kjarninn í samkeppni er að fyrirtæki taki sjálfstæðar ákvarðanir um markaðshæðun sína og keppi þannig sín á milli. Bann 10. gr. samkeppnislaga tekur til samninga og samstilltra aðgerða sem lúta t.d. að verði, afslætti eða álagningu. Samningur í skilningi 10. gr. er t.d. fyrir hendi þegar aðilar hans fylgja sameiginlegri áætlun, sem takmarkar eða er líkleg til að takmarka sjálfstæða hegðun þeirra á markaðnum með því að stuðla að sameiginlegum aðgerðum eða athafnaleyssi. Slík áætlun þarf hins vegar ekki að vera heildstæð, tæmandi eða lýsa í smáatriðum þeim aðgerðum sem fyrirtæki ætla að grípa til. Í 10. gr. samkeppnislaga er ekki gerður greinarmunur á samningi og samstilltum aðgerðum. Tilgangur þessa er að fella undir bann ákvæðisins samráð milli keppinauta, sem ekki hefur náð því stigi að teljast til samnings í skilningi 10. gr., er felur í sér að fyrirtækin vitandi vits hafa með sér samvinnu í stað þess að taka þá áhættu sem felst í því að keppa með sjálfstæðum hætti á markaðnum.

Um samstilltar aðgerðir getur verið að ræða þótt keppinautar hafi ekki fallist á eða hegðað sér samkvæmt fyrirfram gerðri áætlun. Við skýringu á því hvað felst í samráði sem fellur undir hugtakið samstilltar aðgerðir verður að líta til þess grundvallaratriðis að í samkeppni í skilningi

samkeppnisréttarins felst að hvert fyrirtæki fyrir sig verði að ákveða sjálfstætt hvernig það ætlar að hegða sér á markaði. Þessi krafa um sjálfstæði bannar ekki að fyrirtæki grípi til aðgerða vegna hegðunar eða hugsanlegrar hegðunar keppinauta á markaðnum. Hún bannar hins vegar hvers konar samskipti milli keppinauta, bein eða óbein, sem hafa það markmið eða af þeim leiðir að reynt er að hafa áhrif á hegðun núverandi eða væntanlegs keppinautar á markaðnum eða honum greint frá aðgerðum sem viðkomandi fyrirtæki ætlar að grípa til eða hugleiðir að grípa til á markaðnum. Ef engin samskipti eiga sér stað, eða þau teljast ekki sönnuð, er ekki brot á 10. gr. samkeppnislaga að ræða.

