



## FORUMS

# Global Forum on Competition 2008

## Introduction

This publication includes the documentation presented at the seventh Global Forum on Competition held in Paris in February 2008.

## Overview

The programme of the Forum included five main sessions on the Challenges of Transition for Competition Law and Policy in China, the Role of Consumers in Promoting Pro-Competitive Reforms, the Interface between Competition and Consumer Policies, the Economics of Competition and Consumer Policies (High Switching Costs), and a Peer Review of Ukraine.

## Related Topics

- The Interface between Competition and Consumer Policies (2008)
- Peer Review of Ukraine (2008)
- Competition Policy and Concessions (2007)
- Concessions (2006)
- Peer Review of Chinese Taipei (2006)
- Prosecuting Cartels without Direct Evidence of Agreement (2006)
- Preventing Market Abuses and Promoting Economic Efficiency, Growth and Opportunity (2004)



# OECD Global Forum on Competition

Seventh Meeting  
21-22 February 2008



**OECD**

**GLOBAL FORUM  
ON COMPETITION**

Seventh Meeting

21-22 FEBRUARY 2008

***BACKGROUND DOCUMENTATION***





# TABLE OF CONTENTS

## SESSION I

### ***PEER REVIEW OF UKRAINE***

(5available ]b'9b[ 'g\`UbXI \_fUj]Ub)

## SESSION II

### ***THE CHALLENGES OF TRANSITION FOR COMPETITION LAW AND POLICY IN CHINA***

## SESSION III

### ***THE ROLE OF CONSUMERS IN PROMOTING PRO-COMPETITIVE REFORMS***

Note by the Secretariat

DAF/COMP/GF(2008)3

#### **Contributions**

The Politics of Reform: Consumers and Competition  
Contribution by Samuel OCHIENG

DAF/COMP/GF/WD(2008)38

Presentation by Samuel OCHIENG

DAF/COMP/GF/WD(2008)26

The Egyptian Consumer Protection Law  
and its Relationship with Competition Law and Policy  
Presentation by Amr FAHIM

DAF/COMP/GF/WD(2008)40

Promoting Competitive Reforms in Developing Countries  
Contribution by Pradeep S. MEHTA

DAF/COMP/GF/WD(2008)27

Presentation by Pradeep S. MEHTA

DAF/COMP/GF/WD(2008)35

## SESSION IV

### ***THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES***

#### **Background Note**

by Henry ERGAS and Allan FELLS

DAF/COMP/GF(2008)4

#### **Written Contributions**

Argentina	DAF/COMP/GF/WD(2008)20
Australia	DAF/COMP/GF/WD(2008)4
Canada	DAF/COMP/GF/WD(2008)5
Chile	DAF/COMP/GF/WD(2008)20
Costa Rica	DAF/COMP/GF/WD(2008)24
El Salvador	DAF/COMP/GF/WD(2008)7
European Commission	DAF/COMP/GF/WD(2008)8
France	DAF/COMP/GF/WD(2008)34
India	DAF/COMP/GF/WD(2008)11
Japan	DAF/COMP/GF/WD(2008)10
Jordan	DAF/COMP/GF/WD(2008)1
Korea	DAF/COMP/GF/WD(2008)12
Malta	DAF/COMP/GF/WD(2008)2
Papua New Guinea	DAF/COMP/GF/WD(2008)32
Poland	DAF/COMP/GF/WD(2008)13
Portugal	DAF/COMP/GF/WD(2008)14
Russia	DAF/COMP/GF/WD(2008)23
Singapore	DAF/COMP/GF/WD(2008)3
Slovak Republic	DAF/COMP/GF/WD(2008)16
Switzerland	DAF/COMP/GF/WD(2008)21
Tunisia	DAF/COMP/GF/WD(2008)36
Chinese Taipei	DAF/COMP/GF/WD(2008)17
United Kingdom	DAF/COMP/GF/WD(2008)18
United States	DAF/COMP/GF/WD(2008)19
Uzbekistan	DAF/COMP/GF/WD(2008)33
BIAC	DAF/COMP/GF/WD(2008)37

## SESSION V

### ***THE ECONOMICS OF COMPETITION AND CONSUMER POLICIES***

#### **Presentations**

Classical and Behavioural Approaches to Economic Analysis – Implications for Competition and Consumer Policy

Presentation by Colin F. CAMERER

DAF/COMP/GF/WD(2008)28

Economics for Consumer Policy: Practical Applications Contribution by Louise SYLVAN	DAF/COMP/GF/WD(2008)29
The Developing Country Perspective Contribution by Deunden NIKOMBORIRAK	DAF/COMP/GF(2008)7
<b>For information</b> Note by Ian McAULEY	DAF/COMP/GF(2008)6
Introductory Note	DAF/COMP/GF(2008)8

## SESSION VI

### ***HIGH SWITCHING COSTS: A BARRIER TO COMPETITION AND A DETRIMENT TO CONSUMERS***

UK Consumer Attitudes and Behaviour towards Switching Suppliers Contribution by Jill JOHNSTONE	DAF/COMP/GF/WD(2008)39
Presentation by Jill JOHNSTONE	DAF/COMP/GF/WD(2008)30
Do Switching Costs Really Make Markets Less Competitive? Presentation by Mark WILLIAMS	DAF/COMP/GF/WD(2008)31

## SESSION VII

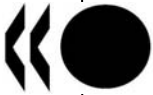
### ***BREAKOUT SESSIONS***

Hypothetical Cases	DAF/COMP/GF/WD(2008)25
--------------------	------------------------



**Unclassified**

**DAF/COMP/GF/A(2008)1/REV2**



Organisation de Coopération et de Développement Economiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

**19-Feb-2008**

**English - Or. English**

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS  
COMPETITION COMMITTEE**

**DAF/COMP/GF/A(2008)1/REV2  
Unclassified**

**Global Forum on Competition**

**PROVISIONAL FORUM AGENDA**

**To be held on 21 and 22 February 2008, at 10:00 am, at the OECD Conference Centre**

Contact: Hélène CHADZYNSKA, Project Manager of the Global Forum on Competition [Tel: 33 (0)1 45 24 91 05; email: [helene.chadzynska@oecd.org](mailto:helene.chadzynska@oecd.org)].

**JT03240681**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine  
Complete document available on OLIS in its original format

**English - Or. English**

**GLOBAL FORUM ON COMPETITION**

**21 AND 22 FEBRUARY 2008**

**PROVISIONAL FORUM AGENDA**

**THURSDAY 21 FEBRUARY**

**CHAIR: Frédéric JENNY**  
**Chairman of the Competition Committee (France)**

**OPENING SESSION**

**10.00–10.15      OPENING REMARKS**

**Angel GURRIA**  
OECD Secretary-General

**SESSION I**

**(Open only to country representatives  
and intergovernmental organisations)**

**10.15-1.00      PEER REVIEW OF UKRAINE      DAF/COMP/GF(2008)1**

**Examiners: Germany and India**

-----  
**1.00-2.45      Buffet lunch for all participants**  
-----

**SESSION II**

**(Open only to country representatives  
and intergovernmental organisations)**

**2.45-3.45      THE CHALLENGES OF TRANSITION  
FOR COMPETITION  
LAW AND POLICY IN CHINA**

**Introduction by the OECD Secretariat**

-- Note by the Secretariat

DAF/COMP/GF(2008)2

- **Presentations by China**

**Jie YANG**

Deputy Director  
Fair Trade bureau of the State Administration  
For Industry and Commerce of PRC (SAIC)  
China

DAF/COMP/GF/WD(2008)43

**Yanling YIN**

Director  
Anti-Monopoly Office  
Department of Treaty & Law  
Ministry of Commerce  
(MOFCOM)  
China

DAF/COMP/GF/WD(2008)42

**GENERAL DISCUSSION**

**SESSION III**

**THE ROLE OF CONSUMERS  
IN PROMOTING PRO-COMPETITIVE  
REFORMS**

**3.45- 5.00**

**Introduction by the OECD Secretariat**

-- Note by the Secretariat

DAF/COMP/GF(2008)3

**Presentations:**

- **The politics of reform:  
Consumers & Competition**

DAF/COMP/GF/WD(2008)38

**Samuel OCHIENG**

President of Consumers International  
Chief Executive, Consumer Information  
Network of Kenya (CIN)  
Kenya

- **The Egyptian Consumer Protection Law  
and its Relationship  
With Competition Law and Policy**

DAF/COMP/GF/WD(2008)40

**Amr FAHIM**

Executive Director  
Consumer Protection Agency  
Egypt

- **Promoting Competitive Reforms  
in Developing Countries**

DAF/COMP/GF/WD(2008)27

**Pradeep S. MEHTA**  
Secretary General  
CUTS International  
Co-chairman  
International Network of Civil Society Organisation  
on Competition (INCSOC)  
India

**5.00-6.00                    GENERAL DISCUSSION**

**FRIDAY 22 FEBRUARY**

**CHAIR: Frédéric JENNY**  
**Chairman of the Competition Committee (France)**

**9.30-9.50                    WELCOMING REMARKS:**  
**Thelma ASKEY**  
OECD Deputy Secretary General

**KEYNOTE SPEAKER**  
**Meglana KUNEVA**  
EU Commissioner for Consumer Protection

**INTRODUCTORY COMMENTS**  
**Michael JENKIN**  
Chairman of the Committee on Consumer Policy  
Canada

**SESSION IV                    THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER  
POLICIES**

**9.50-11.30                    Chair:    Bill KOVACIC**  
Commissioner  
Federal Trade Commission  
United States



## PRESENTATION OF THE BACKGROUND NOTE

### **The Interaction and Coordination of Competition and Consumer Policy**

DAF/COMP/GF(2008)4

#### **Allan FELS**

Dean

The Australia and New Zealand School of Government  
ANZSOG

## PANEL DISCUSSION

#### **Hetham Hani Jamel ABU KARKY**

Legal Researcher

The Competition Directorate, Ministry of Industry & Trade  
Jordan

#### **Colin BROWN**

Director of Advisory, Policy and International

Office of Fair Trading

United Kingdom

#### **Chuan Leong LAM**

Chairman

Competition Commission

Singapore

#### **Barbara LEE**

Executive Director

Fair Trading Commission

Jamaica

## WRITTEN CONTRIBUTIONS

### Received:

- Argentina DAF/COMP/GF/WD(2008)20
- Australia DAF/COMP/GF/WD(2008)4
- Canada DAF/COMP/GF/WD(2008)5
- Chile DAF/COMP/GF/WD(2008)6
- Costa Rica DAF/COMP/GF/WD(2008)24
- European Commission DAF/COMP/GF/WD(2008)8
- El Salvador DAF/COMP/GF/WD(2008)7
- France DAF/COMP/GF/WD(2008)34
- India DAF/COMP/GF/WD(2008)11
- Japan DAF/COMP/GF/WD(2008)10
- Jordan DAF/COMP/GF/WD(2008)1
- Korea DAF/COMP/GF/WD(2008)12
- Malta DAF/COMP/GF/WD(2008)2
- Papua New Guinea DAF/COMP/GF/WD(2008)32

• Poland	DAF/COMP/GF/WD(2008)13
• Portugal	DAF/COMP/GF/WD(2008)14
• Russia	DAF/COMP/GF/WD(2008)23
• Singapore	DAF/COMP/GF/WD(2008)3
• Switzerland	DAF/COMP/GF/WD(2008)21
• Slovak Republic	DAF/COMP/GF/WD(2008)16
• Chinese Taipei	DAF/COMP/GF/WD(2008)17
• Tunisia	DAF/COMP/GF/WD(2008)36
• United Kingdom	DAF/COMP/GF/WD(2008)18
• United States	DAF/COMP/GF/WD(2008)19
• Uzbekistan	DAF/COMP/GF/WD(2008)33
• BIAC	DAF/COMP/GF/WD(2008)37

## GENERAL DISCUSSION

### **SESSION V THE ECONOMICS OF COMPETITION AND CONSUMER POLICIES**

**11.30-1.00**      **Chair: José ROA RAMIREZ**  
Director  
National Consumer Service (SERNAC)  
Chile

#### **11.30-12.00**      **PRESENTATIONS**

- **Classical and behavioural approaches to economic analysis – implications for competition and consumer policy**      DAF/COMP/GF/WD(2008)28

**Colin F. CAMERER**  
Professor of Business Economics,  
California Institute of Technology

- **Economics for consumer policy: Practical applications**      DAF/COMP/GF/WD(2008)29

**Louise SYLVAN**  
Vice-Chair, Australia Competition  
and Consumer Commission,  
Australia

- **The developing country perspective** DAF/COMP/GF(2008)7

**Deunden NIKOMBORIRAK**

Research Director

Consumer Protection and Competition Policy Section

Thailand Development Research Institute (TDRI)

Thailand

**For Information**

Note by Mr. Ian McAULEY

for the Committee on Consumer Policy

DAF/COMP/GF(2008)6

-- Introductory Note

DAF/COMP/GF(2008)8

**12.00-1.00**

**GENERAL DISCUSSION**

-----  
**1.00-2.00**  
-----

**Buffet lunch for all participants**

**SESSION VI**

**HIGH SWITCHING COSTS: A BARRIER TO COMPETITION  
AND A DETRIMENT TO CONSUMERS**

**2.00-3.00**

**Introduction to the issue with references to the Banking sector and  
Telecommunications**

- **UK Consumer Attitudes and  
Behaviour towards Switching  
Suppliers**

DAF/COMP/GF/WD(2008)39

**Jill JOHNSTONE**

Director of Policy

UK National Consumer Council

- **Do switching costs really make  
Markets less competitive?**

DAF/COMP/GF/WD(2008)31

**Mark WILLIAMS**

Director

Head of European Competition Policy

(London and Brussels)

NERA

**SESSION VII**      **BREAKOUT SESSIONS** (in 4 small groups)

**3.00-5.00**      **Hypothetical Case Studies**      DAF/COMP/GF/WD(2008)25

**Chairs:**

**Khalid AZIZ MIRZA**

Chairman  
Competition Commission of Pakistan  
Pakistan

**Graham BRANTON**

Director  
EU and International Competition and Consumer Policy Directorate  
Department of Trade and Industry (DTI)

**Tresna SOEMARDI**

Vice chairman  
Commission for the Supervision of Business Competition  
Indonesia

**Mona YASSINE**

Chair  
Egyptian Competition Authority  
Egypt

**Case Discussants:**

**Nicholas HEYS**

Director  
International Unit  
Competition and Consumer Commission  
Australia

**Thulasoni Gilbert KAIRA**

Acting Executive Director  
Zambia Competition Commission  
Zambia

**Graciela ORTIZ**

President  
Competition Chamber  
INDECOPI  
Peru

**Mariana TAVARES**

Secretary of Economic Law  
Brazil

-----  
**5.00-5.15**  
-----

**Coffee break**

**EVALUATION AND FINAL SESSION**

**5.15-5.35**

**REPORTS BY CHAIRS OF BREAKOUT SESSIONS**

**5.35-6.00**

**EVALUATION AND FINAL REMARKS BY CHAIRS OF THE COMMITTEE  
ON CONSUMER POLICY AND THE COMPETITION COMMITTEE**

**Non classifié**

**DAF/COMP/GF/A(2008)1/REV2**



Organisation de Coopération et de Développement Économiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

**19-Feb-2008**

**Français - Or. Anglais**

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**DAF/COMP/GF/A(2008)1/REV2  
Non classifié**

## **Forum mondial sur la concurrence**

### **PROGRAMME PROVISOIRE DU FORUM**

**La réunion se tiendra les 21 et 22 février 2008, à partir de 10 h 00, au Centre de conférences de l'OCDE**

Contact : Hélène Chadzyska, Chef de projet du Forum Mondial sur la Concurrence, Tel: 33 (0)1 45 24 91 05, e-mail: [helene.chadzyska@oecd.org](mailto:helene.chadzyska@oecd.org)

**JT03240687**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine  
Complete document available on OLIS in its original format

**Français - Or. Anglais**

**FORUM MONDIAL SUR LA CONCURRENCE**

**21 ET 22 FÉVRIER 2008**

**PROGRAMME PROVISOIRE**

**JEUDI 21 FÉVRIER**

**PRÉSIDENT : Frédéric JENNY**  
Président du Comité de la concurrence (France)

**SESSION D'OUVERTURE**

**10:00-10:15 ALLOCUTION D'OUVERTURE**

**Angel GURRIA**  
Secrétaire général de l'OCDE

**SESSION I**

(Ouverte uniquement aux représentants  
gouvernementaux et aux organisations  
intergouvernementales)

**10:15-13:00 EXAMEN PAR LES PAIRS  
DE L'UKRAINE**

DAF/COMP/GF(2008)1

**Examineurs : Allemagne et Inde**

-----  
**13:00-14:45 Déjeuner-buffet offert à tous les participants**  
-----

**SESSION II**

(Ouverte uniquement aux représentants  
gouvernementaux et aux organisations  
intergouvernementales)

14:45-15:45

**LES DÉFIS DE LA TRANSITION  
POUR LE DROIT ET LA POLITIQUE  
DE LA CONCURRENCE EN CHINE**

**Exposé du Secrétariat de l'OCDE**

-- Note du Secrétariat

DAF/COMP/GF(2008)2

**Présentations de la Chine**

**Jie YANG**

Directrice adjointe  
Fair Trade Bureau of the State Administration  
For Industry and Commerce of PRC (SAIC)  
Chine

DAF/COMP/GF/WD(2008)43

**Yanling YIN**

Directrice  
Anti-Monopoly Office  
Department of Treaty & Law  
Ministère du Commerce (MOFCOM)  
Chine

DAF/COMP/GF/WD(2008)42

**DÉBAT GÉNÉRAL**

**SESSION III**

**LE RÔLE DES CONSOMMATEURS  
À L'APPUI DES RÉFORMES  
EN FAVEUR DE LA CONCURRENCE**

15:45-17:00

**Introduction par le Secrétariat de l'OCDE**

-- Note du Secrétariat

DAF/COMP/GF(2008)3

**Présentations :**

- **Les politiques de réforme :  
Consommateurs et Concurrence**

DAF/COMP/GF/WD(2008)38

**Samuel OCHIENG**

Président de Consumers International  
Directeur, Réseau d'Information  
des Consommateurs du Kenya (CIN)  
Kenya



- **La loi égyptienne sur la protection de la concurrence et sa relation avec le droit et la politique de la concurrence**

DAF/COMP/GF/WD(2008)40

**Amr FAHIM**

Directeur Exécutif  
Agence de Protection des Consommateurs  
Égypte

- **Promouvoir les réformes en faveur de la concurrence dans les pays en développement**

DAF/COMP/GF/WD(2008)27

**Pradeep S. MEHTA**

Secrétaire Général  
CUTS International  
Co-président, International Network of Civil Society Organisations on Competition (INCSOC)  
Inde

**17:00-18:00**

**DÉBAT GÉNÉRAL**

**VENDREDI 22 FÉVRIER**

**PRÉSIDENT : Frédéric JENNY**  
**Président du Comité de la concurrence (France)**

**9:30-9:50**

**ALLOCUTION DE BIENVENUE**

**Thelma ASKEY**  
Secrétaire général adjoint de l'OCDE

**INTERVENANT PRINCIPAL**

**Meglana KUNEVA**  
Membre de la Commission européenne chargée de la protection du consommateur

**COMMENTAIRES LIMINAIRES**

**Michael JENKIN**  
Président  
Comité de la politique à l'égard des consommateurs  
Canada

**SESSION IV**

**L'INTERACTION ENTRE LA POLITIQUE  
DE LA CONCURRENCE ET LA POLITIQUE  
À L'ÉGARD DES CONSOMMATEURS**

**9:50-11:30**

**Présidente : Bill KOVACIC**  
Commissaire  
Commission Fédérale du Commerce  
États-Unis

**PRÉSENTATION DE LA NOTE DE RÉFÉRENCE**

**L'interaction et la coordination de la politique  
de la concurrence et de la politique  
à l'égard des consommateurs**

DAF/COMP/GF(2008)4

**Allan FELS**  
Doyen  
École du gouvernement pour l'Australie et la Nouvelle Zélande  
ANZSOG

**PANEL DE DISCUSSION**

**Hetham Hani Jamel ABU KARKY**  
Legal Researcher  
Direction de la Concurrence, Ministère de l'Industrie et du Commerce  
Jordanie

**Colin BROWN**  
Director of Advisory, Policy and International  
Office of Fair Trading  
Royaume-Uni

**Chuan Leong LAM**  
Président  
Commission de la concurrence  
Singapour

**Barbara LEE**  
Executive Director  
Fair Trading Commission  
Jamaïque

**CONTRIBUTIONS ÉCRITES**

Reques :

- Argentine DAF/COMP/GF/WD(2008)20
- Australie DAF/COMP/GF/WD(2008)4
- Canada DAF/COMP/GF/WD(2008)5
- Chili DAF/COMP/GF/WD(2008)6
- Chine (MOFCOM) DAF/COMP/GF/WD(2008)42

• Chine (SAIC)	DAF/COMP/GF/WD(2008)43
• Commission Européenne	DAF/COMP/GF/WD(2008)8
• Costa Rica	DAF/COMP/GF/WD(2008)24
• Corée	DAF/COMP/GF/WD(2008)12
• El Salvador	DAF/COMP/GF/WD(2008)7
• États Unis	DAF/COMP/GF/WD(2008)11
• Fédération russe	DAF/COMP/GF/WD(2008)23
• France	DAF/COMP/GF/WD(2008)34
• Inde	DAF/COMP/GF/WD(2008)10
• Japon	DAF/COMP/GF/WD(2008)1
• Jordanie	DAF/COMP/GF/WD(2008)2
• Malte	DAF/COMP/GF/WD(2008)14
• Ouzbékistan	DAF/COMP/GF/WD(2008)33
• Papouasie Nouvelle Guinée	DAF/COMP/GF/WD(2008)32
• Pologne	DAF/COMP/GF/WD(2008)13
• Portugal	DAF/COMP/GF/WD(2008)3
• Singapour	DAF/COMP/GF/WD(2008)21
• Suisse	DAF/COMP/GF/WD(2008)16
• République slovaque	DAF/COMP/GF/WD(2008)17
• Royaume Uni	DAF/COMP/GF/WD(2008)19
• Taipei chinois	DAF/COMP/GF/WD(2008)18
• Tunisie	DAF/COMP/GF/WD(2008)36
• BIAC	DAF/COMP/GF/WD(2008)37

## DÉBAT GÉNÉRAL

### SESSION V

### L'ÉCONOMIE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET DE LA POLITIQUE À L'ÉGARD DES CONSOMMATEURS

11:30-13:00

**Président: José ROA RAMIREZ**

Directeur  
Service national des consommateurs (SERNAC)  
Chili

11:30-12:00

#### PRESENTATIONS

- **Approches classique et comportementale  
de l'analyse économique : implications  
pour la politique de la concurrence  
et la politique des consommateurs** DAF/COMP/GF/WD(2008)28

**Colin F. CAMERER**

Professeur en Économie des Affaires  
Institut de Technologie de Californie

- **Les sciences économiques à l'appui de la politique à l'égard des consommateurs : applications pratiques** DAF/COMP/GF/WD(2008)29

**Louise SYLVAN**  
Vice-présidente  
Commission de la Concurrence  
et des Consommateurs d'Australie  
Australie

- **Perspective des pays en développement** DAF/COMP/GF(2008)7

**Deunden NIKOMBORIBAK**  
Directeur de la recherche  
Section de la Protection des Consommateurs  
et de la Politique  
de la Concurrence  
Institut de la Recherche du Développement  
thaïlandais (TDRI)  
Thaïlande

**Pour information**

Note de M. Ian McAULEY du Comité  
de la politique à l'égard des consommateurs DAF/COMP/GF(2008)6

-- Introductory Note DAF/COMP/GF(2008)8

**12:00-13:00**

**DÉBAT GÉNÉRAL**

-----  
**13:00-14:00**  
-----

**Déjeuner-buffet offert à tous les participants**

**SESSION VI**

**COÛTS DE TRANSFERT ÉLEVÉS : UN OBSTACLE  
À LA CONCURRENCE ET UN PRÉJUDICE POUR LES  
CONSOMMATEURS**

**14:00-15:00**

**Introduction du sujet, avec références au secteur bancaire et aux télécommunications**

- **Royaume-Uni – Attitudes et comportements des consommateurs vis-à-vis des changements de fournisseurs** DAF/COMP/GF/WD(2008)39

**Jill JOHNSTONE**  
Directeur  
Conseil National des Consommateurs  
Royaume-Uni

- **Les coûts de transfert rendent-ils vraiment les marchés moins concurrentiels ?**

DAF/COMP/GF/WD(2008)31

**Mark WILLIAMS**

Directeur

Chef, politique européenne de la concurrence  
(Londres et Bruxelles)

NERA

## **SESSION VII**

### **REUNIONS EN SOUS-GROUPES**

(dans quatre petites salles)

**15:00-17:00**

**Études de cas fictifs**

DAF/COMP/GF/WD(2008)25

**Présidents :**

**Khalid AZIZ MIRZA**

Président

Commission de la concurrence du Pakistan  
Pakistan

**Graham BRANTON**

Directeur

EU and International Competition and Consumer Policy  
Directorate

Département du Commerce et de l'Industrie (DTI)

**Tresna SOEMARDI**

Vice président

Commission pour la Supervision des Affaires  
de Concurrence  
Indonésie

**Mona YASSINE**

Présidente

Autorité de la concurrence égyptienne  
Égypte

**Commentateurs des cas :**

**Nicolas HEYS**

Directeur

Unité Internationale

Commission de la Concurrence et des Consommateurs  
Australie

**Thulasoni Gilbert KAIRA**  
Directeur exécutif *ad intérim*  
Commission de la Concurrence de la Zambie  
Zambie

**Graciela ORTIZ**  
Présidente  
Chambre de commerce  
INDECOPI  
Pérou

**Mariana TAVARES**  
Secrétaire au droit économique  
Brésil

-----  
**17:00-17:15**  
-----

**Pause café**

**ÉVALUATION ET SÉANCE FINALE**

**17:15-17:35**

**RAPPORTS DES PRÉSIDENTS DES SOUS-GROUPES**

**17:35-18:00**

**ÉVALUATION ET REMARQUES FINALES DU PRÉSIDENT DU  
COMITÉ DE LA POLITIQUE À L'ÉGARD DES CONSOMMATEURS  
ET DU PRÉSIDENT DU COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

# **OPENING SESSION**



---

# The Magic Power of Competition

---

Opening Remarks by Angel Gurría, OECD Secretary-General at the Global Forum on Competition

Paris, 21 February 2008

Good morning Ladies and Gentlemen,

It is a great pleasure to welcome you to the [7th meeting of the Global Forum on Competition](#). I am delighted to see so many delegates from such a large number of countries: more than 90 delegations representing 80 economies, including 52 non-members. In addition, there are officials from international and regional organisations, the business community, consumer organisations and development banks. In total, more than 350 officials are with us today; a record number for this Forum.

I am also delighted that Ms. Meglena Kuneva, EU Commissioner for Consumer Protection, will be joining the Forum tomorrow, following the presence of Neelie Kroess, yesterday in the 100th Session of the Competition Committee. Let me also welcome Mr. Frédéric Jenny, Chairman of the Competition Committee and Mr. Michael Jenkin, Chairman of the Committee on Consumer Policy.

## **The magic of competition**

This forum is particularly important for the work of OECD. Competition is an essential ingredient to improve the economic performance of our countries. It stimulates efficiency and higher productivity. It strengthens incentives for innovation and makes our companies more solid, more creative and fit for globalisation. Governments should aim to guarantee an environment of intense and fair contest among its economic actors. This will help countries to compete in the global markets and attract investments that will increase employment.

Many OECD studies link increased competition to better economic performance. We found that reforms promoting competitive pressures in Australia, for example, triggered an economic recovery in the early 1990s. This turned out to be the longest economic expansion since the 1960s. Finland achieved one of the lowest inflation rates of the euro area in 2006 thanks to increased competition in key sectors like telecommunications. Airline deregulation in the US, twenty years ago, resulted in a 10 to 18% reduction on fares, with estimated savings for travellers in the range of 5 to 10 billion dollars a year. We have many examples, and useful experiences.

Our economic studies also illustrate the ways in which weak competition hurts economic performance in a wide range of countries. France, for example, has fostered competitive synergies in manufacturing sectors, but still faces important challenges in retail, banking and business services. This can become a comparative disadvantage. In Italy, the factor productivity growth has stagnated since the start of this decade due to the prevalence of competition restraining policies.

Mexico, my own country, recently, decided to launch its own pro-competitive program to help improve Mexico's economic performance. With the support of the OECD, Mexico is developing reform proposals through the Federal Competition Commission, to review laws and regulations to identify and remove unnecessary constraints on competition.



Stronger competition induces firms to set prices closer to marginal costs and thereby allocate inputs more efficiently; it can also reduce information asymmetries and make corporate performance more comparable; it forces less efficient firms to improve their performance or risk being left out of the market. Besides, sectors where firms compete fairly and intensely are the ideal breeding ground to achieve the key to economic progress: innovation.

Not so long ago, I had dinner with Bill Lewis, who created and ran the McKinsey Global Institute until his retirement. Under his leadership, McKinsey studied 13 economies in depth over a period of 12 years to study the role of productivity and to find out why some were much more productive than others. His conclusion? In his words: "Increasing productivity is by far the most important ingredient in economic development. It solves almost all other economic problems. From the vast amount of economic experience in countries all over the world for the past 50 years, we have learned without doubt that the most important condition necessary for rapid productivity growth is fair and intense competition in all the sectors of an economy."

I could not agree more. It also is consistent with the philosophy underpinning our Competition Assessment Toolkit, which you can find on the tables outside this room. The toolkit is now printed in 11 languages; so I am confident you will find one to work with.

There are many other OECD "products" on competition. We have gathered all of our competition material in one CD-ROM to make it accessible for you. Like the Toolkit, the CDs are on the table. I encourage you to take some copies home.

This material is full of interesting experiences, policy advice and best practices that can help you in designing and implementing your own pro-competition programs.

Let me now say a few words on the special topic for this forum: the interface between competition and consumer policies. You will be dedicating several sessions to this topic, in cooperation with the Committee on Consumer Policy.

## **The Key Role of Consumers**

Improving the interaction between competition and consumer policies is an important goal. Consumers –who are also voters– will not support the vigorous pro-competitive reforms that are needed unless they see the benefits clearly.

Consumers are crucial in the process of economic reform. They are the potential counterweight to the vested interests which oppose pro-competitive reform. Persuading consumers of the benefits of competitive markets and helping them make their voice heard is fundamental to the reform process.

For example, taxi drivers can go on strike and block traffic when pro-competitive reforms are proposed. But how do we hear the voices of those who stand in the rain because taxis are too few? Government restrictions on the number of taxis –created under the pressure of the taxi lobby– are a small example, but there are many more in our economies. In each case, the consumers who would benefit from reform far outnumber those suppliers who might be affected. We must associate with this majority.

If we can come up with methods to bring the full weight of the consumer interest into the political economy equation, we will have done a great service to our governments and our economies. When searching for ways and means to strengthen the competition policies of our countries let's not forget a simple idea: consumers can be our best allies!

Public policies towards consumers can generate competitive pressures in markets by changing the way they behave towards providers of goods and services. For example, making it easier for

consumers to switch bank accounts puts pressure on banks to behave more competitively because it's now easier for them to lose their customers. Sound consumer-oriented policies can actually make markets more contested and therefore more competitive.

Let me conclude by touching on one last important point: the globalization of the OECD's competition experience.

## **OECD's Competition Know-How Goes Global**

Just like in every one of our main mandates, the [OECD's work on competition](#) is expanding its global outreach. The fact that this Forum benefits from the participation of the largest number of countries ever is not a coincidence. OECD's knowledge and policy experience in improving competition policy is there to be shared with all of you, but we also need your input to improve our work and to increase our global relevance and impact on this subject.

As you know, the OECD is going through an important reform process to adapt to the new global economic realities. In response to the recent transformations of the world economy, our Organization is becoming more open, more inclusive and more relevant.

In June 2007, after a long period of preparation, the OECD initiated a two-tier process of enlargement and enhanced engagement with 10 new countries. These economies account for nearly half the world's population, 15% of global exports and a combined GDP of 5.8 trillion dollars. We have already started accession talks with Chile, Estonia, Israel, the Russian Federation and Slovenia. In parallel, we are strengthening our co-operation with Brazil, China, India, Indonesia and South Africa, with a view to possible membership.

At the same time, the OECD's relations with nearly 100 non-member countries are broadening and deepening. The increasingly active participation of developing countries in the work of our Committees and Working Groups has become a two-way avenue of communication and learning.

The OECD is gradually turning into a genuine "hub" of dialogue on global issues. In fact, during the past G8 Summit of Heiligendamm, the OECD was asked to act as a "platform" for the dialogue between G8 countries and the major emerging economies.

Our experience in improving the competition policies of our member and non-member countries can be useful for all market oriented economies. We remain committed to relating with many non-OECD economies, particularly through our Global Forums, of which this is a leading example. But also through our regional centres for competition in countries like Korea and Hungary, which serve many economies in those regions; and through our [Latin American Competition Forum](#), held each year in cooperation with the Inter-American Development Bank.

Ladies and Gentlemen,

Guaranteeing fair and intense competition has become a major global challenge. We each have a little piece of the solution; let's put the pieces together for the benefit of the world economy. This OECD Forum is a unique opportunity to do so.

Thank you very much.



**OECD GLOBAL FORUM ON COMPETITION,  
PARIS  
CONSUMER AND COMPETITION POLICIES – BOTH FOR  
WELFARE AND GROWTH  
22 FEBRUARY 2008**

Ladies and Gentlemen,

It is a great honour for me to address the OECD Global Forum on Competition. I am delighted to have this opportunity to share with you my vision of EU consumer policy and how it can work with competition policy to make market deliver for consumers. Let me begin by stressing the aims of the EU consumer policy strategy 2007-2013 adopted by the Commission last year.

**Consumer policy Strategy**

This strategy recognizes the consumer as an essential economic agent in markets and aims to empower them to act in their best interest at all times. In so doing, consumers make markets work better: by exercising their power of comparison and choice, they reward the efficient operators and weed out the inefficient ones.

The synergies between competition and consumer policy are clear. Both policies share the goals of healthy competition and consumer welfare. But they complement each other by tackling different problems with different tools.

Consumer policy aims to ensure that consumers are provided with information, choice and flexibility, and that they operate in an environment they trust.

I strongly believe that the consumer side of the internal market of 490 million Europeans is a powerful force, both for competition and for connection with our citizens.

But, at the moment, this opportunity is far from being fully exploited. The retail internal market is currently fragmented between 27 national markets, to the detriment of both producers and consumers. In essence, at the retail level we have 27 national mini-markets, instead of a pan-European supermarket.

The Internet era has opened up new opportunities, allowing cross-border shopping and enabling consumers to get better information and to compare prices. However, although 50% of European consumers with an Internet connection at home made an on-line purchase in 2006, only 12% of them dared to make a cross-border purchase.

The Commission's objective is therefore to harness the untapped potential of the internal market to expand consumer welfare in terms of better prices, choice, quality, affordability and safety.

But building and integrating markets requires building trust. Markets are becoming more complex and sophisticated, as are commercial practices and consumer fraud. Consumers need to be empowered to play their full role in making markets work.

To have confidence in the markets and make better choices, they need accurate information and market transparency.

If we are to make the internal market work for consumers and businesses, we also need to develop the predictability of conditions that exist in a national market. Sound regulation that delivers a clear and robust framework for consumer choice is a *sine qua non*.

The Unfair Commercial Practices Directive has put in place a harmonised framework banning practices such as misleading advertising. The legal framework on consumer contract law is currently being reviewed and studied with the same goals in mind: to introduce a single, simple set of basic rights and obligations to consumers and business.

The Commission is also working hard to ensure that consumer law is effectively **enforced**. The value of an effective enforcement regime as a deterrent is a common theme to both consumer policy and competition policy. A network of consumer protection enforcement authorities - similar to the

European Competition Network - was established in 2007 and is now cooperating to crack down on rogue traders.

### **The links between consumer and competition policy**

Obviously, consumers need markets with healthy competition. EU competition policy has undoubtedly been of great benefit to consumers. The Commission's work on cartels in recent times, for example, has had a clear and direct effect on consumer welfare. The fines levied against car manufacturers who pressurise dealers not to accept cross-border purchases is another good example.

The Commission's efforts to tackle cases of dominant position on the market, of cartels and other anti-competitive agreements between businesses have had a very significant positive impact in our markets.

However, I'm sure you will agree that this is not always sufficient. Competition policy cannot address all the problems that may reduce market efficiency and consumer welfare. Certain practices collectively adopted by an industry can mislead consumers. Obfuscation, complex pricing and in some cases product tying all impair consumers' ability to take optimal decisions. Tacit collusion is another example of practices that

cause consumer detriment, yet are not (easily) caught by competition instruments.

The bad news is that such practices not only impact negatively on consumer welfare, but also may prevent more efficient producers from reaping their just rewards. This in turn weakens competition and innovation.

The good news is that some of these issues such as unfair and misleading practices could be tackled by consumer policy and in particular by the Unfair Commercial Practices Directive. Tackling these problems refocuses competition on the fundamentals of price and quality.

Consumer policy is therefore central to addressing potential demand-side failures preventing consumers to exercise undistorted choice.

So it is clear that competition policy and consumer policy are complementary. Competition is a necessary condition for consumer welfare. Consumer policy in turn enhances competition by empowering consumers to exercise the power of choice.

I am convinced that confident, informed and empowered consumers are a crucial motor of economic change, as their choices drive innovation and efficiency.

**Cooperation between consumer and competition policy**

I think we can agree that the two policies are complementary. The question remains as to how they can work better together.

Both policies seek to monitor the behaviour of economic operators for the good of consumers. But the problems tend to be different and there is no automatic correspondence between competition problems and consumer problems in a particular sector. Problems in markets must be clearly identified and dealt with using the appropriate tools.

I see the main area for cooperation as upstream in the policy cycle at the market screening and analysis phase.

The Commission's recent initiative to launch a consumer market scoreboard offers a new way forward to detect market malfunction as perceived by consumers. We are putting in place the tools to monitor five indicators of market malfunction – prices; complaints; switching; consumer satisfaction and safety.

When these indicators are in place, I hope they will provide the tools for the Commission to prioritise markets for more in-depth study. These indicators are no more than that – they are not proof of market failure. But the problems they reveal will not only be consumer policy ones. I expect that the evidence gathered will also point to competition or regulatory problems.



For example, high consumer dissatisfaction or a very high level of complaints may not be due only to the effects of misleading advertising or unfair contracts. Disproportionately high prices or inability to switch suppliers may indicate poor competition.

But our work can not stop at this stage. The Commission's next step will be an in-depth analysis of the markets that show signs of malfunctioning. The Commission's Single Market Review has committed the Commission to carrying out these studies in a more coordinated way, bringing together the experience of competition and consumer analysts, but also sectoral experts.

I have great hopes that through this analytical work a broader scope for cooperation between the two policy areas can be found. To mention one particular aspect of this work, I have high hopes for the work the OECD is doing on behavioural economics.

The ever increasing complexity of markets and commercial practices is shedding new light on the capacity and willingness of consumers to make optimal choices. Behavioural economics is beginning to explain the boundaries to rational consumer behaviour. As regulators and policymakers we have to take into account the way consumers actually behave rather than the way the economics textbooks say they should behave.

So I hope that behavioural economics will deliver insights that policymakers can use. These insights have obvious potential for consumer policy, whether in relation to regulation or information. But I think they could also have important implications for competition policy, especially in the development of remedies.

So I look to the OECD to advance our understanding and make behavioural economics operational for policymakers and enforcers.

In conclusion, let me again underline the importance of greater cooperation between competition and consumer policy. Both policies strive for the same goals. They are two sides of the same coin. I wish the conference every success in bringing the two policies closer together.

**End**

Word count 1183

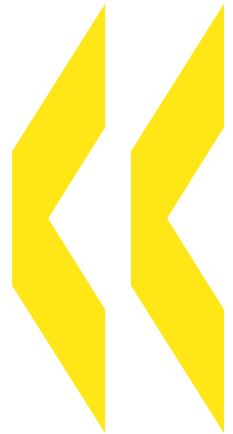
# SESSION I

## *PEER REVIEW OF UKRAINE*



# Competition Law and Policy in Ukraine

AN OECD PEER REVIEW



2008

# **COMPETITION LAW AND POLICY IN UKRAINE**

**An OECD Peer Review**

**-- 2008 --**

# ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

Pursuant to Article 1 of the Convention signed in Paris on 14th December 1960, and which came into force on 30th September 1961, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) shall promote policies designed:

- to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to the development of the world economy;
- to contribute to sound economic expansion in Member as well as non-member countries in the process of economic development; and
- to contribute to the expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations.

The original Member countries of the OECD are Austria, Belgium, Canada, Denmark, France, Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, the United Kingdom and the United States. The following countries became Members subsequently through accession at the dates indicated hereafter: Japan (28th April 1964), Finland (28th January 1969), Australia (7th June 1971), New Zealand (29<sup>th</sup> May 1973), Mexico (18th May 1994), the Czech Republic (21st December 1995), Hungary (7th May 1996), Poland (22<sup>nd</sup> November 1996), Korea (12th December 1996) and Slovak Republic (14th December 2000). The Commission of the European Communities takes part in the work of the OECD (Article 13 of the OECD Convention).

**The OECD has two official languages, English and French.  
The English version of this report is the only official one.**

© OECD 2008

Permission to reproduce a portion of this work for non-commercial purposes or classroom use should be obtained through the Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, for every country except the United States. In the United States permission should be obtained through the Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, or CCC Online: <http://www.copyright.com/>. All other applications for permission to reproduce or translate all or part of this book should be made to OECD Publications, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

---

## *Foreword*

This report<sup>1</sup> was the basis of a two hour and a half peer review in the OECD Global Forum on Competition (GFC) on 21 February 2008. It assesses the development and application of competition law and policy in Ukraine, focusing on activities over the previous five years (2003-07). The report concludes that Ukraine has a comprehensive and well-designed competition law and, in the AMC, an effectively managed and well-regarded agency to enforce it. The report also identifies an array of problems confronting Ukraine in the competition law arena, and makes various remedial proposals, including recommendations dealing with the AMC's budget allocation, autonomy, investigative tools, transparency, enforcement priorities, and relationships with other law enforcement agencies. Additional recommendations in the report focus on the competition law's merger notification requirements and procedures, state aid legislation, penalties for unlawful conduct and penalty collection procedures, competition advocacy, harmonization with the European Union's competition laws, and the elimination of conflicting provisions in Ukraine's Commercial Code.

The report's analysis and recommendations are timely because effective implementation of national competition policy is an important element of a continuing effort by Ukraine to integrate with western markets.

---

<sup>1</sup> This report was prepared by Jay C. Shaffer, consultant to the OECD, previously of the Antitrust Division at the US Department of Justice and Deputy General Counsel of the US Federal Trade Commission.

The financial support of the EC Delegation is also gratefully acknowledged.





## *Table of Contents*

1. Competition Policy in Ukraine: foundations and context.....	8
2. Substantive issues: content of the competition law .....	10
2.1 Concerted Actions .....	11
2.2 Abuse of Dominance .....	19
2.3 Concentrations.....	25
2.4 Restricting and Discriminating Activities .....	30
2.5 Anticompetitive Actions of Government Bodies .....	32
2.6 Unfair Competition .....	35
2.7 Public Procurement .....	37
2.8 State Aid.....	39
2.9 Consumer Protection .....	41
3. Institutional issues: Enforcement structures and practices .....	42
3.1 Competition Policy Institutions.....	42
3.2 Competition Law Enforcement .....	44
3.3 Other Enforcement Methods .....	63
3.4 International aspects of enforcement.....	65
3.5 Agency’s resources, actions, and implied priorities .....	67
4. Limits of competition policy: Exemptions and special regulatory regimes.....	69
5. Competition advocacy .....	71
5.1 Intra-government policy advocacy.....	71
5.2 Public advocacy .....	74

6. Conclusions and Policy Options.....75

    6.1 Current strengths and weaknesses.....75

    6.2 Recommendations.....80

**Boxes**

Box 1. Executive Summary .....7

## Competition Law and Policy in Ukraine

### Box 1. EXECUTIVE SUMMARY

Ukrainian competition policy dates to February 1992, shortly after independence from the Soviet Union, when the country's first competition law was adopted as part of the effort to establish a market-based economy. The Antimonopoly Committee of Ukraine (AMC), created in 1993 to enforce the competition statute, now has responsibility for two laws that evolved from the original competition legislation. The 2001 Law on the Protection of Economic Competition is the principal vehicle for competition law enforcement in Ukraine, while the 1996 Law on Protection against Unfair Competition deals with conduct by one company intended to exploit or injure the competitive vitality of a competing enterprise.

The Competition Law is modelled on statutes adopted in European competition law regimes, and its adoption and enforcement are part of a continuing effort by Ukraine to integrate with western markets. In particular, Ukraine is seeking admission to the European Community, which requires that applicants for membership implement an effective competition law system.

This Report assesses the development and application of competition law and policy in Ukraine, focusing on activities over the past five years (2003-07). It concludes that Ukraine has a comprehensive and well-designed competition law enforced by an effectively managed and well-regarded agency. The AMC is vested with a broad array of law enforcement and advocacy powers and has a wide jurisdictional reach, covering virtually every business entity operating in Ukraine and virtually every executive branch agency below the highest organs of power. The agency is thus effectively positioned to advance competition policy objectives, and deserves praise for the record it has compiled in realising that potential.

Particular strengths of the AMC include its dedication to fair and responsive operations, its commitment to vigorous outreach, and its traditional status as an autonomous agency secure from interference by other government bodies. The agency is widely regarded as stable, well administered, and free from corruption. While not all agree with every action that the AMC takes, there is a consensus view that the Committee strives diligently to serve the objectives of the competition law.

The weaknesses in Ukraine's competition system arise in part from deficiencies in certain aspects of Ukraine's system of government that result in heavy demands on the AMC's attention and resources. The agency's reputation as one of Ukraine's best agencies has brought responsibilities to its agenda that it did not previously bear, such as administering

certain functions of the public procurement system. More fundamentally, a significant part of the AMC's caseload burden would be reduced if courts dealt effectively with disputes between business entities over claims of unfair competitive methods; if privatisation proceedings were carried out with greater attention to the creation of multiple competing entities; if regulatory bodies controlled monopoly enterprises more astutely; and if market systems affecting entry, exit, and investment inputs operated more efficiently.

The AMC must also contend with certain existing legislation (such as the Ukrainian Commercial Code) that conflicts with the competition laws, and with the failure to enact certain other legislation (such as control mechanisms for state aid) which must be adopted if Ukraine is to meet international norms for competition policy systems. Difficulties are also presented by public prosecutors who are unfamiliar with the complexities of investigating anticompetitive conduct, and by judges schooled in a civil law tradition who do not readily focus on the economic dynamics of the cases before them.

Other significant weaknesses are associated with deficiencies in the AMC's statutory authority and operating policies. The Committee does not have the full statutory equipment necessary to deal with cartels and it also needs to strengthen cooperative relations with other law enforcement agencies. The Competition Law's merger notification requirements conflict substantially with accepted international standards. Further, although the AMC is one of Ukraine's most transparent agencies, it could articulate its decisions and policies more fully to facilitate understanding and compliance by the private sector.

The Report also considers two features of Ukraine's competition law regime that are sometimes viewed as weaknesses, but concludes that such a characterisation is not warranted. The first of these is the reservation to the Cabinet of Ministers of authority to grant permission for concerted actions and concentrations that the AMC has refused to allow. The second is the assignment to the AMC of both operational and law enforcement functions with respect to public procurement.

The Report makes proposals designed to address the full array of competition law and policy issues confronting Ukraine today, including recommendations dealing with the AMC's budget allocation, autonomy, investigative tools, transparency, enforcement priorities, and relationships with other law enforcement agencies. Other recommendations focus on the competition law's merger notification requirements and procedures, state aid legislation, penalties and remedies for unlawful conduct, competition advocacy, harmonization with the European Union's competition laws, and amendment of the Commercial Code.

## **1. Competition Policy in Ukraine: foundations and context**

This report assesses the development and application of competition law and policy in Ukraine. The analysis begins with a brief description of the background in which competition policy has developed and the context in which it presently operates.

Ukraine declared independence from the Soviet Union in August 1991. The following decade was marked by recession and inflation as the country

struggled to establish a market economy. Real GDP fell by 60% from 1990 to 1999. Stabilisation was finally achieved in 2000, and since then GDP has increased by more than 7% annually. The OECD's 2007 Economic Survey of Ukraine concluded that, although the country has developed substantial momentum and has considerable room for continued growth, some of the factors underlying its recent experience are transitory, and recommended that Ukraine reduce market entry and (especially) exit barriers, eliminate unnecessary regulation and subsidies to inefficient businesses, and promote further privatisation<sup>1</sup>.

Privatisation has been an ongoing process in Ukraine for 15 years. By the end of 2005, the private sector represented 85 percent of industrial output and 74 percent of employees. Nonetheless, government entities owned nearly half of the country's capital stock. The political volatility that has gripped Ukraine in recent years has not fostered progress on this front. Privatisation revenues that were 3.1% of GDP in 2004 and 5.1% in 2005 dropped to 0.1% in 2006. Planned privatisations of ownership stakes in Ukrtelekom (the fixed-line telephone monopoly) and the Odessa Portside Plant (ammonia and nitrogen fertilisers) were suspended by the government in 2007. With the change in government resulting from the snap parliamentary elections in September 2007, privatisation activity is expected to resume in 2008.

Economy-wide, many market sectors in Ukraine reflect structural conditions inhospitable to vigorous competition. Firms operating in sectors characterised by monopoly, single-firm dominance, or oligopoly were estimated to account for about 45 % of total economic output for 2004 (including 9% in markets with outright monopolies and 22% in markets dominated by a single firm with a market share of 35% or more). Conditions in regional markets were often even less competitive. Many of the sectors with weak competition are in heavy industry or infrastructure (such as mining, motor fuels, and telephony), where capital requirements pose high entry barriers.

Ukraine's first competition law "On Limiting Monopolisation and Preventing Unfair Competition in Entrepreneurial Activity" was adopted during the formative days of the state in February 1992, along with many other laws designed to facilitate and control private commercial activity. The law focused on abuse of dominance, discrimination among business entities by state agencies, and methods of "unfair competition" employed by one business entity against another. Provisions relating to concerted actions and mergers were included, but were not well developed.

The 1992 law did not establish a competition enforcement agency. The Antimonopoly Committee of Ukraine (AMC) was created by an organic law

enacted in 1993 (the “AMC Law”). In 1996, the unfair competition provisions in the competition law were expanded and transferred to a separate Law on Protection against Unfair Competition (the “Unfair Competition Law”). By 2001, the inadequacies of the 1992 competition law had become glaring enough to warrant its repeal and the adoption of the current Law on the Protection of Economic Competition, (the “Competition Law”).

Effective since March 2002, the Competition Law is modelled on statutes adopted in European competition law regimes, and reflects Ukraine’s interest in integrating with western markets. This same interest has prompted extensive modifications in many other parts of Ukraine’s legal system, all intended to satisfy requirements for accession to the World Trade Organisation and, thereafter, the European Union. An application for WTO membership was initiated in 1993 and was finally granted in February 2008.

With respect to the EU, a “Partnership and Cooperation Agreement” (“PCA”), signed in 1994 between the European Community and Ukraine, became effective in March 1998. The PCA requires that Ukraine gradually approximate its legal regime to that of the Community with respect to competition law issues, among others. Ukrainian efforts to facilitate integration with the EU intensified after the Orange Revolution. Thus, in February 2005, Ukraine adopted a three-year “Action Plan” to implement the PCA, and obtained EU agreement to commence negotiations on a Free Trade Area and an expanded PCA once Ukraine achieves WTO membership.

## **2. Substantive issues: content of the competition law**

Ukraine’s Constitution (Art. 42) guarantees “the right to engage in entrepreneurial activity,” ensures “the protection of competition in entrepreneurial activity,” and bars “abuse of a monopolistic position in the market, the unlawful restriction of competition, and unfair competition.” A separate provision in the same Article declares that “the State protects the rights of consumers.” According to the Competition Law’s Preamble, its objective is to “establish the legal fundamentals for support and protection of economic competition and the restriction of monopoly,” and thus “to assure effective operation of the economy on the basis of development of competitive relations.” Article 1 of the Law defines “economic competition” as a state of “rivalry between business entities” such that no one firm can dictate market conditions and that both consumers and businesses have a choice among sellers and purchasers.

The substantive prohibitions in the Competition Law are grouped into five categories, directed to: (1) concerted actions, (2) abuse of dominance, (3) concentrations, (4) certain “restricting and discriminating” activities of business entities and associations, and (5) anticompetitive actions of government bodies.

## **2.1**      *Concerted Actions*

The Competition Law treats concerted actions in Articles 5 through 11, and defines them to include agreements and “any other concerted competitive behaviour” by business entities, as well as decisions made by associations (Art. 5)<sup>2</sup>. “Business entities” are defined broadly in Article 1 to include any legal entity or natural person that engages in commercial activity, as well as any government body to the extent that it engages in such activity<sup>3</sup>. “Associations” are any union of legal entities or natural persons. Labour unions are covered by the law to the extent that they engage in commercial activity<sup>4</sup>.

Article 6 contains the prohibition of anticompetitive concerted actions, which are “acts which have led or may lead to denial, elimination or restriction of competition.”<sup>5</sup> As in Article 81 of the EU Treaty, Article 4 makes no distinction between horizontal and vertical conduct, but does include a non-exclusive list of anticompetitive practices that constitute potential violations. The list covers the five Article 81 provisions (using virtually identical language to specify price fixing, market division, restriction of outputs or inputs, discrimination between similarly situated parties, and tying) and adds bid rigging, boycotts and other conduct restraining market entry or exit, and actions designed to impede the competitive ability of other firms “without an objective basis.”

Articles 7, 8 and 9 create conditional exemptions from the prohibition in Article 6 to protect concerted actions of small and middle-size enterprises (“SMEs”), contracts concerning the supply and use of commodities, and agreements for the transfer of intellectual property rights<sup>6</sup>. The SME exemption in Article 7 is limited to agreements for the joint procurement of commodities that do not substantially restrict competition and that enhance the competitive ability of the participating firms. SMEs are defined to include firms whose sales or assets in the previous fiscal year do not exceed EUR 500,000.

Article 8 provides expressly that vertical “supply and use” agreements may lawfully include exclusive dealing, tying, and resale price clauses (including minimum resale price maintenance) unless the agreement leads to monopoly or a substantial restriction of competition, limits access to the market by other firms, or causes an “economically unsubstantiated” increase

in price or a deficit in the supply of a commodity. Transfers of intellectual property rights are more lightly limited by Article 9, which permits any restrictions or requirements that do not exceed the scope of the underlying right, including specifically limitations on output and sales territories and minimum production requirements.

In some circumstances, the Competition Law allows the AMC to permit conduct that would otherwise violate Article 6. Under Article 10, the Committee is empowered, upon application by interested parties, to issue individual exemptions that excuse the participants in the specified conduct from liability. The criteria under Article 10 for granting individual exemptions are similar, but not identical, to those established for the similar exemption in Article 81(3) of the EU law. The EU requires that the agreement lead to improvements in production or distribution, or to the promotion of technology or economic progress, while conferring a fair share of the benefits on consumers; yet not potentially eliminate competition in a significant part of the market or be more restrictive than necessary to achieve its beneficial objectives. Article 10 includes the requirement for improvement in production or distribution, or the promotion of technology, and the condition against elimination of competition, but says nothing about the consumers' share of benefits or less restrictive alternatives. Article 10 also expands and elaborates upon the range of acceptable justifications, listing the development of SMEs, optimisation of export or import trade, development and application of uniform standards, and "rationalisation" of production by the introduction of innovative operational methods.

In granting an Article 10 exemption, the AMC may impose conditions and requirements designed to eliminate or mitigate negative effects of the proposed conduct (Art. 31.2), and may either specify that the exemption is indefinite or establish a limited term, which ordinarily should not exceed five years. Article 10 also includes a provision (discussed later in this report) under which the Cabinet of Ministers of Ukraine may grant permission on public interest grounds for the applicants to engage in conduct that the AMC has refused to permit.

The Article 10 exemption system was congruent with EU procedures at the time that the Competition Law was enacted. The May 2004 changes in the EU's enforcement structure, however, eliminated case-specific exemptions under Article 81(3). The AMC considers that elimination of its individual exemption system would be premature at this time, given the relative inexperience of many business entities in Ukraine with the competition laws.<sup>7</sup>

Article 11 of the Competition Law creates the equivalent of the EU's block exemption system, providing that the AMC may issue "standard



requirements” for concerted actions covered by Articles 7 through 10. The AMC is empowered to declare that conduct in compliance with such standard requirements will be deemed lawful and that the participants need not apply for an individual Article 10 exemption.

The AMC has issued two block exemptions, one directed broadly to commercial agreements by business entities, the other directly more narrowly to the issues presented by formation of associations. The first, Regulation 27 (2002), covers concerted actions of all kinds, including arrangements involving firms with horizontal, vertical, and conglomerate relationships, or any combination thereof<sup>8</sup>. The basic exemptions are established in chapter 2 of the regulation, which provides that the *creation* of a new business entity or association is permitted in any case unless the aggregate sales or turnover of the participating entities exceed the standard threshold amounts specified in the regulation (section 2.1). Permission is required where the previous year’s aggregate worldwide asset value or turnover of all the participants exceeds EUR 12 million, and (1) at least two participants have a worldwide asset value or turnover that exceeds EUR one million each, and (2) the asset value or turnover in Ukraine of at least one participant exceeds EUR one million (section 2.3).

The introduction of concerted arrangements among *existing* business entities is permitted in any case where aggregate sales or turnover fall below the standard thresholds and the aggregate market share of the participating entities does not exceed 5 percent of the relevant market (section 2.1). If the aggregate sales or turnover criterion is met but the 5 percent aggregate market share is not, then the proposed concerted action may still be permitted, provided that the conditions in sections 2.2 and 2.4 are satisfied. Section 2.4 provides that the concerted action may not entail horizontal price fixing; horizontal or vertical allocation of markets, sellers or buyers; or horizontal or vertical *non-price* restrictions on sales or purchases to or from third parties. Notably, this formulation does not exclude vertical price fixing (including resale maintenance) from protection if the other requirements are met. The conditions set by Section 2.2 are that:

- none of the participants has a dominant position in the relevant market or any exclusive rights or authority granted to it by a government entity, natural monopoly, or other monopoly entity;
- in the case of a concerted action that entails any horizontal restraints, the aggregate market share of the participants is less than 15 percent; and
- in the case of a concerted action that does not entail horizontal restraints, the aggregate market share of the participants is less than 20 percent.

Where a participant in a concerted action is a member of a control group, Regulation 27 requires that all calculations of asset values, turnover, and market shares be based on the cumulative total for the entire group (section 4.2).

Chapter 3 of the Regulation provides that no permission is required for certain specialised concerted actions, including (1) creation or accession of members to a self-regulatory organisation in the securities market that operates in accordance with the requirements established by the State Commission for Securities and Stock Market; (2) creation of a partial joint venture among entities in a control relationship; (3) accession of members to an association the creation of which was previously permitted by the AMC; (4) creation of a business entity or association, provided that the commercial independence of the participants is not affected and that the action does not increase coordination or decrease competition among the participants; and (5) disaffiliation of entities participating in an association or commercial partnership.

With respect to vertical concerted actions, Regulation 27 is supplemented by the provisions in Article 8 of the Competition Law, exempting certain actions involving supply and use agreements. As described above, Article 8 protects vertical agreements affecting distribution of commodities without imposing any market share thresholds or limits on turnover or assets. At the same time, the scope of Article 8 is constrained by language that excludes agreements leading to a monopoly or a substantial restriction of competition, limiting access to the market by other firms, or causing an “economically unsubstantiated” increase in price or deficit in the supply of a commodity. Article 8 thus protects distribution agreements that fall outside the shelter of Regulation 27, but only if the agreements entail none of the forbidden effects. Conversely, where the firms participating in a vertical agreement meet all of the size, market share, and other conditions in sections 2.2, 2.3, and 2.4 of Regulation 27, the AMC presumes that agreement does not entail any of the effects forbidden under Article 8.

The second block exemption, Regulation 511 (2006), applies to the creation of associations where such concerted action is not otherwise automatically permitted by Regulation 27. Under this Regulation, associations are exempt from the requirement to obtain the AMC’s permission if the association’s organic documents contain appropriate provisions controlling the admission and expulsion of association members, the association’s scope of operations, and its involvement in the business activities of its members. Specifically, association membership must be open to all qualified business entities on a non-discriminatory basis, and members may not be expelled except for legitimate cause. The association itself may not engage in commercial activity, distribute profits to members,

or receive revenue through means other than donations and membership fees. Most importantly, the association must not attempt to exercise any “decisive influence” over the business activities of its members or seek to coordinate their competitive behaviour. The Regulation expressly bars coordinating action with respect to various subjects (including prices, production volumes, credit terms, allocation of customers or market territories, purchase of excess production, and appointment of joint sales agents) and provides an exclusive list of activities with respect to which coordination is permitted.

The system of exemptions established by Articles 7, 8, and 9 of the Competition Law and Regulations 27 and 511 is roughly similar to the exemptions in the EU system, but Ukraine employs different thresholds, excludes different forms of conduct from the scope of its exemptions, and articulates its regulations using generally less detailed language.<sup>9</sup> The differences reflect both the distinctions in size and structure between the Ukrainian and EU economies, and the earlier evolutionary stage of Ukraine’s competition law regime. Where concerted action is protected by an EU block exemption that has no Ukrainian counterpart, the AMC’s policy is to consider carefully the applicability of the exemption’s rationale to the specific conduct and market circumstances at issue before taking any enforcement action. Business entities covered by an EU exemption who wish complete assurance of protection from prosecution by the AMC may apply for permission under Article 10 of the Competition Law. The AMC has recently completed a project to draft standard requirements for two block exemptions relating specifically to vertical distribution and to production specialisation agreements. Preparation of a draft regulation for technology transfer agreements is scheduled for 2008.

Discussion of the AMC’s enforcement experience over the past five years with respect to concerted actions appears below in separate parts, to distinguish horizontal and vertical actions. It may be noted here, however, that as a class, concerted actions represented about 4% of the AMC’s caseload from 2003 to 2007.

With respect to applications under Article 10 for permission to engage in concerted actions, the AMC resolved 355 such applications over the past five years<sup>10</sup>. About 70 percent of them involved horizontal actions, while the remaining 30 percent related to vertical practices. Of the 355 applications resolved, 303 were approved without conditions, 45 were approved with conditions, and 7 (all involving horizontal conduct) were rejected. Further information about the treatment of such applications appears below, likewise in separate parts to distinguish horizontal and vertical actions.

### 2.1.1 *Horizontal concerted actions*

As described in the previous section, some horizontal concerted actions are protected from prosecution by statutory exemptions, by individual exemptions issued by the AMC or the Cabinet of Ministers, or by block exemptions. Enforcement of Article 6 with respect to horizontal collusion is also affected by a 2005 amendment to the Competition Law that includes a special provision targeted to parallel actions. Under Article 6.3, similar conduct by business entities that restrains or can restrain competition may be deemed unlawful “where analysis of the situation in the relevant product market demonstrates that no objective reasons for such actions (or inactivity) exist.” The provision does not create a presumption that conscious parallelism entails concerted action, but does permit finding an infringement where economic analysis concludes that no reason other than collusion can explain the behaviour observed.

The AMC has employed Article 6.3 on 15 occasions during the two years since its enactment. For example, in 2005 the AMC examined a pattern of similar price increases by eight large sugar wholesalers. The cumulative market share of the eight companies was only about 27%, but the remainder of the market was highly fragmented, with no other firm holding more than a 1.5% share. The dynamics of supply and demand provided no explanation for the price increases initiated by the large wholesalers, and the other firms in the market had insufficient capacity to constrain the leaders. The AMC concluded that the price pattern could not be explained except as the result of concerted action, and fined the companies UAH 17.2 million (EUR 2.85 million)<sup>11</sup>. The case is presently on appeal before the Supreme Economic Court.

For the years 2003 to 2007, horizontal violations represented about 70 percent of all AMC concerted action cases. Major categories of horizontal cases were price-fixing, market division, and restricting other business entities from access to the market. The principal market sectors affected included oil and other petroleum products, farm and food products (grain, flour, bread, and milk), telecommunication services, and certain types of minerals extracted by mining. Typical horizontal cases included a 2002 enforcement action against fourteen motor petrol and diesel fuel retailers in Kharkiv who had each ceded control over their retail prices to the same wholesaler. The participants were fined UAH 58,780 (EUR 9280). In 2002-2003, six major telecommunication operators agreed to set charges for international calls made over the Internet equal to the rates set by state tariffs for international calls over switched networks. The participants paid the fine imposed. In 2007, the AMC concluded an action against the members of the Wholesale Coal Market Association for establishing an agreement with 32 coal-mining companies whereby coal supply sources

were allocated among the wholesalers and a price schedule was set for sales of coal to energy-generating companies. Fines imposed in that case totalled UAH 914,500 (EUR 127,390).

Enforcement activity with respect to bid rigging has increased during the past few years. In 2005, the AMC prosecuted and fined five companies for collusive bidding on a land use project development in the Cherkassy region. The companies had submitted proposals differing from one another by exactly one hryvnia and had failed to provide any cost data to support the prices bid. More recently, in conjunction with statutory amendments assigning certain government procurement control functions to the AMC, the agency's activities in the bid rigging area have increased further. In 2007, two companies that bid on providing summer recreational services to children in Crimea were found to have made a side agreement stipulating that the winning bidder would hire the other as a sub-contractor on the project. Fines were imposed on both parties.

With respect to applications under Article 10 for permission to engage in horizontal concerted actions, in the past 5 years the AMC has rejected seven such applications (four in 2003, one in 2005, and two in 2007). In 2003, the AMCU refused to permit creation of an association to control fishing in the Khadjibeiski sector of the Black Sea on the grounds that the association intended to limit its membership to the fishing enterprises that participated in its creation.

The application rejected in 2005 involved an attempt to consolidate into a joint association all of the firms (each state-owned) involved in the maintenance and repair of "Antonov" airplanes manufactured in Ukraine. The proposed association did not constitute a concentration, and was therefore reviewed under the concerted actions application process. The Committee rejected the application because its practical effect would have been to eliminate all competition in the affected market. The Cabinet of Ministers subsequently granted permission for the association on public interest grounds, concluding that it would facilitate the development of technical repair expertise and thereby help make Antonov airplanes more competitive in the world market.

### *2.1.2 Vertical concerted actions*

As with horizontal concerted actions, some vertical agreements are protected by exemptions. Indeed, the wider sweep of the statutory and block exemptions respecting vertical practices provides safe harbour to a large portion of vertical arrangements. Vertical cases represented about 30% of all AMC concerted action cases for the past five years. Major categories of vertical cases were price-fixing and actions restricting other business entities

from access to the market. The AMC has brought very few cases involving price discrimination or tying. The principal market sectors involved in vertical cases included food items, fuel, and certain raw materials for manufacturing.

Under Article 8 of the Competition Law, vertical price fixing is unlawful only if it leads to an “economically unsubstantiated price” or a deficit in the supply of the affected product. Further, as noted above, where the firms participating in a vertical agreement meet all of the size, market share, and other conditions in sections 2.2, 2.3, and 2.4 of Regulation 27, the AMC presumes that agreement does not entail any of the effects forbidden under Article 8. Consequently, even minimum resale price agreements are permitted if they either meet the conditions of Article 8 or fall within the protection of the block exemption. During the past five years, the AMC did not bring any cases against conventional resale price maintenance schemes employed by a manufacturer to prevent free-riding on retailer point-of-sale services. No such cases brought to the Committee’s attention involved the anticompetitive effects forbidden under Article 8. Nonetheless, more than half of the AMC’s vertical concerted action cases deal with price-fixing. A 2007 case involved an agreement between a bakery and a distributor that prevented the bakery from making direct sales to retailers at prices lower than those charged to retailers by the distributor. In this case, the distributor was also affiliated with a second bakery that competed with the first. The parties were penalised in the amount of UAH 8,500 (EUR 1,290).

With respect to cases against vertical restrictions that impair the market access of other business entities and restrict competition in the distribution of a product, examples include a recent prosecution involving agreements between Ukgaz-Energo, a monopoly supplier of imported natural gas, and Naftogaz Ukrainy, the state-owned gas distributor. The agreements prohibited Naftogaz Ukrainy from re-selling gas purchased from Ukgaz-Energo to any Ukrainian customers other than those on a list specified in the agreements. The AMC imposed a fine of UAH 600,000 (EUR 88,180).

A peculiar type of anticompetitive vertical practice in Ukraine involves a manufacturer purchasing an input from an upstream supplier at a deliberately inflated price. Typically, this occurs where the manufacturer is a monopolist subject to tariff regulation based on costs plus a fixed-percentage profit margin. The inflated input cost can be passed directly through to consumers and the manufacturer enjoys higher profits. For example, in 2003, “Sumy-TEKO,” the only central heating system operator in Shostka (Sumy Region), concluded a natural gas supply agreement with “Sumygazbud” at a price that was significantly higher than that charged by other gas suppliers. The consequence was higher tariff charges to industrial customers for heating and steam. Indeed, Sumy-Teko’s largest customer

bore a loss of approximately UAH 755,000 (EUR 125,920). The AMC prosecuted Sumygazbud for concluding an anticompetitive vertical agreement with Sumy-Teko and prosecuted Sumy-Teko's inflated charges to its customers as an abuse of dominance. Sumy-Teko reduced future tariff charges to compensate for the damages that its conduct had inflicted.

With respect to applications under Article 10 for permission to engage in concerted actions, about 30 percent of the 354 applications resolved by the AMC over the past five years related to vertical practices. All such applications were approved without conditions.

## **2.2 Abuse of Dominance**

Liability for unlawful abuse of dominance necessarily requires that a business entity hold a dominant position in a relevant market. Article 12.1 defines dominance as a position held by a firm such that it either (1) is the only firm in the market, or (2) faces insignificant competition because it enjoys special privileges or because other firms are constrained by entry barriers, unavailability of inputs or distribution systems, or other factors. The law establishes a rebuttable presumption that a firm with a market share exceeding 35 percent is dominant (Art. 12.2). Rebuttal is accomplished if the firm proves that it in fact experiences substantial competition. Firms with market shares at or below 35 per cent may also be deemed dominant if they do not face significant competition, especially where other competing firms in the same market are small (Art. 12.3).

By comparison, Article 82 of the EU law does not contain an express definition of dominance or presumptions concerning it. In EU practice, a rebuttable presumption ordinarily sets in for market shares ranging from 40 to 50 per cent. Ukraine's divergence from the EU approach reflects the fact that Article 12 borrows heavily from Article 19 of the German Competition Law, which establishes a presumption of dominance where a firm has a third of the market.

EU law also applies to joint dominance, but again establishes no definitions or presumptions. Article 12.4 of Ukraine's Competition Law provides that two or more firms are jointly dominant (and, consequently, that each is considered individually dominant) if (1) they engage in no substantial competition between themselves in a given market, and (2) one of the two conditions in Article 12.1 obtains (that is, there are no other firms in the market besides the dominant group, or any other competition in the market is insignificant). A rebuttable presumption of joint dominance is established by Article 12.5 where either the market share of the three (or fewer) largest firms exceeds 50 percent or the share of the five (or fewer) largest firms exceeds 70 percent. The counterpart provision in the German

Law sets the same two presumptions at one-half and two-thirds of the market, respectively. The joint dominance presumptions in Article 12.5 are rebuttable if the firms disprove the existence of the elements of Article 12.4, which in practical effect requires a showing that (1) there is substantial competition between the allegedly dominant firms in the relevant market, and (2) there are other firms in the market that offer significant competition to the firms in the allegedly dominant group.

Article 13.3 prohibits abuse of dominance and Article 13.1 defines it (using the same language employed in Article 6 for concerted actions) as any conduct “which has led or may lead to denial, elimination or restriction of competition.” A further clause, added in 2005, extends the list of actual or potential qualifying consequences to include the “infringement of interests of other business entities or consumers that would be impossible in a market with substantial competition.” This clause is designed to cover situations where the absence of alternative suppliers or customers leaves business firms or consumers dependent upon, and thus vulnerable to exploitation by, the dominant firm.

Like EU Article 82, Article 13.2 provides a non-exclusive list of activities deemed to constitute abuse. Four of the seven clauses refer to the four items found in the EU list (imposing unfair prices or conditions; limiting production, distribution or technological development; discrimination; and tying), although the language used in some clauses is different. Thus, the Competition Law refers not to “unfair” prices but to prices that “would be impossible to sustain in a substantially competitive market;” and not to limitations prejudicial “to consumers,” but to limitations prejudicial “to business entities or consumers.”

The alteration of the price clause in Article 13.2 to cover only prices “impossible to sustain in a competitive market” excludes predatory pricing, the sustainability of which does not necessarily depend on market competitiveness. This does not, however, create a gap in Ukraine’s law, because predatory pricing can be addressed under one of the three additional abuse of dominance clauses that have been added. Specifically, predatory prices may fall under the clauses covering conduct that (1) substantially restricts the competitive capacity of another business entity without an objective justification, or (2) creates market entry or exit barriers or eliminates a business entity from a market. The third additional clause, covering refusals to deal in circumstances where alternative sources or outlets are unavailable, covers exclusive dealing arrangements.

There are no block exemptions or other provisions that protect abusive conduct by a dominant firm. The AMC has issued two regulations that are relevant in applying the abuse of dominance provisions (and in other



contexts as well). The first, Regulation No. 49 (2002), provides practical guidance on how to determine whether the statutory elements of a dominant or jointly dominant position, as defined in Article 12, exist in a particular market. The second, Regulation No. 24 (2004) provides guidelines on defining a relevant market. The analytic method presented for defining markets reflects conventional market definition theory and comports with the EU's approach<sup>12</sup>.

Abuse of dominance cases represented about 50 percent of the AMC's caseload from 2003 to 2007, and constituted the single largest class of violations. Major categories included abusively high prices (58%) and price discrimination (11%). Another seven percent involved monopolists who also operated in contiguous downstream markets that were competitive or potentially competitive and who sought to prevent entry in those markets by denying access to essential network facilities. Many cases arose in monopolistic infrastructure sectors such as gas and energy distribution, central heating and water supply, rail transport, landline telecommunications, and fee-based services provided by government bodies. There were no predatory pricing cases during the past five years.

As noted, the Competition Law contemplates that a dominant market position can be held by a single firm or by several firms jointly. More than 95 percent of all dominance cases brought by the AMC involved single firm dominance. Examples of single-firm abusive pricing cases during the 2003-2007 period include a 2003 action against glass manufacturer "Proletariy," a dominant firm in the market for polished glass. Proletariy increased its price more than 11%, with the result that company profits increased from 47 percent of revenues to 66 percent. This margin exceeded average profitability in the sheet glass market by nearly 200 percent, and profitability in the glass industry generally by nearly 40 percent. Also in 2007, the AMC fined Ukrtatnafta UAH 500,000 (EUR 73,170) for improperly increasing the domestic price for aviation fuel. The firm, a monopoly supplier to the domestic market, charged Ukrainian customers UAH 400 more per ton of fuel than it charged to customers in competitive export markets. In a 2005 pricing case, the Western Union Company, in response to AMC recommendations, decreased the prices charged for money transfers inbound to Ukraine from Spain, Italy, Portugal, Poland, and the Czech Republic by amounts ranging from 60 to 80.4 per cent of the previous charge.

The prevailing view in fully-developed competitive economies is that prosecuting a dominant firm merely for charging monopolistic prices is usually unwise, because it constitutes punishing a firm for the rational exercise of market power. Moreover, inefficient monopolists that set high charges are especially likely to attract new entrants. Thus, the EU's

competition authorities do not normally prosecute dominant firms for charging “high” prices, even though Article 82 expressly mentions “unfair” selling prices as an example of abuse. The AMC believes that economic conditions in Ukraine provide sound reasons for devoting enforcement attention to abusively high prices by dominant firms. Where natural monopolies and fee-paid state services are involved, there is no prospect that entry will occur to undercut high prices, and existing tariff control systems do not yet work well enough to resolve the problem. In other markets, such as those for foodstuffs, entry may eventually occur, but high prices for commodities like bread cannot be sustained politically for the period of time that would be required. In yet other sectors, the Ukrainian capital investment market does not function with sufficient efficiency to support new entry.

A significant number of AMC dominance cases against single firms over the past five years have involved business entities (often state-owned) that are natural monopolies subject to tariff regulation. The AMC has found that such firms frequently charge the tariff price for services without meeting the quality or quantity terms specified by the tariff. The Committee considers such conduct to be unlawful under Article 13 because it impairs the interests of customers in a way that would be impossible in a competitive market. For example, in 2003, the AMC found that the central heating enterprise in Kharkiv did not maintain the required heat transfer temperature in its system, but nonetheless charged the full service price. Similarly, the water-and-sewage enterprise in Kerch (Crimea) supplied water only intermittently, but also charged full price. In cases like these, the AMC recommends that the overcharge amounts be returned to affected consumers by reducing future tariff charges. For the five year period, the total amount of compensation paid through such settlements in utility cases was UAH 180.4 million (EUR 27.9 million).

Besides cases involving firms that failed to supply the quantity or quality of service specified in the applicable tariff, the AMC has also filed abuse of dominance cases involving monopoly entities that distorted the tariff formulation process by including illegitimate charges in the tariff cost basis. For example, in 2004, the AMC charged that the L’viv Regional Administration of Land Management had unlawfully included value-added tax in the tariff basis for its services in providing documentation to confirm land ownership. Similarly, in 2007, the AMC charged that the Kakhovskiy General Supply Channel, a supplier of water services, improperly included in its costs a set of expenses that had been previously reimbursed with government funds.

Other Article 13 cases have entailed more conventional types of exclusionary conduct. A refusal to deal case involved the firm

"Hostmaster," which is the sole accredited Internet domain name registrar in Ukraine and thereby holds a monopoly position in the market for the administration and technical support of the Internet domains "UA" and "COM.UA." Hostmaster refused to contract with another firm that wished to compete in offering domain administration and technical support. The AMC required that such contracts be permitted. Anticompetitive refusals of access to essential facilities were also detected and terminated by the AMC in various energy markets. In Kyiv city, for example, the enterprise Kyivenergo owns the electricity distribution network and also sells electric power at non-tariffed prices in competition with other electric energy producers. In 2006, Kyivenergo refused to contract with other producers for delivery of electricity over its network. It subsequently reversed that position at the AMC's recommendation.

An AMC case involving unjustified contract provisions was brought against Ukrgasenergo, a monopolist in the natural gas market. The firm had formed gas supply agreements with metallurgy plants that prohibited any resale of the gas, permitted termination of the contracts without adequate advance notice, and imposed a penalty payable to Ukrgasenergo if the customer obstructed an audit by a state agency. The AMC concluded that these provisions impaired the customers' competitive posture without any justification. Ukrgasenergo complied with the AMC's recommendation that the clauses be eliminated.

A tying case was brought in 2006 against the European Consulting Agency, which held a monopoly position in providing government procurement information on the Internet. The AMC charged that the firm offered access to the information only in the form of contracts that entailed fees for other services, and imposed a fine of UAH100,000 (EUR 15,650). Again in 2007, the same firm was charged with employing its dominant position to impede creation of an alternative system for Internet access to procurement information and was fined UAH 875,000 (EUR 126,000).

The AMC's legal capacity to address abuse by a dominant firm extends beyond the usual authority to impose fines and order alterations in conduct. Under Article 53 of the Competition Law, the Committee may also direct compulsory division of the firm, provided that (1) separation of the entity along structural or territorial lines is practicable and (2) there are no tight technological links between the firm's subsidiary units that involve intra-firm purchases of more than 30 per cent of a subsidiary's output. The AMC has not employed Article 53 during the previous five years<sup>13</sup>.

Turning to the AMC's enforcement experience with respect to joint dominance, less than 5 percent of dominance cases involve multiple defendants. This reflects the fact that the definition of joint dominance

under Article 12 applies only where the members of the allegedly dominant group engage in no substantial competition among themselves, and where there either are no other firms in the market besides the dominant group, or any other competition in the market is insignificant. Most joint dominance cases focus on abusively high prices charged by firms in tight oligopoly markets where the product is homogeneous and non-price competition is insignificant. For example, in 2007, the AMC brought a joint dominance case against the two firms that provided aviation fuel to airlines at Kyiv's Boryspil airport. The two firms held an aggregate 99 percent market share and priced their fuel products identically at levels that the AMC found could not be sustained in a competitive market. The Committee imposed fines totalling UAH 150,000 (EUR 20,830).

In some circumstances, the AMC will charge both collusion and joint dominance in the same case, as it did in a 2003 proceeding against "Sentosa" and "Avias," two retail gasoline chains in the Dnipropetrovsk region. The combined market shares for the two firms ranged above 50 per cent for various retail products, while the shares of the other firms in the market were comparatively small. The investigation showed that the two firms had charged identical prices and made price changes simultaneously (within an hour of each other), although they had not used the same suppliers and had different costs. At the same time, the prices charged by other competing firms in the same market varied both in amount and in the time and frequency of price changes. It was further determined that the firms had contracted to transfer fuel to one another for retail sale and to allow cross-utilisation of charge cards by their customers. The Committee found both collusion and joint abuse of dominance and fined the firms UAH 98 million (EUR 16 million). At the time, this was (and still is) the largest fine imposed in the AMC's history.

The AMC's decision was appealed to the economic courts. In the first round, both the court of first instance and the appeals court focused on the formal contractual agreements between the firms and held that the evidence of collusion was insufficient. The Supreme Economic Court remanded for additional proceedings, but the first instance court again reached the same conclusion. The AMC was finally able to persuade the appeals court that collusion could be shown by the conduct of the parties, without regard to the terms of the contract, and that there was no plausible explanation other than collusion for the simultaneous price increases. Both the appeals court and the Supreme Economic Court ultimately concluded that the defendants had engaged in both unlawful collusion and abuse of a jointly dominant position. The courts affirmed the imposition of penalties totalling 80 million, but the AMC's subsequent collection attempts were thwarted by the bankruptcies of both defendants.

### 2.3 Concentrations

The Competition Law establishes an advance application system for concentrations that satisfy the threshold filing requirements. Prior to obtaining permission from the AMC, parties to a covered concentration are prohibited from consummating the transaction or taking any action that could restrict competition between the parties or prevent restoration of their previous independent positions (Art. 24.5)<sup>14</sup>.

A concentration is defined by Article 22 to include:

- a merger or affiliation of business entities;
- acquisition of control over a business entity, including through (a) purchase or management of the target entity's assets, or (b) election or appointment of the chairman, deputy chairman, or more than half of the members of the target entity's supervisory board, such that the same individuals hold equivalent positions in both the target entity and a different entity;
- establishment of a full-function joint venture; and
- acquisition of 25 or 50 percent of the stock in the target entity<sup>15</sup>.

The filing thresholds, established in Article 24, apply if either

- the previous year's aggregate worldwide asset value or turnover of the participants exceeded EUR 12 million, and (a) at least two participants had a worldwide asset value or turnover of over EUR one million each, and (b) the asset value or turnover in Ukraine of at least one participant exceeded EUR one million; or
- the individual or aggregate market share of the participants in either the affected market or an adjoining market exceeds 35 per cent.

Article 24 also imposes the important requirement that, where a participant is a member of a control group, then all calculations of asset value, turnover, and market share must be based on the cumulative total for the entire group. Under Article 23, the "participants" in a concentration include the entities involved in the transaction and any natural persons and legal entities linked to them by control relationships, as defined in Article 1 of the Competition Law. Article 1, in turn, defines "control" comprehensively to mean "decisive influence" exercised directly or indirectly over an entity by one or more "associated" natural or legal persons<sup>16</sup>.

Competition law practitioners and the business community in Ukraine are highly critical of the notification thresholds on the grounds that they do not require a sufficient local nexus with Ukraine and do not effectively focus

on transactions likely to pose competitive concerns. Critics assert that all of the monetary levels set for assets and turnover are too low, and should be increased substantially (one recommended a 500% increase). Many complaints are also directed to the clause dealing with assets and turnover in Ukraine, on two grounds. The first is that the clause applies to either the acquiring or the acquired entity, and therefore captures transactions in which the acquired entity has no Ukrainian presence at all. The second is that, in an acquisition of a Ukrainian subsidiary operation, the assets and turnover of the subsidiary's entire control group are counted toward the threshold, rather than only those of the subsidiary being acquired. Finally, the clause establishing the market share test is criticised because it obliges applicants to develop a necessarily subjective definition of the relevant market. At present, the AMC's response to these complaints involves evaluation of proposals to increase the threshold amounts in Article 24.1.

Applications for approval of concentrations are evaluated according to the standard established in Article 25 of the Competition Law, which provides that permission shall be granted if such approval "does not lead to monopolisation or to substantial restriction of competition in the whole market or in a considerable part thereof." This test aligns with the EU's standard, as reflected in the merger regulation (No. 139/2004) adopted in May 2004. The EU prohibits mergers or acquisitions that "would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position" (Art. 2(3)). Unlike the EU law, however, the Competition Law establishes market share presumptions for dominance, and the AMC employs these presumptions in assessing concentrations<sup>17</sup>. This means that merger analysis in Ukraine focuses heavily on determining whether a proposed transaction will create "structural preconditions" for monopolisation. Thus, if a merged entity's market share will exceed 35 percent, the AMC refers to the definition of market dominance in Article 12.2 and presumes that unlawful dominance will result unless the acquiring party demonstrates that it will face substantial competition in the post-merger market sufficient to avoid rejection under Article 25<sup>18</sup>.

Although Article 25 refers both to monopolisation and to the substantial restriction of competition as bases for rejecting proposed concentrations, the AMC's analysis is limited primarily to assessing the risk of anticompetitive unilateral effects arising from dominance. The Committee regards the task of proving a substantial restriction of competition in the form of horizontal coordinated effects to be highly problematic. Also, the AMC construes the evaluation standard in Article 25 to forestall arguments claiming that an otherwise anticompetitive concentration should be approved because of its efficiency benefits or because the target is a failing firm. As in the case of

Article 10 with respect to concerted actions, Article 25 includes a provision under which the Council of Ministers of Ukraine may grant permission on public interest grounds to consummate a concentration that the AMC has refused to allow. Applicants who wish to assert efficiency and failing firm defences must therefore do so by petitioning the Cabinet of Ministers.

As noted previously, the AMC has issued guidelines on defining a relevant market (Regulation No. 24 (2004)) and for determining the existence of a dominant position (Regulation No. 49 (2002)), which include instructions on calculating market shares and concentration ratios. The AMC has not, however, issued merger guidelines explaining its method of analysing applications to permit concentrations. This is another point of criticism among practitioners, who also note that the AMC's merger decisions contain scant analytic explication and, even as to market definition, do little more than describe the market that the AMC has employed.

An AMC decision on the merits of a concentration may deny approval, grant approval without conditions, or impose conditions (including divestiture of structural elements). The decision may also require coordination or modification of the constituent documents establishing partnerships and associations (Art. 31).

The application procedure for concentrations meeting the filing thresholds is fully applicable under the Competition Law to privatisation proceedings. Ukraine's privatisation regulations specify that participants in an open bidding privatisation proceeding must submit an Article 26 application to the AMC not later than 8 days before the deadline for submission of bids.

The following table summarises the AMC's concentration review activity over the past five years. The data for structural conditions refer to orders requiring some form of divestiture, while the data for conduct conditions refer to orders restricting the post-merger conduct of the acquiring party.

**Table 1. Applications to Permit Concentrations<sup>19</sup>**

Year	Applications examined	Permitted without conditions	Permitted with conditions		Prohibited
			Structure	Conduct	
2007	723	715	0	4	4
2006	507	500	0	5	2
2005	359	352	0	6	1
2004	421	419	0	0	2
2003	329	326	0	3	0
Total	2339	2312	0	18	9

As shown in the table, the AMC resolved 2339 permit applications from 2003 to 2005 and approved 98.8% of them without conditions<sup>20</sup>. No structural conditions were imposed in any of the cases, and conduct restrictions were employed in less than one percent of the determinations made. Proposed merger applications were rejected in nine cases (less than 0.5 percent of all applications examined).

In 2004, the AMC blocked the merger of two construction firms in Kyiv that had an aggregate share of 100 percent in the market for concrete panel construction. Each of the firms had a separate market share greater than 35 percent, and the Committee found that high entry barriers associated with capital investment requirements and the need for on-site specialised equipment and technical expertise made competition from a third party unlikely. In the same year, AMC refused to permit an acquisition by Sarmat, the third-largest beer brewing enterprise in Ukraine, of controlling shares in Obolon, the fourth-largest brewery. The market was a tight oligopoly with a four-firm concentration ratio exceeding 90 percent, and the AMC concluded that competition could be substantially impaired even though the aggregate share of the merged entity fell below 35 percent.

A concentration stopped in 2007 involved a vertical merger between a group of local natural monopoly providers of heat and water supply and a municipal agency that held a monopoly over management of housing facilities in the town of Slavuta (Khmelnitsky region). Permitting the merger would have constrained the availability of vital inputs and thus created a barrier to entry by a competing entity in the market for housing facility management.

Three of the nine mergers rejected by the AMC involved attempts to consolidate all of the state-owned firms operating in a particular market. In each of the three cases, the Cabinet of Ministers subsequently exercised its authority to permit the proposed consolidation on public interest grounds. In



2006, the Committee blocked the creation of State Corporation “Ukrmorport,” which was to consist of all 20 state-owned commercial seaports in Ukraine. The state-owned ports, which competed both among themselves and with Ukraine’s private sector ports, held an aggregate share of 40 percent in the national market for port mooring and cargo handling services, and thus met the structural preconditions for market dominance. The Cabinet of Ministers permitted the consolidation with the expectation that, by acting jointly, the firms could more effectively modernise by upgrading their cargo handling equipment and improving technical expertise. Such improvements were expected to increase the competitiveness of Ukrainian seaports, attract more cargo, and stimulate creation and preservation of jobs in the affected regions. A year later, however, the Cabinet revoked the approval, concluding that its previous decision had been improvident.

In 2007, the Committee revisited the integration of all the firms (each state-owned) engaged in maintenance and repair of “Antonov” airplanes. As described previously, in 2005 the AMC had rejected a concerted actions proposal to create an “association” for the firms. The Cabinet of Ministers had subsequently permitted formation of the association on the grounds that it would facilitate the development of technical repair expertise in a way that would make Antonov airplanes more competitive in the world market. The expected benefits were not realised, however, and the firms therefore sought full integration into the State Aircraft Manufacturing Concern “Ukraine Aviation.” Again, the AMC rejected the proposal because it would create a monopoly, and the Cabinet again permitted the transaction for the same public interest reasons it had cited previously.

The AMC also rejected in 2007 a proposal to create the State Concern “Ukrtoif,” which would have combined all nine state enterprises operating in the market for production of peat. The aggregate market share of the participating enterprises was 90 percent. The Cabinet subsequently permitted the merger so that the firms could share financial resources for technical re-equipment, expansion of capacity, and land re-cultivation.

Although the table shows that no structural conditions were imposed during the years 2003 to 2007, this is because the data reflect only provisions contained in final permit application decisions issued by the AMC. In five cases during the period, acquiring firms agreed to implement divestitures ahead of the AMC’s decision permitting the underlying transaction. Conduct conditions were imposed in 20 cases (about half of them in privatisation proceedings), typically in situations involving vertical acquisitions of critical inputs or distribution channels. The conditions were designed to assure that competitors of the acquiring firm could maintain access to necessary goods or resources. For example, the transportation

company "Ukrmetallurgtrans," in conjunction with its acquisition of a mining facility, was required in 2003 to offer other mining enterprises a non-discriminatory standard contract for the transportation of raw materials used for mining and smelting. Most applications were approved without conditions, such as the 2007 application by the shipbuilding and ship repair enterprise "Khersonski" to acquire the ship repair firm "Chernomorskii." The AMC found that substantial competition existed in both the shipbuilding and ship repair markets, and approved the merger because the market share of the merged entity was not significant in either market.

Over the past five years, the AMC examined about 120 permit applications involving privatisation concentrations. Conditions were imposed in several cases, but most were approved without caveats. For example, in 2007 the AMC examined the proposed acquisition by the firm "Silikon" of a controlling interest in the state-owned enterprise "Zavod napivprovodnikiv." Silikon, which is principally involved in the production and sale of silica monocrystal alloyed in the form of cake, exports all of its output. The AMC determined that Zavod's facilities could be used to produce silica monocrystal cake but had been leased in recent years for other purposes. Finding no prospect of market dominance, the Committee approved the transaction.

## 2.4 *Restricting and Discriminating Activities*

Section IV of the Competition Law contains four miscellaneous articles (Articles 18 to 21) that are based in large part on Sections 20 and 21 of the German Competition Law. Although all of the articles deal with unilateral conduct, they do not replicate the abuse of dominance provisions in Articles 12 and 13 because they do not require a showing of market dominance to establish a violation.

Under Article 18.1, business entities and associations are prohibited from **inducing** other entities to violate the competition laws or to aid and abet such violations, while Article 18.2 prohibits **coercing** other entities to engage in concerted acts or concentrations against their will. The language in the German counterpart provisions (Sections 21.2 and 21.3) suggests that "inducing" includes promising or granting advantages, while "coercing" includes threatening or causing harm, and this is the interpretation that the AMC has also adopted<sup>21</sup>.

Article 19.1 is directed to business entities that have received permission from the AMC under Article 10 to engage in concerted actions otherwise prohibited by Article 6, or that are engaged in concerted activities protected by Articles 7 (SMEs), 8 (supply and use contracts), or 9 (transfers of intellectual property rights). Such firms are prohibited (in language much

like that in Germany's Section 20.1) from restricting the participation of other business entities in commercial activities ordinarily open to them, or from treating some business differently than others without an objective justification.

Article 19.2, the only provision in Section IV without a German counterpart, is directed at business entities that have been granted permission by the Cabinet of Ministers to engage in concerted activities that the AMC refused to permit under Article 10. Such firms are prohibited, without regard to whether they hold a dominant position in the relevant market, from engaging in conduct that would constitute an abuse of dominance under Article 13.

Article 19.3, like Article 19.1, is directed to business entities that have received permission for concerted activity under Article 10 or that are operating within the scope of Articles 7, 8 and 9. In language similar to Germany's Article 20.3, such firms are prohibited from inducing other business entities to grant unjustified advantages to any other business entity<sup>22</sup>.

Article 19.4 is based on Article 20.2 of the German Law and applies the prohibitions of Articles 19.1 and 19.3 to any business entity upon which SMEs purchasers are "dependent" for the supply or delivery of commodities. The Article also specifies that a SME seller is deemed to be dependent on a buyer if the buyer receives special discounts not accorded to other buyers.

Article 20 deals with market circumstances similar to those addressed by Germany's Section 20.4, in that both provisions focus on constraining the conduct of business entities that have "significantly more market power" than the SMEs they face as competitors. The German provision is worded to protect the SMEs from pricing below cost, while Ukraine's Article 20 protects SMEs generally from any conduct obstructing their economic activity, and particularly from any conduct violating Articles 19.1 and 19.3.

Finally, Article 21.1, like Article 20.6 in Germany, prohibits associations from refusing to admit a firm to membership without justification, if such a denial places the firm at a competitive disadvantage. The prohibition applies to non-profit associations that are organised to unite all firms in a certain market or territory, and whose creation and operations do not otherwise lead to unlawful concentration or concerted activity (Art. 21.2).

Only seven cases under these four Articles were concluded from 2003 to 2007, representing less than one percent of all AMC violation cases. Six of the cases involved the inducement provisions in Article 18, while one

entailed discriminatory association conduct under Article 21. In 2004, for example, the AMC applied Article 18 to the activities of the Ukrainian Cooperation Workers Union in Mykolayiv, which operated an ancillary commercial enterprise providing Xerox copying services. The Union circulated a letter to other copying service firms in the area, proposing a simultaneous price increase and asserting that most other companies intended to comply. The letter was followed by phone calls from the Union reminding other firms about the date set for the increase to take effect. The AMC charged the Union with a violation of Article 18.1 for inducing other entities to infringe the competition laws, and assessed a penalty.

In 2005, a heat supply services enterprise in Donetsk entered an agreement with the Donetsk Bureau of Engineering Inventory according to which the Bureau would refuse to provide documents confirming land titles to persons who had outstanding debts to the heating enterprise. Since the Bureau was the only entity lawfully enabled to provide confirmation of land titles, its participation in the agreement was considered to be an unlawful abuse of dominance. The action of heat supplier in arranging the contract was prosecuted as an inducement under Article 18, and a penalty was assessed.

The AMC notes that the absence of cases under Articles 19 and 20 arises principally from the restricted circumstances in which those provisions apply. In particular, as the AMC construes Article 19.4, an abuse of economic dependence case against a purchaser can be pursued only in circumstances where the SME seller has given special discounts to the purchaser that are not accorded to other purchasers. The AMC is considering the possibility of amending Article 19.4 to specify that economic dependence may be found wherever a firm has no reasonable prospect of resorting to other enterprises for any necessary commodity or service.

## **2.5 *Anticompetitive Actions of Government Bodies***

The three articles in Section III of the Competition Law (Articles 15, 16, and 17) vest the AMC with extraordinary authority to control anti-competitive behaviour by government agencies. The statutory prohibitions apply to “bodies of power, bodies of local self-government, and bodies of administrative management and control.” As defined in Article 1, “bodies of power and bodies of local self government” include virtually every government entity in Ukraine’s executive branch below the highest organs of power. The ministries, bodies regulating natural monopolies, privatisation bodies, and the Supreme Council of the Autonomous Republic of Crimea are all covered. Falling outside the AMC’s law enforcement

scope are such entities as the Parliament, the President, the Cabinet of Ministers, the courts, the National Bank of Ukraine, and the Public Prosecutor<sup>23</sup>.

Under Article 15, government bodies are prohibited from taking any action (whether by entering agreements, declining to act, or issuing orders, regulations, or instructions) where such acts “have led or may lead to denial, elimination or distortion of competition.” Article 15.2 provides a non-exhaustive list of anticompetitive conduct by government agencies, including actions that

- obstruct the formation of new business entities or restrict commercial activity in particular markets;
- coerce firms to join associations, participate in sectoral or regional communities, or undertake concerted actions or concentrations in other forms;
- coerce firms to enter priority contracts, or favour certain buyers or sellers with high priority purchases or sales;
- attempt to centralise distribution of commodities or to divide and allocate markets by commodity, territory, or customer class;
- prohibit (or impose volume restrictions on) the sale of commodities across regional lines;
- grant benefits or other advantages that favour a firm or group of firms over others, such that competition is restricted or distorted;
- place one firm at a disadvantage in competing with other firms; or
- restrict the independence of business entities, other than as provided by law, in determining such matters as prices, profit distribution, purchases and sales of commodities, and future business plans.

The prohibitions in Article 15 are supplemented by Articles 16 and 17. The former bars government agencies from delegating their authority to business entities, associations, or other enterprises if such action leads or may lead to the denial or distortion of competition. The latter forbids acts or omissions by government agencies that induce other bodies, business entities, or officials to violate the competition laws or to facilitate or legitimise such violations.

Article 15 is a powerful weapon. If a government agency issues an anticompetitive regulation or decision, the AMC may commence a case and thereafter issue an order requiring the agency to rescind or alter the

regulation or decision and terminate any agreements with outside parties made pursuant to it

During the past five years, cases under Articles 15 to 17 represented about 22 percent of the AMC's caseload, the second largest category after abuse of dominance. The two most common forms of violation were granting benefits to business entities that advantaged them over other firms (Art. 15.2(6)) and inducing or legitimising violations of the competition laws (Art. 17). From year to year, those two categories represented from 40 to 50 percent of all violations by government bodies. Restricting the independence of business entities (Art. 15.2(8)) and imposing unfavourably discriminatory conditions on an entity (Art. 15.2(7)) each represented about 12 percent of violations. The general prohibition in Article 15.1 against government actions that may eliminate or distort competition accounted for another 15 percent of violations.

Violations under Article 15.2(6), involving government benefits that advantage certain firms, fall into two sub-categories. The first entails direct grant of benefits such as tax relief or reduced fees<sup>24</sup>, while the second arises from conferring special or exclusive rights. A case example of the first type is a 2003 decision by the Ternopil local self-government to establish a user fee for exterior advertising sites that was twice as high for advertisers from outside the Ternopil region than for those located within it. An example of the second type is a 2003 joint decision by Ministries of Transport and of Public Health to adopt a regulation requiring consignors of foodstuffs and food raw materials to pay for the disinfection of empty rail carriages that were provided for transportations of such freight. The regulation specified that only a limited number of enterprises were permitted to conduct disinfection operations, despite the availability of a large number of experienced operators. The AMC recommended that the regulation be modified to permit disinfection by any enterprise that met applicable normative requirements.

Cases under Article 17, involving "legitimation" of competition law violations, arise most frequently in the context of approvals by local self-government bodies of illegitimately high tariffs for utility services. Many municipal governments have authority to control the tariffs of local monopoly enterprises such as heat supply and water and sewerage services. Approval of tariffs distorted by improper cost accounting enables monopoly enterprises to abuse their dominant position and improperly legitimises a violation. Thus, in 2003, the AMC charged the Odessa city council with approval of water supply tariffs that included overestimated costs for system water losses. The city appealed to the courts, but the AMC's decision was upheld.

Unlawful government interference with the independence of business entities under Article 15.2(8) typically involves attempts to control business sales activities. Thus, in 2003, during a price crisis for grain products, government bodies in several regions and in the Autonomous Republic of Crimea issued regulations designed to restrict or prohibit sales of grain to purchasers outside the region. The AMC recommended the rescission of such anti-competitive restrictions.

Government actions disfavouring a business entity in violation of Article 15.2(7) have arisen in a variety of contexts. In 2005, the National Energy Regulation Commission approved a proposal by the national association of electric energy generating companies that favoured companies using anthracite coal to produce power. Such firms were given preference in selling power to the national energy grid, in contrast to firms that used other fuels to generate power. Four of the five producers in the association were state-owned entities that used anthracite coal. The fifth firm was a private enterprise that used gasified coal for production. The AMC obliged the Energy Commission to terminate the preference.

## **2.6      *Unfair Competition***

The Law on Protection against Unfair Competition, which became effective January 1, 1997, contains a revised and expanded version of the unfair competition prohibitions that appeared in Ukraine's original 1992 competition law. The Unfair Competition Law is intended to "establish, develop, and secure fair competition practices in commercial market activities." Article 1 defines unfair competition in general terms as actions "which contradict the rules, market, and other practices in business activity." The language is taken from the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, to which Ukraine is a signatory<sup>25</sup>.

Title 2 of the Unfair Competition Law deals principally with the unlawful exploitation by one business entity of another firm's reputation. Its first three articles (4 through 6), prohibit any person from improperly employing another firm's name, trademark, advertising materials, or similar identifier so as to cause confusion between the activities or products of the perpetrator and those of the other firm (Art. 4); removing the manufacturer's mark from a product and selling it under the perpetrator's mark (Art. 5); and causing confusion by copying the exterior appearance of another firm's product (Art. 6). The Title's final provision, in Article 7, bars comparative advertising unless the comparison made is supported by reliable, objective, and relevant facts.

The first seven of Title 3's eight articles deal with gaining an unlawful competitive advantage by (1) disseminating false, inaccurate, or incomplete

information that injures the reputation of another firm (Art. 8); (2) tying (Art. 9); (3) inducing third parties to boycott, terminate a contract with, or discriminate to the detriment of a competitor (Arts. 10 to 12); and (4) bribing a company's employee to interfere with the implementation of a contract between a competitor and the company, so as to disadvantage the competitor (Arts. 13 and 14). Title 3's final provision, in Article 15, provides that an unlawful competitive advantage over another firm can also be gained in consequence of violating a law other than the Unfair Competition Law. An Article 15 case may be brought only where there is a predicate finding of liability by the authority responsible for enforcing the other law.

Title 4 focuses on protection of commercial secrets. The first three articles prohibit the illicit acquisition (Art. 16), unauthorised disclosure (Art. 17), or inducement to improper disclosure (Art. 18) of a commercial secret, where such acquisition or disclosure is or could be injurious to the company affected. The final provision, Article 19, forbids the unlawful use of a commercial secret in the course of business planning or production.

A final provision appears in Article 33 as part of the procedural provisions in Title 6 of the Law. Under that Article, business trade groups that develop a code of ethics must have the code approved by the AMC before implementing it. Failure to do so, however, is neither defined as an act of unfair competition nor subjected to any penalty.

During the past five years, unfair competition cases represented less than 3 percent of the AMC's total caseload. Most of the unfair competition violations (about 56 percent) involved creating confusion with respect to a competitor under Article 1 or the unlawful exploitation of another firm's reputation under Article 4, particularly by using another firm's mark or product packaging. The other two principal categories of cases involved gaining an unlawful advantage under Article 15 (20 percent) and making assertions discrediting a competitor under Article 8 (17 percent). Tying cases under Article 9 are rare (about 2 percent of cases), because most tying violations are committed by a dominant firm and the AMC prefers to address such conduct under Article 13 of the Competition Law.

A typical Article 1 case involved the marketing of dog and cat food by Bono-Ukraine, a subsidiary of the Czech firm KSK Bono. Bono-Ukraine's products were sold under the "Super Balance" brand name, but in packaging with colours closely similar to those used for packaging the well-known "Pedigree" and "Whiskas" brands marketed by Mars, Inc. The AMC concluded that the packaging could confuse purchasers and imposed a penalty of UAH 85,000 (EUR 12,143) on Bono-Ukraine and UAH 1700 (EUR 243) on KSK Bono. AMC cases during the past five years against the



improper use of trademarks under Article 4 involved such world-wide brands as Martini (2003), Mercedes-Benz (2003 and 2005), Pepsi (2003), Renault (2004), and Raffaello (2005).

In a 2006 case involving injury to the reputation of another firm under Article 8, the AMC charged that Imunogen-Ukraine LLC, a supplier of “Grippol” anti-flu vaccine, had sent letters to certain health protection bodies falsely discrediting Bereg-Servis, a rival supplier of the same product. Imunogen’s letters asserted that the Grippol vaccine imported into Ukraine by Bereg-Servis did not meet quality control standards and could threaten the life and health of consumers. An investigation showed that Imunogen did not have any substantiated grounds for such statements. Imunogen complied with the AMC’s recommendation that it recant the false information.

In an Article 15 case involving an unlawful competitive advantage gained by violating a law of than the Unfair Competition Law, the AMC imposed a penalty on “Slavia-Auto,” a firm which operated a regional passenger transportation service in the city of Zhytomyr. Slavia-Auto was advantaged over its competitors because, as found by the regional road transport authority, it had not obtained the license required to offer such commercial transportation services.

Based on its experience in enforcing the Unfair Competition Law, the AMC prepared a package of proposed amendments that was submitted to Parliament in June 2007 and is presently under consideration. The proposals would clarify the prohibitions in Articles 4, 10 through 14, and 17; eliminate Article 9’s prohibition on tying; and adjust certain procedures to accord with the procedures applicable for Competition Law cases. One further amendment in the AMC’s package arises from the fact that, although the Unfair Competition Law covers dissemination of misleading information by a firm about its competitor, it does not address dissemination of misleading information by a firm about itself. The amendment package therefore includes a new article (Article 15), which defines unfair competition more broadly to include gaining a competitive advantage by the dissemination of misleading information.

## **2.7 Public Procurement**

The AMC has always had responsibility for ensuring enforcement of the competition laws with respect to government purchases of goods and services. It has brought cases over the years against bid rigging and other anticompetitive activities relating to procurement, and has also played a competition advocacy role in the development of the legislation and regulations that control the procurement process.

The AMC was vested with a formal statutory role in administering the procurement process in March 2006, when it was assigned some of the functions that had previously been the responsibility of the Department of Coordination of State Procurement (“DCSP”) in the Ministry of Economy. Effective March 2007, the AMC’s role was adjusted further as a result of amendments adopted in December 2006. Under the current law, the AMC’s procurement responsibilities include:

- the administration of audits on agency compliance with the procurement laws;
- the preparation of protocols reporting the details of administrative infractions detected by AMC personnel during audits of procurement proceedings, and the referral of serious cases of malfeasance to other law enforcement bodies, as appropriate;
- submission to the Cabinet of Ministers of proposals for the designation of the lead agency in multi-agency procurements;
- enforcement of the competition laws applicable to procurement proceedings, with particular focus on bid rigging and similar distortions of procurement processes; and
- cooperation with other government agencies in Ukraine to prevent corruption of procurement processes, and with other nations and international agencies in the field of procurement generally.

The AMC also has a significant role in the activities of the Interdepartmental Commission on Public Procurement, which has responsibility for, among other things, examining claims concerning tender violations by procuring agencies, authorising agencies to employ restricted tendering and single-source procurement procedures, and removing members of agency tender committees who have engaged in misconduct. An AMC commissioner holds one of the eleven seats on the Interdepartmental Commission, and the AMC is charged with providing the Commission with “organisational and methodological” support, which means that AMC personnel serve as the Commission’s Secretariat and prepare the necessary documents and analyses for consideration at Commission meetings. In the period from the imposition of procurement responsibilities on the AMC in March 2006 through the end of 2007, AMC personnel examined more than 7400 procurement application packages, audited more than 3000 purchase procedures, referred 150 cases involving serious violations to law enforcement authorities, and prepared analyses for the Interdepartmental Commission on Public Procurement concerning more than 2700 requests to permit restricted tendering and single-source procurements.

In March 2007, the AMC established the State Purchases Department to handle the agency's procurement duties. At the Committee's request, the Parliament provided the AMC with a supplemental appropriation of UAH 7.13 million (EUR 1.03 million) for fiscal year 2007 to fund the Department, which employs 40 personnel. The AMC's experience is that its actual resource expenditures for procurement-related activities have exceeded its budget request by several multiples. The assignment of procurement functions to the AMC has raised concern among some observers about the wisdom of combining operational and auditing functions in the same body, and about the resource capacity of the AMC to undertake such additional duties.

In September 2007, the Cabinet of Ministers submitted to the President of Ukraine a proposal for further revision of the procurement law that would reduce the AMC's role in the administration of the procurement system and re-establish the Ministry of Economy as the principal administrative agency for procurement procedures. The AMC's official position is that it would prefer to restrict its procurement responsibilities to the following areas: (1) enforcement of the competition laws applicable to procurement proceedings, (2) administration of audits on agency compliance with the procurement laws, and referral of cases of malfeasance to the appropriate law enforcement bodies, (3) submission to the Cabinet of Ministers and the Accounting Chamber of semi-annual reports on procurement activities by government agencies, and (4) cooperation with other Ukrainian government agencies to prevent corruption of procurement processes, and with other nations and international agencies in the field of procurement generally.

## 2.8 *State Aid*

Article 51 of the Partnership and Cooperation Agreement (PCA) between Ukraine and the EU obliges Ukraine to ensure that its legislation "will be gradually made compatible with that of the Community" in various areas, including specifically with respect to "rules of competition." In addition, Article 49 separately establishes a number of commitments designed to prevent anticompetitive conduct from distorting commerce between Ukraine and the EU. Specifically, the parties agree that they will (1) enact and enforce laws addressing restrictions on competition by enterprises within their respective jurisdictions, (2) refrain from favouring certain firms or sectors by granting State aid that would distort competition between the EU and Ukraine, and (3) eliminate any measures distorting competition that involve state-owned entities or entities to which that state has granted monopoly rights (subject to the proviso that such requirement will not be enforced to "obstruct the performance, in law or fact, of the particular tasks assigned to such undertakings").

These commitments mirror EU Treaty Articles 81, 82, 86 and 87. Articles 81 and 82 are, of course, the provisions dealing with concerted actions and abuse of dominance, and also provide the basis for the regulations affecting concentrations. Article 86 provides that EU member states, in conjunction with granting special or exclusive rights to public or private undertakings, may “neither enact or maintain in force any measure contrary to the rules contained in this Treaty,” including specifically the rules in Articles 81 or 82. Article 87, dealing with state aid, bars member states from granting assistance that “distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods.”

Ukraine considers that its competition law regime meets the requirements of Articles 49 and 51 of the PCA, except for the state aid provisions in EU Article 87. The competition rules in EU Articles 81 and 82 are reflected directly in Ukraine’s Competition Law. With respect to EU Article 86, the AMC advises that none of the undertakings to which Ukraine has granted special or exclusive rights has been exempted from the Competition Law, even in the case of enterprises that operate services of general economic interest within the meaning of Article 86(2).

As to state aid, many agencies of the Ukrainian government are presently involved in administering state aid programs, but the AMC is the only agency with authority to assess and interdict aid on the basis of its prospective anticompetitive effect. The mechanism for control by the AMC rests on Article 20 of the AMC Law and Article 15.2 of the Competition Law. The former provision requires government agencies to obtain AMC approval of any draft resolutions and other decisions that may affect competition. As described previously, Article 15 prohibits anticompetitive government actions, including specifically actions granting “benefits or other advantages” that favour a firm or group of firms over others, such that competition is restricted or distorted. Thus, if an anticompetitive state aid proposal is presented to the AMC for review, and if the aid involved constitutes an anticompetitive “benefit or other advantage” within the meaning of Article 15, the AMC will be able to prevent the aid from being disbursed by denying approval. If implementation of the aid program begins before the AMC becomes aware of it, the Committee may be able to commence an action under Article 15 against the state body involved and ultimately enter an order requiring the agency to cancel implementation. That remedy, however, will be insufficient if the aid has already been disbursed, because the AMC’s order under Article 15 runs only against the agency, and there is no provision in the law that would permit recovery from the aid recipient. Further, some forms of aid are not easily characterised as a

‘benefit or other advantage’ and, in any event, not all aid proposals are presented to the AMC for review.

In 2004, Ukraine’s Parliament considered and rejected a proposed state aid control law based closely on the EU’s aid legislation. In 2007, a proposal that was developed as an amendment to the Competition Law, but that did not assure recovery of unlawfully granted aid and lacked provisions constituting full compliance with the EU’s notification requirements, also failed to win passage. The AMC has now prepared a new proposal for consideration by the Parliament in 2008 that (1) adopts a broad definition of “state aid;” (2) establishes an effective system for identifying aid proposals, assuring advance AMC examination, and reporting on approved aid grants; and (3) enables recovery from recipients of unlawfully granted aid.

## **2.9 Consumer Protection**

As noted previously, the Ukrainian Constitution provides the “the State protects the rights of consumers” (Art. 42). A Law on Consumer Rights Protection was adopted in May 1991, even before Ukraine’s declaration of independence, and a Law on Advertising followed in 1996. Principal responsibility for enforcing both laws is assigned to the State Committee for Technical Regulation and Consumer Policy. The Committee, like the AMC, is a central executive body with special status.

The Consumer Rights Law protects only consumers who are natural persons and thus does not cover business entities. Its provisions address a wide range of topics relating to consumer rights, including product labelling, safety, warranties, standard contract terms, service agreements, returns, and recalls. It also prohibits “unfair business practices,” which include, among other things, acts defined by other laws as constituting “unfair competition” (Art. 19). The jurisdictional provision in the Law (Article 27) effectively gives the AMC exclusive enforcement responsibility for all conduct arising under the Consumer Rights Law that also constitutes a violation of the Unfair Competition Law.

The Law on Advertising differs from the Consumer Rights Law in that it protects not only natural persons, but also businesses and other legal entities. The Law deals with unfair or deceptive claims or omissions in advertising media. Article 11 provides that claims involving comparative advertising “shall be regulated by the legislation of Ukraine on the protection against unfair competition,” and Article 26 gives the AMC exclusive enforcement responsibility for all conduct arising under the Advertising Law that also constitutes a violation of the Unfair Competition Law. This includes not only comparative advertising, but also (for example) advertising by a business entity that discredits another firm within the meaning of Article 8

of the Unfair Competition Law. The AMC and the Committee for Technical Regulation and Consumer Policy cooperate closely, exchanging information about complaints received and coordinating investigations of advertising cases where the determination of which agency has jurisdiction cannot be made at the outset.

### **3. Institutional issues: Enforcement structures and practices**

#### **3.1 *Competition Policy Institutions***

The Anti-monopoly Committee of Ukraine (AMC) is designated as a “state body with special status.” The elements of its special status include the statutory procedures controlling the appointment and removal of the agency’s officers, its insulation from control by the executive branch of the government, its statutory role in formulation of national competition policy, and certain guarantees respecting the status and salary of its officers and employees (AMC Law Art. 1).

The Committee as a plenary body consists of the chairman and ten commissioners. The method of appointing and removing the chairman and other commissioners of the AMC is established in the Ukrainian Constitution. As originally adopted in 1996, the Constitution provided that the AMC’s chairman would be appointed and dismissed by the President of Ukraine with the consent of the Parliament, while the other commissioners would be appointed and dismissed by the President on recommendation of the Prime Minister, based on proposals by the AMC’s Chairman. One feature of the Orange Revolution in late 2004 was the adoption of constitutional amendments that reduced the power of the President and moved the system of government closer to a parliamentary model, with a strong Prime Minister elected by the majority coalition in Ukraine’s Parliament. The amendments, which became effective January 1, 2006, shifted authority for appointing AMC officers from the President to the Prime Minister. Under the present system, the chairman is appointed by the Parliament upon recommendation of the Prime Minister, while the other commissioners are appointed and dismissed by the Cabinet of Ministers upon recommendation of the Prime Minister, based on proposals by the AMC’s chairman (Constitution Arts. 85 and 116). The power to dismiss of the chairman now lies exclusively with the Parliament and does not depend upon a recommendation of either the Prime Minister or the President.

According to some observers, the transfer to the Prime Minister of control over the appointment process for the agency’s chairman and commissioners is undesirable because it links the AMC too closely to the

executive branch. In the Ukrainian political system, the President is not considered part of the executive branch, and is therefore usually regarded as the more appropriate appointing authority for members of autonomous agencies. The AMC has raised the idea of transferring appointment authority back to the President, but has made no headway on that point. The advent of a new government may provide an opportunity to revisit the issue.

The chairman serves for a seven year term, and may not be reappointed for more than two terms consecutively. Involuntary dismissal is permitted only for reasons of health or in case of commission of a crime. Commissioners likewise serve seven year terms, but with no prohibition on multiple terms<sup>26</sup>. Involuntary dismissal of commissioners is permitted only for ill health, the commission of a crime, or a gross dereliction of official duties. Two “first deputy” commissioners and three “deputy” commissioners are appointed and dismissed from among the commissioners by the Cabinet of Ministers upon recommendation of the Prime Minister, based on proposals by the AMC’s chairman. Article 11 of the AMC Law provides that all commissioners should ordinarily have an education in law or economics and at least five years of relevant work experience during the ten year period prior to their appointment. The present complement of commissioners at the AMC includes six lawyers and three economists (one of them the chairman). Of the other two commissioners, one has a background in engineering and previously served as a member of the Committee, while the other has a background in business. Five of the commissioners are former member of the AMC’s staff.

Various provisions in the AMC Law and the Competition Law provide for the exercise of agency authority by subordinate officers and entities, including “administrative boards.”<sup>27</sup> Such boards at the headquarters level consist of three state commissioners or a combination of state commissioners and heads of regional offices. Regional boards consist of the regional office head and two members drawn from among the regional office’s staff or, with the chairman’s permission, from among officials of the Committee. The quorum for the Committee and any board is a majority of the members, and action is taken by a majority of the members present. In circumstances where the full Committee reviews the decision of a board, a quorum is a majority of the commissioners other than those who participated in making the decision under review.

The AMC is headquartered in Kyiv. The AMC Law authorises the establishment of 27 regional offices, one for each of the 24 Ukrainian oblasts and one each for the Autonomous Republic of Crimea, the city of Kyiv, and the city of Sevastopol. Regional office heads and their deputies are appointed and dismissed by the Chairman. The AMC Law expressly

bars any agreement with state and local authorities respecting appointments of regional officers (Art. 12).

The AMC Law accords the Committee broad institutional autonomy. Article 19 provides that the AMC shall be guided in its functions only by the laws on competition and shall be independent from national and local government bodies and their officials, business entities, political parties, and other associations of individuals. Any interference with or attempt to influence AMC personnel in the performance of their duties is forbidden. Although Article 2 states that the AMC shall “be subordinate” to the President of Ukraine, the President has no authority to direct AMC business.

### **3.2 Competition Law Enforcement**

#### *3.2.1 Advisory opinions*

The Competition Law provides two formal mechanisms by which entities can obtain advice from the AMC about the legal status of specific forms of conduct. Under Article 14, business entities may provide information about either joint or unilateral conduct to the AMC and receive an opinion concerning the applicability of Articles 6, 10, or 13, as appropriate<sup>28</sup>. Article 14 opinions are limited in scope and do not address, for example, whether obtaining protection for concerted action under Article 10 would require an application for permission or would arise from an existing block exemption. A business entity seeking an AMC opinion on the latter questions may invoke a different procedure provided under article 29 of the Competition Law, as discussed next. From 2003 to 2007, the AMC issued 57 opinions under Article 14, all of which involved concerted actions.

The second method for obtaining advice is provided by Article 29 of the Competition Law, under which any prospective applicant contemplating a concerted action or concentration may request “preliminary conclusions” from the AMC about the permissibility of the conduct<sup>29</sup>. The documentation necessary to support such a request is substantially less than that required for a formal Article 26 permit application. If the Article 29 application includes sufficient information to formulate a response, the AMC will advise whether the concerted action or concentration requires permission and, if so, whether an application for permission is likely to be approved or rejected. The statute requires the AMC to respond to Article 29 applications within one month. An AMC opinion concluding that approval is required but is likely to be granted does not excuse the applicant from subsequently filing a formal application for permission<sup>30</sup>. Article 29 is most commonly employed when business entities wish to obtain the AMC’s confirmation of their own



conclusion that a particular concentration does not require AMC approval. Over the past five years, the AMC decided 549 applications under Article 29, of which 422 (77 percent) involved concentrations and 127 involved concerted actions.

### 3.2.2 *Applications to permit concentrations and concerted actions*

The procedures for processing applications to permit concerted actions and concentrations are set out in Section VII of the Competition Law and elaborated by AMC Regulation No. 26 (2002) for concerted actions and Regulation No. 33 (2002) for concentrations. Article 26 of the Competition Law provides for initiation of the approval process by submission of an application form and supplementary documents. In the case of applications to approve concentrations, the documents submitted must include information about the contemplated transaction and all of its “participants,” which means that the documentation requirement applies to every member of the control group for each entity involved in the transaction<sup>31</sup>. Regulation 33 provides that each such entity must provide corporate documents, financial statements, and information for every market in which the firm operates (including production and market share data and the identities of principal suppliers, customers, and competitors). In the case of a hostile tender offer, where the target entity refuses to provide the necessary information, the applicant may request the AMC to order production.

The breadth of the documentation requirements as they apply to all members of the control group is a point of complaint among practitioners, who argue that information should be demanded only from the transaction participants, their parent companies, and any other affiliated entities operating in the relevant markets affected by the transaction. In practice, applicants in cases involving large control groups file fewer documents than the regulation requires, and then negotiate with the AMC to accept the truncated filing<sup>32</sup>. The AMC, of course, has the upper hand in such negotiations, and there are always some applicants who feel overburdened by the outcome.

An application is deemed to have been accepted for review by the fifteenth day after filing, unless the AMC has notified the applicant that the submission is deficient (Art. 26.2). Upon acceptance, the AMC may publish certain information about the application for purposes of soliciting comment from third parties (Reg. 33, section 4.2.8). Thereafter, the Committee has thirty 30 days to determine whether to commence a case. If no case is commenced by the 30 day deadline, the application is deemed to be approved.

A formal case may be commenced if the AMC detects reasons for prohibiting the concentration or if complicated study or expert consultation is necessary (Art. 30). The order initiating the case may be published within five days, again for the purpose of obtaining information from third parties (Reg. 33, section 4.3). The applicant is notified and may be required to submit additional information and respond orally to interrogatories. During the proceeding, the AMC may also require information from third parties, add third parties to the proceeding if their rights or interests may be affected by the case, appoint an expert consultant, and hold oral hearings.

Consideration of the case may not exceed a three month period that begins when the applicant submits the required information (including any expert opinions). The term is suspended if the case cannot be resolved without awaiting the outcome of a related proceeding. If the three month period elapses without a decision by the AMC, the application is deemed to be approved. Practitioners report that they sometimes receive AMC information requests that, in the practitioners' view, have been issued simply to stop the clock (typically in circumstances where the agency has received more concentration permit applications than it can handle within the deadline periods).

The AMC may close the case without a decision on the merits if the applicant petitions to revoke the application or terminate the proceeding, or fails to provide requested information. Before issuing a decision denying approval, the AMC may advise the applicants of the grounds for denial and invite rebuttal (Reg. 33, section 4.8). An applicant may also propose conditions that it is willing to accept in order to obtain the AMC's approval. Information about the Committee's final decision on the application is provided to the applicant and may be published in the official government journal or otherwise made public.

Applications to permit concerted actions follow the same process employed for concentration applications except that, after the application is accepted, the AMC has three months rather than 30 days to determine whether to open a formal case<sup>33</sup>. Once opened, a concerted action case is subject to the same three month deadline applicable to concentration cases.

Although an AMC determination to deny permission for a concerted action or a concentration is subject to judicial review, the Competition Law establishes another option for parties who believe that their proposed conduct should be permitted even if they are not prepared to argue that the AMC's decision was incorrect under the Law. Articles 10.3 and 25.2 provide that the parties may petition the Cabinet of Ministers, within 30 days after the AMC's decision, for permission to engage in the concerted action or concentration on the grounds that there will be public interest

benefits sufficient to outweigh the negative effects of restricted competition. The statute provides that the Cabinet may not grant such permission if the proposed conduct entails restrictions that are unnecessary to implement or achieve the conduct's purpose, or if the resulting restriction on competition "constitutes a threat to the market economy system."<sup>34</sup>

The procedures for Cabinet review of such petitions for permission are established in Article 33 of the Competition Law and supplemented by Cabinet regulation<sup>35</sup>. An application for permission must include a detailed justification for the proposal, including "a feasibility study for the anticipated positive effects with corresponding calculations of social, economic, and other effects." Upon receipt of a valid petition, the Ministry of Economy convenes a commission of independent experts to appraise the positive and negative consequences of the conduct proposed. Notice of the petition is published and any public comments received are provided to the expert commission. The commission's decision is presented to the Cabinet, along with a recommended disposition prepared by the Ministry.

The Cabinet must then make a "reasoned decision" whether to grant or deny the petition<sup>36</sup>. If the Cabinet determines to grant permission, it may impose conditions and requirements designed to eliminate or mitigate the negative effects of the proposed conduct. Such conditions may not, however, "be aimed at exerting permanent control" over the underlying activity. Implementation of the Cabinet's order is assigned to the AMC, assisted by the Ministry<sup>37</sup>. The two agencies monitor the petitioner's subsequent activity to assure that the conditions of the permit are met and to assess the degree to which the projected benefits are achieved in comparison to the negative effects realised. Misconduct by the petitioner, or failure to reach the projected benefits, can lead to modification or retraction of the Cabinet's permission.

The authority for the Cabinet of Ministers to grant permission in cases involving previous denials by the AMC has been in effect since early 2002. Since that time, the Cabinet has granted permission in four cases, one involving concerted action and the others involving concentrations. The cases were described previously in this report. Some observers, particularly in the international competition community, have expressed concern that the mechanism for Cabinet permission represents a serious impairment of the AMC's authority and autonomy. The AMC disagrees, noting that the public interest considerations evaluated by the Cabinet are not within the Committee's statutory authority to address.

### 3.2.3 *Violation cases*

To detect violations of the competition laws, the AMC Law authorises the agency to conduct “compliance checks” of business and government entities, either in person at the premises of the target entity or by written questionnaire (Art. 7, part 1, item (4)). On-site inspections may be either scheduled or unannounced. During investigations, the agency can invoke AMC Law Article 22-1, which requires economic entities, associations, government bodies, other legal entities, and individuals to provide, on demand by the AMC, documents and other information media (including confidential data), written explanations, and oral responses to interrogatories<sup>38</sup>. Refusal to submit information demanded by the AMC, or the submission of incomplete or inaccurate information, constitutes an unlawful act under the Competition Law<sup>39</sup>. The AMC reviews complaints, past enforcement experience, news reports, and other publicly available information in determining what markets to investigate.

The Competition Law contains provisions for a leniency program intended to facilitate detection of unlawful concerted actions. Under Article 6.5, the first firm to notify the AMC of a concerted action of which the agency was previously unaware is excused from any penalty. The provision does not protect a firm that instigated the violation, and applies only if the firm has ceased its participation in the unlawful activity and provided to the AMC all the relevant information in its possession. Thus far, no notifications under the leniency program have been submitted.

If a complaint or preliminary investigation reveals problematic conduct, the agency has two methods available for resolving the matter without commencing a formal proceeding. The first can be employed where the information available to the AMC reveals that competition has been impaired in some way but is insufficient (without further inquiry) to establish whether a violation of the Competition Law has occurred. In such circumstances, the AMC may employ Article 7, part 3, item (5) of the AMC Law. That provision authorises the Committee to make “binding recommendations” to business entities, associations, and government agencies at the ministry level and below, urging the implementation of measures to promote competition, limit monopoly, prevent violations of the competition laws, and terminate “actions or inactivity, which may have an adverse effect on competition.” The recommendation is “binding” because the recipient is required by law to consider the recommendation and either accept it or provide a reasoned basis for refusal. The AMC employs this authority frequently, most often in a non-law enforcement context to make recommendations relating to the promotion of competition. The authority to recommend termination of actions or inactivity having an adverse competitive effect is, however, used in some situations<sup>40</sup>. For example,

where heat and water utility enterprises have delivered services inferior to those required under the applicable tariff, the AMC recommends that the enterprises provide rebates to the affected consumers if they have not already done so<sup>41</sup>.

The second method applies where the AMC believes that a violation has occurred. Under Article 46 of the Competition Law, the Committee may issue a letter to the prospective defendant recommending termination of the unlawful conduct (and its causes) and proposing acts to remediate the conduct's adverse effects. The letter's recipient is required to consider such recommendations and provide a response to the AMC within 10 days (or such longer term set by the agency). If the defendant agrees to the recommendations, the matter may then be closed without initiation of a case. By its terms, Article 46 applies only in cases where the violation has not led to substantial distortion of competition, nor caused significant losses to individual persons or the public, and where appropriate measures have been taken to eliminate the consequences of the violation (Art. 46.3). In the past five years, the AMC accepted 8912 settlements under article 46 before initiation of a case. The pattern of settlements, by type of violation, is shown in the following table

**Table 2. Cases Resolved under Article 46 before Initiation of Formal Proceedings<sup>42</sup>**

Type of Violation	Competition Law Article 46
Concerted actions	338
Abuse of dominance	5089
Government action	2982
Unfair competition	310
Other	193
Total	8912

Where an Article 46 settlement is not appropriate because the violation has led to substantial distortion of competition or caused significant losses to individual persons or the public, a defendant may nonetheless wish to facilitate resolution of an AMC violation case by voluntarily compensating victims for damages inflicted. If a formal case has not yet been initiated under Article 37, the AMC will consider such a payment in deciding whether case initiation is warranted. Where a case has already been initiated, the AMC will still issue an Article 48 decision against the defendant, but may take account of the damages payment in determining the size of the penalty imposed.

If an investigation results in evidence of a violation and no settlement is obtained, the AMC may initiate a formal case. Under Competition Law Article 36, a case may be commenced either on the AMC's own initiative or in response to complaints received from adversely affected business entities, associations, individuals, or from any government entity. Of the 6065 cases commenced under Article 37 during the past five years, 1956 (32%) arose from complaints by business entities, individuals, associations, and government bodies; and 4109 (68%) were initiated by the AMC on its own initiative<sup>43</sup>. By regulation, the AMC commits itself to resolving complaints within 30 days of receipt, either by initiating a case or by dismissal<sup>44</sup>. The period may be extended to 60 days if evaluating the complaint requires the AMC to obtain additional information that the complainant cannot provide. No other deadlines apply to the processing of violation cases. Under the Law, initiation of a case is proper "in the event of detecting a violation of the competition laws, including the consequences of such violation" (Art. 37.1), although the AMC has the option to reject a complaint if the acts at issue "have no tangible effect on the conditions of market competition" (Art. 36.2)<sup>45</sup>.

Once a case is commenced, a notice is sent to the defendant and the complainant within the following three days. Under Article 44, additional investigatory powers become available to the AMC, including seizure of evidence from business premises and vehicles (or arrest of such materials if seizure is not possible).<sup>46</sup> The utility of the AMC's seizure authority under Article 44 is severely constrained because it does not include power to conduct a search of business premises. In practical effect, in order to "seize" evidence, the AMC must know that a particular item of evidence exists and be able to specify where it is located. AMC personnel inspecting a business premises may not simply examine whatever documents can be found in desks, cabinets, safes, and file rooms. Other investigate methods such as wiretapping, video surveillance, remote sound recording, and interception of telecommunications data are reserved for investigation of criminal conduct and are therefore not available to the AMC because competition law violations do not constitute criminal offences.<sup>47</sup> Article 44 also provides that the AMC may seize evidence from a personal residence if so authorised by court order. At present, however, the AMC cannot invoke this provision because implementation procedures have never been enacted by Parliament.

Although other government agencies, including the police, are required to assist the AMC as necessary in executing its investigative functions (Art. 45), the Committee's experience in this area is varied. In general, the AMC's territorial offices have been relatively successful in developing effective cooperative arrangements with local law enforcement authorities,

and territorial offices have enjoyed good local cooperation in concerted action cases involving retail products like bread, milk, and gasoline. In contrast, the headquarters offices in Kyiv have been relatively less successful in promoting cooperation at the national level with the State Security Service and the Interior Ministry, and AMC investigations have sometimes failed as a result.

As a violation case advances, additional defendants may be added to the proceeding by order of the Committee, and other parties may likewise be added if the decision of the case may substantially affect their rights or interests. The AMC may also hold oral hearings at which interested parties present arguments and explanations<sup>48</sup>. Case participants have the right to access the case file (except for restricted information or data the disclosure of which would damage other parties) and to submit evidence, arguments, and petitions for expert consultations (Art. 40). On its own initiative or upon application by a party, the AMC may direct the appointment of an expert to provide advice in a case<sup>49</sup>.

During a violation proceeding, an affected business entity, whether or not a party in the case, may petition the AMC under Article 47 of the Competition Law to issue “preliminary decisions” to “avert the negative and irreparable consequences” of unlawful acts. Such injunctive orders may require the defendant to cease or undertake specified actions “where urgent performance is required based on the rights and interests of other parties.” The defendant may appeal the order to an economic court within 15 days of issuance. If the AMC ultimately concludes the case without a determination that the defendant violated the law, the defendant may then seek indemnification in an economic court from the other party for losses sustained in consequence of the injunction. Similar authority applies in cases under Article 29 of the Unfair Competition Law.

From 2003 to 2007, there was only one case processed at AMC headquarters in which a party applied to the AMC for injunctive relief under either Article 47 or Article 29<sup>50</sup>. In 2003, in response to a complaint, the AMC initiated a case against Bilosvit–Uman, a firm engaged in marketing a fermented milk product named “Lactoniya.” The advertising for Lactoniya claimed that it was fermented without the use of active bacteria, and thus was safer and superior to milk products fermented in the traditional manner. The complainant invoked both Article 47 and Article 29 and obtained an order from the Committee prohibiting broadcast of the advertisements during pendency of the AMC’s proceeding. Bilosvit-Uman sought judicial review, but the AMC’s order was affirmed by the court. The AMC ultimately concluded that the advertising was unlawful under the Unfair Competition Law, and imposed a penalty on Bilosvit-Uman of UAH 200,000 (EUR 29,717).

Once a violation proceeding is concluded, the AMC issues a decision that either closes the case or finds a violation and directs various actions<sup>51</sup>. The AMC may order termination of the unlawful conduct, remediation of the consequences of the violation, division of an entity holding a dominant position, and mandatory publication by the defendant at its expense of information about the case (including the full text of the decision) (Art. 48). The order may also block transfer of securities, and cancel a concerted actions permit where the permit holder has violated Article 19<sup>52</sup>. In cases finding violations of the competition laws by government agencies, the AMC may require the agency to cancel or change actions or decisions previously adopted and terminate anticompetitive agreements with other parties<sup>53</sup>. For most violations, the Committee may also impose a monetary penalty, as discussed further below.

In an Unfair Competition case, Article 30 provides that the AMC may order termination of the unlawful conduct, and may also impose a monetary penalty as described below. Further, on its own initiative or on application by a victim, the AMC can order seizure of goods that are unlawfully marked or that are copies of the victim's products. In cases where the defendant has disseminated false information injurious to another firm, the AMC may require a public retraction by the perpetrator. Finally, in cases involving government agencies, the AMC may order the agency to cancel or change actions or decisions previously adopted and terminate unlawful agreements with other parties (Art. 30).

As noted previously, the AMC can invoke Article 46 to settle cases in appropriate circumstances before formal initiation of case proceeding. After a case is initiated, settlement is still possible under Article 46, which provides that the underlying case shall then be closed. In recent years, the AMC accepted 48 post-initiation settlements under Article 46.

The outcomes over the past five years of formally-initiated cases in which the AMC found an infringement are summarised in the following table by type of violation. During the same five year period, 302 cases were resolved by a finding that no infringement could be proven (representing about 5% of all cases examined).



**Table 3. Violation cases resolved after initiation of formal proceedings<sup>54</sup>**

Type of Case	Article 46 settlement	Litigated decision	Total
Concerted actions	21	149	170
Abuse of dominance	18	2218	2236
Government Action	3	508	511
Unfair Competition	3	332	335
Other	3	2418	2421
Total	48	5625	5673

As can be seen, once a formal case is initiated, settlement under Article 46 is rare, involving less than 1% of cases. This is principally the result of the provisions in Article 46 that restrict its availability. If a case is not settled pre-complaint, and is serious enough to warrant initiation of formal proceedings, it typically involves a substantial distortion of competition or has caused significant losses to individual persons or the public, and thus is disqualified from Article 46 treatment.

The question of how much analytic content the AMC's violation decisions must have is a matter of debate. Article 59 of the Competition Law lists the bases upon which an AMC decision may be invalidated as (1) failure to prove facts or clarify circumstances critical to decision of the case, (2) inconsistency between the facts and circumstances proven and the conclusions reached, and (3) violation or improper application of the rules of substantive or procedural law. The AMC's regulation on case procedures provides that an agency decision must include a statement of the facts established and the legal provisions applied, and an "explanation of motives."<sup>55</sup> Practitioners complain that AMC decisions lack sufficient analytic content to serve as precedent for future cases or to provide useful guidance to the private sector in complying with the competition laws.

### 3.2.4 Penalties

Article 50 of the Competition Law lists all of the actions that constitute legal violations, while Article 52 provides a complementary list of the maximum monetary penalties associated with those violations. Some of the violations are established in Article 50 itself, and do not appear elsewhere in the Competition Law. The highest maximum penalty, applicable to violations involving anticompetitive concerted actions, abuse of dominance, and non-performance of an AMC order, is the greater of 10 percent of the

defendant's sales revenue in the previous fiscal year or triple the illegally obtained profit. Sales revenues for this purpose are calculated with reference to all firms or persons in the defendant's control group that participated in or benefited from the violation involved. Where revenue cannot be determined, the alternative maximum is stated as 20,000 "non-taxable minimum subsistence incomes" or ("MSI"). At present, the minimum subsistence income is set at UAH 17, so that the alternative maximum is UAH 340,000 (EUR 45,945).

For second-tier violations such as engaging in unlawful anticompetitive actions or concentrations without permission, non-performance of conditions imposed on permitted concerted actions and concentrations, coercion under Article 18.2, and conduct barred under Articles 19 and 20, the maximum penalty is five percent of sales revenue (alternatively, 10,000 MSI (UAH 170,000, EUR 22,970)). For third-tier violations involving inducement under Article 18.1, refusal to submit information demanded by the AMC, submission of incomplete or inaccurate information, obstruction of evidence collection in AMC investigations, and economic retaliation against a complainant, the maximum penalty is one percent of sales revenue (alternatively, 2,000 MSI (UAH 17,000, EUR 2300))<sup>56</sup>. For violations of the Unfair Competition Law, Articles 21 and 22 of that Law impose a maximum monetary penalty of 3 percent of sales revenue on business entity defendants (alternatively, 5,000 MSI (UAH 85,000, EUR 11,485)), and a maximum of 2,000 MSI (UAH 34,000, EUR 4595) on defendants not constituted as business entities.

Practitioners observe that AMC decisions imposing fines do not discuss the analysis underlying the penalty amount selected. The AMC has said only that, in determining fine amounts, it takes into account the effects of the violation, the amount of profit illegitimately received, the defendant's financial position, the defendant's conduct after it was appraised of the violation (including whether the defendant has voluntarily compensated victims for damages caused), and whether the defendant is a recidivist.<sup>57</sup> Penalties imposed over the past five years totalled UAH 144.8 million (EUR 23.6 million) and are shown by type of case in the following table.

**Table 4. Penalties imposed under the Competition Law and Unfair Competition Law, by Type of Case<sup>58</sup>**

Type of Case	Penalties Imposed	
	UAH (million)	EUR (million)
Concerted actions	82.3	13.5
Abuse of dominance	50.2	8.2
Unfair Competition	1.2	0.2
Other	11.1	1.8
Total	144.8	23.6

The competition laws also include provisions for the imposition of administrative penalties. Competition Law Article 54.2 imposes administrative liability on government officials (not agencies) who fail to comply with an AMC order, refuse to submit required information to the AMC (or submit incomplete or inaccurate information), or obstruct evidence collection by AMC officers. Similarly, Article 54.3 imposes administrative liability on employees of business entities for obstruction of AMC investigations. And for violations of the Unfair Competition Law, Article 23 of that Law imposes administrative liability on natural persons who act as entrepreneurs but who are not constituted as legal entities (Art. 23).

These provisions do not specify the amount of the administrative penalty; that task is accomplished in Ukraine's Code on Administrative Offences. Under Article 166<sup>4</sup> of that Code, a maximum penalty of 7 MSI (UAH 119, EUR 16) may be imposed on both government officials and business employees who fail to comply with an AMC order or refuse to submit required information. For violations of the Unfair Competition Law, Article 164<sup>3</sup> of the Code imposes a penalty on natural persons acting as entrepreneurs in an amount from 5 to 44 MSI (UAH 85 to 750, EUR 11 to 101). The Code does not specify a penalty for government officials or business employees who obstruct AMC investigations.

Article 7 of the AMC Law contemplates that the Committee itself will conduct trials to assess administrative penalties. Although implementing procedures necessary to permit such trials were proposed to the Parliament in 2006, they have never been adopted. Consequently, to obtain imposition of an administrative penalty, the AMC must petition the general jurisdiction court in the geographic area where the offence was committed. The applicable procedures are specified in the Code, and provide that the court must process the case within 15 days after it is commenced. The Code also requires that any court order imposing an administrative penalty must be issued by the court no later than two months after the date of the offence or,

where the offence is continuing, after the date on which the AMC made its “finding” that the violation had occurred. Some courts construe the “finding” date to be the date on which the AMC commences its formal case, whereas others consider it to be the date on which the Committee enters its final decision. The latter interpretation is preferred by the AMC and appears the more logical, but the point remains unsettled in the law. In any event, the general jurisdiction courts have crowded dockets and some AMC petitions seeking administrative penalties fail because the presiding court does not act within the required time. Over the past five years, administrative penalties totalling UAH 13,300 (EUR 2078) were imposed by courts as a result of petitions by the AMC claiming violations of Articles 166<sup>4</sup> and 164<sup>3</sup> of the Code<sup>59</sup>.

The AMC expects to submit a revised package of amendments to the Code on Administrative Offences for consideration in 2008 that will include appropriate procedures for AMC administrative penalty trials and also establish or modify the monetary administrative penalties assessed for certain offences. Specifically, a fine of 20 to 50 MSI (UAH 340 to 850, EUR 45 to 112) would be imposed on government officials for failure to comply with an AMC order, and a fine of 10 to 30 MSI (UAH 170 to 510, EUR 22 to 67) for refusal to submit required information to the AMC (or for submission of incomplete or inaccurate information). A fine also in the amount of 10 to 30 MSI would be imposed on government officials and business employees for obstructing evidence collection by the AMC. As to violations of the Unfair Competition Law, the AMC’s draft package eliminates administrative liability under Article 164<sup>3</sup> of the Code and replaces it with a provision authorising the AMC to impose a penalty on natural persons acting as entrepreneurs in an amount up to 5 % of annual income.

### 3.2.5 *Review of Decisions*

Decisions by the AMC or its subordinate bodies in violation cases and in permit application proceedings may, in certain circumstances, be re-examined by the AMC body that made the decision. Article 58 of the Competition Law authorises such re-examination on application of any person or on the deciding body’s own initiative. In the past five years, there were 12 cases of re-examination under Article 58.

Decisions by subordinate bodies of the AMC in violation cases, and in proceedings on applications to permit concerted actions (but not concentrations), may be reviewed by superior AMC bodies. Article 57 provides that such review may be commenced by order of the AMC based on the agency’s own initiative or on an application of a party to the

proceeding, filed within two months of the decision. The statute does not limit the grounds upon which such a review may be commenced. In the past five years, there were 6 cases of review under Article 57<sup>60</sup>.

With respect to judicial review, Article 124 of the Ukrainian Constitution provides that the jurisdiction of the courts “extends to all legal relations that arise in the State.” Courts may therefore hear an appeal from any government action or decision that infringes the rights of a party. Article 60 of the Competition Law specifies that an appeal must be filed within two months of the AMC decision at issue, while Article 32 of the Unfair Competition Law provides a thirty day period for appeals of decision made under that statute. The agency decisions subject to review under these provisions are final decisions in violation cases and in application proceedings to permit concerted actions and concentrations. An appeal may be lodged by the defendant, the applicant in a permission proceeding, or any other person (including the complainant in a violation case) who was granted status as a third party in the proceeding.

At present, Ukraine’s civil judicial system is divided into three jurisdictional branches, consisting of general, economic, and administrative courts. The general courts have jurisdiction over cases involving natural persons, the economic courts have jurisdiction over cases involving business entities and commerce, while the administrative courts have jurisdiction over cases involving government agencies. This would seem to place AMC cases in the administrative courts, but the point is uncertain because the Competition Law provides expressly that appeals of AMC decisions shall lie with “the economic court” (Art. 60). The AMC would prefer that its cases remain in the economic courts and has sought a determination on the point from the Supreme Court of Ukraine. No resolution of the issue has yet been reached.

An appeal begins in the economic court of first instance, and is ordinarily heard by a single judge. In a complex matter, the parties may request that the case be heard by a panel of three judges. Decisions by the court of first instance may be appealed to an economic appeals court and thereafter to the Supreme Economic Court. For both levels of appeal beyond the first instance, cases are ordinarily heard by a panel of three judges. In exceptional cases, a further appeal is possible to the Supreme Court of Ukraine, which has jurisdiction over cases arising from the supreme courts of the three jurisdictional branches. Cases in the Supreme Court of Ukraine are heard by the entire court of nine judges<sup>61</sup>.

The Supreme Economic Court has four chambers, one of which specialises in cases involving intellectual property and competition law. The judges assigned to this chamber consider that they are qualified to

address substantive competition law questions, and observe that the courts in Ukraine have now had many years of experience with AMC cases.

The frequency with which AMC decisions in permit application proceedings and violation cases are appealed under Articles 60 and 32 is shown below. Over the five year period, appeals were filed against approximately 11% of all decisions rendered. Only one appeal involved a permit application decision; the remainder involved appeals of violation case decisions.

**Table 5. AMC Decisions Appealed under Articles 60 and 32**

Year	Decisions subject to appeal	Decisions appealed
2007	1425	148
2006	1200	144
2005	1555	115
2004	1113	132
2003	1277	157
Total	6570	696

As noted previously, Article 59 of the Competition Law provides that an AMC decision may be invalidated for (1) failure to prove facts or determine circumstances critical to resolution of the case, (2) inconsistency between the facts and circumstances proven and the conclusions reached, and (3) violation or improper application of the rules of substantive or procedural law. A provision in the suffix to Article 7 of the AMC Law specifies that “no state authority” other than the AMC may exercise certain powers, including specifically the power to define a commodity market and to determine whether a firm holds a dominant market position (Art. 7, part 1, item (11)). The AMC reads this to mean that courts may not make independent determinations defining the relevant market or declaring market dominance. This interpretation was upheld by the Supreme Economic Court in 2005. Thus, the role of the courts is to assure that the AMC, in reaching its conclusions, has followed appropriate procedures and properly made all of the findings necessary to support the ultimate result. Courts have, for example, overturned AMC decisions that failed to specify contours of the relevant market as required by AMC Regulation No. 49 (2002), which contains guidelines on determining the existence of a dominant market position.

The outcomes of judicial review proceedings under Articles 60 and 32 are summarised below. About 83% of decisions were affirmed, while 17% were reversed in full or in part.

**Table 6. Judicial Review of AMC Decisions under Articles 60 and 32**

Year	Appeals resolved			Total
	Affirmed	Reversed in part	Reversed in full	
2007	124	4	6	134
2006	121	3	14	138
2005	84	6	13	103
2004	100	2	14	116
2003	64	8	33	105
Total	493	23	80	596

In most of the cases involving full or partial reversals, the courts concluded that, under Article 59 of the Competition Law, the Committee had failed to determine or prove circumstances critical to resolution of the particular case. Other cases decided against the AMC involved continuing efforts by the courts to develop standards for applying the 2005 amendment to the Competition Law that added Article 6.3. As previously described, that provision permits similar conduct by business entities to be treated as unlawful collusion where market analysis “demonstrates that no objective reasons for such actions (or inactivity) exist.”

When a petition for judicial review is filed, Article 60.4 of the Competition Law specifies the effect of the appeal’s initiation on the legal force of the underlying AMC decision. The Committee’s order is stayed automatically upon appeal where the decision (1) finds a violation of the Competition Law or the Unfair Competition Law, (2) is issued upon review or re-examination under Articles 57 or 58 of an earlier agency decision, or (3) is the subject of an appeal from a decision of a lower economic court. The law further provides, however, that in circumstances where a stay would ordinarily apply, the AMC may issue a contrary determination “for the purpose of protecting the public interest or preventing negative or averting irreparable injury to affected business entities” (Art. 48.3). Such a determination may be made by the AMC upon its own initiative or upon application by a party participating in the case. If the AMC makes such a determination, then the decision is not stayed unless the court, “for sufficient reasons,” enters an order providing otherwise (Art. 60.5). To date, the Committee has never issued a determination to stop the automatic stay of its order from taking effect<sup>62</sup>.

Initiating an appeal also affects the defendant's obligation to pay monetary penalties imposed by the AMC. Under Article 56.5 of the Competition Law, if a penalty is not paid within two months of the decision imposing it, a daily fine in the amount of 1.5 percent of the penalty begins to accumulate, up to a maximum equal to the original penalty (Art. 56.5). The same Article provides, however, that the accumulation of such fines is suspended during the AMC's review or re-examination of the decision under Articles 57 or 58, or during any judicial review proceedings. Similarly, under the Unfair Competition Law, penalties imposed must be paid within 30 days or begin to accumulate a daily fine in the amount of 1 percent of the penalty (Art. 31). The Unfair Competition Law does not specify a maximum fine or provide that fine accumulation is suspended during judicial review, but the AMC considers that the terms of Competition Law Article 56 are equally applicable on those points.

The issuance by the AMC of a final decision subject to review under Articles 60 or 32 is not the only occasion on which judicial intervention in AMC proceedings can occur, although appeals during the processing of a case are rarely accepted. As noted previously, the Ukrainian Constitution guarantees the right to judicial review to any party injured by a government action or decision. For example, complainants who are dissatisfied with an AMC decision rejecting their complaints as inadequately supported may file an appeal, and have sometimes won decisions from the courts reversing the Committee's decision. An attempt by the Committee to exercise its investigative authority outside its jurisdiction or for an improper purpose would likewise trigger judicial intervention, although such a case has never arisen in practice.

On the other hand, the courts will not intrude in an ongoing AMC proceeding until the alleged infringement is ripe for review. Thus, a defendant may not appeal the AMC's decision to commence a formal proceeding under Article 37, because courts have held that the defendant's rights are not impaired unless and until the Committee finds that the defendant committed a violation. Similarly, review of procedural errors allegedly made by the Committee during a case will be reserved until the agency's final decision is rendered. Even then, as provided in Article 59.2 of the Competition Law, review will occur only if the alleged error has caused an incorrect decision on the merits.

### 3.2.6 *Execution of decisions*

If a defendant or permit applicant in an AMC case fails to comply with prohibitions or conduct requirements imposed by the AMC's decision, the Committee has two enforcement options, which it may pursue individually



or simultaneously. It may commence a new case of its own, on the grounds that Article 50.4 of the Competition Law provides that non-compliance with a previous AMC decision is itself unlawful conduct. Such a case would result in a second AMC order imposing penalties for violating the original order and renewing that order's prohibitions and requirements. Alternatively, the AMC may petition a court under Article 25 of the AMC Law to obtain a judicial order terminating the violation or requiring the party to perform the required actions. Court orders in Ukraine are executed by the State Executive Service, a component agency of the Ministry of Justice. The AMC therefore transmits any court orders it obtains to that body for action<sup>63</sup>.

In practice, where a business entity fails to comply with an AMC decision, the Committee both seeks a court enforcement order and initiates a violation case under Article 50.4 of the Competition Law. Where the non-complying defendant is a government agency, the Committee seeks a court enforcement order and also files a petition seeking administrative penalties under Article 166<sup>4</sup> of the Ukrainian Code on Administrative Violations.

Courts typically issue enforcement orders when so requested by the Committee, although some courts have refused on the grounds that the Committee's order did not specify in sufficient detail what remedial action that defendant was required to take. The AMC considers that these decisions were incorrect because agency remedial orders are deliberately drafted to give the defendant flexibility in determining how to proceed in correcting a violation.

In cases where penalties imposed by AMC orders have not been paid, the AMC's only enforcement option is to commence an action in court under Article 25 of the AMC Law for a judicial order requiring payment of the penalty and of any fine accumulated due to non-payment<sup>64</sup>. In the event of continued non-payment, the court order so obtained is referred to the State Executive Service for collection. In the period from 2003 to 2007, the AMC applied to courts for penalty orders in more than 650 cases, and obtained more than 490 enforceable orders. The following table shows (1) penalties imposed by the AMC over the past five years for violations of the Competition Law and the Unfair Competition Law, and (2) amounts collected during the same period for such penalties and for fines accumulated due to late or non-payment. Collected amounts include those received by the State Executive Service in executing judicial orders obtained by the AMC under Article 25 of the AMC Law.

**Table 7. Penalties imposed and collected under the Competition Law and Unfair Competition Law<sup>65</sup>**

Year	Penalties imposed		Penalties collected	
	UAH (million)	EUR (million)	UAH (million)	EUR (million)
2007	11.6	1.7	5.9	0.9
2006	23.5	3.7	3.5	0.6
2005	4.0	0.6	2.3	0.4
2004	2.9	0.5	1.7	0.3
2003	102.8	17.1	1.9	0.3
Total	144.8	23.6	15.3	2.5

The table shows that only about 10% of penalties assessed have been collected. The AMC notes that one reason for this result is that several cases involving very large penalties remain in the uncollected category. Another reason is that all significant penalties are appealed to the courts, and appellate procedures often take several years to complete because court dockets are crowded. During appeals, the obligation to pay penalties is suspended, and defendants sometimes exploit the delay by declaring bankruptcy (as in the Sentosa-Avias case) or by taking other actions to protect assets from collection. In addition, court orders delivered to the State Executive Service for collection often suffer further long delays because that agency likewise has a heavy workload.

### 3.2.7 *Accessibility of Decisions*

One further aspect of the enforcement process that deserves mention is the accessibility of AMC decisions. The AMC Law establishes transparency as one of the basic principles guiding the agency in performing its duties (Art. 4), and the AMC is widely regarded as one of the most transparent government bodies in Ukraine. Although the AMC Law authorises the agency to publish official journals and digests of its decisions (Art. 7, part 3, item (18)), there is no provision requiring such publication and the AMC does not in fact maintain an official journal. The Competition Law provides that the AMC “may publish” information about decisions in permit application cases (Art. 31.6), and may require the defendant in violation cases to publish, at its own expense, information about the AMC’s decision (including the decision in full text)(Art. 48). Information summarising Committee decisions in both permit application cases and violation cases is posted on the agency’s website and distributed to the news media. In some violation cases decided in AMC regional offices that have

limited budgets, the defendant is required to publish summary information about the decision at its own expense.

For such AMC actions as the provision of advisory opinions under Articles 14 and 29, no disclosure is made on the AMC's website or elsewhere. The AMC's view is that disclosure of Article 29 preliminary conclusions respecting permit applications is unnecessary because, if a formal permit application is subsequently filed, the AMC's decision on that application will be disclosed. In contrast, if a formal application is not filed (typically because the AMC concludes that no application is necessary), then there are no implications for market competition that warrant publication of the decision. Similarly, if an Article 14 advisory opinion concludes that the contemplated action is unlawful, and the applicant foregoes the action, then there are no implications for market competition. If the applicant undertakes unlawful action, the subsequent enforcement decision will be public.

### **3.3 Other Enforcement Methods**

The Competition Law assigns to the AMC responsibility for enforcing “the legislation on the protection of economic competition” (Art. 4.4), which is defined to include the Competition Law, the Unfair Competition Law, the AMC Law, and the regulations implementing those laws (Art. 3.1). The AMC Law provides further that no state authority other than the AMC may consider and resolve applications and violation cases under the competition laws so defined (Art. 7). While the AMC therefore has exclusive control over applications and violation cases, the competition laws include two provisions that authorise business entities and others to seek indemnification for harm suffered due to anticompetitive actions. There are also other laws that cover some of the same conduct that falls under the competition laws.

The indemnification provisions appear in Article 55 of the Competition Law and Article 24 of the Unfair Competition Law. The former provides that persons injured “due to violation” of the competition laws may seek indemnification in an economic court from the perpetrator. For certain violations (including anticompetitive concerted actions, concentrations, and abuse of dominance, and others such as retaliation for complaining to the AMC), Article 55.2 provides for double damages. Similarly, Article 24 of the Unfair Competition Law provides that persons damaged as a result of actions violating that Law may seek reparations in court. An unresolved issue is whether actions under Articles 55 and 24 require a threshold AMC determination that there has been a violation of the underlying law. The AMC's position is that such a determination is necessary, but the courts have split on the question. The AMC does not track or maintain data about

indemnification cases, but notes that the available information suggests that a major issue in such cases is the calculation of damage amounts.

Article 61 of the Competition Law provides that economic courts, “at the request of the AMC,” shall inform the Committee about cases involving issues to be resolved on the basis of the competition laws. The AMC is entitled to participate as a third party in such cases if the court’s decision could affect the agency’s enforcement rights and obligations. As originally drafted, Article 61 imposed an unqualified duty on courts to notify the AMC whenever a competition law issue arose. The clause requiring a request from the AMC was inserted during the legislative process. As a result, the AMC can invoke Article 61 only if the presiding court voluntarily notifies the agency or if the AMC learns of the case from one of the parties or some other source. During the past five years, the AMC participated as a third party in ten cases.

For certain offences, and particularly for those arising under the Unfair Competition Law, a party seeking indemnification for damages may file an action under some other law (such as the Trademark Law) that covers similar conduct but does not require an initial determination by the AMC or another government agency. Some courts nevertheless refer such cases to the AMC for a determination of illegality.

There are only a few overlaps between the competition laws and the criminal laws, most of which relate to conduct involving the Unfair Competition Law. Article 228 of the Criminal Code is the sole criminal provision dealing with concerted acts. It prohibits coercion to commit anticompetitive concerted acts and imposes on violators a prison term of from three to seven years (seven to twelve for recidivists). In late 2007, the AMC initiated discussions within the government about expanding criminal liability under the competition laws to include hard core cartel conduct, but was unsuccessful in obtaining support for such a proposal.

Unlawful use of a trademark or firm name is prohibited under Article 229 of the Criminal Code if such use causes “substantial material harm.” The Criminal Code also establishes criminal liability for the unlawful acquisition or unauthorized disclosure of commercial secrets. The AMC refers cases to criminal law enforcement authorities when it encounters evidence of criminal violations, but does not track the number or outcome of such referrals.

The final and most notorious overlap between and the competition laws and other laws involves the Commercial Code of Ukraine, which was enacted in early 2003 and came into force on January 1, 2004. The Code, which is intended to establish a comprehensive legal system for commercial conduct, includes a chapter containing prohibitions on anticompetitive

conduct. In significant part, the prohibitions resurrect outmoded provisions from Ukraine's original 1992 competition law. The many defects of the Code include the imposition of a flat ban on anticompetitive concerted actions, with no provision for conduct to be permitted by the AMC or any other agency; and a requirement that advance AMC approval be obtained before obtaining control on any business entity, without regard to the size of the firms involved. Several attempts have been made to enact legislation eliminating the features of the Code that conflict with the Competition Law, but none has succeeded. The Cabinet of Ministers has placed a further attempt on its agenda. In the meantime, the AMC relies exclusively upon the Competition Law, and argues to courts that the Competition Law, as a more specialised (albeit previously enacted) statute, should be preferred to the Code whenever a conflict arises in application. Thus far, no court has invalidated an AMC action based on Commercial Code provisions that conflicted with the competition laws.

### **3.4 *International aspects of enforcement***

Article 2.2 of the Competition Law adopts a conventional extraterritorial effects test, providing that the Law's prohibitions apply to activities "which influence or may influence the economic competition in the territory of Ukraine." In AMC proceedings, foreign firms are treated no differently than domestic firms.

The AMC is committed to promoting international cooperation in competition law enforcement. The AMC Law authorises the Committee to participate in international projects and programs and to cooperate on matters relating to competition law and policy with international organisations, competition agencies of other nations, and non-governmental organisations. Article 22-2 of the AMC Law expressly empowers the agency to share information, including confidential data, with the competition agencies of other nations, provided that the information will be used only for proper purposes and will not otherwise be disclosed. The AMC may also request and receive such information from other agencies.

The AMC has entered into numerous bilateral and multilateral cooperative arrangements and participates in a variety of international organisations relating to competition policy. The AMC has bilateral agreements with the Russian Federation, Georgia, Azerbaijan, Armenia, Latvia, Slovakia, Hungary and Bulgaria that provide for (1) notification respecting anticompetitive conduct or enforcement activities in one country that affect the interests of the other; (2) exchange of information about particular business entities involved in enforcement investigations and cases (subject to applicable confidentiality restrictions); and (3) joint coordination

of enforcement activities in cases where the parties are investigating the same firm, conduct, or transaction. Some of these agreements also include a provision whereby one party may request the other party to investigate conduct occurring within its geographic jurisdiction if the conduct affects markets in the requesting party's jurisdiction. Less comprehensive agreements, involving joint consultations about general policy topics and the exchange of analytical and technical expertise, have been concluded between the AMC and Belarus, Bulgaria, the Czech Republic, France, Hungary, Lithuania, and Poland.

With respect to multilateral cooperation, Ukraine is a signatory to the "Agreement of the Commonwealth of Independent States on Pursuing Coordinated Antimonopoly Policy." The other parties to the Agreement are the eleven regular members of the CIS (Armenia, Azerbaijan, Belarus, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, Russia, Tajikistan, Ukraine, and Uzbekistan)<sup>66</sup>. The Agreement provides for cooperation among the parties and the exchange of information about product markets, monopoly business entities, investigative techniques, and approaches to and results of de-monopolisation programs. The Agreement also establishes an Interstate Council on Antimonopoly Policy ("ICAP") to facilitate implementation of its terms. ICAP's duties are to develop criteria and methods of assessment for monopolistic activities and unfair competition, harmonise national competition laws, refine rules and procedures for investigating anti-competitive conduct, facilitate coordinated actions among the parties, and develop resolutions to settle disputed matters.

The AMC has also been an active participant in the competition policy projects of voluntary international organisations, including the United Nations Conference for Trade and Development (UNCTAD), the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), and the International Competition Network (ICN). The AMC's recent involvement in these activities has been curtailed due to an insufficient number of agency personnel with a good command of English. The language facility problem has affected not only AMC involvement in international organisations, but has also constrained the AMC's ability to consult with competition agencies in Europe and the United States with respect to investigations and cases. As a practical matter, law enforcement cooperation with other competition agencies is limited to CIS nations, where language issues are not presented.

Ukraine's international trade laws relating to dumping, subsidies, and other forms of unfair import practices are enforced in proceedings conducted by the Interdepartmental Commission for International Trade, headed by the Ministry of Economy. The AMC has a seat on the Commission and advises that body about the effect on domestic competition of the practices examined.

### 3.5 *Agency's resources, actions, and implied priorities*

The AMC is funded from the state budget according to a special line item appropriation by Parliament. Funds received in the form of fees for processing permit applications and advisory opinions are deposited into a fund employed to reimburse the costs of logistical support, publications, employee training, and similar expenses incurred by the AMC. Fines and penalties collected in AMC cases are deposited as state budget revenues.

By law, the Chairman's salary is set equivalent to the salary of a minister, while the salaries of first deputies are set equivalent to first deputy ministers, and salaries of other deputies and of the remaining commissioners are set equivalent to deputy ministers (AMC Law Art. 27.2). The chairman, deputies, and commissioners are guaranteed state employment at their former salary rate for at least one year after their term of office expires.

The chairman determines the structure and size of the AMC's workforce within the limits imposed by the agency's budget appropriation and in accordance with salary rates set by the Cabinet of Ministers. The AMC Law provides that agency employees directly engaged in law enforcement activities will receive a 30 percent salary bonus, as well as special state-funded life, health, and personal property insurance for losses sustained in the line of duty.

AMC budget requests to the Parliament are reviewed by the Finance Ministry and Ministry of Economy before transmittal, but the AMC can lobby Parliament if it believes that undue reductions have been made by the Executive branch. In past years, Parliament has generally met the AMC's requests. One concern noted by the AMC with respect to its 2008 budget, however, is that the Parliament has suspended the application of AMC Law Article 27.2, which couples the compensation rate for AMC commissioners, officers, and staff to the comparable rates for ministry personnel. Some practitioners in the legal community suggest that the AMC is systemically understaffed in the face of its heavy caseload, and that this condition leads to several problems. One such problem is what practitioners perceive as the periodic inability of the AMC's staff to complete review of concentration applications within the allotted time. Another is what practitioners characterise as the AMC's sometimes superficial examination of cases, caused by focusing on form rather than undertaking a more time-consuming examination of the underlying competitive dynamics. The AMC's view is that, since 2006, its investigative capacity has been adversely affected by the burden of its additional responsibilities relating to public procurement<sup>67</sup>. The Committee believes that additional resources are required if the agency is to maintain high standards of performance in accomplishing its mission.

Recent budget allocations and staffing levels are shown in the following table. The budget increase of UAH 16.3 million UAH from 2006 to 2007 includes the special allowance, previously described, of UAH 7.1 million UAH for the AMC's additional public procurement functions.

**Table 8. Trends in Competition Policy Resources<sup>68</sup>**

Year	Budget Allowance UAH (million)	Budget Allowance EUR (million)	Fees Received UAH (million)	Fees Received EUR (million)	Number of Personnel		
					Head-quarters	Regional offices	Total
2007	44.9	6.5	4.2	0.61	264	590	854
2006	28.6	4.5	3.5	0.55	214	591	805
2005	21.6	3.4	2.8	0.43	192	590	782
2004	15.5	2.3	3.0	0.45	187	582	769
2003	21.2	3.5	1.8	0.30	182	581	763

As the previous table shows, the AMC presently has 854 regular employees on board<sup>69</sup>. Of these, about 200 hold professional positions. Professional employees are required to have a degree in law or economics. Economists represent two-thirds of the professional workforce; lawyers the other third. About a third of professional employees have a second degree in a technical field, and 14 hold doctorates.

Agency output reflected in case enforcement activity over the past five years is shown in the following table.

**Table 9. Trends in Competition Law Enforcement Actions**

Year	Cases opened	Cases Resolved			Pending (year end)
		Violation	No violation	Total	
2007	1478	1424	23	1447	422
2006	1125	1166	38	1204	391
2005	1102	1004	39	1043	470
2004	1262	1090	118	1208	411
2003	1098	996	84	1080	357
Total	6065	5680	302	5982	n/a



#### 4. Limits of competition policy: Exemptions and special regulatory regimes

A striking feature of Ukraine's competition policy regime is the breadth of the AMC's jurisdiction. The Competition Law applies to all entities engaged in commercial activity, including business entities owned by the state, with only a limited exception for certain SMEs. All executive government agencies, except for those at the highest level, are also subject to the Law and may be prosecuted for exercising authority in an anticompetitive manner<sup>70</sup>.

Nonetheless, some commercial activity in Ukraine is beyond the direct law enforcement jurisdiction of the AMC because of regulatory systems adopted by the Parliament and the Cabinet of Ministers. Where such systems lawfully require business entities to charge certain prices, engage in certain contracts, or refrain from certain actions, the resulting conduct is effectively immune from attack under the competition laws. As to these regulatory systems, the AMC plays a competition advocacy role, as described in the next section of this report.

Ukraine's regulatory regimes fall into three categories. The first involves markets designated as "natural monopolies" by Ukrainian law, which are deemed to have inherent structural features requiring continual regulation. The second involves regulation of monopoly-like features of markets that are otherwise competitive. The third category involves temporary price control systems, typically applied to basic commodity markets (particularly foodstuffs) that are generally competitive but that have been affected by some form of external shock that constrains supply.

As to the first type, Ukraine's Law on Natural Monopolies, enacted in 2000, defines "natural monopoly" as a market in which demand is relatively inelastic and where, due to falling marginal costs, production is most efficiently undertaken by a single firm. The Law applies specifically to Ukraine's infrastructure monopolies in transmission and distribution of electricity; pipeline transportation of oil, natural gas, and other substances; rail transport; water, heat, and sewer utilities; air traffic control; and certain specialised port, airport, and transport terminal services<sup>71</sup>. Telecommunications was on the statutory list until 2003, when the Law on Telecommunications established separate regulatory provisions for that sector and created a National Commission for Communications Regulation<sup>72</sup>.

The Law contemplates that national sectoral regulatory agencies will be created to handle licensing, price regulation, network access, and other aspects of business activity in the designated natural monopoly markets.<sup>73</sup>

In appropriate circumstances, such as in the case of local heat and water supply utilities, regulatory agencies may be constituted at the local level. At the national level, only the Communications Commission and the National Energy Regulation Commission have been established, leaving regulation of rail transport in the hands of the Ministry for Transport and Communications until legislation creating a transportation commission is adopted.

The second type of regulatory system applies on a continuing basis to monopoly-like features of markets that are otherwise competitive. This category covers certain regulatory agencies in Ukraine (outside the sectors designated as natural monopolies) that have limited authority to regulate prices for a specific feature of the market they oversee. For example, the Securities Commission is vested with legal authority to set maximum prices (with the AMC's approval) for certain depository and registry services associated with the securities market.

The third type of regulatory system involves temporary price controls in basic commodity markets. Some controls of this kind are implemented periodically by decree of the Cabinet of Ministers and apply nationally. Other controls are implemented on a local basis. During 2007 for example, local authorities were authorised to regulate profit margins for flour and bread producers and wholesale prices for flour, meat, and dairy products.

Although such regulatory regimes constrain the AMC's authority with respect to certain kinds of conduct by the regulated firms, the AMC is not ousted entirely. As described previously, the AMC is not prevented from bringing abuse of dominance charges against a regulated entity that manipulates the tariff control system. In addition, the AMC's authority over concentrations in natural monopoly markets is not affected. The laws applicable to several sectors (including the banking, financial services, media, and power industries) provide regulators with authority to control concentrations among firms operating in the sector, but this authority is always supplementary to the AMC's. Thus, if the concentration is disapproved by the AMC, it will likewise be prohibited by the sector regulator. If the AMC approves the concentration, however, the regulator may still prohibit it. Sector laws typically require that regulatory agencies promote competition to the extent possible. Under AMC Law Article 21, all government agencies are required to report violations of the competition laws to the AMC.

## 5. Competition advocacy

Competition advocacy by the AMC has two dimensions. The first reflects the agency's role as a consultant to the government concerning legislation, regulations, and other actions that implicate competition policy. The second reflects the agency's actions in the society at large as a proponent for increased public recognition and acceptance of competition principles.

### 5.1 *Intra-government policy advocacy*

Articles 7, 20, and 20-1 of the AMC Law vest the Committee with comprehensive authority to engage in competition advocacy at all levels of government. Most dramatic is Article 20.4, a provision added to the AMC Law in 2003 to control the government bodies that are also subject to the prohibitions on anticompetitive actions contained in Article 15 of the Competition Law. Under Article 20.4, all government "bodies of power, bodies of local self-government, and bodies of administrative management and control" are required to obtain AMC approval for any "draft regulations and other decisions which may affect competition." This requirement applies broadly to any agency action "that may result in prevention, elimination, restriction or distortion of the competition in relevant markets," as well as to certain specific agency actions, such as the establishment of a business entity<sup>74</sup>.

The requirement in Article 20.4 for AMC approval of proposed regulations does not apply to regulations to be issued by the Cabinet of Ministers, but AMC Law Article 7, part 3(3) provides the AMC with authority to "coordinate" draft regulations of the President and the Cabinet that may affect competition. Under Cabinet Order No. 950 (2007), any government ministry or agency that develops a draft regulation for submission to the Cabinet must, if the proposal affects competition, obtain and consider the AMC's views. Any unresolved AMC objections must be transmitted to the Cabinet for consideration. The same procedures also apply under Order No. 950 to the development of government legislative proposals for submission to Parliament.

The AMC does not maintain statistics segregating its activities under Article 20.4 from those under Cabinet Order No. 950. The following table shows the AMC's record during the past five years under both provisions.

**Table 10. AMC Review of Draft Government Regulations, Legislation, and Other Resolutions**

Year	Items examined	Approved without conditions	Approved with conditions	Rejected
2007	1641	1141	246	254
2006	2220	1207	583	430
2005	1934	1552	254	128
2004	1759	1353	252	154
2003	1836	1422	291	123
Total	9390	6675	1626	1089

Because agencies recognise that AMC approval will be required before a proposed regulation or other action can be implemented lawfully, the AMC is often invited to participate at the initial drafting phase of regulatory projects. Consequently, many of the regulations classified in the table as “approved without conditions” received AMC attention before they were formally submitted for AMC review.

The most common reasons cited by the AMC for rejecting or imposing conditions on the approval of draft resolutions and regulations are that they establish conditions favouring state-owned enterprises over their private competitors, grant a single firm exclusive rights in a market that could operate on a competitive basis, or delegate some form of regulatory authority affecting one market to a state-owned company operating in an adjacent market.

Draft Cabinet resolutions examined by the AMC under Order No. 950 included proposals altering the list of strategic enterprises, introducing tariff monitoring in the agricultural sector, and improving oversight of state property management. The AMC itself can also propose regulations to be issued by the Cabinet, and has done so on several occasions, including submission of a 2007 proposal for a Cabinet regulation establishing a national regulation commission for natural monopolies in the transportation sector. The AMC and the Ministry of Transport could not reach consensus on this matter, and the differences between the two agencies regarding the draft resolution were therefore recorded and sent to the Cabinet for consideration.

The AMC has no authority of its own to submit legislative proposals directly to the Parliament, because the Ukrainian Constitution (Art. 93) limits the right of legislative initiative to Parliamentary deputies, the President, and the Cabinet of Ministers. Under Article 20-1.3 of the AMC

Law, however, the agency may submit, directly to parliamentary committees, proposed amendments to pending legislation “on matters that are within [the AMC’s] competence.”<sup>75</sup> For example, the AMC commented to Parliament on a pending law that imposed constraints on the authority of government agencies to investigate and prosecute private firms for unlawful conduct. The AMC observed that the existing competition laws effectively addressed all of the same issues and that including the AMC under the new law would raise conflicts and unnecessarily hinder effective law enforcement. The Committee’s concerns were recognised and the AMC was removed from the law’s coverage.

There are two other important competition advocacy provisions in Article 7 of the AMC Law that share the similar characteristic of empowering the AMC to issue “binding recommendations” to government agencies at the ministry level and below. Such recommendations are deemed to be “binding” because the recipient is required by law to consider the recommendation and either accept it or provide a reasoned basis for refusal. As with Article 20.4, the AMC’s authority under these two provisions with respect to the higher offices of the President and the Cabinet is simply to make recommendations, with the recipient under no obligation to respond.

The first of these provisions appears in Article 7, part 3, item (5), and authorises the AMC to make binding recommendations for the implementation of measures (1) to limit monopoly, develop business activities and competition, and prevent violations of the competition laws, and (2) to terminate “actions or inactivity, which may have an adverse effect on competition.” The second provision, in Article 7, part 3, item (14), similarly authorises the AMC to make binding recommendations for the amendment of previously-adopted government regulations “which do not comply” with the competition laws or which “create difficulties to development of competition due to their ambiguous interpretation.”<sup>76</sup> In referring to government actions or regulations that “adversely affect competition” or “do not comply with the competition laws,” these provisions do not intend to cover actions that constitute an outright violation of the competition laws. Rather, the provisions are designed to address actions that threaten competition without unlawfully impairing it. Thus, items (5) and (14) provide the AMC with advocacy tools for use in situations where the initiation of a law enforcement action is not warranted or appropriate. The AMC has employed its authority under items (5) and (14) to make binding recommendations concerning potentially anticompetitive features of various government actions, including regulations of the Ministry of Transport affecting air transportation services, tender conditions established by the Republic of Crimea for selecting

regional bus system operators, and policies of the Kyiv regional administration relating to outdoor advertising in the city of Kyiv<sup>77</sup>.

The AMC also acts as a competition advocate in the field of strategic planning. Article 20.2 of the AMC Law authorises the AMC “to cooperate” with agencies at all levels of government on matters relating to economic competition and de-monopolisation. Article 20.1, in turn, requires that government agencies participate with the AMC in developing and implementing specific programs to promote competition and economic development. Additional provisions in Articles 20-1.4 and 20-1.5 of the AMC Law authorise the AMC to develop and present to the Cabinet of Ministers proposals for “priorities and areas of competition policy for a certain period,” and to submit reports to the Cabinet on the implementation of previously adopted priorities. According to statements by the staffs of the President’s office and the Cabinet of Ministers, the importance and indispensability of competition policy under these statutory provisions is universally recognised and is reflected in the fact that every government program has an element featuring competition policy goals<sup>78</sup>.

Overall, the AMC’s activities as a competition advocate are well regarded by the ministries and agencies with which the AMC interacts, and the AMC’s recommendations are considered to reflect a sound understanding of the regulatory context at issue, even where the recipient agency disagrees with the AMC’s position<sup>79</sup>.

## 5.2 *Public advocacy*

The AMC recognises that a critical feature of its mission is to act as a proponent of competition policy in the society at large, and it has developed a variety of programs to advance public recognition and understanding. One important form of advocacy involves outreach to the business, legal, and academic communities. AMC representatives frequently participate in conferences, meetings, and round-table discussions with trade and professional groups, including large trade associations like the Union of Entrepreneurships, the European Business Association, and the Chamber of Commerce, and smaller, sector-specific groups, such as coal and coke producers, metal manufacturers, oil traders, transport and forwarding firms, insurers, and mobile telecommunications operators. The AMC also offers seminars for private sector lawyers on such topics as the process for submitting concentration permit applications. In academia, AMC personnel regularly lecture to classes at the Kyiv National University of Trade and Economy and participate in University seminars. AMC statistics show that, on average, agency officials and staff participate in more than 4,000 outreach events annually

Other means by which the agency communicates with the public include the AMC's website and materials published in print. The website ([www.amc.gov.ua](http://www.amc.gov.ua)) provides information about the AMC's history, organisation, and authority, and also includes the text of the agency's statutes and regulations, annual reports, information about decisions in permit application and violation cases, and some court decisions. Other parts of the site provide information about the Committee's members, the procedures for filing a complaint or a permit application, proposed amendments to the competition laws, and the rationale for promoting competition policy. The site has versions in Ukrainian, Russian, and English<sup>80</sup>. The AMC also publishes a 23-page leaflet entitled "Competition Leads to Prosperity," which provides basic information about the AMC and the competition laws, as well as instructions on how to file a complaint. The AMC's magazine "Competition," containing news and articles of interest to the competition policy community, is published six times annually.

With respect to media relations, the AMC's public relations office issues press releases on Committee decisions and activities and convenes press conferences. The AMC's cases and other activities are regularly covered in both national and regional media, including newspapers, television, radio, and the Internet. On average, about 100 stories concerning the agency appear each month, most of them reporting on recent AMC decisions. Coverage of AMC decisions in concentration cases is largely limited to the national media, as local coverage typically focuses on AMC concerted action and abuse of dominance cases affecting consumer goods and utilities.

The AMC and the competition laws are well known among large businesses in Ukraine, and most business entities of any size are at least aware of the AMC's existence and functions. Many consumers have also heard of the AMC, due to the media coverage of commodity and utility cases. A field survey conducted in 2005 showed that the AMC's recognition factor among members of the general public stood at an impressive 90 percent.

## **6. Conclusions and Policy Options**

### **6.1 *Current strengths and weaknesses***

The central strength of Ukraine's competition regime is a comprehensive and well-designed competition law and, in the AMC, an effectively managed and well-regarded agency to implement it. Ukraine's competition statutes vest the AMC with a broad array of law enforcement and advocacy powers for improving the competitiveness of the Ukrainian

economy, notably including authority to interdict anticompetitive conduct by government agencies and a mandated role in reviewing proposed government regulations that affect competition. The jurisdictional reach of the AMC's enforcement authority is wide, covering virtually every business entity operating in Ukraine and virtually every executive branch agency below the highest organs of power. The AMC is thus positioned as a potent agent for advancing competition policy objectives, and it deserves praise for the record it has compiled in realising that potential.

The leading bodies of government in Ukraine assert that they recognise the importance of competition policy generally and the AMC specifically. The business community considers the AMC to be one of the best agencies in Ukrainian government and accords it high respect as an agency that exercises its authority judiciously. The agency is widely regarded as stable, well administered, and free from corruption. While not all agree with every action that the AMC takes, there is a consensus view that the Committee strives diligently to serve the objectives of the competition law.

Particular strengths of the AMC include a dedication to fair and responsive operations. Also important is the agency's commitment to vigorous outreach, both to carry its message to the government, the business community, academia, and the public generally, and also to obtain input from constituencies affected by the agency's operations. The Committee's traditional status as an autonomous agency secure from interference by other government bodies likewise contributes significantly to its efficacy, and constitutes another strength.

The weaknesses in Ukraine's competition regime arise in part from difficulties that the AMC confronts in discharging the numerous and diverse responsibilities that crowd its docket. While it probably goes too far to say the AMC is a victim of its own success, its reputation as one of Ukraine's best agencies has brought additional responsibilities to its agenda. The assignment of responsibility for administering certain functions of the public procurement system is an example. The AMC's responsibilities are also increased indirectly because the competition laws are employed to address problems in other parts of Ukraine's system of government.

For example, fewer cases would be handled by the AMC under the Unfair Competition Law if companies victimised by trademark infringement and similar offences took their complaints to the courts rather than to the AMC. They often do not, however, because they perceive the courts as slow and unresponsive compared to the AMC. Similarly, the AMC's abuse of dominance caseload would be less if the privatisation processes in earlier years had been carried out with more attention to the importance of dividing monopoly state enterprises into multiple private competitors. Similarly, the



capacity of firms to maintain a dominant position in the post-privatisation environment (and hence the number of markets subject to abusive dominance) would be lower if Ukraine's economic system facilitated entry and exit of firms more efficiently and if the market for investment funds, both foreign and domestic, operated more effectively. In market sectors where dominant enterprises endure because of natural monopoly conditions, substantial AMC enforcement resources are expended to prosecute abusive conduct that would not occur if Ukraine's sector regulatory systems were well functioning. All of these diverse demands on the AMC's attention and resources challenge the agency in its efforts to maintain high standards of performance in accomplishing its mission.

The AMC must also contend with certain problems attributable to Ukraine's Parliament (the Verkhovna Rada), which has enacted some legislation (such as the Commercial Code) that is inconsistent with the competition laws, and failed to enact other legislation (such as control mechanisms for state aid) that is necessary if Ukraine is to meet international norms for competition policy implementation. Difficulties are likewise presented by public prosecutors who are unfamiliar with, and resistant to involvement in, the complexities of investigating anticompetitive conduct; and by judges schooled in a civil law tradition who do not readily focus on the economic dynamics of the cases before them. The positive side to these problems is that none of them arises from any overt hostility to the competition laws, but rather reflect the difficulties of introducing a competition regime into a culture long accustomed to a profoundly different method of governing commercial conduct. Moreover, the government's desire for EU accession provides a helpful incentive for improving the competition framework and eliminating hindrances to its effective operation.

Other significant weaknesses are associated with deficiencies in the AMC's statutory authority and operating policies. The Committee does not have the full statutory equipment necessary to deal with cartels and it also needs to strengthen cooperative relations with other law enforcement agencies. The Competition Law's merger notification requirements conflict substantially with accepted international standards. Further, although the AMC is one of Ukraine's most transparent agencies, it could articulate its decisions and policies more fully to facilitate understanding and compliance by the private sector.

It is appropriate to consider here two further features of Ukraine's competition law regime that are sometimes viewed as weaknesses, but that do not appear to warrant such a characterisation. The first of these is the reservation to the Cabinet of Ministers of authority to grant permission for concerted actions or concentrations that the AMC has refused to allow. This authority does not enable the Cabinet to overrule AMC conclusions that a

particular proposal is anticompetitive, but it does permit the Cabinet to decide that a proposal will have public interest benefits sufficient to trump competition policy objections.

The issue is whether the existence of this authority should be considered as a serious impairment either of the AMC's autonomy or of the integrity of Ukraine's competition law regime. It is not an infringement of the AMC's autonomy because, as the AMC itself has observed, action by the Cabinet of Ministers to permit conduct rejected by the AMC does not entail any intrusion into the AMC's scope of authority or any reversal of determinations that the AMC has jurisdiction to make.

Nor does the mere existence of the Cabinet's authority to grant permission for certain conduct rejected by the AMC constitute an illegitimate infringement of the competition regime's integrity. Every sovereign nation reserves the authority, by express statute or otherwise, to subordinate competition policy to other public policy objectives. No competition enforcement agency in the world is empowered to make decisions that are absolutely immune from repeal or modification by higher bodies in government. If by no other method, a national parliament can always enact legislation tailored to overturn a decision made by a competition agency<sup>81</sup>.

The question in evaluating a competition regime is not whether authority exists to subordinate competition policy objectives, but whether decisions invoking that authority are made in an orderly and transparent manner and based on reasons commonly recognised as legitimate. One difficulty with systems in which decisions to subordinate competition policy are made by the legislature is that legislative processes are notoriously non-transparent. In Ukraine, it is certainly possible that the Parliament could interfere in competition cases, but that has not happened, and the statutory scheme created by Parliament vests explicit authority for subordination in the Cabinet of Ministers. This approach is not unprecedented, as it follows Germany's law with respect to ministerial authority to subordinate competition agency decisions<sup>82</sup>. In fact, the Germany vests authority at an even lower executive level than does Ukraine, because the German Minister of Economics and Labour is authorised to make decisions in competition law cases without involving any other ministers.

Further, as described previously, the Ukrainian system hedges the Cabinet's authority with a variety of requirements and constraints (including the right of third parties to seek judicial review), that are designed to assure transparency and prevent decisions motivated by simple political expediency. Actual experience in Ukraine since the ministerial review system was initiated in 2002 involves only four instances in which the

Cabinet granted permission over an AMC denial. Two of those cases involved sequential proposals for consolidation of the same parties, so that the true count falls to three. While the wisdom of the Cabinet's decisions in those cases could be debated, it is worth noting that all three involved consolidations of state-owned firms that in some other countries would not have been subject to the competition law at all. Arguably, Ukraine's scheme of ministerial review deserves not criticism, but praise as a well-crafted method for integrating non-competition objectives with a competition enforcement system.

The second alleged deficiency in the Ukrainian competition regime relates to the assignment of procurement functions to the AMC. The concern focuses on the institutional undesirability of combining in one agency both operational and law enforcement functions with respect to a particular government function like procurement. An adjunct concern in the AMC's case is that the agency's reputation would suffer if, for any reason (including inadequacy of resources) the AMC fails to perform its assigned duties effectively or falls prey to corrupting influences as a consequence of involvement in procurement proceedings.

There is little debate that the prime role of a competition agency with respect to government procurement is to interdict bid-rigging and other distortions of the procurement process and to promote the use of competitive procurement techniques. Likewise, standard principles of government organisation suggest that assigning a government agency to perform both law enforcement and operational functions with respect to the same activity is undesirable. On the other hand, the competition agencies in several OECD member countries (such as Germany and Denmark) have been made responsible both for interdicting collusion in bidding processes and for handling procurement process appeals, and have performed those roles without apparent ill effects.

In any event, the theoretical objections to AMC involvement in procurement are of largely academic interest at this point. The agency has been discharging its procurement functions for a sufficient length of time to reveal any systemic maladies. The only notable problem is a resource deficiency arising from the AMC's misestimate of how many employees would be necessary to handle the additional work. The recommendations in the next portion of this report deal with that issue.

The following recommendations, designed to address the full array of competition law and policy issues confronting Ukraine today, are presented in two groups. The first deals with recommendations for action by bodies of the government other than the AMC, while the second group involves changes that the AMC can implement.

## 6.2 *Recommendations*

- *To the National Government*

### 6.2.1 *Provide adequate resources to assure that the AMC can maintain high standards of performance in accomplishing its mission*

The AMC has been adequately funded in the past and has employed those resources effectively to develop a strong agency with a capable staff and an excellent reputation. Now is not the time to put that accumulated institutional capital at risk. Either the AMC's operational procurement functions should be reassigned elsewhere or the agency's budget allocation should be increased commensurately.

Further, the compensation system for AMC officers and staff should be designed and funded to attract and retain personnel with the necessary legal and economic expertise. Sound enforcement of competition laws requires sophisticated skills, and the capacity for inept enforcement to injure the national economy counsels against constriction of the personnel budget. The previous policy of coupling the AMC's personnel compensation rates to those of the ministries, as reflected in AMC Law Article 27.2, should be re-instated.

### 6.2.2 *Assure the autonomy of the AMC*

The high degree of discretion involved in enforcing competition laws, and the grave effects that inept enforcement can have both on the companies involved and on the economic sector affected, have led most countries to establish their competition agencies as autonomous, multi-member commissions free from direct control by either the legislative or executive branches of government. Further, the method of appointing agency commissioners is typically structured so that the government's prevailing political party does not have complete control of the process. The Ukrainian approach fit the conventional pattern until the constitutional amendments of 2004 took effect. The AMC Chairman is now appointed by the Parliament on the Prime Minister's recommendation, and the other commissioners are appointed by the Cabinet of Ministers, likewise on the Prime Minister's recommendation. Since the Prime Minister is selected by the majority coalition in Parliament, the current appointment process offers little security against politicisation of appointments. The better approach would be to re-institute some form of the previous system, under which the AMC Chairman was appointed by the President with the consent of the Parliament, and the

other commissioners were appointed by the President on recommendation by the Prime Minister.

### *6.2.3 Enact an effective system for controlling anticompetitive state aid*

March 2008 will mark the tenth anniversary since the Partnership and Cooperation Agreement between Ukraine and the European Community took effect. That agreement commits Ukraine to meeting the EU's standards for controlling state aid. Even if the government is unwilling at this time to come into full compliance with EU standards, it should at least take the incremental step of enacting some version of the AMC's present legislative proposal.

### *6.2.4 Modify the merger notification thresholds in Article 24 of the Competition Law, in accordance with AMC recommendations*

The AMC recognises that the merger notification provisions in Article 24 of the Competition Law require modification and has a project underway to prepare appropriate statutory amendments. Recommendations relating to that project are discussed further below. Once the AMC has completed its analysis and developed a specific proposal, Parliament should take action promptly to consider and adopt the necessary amendments.

### *6.2.5 Establish effective penalties for hard core collusion*

The only provision in Ukraine's Criminal Code dealing with conduct violating the Competition Law is Article 228, which prohibits coercion to commit anticompetitive concerted acts. A number of competition law enforcement agencies have found that interdiction of hard core horizontal collusion is improved by exposing corporate officers to criminal penalties. Such liability both deters the formation of cartels and encourages participants in existing cartels to submit notifications under leniency programs, such as that established by Article 6.5 in Ukraine's Competition Law<sup>83</sup>.

The AMC considers that criminal liability would be a useful addition to its enforcement arsenal, but its recent attempt to interest the government in imposing criminal sanctions on hard core cartel conduct was unsuccessful. The present climate may not be conducive to progress on this point. On the other hand, it may be possible to make a less dramatic incremental change, such as by introducing criminal penalties for recidivism. This approach should satisfy opponents of criminal penalties who assert that many business

people do not realise that collusion is unlawful, much less criminal. The objective is to gain acceptance for the proposition that deliberate collusion with competitors to restrain competition is unacceptable conduct, and that it does as least as much harm as corporate fraud and other forms of commercial misconduct that are already treated as criminal<sup>84</sup>.

#### 6.2.6 *Improve regulatory systems for natural monopolies*

Ukraine's fundamental approach to regulation of infrastructure networks, as reflected in the Law on Natural Monopolies, conforms to conventional theory. Execution, however, needs renewed effort. The AMC has been very active in this field as a competition advocate, and has repeatedly pointed out the actions needed, including especially the establishment of a regulatory commission for the transportation sector.

One of the issues associated with the establishment of regulatory commissions under the Natural Monopolies Law is the method of appointing commissioners. As in the case of the AMC, the constitutional amendments of 2004 have complicated the political dynamics of the appointment process. This problem, too, should be addressed, with the objective of assuring the autonomy of sector regulatory agencies.

#### 6.2.7 *Authorise the AMC to seek court injunctions against competition law violations during the pendency of AMC proceedings*

Article 25 of the AMC Law specifies the various claims that the AMC can present to the courts for purposes of obtaining a judicial enforcement order. Although the list includes a reference to "terminating violations" of the competition laws, this reference applies only in circumstances where the AMC has rendered a final decision finding an infringement. Article 25 should be expanded to permit an application by the AMC for a judicial injunction against anticompetitive conduct during the pendency of the AMC's case. Such an injunction would be appropriate where the agency submits evidence adequate to show that a violation is likely in progress and that delay in terminating the anticompetitive conduct is likely to make effective relief impossible or cause serious harm to the public interest.

#### 6.2.8 *Modify procedures for collecting monetary penalties imposed by the AMC*

Only about 10% of the penalties assessed by the AMC during the past five years have been paid. In part, the collection record is poor because all significant penalties are appealed to the courts, and the initiation of an

appeal suspends the obligation to pay penalties until judicial proceedings are completed. This creates an incentive for defendants to engage in lengthy appellate proceedings without regard to the merits of the appeal, simply to delay payment of the penalty.

To discourage such conduct, Ukraine should modify its procedural rules to provide that, if a defendant ultimately loses its appeal, it must pay a market interest rate on the penalty amount for the period between the original payment due date and the actual payment date. Procedures should also be modified to require that a defendant initiating an appeal must post a bond in the amount of the fine. If the appeal is ultimately lost, the bond provides assurance that the fine will be collected without any further delay.

Another problem with the collection process is that, where a penalty remains unpaid, the AMC must petition a court for an order requiring payment and then refer the order to the State Executive Service (“SES”) for execution. The AMC should be authorised to transmit its penalty orders directly to the SES for execution, just as Article 30 of the Unfair Competition Law now provides for execution by the SES of Committee decisions ordering the seizure of unlawfully marked goods.

Finally, the government should initiate a project to reform and streamline the process by which the SES collects unpaid penalties that have imposed in enforcement proceedings by the AMC or any other government agency or court<sup>85</sup>.

#### *6.2.9 Strengthen the AMC’s investigative authority to permit searches of business premises and, where approved by a court, searches and seizures of evidence from personal residences*

The AMC’s existing authority to seize evidence under Article 44 of the Competition Law does not enable it to search business premises for evidence of competition law violations. Particularly where the target of an investigation is surreptitious horizontal collusion, the AMC does not have the tools necessary to enforce the law. The consensus view of enforcement authorities throughout the world is that unannounced searches of business premises are a critically important method for detecting cartels. Further, although Article 44 provides that the AMC may seize evidence from a personal residence upon authorisation by court order, this authority cannot be employed because judicial implementation procedures have not been enacted by Parliament.

Appropriate legislation should be adopted to vest the AMC with search authority for business premises and, when approved by court order, both search and seizure authority for personal residences. Other investigate

powers should be provided to the AMC to the limits permitted for civil investigations under the Ukrainian Constitution. If criminal penalties are imposed for hard core competition violations, as recommended elsewhere in this report, then the full array of investigative methods allowed in criminal prosecutions should be extended to qualified AMC investigations.

#### *6.2.10 Amend the Unfair Competition Law as the AMC proposes*

The AMC, based on its experience in enforcing the Unfair Competition Law, has proposed several amendments designed to improve or clarify various provision of that statute. The amendments, which should be adopted, would (1) provide that Article 4's reference to "priority" over a particular name or mark refers to priority in commercial use; (2) eliminate Article 9's prohibition on tying; (3) specify that Article 17's prohibition on injurious disclosure of a company's commercial secrets applies to persons who have access to the information under a contractual agreement; (4) clarify the scope of the prohibitions in Articles 10 through 14; (5) adjust the procedures in violation cases to accord with the procedures applicable to Competition Law cases; and (6) adopt a new article defining "unfair competition" to include the dissemination of misleading information that results in gaining a competitive advantage.

#### *6.2.11 Adopt procedures enabling the AMC to conduct trials for the purpose of imposing administrative penalties*

Article 7 of the AMC Law provides that the Committee itself may conduct trials to impose administrative penalties, but the Parliament has never adopted the necessary implementing procedures for this authority. Consequently, to impose an administrative penalty, the AMC must petition a general jurisdiction court under procedures established in the Code on Administrative Offences. The AMC's experience under the Code is unsatisfactory, because the courts too often fail to act within the short time periods set by the Code. Parliament should adopt the implementing procedures that have been drafted by the AMC, so that the agency can impose administrative penalties under Article 7 as originally contemplated.

#### *6.2.12 Establish or increase administrative penalties for violations of the competition laws*

Articles 54.2 of the Competition Law imposes personal administrative liability on government officials who fail to comply with an AMC order, refuse to submit required information to the AMC (or submit incomplete or inaccurate information), or obstruct evidence collection by AMC officers.



Similarly, Article 54.3 imposes personal administrative liability on employees of business entities for obstruction of AMC investigations. The Code on Administrative Offences, however, sets a notably low monetary amount (UAH 119, EUR 16) as the *maximum* penalty to be imposed on a government official who fails to comply with an AMC order or refuses to submit required information, and specifies no penalty at all for government officials or business employees who obstruct AMC investigations.

The AMC expects to submit to Parliament a package of Code amendments that will specify a fine of 20 to 50 MSI (UAH 340 to 850, EUR 46 to 115) for government officials who fail to comply with an AMC order, and a fine of 10 to 30 MSI (UAH 170 to 510, EUR 23 to 70) for such officials who refuse to submit required information to the AMC (or who submit incomplete or inaccurate information). A fine also in the amount of 10 to 30 MSI would be imposed on both government officials and business employees for obstructing evidence collection by the AMC. These are modest penalties that the Parliament should enact.

In addition, consideration should be given to establishing administrative monetary penalties for government officials responsible for agency actions violating certain other competition law provisions that now carry no penalty. Specifically, penalties should be established for violations of Articles 15, 16, and 17 of the Competition Law (relating to anticompetitive agency orders and decisions, unlawful delegation of agency authority, and agency actions inducing or legitimising violations of the competition laws by others), and for violations of Article 20.4 of the AMC Law (failing to submit to the AMC for approval a proposed agency regulation affecting competition)<sup>86</sup>.

Finally, if Parliament is unwilling at present to establish criminal penalties for hard core violations of the competition laws, consideration should be given to adopting administrative monetary penalties for business officials who are responsible for such violations. The prospect of even a relatively modest personal penalty, and the adverse publicity that would accompany it, may be sufficient to deter violations or trigger disclosures under the leniency provisions in Article 6.5 of the Competition Law.

### *6.2.13 Temporarily restrict private damage actions to cases in which the AMC has found a violation*

The indemnification provisions in Article 55 of the Competition Law and Article 24 of the Unfair Competition Law permit persons injured “due to violation” of the competition laws to seek damages from the perpetrator in an economic court. For certain violations (including anticompetitive concerted actions, concentrations, and abuse of dominance), Article 55.2 provides for double damages. Courts have split on the question of whether

such damage actions require a threshold AMC determination finding a violation of the underlying law.

Independent private damage actions can be a useful supplementary method for enforcing the competition laws, but they pose a danger as well. Courts hearing such cases without the benefit of a prior determination by the enforcement agency may develop inapt interpretations of the competition laws. In mature competition law systems, this risk is not a substantial concern. In systems such as Ukraine's, however, where judicial expertise is still under development, the better course is to require that private actions await a determination by the AMC<sup>87</sup>.

#### *6.2.14 Require private parties who raise competition law issues in court cases to notify the AMC*

Article 61 of the Competition Law presently requires that economic courts, "at the request of the AMC," shall inform the Committee about cases involving issues to be resolved on the basis of the competition laws. The AMC is entitled to participate as a third party in such cases if the court's decision could affect the agency's enforcement rights and obligations. As originally drafted, Article 61 imposed an unqualified duty on courts to notify the AMC whenever a competition law issue arose. The clause requiring a request from the AMC was inserted during the legislative process. As a result, the AMC can invoke Article 61 only if the presiding court voluntarily notifies the agency or if the AMC learns of the case from one of the parties or some other source.

The competition laws of Ukraine are still at a formative stage in the courts, and it is important for the AMC to participate as a party in proceedings that result in judicial interpretations of competition law provisions. There may be some concern, however, that imposing a requirement on courts to submit notifications to another government agency, such as the AMC, is inappropriate and inconsistent with the courts' dignity as a separate branch of government. A practical solution is to require by law that any party who raises an issue under the competition laws in a court proceeding must so notify the AMC. This requirement could be enforced by providing that a failure to deliver such a notice would render unenforceable any court decision made in the defaulting party's favour<sup>88</sup>.

#### *6.2.15 Amend the Commercial Code to eliminate conflicts between it and the competition laws enforced by the AMC*

Quite apart from the annoyance that the Commercial Code causes to the AMC's enforcement activities, the inconsistencies introduced into Ukraine's

legal system by the Code create uncertainty for business enterprises and do nothing to attract foreign investment. The offending provisions in the Code serve no useful purpose and should be eliminated.

- *To the AMC*

*6.2.16 Develop proposed legislation modifying the merger notification thresholds to focus effectively on transactions likely to pose competitive concerns*

The filing thresholds established in Article 24 presently require notification of proposed concentrations to the AMC if either:

- the previous year's aggregate worldwide asset value or turnover of the participants exceeded EUR 12 million, and (a) at least two participants had a worldwide asset value or turnover of over EUR one million each, and (b) the asset value or turnover in Ukraine of at least one participant exceeded EUR one million; or
- the individual or aggregate market share of the participants in either the affected market or an adjoining market exceeds 35 per cent.

Article 24 also provides that if a participant in a concentration is a member of a control group, then all calculations of asset value, turnover, and market share must be based on the cumulative total for the entire group.

These standards have been criticised by practitioners and the business community because they require notification of many transactions that are highly unlikely to pose any risk to competition in Ukraine. The standards do not, in fact, conform to commonly accepted principles for merger notification systems.

Considering the requirements based on asset and turnover values, two notable flaws are apparent. First, the clause dealing with assets and turnover in Ukraine applies to either the acquiring or the acquired entity, and therefore captures transactions in which the acquired entity has no Ukrainian presence at all. The international antitrust community concurs that structuring a notification requirement in this manner is inappropriate because it offers no assurance of a sufficient local nexus with the reviewing country. The International Competition Network, in its *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*, states that notification "should not be required solely on the basis of the acquiring firm's local activities, for example, by reference to a combined local sales or assets test which may be satisfied by the acquiring person alone irrespective of any local activity by the business to be acquired."<sup>89</sup>

The second flaw is that, in an acquisition of a Ukrainian subsidiary operation, the assets and turnover of the subsidiary's entire control group are counted toward the threshold, rather than only those of the subsidiary being acquired. Again in this context, the ICN recommends that notification thresholds should focus on the entities that are involved in the transaction, and that "in particular, the relevant sales and/or assets of the acquired party should generally be limited to the sales and/or assets of the business(es) being acquired."<sup>90</sup>

Criticism has also been directed at the other basis specified in Article 24 for requiring notification, which entails a market share test. Applying such a test obliges applicants to develop a necessarily subjective definition of the relevant market. The consensus view in the antitrust community is that notification requirements should be keyed to standards that are objectively quantifiable. The ICN specifically concludes that a market share test is "not appropriate for use in making the initial determination as to whether a transaction is notifiable."<sup>91</sup>

Critics further assert that all three monetary amounts specified in Article 24.1 are too low, and have the effect of requiring unnecessary notifications. The amounts in question are the EUR 12 million threshold for aggregate worldwide assets or turnover, the EUR one million threshold for worldwide assets or turnover of at least two participants, and the EUR one million threshold for Ukrainian assets or turnover of at least one participant.

The ICN does not attempt to recommend monetary threshold amounts. Nonetheless, in a comment relevant to the EUR 12 million aggregate worldwide threshold, the ICN notes that any thresholds based on the worldwide activities of the parties should be "ancillary" to thresholds based on revenues or assets in the jurisdiction concerned<sup>92</sup>. In a separate comment relevant to Ukraine's EUR one million thresholds, the ICN observes that "many jurisdictions require significant local activities by each of at least two parties to the transaction as a predicate for notification." This is desirable, in the ICN's view, because "the likelihood of adverse effects from transactions in which only one party has the requisite nexus is sufficiently remote that the burdens associated with a notification requirement are normally not warranted." If reliance is placed on the local business of the acquired entity alone, then the ICN urges that the requisite threshold "be sufficiently high so as to ensure that notification will not be required for transactions lacking a potentially material effect on the local economy."<sup>93</sup>

It is, of course, impossible to devise a system of notification thresholds that reliably captures every problematic transaction while excluding all others. Nonetheless, notification systems should be structured carefully to avoid (as the ICN puts it) "unnecessary transaction costs and commitment of

competition agency resources without any corresponding enforcement benefit.”<sup>94</sup> The task requires a survey of past notification filings to determine how high the threshold limits could have been raised without excluding transactions that proved to be problematic. Thereafter, consultations with other competition agencies could provide guidance about modifying the notification standards to achieve the desired results.

#### *6.2.17 Increase transparency of decisions to provide more guidance and predictability to the bar and the private sector*

Transparency is an important feature of decision-making by competition agencies because the private sector needs a clear understanding of legal constraints if it is to engage in efficient business planning. Moreover, the prospects for achieving a high degree of compliance with the competition law depend heavily on the advice provided by competition law practitioners to their business sector clients, and reliable advice cannot be provided if the enforcement policies are unpredictable. The ICN has also spoken on this issue in comments that, although directed to merger application proceedings, are equally applicable to conduct violation cases. Specifically, the ICN recommends that

A reasoned explanation should be provided for decisions to challenge, block or condition the clearance of a transaction, and for clearance decisions that set a precedent or represent a shift in enforcement policy or practice. . . . What matters is that the available information should allow the public to monitor consistency, predictability, and fairness in the application of the merger review process<sup>95</sup>.

AMC decisions are not now sufficiently detailed to allow monitoring for consistency, predictability, and fairness. Further, only “summary information” about Committee determinations in permit application cases and violation cases is made available to the general public. By devoting more effort to the preparation of thorough and well-reasoned decisions, and making the full text of its decisions available on the public record, the AMC can sharpen its analytic processes, position itself more favourably when its decisions are reviewed in court, and provide valuable guidance to the bar and to the private sector generally.

#### *6.2.18 Issue merger guidelines to increase the transparency of the AMC’s analytical approach in reviewing concentrations*

The previous recommendation urged the AMC to prepare more detailed decisions in violation and permit application cases so that the private sector could more reliably predict how various kinds of conduct and transactions

will be assessed by the Committee. Another effective method by which a competition enforcement agency can increase transparency and predictability is to develop and release analytic guidelines. The AMC's existing regulations on market definition and determination of market dominance are, in effect, guidelines on those two topics, and its block exemptions on concerted actions and the formation of associations likewise provide some guidance in those areas. One significant area of AMC practice for which no guidance has been released is the analysis of concentrations in permit application proceedings. While the market definition and dominance regulations shed light on merger evaluation, other aspects of the AMC's competitive effects analysis remain unexplained.

The development of merger guidelines is a project that many competition agencies have undertaken, and there is a wealth of source material available for the AMC to utilise. The ICN, for example, issued a Merger Guidelines Workbook in 2006 that could serve as a template. Developing guidelines for concentration applications would also provide an opportunity for the AMC to consider whether there are practical means by which the evaluation of coordinated effects could be introduced into the merger evaluation process.

#### *6.2.19 Issue guidelines on the imposition of monetary penalties for violations of the competition laws*

Another area of AMC practice for which there is little transparency is the imposition of monetary penalties for violations of the competition laws. The AMC is vested with discretion to impose any penalty amount up to the maximum specified for the violation at issue. Guidelines for calculating fines are useful not only on the general grounds of promoting transparency, but also to insure impartiality. The EU has issued guidelines on setting fines and expressly cited the promotion of impartiality as a prime rationale for their development<sup>96</sup>.

The development of such guidelines would also provide an opportunity for the AMC to articulate its policy for determining base amount penalties. The AMC, as other competition enforcement agencies, does not routinely impose the maximum possible penalty on defendants in violation cases. Having a standard method for calculating the base amount penalty gives the agency a point at which to start its analysis. The EU guidelines, for example, provide that the base penalty amount in a given case will range up to 30% of the sales revenues derived from the goods or services to which the infringement relates (sec. 21), with selection of a specific percentage depending on such factors as the nature and geographic scope of the infringement and the combined market share of the participating entities

(sec. 22). The base amount is multiplied by the number of years for which the infringement has been in effect (sec 24), and may be supplemented further by a deterrence factor (sec. 25). The resulting figure is then adjusted to reach the final penalty amount by taking account of various aggravating and mitigating factors, such as recidivism and cooperation with the investigation. Such an approach to calculating penalties would not only promote consistency, but also provide the AMC with a basis for responding if (as sometimes now happens) its penalty assessment in a particular case is criticised as being too low<sup>97</sup>.

#### *6.2.20 Consider releasing information about preliminary opinions issued under Articles 14 and 29 of the Competition Law*

At present, the AMC releases no information about advisory opinions issued under either Article 14 (concerning the legality of particular actions) or Article 29 (concerning the necessity for a permit application for a particular concerted action or concentration). The AMC's view is that the public does not need to know about such opinions because the parties involved either do not undertake the conduct at issue, or the conduct is examined in a subsequent AMC proceeding for which a decision will be publicly released. This position misses the point that AMC advisory opinions can be just as instructive when they conclude that no issue of anticompetitive conduct is presented as they are when they conclude the opposite. The AMC has noted concerns about confidentiality issues associated with the release of advisory opinions, but such concerns can ordinarily be addressed by delaying release of the opinion or by redacting information identifying the applicant.

#### *6.2.21 Consider invoking Article 48.3 so that, in appropriate cases, AMC orders terminating anticompetitive conduct will not be stayed automatically for the duration of judicial review proceedings*

In cases where the AMC has found a violation of the competition laws and the defendant has filed a petition for judicial review, the AMC's order terminating the anticompetitive conduct is automatically stayed for the duration of the appeal process. Article 48.3 of the Competition Law provides, however, that the AMC may prevent a stay from taking effect by issuing a contrary order "for the purpose of protecting the public interest or preventing negative or averting irreparable injury to affected business entities." The Committee has never invoked this authority. In every proceeding where a violation is found and an appeal is filed, the AMC should assess whether the statutory standard is met and, if so, issue the appropriate determination. Judicial appeals can last for years, and there is

no reason why the ill effects of anticompetitive conduct should be tolerated for extended periods when the enforcement agency has an available remedy.

### *6.2.22 Adjust case enforcement priorities to correct the imbalance between abuse of dominance and horizontal concerted actions*

About half of the AMC's present caseload involves abuse of dominance violations, while only four percent involves concerted actions, and less than three percent entails horizontal concerted actions. The prevailing view among competition law theorists is that horizontal concerted actions are the most pernicious form of anticompetitive behaviour by business entities and should therefore be the prime focus of enforcement efforts.

As discussed previously, there are various reasons that can be cited to justify the AMC's current attention to abuse of dominance cases. Nonetheless, the passage of time and the further evolution of Ukraine's economy should eventually diminish the number of markets in which dominant firms can successfully constrain competition. The AMC should therefore begin to increase its investigative activities devoted to horizontal concerted actions.<sup>98</sup> In assessing possible investigative targets, the Committee should pay particular attention to government procurement proceedings and other market situations and sectors that the AMC's experience has shown are especially vulnerable to collusion.<sup>99</sup>

### *6.2.23 Continue harmonising the Ukrainian competition law regime with that of the EU, including the development of additional block exemptions*

The AMC has already completed draft block exemptions for vertical distribution agreements and production specialisation agreements, and expects to develop a draft regulation for technology transfer agreements during 2008. These draft regulations should be posted for public comment before they are promulgated, so that affected parties can have an opportunity to identify omissions or problematic features for further consideration by the AMC. In particular, the AMC should assure that the vertical distribution exemption effectively addresses the issues commonly raised by franchise agreements<sup>100</sup>.

### *6.2.24 Improve cooperation with other Ukrainian law enforcement agencies*

The AMC has had a mixed experience in cooperating with other Ukrainian law enforcement agencies to investigate anticompetitive conduct,



with better results at the regional level than at headquarters. This topic may be suitable for a project by the CIS Interstate Council on Antimonopoly Policy (ICAP), to examine how cooperative investigations are managed in other CIS jurisdictions. In any event, the importance to the AMC of receiving effective assistance from agencies such as the State Security Service and the Interior Ministry warrants expending effort to improve the existing situation.

*6.2.25 Continue serving as a competition advocate to other parts of the government, with particular focus on increasing the understanding of competition policy principles among judges, prosecutors, and other law enforcement and regulatory agency personnel*

The AMC devotes substantial resources to reviewing draft regulations, legislation, and resolutions developed by other government agencies. Consideration should be given to methods by which the competition policy expertise of personnel at other government agencies could be increased. The objective would be to reduce the necessity for extensive AMC involvement in the development of particular agency proposals affecting competition. The AMC already offers seminars designed to educate government personnel about the principles of competition policy, but this program could be expanded and enhanced. It might be desirable for the Cabinet of Ministers to require that every government agency designate an attorney as the agency's "competition policy officer." The persons thus designated would attend an intensive training course administered by the AMC, and then be responsible for monitoring agency activities, including both ongoing programs and new regulatory proposals, that affect competition. Such officers in law enforcement agencies could serve as the contact point for developing cooperative procedures to be employed in AMC investigations.

Competition policy training by AMC personnel is not appropriate, however, for judges who expect to render decisions in cases where the AMC is a litigant. Other countries have found that judges are most comfortable attending seminars in which the principal instructors are experienced judges from other jurisdictions. Technical assistance programs sometimes offer such training for judges, and this might also be a topic appropriate for a project administered through ICAP.

### 6.2.26 *Exercise due care in demanding documentation in concentration permit application proceedings*

The concentration notification provisions in the Competition Law, and in the associated application procedures in Regulation 33, require the production of extensive documentation from all the parties participating directly in the transaction and from all other persons and entities with whom the participants are in a control relationship. Strict application of these requirements can oblige the parties to submit documents respecting large numbers of affiliated entities that have no involvement in the relevant markets affected by the transaction. The AMC provides an opportunity for permit applicants to negotiate reductions in the scope of required documentation in such circumstances. Because applicants involved in these negotiations have little choice but to accept the AMC's determinations, it is important that AMC personnel exercise due regard for the costs imposed by documentation requirements and avoid demanding any more documents than are truly required for effective review of a transaction's competitive implications. In this respect, it is again appropriate to recognise the ICN's recommendations, which provide that the documentation demanded in conjunction with an initial merger notification should be limited to that necessary for determining whether the transaction (1) meets the notification thresholds and (2) raises any competitive issues warranting further investigation<sup>101</sup>.

### 6.2.27 *Continue existing programs to:*

- expand cooperation with international competition organisations and competition agencies of other nations, and develop the staff's foreign language capacity so as to facilitate consultations with European and American competition authorities;<sup>102</sup>
- increase the recognition and acceptance of competition principles in society at large, as an advocate for the development of a competition culture in Ukraine; and
- enhance the investigative and analytic skills of agency staff (including regional office personnel) through training programs, the exchange of personnel with other competition agencies, and other available means.

The AMC presently has operating programs in each of these areas. All are important to the advancement of competition law and policy in Ukraine and deserve continued support.

## NOTES

- <sup>1</sup> The economic data in this section of the report are drawn largely from the OECD *Economic Survey*, available at [www.oecd.org](http://www.oecd.org).
- <sup>2</sup> Also treated as a concerted action is the creation of a business entity that coordinates competitive relations either between the founding entities, or between them and the new entity (Art. 5.1(2)). This provision is intended as the counterpart to a similar provision in Article 2.4 of the EU merger regulation (Reg. 139/2004) dealing with partial-function joint ventures.
- <sup>3</sup> Natural persons purchasing for final consumption are excluded from the definition of “business entity.”
- <sup>4</sup> Human labour, however, is not a “commodity” for purposes of the competition laws, and agreements among labour union members about wage rates do not fall under the AMC’s jurisdiction.
- <sup>5</sup> There is no practical difference between the prohibition in Article 6 of actions which “have led or may lead” to an anticompetitive effect and the comparable language in EU Article 81(1) referring to actions that have anticompetitive restrictions as their “object or effect.” The AMC construes “may lead” to include the same intended consequences covered by the EU reference to “object.”
- <sup>6</sup> Articles 7, 8 and 9 were modeled after similar provisions contained in the German Law against Restrictions of Competition, as it read at the time that the Ukrainian law was drafted. Those provisions have since been deleted from the German statute.
- <sup>7</sup> In 2004, the EU also eliminated its “negative clearance” system, which enabled parties to obtain a declaration that there were no grounds for prosecution of an action under Article 81(1) or Article 82. Ukraine has never had a comparable negative clearance procedure. The AMC issues advisory opinions under Article 14 of the Competition Law, as discussed later in this report, but such opinions do not purport to grant “clearance” from prosecution.
- <sup>8</sup> Regulation 27 applies to the creation of business entities only to the extent that the formation does not constitute a “concentration” controlled under the merger notification and approval provisions in Articles 22 and 24 of Competition Law, discussed later.

- <sup>9</sup> The AMC does not, however, have any sector-specific block exemptions comparable to those issued by the EU for motor vehicle distribution and servicing agreements (Reg. No. 1400/2002) and for joint actions among insurance companies (Reg. No. 358/2003). The AMC does not consider that conditions in those two sectors presently warrant development of such exemptions.
- <sup>10</sup> The total number of applications received was 425, but 70 of them were withdrawn or remained unexamined for other reasons.
- <sup>11</sup> Throughout this report, the penalty amount imposed in a particular case is expressed both in hryvnia (the Ukrainian currency unit), denoted as UAH, and in euros, denoted as EUR. The amount in EUR is calculated based on the exchange rate in effect at the time that the penalty was imposed. The hryvnia has weakened gradually against the Euro over the past five years. A Euro converted to about 5.7 hryvnia in December 2002 and 7.4 hryvnia in December 2007.
- <sup>12</sup> See EU Notice C372/03 (1997) on market definition.
- <sup>13</sup> Compulsory division has been required only once in the AMC's history, in a 1994 case prosecuted under the prior competition law.
- <sup>14</sup> AMC Regulation No. 33 (2002) specifies the procedures for processing concentration permit applications.
- <sup>15</sup> Acquisition of stock by a dealer for re-sale is excluded from the definition, provided that the dealer does not exercise the voting rights and disposes of the stock within a one-year period (unless extended by the AMC). Also excluded are transactions made within a single control group, acquisitions made pursuant to an official order in a liquidation proceeding, and the creation of a new business entity that coordinates competitive relations either between the founding entities, or between them and the new entity. As noted previously, creating an entity of the latter kind is treated as a concerted action under Article 5.
- <sup>16</sup> Persons are "associated" if they conduct business or exert control jointly, and Article 1 also specifies that, for natural persons, "associated" persons include spouses, children, parents, and siblings. The definition of control includes a non-exhaustive list of means by which "decisive influence" can arise, including essentially the same circumstances that constitute acquisition of control for purposes of defining a concentration.
- <sup>17</sup> This is another aspect of competition law in which Ukraine follows the German example. See Germany's Competition Law Section 19(3), creating market share presumptions for market dominance, and Section 36(1), establishing a presumption against concentrations expected to produce or strengthen a dominant position.

- 18 The AMC does not, however, routinely presume that market dominance will result from a concentration where the post-merger market shares meet the tests for joint dominance in Article 12.5 (which presumes dominance where either the market share of the three (or fewer) largest firms exceeds 50 percent or the share of the five (or fewer) largest firms exceeds 70 percent). There is internal debate at the AMC about the applicability of Article 12.5 in concentration cases.
- 19 Table includes mergers examined in privatisation proceedings.
- 20 The total number of merger permit applications received was 3318, but 979 of them were withdrawn or remained unexamined for other reasons.
- 21 Article 50 item (17) extends the scope of the prohibition in Article 18.1 by prohibiting any person from **providing recommendations** encouraging other entities to violate the competition laws or to aid and abet such violations.
- 22 Article 48 of the Competition Law empowers the AMC to cancel a concerted action permit granted under Article 10 if the permit holder violates Article 19.
- 23 “Bodies of administrative management and control,” as defined in Article 1, are economic agents and other entities that exercise management and control functions lawfully delegated to them by bodies of power or bodies of local self-government. Such management functions could include, for example, the implementation of a technical innovation project or an investment program in a particular sector or geographic area.
- 24 This provision enables the AMC to examine some government actions that may constitute anticompetitive state aid within the meaning of EU Treaty Article 87. The reach of the AMC under Article 15 is limited, however, because the Competition Law does not extend to acts taken directly by Parliament or the Cabinet of Ministers.
- 25 Article 10 bis, section (2) of the Paris Convention provides that “any act of competition contrary to honest practices in industrial or commercial matters constitutes an act of unfair competition.” Section (3) is a non-exhaustive list of prohibited conduct, including (i) any acts creating confusion with the establishment, goods, or commercial activities of a competitor; (ii) false allegations discrediting a competitor; and (iii) misleading assertions about the nature, manufacturing process, characteristics, suitability, or quantity of particular products.
- 26 By comparison, the term of office for the President of Ukraine and for members of Parliament is five years.

- 27 Throughout this report, references made to actions or decisions taken by  
“the AMC” of “the Committee” should be understood as denoting an  
action taken either by the AMC in plenary session or by a subordinate  
body or officer acting pursuant to delegated authority.
- 28 Article 14 applications require payment of a fee in the amount of UAH  
1360 (EUR 180).
- 29 Article 29 applications also require payment of a fee in the amount of  
UAH 1360 (EUR 180)
- 30 Paying the fee for such an opinion does, however, result in a subsequent  
reduction of the concentration application filing fee to UAH 3740 (EUR  
505) and of the concerted action filing fee to UAH 1190 (EUR 160)
- 31 An application fee of 5100 UAH (EUR 690) is required for applications  
to permit concentrations.
- 32 Regulation 33, section 3.13 authorises the presiding AMC commissioner  
to reduce the documentary filing requirements.
- 33 An application fee of 2550 UAH (EUR 345) is required for applications  
to permit concerted actions.
- 34 The provisions for granting permission based on supervening public  
interest considerations are modeled after similar provisions contained in  
the German Law against Restrictions of Competition, as it read at the time  
that the Competition Law was drafted. At present, Section 42 of  
Germany’s competition law retains only a provision authorising  
ministerial approval on public interest grounds for otherwise  
anticompetitive concentrations.
- 35 Cabinet of Ministers Order No. 219 (2002).}
- 36 Cabinet decisions under Article 33 are subject to judicial review on  
application by an affected business entity.
- 37 AMC Regulation No. 283 (2003) establishes implementation procedures.
- 38 Under Article 22-1 of the AMC Law, confidential information received  
by the AMC may be used only for lawful purposes, and agency personnel  
are subject to prosecution for unauthorised disclosure.
- 39 Article 50, items (13), (14), and (15).
- 40 The Committee does not maintain statistics showing how many  
recommendations under Article 7, part 3, item (5) were issued to  
terminate actions having an adverse effect on competition.
- 41 Heat and water utility enterprises have been required since 1997 to  
provide rebates for inferior service under a Cabinet of Ministers  
regulation (No. 1497). The Cabinet did not, however, specify how

rebates were to be calculated until 2006. Through 2005, the AMC treated the failure to calculate and issue rebates as an act that impaired competition and thus warranted issuance of a binding recommendation under Article 7. If a utility company failed to comply with a recommendation to rebate utility overcharges, the AMC's practice was to conduct further investigation and, as appropriate, issue a settlement recommendation under Article 46 of the Competition Law (discussed below). If the enterprise was still recalcitrant, a formal case under Article 13 of the Competition Law for abuse of dominance would be initiated.

- 42 For purposes of this table (and for all other tables in this report that categorise competition law violations), the “concerted actions” category includes unlawful concerted actions under Article 6.4 of the Competition Law, failure to perform a condition imposed on a permit for a concerted action, and unlawful restricting activities by associations under Article 21.1 of the Competition Law. The “abuse of dominance” category includes violations of Article 13.3 of the Competition Law; “government action” includes violations of Articles 15.3, 16, and 17 of the Competition Law; “unfair competition” includes violations of the Unfair Competition Law; and “Other” includes all other violations specified in Article 50 of the Competition Law.
- 43 If an applicant believes that it may suffer adverse consequences from the disclosure of its identity, it may request the AMC to initiate the case on the agency’s own initiative (Art. 35.1).
- 44 Regulation 5 (1994), section 19. The procedures for processing complaints and violation cases are set out in Section VII of the Competition Law, elaborated by AMC Regulation No. 5 (1994).
- 45 The AMC received a total of 26,239 complaints from outside sources during the years 2003 to 2007, of which 1956 (7.5%) resulted in the initiation of cases under Article 37.
- 46 Seizure entails physical removal from the premises, whereas arrest entails leaving the evidence in place but sealing it and prohibiting access or use by persons other than authorised law enforcement officials.
- 47 Article 31 of the Ukrainian Constitution (Art. 31) provides that wiretapping may be employed only for the purposes of preventing crime or investigating a criminal case.
- 48 Article 23-1 AMC Law authorises the AMC to convene hearings and provides that third parties may be heard unless the complainant or the defendant raise valid objections.
- 49 The defendant, if found liable for violation of the law, is charged for any expert expenses incurred by a third party. If the AMC appoints an expert

on its on initiative, the expenses of the expert are paid from the fees received by the AMC for processing permit applications.

50 Several cases involving injunctive relief were processed at the AMC's regional offices, but the agency does not maintain statistics for such proceedings.

51 The grounds upon which the AMC may close a case include failure to prove a violation, lack of legal jurisdiction over the case, absence of the defendant, previous consideration of the same case, and settlement of the case under Article 46 (Art. 49).

52 In an abuse of dominance case, compulsory division is subject to the conditions in Article 53, as discussed previously. In a merger case where the parties failed to file for advance permission, the AMC can order divestiture under the Article 48 clause that refers to remediation of a violation.

53 The AMC Law provides that the AMC may make recommendations to government agencies, which they must consider, respecting the termination of licenses held by a defendant found to have violated the competition laws, and may also request the appropriate ministry to prohibit the defendant from engaging in export-import transactions (Article 7, part 1, item (13))

54 Earlier in this report, abuse of dominance cases and cases involving anticompetitive government actions were reported as constituting about 50 percent and 22 percent of the AMC's caseload. The proportions shown in this table are considerably less because the data presented in this table are limited to formal violation cases. The higher percentages mentioned previously take account of cases that were settled under Article 46 before formal initiation occurred. During the five year period, large numbers of Article 46 settlements were entered in both abuse of dominance cases (over 5000) and anticompetitive government action cases (nearly 3000).

55 Regulation No. 5 (1994), section 33.

56 Article 52 establishes no penalty for discriminatory restrictions on membership imposed by associations in violation of Article 21 or on recommendations inducing anticompetitive acts in violation of Article 50, item (17). Nor are penalties established for violations involving government agencies under Articles 15, 16, and 17, even though Article 15.3 expressly provides that anticompetitive conduct by government bodies "shall be prohibited and entail responsibility pursuant to law."

57 It is pertinent to note, however, that the AMC has never invoked the clause in Article 52 authorising imposition of a penalty equal to triple the amount of the defendant's illegally obtained profit.



- 58 Euro amounts were calculated in accordance with the average annual conversion rates published by the National Bank of Ukraine. Penalty totals by year were as follows (UAH million): 102.8 (2003), 2.9 (2004), 4.0 (2005), 23.5 (2006), and 11.6 (2007). The high amounts for the years 2003 and 2006 are due to the UAH 97.7 million penalty assessed in the 2003 Sentosa-Avias retail gasoline case and the UAH 17.2 million penalty imposed in the 2006 wholesale sugar cartel case, both of which cases are described earlier in this report.
- 59 Amounts by year were as follows (UAH thousand): 0.5 (2007), 1.9 (2006), 4.1 (2005), 5.1 (2004), and 1.7 (2003). Petitions based on Article 166<sup>4</sup> accounted for about 75% of the total.
- 60 As described below, whether a decision has been re-examined or reviewed under either Article 57 or Article 58 has implications for the procedures applicable to the decision if it is subsequently appealed to a court.
- 61 There is also a Supreme Constitutional Court in Ukraine that has exclusive jurisdiction to resolve constitutional issues. To date, no issues relating to the competition laws have been considered by that court.
- 62 Under Article 60.4, the reviewing economic court, on its own initiative, may decide to stop the automatic stay from taking effect, but this also has never occurred.
- 63 There is one circumstance in which the AMC may transmit its own order directly to the State Executive Service for execution without obtaining a court order. Under Article 30 of the Unfair Competition Law, the Committee's decisions under Article 25, ordering the seizure of unlawfully marked goods or goods that are copies of the victim's products, are to be executed "in accordance with the procedure established for the execution of court decisions."
- 64 Non-payment of a penalty or fine does not constitute a failure to comply with an AMC order and thus does not violate Article 50.4 of the Competition Law.
- 65 Euro amounts in the table were calculated in accordance with the average annual conversion rates published by the National Bank of Ukraine. Of the total amount collected, the portion attributable to fines imposed for late payment of penalties under Article 56.5 of the Competition Law and Article 31 of the Unfair Competition Law was UAH 961,152 (EUR 139,297). This table does not include data relating to the imposition or collection of administrative penalties assessed by courts as a result of petitions by the AMC for violations of Articles 166<sup>4</sup> and 164<sup>3</sup> of the Code on Administrative Offences. As described previously, the total of such penalties imposed over the previous five years was UAH 13,300 (EUR

2078). Collection of such penalties is the responsibility of the State Executive Service, which does not consistently report collection results to the AMC.

<sup>66</sup> Turkmenistan, which discontinued regular CIS membership in August 2005 and became an associate member, is not a signatory to the amended Agreement.

<sup>67</sup> The AMC adds the observations that (1) delay in reviewing concentration applications is frequently caused by inadequate submissions by the applicants, and (2) what may appear to be superficial examination of markets is due to the fact that the agency recently examined the same market in conjunction with a previous application.

<sup>68</sup> “Fees received” denotes fee payments made to the AMC under Article 34 of the Competition Law in conjunction with permit applications for concerted actions and concentrations, requests for preliminary opinions under Articles 14 and 29, and miscellaneous services. “Number of Personnel” denotes the number of employees on the agency’s roster as of January 1 of the listed year. Euro amounts were calculated in accordance with the average annual conversion rates published by the National Bank of Ukraine.

<sup>69</sup> Present authorised strength for the AMC is 964; 300 at headquarters and 664 in the branch offices.

<sup>70</sup> Article 3.3 of the Competition Law provides that the creation of special rules for applying the competition laws to a particular market sector can be accomplished only by amending the Competition Law itself.

<sup>71</sup> Airlines and trucking are not on the statutory list because Ukraine does not regulate prices for air transportation or for freight transportation by truck.

<sup>72</sup> The Natural Monopolies Law requires the AMC to compile and maintain a list of the business entities operating in the designated natural monopoly markets. About 2,300 companies were listed in 2007.

<sup>73</sup> The Law also empowers the regulatory agencies to license and control certain aspects of economic activity by firms operating in markets “contiguous” to natural monopoly markets. Contiguous markets are defined as those in which business entities cannot operate without using the products or services of entities in an adjoining natural monopoly market.

<sup>74</sup> There is no penalty under Article 20.4 for failing to submit a regulation to the AMC for approval, and agencies sometimes neglect this obligation, deliberately or otherwise. To detect such instances, the AMC periodically inspects the regulatory output of other agencies. Where offending

regulations have already been issued, the AMC may also be alerted by complaints from affected business entities. An agency that has issued an anticompetitive regulation without AMC approval can be found in violation of Competition Law Article 15, which prohibits agencies from taking actions that eliminate or distort competition.

75 Under Article 20-1.1, the AMC is required to submit an annual report on its activities to the Parliament. Article 20-1.2 provides that the Parliament shall review the report and “hear reports and statements” from the AMC.

76 The precise language in item (14) provides that the AMC may give “instructions” to agencies for the amendment of existing regulations, but the AMC construes this language to mean “binding recommendations.”

77 From 2003 to 2007, the AMC issued a total of 8182 binding recommendations under Article 7, part 3, item (5). No statistics are maintained for the number of binding recommendations issued under Article 7, part 3, item (14).

78 Whenever the Cabinet of Ministers considers matters that involve recommendations made by the AMC, the Committee’s chairman participates in the discussion as provided by the AMC Law. Under Article 9 of that Law, the chairman has the right to participate in Cabinet meetings and cast an advisory vote.

79 The Transportation Ministry, which has clashed with the AMC over establishment of a tariff regulation agency for railroads, nonetheless gives the AMC an “A” for the quality of its competition advocacy work.

80 The English version has an abbreviated set of materials and is not regularly updated.

81 For an example in the United States, see the 1980 Soft Drink Interbrand Competition Act, codified at 15 U.S.C. sections 3501-3503 (1988), which overturned a decision of the US Federal Trade Commission finding that the assignment of exclusive geographic territories to soft drink bottlers was anticompetitive.

82 See Section 42 of the German Competition Law.

83 Under Article 6.5, the first person to notify the AMC of a concerted action of which the agency was previously unaware is excused from any monetary penalty under Article 52 of the Competition Law. Given the absence of criminal penalties, the fact that no notifications have yet been submitted under Article 6.55 is not surprising.

84 If criminal penalties are eventually instituted, the legislation should include a provision specifying that persons excused from penalties under Article 6.5 are also excused from criminal penalties. The AMC should note that effective operation of a leniency program requires an

implementing regulation dealing with various procedural issues, such as the extension of confidential treatment to incriminating information provided by notifying parties who do not qualify for leniency because they are not the first parties to appear. Similarly, the AMC should also consider proposing that Article 6.5 be modified to protect notifying firms from double damages in private indemnification proceedings brought under Article 55, and to provide lesser forms of protection (such as reduced penalties) for parties who are not the first to notify.

85 For statistical reporting purposes, the AMC should develop a method for tracking the results of actions by the State Executive Service to collect AMC penalties.

86 The AMC might also consider proposing to the Cabinet of Ministers a system under which violations of this kind could be censured by a formal letter of reprimand from the Prime Minister to the responsible agency official.

87 Legislation amending the indemnification provisions to this effect could specify a future date on which the requirement for a predicate AMC decision would lapse.

88 Such a requirement would effectively insure, for example, that the AMC receives notice of private indemnification actions under Article 55 of the Competition Law.

89 International Competition Network, Merger Working Group, Merger Notification and Procedures Subgroup, Recommended Practices for Merger Notification Procedures [hereafter ICN Merger Notification Procedures], § IC, comment 3, available at: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mnprepractices.pdf>.

90 ICN Merger Notification Procedures, § IB, comment 3. Article 5.2 of the EU merger regulation (No. 139/2004) follows exactly this approach, providing that “Where the concentration consists of the acquisition of parts [of an enterprise], . . . only the turnover relating to the parts which are the subject of the concentration shall be taken into account with regard to the seller or sellers.”

91 ICN Merger Notification Procedures, § IIB, comment 1. See also OECD, Recommendation of the Council Concerning Merger Review (March 23, 2005) [hereafter OECD Merger Review Recommendation] §IA1.2(2), available at <http://www.oecd.org/competition> (stating that notification criteria should be “clear and objective”).

92 ICN Merger Notification Procedures, § IB, comment 2.

93 ICN Merger Notification Procedures, § IC, comment 2.

- <sup>94</sup> ICN Merger Notification Procedures, § IB, comment 1. See also OECD Merger Review Recommendation § IA1.2 (countries should “assert jurisdiction only over those mergers that have an appropriate nexus”).
- <sup>95</sup> ICN Merger Notification Procedures, §VIII C, comment 2. Similarly, the OECD has urged member countries to “ensure that the rules, policies, practices and procedures involved in the merger review process are transparent and publicly available, including by publishing reasoned explanations for decisions to challenge, block or formally condition the clearance of a merger.” OECD Merger Review Recommendation, §IA2.
- <sup>96</sup> See Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02).
- <sup>97</sup> The guidelines should cover not only penalties assessed against business entities, but also administrative monetary penalties imposed on individuals.
- <sup>98</sup> The efficacy of such efforts could be enhanced by increasing the AMC’s investigative powers and the penalties associated with cartel agreements, as recommended elsewhere in this report.
- <sup>99</sup> On a related point, it has been suggested by some observers that the AMC, in conjunction with redirecting its attention from dominant firms to anticompetitive concerted actions, should change its name from the “Antimonopoly Committee” to the “Competition Protection Committee” or a similar formulation.
- <sup>100</sup> In addition to block exemptions, the EU has also issued various guidelines that the AMC should consider for development of Ukrainian counterparts. Besides guidelines for concentrations (covering both horizontal and non-horizontal transactions) and for imposition of penalties, there are also EU guidelines on horizontal cooperation agreements, vertical restraints, technology transfer agreements, and the application of Article 81(3).
- <sup>101</sup> ICN Merger Notification Procedures, § VA. Given Ukraine’s current merger notification thresholds, Comment 2 to the ICN’s recommendation is especially relevant. It states: “Jurisdictions that review transactions of limited value, transactions with limited local nexus, or large numbers of transactions due to low jurisdictional thresholds should be particularly sensitive to any disproportionate burdens arising from the breadth of their initial filing requirements.”
- <sup>102</sup> Improved language capacity would also better enable the AMC to maintain the English version of its website.

OECD PUBLICATIONS, 2, rue André Pascal, 75775 Paris Cedex 16  
PRINTED IN FRANCE  
(00 2008 1N 3P1) N° 88923 2008

# КОНКУРЕНТНЕ ПРАВО ТА ПОЛІТИКА В УКРАЇНІ

ОГЛЯД ОЕСР



2008

**КОНКУРЕНТНЕ ПРАВО ТА  
ПОЛІТИКА В УКРАЇНІ**

**ОГЛЯД ОЕСР**

**-- 2008 --**



## ОРГАНІЗАЦІЯ ЕКОНОМІЧНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА І РОЗВИТКУ

Відповідно до статті 1 Конвенції, яка була підписана у Парижі 14 грудня 1960 р. і яка набрала чинності 30 вересня 1961 р., Організація економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР) проводить політику, метою якої є:

- досягти найвищого стійкого економічного зростання, зайнятості і підвищення життєвих стандартів країн-членів, одночасно підтримуючи фінансову стабільність і, таким чином, роблячи внесок у розвиток світової економіки;
- робити внесок у стійкий фінансовий розвиток як країн-членів, так і інших країн у процесі економічного розвитку;
- робити внесок у розширення світової торгівлі на багатосторонній, недискримінаційній основі у відповідності до міжнародних зобов'язань.

Країнами-засновницями ОЕСР є Австрія, Бельгія, Великобританія, Греція, Данія, Ірландія, Ісландія, Іспанія, Італія, Канада, Люксембург, Нідерланди, Німеччина, Норвегія, Португалія, Сполучені Штати, Туреччина, Франція, Швеція та Швейцарія. Такі країни стали членами пізніше, вступивши в наведеній нижче послідовності: Японія (28 квітня 1964 р.), Фінляндія (28 січня 1969 р.), Австралія (7 червня 1971 р.), Нова Зеландія (29 травня 1973 р.), Мексика (18 травня 1994 р.), Чеська Республіка (21 грудня 1995 р.), Угорщина (7 травня 1996 р.), Польща (22 листопада 1996 р.), Корея (12 грудня 1996 р.) та Словачка Республіка (14 грудня 2000 р.). У роботі ОЕСР бере участь Комісія Європейських Спільнот (стаття 13 Конвенції ОЕСР).

**ОЕСР має дві офіційні мови, англійську і французьку.  
Офіційна версія цього звіту існує тільки англійською мовою.**

© ОЕСР 2008 р.

Дозвіл на використання частини цієї роботи у некомерційних цілях або для використання на лекціях необхідно отримати у Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, для всіх країн, за винятком Сполучених Штатів Америки. У США дозвіл потрібно отримати у Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA або CCC в Інтернеті: <http://www.copyright.com/>. Усі інші заяви на дозвіл використовувати або перекладати всю книгу або її частину повинні бути подані до OECD Publications, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

## ПЕРЕДМОВА

Цей звіт<sup>1</sup> став основою для огляду, що тривав дві з половиною години та відбувся під час Світового форуму з конкуренції ОЕСР 21 лютого 2008 р. У звіті оцінюється розвиток та застосування конкурентного права та політики в Україні, при цьому основна увага приділяється діяльності за останні п'ять років (2003-2007 рр.). Висновком звіту є те, що Україна має всеохоплююче та добре розроблене конкурентне законодавство, і що АМКУ є ефективно керованою та поважною установою для його застосування. У звіті також визначено низку проблем, які постали перед Україною у сфері конкурентного законодавства, і висловлені різні пропозиції щодо їх вирішення. Зокрема, надаються рекомендації АМКУ щодо планування бюджету, автономності, інструментів розслідувань та досліджень, прозорості, пріоритетів у правозастосуванні, а також щодо взаємодії з іншими правоохоронними організаціями. Додаткові рекомендації стосуються вимог конкурентного законодавства до повідомлень про концентрацію і відповідних процедур, законодавства про державну допомогу, покарань за незаконну поведінку та процедур стягнень штрафів, захист конкуренції, гармонізації українського конкурентного законодавства з конкурентним законодавством Європейського Союзу, а також усунення конфліктних положень з Господарського кодексу України.

Аналіз та рекомендації, що наводяться у цьому звіті, є вчасними, оскільки ефективна реалізація національної конкурентної

---

<sup>1</sup> Цей звіт склав Джей К. Шаффер, консультант ОЕСР, колишній консультант Антимонопольного відділу Департаменту юстиції США та заступника головного юриста Федеральної торговельної комісії США.

Автор висловлює щирю вдячність Делегації ЄК за фінансову підтримку.

політики є важливою складовою постійних зусиль України, спрямованих на інтеграцію у західні ринки.

## ЗМІСТ

КОНКУРЕНТНЕ ПРАВО ТА ПОЛІТИКА В УКРАЇНІ .....		7
1.	Політика конкуренції в Україні: засади та контекст.....	9
2.	Суттєві питання: зміст конкурентного законодавства.....	11
2.1	Узгоджені дії .....	11
2.2	Зловживання монопольним (домінуючим) становищем .....	21
2.3	Концентрації .....	28
2.4	Обмежувальна і дискримінаційна діяльність.....	35
2.5	Антиконкурентні дії державних органів .....	37
2.6	Недобросовісна конкуренція .....	41
2.7	Державні закупівлі.....	44
2.8	Державна допомога .....	46
2.9	Захист споживачів .....	48
3.	Інституційні питання: Структури та практика контролю за дотриманням законодавства .....	49
3.1	Установи конкурентної політики.....	49
3.2	Контроль за дотриманням конкурентного законодавства .....	51
3.3	Інші методи забезпечення додержання законодавства .....	72
3.4	Міжнародні аспекти забезпечення додержання законодавства .....	75
3.5	Ресурси, дії та пріоритети АМКУ .....	77
4.	Обмеження конкурентної політики: виключення та особливі режими регулювання .....	79
5.	Захист конкуренції .....	81
5.1	Пропагування конкурентної політики в уряді .....	81
5.2	Публічний захист.....	85

6.	Висновки та вибір політики .....	86
6.1	Сильні та слабкі сторони .....	86
6.2	Рекомендації.....	91

**Вставки**

Вставка 1.	РЕЗЮМЕ .....	7
------------	--------------	---

## Конкурентне право та політика в Україні

### Вставка 1. РЕЗЮМЕ

Історія конкурентної політики в Україні почалася незабаром після проголошення незалежності від Радянського Союзу – у лютому 1992 р., коли у рамках зусиль зі створення ринкової економіки був прийнятий перший закон про конкуренцію. Антимонопольний комітет України (АМКУ), створений у 1993 р. для забезпечення виконання конкурентного законодавства, наразі відповідає за виконання двох законів, які стали результатом розвитку початкового конкурентного законодавства. Закон України „Про захист економічної конкуренції” 2001 р. є основним механізмом застосування конкурентного законодавства в Україні, тоді як Закон України „Про захист від недобросовісної конкуренції” 1996 р. стосується дій окремих суб’єктів господарювання, спрямованих на експлуатацію або завдання шкоди конкурентоспроможності інших суб’єктів господарювання.

Конкурентне законодавство України розроблене на основі європейських конкурентних законів, а його прийняття та застосування є частиною постійних зусиль України, метою яких є інтеграція у західні ринки. Зокрема, Україна має намір приєднатися до Європейської Спільноти, а однією з умов приєднання є запровадження ефективної системи конкурентного законодавства.

У цьому звіті дається оцінка розвитку та застосуванню законів про конкуренцію та відповідної політики в Україні, при цьому основна увага приділяється останнім п’яти рокам (2003 -2007 рр.). У звіті робиться висновок, що Україна має всебічне та добре розроблене законодавство про конкуренцію, застосування якого забезпечується органом, який добре керується та має добру репутацію. АМКУ наділений широкими повноваженнями для правозастосування та захисту конкуренції, а також має широку юрисдикцію, охоплюючи практично всі суб’єкти господарювання, що працюють в Україні, та практично усі органи виконавчої влади, крім найвищих. Таким чином, ця установа займає позицію, яка дозволяє їй ефективно забезпечувати досягнення цілей конкурентної політики, і заслуговує на похвалу за її досягнення в реалізації цього потенціалу.

Сильними сторонами АМКУ є його прихильність до добросовісного та відповідального ведення діяльності, постійне та сміливе намагання розширити сферу

своїєї діяльності, а також його традиційний статус незалежного органу, діяльність якого захищена від втручання інших державних органів. Комітет вважається стабільним, добре керованим та вільним від корупції органом. Хоча не всі погоджуються з усіма діями АМКУ, існує спільна думка, що Комітет добросовісно намагається служити цілям конкурентного законодавства.

Слабкі сторони конкурентної системи України частково пояснюються недоліками у певних аспектах системи державного управління України, які створюють велику потребу в увазі та ресурсах АМКУ. Репутація АМКУ як одного з найкращих державних органів України призвела до того, що у програмі його діяльності з'явилися обов'язки, яких він раніше не мав, зокрема адміністрування деяких функцій системи державних закупівель. У цілому, з АМКУ можна було б зняти значну частину навантаження, якби суди ефективно розглядали спори між суб'єктами господарювання з приводу методів недобросовісної конкуренції; якби у процесі приватизації приділялось більше уваги створенню багатьох суб'єктів господарювання і конкуренції між ними; якби регуляторні органи більш прискіпливо контролювали монополістів; та, нарешті, якби ринкові системи, що впливають на вхід на ринок, вихід з нього та інвестування, працювали більш ефективно.

АМКУ також змушений мати справу з деякими чинними законами та нормативно-правовими актами (такими, наприклад, як Господарський кодекс України), що конфліктують з конкурентним законодавством, та з неспроможністю прийняти певні закони (такі, що забезпечили б механізми контролю над державною допомогою), які повинні бути прийняті, якщо Україна бажає дотримуватися міжнародних норм, що застосовуються до систем конкурентної політики. Певні труднощі пов'язані з обвинувачами, які незнайомі із складнощами та особливостями розслідування антиконкурентних дій, а також суддями, які виховані у традиціях цивільного права і не завжди готові сприймати економічну динаміку справ, які вони розглядають.

Інші суттєві слабкості пов'язані з недосконалістю законодавчого визначення повноважень та правил діяльності АМКУ. Комітет не має повноцінного законодавчого забезпечення для розслідування картелів і має зміцнювати співробітництво з іншими правоохоронними органами. Вимоги щодо подання заяв про концентрацію, що містяться у конкурентному законодавстві України, значною мірою суперечать прийнятим міжнародним стандартам. Крім того, хоча АМКУ є одним з найбільш прозорих органів державної влади в Україні, він міг би більш повно та чітко формулювати свої рішення та політику, щоб зробити їх більш зрозумілими для приватного сектору.

У цьому звіті також розглядаються дві особливості конкурентного законодавства України, які інколи вважаються слабкими сторонами, проте зрештою робиться висновок, що таке визначення є необґрунтованим. Перша особливість полягає у тому, що Кабінет Міністрів може дозволяти узгоджені дії та концентрацію, які не дозволяє АМКУ. Друга особливість – це надання АМКУ як оперативних, так правозастосовчих функцій у сфері державних закупівель.

У звіті робляться пропозиції та рекомендації, призначені охопити усі проблеми конкурентного законодавства та політики, з якими Україна зараз стикається, у тому числі рекомендації щодо бюджету АМКУ, автономії, слідчих інструментів, прозорості, пріоритетів у правозастосуванні та відносин з іншими правоохоронними органами. Інші рекомендації стосуються вимог та процедур повідомлення про транзакції у конкурентному законодавстві, законодавства про державну допомогу, штрафів та інших покарань за незаконну поведінку, захисту конкуренції, гармонізації з конкурентним законодавством Європейського Союзу та внесення змін до Господарського кодексу.

## 1. Політика конкуренції в Україні: засади та контекст

У цьому звіті наводиться оцінка розвитку та застосування конкурентного законодавства та політики в Україні. Аналіз починається з короткого опису умов, в яких розвивалась конкурентна політика, і контексту, в якому вона працює тепер.

Україна проголосила незалежність від Радянського Союзу в серпні 1991 р. Наступне десятиріччя відзначилось економічним спадом та інфляцією, коли країна намагалася запровадити ринкову економіку. З 1990 по 1999 р. реальний ВВП впав на 60%. Нарешті, у 2000 р. відбулася стабілізація, і з того часу ВВП зростав понад 7% щороку. В *Економічному дослідженні України ОЕСР 2007 р.* зроблено висновок, що, хоча країна набрала значний темп та ще має можливості для продовження розвитку, деякі з факторів, що лежать в основі нещодавнього зростання, є непостійними, і рекомендовано, щоб Україна знизила бар'єри входу на ринки та (особливо) виходу з них, усунула надмірне регулювання та субсидування неефективної господарської діяльності, а також сприяла подальшій приватизації<sup>1</sup>.

Приватизація триває в Україні вже 15 років. Станом на кінець 2005 р. на приватний сектор припадало 85% промислового виробництва та 74% працюючих. Утім, держава ще є власником майже половини основних фондів країни. Політична нестабільність, що спостерігається в Україні останніми роками, не сприяла прогресу у цій сфері. Надходження від приватизації, що склали 3,1% ВВП у 2004 р. та 5,1% у 2005 р., впали до 0,1% у 2006 р. У 2007 р. уряд призупинив заплановану приватизацію пакетів акцій ВАТ „Укртелеком” (монополіст у галузі фіксованого телефонного зв'язку) та Одеського припортового заводу (аміак та азотні добрива) та Одеського припортового заводу була призупинена урядом. Очікується, що приватизаційна діяльність відновиться після зміни уряду внаслідок позачергових парламентських виборів у вересні 2007 р.



У багатьох ринкових секторах економіки України відображаються структурні умови, які не сприяють значній конкуренції. За оцінками, на підприємства у секторах, що характеризуються монопольним чи домінуючим становищем однієї фірми або олігополією, у 2004 р. припадало близько 45% загального обсягу виробництва (включаючи 9% на ринках з явними монополіями та 22% на ринках, де домінує один суб'єкт господарювання з ринковою часткою 35% чи більше). Умови на регіональних ринках часто були ще менш конкурентними. Багато секторів із слабкою конкуренцією існують у важкій промисловості або інфраструктурі (зокрема, гірничо-промисловість, моторні палива та телефонний зв'язок), де вимоги до капіталу створюють високі вхідні бар'єри.

Перший конкурентний закон України «Про обмеження монополізації та попередження недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» був прийнятий у період формування держави в лютому 1992 р. разом з багатьма іншими законами, які мали забезпечити сприяння приватній господарській діяльності та контроль за нею. Цей закон приділяв увагу таким питанням, як зловживання домінуючим становищем, дискримінація суб'єктів господарювання державними органами та методи «недобросовісної конкуренції», які один суб'єкт господарювання застосовує по відношенню до іншого. У закон були включені положення, які стосувалися узгоджених дій та концентрацій, але вони не були добре розвинуті.

У законі 1992 р. не йшлося про створення органу захисту конкуренції. Антимонопольний Комітет України (АМКУ) був створений законом, що набув чинності у 1993 р. (Закон України «Про Антимонопольний комітет України»). У 1996 р. положення про недобросовісну конкуренцію були розширені та перенесені до окремого Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” («Закон про захист від недобросовісної конкуренції»). У 2001 р. невідповідність закону про конкуренцію 1992 р. стала достатньо очевидною для того, щоб спричинити його скасування та прийняття існуючого Закону України „Про захист економічної конкуренції”.

Закон „Про захист економічної конкуренції”, що набрав чинності у березні 2002 р., створений за зразком європейських конкурентних законів та відображає інтерес України до інтеграції в західні ринки. Цей самий інтерес спричинив значні зміни в інших частинах правової системи України, спрямовані на задоволення вимог, пов'язаних зі вступом до Світової організації торгівлі та, зрештою, до Європейського

Союзу. Заява про вступ до СОТ була подана в 1993 р. та нарешті задоволена у лютому 2008 року.

Що стосується ЄС, то у 1994 р. між Європейським Союзом та Україною була підписана Угода про партнерство та співробітництво (УПС), що набула чинності у березні 1998 р. УПС вимагає, щоб Україна поступово наблизила свій правовий режим до режиму ЄС, у тому числі у конкурентній сфері. Євроінтеграційні намагання України активізувалися після Помаранчевої революції. Так, у лютому 2005 р. Україна ухвалила трирічний План дій для впровадження УПС та отримала згоду ЄС на початок переговорів про зону вільної торгівлі та розширену УПС після вступу України до СОТ.

## 2. Суттєві питання: зміст конкурентного законодавства

Конституція України (Стаття 42) гарантує «право на підприємницьку діяльність», забезпечує «захист конкуренції у підприємницькій діяльності» та забороняє «зловживання монополією на ринку, незаконне обмеження конкуренції та нечесну конкуренцію». Окреме положення в тій самій статті проголошує, що «держава захищає права споживачів». Згідно з преамбулою Закону України „Про захист економічної конкуренції”, він «визначає правові засади підтримки та захисту економічної конкуренції, обмеження монополізму» і таким чином, «спрямований на забезпечення ефективного функціонування економіки України на основі розвитку конкурентних відносин». У статті 1 Закону “економічна конкуренція” визначається як “змагання між суб’єктами господарювання” з метою, щоб жодна компанія не могла диктувати ринкові умови, а споживачі і суб’єкти господарювання мали можливість вибирати між продавцями та покупцями.

Суттєві заборони у Законі України „Про захист економічної конкуренції” об’єднані у п’ять категорій: (1) узгоджені дії, (2) монополієне (домінуюче) становище, (3) концентрація суб’єктів господарювання, (4) деякі види діяльності з «обмеження та дискримінації» суб’єктів господарювання та об’єднань та (5) антиконкурентні дії державних органів.

### 2.1 Узгоджені дії

У Законі України „Про захист економічної конкуренції” узгоджені дії розглядаються у статтях 5 -11 та визначаються як такі, що включають угоди та «будь-яку іншу погоджену конкурентну поведінку» суб’єктів господарювання, а також рішення об’єднань

(стаття 5)<sup>2</sup>. «Суб'єкти господарювання» широко визначені в статті 1 та включають будь-яку юридичну або фізичну особу, що здійснює господарську діяльність, а також будь-який орган державної влади в частині його господарської діяльності<sup>3</sup>. «Об'єднання» – це об'єднання будь-яких юридичних чи фізичних осіб. Професійні спілки також охоплені цим законом в частині здійснення ними господарської діяльності<sup>4</sup>.

Стаття 6 містить заборону антиконкурентних узгоджених дій, якими є «узгоджені дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції»<sup>5</sup>. Як і стаття 81 Угоди ЄС, стаття 4 не розрізняє горизонтальну та вертикальну поведінку, але включає невичерпний перелік анти конкурентних дій, які є потенційними порушеннями. Перелік охоплює п'ять положень статті 81 (де використовується практично та ж термінологія для визначення встановлення цін, розподілу ринків, обмеження доступу на ринок або виходу з нього, застосування різних умов до сторін в однаковому становищі, та укладення угод з суб'єктами господарювання за умови прийняття додаткових зобов'язань), спотворення результатів торгів, бойкот та інші дії, що обмежують вхід на ринок чи вихід з нього, а також дії, призначені обмежити конкурентоспроможність інших суб'єктів господарювання «без об'єктивних причин».

Статті 7, 8 та 9 містять умови виключення з заборони у статті 6 для захисту узгоджених дій малих та середніх підприємств (МСП), узгоджених дій стосовно постачання та використання товарів, а також узгоджених дій стосовно прав інтелектуальної власності<sup>6</sup>. Виключення для МСП у статті 7 обмежене узгодженими діями щодо спільного придбання товарів, які не призводять до суттєвого обмеження конкуренції та сприяють підвищенню конкурентоспроможності малих та середніх підприємств. Відповідно до визначення, до категорії МСП входять суб'єкти господарювання, доход (виручка) яких від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній фінансовий рік чи вартість активів яких не перевищує суми, еквівалентної 500 тисячам євро.

Стаття 8 чітко встановлює, що вертикальні угоди щодо «постачання та використання» товарів можуть законним чином включати пункти про ексклюзивність, нав'язування додаткових умов та встановлення цін перепродажу (включаючи підтримання мінімальної ціни перепродажу), якщо такі узгоджені дії не призводять до монополії або суттєвого обмеження конкуренції, не обмежують доступ на ринок інших суб'єктів господарювання та не призводять до «економічно необґрунтованого» підвищення цін або дефіциту товарів. Узгоджені дії

стосовно передачі прав інтелектуальної власності обмежені менш суворо у статті 9, яка дозволяє будь-які обмеження або вимоги, якщо вони не виходять за межі законних прав, включаючи обмеження, які стосуються обсягу прав, території продажу та мінімального обсягу виробництва.

У деяких випадках Закон України „Про захист економічної конкуренції” уповноважує АМКУ надавати дозвіл на поведінку, яка порушує статтю 6. Згідно зі статтею 10, АМКУ має повноваження після звернення зацікавлених сторін звільнити учасників окремих узгоджених дій від відповідальності. Критерії надання такого дозволу, вказані у статті 10, подібні, але не ідентичні тим, що містяться у частині третій статті 81 Угоди ЄС. Відповідно до законодавства ЄС, виключення робиться для узгоджених дій, які призводять до вдосконалення виробництва чи реалізації, сприяють розвитку технологій чи економічному прогресу, і суттєву частину вигоди від яких одержують споживачі; але при цьому такі узгоджені дії не призводять до усунення конкуренції на суттєвій частині ринку і не створюють більші обмеження, ніж необхідно для досягнення відповідної вигоди. Стаття 10 включає вимоги вдосконалення виробництва чи реалізації і сприяння технологічному розвитку, а також умову недопущення обмеження конкуренції, але нічого не говорить про частину вигоди для споживачів чи менш обмежувальні альтернативи. Стаття 10 також розширює та детально описує ряд прийнятних підстав, включаючи розвиток малих та середніх підприємств, оптимізацію експорту чи імпорту товарів, розроблення та застосування уніфікованих технічних умов або стандартів та раціоналізацію виробництва шляхом застосування інноваційних методів ведення діяльності.

При наданні дозволу за статтею 10 АМКУ може встановити умови та вимоги, призначені усунути або пом'якшити негативний вплив запропонованої поведінки (частина друга статті 31). АМКУ може надати дозвіл на невизначений термін або на обмежений термін, який зазвичай не перевищує п'яти років. Стаття 10 також включає положення (яке обговорюється далі у цьому звіті), згідно з яким Кабінет Міністрів України може дозволити узгоджені дії, які не були дозволені АМКУ, на підставі їх позитивного ефекту для суспільних інтересів.

Система звільнень за Статтею 10 відповідає процедурам ЄС на момент прийняття Закону України „Про захист економічної конкуренції”. Але у травні 2004 року у правовій структурі ЄС відбулися певні зміни, внаслідок яких були скасовані виключення для окремих випадків згідно Статті 81(3). АМКУ вважає, що скасування

його системи індивідуальних дозволів наразі було б передчасним, зважаючи на відносну необізнаність багатьох суб'єктів підприємництва в Україні у конкурентному законодавстві<sup>7</sup>.

Стаття 11 Закону України „Про захист економічної конкуренції” створює еквівалент системи блочних виключень ЄС, оскільки дає АМКУ право визначати «типові вимоги» до узгоджених дій, передбачених у статтях 7-10. АМКУ має право заявляти, що дії, які відповідають цим типовим вимогам, вважатимуться законними, і що їх учасники не повинні звертатися за окремим дозволом відповідно до статті 10.

АМКУ створив два блочних виключення, одне з яких в широкому сенсі спрямоване на господарські угоди суб'єктів господарювання, а інше більш вузько стосується питань, пов'язаних із створенням об'єднань. Перше звільнення, що міститься у Розпорядженні № 27-р (2002 р.), стосується узгоджених дій усіх видів, включаючи горизонтальні, вертикальні, конгломератні та змішані<sup>8</sup>. Основні звільнення встановлюються у Розділі 2 Розпорядження, згідно з якою створення нового суб'єкту господарювання чи об'єднання дозволяється у будь-якому випадку, якщо сукупна частка на ринку товару всіх суб'єктів господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій, на будь-якому задіяному ринку товару не перевищує стандартні порогові величини, встановлені у Розпорядженні (розділ 2.1). Дозвіл потрібен, якщо сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів усіх суб'єктів господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій, за останній фінансовий рік, у тому числі за кордоном, перевищує суму, еквівалентну 12 мільйонам євро та (1) вартість (сукупна вартість) активів або обсяг (сукупний обсяг) реалізації товарів, у тому числі за кордоном, не менш як у двох суб'єктів господарювання, до складу яких входять учасники узгоджених дій, перевищує суму, еквівалентну 1 мільйону євро і (2) вартість (сукупна вартість) активів або обсяг (сукупний обсяг) реалізації товарів в Україні хоча б одного суб'єкта господарювання, до складу якого входять учасники узгоджених дій, перевищує суму, еквівалентну 1 мільйону євро (розділ 2.3).

Узгоджені дії існуючих суб'єктів господарювання дозволяються у будь-якому випадку за умови, що сукупний обсяг реалізації або обороту не перевищує стандартні пороги, а сукупна ринкова частка учасників узгоджених дій на задіяному ринку не перевищує 5 відсотків (розділ 2.1). Якщо критерій сукупного обсягу реалізації або обороту задовольняється, але не задовольняється вимога щодо сукупної ринкової частки не вище 5%, узгоджені дії можуть бути дозволені за умови виконання умов, вказаних у розділах 2.2 та 2.4. У розділі

2.4 зазначається, що узгоджені дії не повинні призводити до горизонтальної фіксації цін; горизонтального або вертикального розподілу ринків, продавців, або покупців; горизонтальних або вертикальних нецінових обмежень обсягів реалізації третім особам чи придбання у третіх осіб. Слід зауважити, що це формулювання не виключає вертикальної фіксації цін (включаючи підтримання ціни перепродажу) від захисту, якщо виконані інші вимоги. У розділі 2.2 встановлюються наступні умови:

- жоден з учасників не займає домінуючого становища на будь-якому задіяному ринку товару і не має виключних чи переважних прав чи повноважень від органів державної влади, суб'єктів природної монополії чи інших монопольних утворень;
- у випадку узгоджених дій, що спричиняють будь-які горизонтальні обмеження, сукупна ринкова частка їх учасників дій не повинна перевищувати 15 відсотків;
- у випадку узгоджених дій, що не спричиняють жодних горизонтальних обмежень, сукупна ринкова частка їх учасників не повинна перевищувати 20 відсотків.

Відповідно до Розпорядження 27-р, якщо учасник узгоджених дій входить до групи, у якій існують відносини контролю, усі розрахунки вартості активів, обороту та частки на ринку слід робити з урахуванням показників усіх суб'єктів господарювання у цій групі (розділ 4.2).

У розділі 3 Розпорядження зазначається, що деякі узгоджені дії не потребують дозволу, включаючи: (1) створення або вступ членів до саморегулювальних організацій ринку цінних паперів, якщо ці організації діють відповідно до вимог, установлених Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку; (2) створення часткового спільного суб'єкту господарювання суб'єктами господарювання; (3) вступ членів в об'єднання, створення якого було дозволено АМКУ; (4) створення суб'єкта господарювання або об'єднання за умови, що це не створює вплив на господарську незалежність учасників, не посилює узгодженість дій і не погіршує умови конкуренції між ними; (5) вихід суб'єктів господарювання з об'єднань або партнерств.

Що стосується вертикальних узгоджених дій, Розпорядження № 27-р доповнюють положення статті 8 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, що усувають необхідність отримання дозволу на деякі узгоджені дії, що стосуються постачання та використання товарів. Як зазначено вище, стаття 8 захищає вертикальні угоди, що впливають на реалізацію товарів, не

встановлюючи жодних порогів або обмежень для обсягу реалізації чи активів. У той самий час, стаття 8 містить формулювання, що виключає угоди, які призводять до монополії чи суттєвого обмеження конкуренції, обмежують доступ на ринок іншим суб'єктам господарювання або призводять до «економічно необґрунтованого» підвищення цін чи дефіциту товарів. Таким чином, Стаття 8 захищає угоди реалізації, які виходять за межу захисту Розпорядження №27, але лише за умови, що ці угоди не призводять до жодного з заборонених наслідків. Таким чином, коли суб'єкти господарювання, що беруть участь у вертикальних узгоджених діях, виконують усі умови, що стосуються розміру, ринкової частки та інші умови, зазначені у розділах 2.2, 2.3 та 2.4 Розпорядження № 27-р, АМКУ вважає, що такі узгоджені дії не призводять до жодних наслідків, заборонених статтею 8.

Друге блочне виключення, що міститься у Розпорядженні № 511 (2006 р.), стосується створення господарських асоціацій, якщо такі узгоджені дії не дозволяються автоматично Розпорядженням № 27-р. Згідно з цим Розпорядженням, асоціації звільняються від вимоги отримувати дозвіл АМКУ, якщо установчі документи асоціації містять відповідні положення, що регулюють прийом та виключення членів асоціації, мету (предмет) діяльності асоціації та її участь у господарській діяльності її членів. Зокрема, участь в асоціації повинна бути відкрита для будь-якого суб'єкта господарювання, що здійснює свою діяльність відповідно до законодавства України, членство в асоціації здійснюється на недискримінаційних засадах і члени можуть бути виключені тільки на законній підставі. Сама асоціація не може здійснювати господарську діяльність, розподіляти прибутки між членами або отримувати доходи і може фінансуватися виключно за рахунок вступних внесків та благодійної допомоги. Що більш важливо, асоціація не повинна намагатися здійснювати «вирішальний вплив» на господарську діяльність учасників або намагатися погоджувати їх конкурентну поведінку. Розпорядження чітко забороняє узгоджені дії, що стосуються різних питань (у тому числі ціноутворення, обсягів виробництва, умов кредитних договорів, розподілу клієнтів або ринкових територій, купівлі надлишкової кількості товару і призначення єдиного агента з продажу) та надає вичерпний перелік видів діяльності, координація яких дозволяється.

Система звільнень, яку створюють статті 7,8 та 9 Закону України „Про захист економічної конкуренції” та Розпорядження 27-р і 511, приблизно подібні системі звільнень у законодавстві ЄС, але Україна застосовує інші порогові величини, виключає з обсягу своїх звільнень інші форми поведінки та, як правило, використовує у своїх

нормативно-правових акти менш детальні формулювання<sup>9</sup>. Ці розбіжності відображають як різницю у розмірах та структурі економік України та ЄС, так і те, що конкурентне законодавство України знаходиться на більш ранньому етапі розвитку. Якщо узгоджені дії захищені блочним виключенням ЄС, що не має аналогу в українському законодавстві, підхід АМКУ полягає у тому, що перед застосуванням законодавства необхідно ретельно розглянути можливість застосування логіки такого звільнення до конкретної поведінки та ринкових обставин. Якщо суб'єкти господарювання, на дії яких поширюється звільнення ЄС, бажають забезпечити собі повний захист від переслідування з боку АМКУ, вони можуть звернутися за дозволом відповідно до статті 10 Закону України „Про захист економічної конкуренції”.

Обговорення досвід правозастосування АМКУ у сфері контролю за узгодженими діями протягом останніх п'яти років представлено нижче, окремо для горизонтальних і вертикальних узгоджених дій. Проте слід зазначити, що узгоджені дії як клас складають приблизно 4% усіх справ, розглянутих АМКУ протягом 2003-2007 рр.

Що стосується подання заяв за статтею 10 про надання дозволу на узгоджені дії, протягом останніх п'яти років АМКУ розглянув 355 таких заяв<sup>10</sup>. Близько 70% з них стосувались горизонтальних дій, 30% - вертикальних. З 355 розглянутих заяв 303 були ухвалені без додаткових умов, 45 – ухвалені з додатковими умовами, а 7 (усі стосуються горизонтальних дій) були відхилені. Подальша інформація про розгляд цих заяв наведена нижче, теж окремо для горизонтальних і вертикальних узгоджених дій.

### *2.1.1 Горизонтальні узгоджені дії*

Як зазначалось в попередньому розділі, деякі узгоджені горизонтальні дії захищені від переслідування законом, індивідуальними дозволами, наданими АМКУ або Кабінетом Міністрів, або ж блочними виключеннями. На застосування Статті 6 стосовно горизонтальної змови також впливає доповнення від 2005 р. до Закону України „Про захист економічної конкуренції”, що містить спеціальне положення, спрямоване на паралельні дії. Відповідно до частини третьої статті 6, схожа поведінка суб'єктів господарювання, що обмежує чи може обмежити конкуренцію, вважається незаконною, «якщо аналіз ситуації на ринку товару спростовує наявність об'єктивних причин для вчинення таких дій (бездіяльності). Це положення не створює презумпції, що свідомий паралелізм передбачає



узгоджені дії, але дозволяє встановити порушення, коли економічний аналіз свідчить, що таку поведінку можна пояснити лише змовою.

АМКУ застосував частину третю статті 6 у 15 випадках протягом двох років після її запровадження. Наприклад, у 2005 р. АМКУ дослідив структуру схожого підвищення цін вісьмома великими оптовими торговцями цукром. Сукупна частка ринку цих восьми компаній складала лише близько 27%, але решта ринку була сильно фрагментована, і жоден з інших суб'єктів господарювання не мав ринкової частки понад 1,5%. Динаміка попиту та пропозиції не могла пояснити підвищення цін, ініційованого цими великими оптовими продавцями, а інші суб'єкти господарювання на ринку не мали достатньої сили для того, щоб стримати лідерів. АМКУ зробив висновок, що підвищення цін можна було пояснити лише узгодженими діями та наклав на компанії штраф у розмірі 17,2 млн. гривень (2,85 млн. євро)<sup>11</sup>. Наразі апеляція у цій справі розглядається Вищим господарським судом.

У період 2003 – 2007 рр. горизонтальні порушення склали близько 70% усіх справ про узгоджені дії, порушених АМКУ. Основними категоріями горизонтальних справ були встановлення цін, розподіл ринку та обмеження доступу на ринок для інших суб'єктів господарювання. Основними секторами, у яких відбувалися такі дії, були ринки нафти та нафтопродуктів, сільськогосподарської та харчової продукції (зерно, борошно, хліб та молоко), телекомунікаційних послуг та деяких видів мінералів, що видобуваються гірничою промисловістю. Серед типових горизонтальних справ у 2002 р. була справа проти чотирнадцяти роздрібних продавців бензину та дизельного палива у Харкові, які довірили контроль за своїми роздрібними цінами одному ї тому ж оптовому продавцю. На учасників цих дій був накладений штраф у розмірі 57 780 гривень (9 280 євро). У 2002-2003 рр. шість основних операторів зв'язку домовилися встановити плату за міжнародний зв'язок по мережі Інтернет на рівні державних тарифів для міжнародного зв'язку по комутованих мережах. Учасники цих дій сплатили накладений на них штраф. У 2007 р. АМКУ завершив справу проти учасників оптового ринку вугілля за узгоджені дії з 32 вугільними компаніями, внаслідок яких оптові компанії розподілили джерела постачання вугілля і встановили ціни для продажу вугілля енергогенеруючим компаніям. У цьому випадку сума штрафів склала 914 500 гривень (127 390 євро).

Останніми роками активізувалася діяльність у сфері забезпечення дотримання тендерного законодавства. У 2005 р. АМКУ оштрафував п'ять компаній за змову під час пропозиції цін на розробку проекту з

використання земель у Черкаській області. Компанії подали пропозиції, що відрізнялись одна від одної точно на одну гривню, і при цьому не надали жодної інформації про витрати для обґрунтування цінових пропозицій. Нещодавно діяльність АМКУ у цій сфері стала ще більш активною, оскільки у результаті змін у законодавстві на АМКУ були покладені ще й деякі функції контролю за державними закупівлями. У 2007 р. виявилось, що дві компанії, які брали участь у тендері з надання послуг літнього відпочинку у Криму для дітей, уклали додаткову угоду про те, що переможець тендеру найме іншого учасника в якості субпідрядника у цьому проекті. Обидві сторони були оштрафовані.

Стосовно заяв про надання дозволу на горизонтальні узгоджені дії прохань згідно зі статтею 10, за останні 5 років АМКУ відхилив сім таких заяв (чотири у 2003 р., одну в 2005 р. та дві у 2007 р.). У 2003 р. АМКУ не дозволив створити асоціацію для контролю рибної ловлі у Хаджибейському секторі Чорного моря на підставі того, що ця асоціація мала намір обмежити членство в ній рибними підприємствами, що брали участь в її створенні.

Заява, відхилена у 2005 р., була спробою об'єднання усіх компаній (кожна з них державна), що займаються обслуговуванням та ремонтом літаків „Антонов”, які виготовляються в Україні. Оскільки запропоноване об'єднання не було концентрацією, воно розглядалося як узгоджені дії. Комітет не задовольнив цю заяву, оскільки на практиці це призвело б до повного знищення конкуренції на відповідному ринку. Утім, Кабінет Міністрів України надав дозвіл на створення цього об'єднання на підставі суспільних інтересів, зробивши висновок, що створення цього об'єднання сприятиме підвищенню кваліфікації та досвіду ремонту і тим самим допоможе літкам „Антонов” стати більш конкурентноспроможними на світовому ринку.

### *2.1.2 Вертикальні узгоджені дії*

Як і горизонтальні, деякі вертикальні узгоджені дії захищені звільненнями. Ширші законодавчі та блочні виключення, що існують для вертикальних практик, створюють безпечну гавань для досить широкого спектру вертикальних узгоджених дій. На вертикальні узгоджені дії припадає приблизно 30% усіх справ про узгоджені дії, розглянутих АМКУ за останні п'ять років. Основними категоріями вертикальних узгоджених дій були встановлення цін та дії, що обмежують доступ на ринок для інших суб'єктів господарювання. Лише невелика кількість справ АМКУ була пов'язана з ціновою дискримінацією чи нав'язуванням додаткових умов. Основними

ринками, на яких відбувалися вертикальні узгоджені дії, були ринки продуктів харчування, палива та деяких видів сировини для промисловості.

Згідно зі статтею 8 Закону „Про захист економічної конкуренції”, вертикальне встановлення цін є незаконним лише тоді, коли призводить до «економічно необгрунтованого підвищення цін» або дефіциту товарів. Крім того, як зазначалось вище, коли суб'єкти господарювання, що беруть участь у вертикальних узгоджених діях, дотримуються умов стосовно розміру, частки ринку та інших умов згідно з розділами 2.2, 2.3. та 2.4 Розпорядження № 27-р, АМКУ вважає, що такі узгоджені дії не призводять до жодних наслідків, заборонених Статтею 8. Таким чином, дозволяються навіть узгоджені дії щодо встановлення мінімальної ціни перепродажу, якщо вони задовольняють умови Статті 8 або підпадають під захист блочного виключення. Протягом минулих п'яти років АМКУ не порушив жодної справи стосовно звичайних схем підтримки цін перепродажу, які застосовуються виробниками, щоб не допустити безкоштовне користування послугами в місцях продажу роздрібних торговців. Жодний з таких випадків, на який було звернено увагу Комітету, не мав антиконкурентних наслідків, заборонених Статтею 8. Утім, більше половини справ про вертикальні узгоджені дії, розглянутих АМКУ, стосуються встановлення цін. Так, одна справа, розглянута у 2007 р., стосувалася угоди між хлібобулочним підприємством та дистриб'ютором, яка не дозволяла хлібобулочному підприємству здійснювати прямі продажі роздрібним торговцям за цінами нижче роздрібних цін дистриб'ютора. У цьому випадку дистриб'ютор також був афілійований з другим хлібобулочним підприємством, яке конкурувало з першим. Сторони були оштрафовані на суму 8 500 гривень (1 290 євро).

Що стосується справ про вертикальні обмеження, що заважають доступу на ринок для інших суб'єктів господарювання та обмежують конкуренцію у реалізації продукції, як приклад можна назвати нещодавню справу про угоди між монопольним постачальником імпортованого природного газу „Укргазэнерго” та державною розподільчою компанією „Нафтогаз України”. Ці угоди дозволяли „Нафтогазу України” продавати газ, придбаний в „УкрГаз-Енерго”, лише тим українським споживачам, які були зазначені у переліку, вказаному в угодах. АМКУ оштрафував „УкрГаз-Енерго” на 600 000 гривень (88 180 євро).

Особливим різновидом антиконкурентної вертикальної практики в Україні є ситуація, коли виробник купує сировину у постачальника за свідомо завищеними цінами. Як правило, це має місце, коли виробник

є монополістом і підлягає тарифному регулюванню, тобто не може встановлювати тарифи понад собівартість плюс фіксований відсоток як норма прибутку. Завищена вартість сировини може бути перенесена безпосередньо на споживачів, у результаті чого виробник отримує вищий прибуток. Наприклад, у 2003 р. «Суми ТЕКО», єдиний оператор системи централізованого теплопостачання у м. Шостці (Сумська область), уклав з компанією «СумиГазбуд» угоду на постачання природного газу за ціною, яка була значно вищою, ніж в інших постачальників газу. Внаслідок цього були встановлені вищі тарифи на опалення та пару для промислових споживачів. Збитки найбільшого клієнта „Суми-ТЕКО” склали приблизно 755 000 гривень (125 920 євро). АМКУ покарав „СумиГазбуд” за укладення антиконкурентної вертикальної угоди з „Суми-ТЕКО” та визнав встановлення завищених тарифів компанією „Суми-ТЕКО” зловживанням домінуючим становищем. Компанія „Суми-ТЕКО” у подальшому знизилася тарифні ставки для компенсації збитків, заподіяних її поведінкою.

Що стосується заяв про отримання дозволу на узгоджені дії відповідно до Статті 10, близько 30% з 354 заяв, розглянутих АМКУ протягом минулих п'яти років, стосувалися вертикальних дій. Усі ці заяви були задоволені без жодних додаткових умов.

## **2.2 Зловживання монополієм (домінуючим) становищем**

Відповідальність за незаконне зловживання домінуючим становищем вимагає, щоб суб'єкт господарювання займав домінуюче становище на задіяному ринку товару. Відповідно до визначення у частині першій статті 12, суб'єкт господарювання займає монополіє (домінуюче) становище, якщо: (1) у нього на ринку немає жодного конкурента, або (2) він не зазнає значної конкуренції внаслідок наявності пільг, або внаслідок обмеженості можливостей доступу інших суб'єктів господарювання щодо закупівлі сировини, матеріалів та збуту товарів, наявності бар'єрів для доступу на ринок інших суб'єктів господарювання чи інших факторів. Закон встановлює, що суб'єкт господарювання, частка якого на ринку перевищує 35%, займає домінуюче становище, але це можна спростувати (частина друга статті 12). Для спростування цього суб'єкт господарювання має довести, що зазнає суттєвої конкуренції. Становище суб'єктів господарювання з ринковою часткою 35% або менше також може вважатися монополієм (домінуючим), якщо вони не зазнають значної конкуренції, особливо, коли розмір інших конкуруючих суб'єктів господарювання на тому ж ринку є невеликим (частина третя статті 12).

Для порівняння, стаття 82 Угоди ЄС не містить ані чіткого визначення домінуючого становища, ані відповідних презумпцій. У практиці ЄС спростовна презумпція звичайно встановлюється для частки ринку від 40 до 50%. Відмінність підходу України від підходу ЄС полягає у тому, що стаття 12 є у значній мірі запозиченням зі статті 19 Закону про конкуренцію Німеччини, який встановлює презумпцію домінування, коли суб'єкт господарювання має третину ринку.

У законодавстві ЄС також розглядається поняття спільного домінування, але при цьому також не пропонується жодних визначень чи презумпцій. У частині четвертій статті 12 Закону України „Про захист економічної конкуренції” вказується, що два чи більше суб'єктів господарювання (і, таким чином, кожен з них окремо) займають монопольне (домінуюче) становище, якщо: (1) між ними немає значної конкуренції на певному ринку; та (2) виконується одна з умов, передбачених частиною першою статті 12 (тобто, немає інших суб'єктів господарювання окрім групи з монопольним становищем, або інша конкуренція на ринку є незначною). У частині п'ятій статті 12 встановлюється спростовна презумпція спільного монопольного становища – сукупна частка ринку не більше трьох найбільших суб'єктів господарювання перевищує 50% або сукупна частка не більше п'яти суб'єктів господарювання перевищує 70%. Подібне положення у німецькому законі створює такі ж дві презумпції, але при цьому критичними значеннями є половина та дві третини ринку. Презумпції спільного домінуючого становища у частині п'ятій статті 12 можуть бути спростовані, якщо суб'єкти господарювання доведуть, що стосовно них не виконуються умови частини четвертої статті 12, для чого на практиці потрібно довести, що: (1) існує значна конкуренція між суб'єктами господарювання на задіяному ринку, які нібито займають домінуюче становище; та (2) на ринку присутні інші суб'єкти господарювання, які створюють значну конкуренцію суб'єктам господарювання, які нібито займають домінуюче становище.

Частина третя статті 13 забороняє зловживання домінуючим становищем, а його визначення наводиться у частині першій статті 13 (використовуючи формулювання, подібні до тих, що використовуються у статті 6 стосовно узгоджених дій): будь-яка поведінка, що «може призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції». Наступне положення, що було додане у 2005 р., розширює перелік реальних чи можливих наслідків зловживання домінуючим становищем, зокрема включає «ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання чи споживачів, які були б неможливими за умов існування значної конкуренції на ринку». Це положення призначене для того, щоб охоплювати ситуації, коли

відсутність альтернативних постачальників чи клієнтів створює залежність суб'єктів господарювання і таким чином робить їх вразливими до експлуатації домінуючим суб'єктом господарювання.

Як і стаття 82 Угоди ЄС, частині друга статті 13 містить невичерпний перелік дій, які вважаються зловживанням. Чотири з семи пунктів переліку мають відповідники в Угоді ЄС (встановлення грабіжницьких цін чи умов; обмеження виробництва, реалізації чи технологічного розвитку; дискримінація; додаткові зобов'язання), хоча у деяких пунктах використовуються інші формулювання. Так, у Законі України „Про захист економічної конкуренції”<sup>12</sup> говориться не про «хижацькі» ціни, а про ціни, які «неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку», і не про обмеження, що завдають шкоду «споживачам», а про обмеження, що завдають або можуть завдати шкоди «суб'єктами господарювання, продавцям, покупцям».

Уточнення у частині другій статті 13, завдяки якому ця частина охоплює лише ті ціни, які «неможливо було б встановити за умов існування значної конкуренції на ринку», виключає грабіжницькі ціни, можливість підтримання яких не обов'язково залежить від рівня конкуренції на ринку. Утім, це не є прогалиною в українському законі, тому що у випадку встановлення грабіжницьких цін можна застосувати одним з трьох положень щодо зловживання монопольним (домінуючим становищем), які були додані. Зокрема, грабіжницькі ціни можуть підпадати під дію пунктів, що охоплюють дії чи бездіяльність, які (1) суттєво обмежують конкурентоспроможність інших суб'єктів господарювання без об'єктивно виправданих на те причин; або (2) створюють перешкоди доступу на ринок (виходу з ринку), чи усунення з ринку суб'єктів господарювання. Третє додаткове положення, що стосується відмови від придбання або реалізації товару за відсутності інших джерел реалізації або придбання, поширюється на ексклюзивні угоди про придбання або реалізацію.

У законі немає положень про блочні виключення або інших положень, що захищали б зловживання домінуючим становищем. АМКУ видав два розпорядження, які мають відношення до застосування положень про зловживання домінуючим становищем (а також інших ситуацій). Перше - Розпорядження № 49 (2002 р.) - містить практичну методичку встановлення наявності ознак домінуючого або спільного домінуючого становища на певному ринку відповідно до статті 12. Друге - Розпорядження № 24 (2004 р.) - встановлює принципи визначення задіяного ринку. Аналітичний метод, що використовується для визначення ринків, відображає традиційну теорію визначення ринків та відповідає підходу ЄС<sup>12</sup>.

Справи про зловживання домінуючим становищем становили близько 50% справ, розглянутих АМКУ з 2003 по 2007 рр. та утворювали найбільшу категорію порушень. Основними видами порушень були надмірно високі ціни (58%) та цінова дискримінація (11%). Ще сім відсотків випадків мали відношення до монополістів, які також працювали на суміжних низових ринках, які були конкурентними або потенційно конкурентними, і намагалися перешкоджати входу на ці ринки шляхом відмови надати доступ до суттєвої мереженої інфраструктури. Багато ситуацій виникало у секторах з монопольною інфраструктурою, зокрема таких секторах, як постачання газу та електроенергії, центральне опалення та водопостачання, залізничний транспорт, наземний зв'язок, а також платні послуги, що надаються державними органами. За останні п'ять років не було жодної справи, яка стосувалася б грабіжницьких цін.

Як вже зазначалося, у Законі України „Про захист економічної конкуренції” вважається, що домінуюче становище на ринку може займати один суб'єкт господарювання, або декілька суб'єктів господарювання разом. Понад 95% усіх справ про домінуюче становище, розглянутих АМКУ стосувалися домінуючого становища одного суб'єкта господарювання. Серед справ про цінові зловживання з боку окремих суб'єктів господарювання протягом 2003-2007 рр. можна назвати в якості прикладу справу проти виробника скла «Пролетарій» – суб'єкта господарювання з домінуючим становищем на ринку полірованого скла. «Пролетарій» підвищив свої ціни більше ніж на 11%, у результаті чого його прибутки зросли з 47% до 66% доходу. Цей рівень прибутку перевищував середню дохідність на ринку листового скла приблизно на 200%, а дохідність у галузі виробництва скла у цілому – приблизно на 40%. Також у 2007 р. АМКУ наклав штраф на компанію „Укртатнафта” у розмірі 500 тис. гривень (73 170 євро) за необґрунтоване підвищення цін на авіаційне паливо на внутрішньому ринку. Ця компанія, що була монопольним постачальником на внутрішній ринок, продавала українським покупцям паливо за ціною, що на 400 гривень перевищувала ціну, за якою компанія продавала тону палива покупцям на конкурентних експортних ринках. У справі про цінове зловживання, що розглядалася у 2005 р., компанія „Вестерн Юніон” у відповідь на рекомендації АМКУ знизила тарифи на грошові перекази в Україну з Іспанії, Італії, Португалії, Польщі та Чеської Республіки на 60-80% .

У цілком розвинутих конкурентних економіках переважає думка, що зазвичай недоцільно переслідувати суб'єкт господарювання, що має домінуюче становище і встановлює монополістичні ціни, оскільки це означало б карати суб'єкт господарювання за раціональне

використання ринкової сили. Крім того, неефективні монополісти, що встановлюють високі ціни, створюють особливо привабливі умови для входу на ринок нових гравців. Таким чином, конкурентні органи ЄС зазвичай не переслідують домінуючі компанії за встановлення «високих» цін, хоча у статті 82 «недобросовісні» ціни продажу чітко вказуються як приклад зловживання. АМКУ вважає, що економічні умови в Україні дають обґрунтовані підстави приділяти увагу надто високим цінам компаній, що займають домінуюче становище. Коли йдеться про природні монополії або платні послуги державних органів, перспектив зниження цін завдяки входу на ринок нових суб'єктів господарювання відсутні, а системи тарифного контролю, що існують, поки що не є достатньо ефективними для того, щоб вирішити цю проблему. На інших ринках, зокрема ринках продуктів харчування, вхід на ринок нових гравців є можливим, але з політичних міркувань високі ціни на такі товари, як хліб, не можуть існувати стільки часу, скільки на це може знадобитися. Що стосується інших секторів, ринок капіталовкладень України функціонує недостатньо ефективно для того, щоб підтримати вхід на ринок нових учасників.

Значна кількість справ про домінуюче становище окремих суб'єктів господарювання, розглянутих АМКУ за останні п'ять років, стосувалась суб'єктів господарювання (часто державних), які є природними монополіями, і тарифи яких підлягають регулюванню. АМКУ встановив, що такі компанії часто вимагають сплати тарифу на послуги без дотримання умов кількості та якості, передбачених цим тарифом. Комітет вважає, що така поведінка є незаконною відповідно до статті 13, оскільки вона порушує інтереси клієнтів у спосіб, який був би неможливим на конкурентному ринку. Наприклад, у 2003 р. АМКУ встановив, що підприємство центрального опалення у м. Харкові не забезпечувало потрібну температуру теплоносія у своїй системі, але при цьому виставляло рахунки як за повністю надану послугу. У подібній справі підприємство водопровідно-каналізаційного господарства у м. Керчі (Крим) постачало воду лише періодично, але виставляло рахунки в повному обсязі. У таких випадках АМКУ рекомендує повернення суми надлишкової плати постраждалим споживачам шляхом зниження тарифів у майбутньому. За п'ятирічний період сукупний обсяг компенсацій, сплачених завдяки таким розрахункам у справах про дії комунальних підприємств склала 180,4 млн. гривень (27,9 млн. євро).

Крім справ про компанії, які не забезпечили обсяг або якість послуг, зазначені у відповідному тарифі, АМКУ також розглядав справи про зловживання домінуючим становищем монополіями суб'єктами господарювання, які спотворили процес формування



тарифу, включивши у витратну складову тарифу незаконні витрати. Наприклад, у 2004 р. АМКУ звинуватив Львівське обласне управління земельних ресурсів у тому, що воно незаконно включило ПДВ в основу тарифу на свої послуги з надання документації, що підтверджує право власності на землю. У подібній справі АМКУ звинуватив водопостачальну організацію Харківський магістральний канал у тому, що вона неправомірно включила у собівартість своїх послуг витрати, які вже були компенсовані з державного бюджету.

Інші справи за статтею 13 стосувалися більш традиційних видів поведінки, пов'язаної з відмовою від придбання або реалізації. Як приклад можна навести справу про компанію «Хостмастер», яка є єдиним акредитованим в Україні реєстратором доменних імен в Інтернеті і тому займає монопольне становище на ринку адміністрування та підтримки Інтернет-доменів «UA» та «COM.UA». Компанія „Хостмастер” відмовилася укласти угоду з іншою компанією, яка бажала конкурувати з нею, пропонуючи послуги адміністрування доменів та технічної підтримки. АМКУ висунув вимогу укласти такі угоди. АМКУ також виявив та припинив випадки антиконкурентної відмови надати доступ до основної інфраструктури на різних енергетичних ринках. Наприклад, у м. Києві підприємство „Київенерго” є власником електророзподільної мережі, але також реалізує електроенергію за нетарифними цінами у конкуренції з іншими виробниками електроенергії. У 2006 р. „Київенерго” відмовилося укласти угоди з іншими виробниками на постачання електроенергії через його мережу. Пізніше воно змінило свою позицію відповідно до рекомендації АМКУ.

Справа АМКУ про включення до контракту неправомірних положень була порушена проти компанії «Укргазенерго», яка є монополістом на ринку природного газу. Компанія уклала з металургійними заводами угоди на постачання газу, які забороняли будь-який його перепродаж, дозволяли припинення контракту без належного попереднього повідомлення та передбачали сплату „Укргазенерго” штрафу у випадку, якщо споживач перешкоджає проведенню аудиту державним органом. АМКУ дійшов висновку, що ці положення завдавали невинуватому шкоду конкурентоспроможності споживача. Компанія „Укргазенерго” виконала рекомендацію АМКУ стосовно необхідності вилучення зазначених положень.

У 2006 р. розглядалася справа про нав'язування додаткових умов проти „Європейського консультативного агентства”, що займало монопольне становище у наданні інформації про державні закупівлі у мережі Інтернет. АМКУ висунув звинувачення, що компанія пропонувала доступ до інформації лише у формі угод, що також

передбачали оплату інших послуг, і оштрафував цю компанію на 100 тис. гривень (15 650 євро). У 2007 р. ця компанія була знову звинувачена у використанні домінуючого становища для перешкоджання створенню альтернативної системи доступу до інформації про державні закупівлі через Інтернет та оштрафована на 875 тис. гривень (126 тис. євро).

З правової точки зору спроможність АМКУ реагувати на зловживання домінуючим становищем поширюється за межі звичайних повноважень накладає штрафи та вимагати змін у поведінці. Згідно статті 53 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, Комітет також має право прийняти рішення про примусовий поділ суб'єкта господарювання, за умови що: (1) організаційний і територіальний поділ суб'єкту господарювання є можливим; та (2) не існує тісного технологічного зв'язку між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, при якому обсяг продукції, яка вживається суб'єктом господарювання, перевищує тридцять відсотків валового обсягу продукції структурного підрозділу. За останні п'ять років АМКУ не застосовував статтю 53<sup>13</sup>.

Що стосується досвіду АМКУ у застосуванні положень, які пов'язані з домінуючим становищем декількох суб'єктів господарювання, на цю категорію припадає менше 5% справ про домінуюче становище. Ця ситуація є результатом того, що спільне домінуюче становище відповідно до визначення у статті 12 спостерігається лише тоді, коли між членами домінуючої групи немає значної конкуренції, і коли на ринку або немає інших суб'єктів господарювання на ринку, окрім цієї домінуючої групи, або ж ці конкуренти є незначними. Більшість справ про спільне домінування стосується надто високих цін, що компанії встановлювали на вузьких олігопольних ринках, де товар є однорідним, і нецінова конкуренція є незначною. Наприклад, у 2007 р. АМКУ розглянув справу про домінуюче становище двох підприємств, які постачали авіаційне паливе в аеропорт „Бориспіль”. Ці два підприємства мали сукупну ринкову частку 99% і встановили на свої паливні матеріали однакову ціну, яка, на думку АМКУ, не могла б існувати на конкурентному ринку. Комітет наклав штрафи на загальну суму 150 тис. гривень (20 830 євро).

За деяких обставин АМКУ може у межах однієї справи обвинувачувати як у зловживанні спільним домінуючим становищем, так і у змові, як це було у справі 2003 р. проти «Сентози» та «Авіаса» - двох компаній, що займались роздрібним збутом палива у Дніпропетровській області. Сукупна частка обох компаній на ринках різних роздрібних продуктів перевищувала 50%, тоді як частки інших

компаній були відносно незначними. Розслідування показало, що ці компанії встановили однакові ціни та одночасно їх змінювали (з різницею у межах однієї години), хоча мали різних постачальників та різні витрати. У той самий час ціни інших підприємств-конкурентів на цьому ринку були різними і змінювалися у різні моменти. Також було встановлено, що компанії уклали угоду про передачу палива одна одній для роздрібного продажу та про можливість взаємно використовувати паливні картки їх клієнтів. Комітет кваліфікував це як змову та зловживання спільним домінуючим становищем і оштрафував компанії на суму 98 млн. гривень (16 млн. євро). На той час це був (і досі залишається) найбільший штраф в історії АМКУ.

Рішення АМКУ було оскаржене у господарських судах. На першому етапі суд першої інстанції та апеляційний суд розглянули формальні умови договорів між компаніями та визнали докази змови недостатніми. Вищий господарський суд повернув справу на дослідження, але суд першої інстанції знову прийняв таке ж рішення. Нарешті, АМКУ вдалось довести апеляційному суду, що доказом змови були дії сторін, незалежно від умов договорів, і що одночасне підвищення цін можна пояснити лише змовою. Апеляційний та Вищий господарський суди нарешті прийняли рішення, що відповідачі винні у змові та зловживанні спільним домінуючим становищем. Суди підтвердив законність накладення штрафів на загальну суму 80 млн. гривень, але подальші намагання АМКУ стягнути ці штрафи завершилися невдачею через банкрутство обох компаній.

### **2.3 Концентрації**

Закон України „Про захист економічної конкуренції” встановлює систему подання заяв про попереднє отримання дозволу на концентрацію, яка передбачає наявність певного порогу. Перед отриманням дозволу від АМКУ учасники концентрації не мають права здійснювати концентрацію або вчиняти дії, які можуть призвести до обмеження конкуренції між сторонами або неможливості відновлення їх початкового стану (частина п'ята статті 24)<sup>14</sup>.

Відповідно до визначення у статті 22, концентрацією визнається:

- злиття суб'єктів господарювання або приєднання одного суб'єкта господарювання до іншого
- набуття контролю над суб'єктом господарювання, зокрема шляхом: (а) придбання, одержання в управління активів суб'єкта господарювання; або (б) обрання або призначення на посаду керівника, заступника керівника спостережної

ради, правління, або створення ситуації, при якій більше половини посад членів спостережної ради, правління, інших наглядових чи виконавчих органів двох чи більше суб'єктів господарювання обіймають одні й ті самі особи;

- створення повноцінного спільного підприємства;
- придбання 25 або 50 відсотків часток відповідного суб'єкта господарювання<sup>15</sup>.

Вимоги щодо порогів у статті 24 дійсні, коли:

- сукупна вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів учасників концентрації, за останній фінансовий рік, у тому числі за кордоном, перевищує суму, еквівалентну 12 мільйонам євро і (а) сукупна вартість активів або обсяг (сукупний обсяг) реалізації товарів, у тому числі за кордоном, не менш як у двох учасників концентрації перевищує суму, еквівалентну 1 мільйону євро, у кожного; або
- сукупна вартість активів або обсяг (сукупний обсяг) реалізації товарів в Україні хоча б одного учасника концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищує суму, еквівалентну 1 мільйону євро, у кожного;
- частка на певному ринку товару будь-якого учасника концентрації або сукупна частка учасників концентрації перевищує 35 відсотків, та концентрація відбувається на цьому чи суміжному з ним ринку товару.

Стаття 24 також встановлює важливу вимогу: якщо учасник входить до групи, у якій існують відносини контролю, усі показники вартості активів, обсягу реалізації та частки ринку, що розглядаються, мають бути сукупними для усієї цієї групи. Відповідно до статті 23 «учасниками» концентрації визнаються суб'єкти господарювання, які беруть участь у концентрації, а також будь-які фізичні та юридичні особи, пов'язані з ними відносинами контролю відповідно до визначення у статті 1 Закону України „Про захист економічної конкуренції». Згідно з визначенням у статті 1, «контроль» означає «вирішальний вплив», який прямо чи опосередковано здійснюється на суб'єкт господарювання однією чи декількома «пов'язаними» фізичними чи юридичними особами<sup>16</sup>.

Спеціалісти з практичного застосування конкурентного права та підприємці в Україні ставляться до цих критеріїв необхідності

отримання дозволу дуже критично, оскільки вважають, що вони недостатньо відповідають українській реальності та не є ефективними для контролю за транзакціями, що здатні створювати загрозу конкуренції. Критики стверджують, що всі пороги для активів та обсягу реалізації, виражені у грошових одиницях, є надто низькими і потребують суттєвого підвищення (один з критиків рекомендував підвищити їх на 500%). Також багато скарг викликає положення, що стосується активів та обсягу реалізації в Україні, і для цього є дві причини. Перша полягає в тому, що цей пункт стосується як суб'єктів, які набувають контроль, так і суб'єктів, щодо яких набувається контроль, отже охоплює й ті транзакції, в яких суб'єкт, щодо якого набувається контроль, взагалі не присутній в Україні. Друга причина полягає у тому, що у транзакції придбання дочірньої компанії в Україні враховуються сукупні активи та обсяг реалізації усієї групи, що придбає цю компанію, а не лише активи та обсяг реалізації компанії, щодо якої набувається контроль. Нарешті, також критикують положення, в якому встановлюється критерій частки ринку, оскільки воно вимагає від заявників визначати відповідний ринок, а це визначення обов'язково буде суб'єктивним. Наразі реакція АМКУ на ці скарги включає розгляд пропозицій щодо збільшення порогових показників.

Заяви про надання дозволу на концентрацію розглядаються відповідно до стандарту, встановленого у статті 25 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, згідно з якою дозвіл повинен бути наданий, якщо він «не призводить до монополізації чи суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині». Цей критерій відповідає стандарту ЄС, що міститься у Положенні про злиття (№139/2004), ухваленому у травні 2004 р. ЄС забороняє злиття або придбання, які «будуть суттєво перешкоджати конкуренції на спільному ринку або його значній, зокрема внаслідок створення або зміцнення домінуючого становища» (частина третя статті 2) На відміну від Угоди ЄС, Закон України «Про захист економічної конкуренції» розглядає частку на ринку як один з критеріїв наявності домінуючого становища, і АМКУ використовує ці презумпції при розгляді концентрацій.<sup>17</sup> Це означає, що під час аналізу злиттів в Україні дуже велика увага приділяється визначенню того, чи не створить запропонована транзакція «структурних передумов» для монополізації. Так, якщо частка ринку суб'єкта господарювання, що утвориться як результат концентрації, перевищує 35%, АМКУ, відповідно до визначення у частині другій статті 12, вважатиме, що буде мати місце незаконне домінування, якщо суб'єкт господарювання, який набуває контроль, не зможе довести, що після концентрації зазнаватиме на ринку значну конкуренцію, і тому не порушує вимоги статті 25<sup>18</sup>.

Хоча стаття 25 в якості підстав для відмови у наданні дозволу на здійснення концентрації використовує як монополізацію, так і суттєве обмеження конкуренції, під час розгляду концентрацій АМКУ зосереджується на оцінці ймовірності антиконкурентних односторонніх наслідків, пов'язаних з домінуючим становищем. Комітет вважає задачу доведення суттєвого обмеження конкуренції у формі горизонтальних скоординованих дій як дуже проблематичну. Також АМКУ використовує сформульовані у статті 25 підстави для того, щоб відхиляти аргументи на користь надання дозволу на здійснення концентрацій, які є антиконкурентними, але передбачають вигоду від підвищення ефективності чи здійснюються з метою придбання суб'єкту господарювання, який не є успішним. Як і у статті 10, що стосується узгоджених дій, у статті 25 є положення, відповідно до якого Кабінет Міністрів України може дозволити концентрацію, на здійснення якої АМКУ не дав дозволу, якщо така концентрація має великий позитивний ефект для суспільних інтересів. Тому ті заявники, які висувають аргументи підвищення ефективності та порятунку суб'єктів господарювання, які не є успішними, повинні звертатися до Кабінету Міністрів.

Як зазначалося раніше, АМКУ запропонував рекомендації стосовно визначення задіяного ринку (Розпорядження № 24 (2004 р.) та встановлення монопольного (домінуючого становища) (Розпорядження № 49 (2002)), що містить інструкції стосовно розрахунку частки на ринку та коефіцієнтів концентрації. Утім, АМКУ не пропонує жодних рекомендацій, що пояснювали б методику розгляду заяв про надання дозволу на концентрацію Цей факт є ще одним предметом для критики з боку практиків, які також зазначають, що рішення АМКУ у справах про концентрацію містять недостатні аналітичні пояснення. Навіть коли йдеться про визначення ринку, вони в основному лише описують той ринок, який розглядав АМКУ.

Після розгляду заяви про надання дозволу на концентрацію АМКУ може не надати дозвіл, надати дозвіл без додаткових умов, або з додатковими умовами (включаючи позбавлення структурних елементів). Рішення АМКУ також можуть вимагати погодження установчих документів господарських товариств, об'єднань чи змін до них (стаття 31).

Відповідно до Закону України „Про захист економічної конкуренції”, процедура подання заяви про надання дозволу на концентрації, які відповідають пороговим критеріям, може повноцінно застосовуватися до приватизаційних транзакцій. У нормативно-правових актах України про приватизацію зазначається, що учасники відкритих приватизаційних конкурсів повинні подати до АМКУ заяву

відповідно до статті 26 не пізніше, ніж за 8 днів до кінцевої дати подачі пропозицій.

У наступній таблиці наведена підсумкова інформація про діяльність АМКУ у сфері розгляду концентрацій протягом минулих п'яти років. Під структурними умовами розуміються умови, що передбачають будь-яку форму відчуження активів, тоді як умови, що стосуються поведінки, мають на меті обмеження дій сторони, що набуває контроль, після здійснення концентрації.

**Таблиця 1. Заяви про надання дозволу на концентрацію<sup>19</sup>**

Рік	Розглянуто заяв	Дозволи без умов	Дозволи з умовами		Забороно
			Структура	Поведінка	
2007	723	715	0	4	4
2006	507	500	0	5	2
2005	359	352	0	6	1
2004	421	419	0	0	2
2003	329	326	0	3	0
Усього	2339	2312	0	18	9

Як показано у таблиці, у 2003-2005 рр. АМКУ розглянув 2339 заяв та надав дозволи у 98,8% випадків без додаткових умов<sup>20</sup>. У жодній справі не були застосовані вимоги до структурного складу, а обмеження дій були застосовані менші ніж в одному відсотку прийнятих рішень. Дозвіл на концентрацію не був наданий лише у дев'яти випадках (менше 0,5% розглянутих заяв).

У 2004 р. АМКУ заблокував злиття двох будівельних фірм у Києві, сукупна частка яких на ринку бетонних панельних конструкцій становила 100%. Кожна з фірм мала частку на ринку понад 35%, і Комітет встановив, що високі бар'єри для входу на ринок, пов'язані з вимогами до капіталовкладень, а також потребою у спеціалізованому обладнанні на майданчиках та технічному досвіді, робили конкуренцію з боку третьої сторони малоімовірною. У тому ж році АМКУ відмовив у наданні дозволу компанії „Сармат”, третім за розміром виробником пива в Україні, на придбання контрольного пакету акцій компанії „Оболонь”, четвертого за розміром виробника пива. Цей ринок являв собою вузьку олігополію, коефіцієнт концентрації чотирьох компаній перевищував 90%, тому АМКУ дійшов висновку, що можливе значне погіршення конкуренції, навіть якщо сукупна ринкова частка нового суб'єкта господарювання не перевищила б 35%.

У 2007 р. була заборонена концентрація, яка передбачала вертикальне злиття групи місцевих природних монополій, що постачали тепло і воду, з комунальною організацією, яка утримувала монополію в управлінні житловим господарством у місті Славута (Хмельницька область). Надання дозволу на здійснення цієї концентрації обмежило б доступність важливих ресурсів і таким чином створило б бар'єр для входу на ринок управління житловим господарством для конкуруючого суб'єкта господарювання.

Три з дев'яти концентрацій, на які АМКУ не надав дозволу, були спробами консолідувати усі державні компанії, що працюють на конкретному ринку. У кожному з цих трьох випадків Кабінет Міністрів України пізніше використав свої повноваження і дозволив консолідацію на підставі суспільних інтересів. У 2006 р. АМКУ заблокував створення державної корпорації «Укрморпорт», до якої мали увійти усі 20 державних торговельних портів України. Державні порти, які конкурували між собою та з українськими приватними портами, володіли сукупною часткою 40% на внутрішньому ринку послуг швартування та обробки вантажів і, таким чином, задовольняли структурні критерії наявності домінуючого становища на ринку. Кабінет Міністрів дозволив консолідацію, сподіваючись, що якщо ці компанії діятимуть спільно, вони зможуть більш ефективно провести модернізацію свого вантажного обладнання та підвищити рівень технічної кваліфікації. Очікувалось, що таке вдосконалення підвищить конкурентоспроможність українських портів, залучить більше вантажів та стимулює створення і збереження робочих місць у відповідних регіонах. Утім, роком пізніше Кабінет Міністрів скасував своє розпорядження, оскільки дійшов висновку, що його попереднє рішення було необачним.

У 2007 р. Комітет переглянув інтеграцію усіх компаній (кожна з них – державна), що займаються обслуговуванням та ремонтом літаків марки «Антонов». Як зазначалося раніше, у 2005 р. АМКУ не надав дозвіл на узгоджені дії з метою створення «асоціації» цих компаній. Пізніше Кабінет Міністрів дозволив створити таку асоціацію на підставі того, що це сприятиме підвищенню технічної ремонтної кваліфікації, що зробить літаки марки „Антонов” більш конкурентоспроможними на світовому ринку. Однак, очікувані переваги не були досягнуті, отже компанії вирішили здійснити повну інтеграцію та створити державний авіабудівний концерн «Українська авіація». АМКУ знов не надав дозвіл, оскільки це створило б монополію, але КМУ знову дозволив консолідацію на тій самій підставі суспільних інтересів, яка була використана раніше.



У 2007 р. АМКУ також відхилив пропозицію створити державний концерн «Укрторф», в якому об'єдналися б усі дев'ять державних підприємств, що працюють на ринку виробництва торфу. Сукупна частка цих підприємств на ринку складала 90%. Пізніше Кабінет Міністрів України дозволив концентрацію, щоб компанії могли спільно використовувати фінансові ресурси для технічного переоснащення, розширення потужностей та рекультивациі земель.

Хоча відповідно до таблиці у 2003-2007 рр. не накладалося жодних структурних умов, ці дані відображають лише ті положення, які містилися у кінцевих рішеннях АМКУ про надання дозволів. За цей період було п'ять випадків, коли підприємства погодилися здійснити поділ ще до надання АМКУ дозволу на відповідну транзакцію. У 20 випадках були встановлені умови щодо поведінки (близько половини з них стосувалися приватизації), зазвичай у ситуаціях, коли йшлося про вертикальне придбання важливих ресурсів чи каналів реалізації. Метою цих умов було забезпечення конкурентам суб'єкта господарювання, який виступав у ролі покупця, доступу до необхідних товарів чи ресурсів. Наприклад, у 2003 р. транспортну компанію «Укрметалургтранс» у зв'язку з придбанням гірничодобувного підприємства зобов'язали запропонувати іншим гірничодобувним підприємствам недискримінаційну стандартну угоду про транспортування сировини, що використовується для гірничих робіт та виплавки металів. Але більшість заяв були ухвалені без додаткових умов, зокрема заява, подана у 2007 р. Херсонським суднобудівним та судноремонтним підприємством щодо придбання Чорноморського судноремонтного підприємства. АМКУ встановив, що на ринках суднобудування та судноремонтних робіт існувала суттєва конкуренція, і дозволив злиття, оскільки частка ринку суб'єкту господарювання, утвореного внаслідок цієї концентрації, не була значною на жодному з цих ринків.

Протягом п'яти останніх років АМКУ розглянув близько 120 заяв про надання дозволу на приватизаційні концентрації. У деяких випадках були встановлені додаткові умови, але у більшості випадків дозволи були надані без жодних умов. Наприклад, у 2007 р. АМКУ розглянув заяву підприємства «Силікон» про придбання контрольного пакету акцій державного підприємства «Завод напівпровідників». Підприємство „Силікон”, яке в основному займається виробництвом та реалізацією монокристалу кремнію, що виробляється в вигляді пластини, експортує всю свою продукцію. АМКУ встановив, що потужності „Заводу напівпровідників” могли використовуватися для виробництва пластин монокристалу кремнію, але останніми роками орендувалися в інших цілях. Комітет надав дозвіл на концентрацію,

оскільки не виявив загрози утворення домінуючого становища на ринку.

#### **2.4 Обмежувальна і дискримінаційна діяльність**

Розділ IV Закону України „Про захист економічної конкуренції” містить чотири різні статті (статті 18-21), які значною мірою засновані на Розділах 20 і 21 Закону про конкуренцію Німеччини. Хоча в усіх цих статтях йдеться про односторонні дії, вони не повторюють положення про зловживання домінуючим становищем, що містяться у статтях 12 та 13, оскільки не вимагають доведення домінуючого становища для встановлення факту порушення.

Частина перша статті 18 забороняє суб'єктам господарювання і асоціаціям **схиляти** інших суб'єктів господарювання до вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції чи сприяти вчиненню таких порушень, тоді як частина друга статті 18 забороняє **примушувати** інших суб'єктів господарювання до антиконкурентних узгоджених дій чи участі у концентраціях суб'єктів господарювання проти їх волі. У відповідних положеннях німецького закону (Розділи 2.2 та 21.3) говориться, що «схиляння» включає у себе обіцянки чи надання переваг, тоді як «примушення» включає у себе погрози чи дійсне завдання шкоди, і саме таке тлумачення прийняв АМКУ<sup>21</sup>.

Частина перша статті 19 стосується суб'єктів господарювання, що отримали від АМКУ дозвіл за статтею 10 на здійснення узгоджених дій, які заборонені статтею 6, або які ведуть узгоджені дії, що захищені статтею 7 (малі та середні підприємці), 8 (угоди на постачання чи використання товарів), або 9 (передача прав інтелектуальної власності) Таким суб'єктам господарювання забороняється (формулюваннями, що нагадують формулювання Розділу 20.1 німецького закону) встановлювати щодо господарської діяльності суб'єктів господарювання обмеження, які, як правило, не застосовуються до інших суб'єктів господарювання, або застосовувати без об'єктивно виправданих причин різний підхід до різних суб'єктів господарювання.

Частина друга статті 19 – єдине положення у Розділі 4, яке не має аналогу в німецькому законі – стосується суб'єктів господарювання, які отримали дозвіл Кабінету Міністрів України на узгоджені дії, що АМКУ не дозволив за статтею 10. Таким суб'єктам господарювання забороняється вчиняти дії, що вважаються зловживанням монополюючим (домінуючим) становищем на ринку, відповідно до статті 13 цього Закону.

Частина третя статті 29, як і частина перша статті 19, стосується суб'єктів господарювання, які отримали дозвіл на узгоджені дії відповідно до статті 10, або узгоджені дії яких дозволяються статтями 7, 8 і 9. Подібно до частини третьої статті 20 німецького закону, таким суб'єктам господарювання забороняється схилити інших суб'єктів господарювання до надання будь-яким суб'єктам господарювання без об'єктивних причин переважних умов у господарській діяльності<sup>22</sup>.

Частина четверта статті 19 відповідає частині другій статті 20 німецького закону та застосовує положення частини першої та частини третьої статті 19 до суб'єктів господарювання, від яких «залежать» малі та середні підприємці в отриманні та постачанні товарів. У цій статті також зазначається, що продавець вважається таким, що залежить від покупця, якщо цей покупець отримує від такого продавця особливу винагороду, яку не отримують інші подібні покупці.

У статті 20 йдеться про ринкові обставини, аналогічні тим, які розглядаються у частині четвертій Розділу 20 німецького закону, оскільки в обох цих робиться наголос на обмеженні поведінки суб'єктів господарювання, що мають значно більший ринковий вплив порівняно з малими або середніми підприємцями, які є їх конкурентами. Метою німецького положення є захист малих та середніх підприємців від цін нижче собівартості, тоді як стаття 20 українського закону захищає малих та середніх підприємців взагалі від будь-якої поведінки, що створює перешкоди для їх господарської діяльності та, зокрема, від поведінки, що порушує частини першу та третю статті 19.

Нарешті, частина перша статті 21, як і частина шоста статті 20 німецького закону, забороняє об'єднанням суб'єктів господарювання відмовляти суб'єктам господарювання у прийнятті до таких об'єднань, якщо така відмова є необґрунтованою і невинуватою. Заборона стосується неприбуткових об'єднань, які організовані для об'єднання усіх учасників на певному ринку чи території, а також створення та діяльність яких не призводить до економічної концентрації та антиконкурентних узгоджених дій (частина друга статті 21).

У 2003-2007 рр. за цими чотирма статтями було розглянуто лише сім справ, що складає менше одного відсотка усіх справ про порушення, розглянутих АМКУ. Шість справ стосувалися положення про схилання у статті 18, одна – дискримінаційної поведінки об'єднання відповідно до статті 21. Наприклад, у 2004 р. АМКУ застосував статтю 18 до діяльності Спілки кооперативних працівників у м. Миколаєві, яка мала комерційне підприємство, що надавало послуги копіювання. Спілка надіслала іншим компаніям, що надавали

послуги копіювання у цьому регіоні, лист, у якому пропонувала одночасно підвищити ціни та стверджувала, що більшість інших компаній мали намір це зробити. Після цього листа були телефонні дзвінки зі Спілки з нагадуванням іншим підприємствам про дату підвищення цін. АМКУ звинуватив Спілку у порушенні частини першої статті 18 за схиляння інших суб'єктів господарювання до порушення конкурентного законодавства та наклав штраф.

У 2005 р. підприємство теплопостачання у Донецьку уклало угоду з Донецьким бюро технічної інвентаризації, згідно з якою Бюро повинно було відмовляти у наданні документів, що підтверджують право власності на землю особам, які мали велику заборгованість перед цим підприємством теплопостачання. Оскільки Бюро було єдиним органом, який за законом міг надавати підтвердження про власність на землю, його участь в угоді була кваліфікована як незаконне зловживання домінуючим становищем. Дії теплопостачального підприємства з укладання цієї угоди були кваліфіковані як схиляння відповідно до статті 18, і був накладений штраф.

АМКУ відзначає, що основною причиною відсутності справ за статтями 19 та 20 є вузькість тих обставин, в яких ці положення застосовуються. Зокрема, як АМКУ тлумачить частину четверту статті 19, розглядати справу стосовно зловживання економічною залежністю від продавця слід лише за обставин, коли продавець МСП надав особливі знижки покупцю, які не отримали інші покупці. АМКУ розглядає можливість внесення змін до частини четвертої статті 19, щоб зазначити, що економічна залежність може бути встановлена тоді, коли суб'єкт господарювання не має розумної можливості звернутися за необхідним товаром чи послугою до інших підприємств.

## **2.5 Антиконтурентні дії державних органів**

Три статті Розділу III Закону України „Про захист економічної конкуренції” (статті 15, 16 і 17) наділяють АМКУ надзвичайними повноваженнями контролювати антиконкурентні дії державних органів. Визначені у законі заборони стосуються «органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю». Як зазначено у статті 1, „органи влади та органи місцевого самоврядування” включають практично усі державні органи у гілці виконавчої влади України за винятком найвищих. Це визначення охоплює міністерства, органи, що регулюють природні монополії, органи приватизації, та Верховну Раду Автономної Республіки Крим. У сферу дії закону не входять такі суб'єкти, як Верховна Рада України, Президент, Кабінет Міністрів, суди, Національний банк України та Генеральна прокуратура<sup>23</sup>.

Стаття 15 забороняє державним органам вчиняти будь-які дії (укладання угод, бездіяльність, прийняття наказів, розпоряджень або постанов), які «привели або можуть привести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції». У частині другій статті 15 наводиться невичерпний перелік антиконкурентних дій державних органів, у тому числі:

- заборона або перешкоджання створенню нових підприємств чи встановлення обмежень на здійснення окремих видів діяльності;
- примушення суб'єктів господарювання до вступу в асоціації, концерни, міжгалузеві, регіональні чи інші форми об'єднань або здійснення узгоджених дій концентрації суб'єктів господарювання в інших формах;
- примушення суб'єктів господарювання до пріоритетного укладення договорів, першочергової поставки товарів певному колу споживачів чи першочергового їх придбання у певних продавців;
- будь-яка дія, спрямована на централізований розподіл товарів, а також розподіл ринків між суб'єктами господарювання за територіальним принципом, асортиментом товарів, обсягом їх реалізації чи закупівель або за колом споживачів чи продавців;
- встановлення заборони на реалізацію певних товарів з одного регіону країни в іншому;
- надання окремим суб'єктам господарювання пільг чи інших переваг, які ставлять їх у привілейоване становище стосовно конкурентів, що призводить або може привести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції;
- створення несприятливих чи дискримінаційних умов діяльності порівняно з конкурентами;
- заборони та обмеження самостійності підприємств, не передбачені законами України, у тому числі щодо придбання чи реалізації товарів, ціноутворення, формування програм діяльності та розвитку, розпорядження прибутком.

Заборони статті 15 доповнюються статтями 16 та 17. Стаття 16 забороняє державним органам делегувати свої повноваження суб'єктам господарювання, об'єднанням чи іншим підприємствам, якщо такі дії призводять або можуть привести до недопущення або спотворення

конкуренції. Стаття 17 забороняє дії або бездіяльність державних органів, що полягають у схваленні інших органів, суб'єктів господарювання чи офіційних осіб до порушень законодавства про захист економічної конкуренції чи легітимації таких порушень.

Стаття 15 є потужною зброєю. Якщо державний орган приймає антиконкурентний нормативний акт або рішення, АМКУ може розпочати розгляд справи і після цього видати наказ, що вимагає від цього органа скасувати або змінити нормативний акт або рішення та розірвати будь-які угоди, укладені з іншими сторонами на їх основі.

Протягом останніх п'яти років справи за статтями 15-17 склали близько 22 відсотків усіх справ, розглянутих АМКУ. Таким чином, це друга найбільша категорія після зловживання домінуючим становищем. Двома найбільш поширеними формами порушень були надання переваг суб'єктам господарювання, що ставили їх у більш вигідне становище порівняно з іншими (параграф шостий частини другої статті 15) та схвалення до порушень законодавства про захист економічної конкуренції або їх легітимації (стаття 17). Рік за роком ці дві категорії склали 40-50% усіх порушень, вчинених державними органами. Обмеження самостійності суб'єктів господарювання (параграф восьмий частини другої статті 15) та створення несприятливих дискримінаційних умов для суб'єкта господарювання (параграф сьомий частини другої статті 15) склали кожне близько 12% порушень. Ще 15% порушень стосувалися загальної заборони у частині першій статті 15 дій державних органів, що можуть призвести до недопущення чи спотворення конкуренції.

Порушення відповідно до параграфу шостого частини другої статті 15, що стосуються надання суб'єктам господарювання державних пільг, що ставлять їх у привілейоване становище, діляться на дві підкатегорії. Перша – це пряме надання таких пільг, як звільнення від оподаткування чи зниження плати<sup>24</sup>, а друга – це надання особливих чи виключних прав. Прикладом порушення першого типу є справа, яка розглядалася у 2003 р. у зв'язку з діями органу місцевого самоврядування у м. Тернопіль, який встановив для рекламодавців з поза меж Тернопільської області удвічі більшу плату за користування місцями розташування зовнішньої реклами, ніж для місцевих рекламодавців. Прикладом порушення другого типу є прийняте у 2003 р. спільне рішення Міністерства транспорту та Міністерства охорони здоров'я затвердити правила, що вимагали від вантажовідправників харчових продуктів та сировини для харчових продуктів платити за дезинфекцію порожніх залізничних вагонів, що надавалися для транспортування таких вантажів. У цих правилах зазначалося, що лише обмежена кількість підприємств мала право проводити дезинфекцію,

хоча на ринку було багато досвідчених операторів. АМКУ рекомендував змінити правила таким чином, щоб дезинфекцію могли виконувати будь-які підприємства, що відповідають чинним нормативним вимогам.

Справи за статтею 17, що стосуються «легітимації» порушень закону про захист конкуренції, найчастіше виникають у зв'язку із затвердженням органами місцевого самоврядування незаконно високих тарифів на комунальні послуги. Багато міських органів влади мають право контролювати тарифи місцевих монопольних підприємств – таких, як підприємства теплопостачання, а також водопостачання та каналізації. Затвердження тарифів, заснованих на неправильному розрахунку витрат, дозволяє монопольним підприємствам зловживати своїм домінуючим становищем і тому є легітимізацією порушення. Так, у 2003 р. АМКУ покарав Одеську міську раду за те, що вона затвердила тарифи на водопостачання, які включали завищені витрати на втрати води в системі. Місто звернулось до суду, але рішення АМКУ залишилось чинним.

Незаконне обмеження державою самостійності суб'єктів господарювання відповідно до параграфу восьмої частини другої статті 15, як правило, стосується намагань контролювати діяльність з реалізації. Так, у 2003 р. під час цінової кризи на хлібопродукти органи державної влади у деяких областях та Автономній Республіці Крим видали постанови, які обмежували або забороняли продаж зерна покупцям за межами відповідних регіонів. АМКУ рекомендував скасувати такі антиконкурентні обмеження.

Дії державних органів, внаслідок яких суб'єктам господарювання створюються несприятливі умови відповідно до параграфу сьомої частини другої статті 15, спостерігалися у різних контекстах. У 2005 р. Національна комісія регулювання електроенергетики ухвалила пропозицію Національного об'єднання енергогенеруючих компаній, яка надавала переваги компаніям, що використовують для виробництва енергії антрацит. Такі компанії отримали переваги у продажу енергії у національну мережу у порівнянні з компаніями, які використовували інші види палива. Чотири з п'яти виробників у цьому об'єднанні були державними підприємствами, які використовували антрацит. П'ятий виробник був приватним підприємством, яке використовувало в якості палива газифіковане вугілля. АМКУ примусив НКРЕ припинити надання таких переваг.

## 2.6 Недобросовісна конкуренція

Закон України „Про захист від недобросовісної конкуренції”, що набрав чинності 1 січня 1997 р., містить переглянута та розширену версію заборон недобросовісної конкуренції, які були сформульовані у початковому Законі України „Про захист економічної конкуренції” 1992 р. Закон України „Про захист від недобросовісної конкуренції” «спрямований на встановлення, розвиток і забезпечення торгових та інших чесних звичаїв ведення конкуренції при здійсненні підприємницької діяльності в умовах ринкових відносин». Стаття 1 визначає недобросовісну конкуренцію у загальній формі як дії, «що суперечать правилам, торговим та іншим чесним звичаям у підприємницькій діяльності». Це формулювання взяте з Паризької конвенції про захист промислової власності, яку Україна підписала<sup>25</sup>.

У Главі 2 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” в основному розглядається неправомірне використання одним суб'єктом господарювання ділової репутації іншого суб'єкта господарювання (підприємця. Перші три статті (4–6) забороняють будь-якій особі неправомірне використання назв інших фірм, товарних знаків рекламних матеріалів, інших подібних позначень, що може призвести до змішування з діяльністю іншого господарюючого суб'єкта (стаття 4); зняття позначень виробника і введення у господарський обіг під своїм позначенням товару іншого виробника (стаття 5); а також копіювання зовнішнього вигляду виробу іншого суб'єкта господарювання, що може призвести до змішування з діяльністю іншого господарюючого суб'єкта (стаття 6). Останнє положення цієї глави у статті 7 забороняє порівняльну рекламу за виключенням випадків, коли наведені відомості про товари, роботи, послуги підтверджені фактичними даними, є достовірними, об'єктивними, корисними для інформування споживачів.

У перших семи з восьми статей Глави 3 йдеться про отримання незаконних переваг у конкуренції шляхом (1) поширення у будь-якій формі неправдивих, неточних або неповних відомостей, пов'язаних з діяльністю господарюючого суб'єкта (стаття 8); (2) нав'язування товарів чи послуг (стаття 9); (3) схилення третіх сторін до бойкоту конкурента, розірвання договору з ним або його дискримінація (статті 10-12); а також (4) підкупу працівника компанії для неналежного виконання договору між конкурентом та компанією, що ставить конкурента у складне становище (ст. 13-14). В останньому положенні Глави 3 у статті 15 говориться, що неправомірну перевагу у конкуренції також можна одержати шляхом порушення чинного законодавства. Справу за статтею 15 можна розглядати лише у



випадку, коли є обґрунтовані докази провини, встановлені органом, що відповідає за дотримання іншого закону, який було порушено.

У Главі 4 основна увага приділяється захисту комерційної таємниці. Перші три статті забороняють незаконне збирання (стаття 16), розголошення (стаття 17), або схилення до розголошення (стаття 18) комерційної таємниці, коли таке збирання або розголошення завдало або могло завдати шкоди господарюючому суб'єкту. Останнє положення статті 19 забороняє неправомірне використання комерційної таємниці під час планування чи здійснення підприємницької діяльності.

Останнє положення у статті 33 є частиною процедурних положень Глави 6 Закону. Відповідно до цієї статті, суб'єкти господарювання, що розробляють правила професійної етики, повинні погоджувати їх з АМКУ перед застосуванням. Проте недотримання цієї вимоги не визначається як недобросовісна конкуренція і не передбачає жодного покарання.

За останні п'ять років справи про недобросовісну конкуренцію склали менше 3% від загальної кількості справ, розглянутих АМКУ. Більшість порушень, пов'язаних з недобросовісною конкуренцією (близько 56%), стосувались створення плутанини стосовно конкурента відповідно до статті 1 або незаконного використання репутації іншого господарюючого суб'єкта відповідно до статті 4, зокрема, використання чужого фірмового найменування та упаковки продукції. Інші дві значні категорії справ стосувались досягнення неправомірних переваг відповідно до статті 15 (20%) та дискредитації господарюючого суб'єкта за статтею 8 (17%). Випадки нав'язування (примусовий асортимент) відповідно до статті 9 є нечастими (близько 2%), оскільки більшість порушень, пов'язаних з примусовим асортиментом, скоєні домінуючим суб'єктом господарювання, отже АМКУ розглядає таку поведінку відповідно до статті 13 Закону України „Про захист економічної конкуренції”.

Типова справа за статтею 1 стосувалася маркетингу кормів для собак та кішок компанією „Боно-Україна”, дочірньою компанією чеської фірми „КСК-Боно”. Продукція компанії „Боно-Україна” продавалася під фірмовим найменуванням «Супер Баланс», але кольори на упаковці дуже нагадували кольори на упаковках продуктів «Педігрі» та «Віскас», які випускаються корпорацією „Марс”. АМКУ зробив висновок, що пакування могло ввести в оману покупців та наклав штраф у розмірі 85 000 гривень (12 143 євро) на «Боно-Україна» і 1700 гривень (243 євро) на „КСК Боно”. Справи, розглянуті АМКУ протягом останніх п'яти років у зв'язку з неправомірним

використанням фірмового найменування за статтею 4, стосувалися таких всесвітньо відомих марок як „Мартіні” (2003 р.), „Мерседес-Бенц” (2003 і 2005 рр.), „Пепсі” (2003 р.) „Рено” (2004 р.) та „Рафаелло” (2005 р.).

У 2006 р., у справі про завдання шкоди репутації іншому суб'єкту господарювання за статтею 8 АМКУ звинуватила ТОВ „Імуноген-Україна”, постачальника вакцини проти грипу «Грипол», у тому, що ця компанія направила деяким органам охорони здоров'я України листи, які дискредитували компанію-конкурента „Берег-Сервіс”, яка постачала той самий продукт. У листах компанії „Імуноген” стверджувалося, що вакцина „Грипол”, імпортована в Україну компанією „Берег-Сервіс”, не відповідає вимогам контролю якості та може створити загрозу для життя та здоров'я пацієнтів. Розслідування показало, що у компанії „Імуноген” не було жодних суттєвих підстав для такого ствердження. Компанія „Імуноген” виконала рекомендацію АМКУ спростувати цю неправдиву інформацію.

У справі за статтею 15 про неправомірні конкурентні переваги, досягнуті шляхом порушення чинного на той час Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”, АМКУ наклав штраф на компанію „Славія-Авто”, яка забезпечувала обласні пасажирські перевезення у місті Житомир. Компанія „Славія-Авто” мала перевагу над своїми конкурентами, оскільки, як це з'ясував обласний орган автомобільного транспорту, не отримала ліцензію, яка потрібна для надання таких комерційних транспортних послуг.

На основі свого досвіду застосування Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” АМКУ підготував пакет змін. Ці пропозиції були подані до Верховної Ради у червні 2007 року і наразі розглядаються. Вони уточнюють заборони у статтях 4, 10-14 та 17, видаляють заборону примусового асортименту у статті 9, а також уточнюють деякі процедури з метою їх узгодження з процедурами, що визначені у Законі України „Про захист економічної конкуренції”. Ще одна запропонована АМКУ зміна у цьому пакеті впливає з того факту, що, хоча Закон України „Про захист від недобросовісної конкуренції” охоплює поширення суб'єктом господарювання неправомірної інформації про конкурентів, він не охоплює поширення суб'єктом господарювання неправомірної інформації про самого себе. Тому у пакеті зі змінами є нова стаття (стаття 151), яка визначає недобросовісну конкуренцію більш широко та охоплює одержання переваги у конкуренції шляхом поширення неправомірної інформації.

## 2.7 Державні закупівлі

АМКУ завжди був відповідальним за дотримання конкурентного законодавства у сфері державних закупівель товарів та послуг. За роки діяльності він розглядав справи про фальсифікацію результатів конкурсів та інші антиконкурентні дії у сфері закупівель, а також відіграв роль роль захисника конкуренції у процесі розробки законодавства та нормативно-правових актів, що регулюють процес закупівель.

АМКУ одержав офіційні, законні повноваження щодо адміністрування процесу закупівель у березні 2006 р., коли йому передали деякі функції, які раніше виконував Департамент координації державних закупівель («ДКДЗ») Міністерства економіки. У березні 2007 року ця роль АМКУ була ще більш уточнена в результаті внесення змін, затверджених у грудні 2006 р. Відповідно до чинного законодавства, обов'язки АМКУ у сфері закупівель включають:

- проведення перевірок дотримання органами законодавства про державні закупівлі;
- підготовка протоколів із детальними звітами про адміністративні правопорушення, виявлені працівниками АМКУ під час перевірок проведення державних закупівель та передача справ про серйозні порушення на розгляд інших компетентних правоохоронних органів;
- подання Кабінету Міністрів пропозицій про призначення головного органу у державних закупівлях з декількома замовниками;
- забезпечення дотримання конкурентного законодавства у сфері закупівель з приділенням особливої уваги фальсифікації результатів конкурсів та іншим подібним порушенням процедур закупівель;
- співробітництво з іншими органами державної влади України для попередження корупції у процедурах закупівель, а також з іншими державами та міжнародними організаціями у сфері закупівель у цілому.

АМКУ також відіграє важливу роль у діяльності Міжвідомчої комісії з питань державних закупівель, яка відповідає, серед іншого, за розгляд скарг про порушення тендерних процедур органами у сфері закупівлі, які надають дозволи на проведення торгів з обмеженою кількістю учасників та закупівлі в одного постачальника, а також за виведення з тендерних комітетів замовників тих членів, які порушують

правила. Представник АМКУ займає одне з одинадцяти місць у Міжвідомчій комісії, і АМКУ надає Комісії «організаційне та методологічне» забезпечення, тобто працівники АМКУ виконують функції секретаріату Комісії, готують необхідні документи та аналітичні матеріали для розгляду на засіданнях Комісії. За період з березня 2006 р., коли на АМКУ були покладені обов'язки з контролю над державними закупівлями, до кінця 2007 р. працівники АМКУ розглянули понад 7400 пакетів заяв на проведення закупівель, перевірили понад 3000 процедур закупівель, передали 150 справ про серйозні порушення до правоохоронних органів та підготували аналітичні матеріали для Міжвідомчої комісії з питань державних закупівель, що стосуються понад 2700 запитів про надання дозволу провести торги з обмеженою кількістю учасників та закупівлі з одного джерела.

У березні 2007 р. АМКУ створив департамент державних закупівель, який виконує обов'язки АМКУ у сфері державних закупівель. На прохання Комітету Верховна Рада виділила додатково 7,13 млн. гривень (1,03 млн. євро) на 2007 рік для фінансування діяльності цього департаменту, в якому працюють 40 спеціалістів. Досвід АМКУ показав, що фактичні витрати на діяльність у сфері закупівель перевищили бюджетний запит у декілька разів. Передача АМКУ функцій контролю за державними закупівлями викликала у деякого стурбованість стосовно розумності поєднання в одному органі оперативних та аудиторських функцій, а також стосовно наявності в АМКУ достатніх ресурсів для виконання таких додаткових обов'язків.

У вересні 2007 р. Кабінет Міністрів подав Президенту України пропозицію стосовно подальшого перегляду конкурентного законодавства для зменшення ролі АМКУ в адмініструванні системи державних закупівель та відновлення статусу Міністерства економіки як основного адміністративного органу у цій сфері. Офіційна позиція АМКУ полягає в тому, що він хотів би обмежити свої обов'язки у сфері державних закупівель наступними сферами: (1) контроль за дотриманням конкурентного законодавства у частині, що стосується державних закупівель; (2) проведення перевірок дотримання замовниками законодавства про державні закупівлі та передача інформації про порушення відповідним правоохоронним органам; (3) подання Кабінету Міністрів та Рахунковій палаті піврічних звітів про закупівельну діяльність державних організацій; а також (5) співробітництво з українськими державними організаціями для попередження корупції у процесах закупівель, а також з іншими країнами та міжнародними організаціями в галузі закупівель в цілому.

## 2.8 Державна допомога

Відповідно до статті 51 Угоди про партнерство та співробітництво (УПС) між Україною та ЄС Україна має забезпечувати, щоб її законодавство «поступово було приведене у відповідність до законодавства Співтовариства» у різних сферах, включаючи «правила конкуренції». Крім того, у статті 49 окремо встановлено ряд зобов'язань, призначення яких - не допустити антиконкурентні дії, що можуть спотворити умови торгівлі між Україною та ЄС. Зокрема, сторони погоджуються, що вони (1) забезпечать наявність і виконання законів спрямованих проти обмежень конкуренції, до яких вдаються підприємства, що знаходяться в їх юрисдикції, (2) утримаються від надання будь-якої державної допомоги окремим підприємствам, що спотворює конкуренцію між Співтовариством та Україною, (3) не підтримувати буд-які заходи, що спотворюють конкуренцію стосовно державних підприємств або підприємств, яким держави-члени або Україна надають виключні права (з застереженням, що така вимога «не заважає виконанню, де-юре, або де-факто, конкретних завдань, покладених на такі підприємства»).

Ці зобов'язання віддзеркалюють статті 81, 82, 86 та 87 Угоди ЄС. Статті 81 та 82, звичайно, є положеннями, в яких розглядаються узгоджені дії та зловживання монопольним (домінуючим) становищем, а також створюється основа для нормативних актів, що стосуються концентрацій. У статті 86 зазначається, що країни-члени ЄС, надаючи особливі чи виняткові права державним чи приватним підприємствам, «не можуть приймати або зберігати чинними будь-які положення всупереч правилам, що містяться у цій Угоді», у тому числі правилам, що містяться у статтях 81 та 82. Стаття 87, в якій йдеться про державну допомогу, забороняє країнам-членам надавати допомогу, яка «спотворює чи загрожує спотворити конкуренцію, сприяючи деяким підприємствам чи виробництву деяких товарів».

Україна вважає, що її конкурентне законодавство відповідає вимогам статей 49 і 51 УПС, за виключенням положень про державну допомогу статті 87 Угоди ЄС. Правила конкуренції, що визначені у статтях 81 і 82 Угоди ЄС, прямо відображені у Законі України „Про захист економічної конкуренції”. Що стосується статті 86 Угоди ЄС, АМКУ вважає, що жодне з підприємств, яким Україна надала особливі чи виключні права, не було виведене з-під дії Закону України „Про захист економічної конкуренції”, навіть ті підприємства, що надають послуги загального економічного інтересу у значенні частини другої статті 86 Угоди ЄС.

Що стосується державної допомоги, в її координуванні наразі беруть участь багато органів державної влади в Україні, але АМКУ є єдиним органом, що має повноваження оцінювати державну допомогу та забороняти її, якщо вона може мати негативний вплив на конкуренцію. Механізм контролю з боку АМКУ оснований на статті 20 Закону України „Про АМКУ” та частини другої статті 15 Закону України „Про захист економічної конкуренції”. Перша з цих статей вимагає від державних органів погоджувати з АМКУ проекти нормативно-правових актів та інших рішень, що можуть вплинути на конкуренцію. Як говорилось раніше, стаття 15 забороняє антиконкурентні дії держави, включаючи надання «пільг чи інші переваги», які ставлять їх у привілейоване становище стосовно конкурентів, що призводить або може призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції. Так, якщо на розгляд до АМКУ подається антиконкурентна пропозиція про державну допомогу, і ця допомога передбачає антиконкурентні «пільги чи інші переваги» у значенні статті 15, АМКУ має право не надати згоду і таким чином не допустити надання такої допомоги. Якщо реалізація програми допомоги розпочинається до того, як АМКУ стане про це відомо, Комітет може відкрити провадження проти відповідного державного органу за статтею 15 та, нарешті, видати наказ з вимогою до цього органу припинити реалізацію програми. Утім, цього буде замало, якщо допомога вже надана, оскільки наказ АМКУ відповідно до статті 15 діє лише проти цього органу, і в законі немає положення, яке передбачало б повернення одержувачем вже отриманої допомоги. Крім того, деякі види допомоги важко кваліфікувати як «пільги чи інші переваги», до того ж не всі пропозиції щодо державної допомоги подаються на розгляд до АМКУ.

У 2004 р. Верховна Рада України розглянула та відхилила проект Закону України „Про контроль за державною допомогою”, наблизений до законодавства про державну допомогу ЄС. У 2007 р. також не пройшла пропозиція, висунута як доповнення до Закону України „Про захист економічної конкуренції”, але вона не забезпечувала повернення незаконно отриманої державної допомоги та не містила положення, які повністю відповідали б вимогам ЄС щодо повідомлення інформації. АМКУ вже підготував нову пропозицію для розгляду Верховною Радою у 2008 р. Ця пропозиція: 1) дає широке визначення «державної допомоги»; 2) встановлює ефективну систему визначення пропозицій про надання державної допомоги, забезпечує їх попередній розгляд АМКУ та подання звіту про затверджену допомогу; 3) робить можливим повернення одержувачами незаконно наданої допомоги.

## 2.9 *Захист споживачів*

Як зазначалось раніше, у Конституції України зазначено, що «держава захищає права споживачів» (стаття 42). Закон України „Про захист прав споживачів” був прийнятий у травні 1991 р., ще навіть до проголошення незалежності України, а Закон України „Про рекламу” був прийнятий в 1996 р. Основна відповідальність за забезпечення виконання обох цих законів покладена на Державний комітет з питань технічного регулювання та споживчої політики. Цей комітет, як і АМКУ, є центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом.

Закон України „Про права споживачів” захищає лише споживачів, які є фізичними особами, отже він не стосується суб’єктів господарювання. Його положення торкаються широкого ряду тем стосовно прав споживачів, включаючи маркування продукції, безпеку, гарантії, типові умови договору, угоди про обслуговування, повернення та відкликання. Він також забороняє «нечесну підприємницьку практику», яка включає, крім іншого, дії, визначені в інших законах як «недобросовісна конкуренція» (стаття 19). Відповідно до положень цього закону, які стосуються повноважень та компетенції (стаття 27), АМКУ є виключно відповідальним за забезпечення дотримання цього закону по відношенню до будь-яких дій, що також становлять порушення Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”.

Закон України „Про рекламу” відрізняється від Закону України „Про захист прав споживачів”, оскільки він захищає не лише фізичних осіб, а й підприємців та юридичних осіб. Цей закон стосується недобросовісної реклами та реклами, що вводить в оману чи містить неповну інформацію. У статті 11 вказується, що відносини, які виникають у зв’язку з порівняльною рекламою, «регулюються законодавством України про захист від недобросовісної конкуренції», а стаття 26 робить АМКУ виключно відповідальним за забезпечення дотримання цього закону по відношенню до будь-яких дій, що також становлять порушення Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”. Це стосується не лише порівняльної реклами, а й також (як приклад) реклами, яка дискредитує іншого суб’єкта господарювання відповідно до статті 8 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”. АМКУ та Комітет з питань технічного регулювання та споживчої політики тісно співпрацюють, обмінюються інформацією про отримані скарги та координують розслідування справи про рекламу, в яких не можна одразу встановити, до чієї компетенції вони відносяться.

### 3. Інституційні питання: Структури та практика контролю за дотриманням законодавства

#### 3.1 Установи конкурентної політики

Антимонопольний комітет України (АМКУ) – «державний орган зі спеціальним статусом». Елементи цього статусу включають встановлені законом процедури призначення та звільнення службовців комітету, його виведення з-під контролю виконавчої гілки влади, його роль у формуванні національної конкурентної політики, а також деякі гарантії щодо статусу та оплати праці керівництва та працівників АМКУ (Закон України „Про АМКУ”, стаття 1).

Комітет як колегіальний орган складається з Голови та десяти державних уповноважених. Порядок призначення та звільнення Голови та державних уповноважених АМКУ визначений у Конституції України. Прийнята у 1996 р. Конституція встановлювала, що Голова АМКУ призначається та звільняється Президентом України за згодою Верховної Ради, тоді як інші державні уповноважені призначаються та звільняються Президентом України за поданням Прем'єр-міністра на основі пропозицій Голови АМКУ. Одним з наслідків Помаранчевої революції наприкінці 2004 р. було прийняття змін до Конституції, що зменшили повноваження Президента та наблизили систему державного управління до парламентської моделі з сильним Прем'єр-міністром, якого обирає коаліція більшості у Верховній Раді України. Внаслідок змін до Конституції, які набули чинності 1 січня 2006 р., право призначати керівництво АМКУ перейшло від Президента до Прем'єр-міністра, тоді як інші державні уповноважені призначаються Верховною Радою за поданням Прем'єр-міністра на основі пропозицій Голови АМКУ (Конституція, статті 85 і 116). Право звільнювати Голову АМКУ тепер належить виключно Верховній Раді та не залежить від рекомендацій Прем'єр-міністра чи Президента.

Дехто вважає, що перехід до Прем'єр-міністра контролю за процесом призначення Голови АМКУ та державних уповноважених є небажаним, оскільки це надто тісно пов'язує АМКУ з виконавчою владою. У політичній системі України Президент не вважається частиною виконавчої влади і тому звичайно розглядається як більш прийнятний орган для призначення членів автономних органів влади. АМКУ висловив ідею щодо повернення Президенту повноваження призначати керівництво АМКУ, але поки що не досяг прогресу у вирішенні цього питання. Не виключено, що можливість повернутися до цього питання буде при новому уряді.



Строк повноважень Голови Антимонопольного комітету України становить сім років. Голова Антимонопольного комітету України не може призначатися на цю посаду більше ніж на два строки підряд. Голова може бути звільнений з посади лише за станом здоров'я або у випадку скоєння злочину. Так само, строк повноважень державних уповноважених становить сім років, але для них немає обмежень стосовно кількості строків<sup>26</sup>. Звільнення уповноважених дозволяється лише тільки за станом здоров'я, у випадку скоєння злочину чи за серйозне порушення службових обов'язків. Два «перших заступники» та три «заступники» Голови призначаються зі складу державних уповноважених та звільняються Кабінетом Міністрів за поданням Прем'єр-міністра на основі пропозицій Голови АМКУ. У статті 11 Закону України „Про АМКУ” визначається, що всі уповноважені повинні мати вищу, як правило, юридичну або економічну освіту і стаж роботи за фахом не менше п'яти років за останні десять років до призначення. Нинішній склад державних уповноважених АМКУ включає шістьох юристів та трьох економістів (один з них – Голова АМКУ). Що стосується інших двох державних уповноважених, один з них має технічну освіту та раніше був членом Комітету, а другий має підприємницький досвід. П'ять державних уповноважених є колишніми працівниками АМКУ.

У різних положеннях Закону України „Про АМКУ” та Закону України „Про захист економічної конкуренції” говориться про виконання повноважень Комітету підпорядкованими працівниками та підрозділами, включаючи «адміністративні колегії»<sup>27</sup>. На рівні центрального апарату такі складаються з трьох державних уповноважених або державних уповноважених та голів територіальних відділень. Адміністративні колегії на рівні територіальних відділень складаються з голови територіального відділення та двох працівників територіального відділення, або, з дозволу Голови АМКУ, посадових осіб Комітету. Кворум у Комітеті та будь-якій колегії складається з більшості членів, і рішення приймаються більшістю присутніх членів. Якщо Комітет у повному складі переглядає рішення колегії, кворумом вважається більшість державних уповноважених за виключенням тих, які брали участь у прийнятті рішення, що переглядається.

Центральний апарат АМКУ розташований у Києві. Закон України „Про АМКУ” дозволяє створити 27 територіальних відділень, по одному у кожній з 24 областей, а також в Автономній Республіці Крим, місті Києві та місті Севастополі. Голови регіональних відділень та їх заступники призначаються та звільняються Головою АМКУ. Закон України „Про АМКУ” чітко забороняє встановлення обов'язку погодження призначення голів територіальних відділень та їх

заступників з іншими органами державної влади чи місцевого самоврядування (стаття 12).

Закон України „Про АМКУ” надає АМКУ широку інституційну самостійність. Стаття 19 вказує, що АМКУ в своїх діях керується лише законодавством про захист економічної конкуренції та є незалежним від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, суб’єктів господарювання, політичних партій та інших об’єднань громадян. Будь-які втручання або спроби впливу на виконання працівниками Антимонопольного комітету України їх службових обов’язків забороняється. Хоча у статті 2 вказано, що АМКУ «підконтрольний» Президенту України, Президент не має повноважень керувати діяльністю АМКУ.

## **3.2 Контроль за дотриманням конкурентного законодавства**

### *3.2.1 Рекомендаційні висновки*

Закон України „Про захист економічної конкуренції” забезпечує два формальних механізми, за допомогою яким суб’єкти господарювання можуть отримати від АМКУ висновки про правовий статус тих чи інших форм поведінки. Відповідно до статті 14, суб’єкти господарювання можуть надати АМКУ інформацію про спільні або односторонні дії та отримати висновки АМКУ щодо відповідності цих дій суб’єктів господарювання положенням статей 6, 10 та 13 цього Закону<sup>28</sup>. Висновки за статтею 14 обмежені за обсягом і не можуть, наприклад, містити відповідь на питання, чи необхідно про надання дозволу на узгоджені дії за статтею 10 подавати заяву або такі дії підпадають під існуюче блочне звільнення. Суб’єкт господарювання, якому потрібен висновок АМКУ з подібних питань, може використати іншу процедуру, яка передбачена статтею 29 Закону України „Про захист економічної конкуренції” і розглядається далі. У 2003-2007 рр. АМКУ надав 57 висновків за статтею 14, причому всі вони стосувалися узгоджених дій.

Другий спосіб отримання висновків АМКУ забезпечує стаття 29 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, згідно з якою будь-який потенційний заявник, що має намір здійснити узгоджені дії або концентрацію, може отримати від АМКУ «попередні висновки» про можливість таких дій<sup>29</sup>. Документація, необхідна для такого запиту, суттєво менша за обсягом, ніж у випадку, коли потрібно подати офіційну заяву про надання дозволу за статтею 26. Якщо заява за статтею 29 включає достатньо інформації для того, щоб надати

відповідь, АМКУ надасть висновок стосовно необхідності отримувати дозвіл на узгоджені дії чи концентрацію та ймовірність його надання. АМКУ зобов'язаний відповісти на заяву за статтею 29 протягом одного місяця. Висновок АМКУ про те, що дозвіл необхідний та може бути наданий, не звільняє заявника від подання офіційної заяви про надання дозволу<sup>30</sup>. Найчастіше стаття 29 застосовується, коли суб'єкти господарювання бажають отримати підтвердження від АМКУ свого власного висновку, що для конкретної концентрації дозвіл АМКУ не потрібен. За останні п'ять років АМКУ розглянув 549 заяв за статтею 29, з яких 422 (77%) стосувалися концентрації, 127 – узгоджених дій.

### *3.2.2 Заяви про надання дозволу на концентрацію та узгоджені дії*

Процедури розгляду заяв про надання дозволу на узгоджені дії та концентрацію викладені у Розділі VII Закону України „Про захист економічної конкуренції” та більш детально описані у Розпорядженні АМКУ № 26 (2002 р.), що стосується узгоджених дій, та Розпорядженні № 33 (2002 р.), що стосується концентрації. Відповідно до статті 26 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, що процес отримання дозволу починається з подання заяви та додаткових документів. Якщо йдеться про дозвіл на концентрацію, подані документи повинні містити інформацію про цю операцію та всіх її «учасників», тобто вимоги до документації стосуються кожного суб'єкта господарювання, пов'язаного відносинами контролю з кожним учасником концентрації<sup>31</sup>. У Розпорядженні № 33 зазначається, що кожний такий суб'єкт господарювання повинен надати установчі документи, фінансові звіти та інформацію про кожний ринок, на якому цей суб'єкт господарювання веде діяльність (включаючи дані про виробництво та частку ринку, а також дані про основних постачальників, клієнтів та конкурентів). У випадку ворожого поглинання, коли суб'єкт господарювання, що є об'єктом поглинання, відмовляється надати необхідну документацію, заявник може звернутися до АМКУ з проханням наказати цьому суб'єкту господарювання надати таку інформацію.

Спектр документів, які необхідно подавати, оскільки відповідні вимоги стосуються усіх членів групи контролю, є предметом скарг практиків, які зазначають, що інформацію необхідно вимагати тільки від учасників транзакції, їх материнських компаній, а також будь-яких афілійованих суб'єктів господарювання, що працюють на відповідних ринках та задіяні у цій транзакції. На практиці у випадках, коли групи суб'єктів господарювання, пов'язаних між собою відносинами контролю, є великими, заявники подають менше документів, ніж це вимагається правилами, і потім ведуть переговори з АМКУ, щоб він

прийняв цей неповний пакет документів<sup>32</sup>. Звичайно, у таких переговорах останнє слово завжди залишається за АМКУ, і завжди є заявники, які вважають вимоги надмірними.

Заява вважається прийнятою до розгляду після п'ятнадцяти днів з дня її надходження, якщо АМКУ не повідомив заявнику, що подані документи не відповідають вимогам (частина друга статті 26). Після прийняття заяви АМКУ може опублікувати деяку інформацію про неї, щоб отримати відгуки від третіх сторін (Розпорядження 33, пункт 4.2.8). Після цього Комітет має 30 днів, щоб визначити, чи розпочинати розгляд справи. Якщо протягом 30 днів розгляд справи не розпочався, рішення про надання дозволу вважається прийнятим.

Формальний розгляд справи може розпочатися, якщо АМКУ виявить причини для ненадання дозволу на концентрацію або потрібне поглиблене дослідження чи консультація експерта (стаття 30). Наказ про початок розгляду справи може бути опублікований протягом п'яти днів, з тією ж метою отримання інформації від третіх сторін (Розпорядження № 33, пункт 4.3). Заявнику надсилається повідомлення, від нього також можуть вимагати надання додаткової інформації та усних відповідей на запитання. Протягом розгляду справи АМКУ також може запитати інформацію у третіх сторін, і треті сторони, якщо ця справа може зачепити їх права чи інтереси, призначають експерта-консультанта та проводять усні слухання.

Строк розгляду справи не може перевищувати трьох місяців з моменту подання заявником необхідної інформації (у тому числі будь-яких експертних висновків). Відлік часу припиняється, якщо справу не можна вирішити до отримання результатів відповідних процедур. Якщо АМКУ не прийняв рішення до закінчення тримісячного періоду, дозвіл вважається наданим. Як повідомляють практики, іноді вони отримують від АМКУ запити про надання інформації від АМКУ, що, на їх погляд, є лише приводом для припинення відліку часу (як правило, це відбувається, коли Комітет отримав більше заяв про надання дозволу на концентрацію, ніж він може розглянути протягом зазначеного періоду).

АМКУ може також припинити розгляд справи без прийняття рішення по суті, якщо заявник звернеться з проханням щодо відкликання заяви або припинення розгляду чи не зможе надати необхідну інформацію. Перед оприлюдненням рішення про відмову у наданні дозволу АМКУ може пояснити заявникам підстави відмови та надати їм можливість для спростування (Розпорядження 33, розділ 4.8). Заявник також може запропонувати умови, які він може виконати, щоб отримати дозвіл АМКУ. Інформація про остаточне рішення АМКУ

щодо заяви надається заявнику і може бути опублікована в офіційному урядовому віснику або оприлюднена іншим чином.

Процедура розгляду заяв про надання дозволу на узгоджені дії є такою ж самою, як і для заяв про надання дозволу на концентрацію, за винятком того, що після прийняття заяви АМКУ має не 30 днів, а три місяці для прийняття рішення стосовно відкриття справи<sup>33</sup>. Після відкриття справа про узгоджені дії повинна бути розглянута у той самий 3-місячний термін, що і справа про концентрацію.

Хоча рішення АМКУ про відмову надати дозвіл на узгоджені дії або концентрацію можуть бути переглянуті в судовому порядку, Закон України „Про захист економічної конкуренції” забезпечує іншу можливість для сторін, які вважають, що запропоновані ними дії мають бути дозволені, навіть якщо вони не готові оспорювати законність рішення АМКУ. Частина третя статті 10 та частина друга статті 25 передбачають, що протягом 30 днів після прийняття рішення АМКУ сторони можуть звернутися до Кабінету Міністрів України за дозволом здійснити узгоджені дії або концентрацію на підставі того, що позитивний ефект для суспільних інтересів буде досить великим, щоб переважити негативні наслідки обмеження конкуренції. У Законі також сказано, що Кабінет Міністрів України може не надати такий дозвіл, якщо запропоновані дії призведуть до обмежень, які не є необхідними для досягнення мети відповідної дії, або якщо створені в її результаті обмеження конкуренції «становлять загрозу системі ринкової економіки»<sup>34</sup>.

Процедури розгляду Кабінетом Міністрів таких звернень щодо надання дозволу встановлені у статті 13 Закону України „Про захист економічної конкуренції” та доповнені у Постанові КМУ<sup>35</sup>. Заява про надання дозволу повинна включати детальне обґрунтування пропозиції, включаючи «техніко-економічне обґрунтування передбачуваних позитивних наслідків з відповідними розрахунками соціальних, економічних та інших наслідків». Після отримання заяви відповідно до вимог Міністерство економіки збирає комісію незалежних експертів для оцінки позитивних та негативних наслідків запропонованих дій. Оприлюднюється повідомлення про заяву, і будь-які отримані публічні коментарі передаються експертній комісії. Рішення комісії подають до КМУ разом з рекомендацією, підготованою міністерством.

Кабінет Міністрів повинен прийняти «мотивоване рішення» про надання дозволу чи відмову у його наданні<sup>36</sup>. Якщо КМУ вирішить надати дозвіл, він може встановити умови та вимоги, призначені усунути або зменшити негативні наслідки запропонованих дій. Однак,

такі умови не можуть «бути спрямовані на здійснення тривалого контролю» за цією діяльністю. Виконання Постанови КМУ покладено на АМКУ, якому допомагає міністерство<sup>37</sup>. Обидва органи контролюють подальшу діяльність заявника, щоб переконатися, що умови дозволу виконуються, а також оцінити ступінь досягнення запланованих переваг у порівнянні з отриманими негативними наслідками. Невиконання заявником зобов'язань, або недосягнення очікуваних позитивних наслідків може спричинити внесення змін до дозволу, виданого КМУ, або його вилучення.

Повноваження КМУ надавати дозвіл після того, як АМКУ відмовив у його наданні, діє з початку 2002 р. За цей час КМУ надав дозвіл у чотирьох випадках, один з яких стосувався узгоджених дій, інші – концентрації. Ця справа описана раніше в цьому звіті. Деякі спостерігачі, зокрема з числа міжнародних експертів з конкуренції, висловили стурбованість стосовно того, що цей механізм надання дозволу КМУ є серйозним обмеженням повноважень та самостійності АМКУ. АМКУ не погоджується з цим і зазначає, що оцінка ефекту для суспільних інтересів, яку виконує Кабінет Міністрів, виходить за межі законних повноважень АМКУ.

### 3.2.3 *Справи про порушення*

З метою виявлення порушень конкурентного законодавства Закон України „Про АМКУ” дозволяє йому проводити «перевірки щодо дотримання вимог» суб'єктів господарювання та органів влади, особисто у приміщенні відповідного суб'єкта господарювання або за допомогою запитань у письмовій формі (параграф четвертий частини першої статті 7). Перевірки на місцях можуть бути планові або непланові. У ході розслідувань АМКУ може посилатися на частину першу статті 22 Закону України „Про АМКУ”, відповідно до якої суб'єкти господарювання, об'єднання, органи влади, інші юридичні та фізичні особи повинні на вимогу АМКУ подавати документи та інші носії інформації (у тому числі конфіденційні дані, письмові пояснення та усні відповіді на їх запитання)<sup>38</sup>. Відмова надати АМКУ інформацію або надання неповної чи неточної інформації становить порушення закону відповідно до Закону України „Про захист економічної конкуренції”<sup>39</sup>. Для того, щоб визначити, які ринки слід перевірити, АМКУ аналізує скарги, попередній досвід застосування законодавства, новини та іншу публічно доступну інформацію.

Закон України „Про захист економічної конкуренції” містить положення про програму звільнення від відповідальності, метою якої є сприяння викриттю незаконних узгоджених дій. Відповідно до частини

п'ятої статті 6, особа, яка першою повідомила АМКУ про узгоджені дії, про які раніше АМКУ було невідомо, звільняється від будь-якої відповідальності. Це положення не захищає суб'єкта господарювання, який був ініціатором порушення, і діє лише тоді, коли суб'єкт господарювання припинив участь у незаконній діяльності та надав АМКУ всю відповідну інформацію, яку він мав. До цього часу не було жодного випадку отримання повідомлень відповідно до цієї програми звільнення від відповідальності.

Якщо скарга чи попереднє розслідування виявить проблематичні дії, АМКУ має два методи вирішити проблему, не починаючи офіційного розслідування. Перший може застосовуватися, коли в АМКУ є інформація, що конкуренція була деяким чином порушена, але цієї інформації (без подальшого розслідування) недостатньо для того, щоб встановити, чи мало місце порушення Закону України „Про захист економічної конкуренції”. У цій ситуації АМКУ може застосувати параграф п'ятий частини третьої статті 7 Закону України „Про АМКУ”. Це положення дозволяє АМКУ надавати «обов'язкові для розгляду рекомендації» суб'єктам господарювання, об'єднанням та органам влади на рівні міністерства і нижче щодо здійснення заходів, спрямованих на обмеження монополізму, розвиток підприємництва і конкуренції, запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, а також щодо припинення «дій або бездіяльності, які можуть мати негативний вплив на конкуренцію». Рекомендація є «обов'язковою для розгляду», тому що одержувач за законом повинен розглянути рекомендацію і прийняти її або надати обґрунтовані підстави для її відхилення. АМКУ часто використовує ці свої повноваження, але найчастіше не в контексті забезпечення дотримання законодавства, а з метою надання рекомендацій, що сприяють конкуренції. Утім, у деяких ситуаціях АМКУ надає рекомендації припинити дії чи бездіяльність, що мають негативні наслідки для конкуренції<sup>40</sup>. Наприклад, якщо підприємства тепло- та водопостачання надавали послуги гірше тих, які передбачені відповідними тарифами, АМКУ рекомендує цим підприємствам зробити знижки для постраждалих споживачів, якщо вони цього ще не зробили<sup>41</sup>.

Другий метод застосовується, коли АМКУ вважає, що сталося порушення. Відповідно до статті 46 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, АМКУ може надіслати потенційному відповідачеві лист з рекомендацією припинити незаконні дії (та їх причини) та пропозиціями щодо усунення негативних наслідків цих дій. Одержувач листа повинен розглянути такі рекомендації та дати відповідь АМКУ протягом 10 днів (або більшого періоду,

встановленого АМКУ). Якщо одержувач погодиться з цими рекомендаціями, розгляд може бути припинений без відкриття провадження у справі. Стаття 46 застосовується лише у випадках, коли порушення не призвело до суттєвого спотворення конкуренції і не завдало значних збитків окремим особам чи суспільству, і було вжито відповідних заходів для усунення наслідків порушення (частина третя статті 46). У таблиці нижче показана кількість вирішених відповідно до статті 46 випадків за типами порушення.

**Таблиця 2. Справи, вирішені відповідно до статті 46 до початку офіційного провадження<sup>42</sup>**

Тип порушення	ЗУ „Про захист економічної конкуренції”, стаття 46
Узгоджені дії	338
Зловживання монопольним становищем	5089
Дії органів влади	2982
Недобросовісна конкуренція	310
Інше	193
Усього	8912

Навіть якщо певне питання не можна врегулювати відповідно до статті 46, оскільки порушення вже призвело до суттєвого спотворення конкуренції чи завдало значні збитки окремим особам чи суспільству, порушник може сприяти вирішенню справи АМКУ, якщо добровільно відшкодує потерпілим завдані збитки. Якщо офіційне провадження відповідно до статті 37 ще не розпочалося, АМКУ врахує таке відшкодування, коли буде вирішувати, чи слід починати провадження. Якщо провадження у справі вже розпочалося, АМКУ прийме рішення за статтею 48 проти порушника, але врахує факт відшкодування збитків при визначенні розміру штрафних санкцій.

Якщо у ході розслідування буде виявлене порушення, і жодного відшкодування не відбулося, АМКУ може почати офіційне провадження. Відповідно до статті 36 Закону України „Про захист економічної конкуренції” справу може бути розпочато або за ініціативою АМКУ, або за заявами суб’єктів господарювання, об’єднань, окремих осіб або будь-якого органу державної влади, права яких були порушені. З 6065 справ, розглянутих за статтею 37 протягом п’яти минулих років, 1956 (32%) були розпочаті за заявами суб’єктів



господарювання, об'єднань, окремих осіб та органів державної влади; 4109 (68%) були розглянуті АМКУ за власною ініціативою<sup>43</sup>. Відповідно до розпорядження, АМКУ повинен розглянути скаргу протягом 30 днів після її отримання і розпочати справу або відмовити у її розгляді<sup>44</sup>. Цей період може бути подовжений до 60 днів, якщо для розгляду скарги АМКУ необхідна додаткова інформація, яку заявник не може надати. Інших часових вимог до розгляду справ про порушення немає. Відповідно до закону, розгляду справи починається «у разі виявлення ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції, в тому числі наслідків такого порушення» (частина перша статті 37), хоча АМКУ може відмовити у розгляді справи, якщо дія «не має відчутного впливу на умови конкуренції на ринку» (частина друга статті 36)<sup>45</sup>.

Якщо починається провадження у справі, заявник та відповідач отримують про це повідомлення протягом наступних трьох днів. Відповідно до статті 44 АМКУ має додаткові слідчі повноваження, включаючи вилучення доказів зі службових приміщень та транспортних засобів суб'єкта господарювання (або накладення арешту на такі матеріали, якщо вилучення неможливе)<sup>46</sup>. Повноваження АМКУ на вилучення доказів відповідно до статті 44 дуже обмежене, оскільки воно не передбачає права проводити обшук у службових приміщеннях суб'єкта господарювання. На практиці, для того, щоб «вилучити» докази, АМКУ повинен знати про існування та місцезнаходження конкретного доказу. Працівники АМКУ, які оглядають службові приміщення, просто не мають права брати та читати документи, що знаходяться у столах, шафах, сейфах та архівах. Інші методи розслідування, такі як прослуховування телефонних розмов, відеоспостереження, дистанційні записи розмов та перехват даних зв'язку призначені для розслідування кримінальних дій, отже є недоступними для АМКУ, порушення конкурентного законодавства не є кримінальними злочинами<sup>47</sup>. У статті 44 також зазначається, що АМКУ може вилучити докази в місцях проживання на підставі рішення суду. Проте наразі АМКУ не може застосовувати це положення, оскільки Верховна Рада так і не затвердила процедури його застосування.

Хоча інші державні органи, у тому числі органи внутрішніх справ, повинні у разі необхідності допомагати АМКУ у здійсненні його слідчих функцій (стаття 45), досвід АМКУ у цьому відношенні є досить різноманітним. У цілому, територіальні відділення АМКУ досить успішно розвивають ефективну співпрацю з місцевими правоохоронними органами, яка допомогла їм у справах про узгоджені дії у роздрібній торгівлі такими товарами, як хліб, молоко та бензин.

Але у Києві центральний апарат АМКУ є відносно менш успішним у встановленні співпраці з СБУ та МВС на загальнодержавному рівні, внаслідок чого деякі розслідування АМКУ були невдалими.

У ході розгляду справи за наказом АМКУ до провадження можуть бути додані інші відповідачі, а також інші сторони, якщо рішення у справі може суттєво вплинути на їх права чи інтереси. АМКУ також може провести усні слухання, на яких зацікавлені сторони представляють свої аргументи та пояснення<sup>48</sup>. Учасники справи мають право ознайомлюватися з матеріалами справи (крім інформації з обмеженим доступом, а також інформації, розголошення якої може завдати шкоди інтересам інших осіб, що беруть участь у справі), а також наводити докази, пояснення та пропозиції щодо питань, які виносяться на експертизу (стаття 40). За власною ініціативою або за заявою одного з учасників АМКУ може призначити експерта для надання рекомендацій у справі<sup>49</sup>.

Під час розгляду справи про порушення постраждалих суб'єкт господарювання, навіть якщо він не є стороною в справі, може звернутися до АМКУ відповідно до статті 47 Закону України „Про захист економічної конкуренції” з проханням прийняти «попереднє рішення» для «для відвернення негативних та непоправних наслідків» незаконних дій. Такі попередні рішення можуть вимагати від відповідача припинити або вчинити певні дії, «якщо невідкладне вчинення цих дій є необхідним виходячи із законних прав та інтересів інших осіб». Відповідач може оскаржити попереднє рішення у господарському суді у 15-денний строк з дня його одержання. Якщо АМКУ закриє розгляд справи з не доведенням вчинення порушення відповідачем, відповідач може звернутися до господарського суду про відшкодування йому іншою стороною збитків, завданих йому у зв'язку з прийняттям попереднього рішення. Подібне повноваження існує у справах за статтею 29 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”.

У 2003-2007 рр. була лише одна справа, в якій сторона звернулася до АМКУ з проханням прийняти попереднє рішення за статтею 47 чи статтею 29<sup>50</sup>. Ця справа розглядалася у центральному апараті АМКУ. У 2003 р. після отримання заяви АМКУ почав справу проти компанії «Білосвіт – Умань», що займається реалізацією кисломолочної продукції під маркою «Лактонія». У рекламі «Лактонії» стверджувалося, що ця продукція ферментована з використанням активних бактерій, і що завдяки цьому вона є більш безпечною та якісною, ніж продукція, вироблена традиційним способом. Позивач послався на статті 47 і 29 і отримав рішення АМКУ про заборону розповсюдження реклами під час розгляду справи. Компанія „Білосвіт-

Умань” оскаржила це рішення у суді, але суд підтвердив законність рішення АМКУ. У результаті АМКУ встановив, що ця реклама була порушенням Закону України „Про недобросовісну конкуренцію” та наклав на компанію „Білосвіт-Умань” штраф у розмірі 200000 гривень (29 717 євро).

Після закінчення розгляду справи про порушення АМКУ приймає рішення про закриття провадження у справі, або встановлює порушення та вчиняє різні дії<sup>51</sup>. АМКУ може прийняти рішення про припинення незаконних дій, відшкодування наслідків порушення, поділ суб’єкта господарювання, що займає монопольне становище, та обов’язкове оприлюднення відповідачем за власні кошти інформації про справу (у тому числі опублікування повного тексту рішення) (стаття 48). АМКУ також може прийняти рішення про блокування передачі цінних паперів та скасувати дозвіл на узгоджені дії, якщо власник дозволу порушив статтю 19<sup>52</sup>. Якщо встановлюється порушення законодавства про захист конкуренції державним органом, АМКУ може пред’явити цьому органу вимогу скасувати або змінити раніше прийняті рішення чи розірвати антиконкурентні угоди з іншими сторонами<sup>53</sup>. У більшості випадків порушення АМКУ також може накласти грошовий штраф, як це розглядається далі.

Що стосується справ про недобросовісну конкуренцію, у статті 30 зазначається, що АМКУ може вимагати припинення незаконних дій і накладення грошового штрафу, як вказано нижче. Крім того, за власною ініціативою або за заявою суб’єкта господарювання АМКУ може прийняти рішення про конфіскацію товарів, які мають незаконні позначення або є копіями продукції заявника. Якщо відповідач поширював неправдиву інформацію, що завдавала шкоду іншому суб’єкту господарювання, АМКУ може вимагати від порушника публічного спростування цієї інформації. Нарешті, у справах за участі органів державної влади АМКУ може наказати органу державної влади скасувати або змінити прийняті ними неправомірні акти та розірвати укладені угоди з іншими сторонами (стаття 30).

Як зазначалось раніше, АМКУ може застосовувати статтю 46 для врегулювання справ до офіційного початку розгляду справи при виконанні необхідних умов. Врегулювання за статтею 46 можливе і після початку провадження у справі, у такому разі провадження у справі буде припинене. За останні роки АМКУ застосував цю процедуру врегулювання за статтею 46 після початку провадження у 48 випадках.

У таблиці нижче наведені за типом порушення результати формально розпочатих за останні п’ять років справ, в яких АМКУ

встановив порушення. Протягом того ж п'ятирічного періоду 302 справи завершилися тим, що порушення не було встановлено (що складає 5% від усіх розглянутих справ).

**Таблиця 3. Справи про порушення закону, вирішені після початку офіційного провадження<sup>54</sup>**

Тип справи	Врегулювання за статтею 46	Оскаржене рішення	Усього
Узгоджені дії	21	149	170
Зловживання монопольним (домінуючим) становищем	18	2218	2236
Дії органів влади	3	508	511
Недобросовісна конкуренція	3	332	335
Інше	3	2418	2421
Усього	48	5625	5673

Як можна побачити, після початку офіційного провадження врегулювання за статтею 46 відбувалося досить рідко, менше ніж у 1% випадків. В основному це пояснюється тим, що положення статті 46 за своєю природою мають обмежене застосування. Якщо справу не врегульовано до подання скарги, і вона досить серйозна, щоб викликати початок провадження, відповідні дії, як правило, суттєво спотворюють конкуренцію або завдали суттєвих збитків окремим особам або суспільству, отже до них неможливо застосувати статтю 46.

Питання про те, скільки аналітичного матеріалу повинні містити рішення АМКУ про встановлення порушень закону, є спірним. Стаття 59 Закону України „Про захист економічної конкуренції” вказує підстави, на яких рішення АМКУ можуть бути визнані недійсними: 1) недоведення обставин, які мають значення для справи і які визнано встановленими; 2) невідповідність висновків, викладених у рішенні, обставинам справи; 3) порушення або неправильне застосування норм матеріального чи процесуального права. Розпорядження АМКУ стосовно порядку розгляду справ вимагає, щоб рішення АМКУ включало у себе опис встановлених фактів та посилання на застосовані правові норми, а також «пояснення мотивів»<sup>55</sup>. Практики скаржаться, що у рішеннях АМКУ не вистачає аналітики для того, щоб їх можна було використати в якості прецеденту у наступних справах або в якості

орієнтирів для приватного сектору у дотриманні конкурентного законодавства.

### 3.2.4 Штрафні санкції

У статті 50 Закону України „Про захист економічної конкуренції” перераховані усі дії, що становлять порушення закону, тоді як у статті 52 наведений перелік відповідних максимальних грошових штрафів за ці порушення. Деякі порушення визначені лише у статті 50 і більше ніде у Законі України „Про захист економічної конкуренції” не зустрічаються. Найвищий максимальний штраф за порушення, пов’язані з антиконкурентними узгодженими діями, зловживання монопольним становищем та невиконання рішень АМКУ, становить 10% доходу відповідача за попередній фінансовий рік або потрійний розмір незаконно одержаного прибутку. Дохід суб’єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) визначається як сумарна вартість доходу від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) усіх пов’язаних між собою відносинами контролю юридичних та фізичних осіб, які входять до групи, що визнається суб’єктом господарювання, і які брали участь чи отримували вигоду від порушення. Якщо дохід (виручка) не може бути визначений, тоді максимальний штраф складає 20 тис «неоподаткованих мінімумів доходів громадян» (або НМД). Наразі неоподатковуваний мінімум доходів громадян встановлений на рівні 17 гривень, тобто у цьому випадку максимальний альтернативний штраф складає 340 000 гривень (45 945 євро).

Максимальний штраф за порушення другого рівня, такі як незаконні антиконкурентні дії, концентрація без дозволу, невиконання умов дозволу на узгоджені дії та концентрації, примушення відповідно до частини другої статті 18, а також дії відповідно до статей 19 та 20, максимальний штраф складає п’ять відсотків від доходу (виручки) (альтернативний штраф – 10 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (170 000 гривень або 22 970 євро)). Максимальний штраф за порушення третього рівня, тобто сприяння вчиненню порушень відповідно до частини першої статті 18, відмову надати інформацію на вимогу АМКУ, подання неповної або неточної інформації, перешкоджання збору доказів при проведенні розслідування АМКУ та економічну помсту заявнику складає один відсоток від доходу (виручки) (альтернативний штраф – 2 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (17 000 гривень або 2300 євро))<sup>56</sup>. За порушення Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” у статтях 21 і 22 цього Закону встановлюється максимальний грошовий штраф у розмірі 3% від доходу (виручки)

суб'єкту господарювання (альтернативний штраф – 5 000 мінімальних неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (85 000 гривень або 11 485 євро)) та у розмірі 2 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (34 000 гривень або 4595 євро)) для відповідачів, які не є суб'єктами господарювання.

Практики відзначають, що рішення АМКУ про штрафи, не включають у себе аналітичну частину, яка пояснювала б встановлений розмір штрафу. АМКУ повідомив тільки, що при визначенні сум штрафів він враховує наслідки порушення, суму незаконно отриманого прибутку, фінансовий стан порушника, поведінка порушника після того, як було встановлене його порушення (включаючи те, чи порушник добровільно відшкодував потерпілим завдану шкоду), та чи не є рецидивістом порушник<sup>57</sup>. Штрафи за п'ять минулих років склали в цілому 146,4 млн. гривень (23,9 млн. євро) та показані по типу порушення в наступній таблиці.

**Таблиця 4. Штрафи за порушення Закону України „Про захист економічної конкуренції” та Закон України „Про захист від недобросовісної конкуренції” за типами справ<sup>58</sup>**

Тип справи	Штрафи	
	млн. гривень	млн. євро
Узгоджені дії	82.3	13.5
Зловживання монопольним становищем	50.2	8.2
Недобросовісна конкуренція	1.2	0.2
Інше	11.1	1.8
Усього	144.8	23.6

У конкурентному законодавстві також є положення про адміністративні санкції. Частина друга статті 54 Закону України „Про захист економічної конкуренції” встановлює адміністративну відповідальність посадових осіб (не органів), які не виконують вимог АМКУ, відмовляються надати АМКУ потрібну інформацію АМКУ (або надають неповну або недостовірну інформацію), чи перешкоджають працівникам АМКУ збирати докази. Подібним чином частина третя статті 54 встановлює адміністративну відповідальність працівників суб'єктів господарювання за створення перешкод працівникам АМКУ у проведенні перевірок. Що стосується порушень Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”, стаття 23 цього закону встановлює адміністративну відповідальність для фізичних осіб, які займаються підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи.

Обсяг адміністративних покарань у цих положеннях не встановлюється; він встановлюється у Кодексі України про адміністративні правопорушення. Відповідно до статті 1664 цього Кодексу, штраф у розмірі до 7 НМД (119 гривень або 16 євро) може бути накладений на посадових осіб органів влади та працівників суб'єктів господарювання, які порушують розпорядження АМКУ або відмовляються надати потрібну інформацію. За порушення Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” стаття 1643 Кодексу передбачає накладення на фізичних осіб-підприємців штрафу у сумі від 5 до 44 НМД (85 -750 гривень або 11 – 101 євро). У Кодексі не визначені штрафи для посадових осіб органів влади чи працівників суб'єктів господарювання, що перешкоджають перевіркам АМКУ.

Стаття 7 Закону України „Про АМКУ” передбачає, що сам АМКУ веде розгляд справи і визначає обсяг адміністративних штрафів. Хоча пропозиції щодо процедур, необхідних для практичного проведення таких розглядів, були подані до Верховної Ради ще у 2006 р., вони так і не були прийняті. Таким чином, щоб добитися накладення адміністративного штрафу, АМКУ повинен звертатися до суду загальної юрисдикції на тій географічній території, де сталося порушення. Відповідні процедури визначені у Кодексі, і згідно з ними суд повинен розглянути справу протягом 15 днів після початку її розгляду. Згідно з Кодексом, будь-яке судове розпорядження про накладення адміністративного штрафу повинне бути видане судом не пізніше, ніж через два місяці після дати скоєння правопорушення, або – якщо правопорушення триває – після дати встановлення факту правопорушення АМКУ. Деякі суди вважають датою встановлення правопорушення дату, коли АМКУ починає офіційне провадження у справі, тоді як інші суди вважають, що це дата прийняття АМКУ остаточного рішення. АМКУ віддає перевагу останньому, що здається більш логічним, але законодавством ця проблема не врегульована. У будь-якому випадку суди загальної юрисдикції мають дуже велику кількість справ, отже деякі подання АМКУ стосовно адміністративних штрафів завершуються безуспішно, оскільки суди не розглядають їх протягом необхідного терміну. За останні п'ять років обсяг адміністративних штрафів, накладених судами відповідно до подань АМКУ щодо порушення статей 1664 та 1643 Кодексу<sup>59</sup>, склав 13 300 гривень (2078 євро).

У 2008 р. АМКУ сподівається подати на розгляд переглянутий пакет доповнень до Кодексу України про адміністративні правопорушення, який буде включати відповідні процедури розгляду справ з накладення адміністративних штрафів АМКУ, а також встановить чи змінить грошові адміністративні штрафи за певні

правопорушення. Зокрема, передбачається, що посадові особи органів влади будуть сплачувати штраф у розмірі 20 – 50 НМД (340 – 850 гривень або 45 – 112 євро) за невиконання розпоряджень АМКУ, та штраф у розмірі 10 - 30 НМД (170 -510 гривень, 22 – 67 гривень) за відмову надати інформацію АМКУ (або подання неповної чи недостовірної інформації). За створення перешкод працівникам АМКУ у збиранні доказів посадові особи органів влади та працівники суб'єктів господарювання будуть сплачувати штраф також у розмірі 10 - 30 НМД. Що стосується порушень Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”, проект доповнень АМКУ скасовує адміністративну відповідальність за статтею 1643 Кодексу та заміняє її положенням, що дозволяє АМКУ накладати штраф на фізичних осіб-підприємців у сумі до 5% річного доходу.

### *3.2.5 Перегляд рішень*

Рішення АМКУ або його підпорядкованих органів у справах про порушення та у процедурах розгляду заяв про надання дозволу за деяких обставин можуть бути переглянуті органом АМКУ, який прийняв відповідне рішення. Стаття 58 Закону України „Про захист економічної конкуренції” дозволяє такий перегляд за заявою будь-якої особи або за власною ініціативою цього органу. За останні п'ять років було 12 випадків перегляду за статтею 58.

Рішення підпорядкованих органів АМКУ у справах про порушення та у процедурах розгляду заяв про надання дозволу на узгоджені дії (але не концентрації) можуть бути переглянуті вищими органами АМКУ. Стаття 57 передбачає, що така перевірка може бути проведена відповідно до розпорядження АМКУ за власною ініціативою або за заявою осіб, які брали участь у справі, поданою протягом двох місяців після прийняття рішення. Закон не обмежує підстави, на яких можна проводити таку перевірку. За останні п'ять років таких випадків перевірки за статтею 57<sup>60</sup> було шість.

Що стосується судового перегляду, стаття 124 Конституції України передбачає, що «юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі». Тому суди можуть розглядати оскарження будь-яких дій чи рішень державних органів, які порушують права певної сторони. У статті 60 Закону України „Про захист економічної конкуренції” зазначається, що оскарження повинне бути подане у двомісячний строк з дня одержання рішення АМКУ, тоді як у статті 32 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” надається тридцять днів для оскарження рішень, прийнятих відповідно до цього закону. Рішення, які можуть бути



переглянуті згідно з цими положеннями, є остаточними рішеннями у справах про порушення, а також у розгляді заяв про надання дозволу на узгоджені дії та концентрацію. Оскарження може бути подане відповідачем чи заявником стосовно процедури розгляду заяви, або будь-якою іншою особою (включаючи заявника у справі про порушення), якій надано статус третьої особи в провадженні.

Наразі цивільна судова система в Україні ділиться на три сфери компетенції: суди загальної юрисдикції, господарські суди та адміністративні суди. Суди загальної юрисдикції розглядають справи, пов'язані з фізичними особами, господарські суди розглядають справи, пов'язані з суб'єктами господарювання та торгівлю, тоді як адміністративні суди розглядають справи, пов'язані з органами влади. Здавалося б, що у цій системі справи АМКУ повинні були б розглядатися адміністративними судами, але визначеності у цьому немає, тому що у Законі України „Про захист економічної конкуренції” чітко вказано, що рішення АМКУ оскаржуються «до господарського суду» (стаття 60). АМКУ хотів би, щоб його справи розглядалися у господарських судах, і звернувся до Верховного суду України для вирішення цього питання. Поки що це питання залишається невирішеним.

Оскарження починається у господарському суді першої інстанції, і справу зазвичай розглядає один суддя. У складних справах сторони можуть вимагати, щоб справу розглядали три судді. Рішення суду першої інстанції можуть бути оскаржені в апеляційному господарському суді, а потім у Вищому господарському суді. На обох рівнях апеляції вище першої інстанції справи зазвичай розглядаються трьома суддями. У виняткових випадках можливе подальше оскарження у Верховному суді України, який має юрисдикцію у справах, що надходять з вищих судів цих трьох сфер компетенції. У Верховному суді України справи розглядають дев'ять колегія суддів<sup>61</sup>.

Вищий господарський Суд має чотири палати, одна з яких спеціалізується у справах, що стосуються інтелектуальної власності та конкурентного законодавства. Судді, призначені у цю палату, вважають, що вони достатньо кваліфіковані для розгляду матеріальних питань у сфері конкурентного права, та зазначають, що суди в Україні вже мають багаторічний досвід розгляду справ АМКУ.

Частота, з якою рішення АМКУ стосовно розгляду заяв про надання дозволу та у справах про порушення оскаржуються за статтями 60 та 32, показана нижче. Протягом п'ятирічного періоду було оскаржено приблизно 11% усіх рішень. Лише одне оскарження

стосувалося рішення про надання дозволу; решта стосувалася рішень у справах про порушення.

**Таблиця 5. Оскарження рішень АМКУ за статтями 60 та 32**

Рік	Рішення, які могли оскаржуватися	Оскаржено рішень
2007	1425	148
2006	1200	144
2005	1555	115
2004	1113	132
2003	1277	157
Усього	6570	696

Як зазначалось вище, стаття 59 Закону України „Про захист економічної конкуренції” встановлює, що рішення АМКУ може бути визнано недійсним, якщо є наступні підстави: (1) неповне з'ясування обставин, які мають значення для справи; (2) невідповідність висновків, викладених у рішенні, обставинам справи; та (3) порушення або неправильне застосування норм матеріального чи процесуального права. У прикінцевому положенні статті 7 Закону України „Про АМКУ” вказується, що жоден орган державної влади, крім АМКУ, не може здійснювати певні повноваження, у тому числі повноваження визначати ринок товарів та визначати, чи займає суб'єкт господарювання домінуюче становище на ринку (параграф 11 частини першої статті 7). АМКУ тлумачить це таким чином, що суди не можуть самостійно визначати відповідний ринок чи встановлювати факт домінування на ринку. Це тлумачення було підтримано Вищим господарським судом у 2005 р. Отже, роль судів – забезпечити, щоб АМКУ, коли він робить свої висновки, дотримувався відповідних процедур та правильно використовував усі факти, необхідні для отримання та доведення кінцевого результату. Наприклад, суди скасували рішення АМКУ, в яких не було визначено межі відповідного ринку відповідно до Розпорядження АМКУ № 49 (2002 р.), що містить методичку встановлення факту існування монопольного (домінуючого) становища на ринку.

Результати судового перегляду справ за статтями 60 та 32 наведені нижче. Близько 83% рішень були залишені без змін, 17% – частково або повністю скасовані.

**Таблиця 6. Судовий перегляд рішень АМКУ  
за статтями 60 і 32**

Рік	Рішення, прийняті щодо оскаржень			
	Підтверджено	Частково скасовано	Повністю скасовано	Усього
2007	124	4	6	134
2006	121	3	14	138
2005	84	6	13	103
2004	100	2	14	116
2003	64	8	33	105
Усього	493	23	80	596

У більшості випадків повного чи часткового скасування суди приймали рішення, що, згідно зі статтею 59 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, АМКУ не забезпечив повне з'ясування або доведення обставин, які мають значення для справи. Інші рішення судів, прийняті не на користь АМКУ, були продовженням зусиль судів, спрямованих на створення стандартів застосування частини третьої статті 6, яка з'явилася у Законі України „Про захист економічної конкуренції” у 2005 р. Як зазначалося раніше, це положення дозволяє розглядати схожу поведінку суб'єктів господарювання на ринку товару як змову, якщо «аналіз ситуації на ринку товару спростовує наявність об'єктивних причин для вчинення таких дій (бездіяльності)».

У частині четвертій статті 60 Закону України „Про захист економічної конкуренції” описано, яким чином подання оскарження до суду впливає на дію відповідного рішення АМКУ. Виконання рішення АМКУ автоматично зупиняється після оскарження, якщо це рішення: 1) встановлює порушення Закону України „Про захист економічної конкуренції” чи Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”; 2) прийняте за результатами перевірки попереднього рішення АМКУ відповідно до статей 57 чи 58; 3) є предметом оскарження відповідно до рішення нижчого господарського суду. Крім того, у законі зазначається, що за умов, коли дія рішення звичайно має зупинитися, АМКУ може прийняти рішення про те, що вона не повинна припинитися «з метою захисту суспільних інтересів чи відвернення негативних або непоправних наслідків для суб'єктів господарювання» (частина третя статті 48). Таке рішення АМКУ може прийняти за власною ініціативою або за заявою осіб, які беруть участь у справі. Якщо АМКУ приймає таке рішення, то дія відповідного рішення не зупиняється, але у цій ситуації суд може зупинити дію

рішення АМКУ «у разі наявності достатніх підстав» (частина п'ята статті 60). До цього часу АМКУ жодного разу не приймав рішення для блокування автоматичного призупинення дії його рішень<sup>62</sup>.

Початок оскарження також впливає на обов'язок відповідача щодо сплати грошових штрафів, накладених АМКУ. Відповідно до частини п'ятої статті 56 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, якщо штраф не сплачений протягом двох місяців після прийняття рішення про його накладення, за кожний день прострочення стягується пеня у розмірі 1,5% від суми штрафу, при цьому розмір пені не може перевищувати розміру (частина п'ята статті 56). Але у частині п'ятій статті 56 також зазначається, що нарахування пені зупиняється на час розгляду чи перегляду АМКУ рішення за статтями 57 або 58, або під час будь-якого судового розгляду. Таким же чином, відповідно до Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” накладений штраф повинен бути сплачений протягом 30 днів, інакше стягується пеня у розмірі 1% від суми штрафу за кожний день прострочення (стаття 31). Закон України „Про захист від недобросовісної конкуренції” не визначає максимальний розмір пені і не вказує, що нарахування пені зупиняється під час судового перегляду, але АМКУ вважає, що умови статті 56 Закону України „Про захист економічної конкуренції” можуть бути у рівній мірі застосовані і до цих моментів.

Прийняття АМКУ остаточного рішення, яке може бути переглянуте відповідно до статті 60 або 32, є не єдиною ситуацією, коли суд може втрутитися у процедури АМКУ, хоча оскарження у ході розгляду справи приймаються рідко. Як зазначалось вище, Конституція України гарантує право судового перегляду будь-якій стороні, яка постраждала від рішень або дій держави. Наприклад, якщо заявники незадоволені рішенням АМКУ, що відхиляє їх скарги як необґрунтовані, вони можуть подати заяву до суду, і були випадки, коли вони вигравали, і суд скасовував рішення АМКУ. Якщо АМКУ спробує здійснювати свої слідчі повноваження за межами своєї юрисдикції або з неналежною метою також призведе до судового втручання, хоча на практиці таких випадків не було.

Утім, суди не будуть втручатися у незавершені дії АМКУ, поки порушення не визріє для перегляду. Так, відповідач не може оскаржувати рішення АМКУ почати офіційне провадження за статтею 37, оскільки суди вважають, що права відповідача будуть порушені лише тоді, коли АМКУ офіційно встановить, що відповідач скоїв порушення. Таким же чином, перегляд процесуальних помилок, які АМКУ міг зробити під час розгляду справи, може розпочатися лише після того, як АМКУ винесе остаточне рішення. І навіть після цього, як

зазначено у частині другій статті 59 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, перегляд може статися лише за умови, якщо це порушення призвело до прийняття неправильного рішення.

### 3.2.6 Виконання рішень

Якщо відповідач або особа, яка подала заяву про надання дозволу, у справі АМКУ не дотримується заборони або вимог до поведінки, встановлених у рішенні АМКУ, Комітету має дві можливості для забезпечення застосування законодавства, які він може використати окремо або разом. Він може розпочати нову справу на підставі того, що відповідно до частини четвертої статті 50 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, невиконання рішення АМКУ є само по собі порушенням. Така справа може призвести до другого рішення АМКУ з накладенням штрафу за порушення попереднього рішення і відновленням попередніх вимог та заборон, встановлених у початковому рішенні. АМКУ також може звернутися до суду відповідно до статті 25 Закону України „Про АМКУ”, щоб отримати судові рішення про припинення порушення, або з вимогою до сторони виконати дії, які від неї вимагаються. Рішення суду в Україні виконує Державна виконавча служба, що входить до складу Міністерства юстиції. Саме цьому органу АМКУ передає для виконання усі отримані від судів рішення<sup>63</sup>.

На практиці, коли суб'єкт господарювання не виконує рішення АМКУ, Комітет звертається до суду за рішенням і починає справу про порушення відповідно до частини четвертої статті 50 Закону України „Про захист економічної конкуренції”. Коли порушником є орган державної влади, АМКУ звертається до суду за рішенням, а також подає заяву про стягнення адміністративного штрафу за статтею 1664 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Як правило, суди приймають рішення, коли до них звертається АМКУ, хоча деякі суди відмовляються робити це на тій підставі, що у рішенні Комітету недостатньо детально визначено, які дії порушник повинен був вжити для виправлення ситуації. АМКУ вважає, що такі рішення судів є невірними, оскільки рішення АМКУ про усунення порушень були навмисно сформульовані таким чином, щоб відповідач міг сам вирішувати, яким чином він буде виправляти порушення.

У випадках, коли не сплачуються штрафи, накладені рішеннями АМКУ, єдина можливість для АМКУ стягнути їх – це відповідно до статті 25 Закону України „Про АМКУ” звернутися до суду за судовим рішенням з вимогою сплатити штраф та пеню, нараховану за несплату<sup>64</sup>. У випадку продовження несплати отримане судові рішення

передається Державній виконавчій службі для стягнення. У період 2003-2007 рр. АМКУ звертався до суду за рішеннями про стягнення штрафів у понад 650 справах і отримав понад 490 рішень, що підлягали виконанню. У таблиці нижче показані: 1) штрафи, накладені АМКУ за порушення Закону України „Про захист економічної конкуренції” та Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” за останні п’ять років; 2) штрафи, стягнені за цей період, з урахуванням пені. Стягнені суми включають суми, стягнені Державною виконавчою службою на виконання рішень суду, отриманих АМКУ відповідно до статті 25 Закону України „Про АМКУ”.

**Таблиця 7. Штрафи, накладені та стягнені відповідно до Закону України „Про захист економічної конкуренції” та Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”<sup>65</sup>**

Рік	Накладено штрафів		Стягнуто штрафів	
	Млн. гривень	млн. євро	млн. гривень	млн. євро
2007	11.6	1.7	5.9	0.9
2006	23.5	3.7	3.5	0.6
2005	4.0	0.6	2.3	0.4
2004	2.9	0.5	1.7	0.3
2003	102.8	17.1	1.9	0.3
Усього	144.8	23.6	15.3	2.5

Ця таблиця свідчить, що лише близько 10% накладених штрафів не були сплачені. Як зазначає АМКУ, цей результат частково пояснюється тим, що декілька великих штрафів поки що залишаються нестягненими. Інша причина полягає у тому, що усі штрафи на значні суми були оскаржені в судах, а процедури оскарження часто тривають декілька років, оскільки суди перевантажені. Протягом розгляду оскарження обов’язок сплатити штраф припиняється, і відповідачі часто використовують цю затримку, щоб оголосити себе банкрутами (як у випадку з компанією „Сентоза-Авіас”), або вживають інших заходів, щоб захистити свої активи від стягнення. Крім того, судові рішення, що надходять до Державної виконавчої служби для стягнення, часто теж надовго затримуються, оскільки у цієї служби теж дуже багато роботи.

### 3.2.7 Доступність рішень

Ще одним аспектом процесу забезпечення виконання закону, що заслуговує на згадку, є доступність рішень АМКУ. У Законі України

„Про АМКУ” встановлюється, що одним з основних принципів, яким АМКУ керується при виконанні своїх обов’язків, є прозорість (стаття 4), і АМКУ широко вважається одним з найбільш прозорих органів державної влади в Україні. Хоча Закон України „Про АМКУ” дозволяє Комітету видавати офіційні вісники та збірники рішень (параграф 18 частини третьої статті 7), не існує положення, що вимагає існування такого видання, і АМКУ насправді такого офіційного видання не має. У Законі України „Про захист економічної конкуренції” зазначено, що інформація про рішення АМКУ щодо надання дозволу «може бути опублікована» (частина шоста статті 31) та що АМКУ може вимагати від відповідача у справах про порушення оприлюднити за власні кошти інформацію про рішення АМКУ (включаючи рішення у повному обсязі) (стаття 48). Основна інформація про рішення АМКУ щодо надання дозволів та порушень розташовується на сайті АМКУ та передається засобом масової інформації. У деяких справах про порушення, у яких рішення приймають територіальні відділення, що мають обмежений бюджет, у відповідача вимагають оприлюднити основну інформацію про рішення за власні кошти.

Інформація про такі дії АМКУ, як надання висновків відповідно до статей 14 та 29, не оприлюднюється ані на веб-сайті АМКУ, ані в інших джерелах. АМКУ вважає, що оприлюднення попередніх висновків щодо надання дозволу відповідно до статті 29 не є необхідним оскільки потім, якщо буде подана офіційна заява про надання дозволу, АМКУ оприлюднить своє рішення щодо цієї заяви. Якщо ж офіційна заява не подається (як правило, коли АМКУ робить висновок, що необхідності подавати заяву немає), у цьому випадку немає і наслідків для ринкової конкуренції, які виправдовували б оприлюднення рішення. Аналогічним чином, якщо у висновку за статтею 14 говориться, що запланована дія є незаконною, отже заявник відмовляється від неї, наслідків для ринкової конкуренції немає. Якщо заявник вчинить незаконні дії, буде оприлюднене відповідне рішення про порушення.

### ***3.3 Інші методи забезпечення додержання законодавства***

Закон України „Про захист економічної конкуренції” покладає на АМКУ відповідальність за контроль за додержанням «законодавства про захист економічної конкуренції» (частина четверта статті 4), яке включає у себе Закон України „Про захист економічної конкуренції”, Закон України „Про захист від недобросовісної конкуренції”, Закон України „Про АМКУ”, а також нормативно-правові акти, прийняті відповідно до цих законів (частина перша статті 3). Закон України „Про АМКУ” визначає, що лише АМКУ може розглядати та приймати

рішення з питань заяв про надання дозволу та у справах про порушення відповідно до вищезазначеного законодавства про захист економічної конкуренції (стаття 7). Таким чином, АМКУ має ексклюзивний контроль над заявами та справами про порушення, у конкурентному законодавстві є два положення, що дозволяють суб'єктам господарювання та іншим вимагати відшкодування збитків, завданих внаслідок антиконкурентних дій. Існують також інші закони, що регулюють деякі дії, які підпадають під дію конкурентного законодавства.

Положення про відшкодування присутні у статті 55 Закону України „Про захист економічної конкуренції” та статті 24 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”. В останньому зазначено, що збитки, заподіяні внаслідок вчинення дій, визначених цим Законом як недобросовісна конкуренція, підлягають відшкодуванню за позовами заінтересованих осіб у господарському суді. За деякі порушення (включаючи антиконкурентні узгоджені дії, концентрацію, зловживання домінуючим становищем, а також інші порушення, зокрема помсту за звернення до АМКУ) частина друга статті 55 передбачає відшкодування у подвійному розмірі. Таким же чином, стаття 24 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” передбачає, що особи, постраждалі в результаті дій, що порушують цей закон, можуть звернутися до суду за відшкодуванням завданих збитків. Невирішеним є питання стосовно того, чи дії за статтями 55 та 24 вимагають, щоб АМКУ спочатку встановив факт порушення чинного законодавства. АМКУ вважає, що таке визначення є необхідним, а думка судів розділилася. АМКУ не веде облік та не зберігає дані про випадки відшкодування, але відзначає, що існуюча інформація свідчить про те, що основним питанням у таких справах є розрахунок суми відшкодування.

Стаття 61 Закону України „Про захист економічної конкуренції” визначає, що господарські суди «за запитом АМКУ» повідомляє АМКУ про справи, що вирішуються на підставі законодавства про захист економічної конкуренції. АМКУ має право брати участь у таких справах в якості третьої сторони, якщо рішення суду може вплинути на права та обов'язки АМКУ у сфері контролю за додержанням законодавства. У початковій редакції стаття 61 вимагала від судів безумовного обов'язку повідомляти АМКУ про виникнення питань, пов'язаних із законами про захист конкуренції. Пункт про необхідність отримання запиту від АМКУ був доданий під час законодавчого процесу. У результаті АМКУ може посилатися на статтю 61, лише якщо суд добровільно повідомить АМКУ або якщо АМКУ дізнається про справу від однієї зі сторін чи з іншого джерела. Протягом останніх



п'яти років АМКУ брав участь в якості третьої сторони у десяти справах.

У випадках деяких правопорушень та, зокрема, порушень Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”, сторона, що бажає отримати відшкодування збитків, може подати позов відповідно до якого-небудь іншого закону (наприклад, Закону України „Про товарні знаки”), що охоплює аналогічні дії, але не вимагає початкового визначення АМКУ або іншого органу державної влади. Утім, деякі суди відсилають такі справи до АМКУ для встановлення факту порушення закону.

Конкурентне законодавство лише у незначній мірі перетинається з кримінальним, і більшість цих випадків стосується порушень Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”. Стаття 228 Кримінального кодексу є єдиним кримінальним положенням, що стосується узгоджених дій. Вона забороняє примушення до антиконкурентних узгоджених дій та встановлює для порушників термін ув'язнення від 3 до 7 років (7 -12 років для рецидивістів). Наприкінці 2007 р. АМКУ ініціював в уряді дискусію стосовно розширення кримінальної відповідальності за порушення законодавства про конкуренцію таким чином, щоб вона також поширювалася на явні картельні дії, але ця пропозиція не знайшла підтримки.

Незаконне використання товарних знаків чи назв компаній заборонене статтею 229 Кримінального кодексу, якщо таке використання спричинило «суттєву матеріальну шкоду». Кримінальний кодекс також встановлює кримінальну відповідальність за незаконне отримання комерційної таємниці чи її оприлюднення без дозволу. Коли АМКУ виявляє докази скоєння кримінальних злочинів, він передає справу правоохоронним органам, але не відстежує кількість чи результати таких переданих справ.

Останній і найбільш визначний перетин законів про захист конкуренції та інших законів стосується Господарського кодексу України, який був прийнятий на початку 2003 р. та набув чинності з 1 січня 2004 р. Цей Кодекс, призначення якого полягає у створенні повної правової системи господарської поведінки, включає главу, що забороняє антиконкурентні дії. Значна частина цих заборон є відображенням старих положень із першого Закону України „Про конкуренцію” 1992 р. Серед багатьох недоліків Кодексу є накладення загальної заборони на антиконкурентні узгоджені дії без можливості отримання дозволу на такі дії від АМКУ або іншого органу, а також вимога отримання попереднього дозволу АМКУ на отримання

контролю над будь-яким суб'єктом господарювання незалежно від розміру суб'єктів господарювання, які беруть участь у транзакції. Було зроблено декілька спроб скасувати ті положення Кодексу, які вступають у конфлікт із Законом України „Про захист економічної конкуренції”, але жодна з них не мала успіху. Кабінет Міністрів залишив це питання у своїй програмі на майбутнє. Тим часом АМКУ покладається виключно на Закон України „Про захист економічної конкуренції” і переконує суди, що Закон України „Про захист економічної конкуренції” як більш спеціалізований (хоча і прийнятий раніше) закон повинен мати пріоритет над Кодексом у разі виникнення конфлікту. До цього часу жоден суд не визнавав недійсними дії АМКУ на підставі положень Господарського кодексу, що конфліктують із законами про захист конкуренції.

### ***3.4 Міжнародні аспекти забезпечення додержання законодавства***

У частині другій статті 2 Закону України „Про захист економічної конкуренції” застосовується звичайний критерій екстратериторіального впливу, а саме зазначається, що заборони цього закону стосуються відносин, «які впливають чи можуть вплинути на економічну конкуренцію на території України». У процедурах АМКУ не робиться різниці між іноземними та місцевими суб'єктами господарювання.

АМКУ розвиває міжнародне співробітництво у застосуванні конкурентного законодавства. Закон України „Про АМКУ” дозволяє АМКУ брати участь у міжнародних проєктах та програмах та співпрацювати з міжнародними організаціями, конкурентними органами інших держав та неурядовими організаціями з питань, що стосуються конкурентного законодавства та політики. Частина друга статті 22 Закону України „Про АМКУ” явно уповноважує АМКУ обмінюватися інформацією, зокрема з обмеженим доступом, з компетентними органами інших держав за умови, що інформація буде використовуватися тільки для належних потреб і не буде розголошуватися. АМКУ також може запитувати та отримувати таку інформацію від інших органів.

АМКУ уклала численні двосторонні та багатосторонні угоди про співробітництво та бере участь у діяльності різних міжнародних організацій у сфері конкурентної політики. АМКУ має двосторонні угоди з Російською Федерацією, Грузією, Азербайджаном, Вірменією, Латвією, Словаччиною, Угорщиною та Болгарією, які забезпечують: 1) повідомлення про антиконкурентні дії або діяльність щодо забезпечення дотримання закону в одній країні, якщо це зачіпає

інтереси іншої країни; 2) обмін інформацією про конкретних суб'єктів господарювання, які є об'єктом розслідування та справ (за умови дотримання конфіденційності); та 3) координацію дій у випадку, коли сторони ведуть розслідування щодо тих самих суб'єктів господарювання, дій або транзакцій. Деякі з цих угод також включають положення, яке дозволяє одній стороні звертатися до іншої сторони з проханням розслідувати дії, які були вчинені в межах її географічної юрисдикції, якщо ці дії впливають на ринки в юрисдикції тієї сторони, яка робить запит. Менш широкі угоди, що передбачають спільні консультації щодо загальної політики та обмін аналітичним і технічним досвідом були укладені між АМКУ та Беларуссю, Болгарією, Чеською Республікою, Францією, Угорщиною, Литвою та Польщею.

Що стосується багатостороннього співробітництва, Україна є учасником «Угоди Спільноти Незалежних Держав про проведення узгодженої антимонопольної політики». Іншими учасниками Угоди є одинадцять членів СНД (Вірменія, Азербайджан, Беларусь, Грузія, Казахстан, Киргизстан, Молдова, Росія, Таджикистан, Україна та Узбекистан)<sup>66</sup>. Угода передбачає співробітництво між сторонами та обмін інформацією про ринки товарів, монополіє суб'єкти господарювання, методи розслідування та підходи і результати програм демонополізації. Угода також створює Міждержавну раду з питань антимонопольної політики (МРАП), яка сприяє виконанню її умов. До обов'язків МРАП входить розробка критеріїв та методів оцінки монополістичної діяльності та недобросовісної конкуренції, гармонізація національного конкурентного законодавства, удосконалення правил та процедур розслідування антиконкурентних дій, сприяння координації дій між сторонами та розроблення рішень для врегулювання спірних питань.

АМКУ є також активним учасником проектів конкурентної політики добровільних міжнародних організацій, включаючи Конференцію ООН з торгівлі та розвитку (ЮНКТАД), Організацію економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР) та Міжнародну мережу з питань конкуренції (ММК). Утім, останнім часом участь АМКУ у цій діяльності обмежена внаслідок недостатньої кількості працівників АМКУ з добрим знанням англійської мови. Мовна проблема не лише вплинула на участь АМКУ у діяльності міжнародних організацій, а й також обмежила здатність АМКУ консультуватися з компетентними органами в Європі та США стосовно розслідувань та справ. На практиці співпраця з компетентними органами у галузі правозастосування обмежена країнами СНД, де мовні проблеми відсутні.

Відповідальність за дотримання законодавства України у сфері міжнародної торгівлі, яке стосується демпінгу, субсидій та інших форм недобросовісного імпорту, несе Міжвідомча комісія з питань міжнародної торгівлі на чолі з Міністерством економіки. АМКУ також бере участь у діяльності цієї Комісії та консультує її з питань впливу дій, які вона розглядає, на конкуренцію в Україні.

### **3.5 Ресурси, дії та пріоритети АМКУ**

АМКУ фінансується з державного бюджету за окремою статтею бюджету, що затверджується Верховною Радою. Кошти, отримані у формі плати за розгляд заяв про надання дозволів та надання висновків надходять до фонду, що використовується для оплати вартості логістичного забезпечення, публікацій, навчання працівників та інших витрат АМКУ. Штрафи та пені, що стягуються у справах АМКУ, надходять до державного бюджету.

За законом посадовий оклад Голови АМКУ прирівняний до посадового окладу міністра, а посадовий оклад перших заступників дорівнює посадовому окладу перших заступників міністра, а інші заступники та уповноважені мають посадовий оклад на рівні заступника міністра (Закон України „Про АМКУ”, частина друга статті 27). після закінчення строку повноважень на період працевлаштування за колишніми Головою, його заступниками та державними уповноваженими Антимонопольного комітету України зберігається середньомісячний заробіток, але не більше одного року.

Голова визначає структуру та штатний розпис АМКУ в межах лімітів бюджетних асигнувань та відповідно до тарифних ставок, встановлених Кабінетом Міністрів України. Закон України „Про АМКУ” встановлює, що посадові оклади працівників, службові обов'язки яких полягають у безпосередньому виконанні функцій, визначених статтею 2 Закону України "Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів", встановлюються на тридцять відсотків вище відповідних окладів державних службовців, і вони також отримують матеріально-побутове забезпечення, транспортне та медичне обслуговування, соціальні гарантії протягом строку виконання обов'язків.

Бюджетні запити АМКУ до Верховної Ради спочатку розглядаються Міністерством фінансів та Міністерством економіки, але АМКУ може лобювати свій бюджет у Верховній Раді, якщо вважає, що виконавча влада зробила неналежні скорочення. У минулі роки Верховна Рада, як правило, задовольняла потреби АМКУ. Але АМКУ висловлює занепокоєння з приводу бюджету на 2008 рік,

зокрема того факту, що парламент припинив дію частини другої статті 27 Закону України „Про АМКУ”, що прирівнює посадові оклади державних уповноважених та інших працівників АМКУ до посадових окладів працівників міністерств. Деякі практики з правової спільноти вважають, що в АМКУ страждає від систематичної нестачі працівників, особливо якщо врахувати велику кількість справ, і це призводить до декількох проблем. Одна з цих проблем полягає у тому, що, на думку практиків, працівники АМКУ часто не в змозі розглянути заяву про надання дозволу на концентрацію у визначені строки. Інша проблема полягає в тому, що, на думку практиків, інколи працівники АМКУ обмежуються поверховим аналізом справ і приділяють більше уваги формі, ніж тому, щоб провести більш тривалий аналіз динаміки конкуренції. АМКУ вважає, що починаючи з 2006 р. на його слідчі можливості негативно впливає тягар додаткових обов’язків у сфері державних закупівель<sup>67</sup>. Комітет вважає, що без додаткових ресурсів АМКУ не зможе підтримувати високі стандарти у виконанні своєї місії.

Останні бюджетні асигнування та кількість працівників показані в таблиці нижче. Збільшення бюджету на 16,3 млн. гривень у 2007 р. включає спеціальний резерв, про який вже йшлося вище, у сумі 7,1 млн. гривень для додаткових функцій АМКУ, пов’язаних з державними закупівлями.

**Таблиця 8. Тенденції у ресурсах, що виділяються на конкурентну політику<sup>68</sup>**

Рік	Бюджетні асигнування млн. грн.	Бюджетні асигнування млн. євро	Отримані внески, млн. грн.	Отримані внески, млн. євро	Кількість працюючих		
					Центр. апарат	Тер. відділення	Усього
2007	44,9	6,5	4,2	0,61	264	590	854
2006	28,6	4,5	3,5	0,55	214	591	805
2005	21,6	3,4	2,8	0,43	192	590	782
2004	15,5	2,3	3,0	0,45	187	582	769
2003	21,2	3,5	1,8	0,30	182	581	763

Як видно з цієї таблиці, АМКУ наразі має 854 постійних працівників,<sup>69</sup> з них приблизно 200 займають професійні посади. Професійні працівники повинні мати юридичну або економічну освіту. Дві третини професійних працівників складають економісти, ще одну третину – юристи. Приблизно одна третина професійних працівників мають другу технічну освіту, а 14 з них – ступінь кандидата наук.

Результати діяльності АМКУ в сфері забезпечення додержання законодавства за останні п’ять років показані в таблиці нижче.

**Таблиця 9. Тенденції в сфері забезпечення додержання конкурентного законодавства**

Рік	Відкрито справ	Прийнято рішень у справах			Розглядаються (на кінець року)
		Порушення	Немає порушення	Усього	
2007	1478	1424	23	1447	422
2006	1125	1166	38	1204	391
2005	1102	1004	39	1043	470
2004	1262	1090	118	1208	411
2003	1098	996	84	1080	357
Усього	6065	5680	302	5982	-

#### **4. Обмеження конкурентної політики: виключення та особливі режими регулювання**

Однією з помітних особливостей української конкурентної політики є широта юрисдикції АМКУ. Закон України „Про захист економічної конкуренції” стосується усіх суб’єктів, зайнятих господарською діяльністю, у тому числі суб’єктів господарювання, що належать державі, за виключенням лише деяких малих і середніх підприємств. Усі органи державної виконавчої влади за винятком найвищих також є суб’єктами Закону України „Про захист економічної конкуренції” та можуть переслідуватися за здійснення повноважень антиконкурентним чином<sup>70</sup>.

Однак, деякі види комерційної діяльності в Україні знаходяться поза прямою юрисдикцією правозастосування АМКУ через існування регулятивної системи, затвердженої парламентом та Кабінетом Міністрів України. Якщо ця система на законних підставах вимагає застосовувати певні ціни, укладати певні угоди, або утримуватися від певних дій, відповідна поведінка дійсно захищена від застосування конкурентного законодавства. По відношенню до таких систем АМКУ відіграє роль захисника конкуренції, як це описано у наступному розділі цього звіту.

Регуляторні режими в Україні поділяються на три категорії. Перша – це ринки, які визначені українським законодавством як «природні монополії» і мають такі внутрішні структурні характеристики, що потребують постійного регулювання. Друга – це регулювання монопольних аспектів ринків, які в цілому є конкурентними. Третя категорія – це тимчасові системи цінового контролю, що, як правило, застосовуються до ринків основних товарів (зокрема, продовольчих товарів), які в цілому є конкурентними, але знаходяться під впливом якогось зовнішнього шоку, що обмежує постачання.

Що стосується першого типу, Закон України „Про природні монополії”, який набув чинності у 2000 р., визначає «природні монополії» як ринок, на якому попит є відносно нееластичним, і внаслідок низьких граничних витрат виробництво найбільш ефективно здійснюється одним суб'єктом господарювання. Закон, зокрема, стосується інфраструктурних монополій в Україні у сфері передачі та розподілу електроенергії; трубопровідного транспорту нафти, природного газу та інших речовин; залізничного транспорту; водо-, тепlopостачання, каналізації; управління повітряним рухом; та деяких спеціалізованих послуг портів, аеропортів та транспортних терміналів<sup>71</sup>. До 2003 р. у цьому переліку був зв'язок, але потім був прийнятий Закон України „Про зв'язок”, який встановив окремі положення для цього сектору та створив Національну комісію з питань регулювання зв'язку<sup>72</sup>.

Закон передбачає створення національних галузевих регуляторних органів для забезпечення ліцензування, регулювання цін, доступу до мережі, та інших аспектів господарської діяльності на суміжних ринках природних монополій<sup>73</sup>. За відповідних обставин, як у випадку місцевих тепло- та водопостачальних компаній, регуляторні органи повинні бути створені на місцевому рівні. На національному рівні були створені лише Національна комісія з питань регулювання зв'язку та Національна комісія з питань регулювання електроенергії, а регулювання залізничного транспорту залишилося у компетенції Міністерства транспорту та зв'язку, поки не буде прийнятий закон про створення комісія з транспорту.

Другий тип регуляторної системи застосовується на постійній основі до монопольних аспектів ринків, які в цілому є конкурентними. До цієї категорії входять деякі регуляторні органи (поза межами секторів, визначених як природні монополії), що мають обмежені повноваження регулювати ціни за особливою характеристикою ринку, який вони контролюють. Наприклад, Комісія з цінних паперів має правові повноваження встановлювати максимальні ціни (за умови погодження з АМКУ) для деяких депозитарних та реєстраційних послуг, пов'язаних з ринком цінних паперів.

Третій тип регуляторної системи передбачає тимчасовий контроль за цінами на ринках основних товарів. Деякі види такого контролю запроваджуються періодично постановами Кабінету Міністрів України та застосовуються на всій території України, інші застосовуються на місцевому рівні. Наприклад, протягом 2007р. місцевим органам влади було дозволено регулювати розмір прибутку виробників борошна та хлібобулочних товарів, а також оптові ціни на борошно, м'ясо та молочні продукти.

Хоча такі регуляторні режими обмежують повноваження АМКУ стосовно деяких типів дій регульованих суб'єктів господарювання, АМКУ не втрачає свої повноваження повністю. Як зазначалося вище, в АМКУ залишається можливість висунути звинувачення у зловживанні домінуючим становищем проти регульованого суб'єкта господарювання, який маніпулює системою контролю тарифів. Крім того, в АМКУ залишається контроль за концентраціями на ринках природних монополій. Закони, що стосуються різних секторів (включаючи банківський сектор, фінансові послуги, засоби масової інформації, та енергетику), дають регуляторам повноваження контролювати концентрації серед суб'єктів, що працюють у відповідній галузі, але цей контроль завжди є додатковим по відношенню до контролю з боку АМКУ. Отже, якщо концентрація не дозволена АМКУ, вона скоріше за все буде заборонена і галузевим регулятором. Але якщо АМКУ дозволить концентрацію, регулятор усе ще може її заборонити. Галузеві закони, як правило, вимагають, щоб регуляторні органи по можливості сприяли конкуренції. Відповідно до статті 21 Закону України „Про АМКУ”, усі державні органи повинні повідомляти АМКУ про порушення конкурентного законодавства.

## 5. Захист конкуренції

Захист конкуренції має для АМКУ два виміри. Перший відображає роль органу як радника уряду з питань законодавства, нормативно-правових актів та інших аспектів конкурентної політики. Другий – це дії АМКУ у суспільстві в цілому, спрямовані на кращу обізнаність та сприйняття принципів конкуренції у державі.

### 5.1 Пропагування конкурентної політики в уряді

Статті 7, 20, та 20-1 Закону України „Про АМКУ” надають АМКУ широкі повноваження для сприяння конкуренції на всіх урядових рівнях. Найбільш важливою є частина четверта статті 20, що була додана у Закон України „Про АМКУ” у 2003 р. з метою здійснення контролю за органами державної влади, на які також поширюються заборони антиконкурентних дій, що містяться у статті 15 Закону України „Про захист економічної конкуренції”. Відповідно до частини четвертої статті 20, «усі органи влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю» зобов'язані погоджувати з Антимонопольним комітетом України «проекти нормативно-правових актів та інших рішень, які можуть вплинути на конкуренцію». Ця вимога стосується будь-якого органу, дії якого «можуть призвести до недопущення, усунення, обмеження чи спотворення конкуренції на відповідних ринках», а



також деяких конкретних дій державних органів, таких як створення суб'єктів господарювання<sup>74</sup>.

Вимога частини четвертої статті 20 стосовно погодження з АМКУ проектів нормативно-правових актів не стосується нормативно-правових актів, що видаються Кабінетом Міністрів, але параграф 3 частини третьої статті 7 Закону України „Про АМКУ” наділяє АМКУ повноваженням «погоджувати» проекти нормативно-правових актів Президента та Кабінету Міністрів України, що можуть вплинути на конкуренцію. Згідно Постанови КМУ № 950 (2007 р.), будь-яке міністерство чи орган, що розробляє проект нормативно-правового акту, який буде поданий для розгляду до Кабінету Міністрів України і впливає на конкуренцію, отримати та розглянути висновок АМКУ. Будь-які неузгоджені заперечення АМКУ повинні бути передані до Кабінету Міністрів України на розгляд. Такий же порядок застосовується відповідно до Постанови № 950 до розробки державних законодавчих пропозицій, що подаються на розгляд до Верховної Ради.

АМКУ не веде окремої статистики стосовно діяльності відповідно до частини четвертої статті 20 та Постанови КМУ № 950. У наступній таблиці показані результати діяльності АМКУ відповідно до обох цих положень за останні п'ять років.

**Таблиця 10. Розгляд АМКУ проектів нормативно-правових актів, законодавства та інших рішень державних органів**

Рік	Розглянуто документів	Погоджено без застережень	Погоджено з застереженнями	Не погоджено
2007	1641	1141	246	254
2006	2220	1207	583	430
2005	1934	1552	254	128
2004	1759	1353	252	154
2003	1836	1422	291	123
Усього	9390	6657	1626	1089

Оскільки органи влади усвідомлюють, що для набуття законної сили проектами нормативно-правових актів необхідним є попереднє погодження АМК, то Комітет часто запрошується до участі у розробці проектів таких документів на початковій стадії. Відповідно, багато таких актів, що зазначені у таблиці як «погоджені без застережень», були розглянуті АМКУ до моменту їх офіційного подання для погодження.

Найбільш поширені причини, з яких АМКУ не погоджує проекти рішень чи нормативно-правових актів або погоджує їх із застереженнями, полягають у тому, що відповідні акти створюють більш сприятливі умови для державних підприємств у порівнянні з їх конкурентами з приватного сектору, надають одному суб'єкту господарювання ексклюзивні права на ринку, який повинен функціонувати на конкурентній основі, або делегують яку-небудь форму регуляторних повноважень на одному ринку державному суб'єкту господарювання, який працює на суміжному ринку.

Проекти постанов КМУ, розглянуті АМКУ згідно з Постановою № 950, включали у себе пропозиції стосовно внесення змін у перелік стратегічних підприємств, запровадження моніторингу тарифів у сільськогосподарському секторі та покращення нагляду за управлінням державним майном. АМКУ також може пропонувати КМУ проекти нормативно-правових актів і робив це неодноразово, включаючи подання у 2007 р. до КМУ пропозиції щодо створення національної комісії з регулювання природних монополій у секторі транспорту. АМКУ та Міністерство транспорту не змогли досягти згоди з цього питання, отже розбіжності між цими двома органами стосовно проекту постанови були зареєстровані та надіслані до КМУ на розгляд.

АМКУ не має повноважень самостійно подавати законодавчі пропозиції безпосередньо до Верховної Ради, оскільки Конституція України (стаття 93) обмежує право законодавчої ініціативи народними депутатами, Президентом та Кабінетом Міністрів. Однак, відповідно до частини третьої статті 20-1 Закону України „Про АМКУ”, Комітет може подавати безпосередньо парламентським комітетам пропозиції щодо внесення змін та доповнень у законопроекти «з питань, що належать до його компетенції»<sup>75</sup>. Наприклад, АМКУ надав Верховній Раді коментарі стосовно законопроектів, що обмежує повноваження державних органів проводити розслідування та переслідувати приватних суб'єктів господарювання за незаконні дії. АМКУ зауважив, що існуюче конкурентне законодавство ефективно врегулює ті ж самі питання, отже включення АМКУ до нового закону створить конфлікти та стане непотрібною перешкодою для ефективного застосування законів. Зауваження АМКУ були враховані, і він був виведений зі сфери дії цього закону.

У статті 7 Закону України „Про АМКУ” існує ще два важливих положення щодо захисту конкуренції, які дають АМКУ подібні повноваження надавати «обов'язкові до розгляду» рекомендації державним органам на рівні міністерства та нижче. Такі рекомендації вважаються «обов'язковими», оскільки їх одержувач за законом повинен розглянути їх та або погодитися з ними, або навести підстави

для їх відхилення. Як і у статті 20, згідно з цими двома положеннями повноваження АМКУ по відношенню до вищих інстанцій, тобто Президента та Кабінету Міністрів, полягають просто у надання рекомендацій, при цьому одержувач не зобов'язаний надавати відповідь.

Перше з цих положень міститься у параграфі 5 частини третьої статті 7 та дозволяє АМКУ давати обов'язкові рекомендації щодо (1) „здійснення заходів, спрямованих на обмеження монополізму, розвиток підприємництва і конкуренції, запобігання порушенням законодавства про захист економічної конкуренції”, а також (2) „щодо припинення дій або бездіяльності, які можуть мати негативний вплив на конкуренцію”. Друге положення, що міститься у параграфі 14 частини третьої статті 7, таким же чином дозволяє АМКУ надавати обов'язкові до розгляду рекомендації щодо зміни прийнятих нормативно-правових актів, які не відповідають законодавству про захист економічної конкуренції або внаслідок неоднозначного розуміння яких створюються перешкоди для розвитку конкуренції<sup>76</sup>. Посилаючись на нормативно-правові акти органів, які можуть створити «перешкоди для розвитку конкуренції», або «не відповідають законодавству», ці положення не призначені охоплювати дії, що становлять пряме порушення законів про конкуренцію. Вони скоріше стосуються дій, що загрожують конкуренції, але ще не обмежують її всупереч закону. Таким чином, параграфи 5 та 14 надають АМКУ інструменти для захисту конкуренції у ситуаціях, коли початок правоохоронних дій ще не є необхідним або доцільним. АМКУ використовував свої повноваження відповідно до параграфів 5 та 14 для того, щоб надавати обов'язкові рекомендації щодо потенційно антиконкурентних дій різних органів влади, включаючи нормативно-правові акти Міністерства транспорту стосовно послуг повітряних перевезень, тендерні умови, встановлені Автономною Республікою Крим для відбору автобусних перевізників у регіоні, а також політику Київської обласної адміністрації стосовно зовнішньої реклами в місті Києві<sup>77</sup>.

АМКУ також діє як захисник конкуренції у галузі стратегічного планування. Частина друга статті 20 Закону України „Про АМКУ” дозволяє АМКУ «взаємодіяти» з органами державної влади всіх рівнів у питаннях економічної конкуренції та демонополізації. У свою чергу, частина перша статті 20 вимагає, щоб усі органи державної влади взаємодіяли з АМКУ в розробці та реалізації конкретних програм конкуренції та економічного розвитку. Додаткові положення у частинах четвертій та п'ятій статті 20-1 Закону України „Про АМКУ” дозволяють АМКУ розробляти та подавати до КМУ пропозиції щодо

«щодо пріоритетів і напрямів конкурентної політики на визначений період», а також подавати звіти до КМУ про досягнення попередньо визначених пріоритетів. За словами працівників Адміністрації Президента та КМУ, значення та необхідність політики конкуренції відповідно до цих положень є загальновизнаними, і доказом цього є той факт, що в кожній урядовій програмі є елементи, що стосуються задач політики конкуренції<sup>78</sup>.

У цілому, діяльність АМКУ як захисника конкуренції добре сприймається міністерствами та відомствами, з якими взаємодіє АМКУ, і рекомендації АМКУ розглядаються як такі, що відображають правильне розуміння відповідного регуляторного контексту, навіть коли якщо відомство не згодне з позицією АМКУ<sup>79</sup>.

## **5.2 Публічний захист**

АМКУ визнає, що одним з його основних завдань є пропагування конкурентної політики у суспільстві в цілому, отже він розробив ряд програм для покращення суспільної поінформованості та розуміння. Однією з важливих форм захисту конкуренції є контакти з діловими, правничими та науковими колами. Представники АМКУ часто беруть участь в конференціях, зустрічах та дискусіях за круглим столом з професійними групами, які включають у себе великі професійні організації, зокрема Спільку підприємців, Європейську бізнес-асоціацію та Торговельну палату, і менші за розміром галузеві групи, зокрема виробників вугілля та коксу, виробників металу, нафтотрейдерів, транспортно-експедиторські компанії, страхувальників, а також операторів мобільного зв'язку. АМКУ також пропонує семінари для юристів приватного сектору з таких питань, як процес подання заяви про надання дозволу на концентрацію. Що стосується науково-освітньої сфери, працівники АМКУ регулярно читають лекції у Київському національному торговельно-економічному університеті та беруть участь в університетських семінарах. Статистика АМКУ свідчить, що у середньому, посадовці та працівники АМКУ щороку беруть участь у понад 4000 заходів такого типу.

Інші засоби, за допомогою яких АМКУ спілкується з громадськістю, включають веб-сайт АМКУ та друковані матеріали. Веб-сайт ([www.amc.gov.ua](http://www.amc.gov.ua)) містить інформацію про історію, організацію та повноваження АМКУ, а також тексти законів, нормативно-правових актів та розпоряджень Комітету, річні звіти, інформацію про рішення у справах про надання дозволів та порушення закону, а також окремі судові рішення. Інші розділи сайту надають інформацію про членів АМКУ, процедури подання скарги чи заяви про надання дозволу, запропоновані зміни до конкурентного

законодавства, а також засади для розвитку конкурентної політики. Вебсайт має версії на українській, російській та англійській мові<sup>80</sup>. АМКУ також публікує 23-сторінкову брошуру під назвою «Конкуренція веде до процвітання», яка надає базову інформацію про АМКУ та конкурентне законодавство, а також інструкції щодо подання скарг. Крім цього, шість разів на рік виходить журнал «Конкуренція», що містить новини та статті, цікаві для спеціалістів з конкурентної політики.

Що стосується взаємодії з засобами масової інформації, відділ взаємодії з засобами масової інформації та зв'язків з громадськістю АМКУ випускає прес-релізи про рішення та діяльність АМКУ, а також проводить прес-конференції. Розглянуті справи та інша діяльність АМКУ регулярно висвітлюються у національних та регіональних засобах масової інформації, включаючи газети, телебачення, радіо, та Інтернет. У середньому щомісяця з'являється близько 100 повідомлень про АМКУ, причому більшість з них інформують про недавні рішення АМКУ. Рішення АМКУ у справах про концентрацію більше висвітлюються у загальнодержавних ЗМІ, тоді як на місцевому рівні зазвичай більше повідомляється про дії АМКУ, що стосуються справ про узгоджені дії та зловживання монополюючим становищем, які впливають на споживчі товари та комунальні послуги.

Великий бізнес в Україні добре знає АМКУ та конкурентне законодавство, а більшість суб'єктів господарювання інших розмірів принаймні знають про існування та функції АМКУ. Багато споживачів також чули про АМКУ завдяки засобам масової інформації, які розповідають про справи, пов'язані з товарами та комунальними послугами. Опитування, проведене у 2005 р., показало, що серед громадськості 90% людей знають про існування АМКУ.

## **6. Висновки та вибір політики**

### ***6.1 Сильні та слабкі сторони***

Основною сильною стороною режиму конкуренції в Україні є всеохоплююче та добре розроблене конкурентне законодавство, а також його виконання АМКУ, який має ефективне управління та добре сприймається у країні. Конкурентне законодавство України наділяє АМКУ широким спектром правових та захисних повноважень, спрямованих на підвищення конкурентоспроможності української економіки, зокрема повноваженнями забороняти антиконкурентну поведінку органів влади та розглядати їх нормативно-правові акти на предмет їх впливу на конкуренцію. Повноваження АМКУ щодо контролю за дотриманням законодавства дуже широкі і охоплюють

практично всіх суб'єктів господарювання, що працюють в Україні, та практично всі органи виконавчої влади, крім найвищих. Таким чином, АМКУ є потужним інструментом для досягнення цілей конкурентної політики та заслуговує на подяку за досягнення в реалізації цього потенціалу.

Основні органи влади в Україні стверджують, що вони усвідомлюють значення АМКУ та конкурентної політики в цілому. Підприємці вважають, що АМКУ є одним з найкращих відомств в Україні, та ставляться до нього з глибокою повагою як до органа, що розумно та виважено використовує свої повноваження. АМКУ широко розглядається як стабільний, добре керований та вільний від корупції орган. Хоча і не всі завжди погоджуються з діями АМКУ, існує спільна думка, що Комітет добросовісно намагається служити цілям конкурентного законодавства.

Іншими сильними сторонами АМКУ є його чесність та відповідальність. Важливим також є активні контакти АМКУ із зовнішнім світом з метою як донести свої ідеї до уряду, підприємців, науковців та широкого загалу, так і отримати відгуки тих, на кого впливають дії АМКУ. Традиційний статус Комітету як незалежного відомства захищає його діяльність від втручання інших державних органів, отже значно сприяє його ефективності та є ще одною сильною стороною.

Слабкі сторони українського режиму конкуренції частково пояснюються тими труднощами, з якими АМКУ стикається, коли виконує покладені на нього численні та різноманітні обов'язки. Напевне, було б перебільшенням сказати, що АМКУ став жертвою власного успіху, але його репутація як одного з кращих державних органів України насправді призвела до появи в нього додаткових обов'язків, зокрема управління деякими функціями системи державних закупівель. Обов'язки АМКУ також зросли і непрямо, оскільки конкурентне законодавство використовується для вирішення проблем в інших частинах державної системи управління України.

Наприклад, АМКУ розглядав би менше справ за Законом України „Про захист від недобросовісної конкуренції”, якщо б суб'єкти господарювання, що постраждали від підробки товарних знаків та інших подібних правопорушень, зверталися не до АМКУ, а до суду. Проте вони цього не роблять, оскільки вважають суди надто повільними та неефективними у порівнянні з АМКУ. Кількість справ про зловживання домінуючим становищем була б меншою, якби під час процесу приватизації у попередні роки приділялося більше уваги важливості поділу монопольних державних підприємств на декілька

приватних підприємств, які конкурували б між собою. Подібним чином, здатність суб'єктів господарювання зберігати домінуюче становище у постприватизаційному середовищі (і, таким чином, кількість ринків, на яких відбуваються зловживання домінуючим становищем) була б нижчою, якби українська економічна система сприяла більш ефективному входу суб'єктів господарювання на ринок та виходу з нього, і якби ринок інвестиційних коштів, як іноземних, так і місцевих, працював більш ефективно. У тих секторах, де зберігаються природні монополії, АМКУ витрачає суттєві ресурси на боротьбу зі зловживаннями, але цього не було б, якби добре працювали галузеві регулятори. Враховуючи усі ці різноманітні потреби в увазі та ресурсах, АМКУ дуже важко підтримувати на високому рівні його діяльність, спрямовану на виконання його місії.

АМКУ також має певні проблеми, пов'язані з тим, що Парламент (Верховна Рада) України прийняв певні закони (зокрема, Господарський кодекс), які не узгоджені із законами про захист конкуренції, і не прийняв інші закони (зокрема, щодо механізмів контролю за державною допомогою), які необхідні, якщо Україна хоче дотримуватися міжнародних норм у реалізації конкурентної політики. Інші труднощі пов'язані з тим, що державні обвинувачі не знають усю складність аспектів антиконкурентної поведінки і не хочуть її враховувати, а також з тим, що судді виховані у традиціях цивільного законодавства і не завжди готові зосередитися на економічній динаміці справ, що надходять до них. Позитивною стороною цих проблем є те, що жодна з них не виникає внаслідок відкрито ворожого ставлення до конкурентного законодавства. Вони скоріше відображають труднощі запровадження режиму конкуренції в культуру, яка протягом тривалого періоду звикала до зовсім іншого методу регулювання господарської діяльності. До того ж, бажання уряду увійти до ЄС є корисним стимулом для вдосконалення системи конкуренції та усунення того, що заважає її ефективному функціонуванню.

Інші значні слабкі сторони мають відношення до законодавчо визначених повноважень АМКУ, а також процедур і правилами його діяльності. Комітет не має повноцінного законодавчого забезпечення для розслідування картелів, а також має зміцнити співробітництво з іншими правоохоронними органами. Вимоги щодо подання заяв про надання дозволу на концентрацію відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції» у значній мірі суперечать прийнятим міжнародним стандартам. Крім того, хоча АМКУ вже є одним з найбільш прозорих органів державної влади в Україні, він міг би більш повно та чітко формулювати свої рішення та політику, щоб приватний сектор краще їх розумів і виконував.

Доцільно розглянути дві наступні риси українського конкурентного законодавства, які інколи вважаються слабкими сторонами, але, здається, не заслуговують на таку характеристику. Перша з них – це повноваження Кабінету Міністрів України надавати дозвіл на узгоджені дії або концентрацію, які заборонив АМКУ. Це повноваження не дає КМУ право спростовувати висновки АМКУ, що відповідна пропозиція є антиконкурентною, але дає КМУ право вирішувати, що позитивний ефект запропонованих дій для суспільних інтересів переважає негативні наслідки обмеження конкуренції.

Питання полягає у тому, чи слід розглядати існування таких повноважень як серйозну проблему для незалежності АМКУ або для цілісності режиму конкурентного права в Україні. Це не порушення незалежності АМКУ, оскільки, як було зазначено самим Комітетом, дії Кабінету Міністрів стосовно видачі дозволу після відмови з боку АМКУ не є втручанням у сферу повноважень АМКУ чи скасуванням тих визначень, які є юрисдикцією АМКУ.

Просте існування повноважень КМУ надавати дозвіл на деякі дії, що не були дозволені АМКУ, не є незаконним втручанням у цілісність режиму конкуренції. Кожна суверенна держава залишає за собою повноваження, у спеціальному положенні закону або іншим чином, підпорядковувати політику конкуренції іншим цілям державної політики. Жодний антимонопольний орган у світі не має повноважень приймати рішення, які були б абсолютно захищені від скасування або зміни вищими органами держави. Якщо немає іншого методу, національний парламент завжди може прийняти законодавство, яке скасовує рішення конкурентного органу<sup>81</sup>.

З точки зору оцінки режиму конкуренції питання полягає не в тому, що є повноваження підпорядковувати цілі конкурентної політики іншим інтересам, а в тому, що це повноваження має використовуватися в упорядкований та прозорий спосіб на підставах, які широко визнаються законними. Проблема систем, в яких законодавча влада може підпорядковувати цілі конкурентної політики іншим інтересам, полягає в тому, що цей процес відбувається у непрозорий спосіб. Звичайно, в Україні у конкурентні справи могла Верховна Рада, але вона вирішила наділити такими повноваженнями Кабінет Міністрів України. Такий підхід не є безпрецедентним, оскільки німецьке законодавство також передає на міністерський рівень повноваження підпорядковувати рішення конкурентного органу<sup>82</sup>. Насправді Німеччина передає це повноваження на ще нижчий рівень виконавчої влади, ніж Україна, оскільки у Німеччині рішення у конкурентних справах може приймати міністр економіки та праці, причому самостійно, без участі інших міністрів.



Крім цього, як вже зазначалося раніше, українська система обмежує повноваження Кабінету Міністрів різними вимогами та обмеженнями (включаючи право третьої сторони на судовий перегляд), які призначені для того, щоб забезпечувати прозорість та перешкоджати прийняттю рішень, умотивованих лише політичною доцільністю. Що стосується практики, враховуючи, що в Україні ця система міністерського перегляду була запроваджена лише у 2002 р, поки що було лише чотири випадки, коли КМУ надав дозвіл після відмови АКМУ. У двох з цих випадків йшлося про консолідацію за участі тих самих сторін, отже насправді було тільки три випадки. Хоча мудрість рішень КМУ у цих справах можна піддати сумніву, варто зазначити, що усі три справи стосувалися консолідації державних компаній, що у деяких країнах взагалі не підпадає під дію конкурентного законодавства. Можливо, українська схема перегляду на рівні КМУ заслуговує не на критику, а на похвалу як добре продуманий метод інтеграції неконкурентних цілей у систему забезпечення виконання конкурентного законодавства.

Другим можливим недоліком українського режиму конкуренції є надання АМКУ функцій контролю за державними закупівлями. Проблема полягає в інституційній небажаності поєднання в одному органі оперативних і правоохоронних функцій стосовно такої конкретної державної функції, як державні закупівлі. Додаткова проблема у випадку АМКУ полягає в тому, що створюється загроза для репутації Комітету, якщо з будь-якої причини (включаючи недостатні ресурси) він не виконає свої обов'язки, або стане жертвою корупційних впливів внаслідок участі в процедурі закупівель.

Є очевидним те, що головною роллю конкурентного органу по відношенню до державних закупівель має бути недопущення тендерних махінацій та інших порушень закупівельних процедур, а також забезпечення більш широкого використання конкурентних методів у сфері закупівель. Крім цього, небажано доручати державному органу одночасно правоохоронні та оперативні функції, оскільки це суперечить стандартним принципам державної організації. З іншого боку, у декількох країнах-членах ОЕСР (зокрема, Німеччині та Данії) антимонопольні органи відповідають як за недопущення змови сторін у процесі торгів, так і за розгляд скарг щодо процесу закупівель, і виконують цю роль без помітних негативних наслідків.

У будь-якому випадку, теоретичні заперечення проти участі АМКУ в закупівлях на цьому етапі представляють переважно академічний інтерес. Комітет виконує свої функції у сфері закупівель вже достатньо довго для того, щоб можна було виявити якісь системні недоліки. Єдина помітна проблема – це нестача ресурсів, пов'язана з тим, що

АМКУ недооцінив кількість працівників, необхідну для виконання цієї додаткової роботи. Ця проблема буде розглянута у рекомендаціях у наступному розділі цього звіту.

Наведені нижче рекомендації призначені охопити усю низку проблем конкурентного законодавства та політики, що наразі існують в Україні, і представлені в двох групах. Перша стосується рекомендацій стосовно дій органів державної влади, крім АМКУ, тоді як друга група стосується змін, які може здійснити АМКУ.

## **6.2 Рекомендації**

### *Рекомендації для Уряду*

#### *6.2.1 Забезпечити належні ресурси, щоб АМКУ міг підтримувати високі стандарти діяльності при виконанні своєї місії*

АМКУ отримував належне фінансування у минулому і ефективно використовував ці ресурси для того, щоб створити міцний орган з кваліфікованим персоналом та відмінною репутацією. Тепер не час ризикувати цим накопиченим інституційним капіталом. Слід або передати оперативні функції у сфері закупівель іншому органу, або відповідно збільшити бюджетні асигнування для АМКУ.

Крім того, система оплати праці посадових осіб АМКУ повинна бути розроблена та фінансуватися таким чином, щоб приваблювати та зберігати персонал із необхідним рівнем юридичних та економічних знань. Правильне застосування конкурентного законодавства потребує високого рівня знань, а оскільки некваліфіковане застосування законів може завдати шкоду державній економіці, бюджет на персонал не слід скорочувати. Слід повернутися до попередньої політики встановлення посадових окладів для персоналу АМКУ на рівні міністерств відповідно до частини другої статті 27 Закону України „Про АМКУ”.

#### *6.2.2 Забезпечити автономію АМКУ*

Зважаючи на необхідність виваженості у застосуванні законів про конкуренцію та можливі серйозні наслідки їх неправильного застосування для суб'єктів господарювання та секторів економіки, більшість країн створили свої конкурентні органи у формі незалежних комісій з багатьма членами, вільних від прямого контролю законодавчої чи виконавчої гілок влади. Крім того, члени таких комісій зазвичай призначаються відповідно до структурованого методу, щоб

політична партія, яка має більшість в уряді, не могла отримати повний контроль у конкурентному органі. Український підхід узгоджувався з загальноприйнятою моделлю до 2004 р., коли були внесені зміни до Конституції. Тепер Голова АМКУ призначається Верховною Радою за поданням Прем'єр-міністра, а інші державні уповноважені призначаються Кабінетом Міністрів, також за поданням Прем'єр-міністра. Оскільки Прем'єр-міністра обирає коаліція більшості у Верховній Раді, наразі цей процес призначення мало захищений від політизації. Краще було б відновити у будь-якій формі попередню систему, в якій Голова АМКУ призначався Президентом після погодження з Верховною Радою, а інші державні уповноважені призначалися Президентом за поданням Прем'єр-міністра.

### *6.2.3 Запровадити ефективну систему контролю за антиконкурентною державною допомогою*

У березні 2008 р. сповниться десять років з моменту, коли набула чинності Угода про партнерство та співробітництво між Україною та Європейським Союзом. У цій Угоді Україна взяла на себе зобов'язання дотримуватись стандартів ЄС щодо контролю за державною допомогою. Навіть якщо уряд наразі не бажає забезпечити повну відповідність стандартам ЄС, він принаймні повинен зробити крок уперед, прийнявши яку-небудь редакцію нинішньої законодавчої пропозиції АМКУ.

### *6.2.4 Змінити порогові показники подання заяви про концентрацію у статті 24 Закону України „Про захист економічної конкуренції” відповідно до рекомендації АМКУ*

АМКУ визнає, що положення про подання заяви про концентрацію у статті 24 Закону України „Про захист економічної конкуренції” необхідно змінити, і наразі готує відповідні зміни. Рекомендації щодо цих змін наведені нижче. Після того, як АМКУ завершить їх аналіз та розробить конкретну пропозицію, Верховна Рада повинна буде оперативно розглянути та прийняті ці необхідні зміни.

### *6.2.5 Встановити ефективні санкції за картельну змову*

Єдиним положенням у Кримінальному кодексі України стосовно дій, що порушують Закон України „Про захист економічної конкуренції”, є стаття 228, яка забороняє примушувати до скоєння антиконкурентних узгоджених дій. Ряд конкурентних органів дійшли висновку, що систему боротьби з явними горизонтальними картелями

можна вдосконалити шляхом застосування кримінальних санкцій до керівників компаній. Така відповідальність утримує від створення нових картелів та спонукає учасників вже існуючих картелів надавати інформацію відповідно до умов програм звільнення від відповідальності, так, як це встановлено у частині четвертій статті 6 Закону України „Про захист економічної конкуренції”<sup>83</sup>.

АМКУ вважає, що кримінальна відповідальність була б корисним доповненням до існуючого арсеналу правозастосовчих заходів, проте, його недавня спроба зацікавити уряд у запровадженні кримінальної відповідальності за участь у явних картелях виявилася безуспішною. Можливо, нинішній клімат не сприяє прогресу у цьому напрямку. З іншого боку, можна зробити менш значний крок вперед, а саме запровадження кримінальну відповідальність за повторні порушення. Такий підхід повинен задовольнити опонентів кримінального покарання, які стверджують, що багато підприємців не розуміють, що змова є незаконною, не кажучи вже про те, що вона є кримінальним злочином. Мета полягає в тому, щоб забезпечити сприйняття ідеї, що свідомо змова конкурентами з метою обмеження конкуренції є неприйнятною поведінкою і завдає шкоду не меншу, ніж корпоративне шахрайство та інші форми економічних порушень, які вже вважаються кримінальними злочинами<sup>84</sup>.

#### *6.2.6 Удосконалити регуляторні системи для природних монополій*

Фундаментальний підхід України до регулювання інфраструктурних мереж, відображений у Законі України „Про природні монополії”, відповідає загальноприйнятій теорії. Однак, для його реалізації необхідно відновити зусилля. АМКУ був дуже активним в цій сфері як захисник конкуренції та неодноразово вказував на необхідні дії, зокрема, включаючи створення регуляторної комісії у транспортному секторі.

Одним з питань, пов’язаних зі створенням регуляторних комісій відповідно до Закону України „Про природні монополії”, є метод призначення їх членів. Як і у випадку з АМКУ, внесення змін до Конституції у 2004 р. ускладнило політичну динаміку процесу призначень. Цю проблему також потрібно вирішити з метою забезпечити незалежність галузевих регуляторних органів.

### *6.2.7 Надати АМКУ повноваження вимагати від суду рішень про припинення порушень конкурентного законодавства під час провадження у справах АМКУ*

Стаття 25 Закону України „Про АМКУ” визначає різні заяви, позови та скарги, які АМКУ може подати до суду з метою отримати судове рішення. Хоча цей перелік містить посилання на «припинення порушення законодавства» це застосовується тільки за обставин, коли АМКУ вже прийняв остаточне рішення про виявлення порушення. Статтю 25 потрібно розширити, щоб АМКУ міг використовувати судову заборону антиконкурентних дій протягом провадження у своїх справах. Така заборона була б доцільною у випадках, коли АМКУ надає достатні докази того, що порушення існує і що затримка у припиненні антиконкурентних дій може зробити неможливим доведення у суді або завдасть серйозну шкоду суспільним інтересам.

### *6.2.8 Змінити процедури стягнення грошових штрафів, накладених АМКУ*

За останні п’ять років було сплачено лише близько 10% штрафів, накладених АМКУ. Частково це пояснюється тим, що всі великі штрафи були оскаржені в суді, а подача апеляції припиняє обов’язок сплачувати штраф до завершення розгляду справи. Це створює для відповідачів стимул оскаржувати справу незалежно від їх суті просто для того, щоб відкласти сплату штрафу.

Щоб відрадити від такої поведінки, Україна повинна змінити свої процесуальні правила таким чином, щоб відповідач, який остаточно програв апеляцію, повинен був сплати ринкову процентну ставку на суму штрафу за період між початковою та фактичною датою платежу. Потрібно також змінити процедури, щоб відповідач, який звернувся з оскарженням, повинен був надати заставу на суму штрафу. Якщо апеляція програє, ця застава дає гарантію негайного стягнення штрафу.

Інша проблема з процесом стягнення полягає в тому, що коли штраф залишається несплаченим, АМКУ повинен звертатися до суду за рішенням про сплату, а потім передавати це рішення до Державної виконавчої служби (ДВС) для виконання. АМКУ повинен отримати дозвіл на передачу вимог про сплату штрафу безпосередньо Державній виконавчій службі у таким самий спосіб, як він наразі передає ДВС рішення про конфіскацію товарів з незаконними позначеннями відповідно до статті 30 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”.

Нарешті, уряд повинен ініціювати реформування та оптимізацію процесу стягнення Державною виконавчою службою штрафів, що були накладені АМКУ чи іншим державним органом або судом<sup>85</sup>.

*6.2.9 Посилити слідчі повноваження АМКУ таким чином, щоб він міг проводити обшук службових приміщень та, за рішенням суду, пошук та вилучення доказів у місцях проживання.*

Існуючі повноваження АМКУ вилучати докази за статтею 44 Закону України „Про захист економічної конкуренції” не дозволяють йому робити обшук у службових приміщеннях на предмет наявності доказів порушення конкурентного законодавства. Зокрема, у випадках, коли предметом розслідування є таємна горизонтальна змова, АМКУ не має інструментів, необхідних йому для забезпечення виконання закону. Між конкурентними органами в усьому світі є консенсус, що обшуки службових приміщень без попередження є дуже важливим методом викриття картелів. Крім того, хоча відповідно до статті 44 АМКУ може вилучати докази з місць проживання при наявності рішення суду, наразі це повноваження не може бути використане, оскільки Верховна Рада не прийняла відповідні процедури його виконання.

Необхідно прийняти законодавство, яке дасть АМКУ можливість обшуку службових приміщень і, за рішенням суду, обшуку та вилучення доказів у місцях проживання. Інші слідчі повноваження повинні бути надані АМКУ у межах, які Конституція України дозволяє для розслідування цивільних справ. Якщо ж за серйозне порушення конкуренції буде встановлене кримінальне покарання, як рекомендується у цьому звіті, тоді АМКУ слід також дозволити використання у відповідних розслідуваннях усього набору методів кримінального розслідування.

*6.2.10 Внести зміни до Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” відповідно до пропозицій АМКУ*

Виходячи зі свого досвіду застосування Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”, АМКУ запропонував декілька змін для удосконалення або уточнення положень цього закону. Ці зміни повинні (1) забезпечити, щоб посилення у статті 4 на «пріоритет» на використання найменування чи марки стосувалося пріоритету на комерційне використання; (2) вилучити заборону на примусовий асортимент у статті 9; (3) визначити, що заборона на розголошення комерційної таємниці суб'єкта господарювання стосується осіб, що мають доступ до інформації за угодою; (4) уточнити обсяг заборон у

статтях 10-14; (5) уточнити процедури у справах про порушення, щоб вони узгоджувались зі справами про порушення Закону України „Про захист економічної конкуренції”; та (6) прийняти нову статтю, в якій визначення поняття «недобросовісна конкуренція» включатиме у себе розповсюдження неправдивої інформації, що призводить до отримання конкурентної переваги.

#### *6.2.11 Прийняти процедури, що дозволяють АМКУ вести розгляд справ для накладення адміністративних штрафів*

Стаття 7 Закону України „Про АМКУ” визначає, що Комітет може самостійно розглядати справи про адміністративні правопорушення, але Верховна Рада так і не затвердила необхідні процедури застосування цих повноважень. Таким чином, наразі для накладення адміністративного штрафу АМКУ повинен звернутися до суду загальної юрисдикції відповідно до процедур, визначених у Кодексі про адміністративні правопорушення. АМКУ має незадовільний досвід діяльності згідно з цим Кодексом, оскільки суди досить часто не виконують короткі часові обмеження, встановлені у Кодексі. Верховна Рада повинна прийняти процедури впровадження, проект яких підготовлений АМКУ, щоб АМКУ міг самостійно накладати адміністративні штрафи відповідно до статті 7, як це і передбачалося спочатку.

#### *6.2.12 Встановити або підвищити адміністративні штрафи за порушення конкурентного законодавства*

Частина друга статті 54 Закону України „Про захист економічної конкуренції” встановлює особисту адміністративну відповідальність посадових осіб органів влади за недотримання рішення АМКУ, відмову надати потрібну інформацію (або надання неповної чи неточної інформації), або перешкоджання збиранню доказів посадовими особами АМКУ. Подібним чином, частина третя статті 54 встановлює особисту адміністративну відповідальність працівників суб’єктів господарювання за перешкоджання розслідуванням АМКУ. Утім, Кодекс України про адміністративні правопорушення встановлює дуже низький (119 гривень або 16 євро) максимальний штраф для посадової особи органу державної влади, яка не виконує рішення АМКУ чи відмовляється надати необхідну інформацію, та не встановлює жодного штрафу для посадових осіб органів державної влади та працівників суб’єктів господарювання, які перешкоджають АМКУ у проведенні розслідувань.

АМКУ сподівається подати до Верховної Ради пакет змін до Кодексу, в якому буде передбачений штраф від 20 до 50 НМД (340-850 гривень або 46-115 євро) для посадових осіб органів державної влади за невиконання рішень АМКУ, та штраф від 10 до 30 НМД (170-510 гривень, 23-70 євро) для посадових осіб органів державної влади за відмову надати інформацію АМКУ (або подання неповної чи неточної інформації). Також передбачається штраф у розмірі від 10 до 30 НМД для посадових осіб органів державної влади та працівників суб'єктів господарювання за перешкоджання вилученню доказів АМКУ. Це не такі вже великі штрафи, які Верховна Рада має затвердити.

Крім цього, необхідно розглянути питання про встановлення адміністративних грошових штрафів для посадових осіб органів державної влади, відповідальних за дії цих органів, що порушують деякі інші положення конкурентного законодавства, за порушення яких штрафи наразі не передбачені. Зокрема, необхідно встановити штрафи за порушення статей 15, 16 та 17 Закону України „Про захист економічної конкуренції” (стосовно розпоряджень та рішень Антимонопольного комітету, незаконного делегування повноважень, та дій, що схиляють до або легітимують порушення законодавства про захист економічної конкуренції), а також за порушення частини четвертої статті 20 Закону України „Про АМКУ” (непогодження з АМКУ проєктів нормативно-правових актів, що впливають на конкуренцію)<sup>86</sup>.

Нарешті, якщо Верховна Рада не бажає зараз встановити кримінальне покарання за значні порушення законів про конкуренцію, необхідно розглянути можливість встановлення адміністративних грошових штрафів для працівників суб'єктів господарювання, які відповідають за такі порушення. Перспектива навіть відносно незначного особистого покарання та пов'язаного з ним негативного розголосу, може бути достатньою для того, щоб утримувати від порушень чи сприяти інформуванню про порушення згідно положень частини п'ятої статті 6 Закону України „Про захист економічної конкуренції”.

### *6.2.13 Тимчасово обмежити можливість звернення до суду у приватному порядку для відшкодування збитків справами, в яких АМКУ встановив порушення*

Положення про відшкодування у статті 55 Закону України „Про захист економічної конкуренції” та статті 24 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” дозволяють особам, що зазнали шкоди «внаслідок порушення» законів про конкуренцію,



вимагати від правопорушника відшкодування в господарському суді. За деякі порушення (включаючи антиконкурентні узгоджені дії, концентрацію чи зловживання домінуючим становищем), частина друга статті 55 передбачає відшкодування у подвійному розмірі. Суди не мають однаковості щодо того, чи є необхідним рішення АМКУ про встановлення порушення для прийняття на розгляд позовів про таке відшкодування.

Приватні позови про відшкодування можуть бути корисним додатковим методом для забезпечення застосування конкурентного законодавства, але разом з цим вони створюють певний ризик. Судовий розгляд таких справ без попереднього рішення АМКУ може викликати призвести до появи неналежного тлумачення конкурентного законодавства. У зрілих системах конкурентного права цей ризик не викликає великого занепокоєння. Але у таких системах, як українська, де судова практика все ще розвивається, краще буде перед прийняттям позовів у приватному порядку вимагати наявності рішення АМКУ<sup>87</sup>.

#### *6.2.14 Вимагати від приватних сторін, які звертаються до суду з питань, пов'язаних з конкурентним законодавством, повідомляти АМКУ*

Стаття 61 Закону України „Про захист економічної конкуренції” вимагає, щоб господарські суди «за запитом Антимонопольного комітету України» повинні інформувати АМКУ про судові справи, які вирішуються на підставі законодавства про захист економічної конкуренції. АМКУ має право брати участь як третя сторона в таких справах, якщо рішення суду може вплинути на права та обов'язки АМКУ. У початковій редакції стаття 61 безумовно вимагала від судів повідомляти АМКУ про справи, що розглядаються на підставі законодавства про захист економічної конкуренції. Пункт, що вимагає надходження запиту від АМКУ, був доданий під час законодавчого процесу. У результаті АМКУ може послатися на статтю 61, лише якщо суд добровільно повідомляє АМКУ, або АМКУ дізнається про справу від однієї зі сторін або з іншого джерела.

У судах практика застосування конкурентного законодавства України все ще знаходиться на етапі формування, отже для АМКУ важливо брати участь в якості сторони в судових процесах, що ведуть до судового тлумачення положень конкурентного законодавства. Утім, дехто може зауважити, що створення для судів необхідності повідомляти про свої дії іншому органу державної влади, зокрема АМКУ, є несумісним зі статусом судів як окремої гілки влади. Практичне рішення могло б полягати в тому, щоб по закону вимагати

від будь-якої сторони, яка звертається з позовом на підставі законів про конкуренцію, повідомляти про це АМКУ. Виконання цієї вимоги можна забезпечити, зазначивши, що неотримання такого повідомлення зробить недійсним будь-яке рішення суду, прийняте на користь сторони, яка це повідомлення не направила<sup>88</sup>.

*6.2.15 Внести зміни до Господарського кодексу з метою усунути конфлікт між цим кодексом та законодавством про захист економічної конкуренції, дотримання якого забезпечує АМКУ*

Невідповідності, які Господарський кодекс вносить в українську систему права, не лише заважають АМКУ забезпечувати дотримання законів про конкуренцію, а й також створюють невизначеність для суб'єктів господарювання і не сприяють притоку іноземних інвестицій. Ці конфліктні положення у Кодексі не є корисними та повинні бути усунені.

*Рекомендації для АМКУ*

*6.2.16 Продовжити розробку запропонованих змін до законодавства, які змінять пороги подання заяв про концентрацію таким чином, щоб можна було ефективно зосередитися на транзакціях, які можуть створити реальний ризик для конкуренції*

Відповідно до статті 24, наразі заяву про надання дозволу на концентрацію необхідно подавати до АМКУ, якщо:

- вартість активів учасників концентрації або їх сукупний обсяг реалізації товарів в Україні та за кордоном за попередній рік перевищує суму, еквівалентну 12 млн. євро, та (а) вартість активів або сукупний обсяг реалізації товарів в Україні та за кордоном, не менш як у двох учасників концентрації, з урахуванням відносин контролю, перевищує суму, еквівалентну 1 млн. євро у кожного, та (б) вартість активів або обсяг реалізації товарів в Україні хоча б одного учасника концентрації перевищує суму, еквівалентну 1 млн. євро; або
- частка будь-якого учасника концентрації або сукупна частка учасників концентрації на відповідному або суміжному з ним ринку перевищує 35 відсотків.

У статті 24 також зазначається, що якщо учасник концентрації входить до групи суб'єктів господарювання, пов'язаних між собою відносинами контролю, усі розрахунки вартості активів, обсягу

реалізації та частки ринку повинні базуватися на сукупних показниках для усієї групи.

Ці вимоги критикувалися практиками та діловою спільнотою, оскільки згідно з ними необхідно повідомляти про багато транзакцій, які навряд чи можуть становити ризик для конкуренції в Україні. По суті, ці стандарти не відповідають загальноприйнятим принципам систем повідомлення про злиття.

При розгляді вимог, які стосуються вартості активів та обсягу реалізації, помітні два недоліки. По-перше, положення про активи та обсяг реалізації в Україні стосується як суб'єкта господарювання, який набуває, так і суб'єкта господарювання, якого набувають, і отже поширюється на транзакції, в яких суб'єкт господарювання, якого набувають, може взагалі не бути присутній в Україні. Міжнародна антитрастова спільнота вважає, що таке формулювання вимоги до повідомлення є неправильним, оскільки воно не забезпечує достатній зв'язок з країною, яка розглядає транзакцію. Міжнародна конкурентна мережа (ММК) у своїх рекомендаціях щодо повідомлення про злиття (Recommended Practices for Merger Notification Procedures) зазначає, що повідомлення «слід вимагати не лише виходячи з місцевої діяльності суб'єкту господарювання, що набуває, зокрема шляхом встановлення порогів місцевого обсягу реалізації чи активів, який може бути перевищений самим суб'єктом господарювання, що набуває, незалежно від місцевої діяльності суб'єкту господарювання, якого набувають»<sup>89</sup>.

Другий недолік полягає в тому, що при набутті компанії в Україні, для порівняння з порогом розраховуються сукупна вартість активів та сукупний обсяг реалізації усієї групи компаній, пов'язаних відносинами контролю, а не цієї компанії окремо. У цьому контексті ММК рекомендує, щоб пороги повідомлення стосувалися суб'єктів господарювання, які беруть участь у транзакції і, зокрема, щоб «відповідні обсяги реалізації та/або активи сторони, яку набувають, були, як правило, обмежені обсягами реалізації та вартістю активів суб'єкту чи суб'єктів господарювання, яких набувають»<sup>90</sup>.

Також зазнає критики інша підстава для подання заяви, яка визначена у статті 29 і стосується частки ринку. Застосування такого критерію змушує заявників пропонувати суб'єктивне визначення відповідного ринку. Антитрастова спільнота має консенсус щодо того, що вимоги до повідомлення повинні бути прив'язані до стандартів, які можна об'єктивно обрахувати чи виміряти. Зокрема, ММК зауважує, що критерій частки ринку «непридатний для використання при

початковому визначенні необхідності подання заяви щодо певної транзакції»<sup>91</sup>.

Критики також стверджують, що всі три грошові показники, вказані у частині першій статті 24, є надто низькими, і тому заяви подаються і тоді, коли у цьому немає необхідності. Маються на увазі 12 млн. євро сукупної вартості активів чи обсягу реалізації в Україні та за кордоном, 1 млн. євро сукупної вартості активів чи обсягу реалізації в Україні та за кордоном у принаймні двох учасників, а також 1 млн. євро сукупної вартості активів чи обсягу реалізації в Україні принаймні в одного учасника.

ММК не намагається рекомендувати конкретні значення грошових порогів. Утім, у коментарі стосовно порогу 12 млн. євро для сукупних активів чи обсягу реалізації, в тому числі за кордоном, ММК зазначає, що будь-які пороги показники, пов'язані з діяльністю сторін в усьому світі повинні бути «допоміжними» по відношенню до порогів, пов'язаних з доходами чи активами у відповідній юрисдикції<sup>92</sup>. В окремому коментарі стосовно українського порогу 1 млн. євро ММК зазначає, що «багато юрисдикцій вимагають суттєвої місцевої діяльності кожного з принаймні двох учасників транзакції в якості умови для повідомлення». З точки зору ММК, це є бажаним, оскільки «ймовірність негативних наслідків від угод, в яких тільки одна сторона має потрібний зв'язок, є достатньо малою, отже зазвичай у таких ситуаціях можна не створювати тягар, пов'язаний з необхідністю повідомлення». Якщо враховувати місцеву господарську діяльність тільки суб'єкта господарювання, якого набувають, то у цьому випадку ММК рекомендує, що необхідний поріг має «бути достатньо високим, щоб не потрібно було повідомляти про транзакції, що не мають потенційного суттєвого впливу на місцеву економіку»<sup>93</sup>.

Звісно, неможливо розробити систему порогів повідомлення, яка б надійно відловлювала лише проблемні транзакції. Але можна ретельно структурувати її таким чином, щоб уникнути (як це формулює ММК) «непотрібних витрат на здійснення транзакції та відволікання ресурсів антимонопольного органу без отримання жодної користі з точки зору забезпечення виконання законодавства»<sup>94</sup>. Необхідно проаналізувати попередні заяви, щоб визначити максимальний рівень порогових показників, при якому ще не будуть пропускатися проблемні транзакції. Після цього можна провести консультації з іншими антимонопольними органами, які допоможуть зрозуміти, яким чином необхідно змінити вимоги щодо повідомлення для досягнення потрібних результатів.

### *6.2.17 Підвищити прозорість рішень для забезпечення кращого керівництва та передбачуваності для юристів та приватного сектору*

Прозорість є важливою характеристикою прийняття рішень конкурентними органами, оскільки для ефективного планування господарської діяльності приватному сектору необхідне чітке розуміння правових обмежень. Крім цього рівень виконання конкурентного законодавства у значній мірі залежить від порад, які спеціалісти з конкурентного законодавства надають своїм клієнтам з бізнес-сектору, а надійна порада не може бути надана, якщо політика правозастосування є непередбачуваною. ММК у своїх коментарях торкається і цього питання, і хоча ці коментарі стосуються подання заяв про надання дозволу на злиття, вони також можуть бути корисними при розгляді справ про порушення. Зокрема, ММК пропонує наступні рекомендації:

Необхідно надавати обґрунтовані пояснення для рішень про заборону, блокування або обумовлення дозволу на здійснення певної транзакції, а також для рішень про дозвіл, які створюють прецедент або являють собою суттєву зміну у політиці чи практиці правозастосування ...Важливо, щоб наявна інформація дозволяла громадськості контролювати відповідність, передбачуваність та чесність процесу розгляду злиття<sup>95</sup>.

Рішення АМКУ наразі недостатньо деталізовані для того, щоб можна було контролювати відповідність, передбачуваність та чесність. Крім цього, АМКУ оприлюднює лише «стислу інформацію» про свої рішення у справах про надання дозволів та справи про порушення. Якщо АМКУ спрямує більше зусиль на ретельну підготовку більш детальних та добре обґрунтованих рішень і почне оприлюднювати їх повний текст, він зможе вдосконалити свій аналітичний процес, матиме більш упевнену позицію при розгляді його рішень у суді, та забезпечить цінним керівництвом юристів та приватний сектор у цілому.

### *6.2.18 Опублікувати основні принципи розгляду концентрацій для підвищення прозорості аналітичного підходу АМКУ*

Попередня рекомендація закликала АМКУ готувати більш детальні рішення у справах про порушення та отримання дозволів, щоб приватний сектор зміг більш надійно прогнозувати, як АМКУ оцінює різні дії та транзакції. Інший ефективний метод, за допомогою якого конкурентний орган може підвищити прозорість та прогнозованість

своїх дій, полягає у розробці та публікації аналітичних принципів. Наразі основні принципи діяльності АМКУ у цих двох сферах, по суті, викладені в існуючих положеннях АМКУ щодо визначення ринку та визначення монопольного становища на ринку, а також у розпорядженнях, що стосуються блочних виключень для узгоджених дій та створення об'єднань. Значною сферою діяльності АМКУ, у якій поки що немає жодного керівництва, є розгляд заяв про надання дозволу на концентрацію. Положення про визначення ринку та монопольного становища дещо пояснюють принципи оцінки концентрацій, але інші аспекти аналізу їх наслідків для конкуренції залишаються без пояснень.

Багато конкурентних органів вже розробили такі основні принципи розгляду концентрацій, отже АМКУ може скористатися великою кількістю матеріалів. Наприклад, у 2006 р. ММК випустила посібник з аналізу злиттів «Merger Guidelines Workbook», який можна взяти за основу. Розробка основних принципів подання заяв про концентрацію також дасть можливість АМКУ з'ясувати, чи існують практичні можливості для того, щоб інтегрувати у процес оцінки злиття оцінку наслідків узгодження.

#### *6.2.19 Опублікувати рекомендації стосовно накладення грошових штрафів за порушення законів про конкуренцію*

Інша сфера діяльності АМКУ, в якій немає достатньої прозорості – це накладення грошових штрафів за порушення конкурентного законодавства. АМКУ наділений правом накладати будь-який грошовий штраф у межах максимального штрафу, передбаченого за відповідне порушення. Рекомендації щодо принципів розрахунку штрафів будуть корисними не лише для підвищення прозорості, а й також для забезпечення неупередженості. ЄС опублікував рекомендації щодо визначення штрафів і в якості однієї з основних причин для їх розробки відкрито вказав забезпечення неупередженості<sup>96</sup>.

Розробка таких рекомендацій також дозволить АМКУ пояснити свою політику визначення базових розмірів штрафів. Як і інші конкурентні органи, АМКУ зазвичай не накладає на порушників максимальні штрафи. Наявність стандартного методу для розрахунку базових сум штрафів дає конкурентному органу відправну точку для аналізу. Наприклад, у рекомендаціях ЄС зазначається, що базова сума штрафу має складати до 30% доходу від реалізації товарів чи послуг, пов'язаних з відповідним правопорушенням (розділ 21), причому визначення конкретного розміру штрафу залежить від таких факторів, як характер та географічний обсяг правопорушення, а також сукупна

частка на ринку учасників порушення (розділ 22). Базова сума помножується на кількість років, протягом яких тривало порушення (розділ 24), і може збільшуватися далі при застосуванні фактору стримування (розділ 25). Отримана сума коригується, щоб врахувати в остаточній сумі штрафу різних обтяжливих та пом'якшуючих факторів, зокрема рецидивізм та співробітництво зі слідством. Такий підхід до розрахунку штрафів не лише сприятиме послідовності, а й забезпечить АМКУ аргументацію у випадках, коли його критикують за надто низькі штрафи (як це зараз інколи трапляється)<sup>97</sup>.

*6.2.20 Розглянути можливість оприлюднення інформації про попередні висновки, надані відповідно до статей 14 і 29 Закону України „Про захист економічної конкуренції”*

Наразі АМКУ не оприлюднює жодної інформації про висновки, надані за статтею 14 (стосовно законності окремих дій) чи статтею 29 (стосовно необхідності подання заяви про надання дозволу на узгоджені дії або концентрацію). АМКУ вважає, що громадськість не має необхідності знати про такі висновки, тому що такі дії у майбутньому або не здійснюються відповідними сторонами, або розглядаються АМКУ у встановленому порядку, після чого АМКУ оприлюднює своє рішення. Така позиція не враховує те, що висновки АМКУ про наявність або відсутність антиконкурентних дій можуть бути повчальними для інших. АМКУ вважає, що оприлюднення таких висновків може порушувати умови конфіденційності, але цю проблему можна вирішити, якщо затримати оприлюднення або виключити з повідомлення інформацію про заявника.

*6.2.21 Передбачити застосування частини третьої статті 48 таким чином, щоб у відповідних випадках дія рішень АМКУ про припинення антиконкурентних дій не зупинялася автоматично на час судового провадження*

У випадках, коли АМКУ встановив порушення законів про конкуренцію, і відповідач звернувся до суду з апеляцією, дія рішення АМКУ про припинення антиконкурентних дій автоматично зупиняється на період розгляду апеляції. Частина третя статті 48 Закону України „Про захист економічної конкуренції” передбачає, що АМКУ може не допустити таке припинення, якщо прийме відповідне рішення «з метою захисту суспільних інтересів чи відвернення негативних або непоправних наслідків для суб'єктів господарювання». Комітет жодного разу не використав цю можливість. У кожному провадженні, коли встановлене порушення та подана апеляція, АМКУ

повинен оцінити, чи дотримані вимоги закону, і якщо вони дотримані, прийняти відповідне рішення. Апеляції можуть розглядатися роками, але немає причин, з яких негативні наслідки антиконкурентних дій слід терпіти протягом тривалого періоду, враховуючи те, що АМКУ має у розпорядженні цей механізм.

#### *6.2.22 Змінити пріоритети правозастосування з метою виправлення дисбалансу між справами про зловживання домінуючим становищем та справи про горизонтальні узгоджені дії*

Наразі майже половина справ АМКУ – це справи про зловживання монопольним становищем. Лише чотири відсотки справ стосуються узгоджених дій, і менше трьох відсотків – горизонтальних узгоджених дій. Серед теоретиків антимонопольного права переважає думка, що горизонтальні узгоджені дії є найбільш згубною формою антиконкурентних дій суб'єктів господарювання і тому повинні залишатися в центрі уваги конкурентного органу.

Як зазначалося раніше, для пояснення нинішньої уваги АМКУ до справ про зловживання домінуючим становищем можна навести різні причини. Утім, з часом та подальшим розвитком економіки України кількість ринків, на яких домінуючі суб'єкти господарювання можуть успішно обмежувати конкуренцію, буде поступово зменшуватися. Отже, АМКУ має почати збільшувати обсяги слідчої діяльності, спрямованої на горизонтальні узгоджені дії<sup>98</sup>. При виборі напрямків збільшення слідчої діяльності АМКУ повинен звернути особливу увагу на сферу державних закупівель та інші ринкові ситуації та сектори, в яких, як показав досвід АМКУ, змови та узгодження є особливо частими<sup>99</sup>.

#### *6.2.23 Продовжувати гармонізацію українського конкурентного законодавства з конкурентним законодавством ЄС, включаючи розробку додаткових блочних виключень*

АМКУ вже підготував проект блочних виключень для угод щодо вертикального розподілу та угод щодо спеціалізації виробництва і сподівається розробити проект розпорядження щодо угод про передачу технологій протягом 2008 р. Ці проекти нормативних актів повинні бути оприлюднені для коментарів з боку громадськості перед їх затвердженням, щоб зацікавлені сторони мали нагоду побачити недоліки чи проблематичні сторони, які АМКУ потім має врахувати. Зокрема АМКУ повинен зробити так, щоб виключення для вертикального розподілу ефективно вирішувало ті проблеми, які наразі існують з франчайзинговими угодами<sup>100</sup>.



#### *6.2.24 Покращити співробітництво з іншими правоохоронними органами України*

АМКУ має різний досвід співробітництва з іншими правоохоронними органами України у розслідуванні антиконкурентних дій, причому на регіональному рівні результати краще, ніж на центральному. Цю тему можна запропонувати Міждержавній раді СНД з антимонопольної політики (МРАП), щоб вона дослідила, як спільне розслідування здійснюється в інших країнах СНД. У будь-якому випадку, АМКУ має не шкодувати зусиль для покращення теперішньої ситуації та отримання ефективної допомоги від таких органів, як Служба безпеки України та МВС.

#### *6.2.25 Продовжувати захист конкуренції перед іншими органами державної влади, при цьому особливу увагу слід приділити покращенню розуміння принципів конкурентної політики суддями, обвинувачами та іншими працівниками правоохоронних та регуляторних органів*

АМКУ виділяє суттєві ресурси для розгляду проектів нормативно-правових актів, законів та розпоряджень, розроблених іншими органами влади. Потрібно звернути увагу на методи, якими можна підвищити рівень знання конкурентної політики працівниками інших органів державної влади. Це є необхідним для того, щоб зменшити потребу у значній участі АМКУ, коли інші органи державної влади розробляють проекти нормативно-правових актів, які стосуються конкуренції. АМКУ вже пропонує семінари про принципи конкурентної політики для працівників державних органів, але цю програму потрібно розширити та удосконалити. Так, КМУ може розпорядитися, щоб у кожному державному органі був призначений юрист, який відповідав би за конкурентну політику. Такі юристи повинні будуть пройти курси інтенсивного навчання в АМКУ і потім контролювати діяльність свого державного органу – як вже існуючі програми, так і нові проекти нормативно-правових актів, – що впливає на конкуренцію. Такі посадові особи у правоохоронних органах також можуть виконувати функції контактних осіб для розвитку процедур співробітництва, які можуть застосовуватися у розслідуваннях АМКУ.

Утім, якщо навчання з конкурентної політики будуть проводити працівники АМКУ, у ньому не зможуть брати участь судді, які приймають рішення у справах, в яких бере участь АМКУ. Досвід інших країн вказує на те, що судді найбільш комфортно відчують себе на семінарах, де основними інструкторами є досвідчені судді з інших країн. Інколи таке навчання для суддів пропонують програми

технічної допомоги, і це також могло б стати темою проекту, який можна реалізувати через МРАП.

#### *6.2.26 Керуватися практичною необхідністю у вимогах до подання інформації у заявах про надання дозволу на концентрацію*

Відповідно до положень Закону України „Про захист економічної конкуренції”, що стосуються подання заяв про концентрацію, також вимог до подання заяв у Розпорядженні №33, усі сторони, що беруть безпосередню участь у транзакції, а також інші особи та суб’єкти господарювання, з якими учасники транзакції пов’язані відносинами контролю, повинні подавати подати великий обсяг документації. Інколи суворе дотримання таких вимог призводить до того, що сторони подають документи стосовно великої кількості афілійованих осіб, які не мають жодного відношення до ринків, яких стосується відповідна транзакція. У таких випадках АМКУ надає заявникам можливість обговорити скорочення обсягу потрібної документації. Оскільки заявники, що беруть участь у таких переговорах, не мають іншого вибору, як прийняти умови АМКУ, важливо, щоб працівники АМКУ звертали належну увагу на витрати, пов’язані з вимогами до документації, та вимагали лише ті документи, які дійсно необхідні для ефективного аналізу впливу транзакції на конкуренцію. У цьому відношенні варто знову послатися на рекомендації ММК, в яких говориться, що документація, яку вимагають у зв’язку з попереднім повідомлення про злиття, має обмежуватися лише документацією, необхідною для визначення того, чи ця транзакція (1) відповідає пороговим показникам повідомлення, та (2) становить потенційну загрозу для конкуренції, що потребує подальшого аналізу<sup>101</sup>.

#### *6.2.27 Продовжувати існуючі програми, спрямовані на:*

- розширення співробітництва з міжнародними організаціями з питань конкуренції та органами з питань конкуренції інших країн, а також підвищення серед працівників рівня володіння іноземними мовами, щоб полегшити консультації з європейськими та американськими конкурентними органами;<sup>102</sup>
- краще визнання та сприйняття принципів конкуренції у суспільстві в цілому для сприяння розвитку культури конкуренції в Україні; та
- удосконалення слідчих та аналітичних навичок персоналу Комітету (включаючи також територіальні відділення) шляхом проведення навчальних програм та обміну працівниками з

іншими конкурентними органами, а також за допомогою інших можливих засобів.

АМКУ наразі має програми в усіх цих сферах. Усі ці напрямки діяльності є важливими для розвитку конкурентного законодавства та політики в Україні і мають постійну підтримку.

## ПРИМІТКИ

- <sup>1</sup> Економічні дані в цьому розділі звіту взяті в основному з Економічного огляду ОЕСР (*OECD Economic Survey*), який можна знайти на сайті [www.oecd.org](http://www.oecd.org).
- <sup>2</sup> Також вважається узгодженими діями створення суб'єкту господарювання, метою чи наслідком якого є координація конкурентної поведінки між суб'єктами господарювання, що створили зазначений суб'єкт господарювання, об'єднання, або між ними та новоствореним суб'єктом господарювання (Ст. 5.1(2)). Це положення відображає аналогічне положення у Статті 2.4 Регламенту ЄС про злиття (Регламент 139/2004) в якому розглядаються спільні підприємства з частковою дією.
- <sup>3</sup> Фізичні особи, які придбавають товари народного споживання для кінцевого споживання, не вважаються суб'єктами господарювання.
- <sup>4</sup> Однак, людська праця на є «товаром» для цілей конкурентного законодавства, отже угоди між членами профспілки про розмір заробітної плати не підпадають під юрисдикцію АМКУ.
- <sup>5</sup> Немає практичної різниці між заборонаю у статті 6 щодо дій, які «призвели або можуть призвести» до антиконкурентних наслідків та відповідним визначенням у статті 81(1) ЄС щодо дій, які містять анти конкурентні обмеження своїм «наміром або наслідком». АМКУ вживає словосполучення «можуть призвести» з метою передбачити такі самі очікувані наслідки, які у праві ЄС відображаються словом «намір»
- <sup>6</sup> Статті 7, 8 та 9 відображають аналогічні положення, що містилися у Законі проти обмежень конкуренції Німеччини у той час, коли готувався проект українського закону. Пізніше ці положення були видалені з німецького закону.
- <sup>7</sup> У 2004 році ЄС також відмовився також від своєї системи «негативного дозволу», яка давала сторонам право отримувати підтвердження щодо відсутності підстав для їх переслідування їх відповідно до частини першої статті 81 або статті 82. В Україні подібна процедура негативного дозволу ніколи не існувала. АМКУ надає висновки у формі рекомендаційних роз'яснень відповідно до

статті 14 Закону України «Про захист економічної конкуренції», як буде описано нижче у цьому звіті, але такі висновки не мають на меті надавати звільнення від переслідування.

- 8 Розпорядження № 27-р стосується створення суб'єктів господарювання тільки в тій мірі, в якій це створення не становить «концентрації», що регулюється вимогами щодо повідомлення про злиття та отримання дозволу відповідно до статей 22 та 24 Закону „Про захист економічної конкуренції”, що розглядаються нижче.
- 9 Утім, АМКУ не має жодних галузевих блочних виключень, які можна було б порівняти зі звільненнями, які існують в ЄС для угод про реалізацію та сервісне обслуговування автомобілів (Регламент № 1400/2002), а також для узгоджених дій страхових компаній (Регламент № 358/2003). АМКУ не вважає, що умови в цих двох секторах наразі потребують розробки таких звільнень.
- 10 Загалом було отримано 425 заяви, але 70 з них були відкликані або залишилися без розгляду з інших причин.
- 11 У цьому звіті сума накладених штрафів виражена як у гривнях (грошова одиниця України), так і в євро. Сума в євро розраховується на основі курсу обміну на момент накладення штрафу. Протягом останніх п'яти років вартість гривні по відношенню до євро поступово зменшувалася. У грудні 2004 р. 1 євро коштував 5,7 гривень, у грудні 2007 р. – вже 7,4 гривень.
- 12 Див. Повідомлення ЄС С372/03 (1997) щодо визначення ринку.
- 13 АМКУ за всю свою історію лише один раз вимагав примусовий поділ - у справі 1994 року, що розглядалася відповідно до попереднього закону про конкуренцію.
- 14 Розпорядження АМКУ № 33 (2002 р.) визначає порядок розгляду заяв про отримання дозволу на концентрацію.
- 15 Придбання акцій дилером для перепродажу виключено з визначення, яке передбачає, що дилер не користується правом голосу та розміщення акцій протягом річного періоду (розширеного АМКУ). Також виключеними є трансакції, зроблені в межах єдиної групи контролю, придбання зроблені у ході офіційної процедури ліквідації, а також створення нового суб'єкта господарювання, який координує конкурентні відносини або між підприємствами-засновниками, або між ними та новим суб'єктом. Як було попередньо зазначено, створення суб'єкта господарювання останнього типу розглядається як узгоджені дії за статтею 5.
- 16 Пов'язаними вважаються особи, які ведуть спільну господарську діяльність або здійснюють спільний контроль. У статті 1 також

зазначається, пов'язаними фізичними особами є такі, які є подружжям, батьками та дітьми, братами та (або) сестрами. Визначення контролю включає у себе невичерпний перелік засобів, якими може здійснюватись «вирішальний вплив», і цей перелік в основному містить ті самі обставини, які вважаються набуттям контролю у визначенні концентрації.

- 17 Це – ще один аспект конкурентного права України, в якому Україна використала приклад Німеччини. Див. Закон Німеччини „Про конкуренцію”, Розділ 19(3), у якому для встановлення факту домінування на ринку використовується в якості критерію ринкова частка, а також Розділ 36(1), в якому встановлюється презумпція проти концентрацій, які можуть призвести до створення або зміцнення домінуючого становища.
- 18 Утім, АМКУ не завжди виходить з припущення щодо створення спільного домінуючого становища внаслідок концентрацій, після яких сукупна ринкова частка нового суб'єкта господарювання відповідає критеріям спільного домінування, що містяться у частині п'ятій статті 12 (відповідно до якої домінування існує, якщо сукупна частка не більше ніж трьох суб'єктів господарювання перевищує 50 відсотків або сукупна частка не більше ніж п'яти суб'єктів господарювання перевищує 70 відсотків). Наразі в АМКУ відбувається внутрішня дискусія щодо того, чи можна застосовувати частину п'яту статті 12 у розгляді справ про конкуренцію.
- 19 Таблиця включає концентрації, розглянуті у межах справ, які стосувалися приватизації.
- 20 Загальна кількість отриманих заяв про надання дозволу на концентрацію становила 3318, але 981 з них були відкликані, або залишилися без розгляду з інших причин.
- 21 Параграф 17 статті 50 розширює обсяг заборони у частині першій статті 18, забороняючи будь-якій особі надавати рекомендації, що схиляють інших суб'єктів господарювання до вчинення порушень законодавства про захист економічної конкуренції чи сприяють вчиненню таких порушень.
- 22 Стаття 48 Закону України „Про захист економічної конкуренції” дає АМКУ право скасувати дозвіл на узгоджені дії, надані відповідно до статті 10, якщо суб'єкт господарювання, який отримав цей дозвіл, порушує статтю 19.
- 23 «Органи адміністративно-господарського управління та контролю», як визначено у статті 1, є суб'єктами господарювання, що

здійснюють функції управління та контролю, законно делеговані їм органами влади чи органами місцевого самоврядування. Такі функції управління можуть, наприклад, включати впровадження проекту технічної інновації або інвестиційної програми у даному секторі чи географічному регіоні.

- 24 Це положення дозволяє АМКУ розглядати деякі дії державних органів, які можуть вважатися антиконкурентною державною допомогою у значенні статті 87 Угоди ЄС. Утім, сфера повноважень АМКУ за статтею 15 обмежена, оскільки Закон України „Про захист економічної конкуренції” не поширюється на дії, вчинені безпосередньо Верховною Радою чи Кабінетом Міністрів.
- 25 У статті 10-біс розділу (2) Паризької конвенції зазначається, що «будь-яка дія з конкуренції, що суперечить чесній практиці у промислових та комерційних справах є недобросовісною конкуренцією». Розділ (3) є невичерпним переліком забороненої поведінки, включаючи (і) будь-які дії, що створюють змішування зі створенням, товарами або підприємницькою діяльністю конкурента, (ii) неправдиві твердження, що дискредитують конкурента і (iii) неправдиві твердження про характер, технологічний процес, характеристики, придатність або кількість конкретної продукції.
- 26 Для порівняння, строк повноважень Президента України та депутатів Верховної Ради складає п'ять років.
- 27 У цьому звіті посилання на дії чи рішення «АМКУ» або «Комітету» слід розуміти як дії, вчинені АМКУ на пленарному засіданні або підпорядкованим працівником або органом, що діє у межах делегованих повноважень.
- 28 Для подання заяви за статтею 14 потрібно сплатити 1360 гривень (180 євро).
- 29 Для подання заяви за статтею 29 потрібно сплатити 1360 гривень (180 євро).
- 30 Утім, якщо заявник вже сплатив за надання такого висновку, плати за подання заяви про надання дозволу на концентрацію знизяться для нього до 3740 гривень (505 євро), плата за отримання дозволу на узгоджені дії – до 1190 гривень (160 євро).
- 31 При поданні заяви про надання дозволу на концентрацію потрібно сплатити 5100 гривень (690 євро).
- 32 Розпорядження № 33, Розділ 3.13 дозволяє головному уповноваженому АМКУ скоротити вимоги до обсягу поданих документів.

- 33 При поданні заяв про надання дозволу на узгоджені дії потрібно сплатити збір у розмірі 2550 гривень (345 євро).
- 34 Положення щодо надання дозволу на підставі майбутніх суспільних інтересів запозичені з аналогічних положень німецького Закону проти обмежень конкуренції у тій його редакції, що була чинною на момент створення Закону України „Про захист економічної конкуренції”. Наразі Розділ 42 німецького закону містить лише положення, що дозволяє міністерству надавати на підставі суспільних інтересів дозвіл на здійснення концентрацій, які є антиконкурентними.
- 35 Постанова КМУ № 219 (2002 р.).
- 36 Рішення КМУ за статтею 33 може бути переглянуто у судовому порядку за позовом зацікавленого суб’єкта господарювання.
- 37 Процедури виконання встановлює Розпорядження АМКУ № 283 (2003 р.).
- 38 Відповідно до частини першої статті 22 Закону України „Про АМКУ”, одержана АМКУ інформація з обмеженим доступом може бути використана лише для законних цілей, і за її розголошення працівники Комітету несуть відповідальність, встановлену законом,
- 39 Стаття 50, параграфи 13, 14 і 15.
- 40 АМКУ не веде статистики, яка показує, скільки рекомендацій відповідно до параграфу п’ятого частини третьої статті 7 було надано щодо припинення дій, які негативно впливають на конкуренцію.
- 41 До підприємств тепло- та водопостачання з 1997 року застосовується вимога щодо відшкодування неякісних (неповноцінних) послуг відповідно до Постанови КМУ №1497. Утім, до 2006 року не було інструкцій від КМУ щодо того, яким чином слід розраховувати розмір цього відшкодування. До 2005 року включно АМКУ розглядав випадки, коли відшкодування не розраховувалося та не сплачувалося, як анти конкурентні дії, і тому надавав відповідні обов’язкові до виконання рекомендації за статтею 7. Якщо компанія-постачальник не погоджувалася виконати рекомендації щодо відшкодування переплати за комунальні послуги, АМКУ зазвичай провадив подальше розслідування та у разі необхідності надавав рекомендації щодо виплати відшкодування відповідно до статті 46 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (яка розглядалася вище). Якщо підприємство продовжувало опиратися, відкривалася формальна справа про зловживання домінуючим



становищем відповідно до статті 13 Закону України «Про захист економічної конкуренції».

42 Для цілей цієї таблиці (та всіх таблиць у цьому звіті, що відображають категорії порушень законодавства про захист конкуренції) категорія «узгоджені дії» включає незаконні узгоджені дії відповідно до частини четвертої статті 6 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, недотримання умов дозволу на узгоджені дії та незаконна обмежувальна діяльність об’єднань відповідно до частини першої статті 21 Закону України „Про захист економічної конкуренції”. «Зловживання монопольним (домінуючим) становищем» включає у себе порушення частини третьої статті 13 Закону України „Про захист економічної конкуренції”; «дії державних органів влади» включають порушення частини третьої статті 15, статей 16 та 17 Закону України „Про захист економічної конкуренції”; „недобросовісна конкуренція” включає у себе порушення Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції”; «інші» включає всі інші порушення, зазначені у статті 50 Закону України „Про захист економічної конкуренції”.

43 Якщо заявник вважає, що розкриття його особи може мати для нього негативні наслідки, він може звернутися до АМКУ з проханням розглянути справу за власною ініціативою (частина перша статті 35).

44 Розпорядження № 5(1994 р.), розділ 19. Порядок розгляду скарг та справ про порушення встановлений у Розділі VII Закону України „Про захист економічної конкуренції”, який доповнює Розпорядження № 5 (1994 р.).

45 Усього протягом 2003 – 2007 рр. АМКУ отримав з зовнішніх джерел 26239 скарг, з яких 1956 (7,5%) призвели до початку розгляду справ за статтею 37.

46 Вилучення призводить до фізичного видалення з приміщення, тоді як арешт передбачає, що докази залишаються на місці, але їх опечатують, при цьому право доступу до них чи користування ними мають лише уповноважені представники правоохоронних органів.

47 Стаття 31 Конституції України визначає, що прослуховування розмов може застосовуватися тільки з метою попередження злочину чи розслідування кримінальної справи.

48 Відповідно до частини першої статті 23 Закону України „Про АМКУ”, АМКУ має право проводити слухання і залучати до нього треті сторони, якщо заявник і відповідач не висловили проти цього обгрунтованих заперечень.

- 49 Відповідач, якщо буде встановлена його провина у порушенні закону, повинен сплатити будь-які витрати, які третя сторона понесла у зв'язку з діяльністю такого експерта. Якщо АМКУ призначає експерта за власною ініціативою, витрати на експерта сплачуються з коштів, отриманих АМКУ за розгляд заяв на отримання дозволу.
- 50 Територіальні відділення АМКУ розглянули декілька справ, в яких приймалися попередні рішення, але АМКУ не веде точну статистику таких випадків.
- 51 АМКУ може закрити справу, якщо не доведено вчинення порушення, справа не підлягає розгляду в АМКУ, не встановлено відповідача або його місцезнаходження, справа вже розглянута або розглядається, або якщо справа вирішена відповідно до статті 46 (стаття 49).
- 52 У справі про зловживання домінуючим становищем примусовий поділ здійснюється відповідно до вимог статті 53, як розглядалось вище. У випадку, якщо учасники концентрації не подали заяву про надання дозволу, до її здійснення, АМКУ може прийняти рішення про примусовий поділ відповідно до положення статті 48, яке вимагає припинення порушення.
- 53 Закон України „Про АМКУ” встановлює, що АМКУ може вносити до органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування обов'язкові для розгляду подання щодо анулювання ліцензій, припинення операцій, пов'язаних із зовнішньоекономічною діяльністю суб'єктів господарювання, у разі порушення ними законодавства про захист економічної конкуренції (параграф тринадцятий частини першої статті 7).
- 54 Раніше в цьому звіті було зазначено, що справи, пов'язані з зловживанням домінуючого становища та анти конкурентними діями становлять 50% і 22% усіх справ, розглянутих АМКУ. Пропорції, показані в цій таблиці, значно нижчі, оскільки дані, представлені в цій таблиці, обмежені офіційними справами з порушення. Більш високі частки, зазначені вище, враховують справи, що були вирішені відповідно до статті 46 до офіційного початку справи. Протягом п'ятирічного періоду великі кількості врегулювань за статтею 46 були введені як в категорію справ про зловживання домінуючим становищем (більше 5000), так і справ про антиконкурентні дії (близько 3000).
- 55 Розпорядження № 5 (1994 р.), розділ 33.
- 56 Стаття 52 не встановлює штрафів за дискримінацію та обмежувальні дії об'єднань на порушення статті 21, або за схилення вчинити

антиконкурентні дії на порушення статті 50, пункт (17) не встановлені також штрафи за порушення органів влади відповідно до статті 15, 16 та 17, хоча стаття 15.3 чітко встановлює, що антиконкурентні дії державних органів «забороняється і тягне за собою відповідальність згідно з законом».

57 Утім, слід зазначити, що АМКУ ніколи не застосовував положення статті 52, яке дозволяє накладення штрафу у потрібному розмірі незаконно отриманого відповідачем прибутку.

58 Суми в євро були розраховані згідно з середньорічним курсом обміну, опублікованим Національним банком України. У різні роки суми штрафів були наступними: (млн. гривень): 102,8 (2003 р.), 2,9 (2004 р.), 4,0 (2005 р.), 23,5 (2006 р.) і 13,2 (2007 р.). Високі суми у 2003 р. і 2006 р. пояснюються накладенням у 2003 р. великого штрафу у розмірі 97,7 на компанію „Сентоза-Авіас”, що займалася роздрібною торгівлею палива, а також накладенням у 2006 р. штрафу у розмірі 17,2 млн. гривень на картель з оптового продажу цукру. Обидві справи розглянуті вище в цьому звіті.

59 У різні роки суми були наступними: (тис. гривень): 0,5 (2007 р.), 1,9 (2006 р.), 4,1 (2005 р.) та 1,7 (2003 р.).

60 Як викладено нижче, якщо рішення було перевірене або переглянуте за статтею 57 або статтею 58 і має наслідки для процедур, що стосуються рішення, якщо після цього воно оскаржується в суді.

61 В Україні також існує Конституційний суд України, що має виключну юрисдикцію для розгляду питань, що мають відношення до Конституції. До цього часу цей суд ще не розглянув жодного питання, яке стосувалося б конкурентного законодавства.

62 Відповідно до частини четвертої статті 60, господарський суд може за власною ініціативою вирішити, що автоматичної зупинення дії не буде, але цього також ніколи не траплялося.

63 Існує ситуація, коли АМКУ може передати своє рішення безпосередньо Державній виконавчій службі для виконання, не отримуючи судового рішення. У статті 30 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” зазначається, що рішення АМКУ відповідно до статті 25 про вилучення товарів із неправомірно використаним позначенням та копій виробів іншого суб'єкта господарювання підлягають виконанню «у порядку, встановленому для виконання судових рішень».

64 Несплата штрафу або пені не становить порушення рішення АМКУ і тому не порушує частину четверту статті 50 Закону України „Про захист економічної конкуренції”.

- 65 Суми в євро були розраховані у відповідності до середньорічного курсу обміну, що публікується Національним банком України. У загальному обсязі стягнених штрафів загальний обсяг пені, нарахованої відповідно до частини п'ятої статті 56 Закону України „Про захист економічної конкуренції” та статті 31 Закону України „Про захист від недобросовісної конкуренції” склав 961 152 гривні (139297 євро). Ця таблиця не включає у себе дані про накладення та стягнення адміністративних штрафів за рішеннями судів в результаті заяв АМКУ щодо порушень статей 166<sup>4</sup> та 164<sup>3</sup> Кодексу адміністративних правопорушень. Як зазначалося раніше, загальна сума таких штрафів за попередні п'ять років складала 13 300 гривень (2078 євро). Стягнення цих штрафів є обов'язком Державної виконавчої служби, яка не доповідає АМКУ про стягнення штрафів регулярно.
- 66 Туркменістан, що припинив постійне членство в СНД у серпні 2005 р. та став асоційованим членом, не підписав цю Угоду.
- 67 АМКУ додає зауваження, що: 1) затримки у розгляді заяв про надання дозволу на концентрацію часто спричинені неналежним поданням заяв заявниками; та 2) інколи може здаватися, що АМКУ виконав лише поверхове дослідження того чи іншого ринку, але це пов'язане з тим, що АМКУ вже недавно досліджував цей же ринок у зв'язку з іншою заявою.
- 68 «Отримані внески» – це кошти, сплачені АМКУ відповідно до статті 34 Закону України „Про захист економічної конкуренції” за дозволи на узгоджені дії та концентрацію, запити щодо надання попередніх висновків відповідно до статей 14 і 29, а також різні інші послуги. «Кількість працюючих» означає штатний розклад на 1 січня відповідного року. Суми в євро були розраховані відповідно до середньорічного курсу обміну, що публікується Національним банком України.
- 69 Зараз гранична чисельність для АМКУ становить 964: 300 у центральному апараті та 664 у територіальних відділеннях.
- 70 Відповідно до частини третьої статті 3 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, особливості застосування законів про конкуренцію щодо певних галузей промисловості можуть бути встановлені виключно шляхом внесення змін до цього закону.
- 71 У цей перелік не входять повітряні лінії та автомобільні перевезення, оскільки Україна не регулює ціни на повітряні перевезення або автомобільні вантажні перевезення.
- 72 Закон України „Про природні монополії” вимагає від АМКУ створити та вести перелік суб'єктів господарювання, що працюють

на визначених ринках природних монополій. У 2007 р. у цьому переліку було приблизно 2 300 суб'єктів господарювання.

- 73 Закон також уповноважує регуляторні органи ліцензувати та контролювати деякі аспекти господарської діяльності підприємств, що діють на ринках, суміжних з ринками природних монополій. Суміжними такі ринки називаються тому, що суб'єкти господарювання не можуть діяти на них без використання товарів або послуг суб'єктів господарювання, що належать до сусідніх ринків природних монополій.
- 74 У частині четвертій статті 20 не визначені штрафні санкції за неподання нормативно-правових актів до АМКУ для погодження, отже іноді органи державної влади навмисно чи ненавмисно нехтують цим обов'язком. Щоб встановити такі випадки, АМКУ періодично перевіряє результати регуляторної роботи інших органів. Якщо нормативно-правові акти з порушеннями вже оприлюднені, про це також можуть повідомити зацікавлені суб'єкти господарювання. Орган, який видав антиконкурентний нормативно-правовий акт без погодження з АМКУ, може вважатися порушником статті 15 Закону України „Про захист економічної конкуренції”, яка забороняє державним органам вживати заходів, що усувають або спотворюють конкуренцію.
- 75 Відповідно до частини першої статті 20-1, АМКУ подає річний звіт про свою діяльність до Верховної Ради України. У частині другій статті 20-1 зазначається, що Верховна Рада розглядає звіт, а також «заслуховує доповіді, інформацію (повідомлення)» Антимонопольного комітету України.
- 76 Точне формулювання пункту (14) говорить, що АМКУ може давати «приписи» органам щодо зміни прийнятих ними нормативно-правових актів, але АМКУ використовує це формулювання як «обов'язкові рекомендації».
- 77 З 2003 по 2007 рр. АМКУ видав в цілому 8182 приписи за статтею 7, частина 3, пункт (5). Стосовно кількості приписів за статтею 7, частина 3, пункт (14) статистика відсутня.
- 78 Коли КМУ розглядає питання стосовно рекомендацій, наданих АМКУ, Голова АМКУ бере участь в обговоренні, як це передбачено законом про АМКУ. Відповідно до статті 9 цього закону Голова має право брати участь у засіданнях Кабінету міністрів та має дорадчий голос.
- 79 Міністерство транспорту, яке зіштовхнулось з АМКУ у питанні створення органі тарифного регулювання для залізниць, все-таки поставило оцінку «А» за якість роботи АМКУ з захисту конкуренції

- 80 Англійська версія має скорочений набір матеріалів та нерегулярно оновлюється.
- 81 Наприклад, у США, див. Закон про міжбрендову конкуренцію безалкогольних напоїв 1980 р. (Soft Drink Interbrand Competition Act, 15 U.S.C. sections 3501-3503 (1988)), який скасував рішення Федеральної торговельної комісії США, в якому встановлювалося, що розподіл ексклюзивних географічних територій між виробниками безалкогольних напоїв був антиконкурентним.
- 82 Див. розділ 42 Закону про конкуренцію Німеччини.
- 83 Згідно з частиною п'ятою статті 6, перша особа, яка поінформує АМКУ про узгоджені дії, про які АМКУ раніше не знав, звільняється від сплати грошового штрафу за статтею 52 Закону про захист економічної конкуренції. Зважаючи на відсутність кримінальних санкцій той факт, що ще не було повідомлень згідно з частиною п'ятою статті 6 є зрозумілим.
- 84 Якщо кримінальна відповідальність буде встановлена, у новому законодавстві повинне бути положення, що особи, які звільнені від сплати штрафу згідно з частиною п'ятою статті 6, також звільняються від кримінальної відповідальності. АМКУ повинен взяти до уваги, що для ефективного функціонування програми звільнення від відповідальності необхідно прийняти нормативно-правовий акт, в якому будуть описані та визначені різні процесуальні питання, такі як розширення конфіденційного розгляду на інформацію, що встановлює провину, отриману від сторін, які не проходять за програмою звільнення від покарання, оскільки вони не були першими. АМКУ повинен також розглянути можливість внесення змін у частину п'яту статті 6 для захисту суб'єктів господарювання які повідомляють про порушення, від подвійного відшкодування збитків у приватному позові про відшкодування за статтею 55, та забезпечити менший захист (наприклад, менші штрафи) для сторін, які повідомлятимуть інформацію не першими.
- 85 Для цілей статистичної звітності АМКУ слід розробити метод контролю за результатами дій Державної виконавчої служб зі стягнення штрафів, накладених АМКУ.
- 86 АМКУ також може запропонувати Кабінету Міністрів систему, у якій покаранням за такі порушення буде офіційний лист з доганою від Прем'єр-міністра на імя відповідальної посадової особи органу влади.
- 87 У змінах та доповненнях до положень щодо відшкодування можна було б вказати дату, коли необхідність такого попереднього рішення АМКУ втратить чинність.

- 88 Така вимога могла б ефективно забезпечити, наприклад, отримання АМКУ повідомлень про приватні позови про відшкодування на підставі статті 55 Закону України „Про захист економічної конкуренції”.
- 89 Міжнародна мережа з питань конкуренції, Робоча група зі злиттів, Підгрупа з повідомлень та процедур злиття, Рекомендована практика процедур повідомлення про злитті (Merger Working Group, Merger Notification and Procedures Subgroup, recommended Practices for merger Notification Procedures, надалі – ICN Merger Notification Procedures), § IC, comment 3, можна знайти за наступною адресою: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mnprecpractices.pdf>
- 90 ICN Merger Notification Procedures, § IB, comment 3. У частині другій статті 5 Регламенту ЄС щодо злиття (№ 139/2004) описаний такий самий підхід: «Коли злиття складається з набуття частин (підприємства)...то для продавця чи продавців враховується тільки оборот, який стосується частин, що є предметом злиття».
- 91 ICN Merger Notification Procedures, § IB, comment 1. Див. також Рекомендації Ради стосовно розгляду злиттів ОЕСР (OECD, Recommendations of the Council Concerning Merger Review (March 23, 2005) (надалі – OECD Merger Review Recommendations)) § IA11/2(2) , можна знайти за наступною адресою: <http://www.oecd.org/competition> (говориться, що критерії повідомлення повинні бути «чіткими та об’єктивними»)
- 92 ICN Merger Notification Procedures, § IB, comment 2.
- 93 ICN Merger Notification Procedures, § IB, comment 2.
- 94 ICN Merger Notification Procedures, § IB, comment 1. Див. також OECD Merger Review recommendation § IA1.2 (країни повинні «мати юрисдикцію лише над тими злиттями, які мають достатній зв’язок з цими країнами»).
- 95 ICN Merger Notification Procedures, § VIIIС, comment 2. Таким же чином, ОЕСР закликала країни-члени «забезпечити, щоб правила, політика, практика та процедури, що стосуються процедур розгляду злиттів, були прозорими та загальнодоступними, включаючи шляхом оприлюднення пояснень щодо рішень заборонити, заблокувати або формально обумовити процес злиття». OECD Merger Review Recommendation, § IA2
- 96 Див. Рекомендації щодо методу визначення штрафів, накладених відповідно до статті 23(2)(а) Регламенту № 1/2003 (2006/С 210/02) (Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/С 210/02)).

- 97 Ці рекомендації повинні охоплювати не тільки штрафи для суб'єктів господарювання, а й адміністративні грошові штрафи для фізичних осіб.
- 98 Ефективність таких зусиль можна підвищити шляхом збільшення слідчих повноважень АМКУ та збільшення штрафів за картельні угоди, як рекомендується у цьому звіті.
- 99 Дехто пропонує, щоб АМКУ при переносі акценту з домінуючих суб'єктів господарювання на антиконкурентні узгоджені дії також змінив свою назву з «Антимонопольного комітету» на «Комітет захисту конкуренції» або щось подібне.
- 100 Окрім блочних виключень, ЄС також випустив різні рекомендації, на основі яких АМКУ міг би розробити відповідні свої рекомендації. ЄС має рекомендацій не лише щодо злиттів (охоплюють горизонтальні і негоризонтальні транзакції) та накладення штрафних санкцій, а й також про угоди горизонтального співробітництва, вертикальні обмеження, угоди про передачу технологій та застосування статті 81(3).
- 101 ICN Merger Notification Procedures, § VA. Зважаючи на існуючі порогові показники повідомлення про концентрацію в Україні, коментар 2 до рекомендацій ММК є особливо доречним: «Юрисдикції, які розглядають транзакції малого розміру, транзакції з обмеженим зв'язком з відповідною країною або велику кількість транзакцій внаслідок низьких порогів, повинні особливо страждати від непропорційного тягаря, що виникає внаслідок широти їх початкових вимог до подання заяв».
- 102 Розвиток навичок володіння англійською мовою також покращить спроможність АМКУ підтримувати англійську версію його вебсайту.



OECD PUBLICATIONS, 2, rue André Pascal, 75775 Paris Cedex 16  
PRINTED IN FRANCE  
(00 2008 1N 3P1) N° 88923 2008

## **SESSION II**

### ***THE CHALLENGES OF TRANSITION FOR COMPETITION LAW AND POLICY IN CHINA***

Unclassified

DAF/COMP/GF(2008)2/REV1



Organisation de Coopération et de Développement Economiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

27-Jan-2009

English - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS  
COMPETITION COMMITTEE**

Cancels & replaces the same document of 27 January 2009

## **Global Forum on Competition**

### **THE CHALLENGES OF TRANSITION FOR COMPETITION LAW AND POLICY IN CHINA**

**Note by the Secretariat**

**Session II**

*This note by the Secretariat is submitted FOR DISCUSSION under Session II of the Global Forum on Competition to be held on 21 and 22 February 2008. Session II is open only to country representatives and intergovernmental organisations.*

Contact: Michael Wise, Principal Administrator  
[tel: 33 1 45 24 89 78; email: michael.wise@oecd.org].

**JT03258744**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine  
Complete document available on OLIS in its original format

DAF/COMP/GF(2008)2/REV1  
Unclassified

English - Or. English

## **THE CHALLENGES OF TRANSITION FOR COMPETITION LAW AND POLICY IN CHINA**

### **Box 1. Summary**

Conditions supporting vigorous market competition in China were revived after the interruption of a generation-long experiment in central planning. Transition reforms began in the 1970s by acknowledging and encouraging initiative in local markets, which led to vigorous competition among township and village enterprises and regions. Opening to outside markets destabilised monopolies. As competition became established by the 1990s, reform attention turned to create the laws and institutions needed to support enterprise markets on a national scale. These included laws about unfair competition, abusive pricing (including price fixing, predatory pricing and discrimination) and bid rigging. These laws and regulations about mergers involving foreign investors have been applied by three institutions that represent three elements of competition policy: correction of abuses and unfair practices, control of monopoly pricing and review of corporate combinations.

China adopted a general competition law in August, 2007, after more than a decade of debate and extensive consultations and exchanges of views with experts from around the world. China's Antimonopoly Law follows familiar international practices about horizontal and vertical restrictive agreements, abuse of dominance and mergers. A separate chapter addresses the important problem of administrative monopoly. Like competition laws in many jurisdictions, the Antimonopoly Law pursues several policy goals. Many details, such as merger notification thresholds, remain to be determined by regulations and guidelines and by experience in applying it. The law became effective in August 2008.

China is now completing the restructuring of the heavy-industry heritage of its once-planned economy. The challenges of transition to a market economy are being succeeded by challenges of development, along with the familiar problems of regulatory reform, of providing infrastructure and public services in a market setting. Curbing government intrusion that tries to protect special interests by dampening competition and favouring particular competitors is complicated by the complexity of the relationships between national and local levels of government authority.

### **1. Competition policy foundations**

1. Competition and market exchange are now well-established features of China's economy. Institutional structures for mediating marketplace disputes while protecting public interests have evolved as China has re-established an enterprise economy over the past 30 years. China's new competition policy system adopts many familiar elements of modern competition laws and institutions, while the generality of the norms in the basic legislation and the system of institutions for applying them are characteristic features of China's governing traditions.

#### **1.1 Context and history**

2. Long experience with market institutions underpins China's current growth record. China's traditionally agricultural economy supported a thick network of markets. Sophisticated institutions within this traditional economy included formal commercial procedures and contracts, large organisations and associations, banks that transferred funds nation-wide and legal and customary-law processes for resolving commercial disputes. There were competitive markets for land and labour, as well as for most products.

Traditional production was fragmented, though, and capital accumulation was inefficient. The government had sometimes intervened in markets to prevent monopoly exploitation, but it also funded its own operations with revenues from monopolies. Modern industrial development began in the generation after the collapse of the Qing dynasty in 1911, much of it in the northeast and in the treaty port areas where foreign trade had concentrated. Despite the slowdown during the turmoil of the 1930s and 1940s, the economy grew over the first half of the 20th century, building on the foundation of traditional commercial and entrepreneurial networks and behaviours.

3. Equally long-standing traditions about the nature and role of government help explain the shape of China's reforms since the 1990s. The model of government in China for over 2000 years has been supervision of policy by experts operating from the centre of a unified state, motivated by a social theory emphasising harmony, with implementation delegated to local-level officials. In this model of government and society, control has been founded on respect and reciprocity, as much as on authority and sanction. Negotiation and relationship are more important than assignments and separations of powers. Case-by-case arrangements tend to be preferred over formal uniformity. *Ad hoc* adjustment also characterises the evolving relationships between central authorities and regional leaders and governments. Precise definition of legal categories and jurisdictional boundaries appear to be less important than indication of general policy direction and flexibility in applying it to particular circumstances.

4. Before the era of central planning that began in the 1950s, China was developing a substantial modern market economy – but there was also substantial government direction of that economy. Government intervention increased during the civil war, so that the government already controlled 90% of iron and steel output and most of the banking, transport and power systems when the Communist party took over in 1949. Much of the staff from the previous planning agencies stayed on to work on the Communists' central plan.

5. Central planning controlled the economy for 22 years. Phasing the command-economy system into full operation took seven years, beginning in 1949 and culminating in 1956 when shops became co-operatives and remaining private ownership nearly disappeared. In the planning era, services such as retail trade dropped, since production of consumer goods was discouraged. The legacy of planning was shortage, because the agricultural sector could not, or would not, produce enough. Needs were going unmet because of underdevelopment and diversion of resources to promoting industry. The seed of change was planted in the agricultural sector, in a pilot project for contracting out production to individuals that began in Anhui province in the early 1960s. By 1973, some more steps had been taken to return to a market system. In 1978, the Central Committee decided to shift in earnest back to a market economy. Nearly all of the institutional vestiges of the command economy, of dictated artificial prices, mandatory allocations of inputs and products and funding of the government from the revenues of state industries, have been dismantled since 1979.

6. Reform began in the rural, agricultural economy, with a return to the traditional market-based organisation of small-scale household and township businesses. These reforms aimed to create markets, diversify ownership and stimulate competition. Individuals were given more room for economic opportunity and entrepreneurial activity. Contract arrangements for farm production had become nearly universal by 1983. Individual operations proved to be highly productive, ending food shortages yet requiring less labour input than collective farming had. These first reforms did not eliminate state entities or market distortions, but loosening controls permitted resources to shift to respond to new opportunities.

7. Rural industrialisation catalysed the creation of a market economy. Entry of collectively-owned township and village enterprises (TVEs) provided the competition and the market context that forced state-run enterprises to learn how to improve their efficiency. The TVEs, although collectively owned, began outside the plan, where they faced factor prices that better reflected China's true, non-subsidised

endowments of labour and capital. Yet they could share in monopoly rents under the state-industry umbrella of inefficiency and protection, as well as move into promising empty niches, principally for consumer products. Local government institutions promoted these local firms with low taxes and financial guarantees and credits. Organisational forms, such as the extent of private ownership, varied across regions, so experimentation in that dimension accommodated growth and provided some demonstration effects for others. Regions and their enterprises were in competition, facing hard budget constraints and thus required to become efficient. Ownership patterns shifted as the TVEs became private enterprises after the mid-1990s, when credit got tighter and competition intensified. Firms in this smaller-scale industrial sector have often linked together into industrial clusters, in market structures similar to those that have longed characterised Chinese industry.

8. In the first phase of reform, from 1978 through 1996, the plan and the market co-existed as mechanisms for co-ordination. There was no single “big bang”, but a process of institutional evolution. Freezing the extent of the plan enabled the market economy to grow out of it. To encourage enterprise initiative, the commands of the plan were changed into performance contracts. To encourage competition, entry by new collectively owned firms or by other state firms was permitted. Flexible, market-driven prices were introduced at the industry level, while most consumer prices were gradually decontrolled. Profitability was promoted by reforming management, more than by privatisation as such. Changes were focused at first on activities outside the core of the plan, such as export trade. Macroeconomic stability was preserved by application of the remaining planning tools, rather than by market-based monetary and fiscal instruments, while private saving was encouraged to support investment. Reducing the scope of state monopoly encouraged new entry, new entry and market pricing increased competitive pressure and competitive pressure eroded high profit margins and forced state-sector managers to respond to the marketplace.

9. With the planning structure largely dissolved, attention shifted in the mid-1990s to improving the rules and institutions supporting the market economy, concerning banking, taxation, corporate governance and international trade. In the first phase of reform, decentralisation had permitted market-building experimentation, but in the second phase stronger central authority was needed to impose non-discriminatory regulation to support a larger, freer market, as well as to collect the taxes that replaced state-enterprise receipts. To help ensure accountability in the administration of government, an Administrative Litigation Law was adopted in 1990. A Company Law was adopted in 1993, and a securities regulator was set up in 1999. Foreign trade reforms culminated in WTO membership in 2001. The extent of state ownership declined, as did the profits of state-owned enterprises, and thus rescue and reorganisation of state-owned enterprises occupied government attention.

10. Institutions evolved with the shift from the plan to the market. In the first five-year period, from 1993-1998, the State Planning Commission (SPC) continued to apply the dual pricing system, while the Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation (MOFTEC) and State Economic and Trade Commission (SETC) were established to promote international commerce and develop the institutional foundation for domestic markets, and the Bureau of Industrial and Commercial Administration was established to oversee the conduct of enterprises. Ministry-level industry organisations began to be transformed into industrial associations. In the next five-year period, from 1998-2003, the SPC became the State Development and Planning Commission (SDPC), concerned more with macro-economic policy-making and long-term development than with oversight of markets and investment. The SETC was expanded and charged with industrial and short-term development policies. The Office of Rectification and Standardisation of Market Economic Order was responsible for constructing a credit system, supervision of food and pharmaceutical industries, protection of intellectual property, regulation of commercial fraud and breaking regional blockages of domestic trade. In the latest five-year period, from 2003-2007, SETC has been dissolved and its responsibilities assigned to other bodies, including the Ministry of Commerce

(MOFCOM), which has succeeded MOFTEC, and SDPC has become the National Development and Reform Commission (NDRC), which is now the main economic and social development policy-maker.

11. The State Asset Supervision and Administration Commission (SASAC) was created in 2003 to hold and manage the shares of enterprises in which the national government retains ownership stakes. Many state-owned enterprises are linked to local governments, and some have set up local versions of SASAC. SASAC holds few firms, but they include large and important ones in petroleum, metallurgy, electric power, military production and telecoms.

12. A functioning market economy had replaced the command economy by the mid-1990s, if not before. In the 1990s, hundreds of thousands of enterprises reorganised under the new Company Law, into limited liability companies or companies limited by shares. China opened to foreign capital in the early 1990s, recognising it as a source of technology (and inviting competing technologies, rather than granting monopolies). By 2000, there were over 350,000 foreign-invested enterprises, representing over USD 350 billion in foreign direct investment. The flood of investment by multi-national firms in medium- and high-technology sectors has contributed to knitting China tightly into global production networks of high-tech products. WTO access sealed and codified promises of protecting property rights underlying these technology transfers. Price control was lifted in stages, beginning with processed goods and agriculture products and production outside the plan. By 2002, over 90% of consumer retail transactions were at market-determined prices, and markets determined prices for over 90% of purchases of agricultural products and nearly 90% of capital equipment.

13. The extent of competition in China's domestic economy is mixed. Rivalry in many sectors appears vigorous, and by some standard indicators China's product markets appear to be reasonably competitive. Industry concentration at the national level is relatively low, and there has been substantial entry of new firms. National-level concentration measures may be deceptive, though. Limited transport infrastructure, local protection and other barriers to geographic integration create openings for market power that would not be apparent in national concentration data.

14. Government policies about competition have also been mixed. Some regional governments have protected local business interests, while some ministries have promoted national champions. Anti-competitive measures taken by sub-national governments and enterprises connected with them, to prevent competition from other parts of the country and to favour providers with connections to local government interests, have presented problems since early in the transition. The complexity of local government structures magnifies the problem and makes it harder to address. Below the level of the national government are 23 provinces, five autonomous regions, four municipalities that are directly under the central government plus the two special administrative regions of Hong Kong and Macau. These units further subdivide into three more levels of authority. Some local governments have conferred competitive advantages on enterprises affiliated with local bureaus or ministries or set up entities that combine administrative functions with market operation. They have tried to prevent competition by banning or discouraging foreign products – that is, products from other parts of China – from entering the local market or by preventing local products from being shipped elsewhere. Measures have ranged from imposing discriminatory fees to fining offending sellers or refusing licenses to them, in some cases even setting up checkpoints to enforce compliance and to intercept and confiscate offending shipments. Local governments have tried to protect local businesses by devices such as mandatory contributions to a “beer adjustment fund” or rules requiring use only of locally produced inputs such as fertiliser.

15. Ministries have ordered or encouraged combinations, to bring small, local firms together into a national-scale entities. The motivation for encouraging consolidation is typically to improve efficiency and international competitiveness. The government's work plan for 2006 called for encouraging combinations and rationalisations in sectors with surplus capacity. Sectors considered particularly in need of

rationalisation, because of inferior technology, surplus capacity or out-of-date management, include steel, cement, chemicals, coal, electric power, motor vehicles and textiles. The State Council has called for creating several large steel corporations during the current five year plan, each with a capacity over 30 million tons, to be done in large part through market-driven mergers and acquisitions. Other opinions from the State Council about restructuring, vowing to support successful firms and close down unsuccessful ones, also emphasise the importance of market-driven combinations. SASAC promotes continued government ownership as appropriate for four sectors: national security, natural monopoly, “important public goods or services” and natural resources, as well as major firms in a few priority industries. This position is in tension with SASAC’s goal of improving governance to maximise asset value. NDRC, in line with SASAC, supports national champions and guides the structural adjustment of key industries such as automobiles and steel via industrial policies to improve the competitiveness of the dominant SOEs. For example, NDRC has been promoting rationalisation of the cement sector, aiming to reduce the number of firms from over 5000 to about 3500, among them 10 national champions capable of competing globally and identifying 30 to be supported by local governments. Regional agencies are encouraging consolidation in other sectors, such as steel.

### **Box 2. Competition Policy's Roles in Regulatory Reform**

In addition to the threshold, general issue, which is whether regulatory policy is **consistent** with the conception and purpose of competition policy, there are four particular ways in which competition policy and regulatory problems interact:

- Regulation can **contradict** competition policy. Regulations may have encouraged, or even required, conduct or conditions that would otherwise be in violation of the competition law. For example, regulations may have permitted price co-ordination, prevented advertising or other avenues of competition, or required territorial market division. Other examples include laws banning sales below costs, which purport to promote competition but are often interpreted in anti-competitive ways, and the very broad category of regulations that restrict competition more than is necessary to achieve the regulatory goals. When such regulations are changed or removed, firms affected must change their habits and expectations.
- Regulation can **replace** competition policy. Especially where monopoly has appeared inevitable, regulation may try to control market power directly, by setting prices and controlling entry and access. Changes in technology and other institutions may lead to reconsideration of the basic premise that had supported regulation, namely that competition policy and institutions would be inadequate to the task of preventing monopoly and the exercise of market power.
- Regulation can **reproduce** competition policy. Regulators may have tried to prevent co-ordination or abuse in an industry, just as competition policy does. For example, regulations may set standards of fair competition or tendering rules to ensure competitive bidding. Different regulators may apply different standards, though, and changes in regulatory institutions may reveal that policies which had appeared similar may have led to different outcomes.
- Regulation can **use** competition policy methods. Instruments to achieve regulatory objectives can be designed to take advantage of market incentives and competitive dynamics. Co-ordination may be necessary, to ensure that these instruments work as intended in the context of competition law requirements.

## **1.2 Development of competition laws**

16. China’s first regulation about competition, issued by the State Council in 1980, was the Interim Provisions for the Promotion and Protection of Competition in the Socialist Economy, known more concisely as the Ten Articles on Competition. At that early stage of transition back to a market-based economy, the Ten Articles already explicitly pointed out the key problems. The Ten Articles ruled out official monopolies and exclusive privileges unless authorised by the state. They called on departments in



charge of industry, transportation, finance and trade to delete regulations that obstruct competition. And they stressed the importance of breaking down regional blockades and departmental divisions, ordering that no region or department may blockade the market or prohibit the sale of commodities originating in other regions or departments; however, they relied on the regions and departments themselves to implement these principles. A 1984 Decision of the Party Central Committee and State Council, addressing concerns about unfair competitive advantage and corruption due to official action and insider dealing, prohibited the leading organs of the Party and the government from “abusing their power to engage in business, set up enterprises, seek personal gains, and harm the interests of the people in violation of the regulations of the Party and of the State”. The State Commission for Economic Restructuring and the State Planning Commission issued opinions in 1987 and 1989 dealing with risks to competition due to industry consolidation, instructing that monopoly enterprise groups should not be set up within an industry, that competition between enterprise groups within the same industry should be encouraged to promote technological progress and economic efficiency and that mergers should achieve economies of scale without harming competition. Another circular trying to prevent regional market blockades was issued in November 1990.

17. Formal legislation about competition began to take shape in the late 1980s. In August 1987, the State Council set up an anti-monopoly law drafting group. Draft Interim Regulations Against Monopoly and Unfair Competition appeared in 1988. In September, 1993 the Standing Committee of the Eighth National People’s Congress enacted the Anti-Unfair Competition Law (AUCL). But the draft interim regulations about monopoly were not incorporated into law at that time. Experts and legislators expressed some doubt that a law to address monopolisation was needed at that stage in China’s development, because firms were still relatively small compared to relevant economies of scale and to major multi-national corporations, while horizontal combinations were thought to be either uncommon in China or even desirable as means of achieving efficiency. Debate continued about a broader law about competition. In May 1994, the government formed a group to draft an antimonopoly law. The group was drawn principally from the State Economic and Trade Commission (SETC) and State Administration of Industry and Commerce (SAIC). In developing the draft, the group consulted Chinese experts and experts from international organisations, including the OECD, and several national competition agencies. An anti-monopoly law was included in the legislative plans for the sessions of the Standing Committee of the National People’s Congress in 1994 and again in 1998, but none was adopted. A complete draft of a law appeared in November 1999, with eight chapters and fifty-six articles. This draft includes most of the features of the competition law that was adopted in 2007.

18. During the years of debate over a general competition law, other laws and regulations were enacted to deal with competition issues. The Price Law, which took effect in 1998, prohibits collusion to control market prices. It also prohibits some abusive pricing and provides for price controls on some products. The Bidding Law, enacted in 1999, prohibits bid rigging and provides for stronger sanctions against it than the AUCL. Interim provisions providing more detail and guidance about collusive and predatory pricing were issued in 2003. These regulations, and similar interim provisions for review of mergers and acquisitions involving foreign investors, were precursors to the comprehensive competition law.

19. In 2004, the State Council put the draft competition law on the legislative agenda. The draft was debated at sessions of the Standing Committee of the National People’s Congress (SCNPC) in 2006 and 2007. One focus of the debate was the treatment of industries dominated by state-owned firms, such as banking, insurance, energy, telecommunications, tobacco, petroleum and railways. During the final round of consideration in 2007, the draft was revised to adjust the relative power of the competition enforcement authority and sector regulators, clarify that the market share presumption for establishing a dominant position is rebuttable, increase the fines against restrictive agreements and abuse of dominance and give the competition enforcer a clearer role in pursuing anti-competitive abuses of administrative power. At the

last minute, the SCNPC added a provision specifically targeting abuses by industry associations. The SCNPC adopted the AML on August 30, 2007, by a near-unanimous vote (150 out of 153). It took effect in August, 2008.

### **1.3 Policy goals**

20. Four policy goals motivate the Antimonopoly Law: “safeguarding fair market competition, improving economic efficiency, protecting the interests of consumers and public interests, and promoting the healthy development of the socialist market economy.” (Art. 1) <sup>1</sup> Rules about competition are to be suitable to the socialist market economy, and the state is to improve macroeconomic measures to support a unified, open, competitive and orderly market system. (Art. 4) The policy goals of the precursor laws are similar. The goals of the Price Law are to strengthen the role of prices in the allocation of resources, stabilise price levels, protect the interests of consumers and enterprises and promote healthy development of the socialist market economy; in addition, it declares that the state promotes fair, open and lawful market competition. (Price Law, Art. 1, 4) The purpose of the 1993 Anti-Unfair Competition Law (AUCL) is “to safeguard the healthy development of the socialist market economy, encourage and protect fair competition, prohibit acts of unfair competition, and defend the legitimate rights and interests of operators and consumers”. (AUCL, Art. 1) In the latest legislation, the goal of healthy development of the socialist market economy is listed last, not first. And for the first time, the AML includes the policy goal of improving efficiency, implying that the application of the AML could follow modern economics-based conceptions of competition policy. China’s law now incorporates all of the elements of the long-running debate about the priority and consistency of policy goals of fairness, efficiency, consumer and public interests and development.

21. When China embarked on the road to a socialist market economy, the leadership described it in terms that clearly support the importance of allocative and dynamic efficiency. The head of the Communist Party, Jiang Zemin, explained the principles to guide a socialist market economy in a speech in October 1992 (Wang, 2006):

The purpose of the socialist market economic system, which China is going to establish, is, under the macro-control of the socialist state, to give full play to the basic role of the market in the allocation of resources; to ensure that economic activities are carried out in accordance with the law of value and adapted to the changes in relations between supply and demand; to use the lever of price and the competition mechanism to allocate resources to the places where they can produce the best economic results; to implement the system of selecting the superior and eliminating the inferior so as to give pressure and impetus to enterprises; and to promote the timely adjustment of production and demand by taking advantage of the sensitivity of the market to various economic signals.

## **2. Substantive issues: content of the competition law**

22. China’s new anti-monopoly law is a comprehensive general competition law. It collects and revises rules from several existing laws and regulations, while introducing new, generally applicable rules about important topics such as merger review. Monopoly agreements are covered in Chapter II (which treats horizontal and vertical agreements separately), abuse of dominance in chapter III, mergers in chapter IV, administrative monopoly in chapter V, investigative powers and processes in chapter VI and sanctions and remedies in chapter VII. Other laws and rules already address several of these topics, and many of those laws and rules will evidently remain in force.

---

1. Unless otherwise indicated, citations to legislation are to the AML, in an unofficial translation that was prepared for the OECD Secretariat.

### Box 3. The Competition Policy Toolkit

General competition laws usually address the problems of monopoly power in three formal settings: relationships and agreements among otherwise independent firms, actions by a single firm, and structural combinations of independent firms. The first category, **agreements**, is often subdivided for analytic purposes into two groups: “horizontal” agreements among firms that do the same things, and “vertical” agreements among firms at different stages of production or distribution. The second category is termed “**monopolisation**” in some laws, and “**abuse of dominant position**” in others; the legal systems that use different labels have developed somewhat different approaches to the problem of single-firm economic power. The third category, often called “**mergers**” or “**concentrations**,” usually includes other kinds of structural combination, such as share or asset acquisitions, joint ventures, cross-shareholdings and interlocking directorates.

**Agreements** may permit the group of firms acting together to achieve some of the attributes of monopoly, of raising prices, limiting output and preventing entry or innovation. The most troublesome **horizontal** agreements are those that prevent rivalry about the fundamental dynamics of market competition, price and output. Most contemporary competition laws deal very harshly with naked agreements to fix prices, limit output, rig bids or divide markets. To enforce anti-competitive agreements, competitors may also agree on tactics to prevent new competition or to discipline firms that do not go along; thus, the laws also try to prevent and punish boycotts. Horizontal co-operation on other issues, such as product standards, research and quality, may also affect competition, but whether the effect is positive or negative can depend on market conditions. Thus, most laws deal with these other kinds of agreement by assessing a larger range of possible benefits and harms, or by trying to design more detailed rules to identify and exempt beneficial conduct.

**Vertical agreements** try to control aspects of distribution. The reasons for concern are the same – that the agreements might lead to increased prices, lower quantity (or poorer quality) or prevention of entry and innovation. Because the competitive effects of vertical agreements can be more complex than those of horizontal agreements, the legal treatment of different kinds of vertical agreements varies even more than for horizontal agreements. One basic type of agreement is resale price maintenance: vertical agreements can control minimum, or maximum, prices. In some settings, the result can be to curb market abuses by distributors. In others, though, it can be to duplicate or enforce a horizontal cartel. Agreements granting exclusive dealing rights or territories can encourage greater effort to sell the supplier’s product, or they can protect distributors from competition or prevent entry by other suppliers. Depending on the circumstances, agreements about product combinations, such as requiring distributors to carry full lines or tying different products together, can either facilitate or discourage introduction of new products. Franchising often involves a complex of vertical agreements with potential competitive significance: a franchise agreement may contain provisions about competition within geographic territories, about exclusive dealing for supplies and about rights to intellectual property such as trademarks.

**Abuse of dominance** or **monopolisation** are categories that are concerned principally with the conduct and circumstances of individual firms. A true monopoly, which faces no competition or threat of competition, will charge higher prices and produce less or lower quality output; it may also be less likely to introduce more efficient methods or innovative products. Laws against monopolisation are typically aimed at exclusionary tactics through which firms might try to obtain or protect monopoly positions. Laws against abuse of dominance address the same issues, and may also try to address the actual exercise of market power. For example under some laws about abuse of dominance, charging unreasonably high prices can be a violation of the law.

**Merger control** tries to prevent the creation, through acquisitions or other structural combinations, of undertakings that will have the incentive and ability to exercise market power. In some cases, the test of legality is derived from the laws about dominance or restraints; in others, there is a separate test phrased in terms of likely effect on competition generally. The analytic process applied typically calls for characterising the products that compete, the firms that might offer competition and the relative shares and strategic importance of those firms with respect to the product markets. An important factor is the likelihood of new entry and the existence of effective barriers to new entry. Most systems apply some form of market share test, either to guide further investigation or as a presumption about legality. Mergers in unusually concentrated markets, or that create firms with unusually high market shares, are thought more likely to affect competition. And most systems specify procedures for pre-notification to enforcement authorities in advance of larger, more important transactions, and special processes for expedited investigation, so problems can be identified and resolved before the restructuring is actually undertaken.

## 2.1 *Horizontal agreements*

23. The AML dedicates a separate section to controlling agreements among competitors. (Art. 13) Five types of horizontal agreements are specifically prohibited: to fix or change prices, restrict output or sales, allocate markets or materials, restrict new technology, equipment or products, and refuse to deal (that is, collective boycott). Other kinds of agreements may also be prohibited, upon a determination by the enforcement authority. The general definition of the “monopoly agreements” that the AML prohibits is broad enough to include group decisions and concerted actions. Sanctions against horizontal agreements that the AML prohibits include orders to cease the prohibited conduct, fines of from 1% to 10% of annual turnover, forfeiture of gains from the violation and criminal penalties. If the agreement was not actually implemented, the parties may still be liable for a fine up to CNY 500,000. Sanctions may be reduced or even eliminated for a party to a prohibited agreement that reports it to the enforcement authority and provides important evidence about it. (Art. 46) Thus, the AML’s rules about sanctions support the adoption of a leniency program to facilitate enforcement against horizontal cartels.

24. The AML provides for exemptions from the prohibition against monopoly agreements, either horizontal or vertical. Six criteria could support exemption: improving technology, research and development of new products; improving product quality, reducing cost, enhancing efficiency, unifying specifications or standards or specialisation; improving efficiency and enhancing competitiveness of small and medium-sized firms; achieving public interests such as energy saving, environmental protection and disaster relief; moderating oversupply during economic depression; and ensuring legitimate interests in foreign trade and economic cooperation. In addition, to qualify for exemption the agreement must not substantially restrict competition in the relevant market and the benefits must be shared with consumers. (Art. 15) These last two provisos do not apply, however, to exemptions based on foreign trade and economic co-operation. The parties bear the burden of showing that their agreement meets the criteria for exemption. The process for deciding about exemptions is not specified. Particularly with respect to claims to exempt “depression” cartels, it will be important for guidelines or regulations to make clear that the exemption would be conferred only for limited periods and in limited circumstances.

25. Whether the AML prohibition against horizontal agreements is a *per se* rule, one that does not require a specific showing of effect as a condition of liability, is not yet clear. Coverage of the AML prohibition could depend on the definition of what is prohibited. The definition of “monopolistic agreements” describes them as agreements that eliminate or restrict competition. This phrase about competitive effects might be construed as another prerequisite for finding liability. Or, it might be treated as a characterisation of the likely effects of the kinds of agreements that are banned, and thus as guidance for identifying other horizontal agreements that should be prohibited. The definition is not qualified by a condition such as “substantiality”. A conception of reasonableness or proportionality, reflected in enforcement practice or incorporated into guidelines if not into the text of the legislation, would help avoid mechanical and inefficient prohibition of all agreements that limit rivalry in any way. But enforcement against what is the most serious competition problem in developed economies, hard-core horizontal price fixing agreements, would be more efficient if they were prohibited *per se*.

26. Other laws already prohibit horizontal cartels and bid rigging. The 1997 Price Law prohibits collusion to control market price. (Price Law, Art. 14(1)) Sanctions include seizure of illegal gains, a fine up to five times of the illegal gains, warning or order to correct behaviour and even cancelling business licenses. (Price Law, Art. 40) Regulations implementing the Price Law, originally adopted in 2003 as the NDRC’s *Interim Provisions on Prohibiting Monopolistic Pricing Behaviour* and recently issued as regulations of the State Council, describe in more detail what the law prohibits: entering agreements, decisions or concerted practices that fix or change price or that limit output to control price. The Price Law also prohibits collusion to control price in bidding or auctioning, and it includes a general term to deal with other kinds of price-controlling behaviour. In addition to banning price control through private agreement,

the Price Law also provides for official price control for key commodities and services. (Price Law, Art. 18)

27. The AUCL prohibits collusive bids. Such bids are void, and the colluding bidders are subject to a fine of from CNY 10,000 to CNY 200,000. (AUCL, Art. 15, 27) (This is the only kind of horizontal agreement covered in the AUCL.) The Bidding Law also prohibits bid rigging, and it authorises more serious sanctions than the AUCL, including seizure of illegal gains, a fine of from 5% to 10% of the project, disqualification from future bidding, cancelling business licenses, criminal penalties and compensation to other, injured parties. (Bidding Law, Art. 32, 53) And bid rigging can be prosecuted under the Criminal Law, where conviction could lead to fine and up to three years imprisonment. (Criminal Law, Art. 223) Enforcement against bid rigging has resulted in particularly strong sanctions. Two officials convicted of bid rigging and bribery in 2004, in connection with re-organising state enterprises, were sentenced to prison for 13 years.

28. Enforcement against other kinds of price fixing agreements has not been as vigorous so far. Price fixing has been reported about products ranging from rice noodles to airline service. Frequently-cited examples from the 1990s include an agreement to end a price war over air conditioners between state-owned department stores in Nanjing, an agreement on service fees between providers of pager services and two agreements about washing machines, one between producers over the prices and terms for sales to retailers and one between department stores about prices for sale to the public. Enactment of the Price Law prohibition did not stop reports of similar agreements, such as an agreement in 1999 to restrict output and keep prices up for video cameras and another agreement in Nanjing about air conditioners, this time between manufacturers.

29. The fate of a short-lived “price alliance” among nine TV manufacturers shows the beginning of stronger policy response. After six price wars in five years, the manufacturers held a summit meeting to agree on standards and research and also to agree on minimum prices and a production cutback. The participants evidently had no idea that this would violate the Price Law. One industry executive claimed that the agreed price only covered production costs, so any price below that should be treated as unfair competition. An official in the Ministry of Information Industry greeted the summit as a sign of industry maturity, healthy development and self-discipline. But the State Development and Planning Commission (the predecessor of the NDRC, which now enforces the Price Law) promised to investigate, saying it looked like a monopoly in disguise. A few weeks later, the Ministry joined with the SDPC in admonishing the industry that its agreement on price violated the law. No formal enforcement action was taken, because the agreement collapsed quickly: one of the parties had begun undercutting the minimum price the day after the summit meeting.

30. In the past, official calls for “self-discipline” in pricing sometimes led to market results that were the equivalent of collusion. The State Economic and Trade Commission issued *Opinions On Self-Discipline Pricing For Certain Industrial Products* in 1998 contending that this self-discipline was necessary to end price wars and disorderly competition. Producers of 20 categories of products, such as plate glass, cement, cars, agricultural vehicles and electricity generators, were required to observe minimum prices. Trade associations set the minimum prices, and the trade associations could enforce compliance by fining their members. In one case, a firm paid a fine of CNY 800,000 (plus an “inspection fee” of CNY 153,000) for cutting prices below the minimum; that fine for violating a price-fixing agreement is greater than the fine that SAIC could impose for bid rigging.

31. Trade associations are now subject to a special provision of the AML, added in the final reading. Associations “shall not organise” their members to engage in anti-competitive conduct that is prohibited by the chapter on “monopoly agreements.” (Art. 16) This new article underscores the importance of the topic. It was not needed to close a loophole in the proposed law, though (unless some special treatment is implied

by the admonition in Art. 11, that associations should strengthen their members' self-discipline to compete in accordance with the law). The general definition of the monopoly agreements that are prohibited by Article 13 should be broad enough to cover anti-competitive agreements reached through a decision by a trade association.

#### **Box 4. Classic collusion**

Several price-fixing arrangements surfaced in the summer of 2007, when the Standing Committee of the National People's Congress was finalising the AML. Publicity about these cases probably prompted the addition of an article specifically targeting trade association price-fixing agreements.

**Noodles:** Between the end of 2006 and July 2007, the China Instant Noodle Association called three meetings to discuss price increases. The association reached agreement on the extent and timing of price increases for three ranges of products, and the plan was published in the industry's trade journal. The July 2007 price increase announcement led to long queues of shoppers trying to buy before the price went up. Consumers complained to the NDRC, which opened an investigation. At first, the association did not provide complete documentation about its meetings, and it issued a media statement denying that the increases were collusive. But the NDRC determined that the meetings leading to the increases violated the Price Law and implementing regulations, by seriously impeding the market pricing system, restricting normal competition and harming consumer interests. As a remedy, the NDRC ordered the association to revoke the price increase plan and issue a public explanation of its conduct. The NDRC also called on all industry associations and firms to learn from the case and to stop price collusion. The NDRC invited the media and the public to pay attention to prices and to complain about suspicious pricing behaviour, using the NDRC's price-regulation hot-line, "12385".

**Car washing:** In August 2007, a local price supervision department in Hubei province received complaints about price increases at car-washing shops. Two shop-owners had suggested a price increase to nine others. The next day, there were two meetings to discuss it, the last one a general meeting among 16 shops that produced an agreed schedule of increases and a means to enforce compliance. Each shop deposited an amount equal to the price of 50 car washes (or 100 motorbike washes), which would be forfeited if the shop cheated on the cartel price. The local price supervision office investigated immediately on receiving the complaints. Just three days after the agreement and the price hike, it convened its own meeting with the cartel members and instructed them that their deal was illegal. The cartel agreed to roll back the increase and not to collude about prices in the future. The office agreed that prices could vary depending on the service, and that they could be changed to meet the prices for similar services in nearby counties.

**Restaurants:** Another local price supervision office, in Zhejiang province, followed up on newspaper reports that the local restaurant association was planning a 20% price increase. This association evidently had not reduced its agreement to writing. The investigation resulted in a warning. The association promised to comply with the law in the future, while taking measures to cope with increased costs and maintaining "stability" of prices in the industry.

Source: NDRC

32. Open, formal agreements to fix prices should become rarer as enforcement becomes stronger, backed by the new AML. It is not yet clear whether the AML will lead to stronger sanctions, though. In theory, the fine for violating the Price Law could be higher than the fine for violating the AML, since the Price Law sets no upper limit and authorises a fine of up to five times the gain from the violation. The Price Law sanctions even include revoking the violator's business licence. But reports of recent Price Law enforcement show that cases typically result in warnings or corrective orders, not fines. The AML provides for one sanction, criminal penalties, that is stronger than the Price Law. Regulations for implementing the AML might provide more guidance for setting fines high enough to deter violations.

## 2.2 *Vertical agreements*

33. Another separate section of the AML covers vertical agreements, that is, those “among counter-parties.” (Art. 14) Only two types of agreement are specifically prohibited: to fix prices for sale to third parties and to restrict minimum resale prices to third parties. The enforcement authority can also determine that other kinds of agreement constitute “monopoly agreements” under the law. How the AML applies to price recommendations, ceilings on resale prices, exclusive distribution and supply, franchising and other distribution arrangements will be determined by the course of enforcement practice. Enforcement practice may also determine whether the ban on resale price maintenance is considered a *per se* rule, or whether its treatment will follow the trend in other jurisdictions to consider its net effects on competition in the relevant market. Exemption from the prohibition against vertical “monopoly agreements” is determined by the same part of the law that specifies exemptions for horizontal agreements, so the same standards and presumptions would apply.

34. Regulations already in place have anticipated the AML’s treatment of vertical agreements. The *Administrative Measures for Fair Transactions between Retailers and Suppliers* prohibit agreements requiring resale price maintenance, tie-in sales or exclusive dealing. These regulations were issued in 2006 jointly by MOFCOM, SAIC, NDRC and two other agencies at ministerial level. They also cover other common topics of dispute in distribution relationships, such as timely payment, returns and promotional support. They are enforced by local-level departments corresponding to the national-level bodies that issued them. Sanctions for violation include corrective orders and fines of up to three times the illegal gain or loss, subject to a ceiling of CNY 30,000. To avoid violation, the regulations encourage parties to use sample contracts, which are recommended by the departments of industry and commerce. (Art. 5) The regulations contain no “competitive effects” test or provision for exemption or rule-of-reason balancing.

## 2.3 *Abuse of dominance*

35. The AML prohibits abuse of a dominant market position. One of the AML’s opening general provisions states that firms with a dominant position shall not use that position to eliminate or restrict competition. (Art. 6) Chapter III about abuse of dominance begins by listing six types of abuse that are specifically prohibited: exploitation by charging customers unfairly high prices or by unfairly under-paying suppliers, selling below cost, refusal to deal, requiring exclusive dealing, imposing tying and other unreasonable terms and discriminating in price or terms. (Art. 17) The prohibitions are subject to the proviso that the conduct be “without justification,” except that this proviso does not apply to exploitation. The enforcement authority may determine that other conduct also constitutes prohibited abuse.

36. A dominant position is defined as one that enables the holder to control price, output and conditions in a relevant market or to control entry into it. (Art. 17) Identifying a dominant position thus presupposes definition of a relevant market. Factors to be considered in determining whether a firm is dominant include its market share, its financial and technical capacity, the extent that other firms depend on it and the difficulty of entering the relevant market. (Art. 18) A finding of dominance can be based on market share and structure. For a single firm, dominance may be presumed from a market share over 50%. In a relevant market where two-firm concentration exceeds 67% or three-firm concentration exceeds 75%, any firm with a market share greater than 10% may be presumed to have a dominant position. These thresholds are rebuttable presumptions, so a firm could avoid liability by showing that it does not have the power to control price, output, entry or market conditions. In joint-dominance situations, the 10% threshold is a “safe harbour”; otherwise, the AML permits the enforcement authority to find that a firm is dominant, based on the defining criteria, despite having a market share below the level of the presumption. Enforcement guidelines explaining factors that will be relevant in applying the presumption could help ensure that the statutory criteria will not be treated too mechanically.

37. The Price Law also deals with exploitative and predatory pricing and with discrimination. It prohibits selling at prices below cost with an intention to eliminate competitors and monopolise the market. It also prohibits discriminatory pricing and excessive pricing, regardless of whether there is an intent to eliminate competition. Sanctions include orders to cease and correct the violation, seizure of illegal gains, a fine of up to five times the gains or cancellation of the offender's business licenses. (Price Law, Art. 14, 40) The NDRC, which enforces the Price Law, issued *Interim Provisions on Preventing Price Monopoly* in 2003 to elaborate its prohibitions and move toward putting them into a competition policy framework, by introducing the element of dominance. These regulations provide that a firm may not rely on its "market predominance" to engage in exploitative, predatory or discriminatory conduct. A position of market predominance is determined by share of the relevant market and the ease of substitution of other products or of entry by new suppliers. The *Guiding Principles on Below Cost Sales*, issued in 1999 by the NDRC's predecessor, provide further detail about what is considered to be a sale "below cost" under the Price Law. The cost reference is the cost of production and operation (Price Law, Art. 8), which implies a test based on variable cost, although average cost and the scope of the price cut may be used to establish the reference point if variable cost is difficult to determine. Violation depends on a purpose to squeeze out competitors or monopolise the market, and pricing below cost is permitted for normal clearance sales, that is, to dispose of overstock, seasonal and perishable goods or in case of insolvency, transfer or termination of a business.

38. The AUCL also prohibits sales below cost and tying. (AUCL, Art 11, 12) These prohibitions do not depend on showing that the firm has a dominant position. The AUCL prohibition on sale below cost is not a *per se* rule, though. It contains an element of intent, to put competitors out of business, and it provides exceptions, such as for disposing of perishable commodities, overstocks and seasonal goods and for liquidation of a business. (AUCL, Art. 11) These terms of the AUCL, which is enforced by SAIC, are analogous to the 1999 *Guiding Principles on Below-Cost Sales* under the Price Law, which is enforced by NDRC.

39. Abuse of intellectual property rights to eliminate or restrict competition could violate the AML. (Art. 55) Private lawsuits about technology licensing and compatibility have raised claims about monopolisation, which have been framed in terms of unfair competition or infringement of the Contract Law in the absence of a general law about abuse of a dominant position. A contract that monopolises technology or impedes technological progress or that infringes technological achievement by others is null and void. (Contract Law, Art. 329) A technology transfer contract may control the scope of use, if it does not restrict technological competition and development. (Contract Law, Art. 343)

40. No provision for exemption from the prohibition against abuse of dominance is provided in the AML. The proviso, that the conduct be "without justification," would encourage enforcers to assess net effect on competition, rather than apply the prohibitions literally and formalistically. But it might also envision balancing of anti-competitive effects against other goals or policies. Enforcement guidelines might clarify what would be considered adequate justification for otherwise prohibited conduct.

41. The application of the AML to network industries and public services remains to be worked out in practice. Where exclusive rights or monopolies have been authorised by law, the state is to protect the legitimate rights of the firms in those industries and also safeguard the legitimate interests of consumers and promote technological progress. These firms are not to use their exclusive or monopoly positions to harm consumers. (Art. 7) It does not appear that this section of the AML would confer an exemption from the general prohibition against abuse of dominance, because it also provides that the firms subject to it are to conduct their business in accordance with law.

42. The AUCL controls some aspects of monopoly abuse by utilities. It prohibits public utilities and statutory monopolies from forcing transactions on their customers. (AUCL, Art. 6) This prohibition responds to a pattern of abuses, of telecoms, electric power, water and gas suppliers refusing service unless



customers bought designated telephones, distribution boxes, meters or heaters – ones that were typically supplied by affiliates and were more expensive than others available on the market. The regulations that SAIC issued in 1993 elaborating this part of the AUCL, the *Provisions Prohibiting Public Utilities to Restrict Competition*, incorporate the concept of dominance. Firms in the sectors of water, electric power, gas, postal service, telecommunications and transport are prohibited from “using dominant position to impede fair competition of other business operators and to harm legitimate rights of consumers”. The non-exhaustive list of prohibited behaviours includes forced transactions, tying, refusal to deal and excessive pricing. Sanctions for violation include orders to cease the practice and fines of up to 3 times the illegal gain. Customers and consumers can claim compensation for these violations by utilities; by contrast, suits for damage from most violations of the AUCL can only be brought by other firms.

43. Sectors that are the usual objects of regulatory reform, in which long-standing monopolies and public firms face new competition, could provide occasions to test the application of the AML. In telecoms, restructuring has created seven operators, but the two mobile phone companies, China Mobile and China Unicom, are state-owned and controlled substantially by the Ministry of Information Industry and its local agencies. There have been complaints about excessive pricing, tying and exclusive dealing. In health care, state-owned hospital pharmacies sell most prescription pharmaceuticals, and there have been complaints that exclusive dealing, tying and bid rigging prevent competition from retail pharmacies. China may need special rules to address anti-competitive strategies by publicly owned firms, because their capital structure and connection with government give them incentives and opportunities to distort competition with privately-held competitors.

#### **2.4 Mergers**

44. The AML establishes a general framework for applying competition policy to mergers and acquisitions. It covers mergers, acquisitions of shares or assets that lead to change in control and acquisitions of control or “decisive influence” through contract or other means. A transaction may be prohibited if it may eliminate or restrict competition; thus, the general substantive standard is not tied to the concept of dominance. Factors to be considered include the parties’ market power and share, concentration in the relevant market, effects on entry and technological development, effects on consumers and other enterprises and effects on national economic development. A transaction may be approved if the parties show that it will lead to improvements in conditions of competition that outweigh adverse effects on competition or that it is otherwise in the public interest. (Art. 28) The opening provisions of the AML also make reference to mergers, in declaring that firms may agree to mergers to achieve economies of scale and improve competitiveness (Art. 5) By repeating this point in the context of the law’s policy goals and general principles, the AML underscores that merger control will consider claims of improved efficiency.

45. The merger rules that are now in effect apply only to transactions by foreign investors taking over firms in China. The *Provisions on Mergers and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors* were issued jointly in 2006 by six ministries and bodies responsible for foreign exchange, securities regulation, taxation, state shareholding and competition policy and enforcement. These follow interim rules adopted in 2003. One policy goal is to maintain fair competition, and one of the substantive principles is that a foreign firm takeover should not cause excessive concentration or exclude or limit competition. Thus chapter 5 of these *Provisions* provides for antitrust review, to determine whether the takeover may lead to excessive concentration, hamper fair competition or impair consumer interests. Other goals and purposes include promoting foreign investment and introduction of advanced technology and management and protection of employment and national economic security. Approval by MOFCOM is therefore required for any acquisition transferring control of a domestic company relating to key industries with an actual or potential effect on national economic security, or of a company with a famous trademark or venerable company registration. A transaction may be exempted from review if it would improve competition in the market, the target of the takeover is losing money and the takeover would preserve jobs, the takeover

would improve international competitiveness through transfer of technology and management or the transaction would improve environmental conditions. MOFCOM issued guidelines for notification in 2007 to clarify procedural issues such as the timing and content of notification. Parties are encouraged to contact MOFCOM before making a formal notification, to discuss whether notification will be necessary and to begin clarifying issues such as the relevant markets.

46. Pre-notification will be required under the AML. Details of the notification obligation will be set by the State Council. Earlier drafts of the law would have set specific notification thresholds, of aggregate turnover of CNY 12 billion of all parties worldwide and turnover of CNY 800 million of any single party in China. These specific thresholds were dropped from the AML as finally adopted, and provisions in early drafts that would have based notification on market share were also not included in the final law. Setting notification thresholds and terms through regulations issued by the government rather than in the basic legislation will increase flexibility.

47. Notification under the current rules about takeovers by a foreign party can be required under several different criteria. If the transaction is in China, notification is required if any party to the transaction has annual turnover in China over CNY 1.5 billion, if the foreign party has acquired more than 10 domestic enterprises, if any party has a market share in China over 20% or if the post-takeover party will have a market share in China over 25%. For a transaction outside China, notification is required if the foreign party has CNY 3 billion in assets in China, annual turnover in China over CNY 1.5 billion, a market share (together with affiliates) in China over 20% or a post-takeover market share in China over 25%. In addition, notification of an overseas takeover is required if, as a result, there will be more than 15 foreign-funded enterprises in the Chinese industry. A transaction that does not meet any of these thresholds might still have to be notified, if MOFCOM or SAIC decides, after receiving a request from a domestic competitor, department or association, that the takeover involves a very large market share or presents major factors that would seriously impact market competition. Notification can be made to either MOFCOM or SAIC, and either may be involved in the competition review.

48. The two-stage review process under the AML will be subject to clear deadlines. The enforcement authority has 30 days from the original notification to decide whether to undertake a further review. If it does not, the transaction is deemed to be approved. This 30-day period cannot be extended. If a further review is undertaken, it must be completed within 90 days. That period can be extended up to 60 days if the parties agree, if the parties' documents are insufficient or if conditions have changed significantly since the notification. At the end of the review period, the transaction is deemed to be approved unless the enforcement authority has reached a decision to prohibit it or to impose conditions on it. Prohibition decisions will be published. Remedies for transactions that violate the AML's requirements include a fine of up to CNY 500,000 and orders to divest and other measures to restore the previous market situation. (Art. 47) Review also involves two stages under the current rules for foreign transactions. The initial waiting period is 30 working days, at the end of which the transaction is automatically cleared unless there is a notice of extension for a second review. That second-stage review is to be completed in another 90 working days. If MOFCOM and SAIC determine that the substantive standards for rejection might be met, and the transaction is taking place in China, they will convene a hearing.

49. Acquisitions of domestic enterprises by foreign investors, and other forms of concentration involving foreign investors that concern national security, must go through both a competition review and a national security review. (Art. 31) The rules about foreign takeovers now require an application to MOFCOM if a foreign firm intends to take control of an enterprise that is in a key industry or that has famous or historic Chinese brands, or if the transaction may have an impact on national economic security.

50. Sector regulators may also have merger review responsibilities. Acquisitions in financial industries may require approval from financial or insurance regulators, for example. In civil aviation, rules

about mergers and restructuring require approvals by the regulator or its local bureau. These rules, issued in 2005, call for promoting fair and orderly competition and preventing monopoly, but they contain no substantive competition standard, other than the invocation of competition among their purposes. They provide for a short review process, of 20 working days with a possible extension of 10 more working days.

51. Even without a formal program for control over domestic mergers, major combinations may receive official attention. Two top appliance and electronics retailers announced a merger in 2006, creating a national chain with 800 outlets. Some manufacturers expressed concern that this new enterprise would wield too much bargaining power over prices and promotions. Producer and consumer representatives presented their views to MOFCOM at a hearing, which was closed to the merging parties. The transaction was allowed to proceed, though.

## 2.5 *Administrative monopoly*

52. The AML deals extensively with abuse of administrative powers. One of the general principles set out in the first part of the AML is that administrative agencies and other organisations that are empowered by law or regulation with responsibilities for public administration shall not abuse their powers to eliminate or restrict competition. (Art. 8) Chapter V specifies in more detail the kinds of actions that these bodies may not do. They may not mandate exclusive arrangements, by directly or indirectly requiring dealing only with specified suppliers. (Art. 32) They may not impede trade among regions, by setting higher prices or standards for products coming from other regions, imposing different technical or inspection standards and costs on them, subjecting them to special license requirements or hindering trade through checkpoints. (Art. 33) They may not prevent or discourage firms from outside the region from participating in bids. (Art. 34) They may not discourage investment by firms from other regions, through discrimination in such functions as approving branch operations. (Art. 35) They may not abuse their power by ordering firms to take action that would be prohibited by the AML. (Art. 36) And they may not adopt regulations that eliminate or restrict competition. (Art. 37) The AUCL also prohibits two aspects of administrative monopoly, namely requiring dealing with designated firms and restricting imports from other regions or exports of local products. (AUCL, Art. 7) The longer list of prohibited practices in the AML expands the prohibition. To deal with anti-competitive administrative abuses that are not specifically listed, there is no “catch-all” provision in Chapter V itself, but the general prohibition against administrative abuse in Article 8 might be a sufficient basis for action.

53. The remedy against these abuses is administrative. If an administrative or public organisation abuses administrative power to restrict competition, its hierarchical superior body is to correct that problem and discipline the managers responsible for it. The antimonopoly enforcement authority may call these situations to the attention of the superior body and propose action. (Art. 51) To be effective, it will be important that this recommendation come from an antimonopoly enforcement authority at a higher level of government than the one where the abuse is occurring, and that it be directed to a higher-level hierarchical superior. Where a local government agency or official is the source of the problem, it would be unrealistic to expect that an antimonopoly enforcer at the same level of the same government could intervene effectively against it there. In earlier drafts of the law, the enforcement authority would have had power to order the agencies to correct their behaviour and even to refer the problem for criminal prosecution, which could be appropriate where the abuse is connected to bid rigging, bribery or other corruption. The administrative correction called for the AML is similar to what is already provided in the AUCL, except that the AUCL does not authorise the enforcement authority to recommend action by the offender’s superior body. (AUCL, Art. 30) The AUCL authorises an enforcement role, against the operator that benefits from improper official action if not against the administrative agency itself. The control and inspection authority can confiscate the illegal income a “designated operator” that charges excessive prices, and it can also impose a fine of from two to three times the illegal gain.

## **2.6 *Unfair competition and consumer protection***

54. The Anti-Unfair Competition Law, adopted in 1993, was China's first general legislation about competition. In addition to provisions about bid-rigging, predation, discrimination and tying, it deals with controversies about unfair practices between businesses. It prohibits passing-off of trademarks, trade names, packaging or other certifications of origin and quality, false advertising, commercial bribery, misappropriation of trade secrets, disparagement of competitors and lottery-based promotions (unless the reward is less than CNY 5000). Injured competitors can sue each other for damages. Lawsuits have been fought recently over practices such as imitation of the trademark for Starbucks and demotion to the bottom of the stack on a website search engine. In the trademark case, the court awarded damages and ordered the offender to apologise publicly; in the website case, the court could not find a legal authority governing search engine results and rejected the complaint.

55. Public enforcement by SAIC and regional administrations is important, particularly in cases about passing off, misleading advertising and commercial bribery. In the first nine months of 2007, SAIC and the local administrations investigated over 5000 cases of commercial bribery. Sanctions vary for different practices. For most unfair competition infringements, the maximum sanction is a fine of CNY 200,000, except for lottery sales, for which it is CNY 100,000. For counterfeiting products and other trademark violations, the offender may be fined up to three times the gain from the violation, and its business license may be revoked. Criminal penalties may also apply. For commercial bribery, the offender may be fined up to CNY 200,000, and its business license may be revoked; here too, criminal law may also apply.

56. The Law for the Protection of Consumers Rights and Interests was also adopted in 1993. It provides for strict liability for defective goods and services, regulates unfair contract terms and provides for punitive damages. Individual complaints may be resolved through administrative investigations by SAIC, mediation by consumers' associations, arbitration or civil lawsuits. SAIC has set up special direct-dial phone lines for complaints. This system has tapped a torrent: in 2006, the "12315" network handled nearly 50 million enquiries.

## **3. Institutional issues: enforcement structures and practices**

57. Three bodies, the State Administration of Industry and Commerce (SAIC), the National Development and Reform Commission (NDRC) and the Ministry of Commerce (MOFCOM), have been principally responsible for enforcing the laws and regulations about competition. The AML authorises the State Council to establish an Anti-Monopoly Commission and to empower an Anti-Monopoly Enforcement Authority under the State Council, before the effective date of the AMP in August 2008. The three bodies continue to perform the same roles in enforcing the AML that they performed in applying the previous laws and regulations about competition.

58. SAIC is responsible for many aspects of market supervision, such as business registration, competition, consumer protection, marketing practices, advertising and trademarks. In the government organisation, SAIC is directly under the State Council, which appoints its Minister and four Vice Ministers. SAIC was promoted from vice-ministerial to ministerial status in 2001. The Fair Trade Bureau of SAIC is responsible for developing and enforcing rules, regulations and practice directions for preventing monopoly and unfair competition. It also initiates investigations of monopolisation, unfair competition, smuggling, and selling of smuggled goods. The Anti-Unfair Competition Office is responsible for the rules about unfair trading practices, and the Anti-Monopoly Office is responsible for the rules about practices that restrict competition. These policy offices at the headquarters of SAIC are small, because enforcement is entrusted to officials at the local level. Fair trade departments in governments at the province, prefect and county levels are responsible for monitoring and investigating conduct covered by

the AUCL. The staff at these levels who are involved in performing SAIC's many responsibilities numbers in the hundreds of thousands, and over 60,000 of them deal with matters that arise under the AUCL.

59. MOFCOM oversees domestic market development and international trade. Its responsibilities include supervising industrial associations, creating and developing markets in rural areas and standardising commodity markets in urban areas, reforming particular sectors such as distribution and dealing with international trade co-operation and dispute resolution. Some of its responsibilities were performed by the former Ministry of Foreign Trade and Economic Cooperation (MOFTEC) and State Economic and Trade Commission (SETC), and some were done by the former State Planning Commission. Competition policy matters are handled by MOFCOM's Department of Treaty and Law, which set up an Anti-Monopoly Investigation Office in November 2004. MOFCOM's principal competition enforcement function has been merger review.

60. NDRC is the principal economic and social development policy agency under the State Council. NDRC has 26 departments and about 900 staff. NDRC's predecessor was the State Planning Commission, which was created in 1952, renamed as the State Development Planning Commission in 1998, merged with the State Council Office for Restructuring the Economic System and part of SETC in 2003 and then restructured into what is now the NDRC. NDRC's Department of Price Supervision administers the Price Law and the *Monopolistic Pricing Provisions*. It investigates and takes action about violations, which include failure to observe prices that are set by regulation as well as price fixing, exploitation and predation. NDRC's Department of Price is responsible for forecasting and policy planning, investigating costs of major agricultural products and setting prices of important commodities and prices and fees that are administered by the central government. There are also price administration agencies at provincial, city and county levels.

61. The institutional structure for enforcing the AML is determined by the State Council. The 1999 and 2002 drafts of the AML envisaged an Anti-Monopoly Administration Body under the State Council. The 2004 substituted establishment of a "competent commercial authority" under MOFCOM. The April and July 2005 drafts returned to the 1999 and 2002 model and suggested a ministry-level Anti-Monopoly Authority with substantial investigating and decision-making powers. But the November 2005 draft did not include the model of a single ministry-level or independent enforcement body. The AML refers to "the authority empowered by the State Council to have functions for anti-monopoly law enforcement" and the "Anti-Monopoly Enforcement Authority under the State Council," which will be responsible for enforcement. (Art. 10) These terms support maintaining the division of responsibilities, with MOFCOM, SAIC and NDRC empowered with enforcement authority with respect to particular aspects of the AML. That is what the State Council has done. MOFCOM continues to deal with mergers, NDRC continues to deal with cartels and SAIC continues to deal with antitrust matters involving distribution and abuse of dominance and with some merger review. The anti-monopoly enforcement authority, in whatever form, is a body under the State Council, that is, the central government.

62. An Anti-Monopoly Commission of the State Council will be responsible for organising, coordinating and guiding anti-monopoly work. (Art. 9) Its authorities and responsibilities will include research, formulating policy, investigating and evaluating overall competition conditions, drafting and promulgating guidelines and co-ordinating enforcement. Creation of an Antimonopoly Commission to co-ordinate enforcement foreshadows a tri-partite division of enforcement authority, since a supervisory Commission would have little function if there was only one enforcement body to supervise. The Commission will also be in a position to oversee relations between the enforcement authority applying the AML and the sector regulators whose functions and responsibilities affect competition.

63. Enforcement at the local level will also be important. Early drafts of the AML would have provided for provincial branches of the national enforcement authority. As adopted, the AML provides that

the enforcement authority, in whatever form it takes, can authorise enforcement by corresponding organs of governments at the next level below the national government.

### **3.1 Competition law enforcement**

64. Chapter VI of the AML establishes enforcement powers and procedures. Investigation of a monopoly agreement or abuse of dominance can begin on the initiative of the enforcement authority or in response to a complaint. The undertaking involved has rights to state its case and to defend itself. If the undertaking makes a commitment to eliminate effects of the conduct, the enforcement body may suspend the investigation pending fulfilment of the conditions. The enforcement authority will supervise performance of the commitments. It may decide to terminate the investigation (without a formal decision), and it may reduce or cancel the penalties upon satisfactory performance. The enforcement authority may reopen a proceeding if the parties fail to perform the commitments, if the facts supporting the suspension of the investigation change substantially or if the parties presented incomplete or misleading information.

65. Investigative powers are backed by financial sanctions. Failing to submit information or documents in investigations or destroying evidence or otherwise obstructing investigations can be punished by fines. The maximum fine is CNY 200,000 for a firm and CNY 20,000 for an individual, although in serious cases the fine against the firm can be as high as CNY 1 million, and individuals could face fines up to CNY 100,000 and firms and individuals may also be subject to criminal liability. (Art. 52)

66. Sanctions for infringing the substantive prohibitions of the AML include orders, fines and confiscation of gains from the violation. The maximum fine is 10% of turnover in the affected market in the most recent year, and the minimum is 1%. (Art. 46, 47) Factors to be considered in setting the fine include the nature, extent and duration of the infringement. (Art. 49) If a restrictive agreement is not actually implemented, the maximum fine is CNY 500,000. (Art. 46) If a party to a restrictive agreement reports the agreement to the enforcement body and provides important evidence, its fine may be reduced or even eliminated. (Art. 46) This flexibility will support a leniency program to improve enforcement against cartels.

67. The People's Courts have power to review enforcement actions, as well as to adjudicate claims for compensation by injured parties. The Administrative Litigation Law provides more context about judicial oversight. Ordinarily, administrative litigation over legal and factual issues in matters such as competition enforcement would begin in one of the nearly 400 intermediate People's Courts at the municipal level, and there would be an appeal to the next higher court. Before appealing to court about a decision to approve or block a merger, a request for administrative review appears to be a necessary prerequisite. A request for administrative review can also be made about other matters, but it is evidently not a prerequisite for an appeal to the court. (Art. 53)

68. Parties who are injured by a monopoly agreement or abuse of dominance may recover damages through civil lawsuits. The AML does not indicate whether a prior finding of infringement by the enforcement authority is necessary before a private suit can be filed. The AUCL similarly authorises enterprises that are damaged by acts of unfair competition to recover their damages through civil suits. If it is difficult to show the actual damages from the unfair practice, the plaintiff can recover the defendant's profits from the infringement. (AUCL, Art. 20) Provisions about effects on competition in the Contract Law have been invoked in private litigation about intellectual property licensing.

69. Local and regional laws sometimes cover the same topics as national laws about competition. The local government in Beijing adopted its own law on unfair competition in 1994, shortly after the national law, and over 20 other local governments, in Shanghai, Wuhan and elsewhere, have also adopted similar laws and regulations. Price fixing was specifically prohibited first in the regulations of Guangdong

province implementing the AUCL. The Regulations of the Hainan Special Economic Zone Against Unfair Competition prohibit market division, boycotting in purchase or sales, fixing prices, limiting output and bid rigging, in terms that are more stringent than the AUCL.

### **3.2 *International issues***

70. The international “effects test” is incorporated into the AML. Its prohibitions apply to conduct outside China that eliminates or has restrictive effects on competition in China’s domestic market. (Art. 2) Most provisions of the law apply equally to domestic and foreign firms. The exception is the requirement of an additional national security review for acquisitions of domestic firms by foreign investors and for other circumstances involving concentration of foreign capital that raise national security concerns. (Art. 31) A report issued by SAIC in 2004 called for a stronger competition law to protect against anti-competitive strategies of large foreign firms. This viewpoint might have been encouraged by advice such as that offered by (OECD, 2002), that in the absence of a general competition law China’s economy was vulnerable to anticompetitive abuses by foreign firms. If the anti-monopoly enforcement authority takes the position that foreign firms present particularly serious threats to competition, then foreign firms may face closer enforcement scrutiny.

71. Cooperation agreements were entered with Russia in 1996 and Kazakhstan in 1999. These call for exchange of information where possible about investigations of monopoly, unfair competition and consumer rights violations. These agreements designate SAIC as the body responsible for co-operation in the Chinese government.

### **3.3 *Resources, actions, and implied priorities***

72. At SAIC, most enforcement matters arising under the AUCL are about trademarks and deceptive marketing practices. Among SAIC’s competition cases, most have been about restrictions by public utilities. From 1995 to 2002, SAIC handled about 3400 of cases of public utility abuses, along with about 900 dealing with bid rigging, about 650 with tying, about 350 with administrative monopoly and about 250 with sales below cost. NDRC emphasises the consumer impact of its price enforcement, most of which is about misrepresentation, unfair charges and failure to observe regulated prices rather than price fixing or predation. A hotline for consumer complaints has been in place for five years. In 2006, the price monitors received over 500,000 complaints and investigated about 10% of them. Enforcement actions led to consumer refunds totalling CNY 190 million (and to collecting CNY 110 million for the State Treasury). The largest number of complaints, accounting for two-thirds of the total in 2006, have been about prices for education, transport, medical care, real estate and property management and telecoms. For merger review, SAIC and MOFCOM have each assigned about a half dozen staff at their headquarters offices. The number of transactions reviewed has been modest, but the rate is accelerating. There were only nine notifications in 2004, but there were 61 in the first eight months of 2006.

## **4. *Limits of competition policy and enforcement***

### **4.1 *Exclusions***

73. The AML does not contain a broad exclusion for conduct that is subject to supervision by other regulators. The AUCL, by contrast, defers to other laws and regulations in the event of a conflict. That is, for acts for which laws or administrative rules and regulations provide that other departments are to exercise supervision, those other provisions apply rather than the AUCL. (AUCL, Art. 3) In early drafts of the AML, there was a provision like the one in the AUCL excluding conduct that was subject to control under other law or regulation, but that was dropped from the final legislation. The 1999 draft of the AML proposed another way to deal with sectors where conflicts are likely to arise, by setting a five-year

transition period during which the general competition law would not have applied to natural monopolies or public utilities such as postal services, railroads, electricity, gas and water, as long as the conduct at issue was authorised by the relevant regulatory authorities reporting to the State Council. The idea of a transition period did not reappear in the 2002 draft, and it is not included in the AML as finally adopted.

74. Instead, accommodation between the AML's general prohibitions and the demands of other regulatory programs and public policies is covered by Article 7 of the AML. Different unofficial translations of this Article vary in potentially significant details. It provides that the state will protect the legitimate business operations of firms in industries in the state-owned economy, which are important to the national economy or national security, and those with legally-granted rights of exclusive operation or sales. In addition, though, it says that the state will supervise and control their operations and prices to protect the interests of consumers and to promote technological progress, and that these firms are to operate in good faith and in accordance with the law, accepting public supervision and not using their exclusive or controlling positions to harm consumers. This inclusive language, protecting "legitimate business activities" of these firms yet also requiring that they comply with laws and not harm consumers, is obviously a compromise between industrial policies and competition policy. It does not appear that the Article creates an exclusion from the AML; rather, it seems to announce authoritative guidance about how the AML will be applied or instructs state-owned enterprises about proper behaviour. Its actual effect remains to be determined in application.

75. As a general matter, claims of inconsistency between different legal norms might be resolved by reference to their hierarchy. The AML and the AUCL, as laws adopted by the National People's Congress, would normally be more authoritative than administrative regulations issued by the State Council, rules adopted by ministries, committees or commissions or notices issued by local governments. The concept of a "state action" defence is implicitly rejected, because the AML prohibits an administrative body from requiring parties to engage in conduct that would violate it. (Art. 36)

76. The only sectoral exclusion from the AML involves agriculture. The AML is not applicable to alliances or concerted actions among farmers and farmers' economic organisations in connection with production, processing, sales, transportation and storage of agricultural products. (Art. 56) This is a commonly encountered exclusion, to support co-operation among small-scale producers. Whether it impairs competition depends on how large the co-operative organisations become, whether they engage in extensive end-product processing and achieve large market shares there and how they treat would-be entrants and former members.

#### **4.2 Sectoral regulation and competition policy**

77. In the telecommunications sector, the rules recognise the importance of competition. Adopted in 2000, they call for separating governmental functions from enterprise management, prohibiting monopoly, encouraging competition and facilitating development, openness, equity and fairness. (Telecommunications Rules, Art. 4) Several specific requirements promote and protect competition. Major telecommunications enterprises may not refuse requests to connect to the network. Predatory pricing and unjustified cross-subsidies are prohibited. Customers can choose their service suppliers, and forced transactions are prohibited. The rules are administered by the Ministry of Information Industry and departments of information industry at provincial levels. Legislation for this sector is still being drafted.

78. In electric power, market reforms began in the mid-1980s, by permitting parties other than the central government to invest in generation. The Electric Power Law, adopted in December 1995, regulates entry, operation and pricing. The State Power Corporation took over most of the assets of the Ministry of Power in 1997, and in 2002 they were split into two transmission companies and five power generation groups. This separation of generation from transmission and distribution established an important



precondition for wholesale and retail competition. Important aspects of regulating grid operation and pricing remain to be worked out, though. For example, local control over dispatch often means that preference goes to locally owned plants, which may be smaller and less efficient, while newer plants that are more efficient and have better pollution control may be left idle. The State Electricity Regulatory Commission, established in 2002, and electricity departments above the county level supervise and administer the industry. NDRC has policy, regulatory and administrative functions, such as making development plans and issuing project approvals. Competitive power pricing has been tested in Shanghai and five other provinces, but that pilot programme covered less than 10% of the electricity generated in those areas. Until now, power sector investors have had the security of sales contracts based on a cost-plus pricing regime. Planned retail pricing reforms include a mechanism to adjust end-use prices to reflect fuel cost increases. In the long run, the pricing system is expected to be further reformed to make electricity prices fully cost-reflective and to give timely and adequate signals to consumers and investors. The price reform policy seeks to allow the wholesale market to determine tariffs on the generation side, while the government will regulate transmission and distribution prices as well as the relative prices to end users.

79. Postal services are a public monopoly, governed by the Postal Law adopted in 1986. Mail delivery and related services with the characteristics of mail delivery are monopolies of the public postal enterprises, unless the State Council makes exceptions. The State Post Bureau and SAIC supervise and administer the postal law and postal service. Postal services have been the object of several complaints about anti-competitive forced sales. Objectionable practices range from specifications that, in effect, required using packing materials sold by China Post and envelopes produced by its affiliates to requiring patrons to open postal savings accounts or to use debit card services from a particular bank.

#### **4.3 *Administrative monopoly and competition advocacy***

80. The principal administrative monopoly problem has been regional protectionism. In the first phase of reform in the 1980s, the rapid creation and expansion of town and village enterprises led to excess capacity. Many of these firms were below minimum efficient scale or needed sales to other regions in order to make a profit. Regions and their firms found themselves in rivalry. To protect struggling local enterprises and preserve jobs, many local governments set up trade barriers such as local customs posts and supported exclusionary tactics ranging from price predation to slashing tires. Overt barriers and exclusive dealing rules have been prohibited by the AUCL since 1993, and SAIC has had some success in correcting these “regional blockades”.

81. But anticompetitive regional protectionism can take more subtle forms. Measures such as discrimination in taxes, standards, inspections and licensing also create significant barriers to commerce and competition. Local governments have sometimes blocked mergers that would eliminate the separate identity of local firms or prevented firms from exiting unproductive businesses through bankruptcy or merger. By interfering with restructuring in order to protect local business interests, local governments undermine the efficiency-promoting goals of reducing excess capacity and realising economies of scale. The general prohibition in the AML and the detailed listing of prohibited practices will extend enforcement oversight to indirect, complex abuses and barriers. Article 34, prohibiting discrimination about discrimination, may provide a basis for the antimonopoly enforcement authority to correct protectionist local decisions about mergers. If not, it may be useful to create another means for ensuring that national antimonopoly authorities have the opportunity and authority to review and approve, or reject, mergers that fall below the thresholds for notification and approval under Chapter IV.

82. Observers, including the OECD, have identified the weakness of remedies under the AUCL as a reason for the persistence of regional barriers. A more significant problem may be the delegation of enforcement to local levels. Local enforcers are employees of the government that is engaging in the abuse. If the local enforcer of the AUCL finds a violation, its only power is to inform a higher level of the

offending body. In this circumstance, enterprises have little incentive to make a complaint and the law enforcer has little incentive to act on complaints it does receive. Some transition competition law regimes provide for direct competition law enforcement to control administrative abuse. The power is used infrequently, due to the obvious practical and political challenges it presents, but it can be valuable even if held in reserve. Correction and discipline by the administrative superior body, as provided by the AUCL and the AML, may be the strongest power that would be clearly consistent with current organising principles of China's government bodies. Authorising the antimonopoly enforcement authorities to initiate the inquiry and recommend action gives them a positive role. The power to make the recommendation public could be important to making the process effective.

83. The role of the antimonopoly enforcement authorities under Chapter V verges on advocacy, seeking correction of rules and decisions that impair competition. Article 37 prohibits regulations that eliminate or restrict competition, and thus it explicitly authorises the antimonopoly enforcement authority to raise concerns about regulations that interfere with competition more than is necessary to achieve their other, presumably legitimate purposes.

## **5. Competition law and policy in the transition to a developed market economy**

84. China's transition began by re-energising traditional market patterns in the countryside. Small-scale industry was encouraged to evolve out of the plan, and private and foreign-invested firms emerged to challenge state-owned enterprises that remained from the era of central planning. New entry, creating an intensely competitive product market, has been the most important external factor driving change in Chinese industry. State-owned enterprises were turned into corporations to improve their efficiency; however, this step just shifted their financial problems from the state budget to the state-owned banks, and another round of financial sector restructuring was needed to clear out zombie firms. While they were struggling under the new competitive conditions, the government encouraged "self-discipline pricing", evidently as a form of depression cartel. Despite these hesitations along the way, reform succeeded in replacing the command economy with a vigorous, competitive market without a "big bang" rejection of state enterprise and all of the other institutions of the planned economy.

85. In the first phase of reform, re-establishing confidence in the integrity of market transactions was more important than maximising efficiency by preventing monopoly and collusion. Thus the first law about competition was the AUCL. This was followed by laws to deal with obvious abuses involving prices and bidding. Similarly, after government institutions have managed the economy for a generation, problems of administrative monopoly were considered more serious and more destructive than those of business monopoly. The second round of reforms since the early 1990s has set up the key financial, legal and regulatory institutions needed to support a developed enterprise economy. The capacities and qualities of many of these new laws and supervisory institutions remain to be established. With corporate governance and regulatory oversight both still embryonic, the principal constraint and discipline on corporate management has come from product market competition (according to a survey of Chinese company CEOs). Ensuring that competition can continue to discipline enterprises requires a strong legal and institutional foundation for competition policy.

86. China has now adopted a general competition law, as its economy has reached the point where all of its tools are needed, to correct and deter exclusionary abuse, exploitation and collusion and to control the creation of market power through structural combinations. The AML's most significant addition to the laws and rules that were already in place is a comprehensive program of merger control and notification. That addition marks a turning point in the transition process. There is still room in many sectors for consolidation to improve efficiency and achieve scale economies. But merger review under the AML will recognise the pro-competitive importance of improving efficiency, and thus it should permit consolidation while preventing and disciplining abuses that would deny the public the benefits. To be sure, some

commentators in China called for a competition law in order to protect Chinese business against foreign competitors. This apprehension may explain why the AML provides for national security review of acquisitions by foreign investors. The OECD has noted, in commenting on the similar requirement in the current merger regulations, that an extra hurdle like this could substantially impede the stability of cross-border merger and acquisition transactions. (OECD, 2006) The case is still being made to the public that stronger competition law enforcement would benefit the economy. In the debate over the AML, some warned against going too far in prohibiting horizontal agreements, and defended price fixing as sometimes necessary to avoid cut-throat competition among Chinese firms, to protect safety and health and to resist being taken advantage of by other countries. The extended debate about the AML itself shows how stronger competition policy marks an important stage in the transition process. The transparency of the process, in which drafters and legislators have welcomed comments from the public and from experts in China and elsewhere, has educated the world about the evolution of China's system of governance, as well as the development of its market economy.

87. Challenges of development – investment, institutions and social security – are replacing those of the transition from plan to market, now that the market has been re-established as the foundation of the economy. China faces the same challenge now as many other countries, to encourage more competition in sectors such as infrastructure, finance and primary materials: that is, the challenges typical of regulatory reform. Vigorous competition policy can help China achieve its development goals by channelling rivalry away from claims for rents and privileges into contests over efficiency and innovation.

88. OECD reports on China's economy and regulatory process have emphasised the importance of strengthening competition policy. (OECD, 2002; OECD, 2005) These reports analysed conditions in China's markets to show why some indicators about the state of competition could mask problems. Where the structure of the economy still reflects the one-time goal of local self-sufficiency or local barriers have prevented national markets from developing, national concentration ratios would understate concentration in relevant markets. Some national markets show structural problems. In many areas once dominated by the state economy, excessive vertical integration, due in part to the high cost of enforcing contracts, undermines efficiency and discourages entry. Some important industrial sectors – including petroleum processing, ferrous metallurgy, non-ferrous metallurgy, transport, and basic chemicals – have been relatively closed to competition. The reports noted that a market structure featuring low national concentration and many regional enterprises operating below minimum efficient scale has important implications for competition policy. Market distortions such as soft budget constraints, regional protectionism and exit barriers that undermine the efficiency goals of competition can nonetheless spark intense rivalry, even “destructive competition” driving prices below marginal cost. Collusion to end these price wars typically breaks down quickly. As reforms make budget constraints harder and exit easier, consolidation to improve efficiency will reduce excess capacity but also raise industry concentration. Those conditions would facilitate oligopoly co-ordination and even more durable, non-public collusion, making it more important for China to have an effective general competition law.

89. The OECD reports pointed out three important steps that China should take to make its competition policy more effective. By enacting a general competition law, China has taken the first of these steps. The AML incorporates concepts that are common to modern competition laws around the world. Priorities and means for applying these common principles often vary, though, responding to difference in legal and political traditions and in economic and development conditions. Thus (OECD, 2002) noted that for developed, competitive economies the top enforcement priorities are cartels and anti-competitive mergers, while many transition countries concentrate on demonopolisation; in China's situation in 2002, the top priority was preventing exclusionary practices. Implementation of common principles can vary too, as different economic conditions explain difference choices about “rules of thumb” such as *per se* rules and market share tests.

90. The structure and evolution of enforcement institutions depend on differences in political traditions and legal systems, which can reflect difference about values other than economic efficiency. In most jurisdictions, in the OECD and elsewhere, core competition provisions are enforced by a single agency. In China, three bodies applied the previous laws, and the antimonopoly enforcement authority established under the AML has the same three component bodies too, as SAIC, NDRC and MOFCOM are designated as the enforcement authority with respect to their particular functions. In principle, unifying authority encourages policy coherence, while dividing authority creates inefficiencies. For example, expertise about a market gained while dealing with price fixing there would not readily be available to a different body dealing with a merger in the same markets. Experience in other countries with multiple enforcement bodies shows that the inefficiencies, though real, are not insuperable. Exchange of expertise can be encouraged by detailing or rotating the staff experts. Similarly, policy coherence may develop through interchanges of senior officials. In any event, institutional structures often embody policy choices that have emerged from extended political debate, and thus they can be particularly resistant to change.

91. Independence and transparency are more important than institutional integration to effective enforcement. None of the three bodies that enforce aspects of competition law is structurally independent from the government. Complete independence would be difficult to design in China's system of government, though. Thus transparency about processes and decisions will be important to show that they are based on sound, general principles rather than on bargains among interests. Government ownership of enterprises remains important in China, so competition policy must minimise the marketplace distortions that typically accompany government ownership, such as soft budget constraints and opportunities and incentives to confer preferential treatment. The best assurance of competitive neutrality in the treatment of state-owned enterprises is to keep antimonopoly enforcement independent of the missions of industrial policy and promotion. Providing several institutional means for enforcement, with different constituencies and priorities, might also reduce the risk that enforcement would pursue unrelated goals.

92. The second step to more effective competition policy recommended in (OECD, 2002) was to apply a competition policy approach to regulating infrastructure monopolies, in order to introduce efficient market competition where that is feasible and to improve government regulation where that remains necessary. Principles for pro-competitive regulation were drawn from experiences of OECD member countries and developing economies. That report and others have also made analytical comments and recommendations about China's policies for electricity, natural gas, telecommunications and railways. China is in the process of applying this approach in several infrastructure sectors, notably electric power and telecommunications.

**Box 5. Steps in pro-competitive infrastructure reform**

- Define the boundaries between commerce and the state, and the respective roles of commercial enterprises to operate and the state to regulate. Competition is hampered where the division between state and commerce is unclear, because potential competitors to state-owned enterprise fear a “tilted playing field” and will hesitate to enter. Further, the separation means that government policy decisions must be made explicit in order for the commercial operator to carry them out.
- Establish state regulatory institutions that have the powers and the resources necessary to regulate commercial infrastructure enterprises so as to ensure that they achieve efficiency and other regulatory goals. These institutions will use regulations to create incentives for commercial entities by, for example, reducing regulatory barriers, ensuring fair and efficient access to essential facilities, and ensuring that regulation is predictable. Thus, a market environment requires regulatory institutions that make decisions that are neutral, transparent and not subject to day-to-day political pressures or capture.
- Put into place corporate governance systems to ensure adequate control and incentives for commercial infrastructure enterprises.
- Use competition principles to specify the structures of the sectors and the regulations that will be applied to ensure that they are efficient and will meet universal service objectives.

*Source* : OECD (2002)

93. The third step represents the challenge for the future: to adopt and implement a comprehensive national competition policy. Underlying China’s reform programme to establish a socialist market economy is a strong, implicit competition policy, to reduce entry barriers and promote markets. Now that the transition to an enterprise economy has matured and the important institutional structures are in place, China could benefit from a more explicit competition policy. A central element of a national competition policy would be a system to review laws and policies that affect market conduct, to locate and correct constraints on enterprise activity that are more stringent than necessary to correct market failure or to achieve other policy goals. An analytical framework for such a program has been developed at the OECD. The OECD “toolkit” for competition assessment provides a general methodology, beginning with a checklist to screen for laws and regulations that could restrain competition enough to require more thorough analysis. A comprehensive competition policy should be applied to proposed laws and regulations as they are being developed, and also to existing laws and regulations. The central government should take the lead in developing and implementing this approach at the national level. Regulation at the regional and local level is also important, though, and indeed may be a more serious source of market distortions. The approach should also be applied to those levels of government, following guidance from the central government. The aim of a national competition policy is not to elevate competition above all other social and economic priorities. In asking whether laws and regulations interfere with enterprise and initiative more than is necessary to achieve their policy goals, a national competition policy would detect and correct rules that constrain competition and growth.

## BIBLIOGRAPHY

- APEC (2007), APEC Competition Policy & Law Database, <http://www.ftc.gov.tw/EnglishWeb/English.html>.
- Bush, Nathan (2007), “The PRC Antimonopoly law: Unanswered questions and challenges ahead”, *The Antitrust Source*, American Bar Association, [www.antitrustsource.com](http://www.antitrustsource.com), October.
- Fairbank, John K. & Merle Goldman (2006), *China: A New History*, Harvard University Press, Cambridge.
- Fox, Eleanor (2007), “An Anti-monopoly law for China – Scaling the walls of protectionist government restraints”, *Antitrust Law Journal* (forthcoming).
- IEA (2007), *World Energy Outlook*, IEA, Paris.
- Lin Ping (2005), “People’s Republic of China”, in Douglas H. Brooks & Simon J. Evenett, eds., *Competition Policy and Development in Asia*, Palgrave-MacMillan, pp. 71-106.
- Lo, Carlos Wing-Hung, “Socialist Legal Theory in Deng Xiaoping’s China”, *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 11, no. 2, pp. 469-486.
- Maddison, Angus (2007), *Chinese Economic Performance in the Long Run, 2<sup>nd</sup> ed, Revised and Updated 960-2030 AD*, OECD, Paris.
- Naughton, Barry (2007), *The Chinese Economy: Transition and Growth*, MIT Press, Cambridge.
- NDRC (2007), “Analysis of Price Complaints across the Country in 2006”, NDRC, Beijing, [http://jjjs.ndrc.gov.cn/gzdt/t20070531\\_138755.htm](http://jjjs.ndrc.gov.cn/gzdt/t20070531_138755.htm) (in Chinese).
- OECD (2002), *Railway Reform in China: Promoting Competition*, OECD, Paris.
- OECD (2002), *China in the World Economy: the Domestic Policy Challenges*, OECD, Paris.
- OECD (2005), *Governance in China*, OECD, Paris.
- OECD (2006), *Investment Policy Reviews: China, Open Policies towards Mergers and Acquisitions*, OECD, Paris.
- Owen, Bruce et al. (2004, revised 2006), “Antitrust in China: The Problem of Incentive Compatibility”, AEI-Brooking Joint Center for Regulatory Studies, <http://aei-brookings.org/admin/authorpdfs/redirect-safely.php?fname=../pdffiles/php7d.pdf>
- Owen, Bruce, Sun Su & Wentong Zheng (2007), “China’s competition policy reforms: the Antimonopoly Law and beyond”, John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School, Working Paper no. 339, April, <http://ssrn.com/abstract=978810>.

- SAIC Fair Trading Bureau and CASS International Law Centre (2007), *Selected Anti-monopoly Cases and the Investigation and Analysis of Chinese Administrative Anti-monopoly Enforcement (Fanlongduan Dianxing Anli ji Zhongguo Fanlongduan Zhifa Diaocha)*, Law Press, Beijing.
- Starr, John B. (2001), *Understanding China: a guide to China's economy, history, and political structure*, Hill and Wang, New York.
- Su Hua (2007), "Competition Law and Policy in a Transitional China: Transplantation and Localisation", PhD Thesis, Queen Mary, University of London, London.
- Wang Xiaoye (2002), "The Prospect of Antimonopoly Legislation in China", Washington University. *Global Studies Law Review*, vol. 1, pp. 201-232.
- Wang Xiaoye (2004), "Issues Surrounding The Drafting of China's Anti-Monopoly Law", Washington University. *Global Studies Law Review*, vol. 3, p. 285.
- Wang Xiaoye (2004b), "Zur Kodifizierung des chinesischen Antimonopolrechts", *Zeitschrift für Chinesisches Recht*, vo/. 2/2004, p. 91.
- Wu Qianlan (2007), "The Making of a Market Economy in China: Transformation of Government Regulation of Market Development," *European Law Journal*, vol. 13, no. 6, pp. 750-771.
- Xinzhu Zhang and Vanessa Yanhua Zhang (2007), "The Antimonopoly Law in China: Where do we Stand?", *Competition Policy International*, vol. 3, no. 2, p. 185.

# Control of Concentrations under China's Antimonopoly Law

Yin Yanling  
Anti-Monopoly Office  
Department of Treaty & Law  
Ministry of Commerce The People's Republic of China

## China's Anti-Monopoly Law (AML)

Drafting Process (1994-2007)

AML contains 8 chapters with 57 articles

Three pillars under AML

- Monopoly Agreement
- Abuse of Dominant Market Position
- Control of Concentrations



# I. A Historical Review of Concentration Control in China

- In 2003, MOFTEC (now MOFCOM) etc. issued Interim Provisions on Mergers and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors
- On September 8, 2006, revised Regulations on M&As of Domestic Enterprises by Foreign Investors became effective

- 4 years of enforcement practice

Accepted more than 400 merger notifications

Substantive review of several important notifications: hearings, meetings, questionnaire

## II. Major Provisions on Concentration Review under AML

### 1. Rules on Concentration Filing

- situations under which concentrations arise (Art. 20)
- pre-concentration requirement (Art. 21)
- conditions in which no notification is necessary (Art. 22)
- required filing documents (Art. 23)
- supplementing documents (Art. 24)

### 2. Rules on Concentration Review

- preliminary review (Art. 25)
- further review (Art. 26.1)
- extension of review period (Art. 26.2)
- Factors to be considered in concentration review (Art. 27)
- Standards on prohibiting a concentration and conditions for exemption (Art. 28)

### 3. Rules on Concentration Review Decisions

- types of concentration review decisions
- restrictive conditions attached to decisions
- publishing of review decisions

### 4. Rules on National Security Review in Concentrations Involving Foreign Investors

Art. 31 If the acquisition of a domestic enterprise or the involvement through other means in a concentration of undertakings by foreign capital affects national security, such acquisition shall be subject to a national security review in accordance with the relevant regulations of the State, in addition to the review of the concentration of undertakings under the provisions of this Law.

### **III. Several Issues Concerning Control of Concentrations under AML**

#### **1. Practical Implications of the Adoption of AML**

- contributes to the future improvement of the socialist market economic system, helps to maintain a fair market competition order;
- contributes to the development of socialist market economic legal system;
- contributes to the achievement of scale of economy and enhancement of competitiveness by enterprises;
- contributes to the building of a socialist harmonious society
- Contributes to further compatibility with international market rules

#### **2. Uniform Application of Concentration Control Regulations to Foreign and Domestic Enterprises**

#### **3. Not to Affect China's Foreign Investment Policy**

## 4. Enhancing Transparency in Concentration Control Work

- Issued Guidelines on Antimonopoly Filings for M&As of Domestic Enterprises by Foreign Investors

Rules on filing parties, filing time requirement, filing documents, review period, pre-notification consultation, confidentiality, location for submitting filing documents, contact telephone number

- After AML formally becomes effective, relevant implementing regulations will be adopted

Thank you !

# China's Competition Legal System in Continuous Improvement

Yang Jie

Fair Trade Bureau of the State  
Administration for Industry and  
Commerce of PRC

February 21-22, 2008 Paris

## China's Competition Legal System in Continuous Improvement

- **I. Legislation Background and Main Contents of China's Antimonopoly Law**
- **II. SAIC's Functions, Supervision and Law Enforcement Concept, and Law Enforcement Mechanism and System**
- **III On Law Enforcement of Anti-Unfair Competition and Antimonopoly by the Departments of Administration for Industry and Commerce**
- **IV. Antimonopoly enforcement challenges in China**

# I. Legislation Background and Main Contents of China's Antimonopoly Law

## 1. Legislation Background of PRC's Antimonopoly Law

- In its building and perfecting a socialist market economic system, China has attached great importance to establishing and improving the market competition rules, and maintaining the market competition order.
- From 1994, entrusted by the National People's Congress, SAIC and relevant ministries and commissions have prioritized the investigation and drafting of the Antimonopoly Law.

## 1. Main Contents of PRC's Antimonopoly Law

- In early 2003, the drafting of the Antimonopoly Law of PRC (version for examination) was completed and submitted to the State Council in March 2004.
- In early 2005, SAIC, as a member of the Antimonopoly law examination and revision leading group and a member of the Antimonopoly law working group set up by the Legal Affairs Office of the State Council, earnestly coordinated with and assisted the office in completing the examination and revision of the Antimonopoly Law of PRC (version for examination).

## 1. Legislation Background of PRC's Antimonopoly Law

- In June 2006, the State Council submitted the Antimonopoly Law of PRC (draft) to NPC for review.
- During the NPC review period, SAIC actively assisted the legislators in the antimonopoly law-related work, and based on our experience of law enforcement practice and in light of the problems found in the law enforcement, earnestly put forward our opinions and suggestions.
- For a more than a decade, with the rapid development of China's economy and continuously improved socialist market economic system, the market competition mechanism has played an increasingly more important role, market competition conditions greatly changed, and many kinds of monopolistic acts occurred in economic life. The public concept and value-recognition about Antimonopoly Law tended to be mature and identical, suggesting that it was right time to issue the Antimonopoly Law.

## 1. Legislation Background of PRC's Antimonopoly Law

- The Antimonopoly Law of the People's Republic of China was adopted at the 29<sup>th</sup> session of the tenth NPC Standing Committee on August 30, 2007 and shall come into effect on August 1, 2008.
- The formulation and promulgation of the PRC's Antimonopoly Law are a key symbol of constant improvement of China's socialist economical system and socialist legal system with Chinese characteristics.



## 2. Main Contents of PRC's Antimonopoly Law

- PRC's Antimonopoly Law adopts the beneficial experience of international antimonopoly and sets root in China's own situation. PRC's Anti-monopoly Law has 57 articles in eight chapters and mainly includes.
- (1) Application scope of the Antimonopoly Law
- PRC's Antimonopoly Law is equally applicable to market operators or business operators. Any business operators, either State-owned or private ones, domestically funded or foreign-funded, shall all observe the provisions in the Antimonopoly Law in their economic activities.
- PRC's Antimonopoly Law is applicable to the monopolistic conducts within the territory of PRC and is also to those outside the territory of PRC that have the effect of eliminating or restricting the competition on China's domestic market. Therefore, it has extraterritorial effect.

## 2. Main Contents of PRC's Antimonopoly Law

- (2) On monopolistic agreement
- PRC's Antimonopoly Law provides the prohibitive regulations on both horizontal and vertical monopolistic agreements. It prohibits the industrial association to organize the business operators of the same industry to conclude monopolistic agreements, and according to China's actual conditions, stipulates the exemption conditions from monopolistic agreements.

## 2. Main Contents of PRC's Antimonopoly Law

- (3) On abusing the market dominant position
  - PRC's Antimonopoly Law does not oppose to business operators having market dominant position, but strictly prohibits the monopolistic conducts of eliminating or restricting competition that damage the consumers' benefits by abusing their market dominant position.
  - The Law exemplify the typical conducts of abusing market dominant position such as monopolistic pricing, predatory pricing, refusal of transaction, forced transaction, tie-in sale and differential treatment.
  - The the Antimonopoly Law defines the factors as criteria for judging whether a business operator has a market dominant position and the presumption system for market dominant position.

## 2. Main Contents of PRC's Antimonopoly Law

- (4) On business operators' concentration
  - PRC's Antimonopoly Law encourages business operators to make their enterprises bigger and stronger through lawful concentration, and meanwhile, regulates business operators' concentration conducts according to law. It stipulates that business operators shall declare in advance the concentration reaching the threshold of declaration prescribed by the State Council to the anti-monopoly law enforcement agency. Otherwise, they shall not implement the concentration.
  - Presently, the relevant agency under the State Council is working on the issues including the declaration standard for business operators' concentration.
  - The standard index for the declaration of business operators' concentration should be objective, clear, and measurable.
  - The specific declaration standard for business operators' concentration should be in conformity with China's present economic development stage and be rational and proper.

## 2. Main Contents of PRC's Antimonopoly Law

- (5) On eliminating and restricting competition by abuse of administrative power
  - Starting from China's reality, the Law sets a chapter specially for the provisions on prohibiting the acts of abusing administrative power by some administrative organs to eliminate or restrict competitions such as regional blockage in its economic system transformation process.
  - The Antimonopoly Law sets forth the provisions prohibiting the conducts of abusing administrative power to eliminate or restrict competition in the Antimonopoly Law definitely express China's determination to oppose to and stop the abuse of administrative power to eliminate or restrict competition and to firmly push forward the establishing of a nation-wide unified, fairly competitive, normalized and orderly market system..

## 2. Main Contents of PRC's Antimonopoly Law

- (6) Antimonopoly law enforcement agency
  - the setup of the antimonopoly law enforcement agencies in major countries has the following features: firstly, most of them are independent administrative law enforcement organs; secondly, most of them assume the integrated functions of antimonopoly, anti-unfair competition and protection of consumers' rights and interests, belonging to comprehensive market supervision department; thirdly, they are of high administrative ranking and highly professional; fourthly, they often set up law enforcement agencies on two levels, the central and local governments, and have a law enforcement network large enough to cover the whole nation.
  - By learning from international experience and in consideration of China's reality and farsightedness, PRC's Antimonopoly Law sets forth the mode as "the State Council's antimonopoly commission plus antimonopoly law enforcement agency".

## 2. Main Contents of PRC's Antimonopoly Law

- The State Council will set up the Antimonopoly Commission that is responsible for organizing, guiding and coordinating the antimonopoly work.
- The State Council is entitled to make the decision on the department assuming the responsibility of antimonopoly law enforcement.
- The State Council's antimonopoly law enforcement agency may, according to the work demand, authorize the correspondent organs of provincial, autonomous regional and municipalities' governments to take the responsibility of antimonopoly law enforcement.

## II. SAIC's Functions, Supervision and Law Enforcement Concept, and Law Enforcement Mechanism and System

- The State Administration for Industry and Commerce is a State Council's administrative law enforcement arm responsible for market supervision and administration. It plays an important functional role in market entry and market competitive conduct regulation, market transaction order normalization, and protection of consumer rights and interests.
- China will realize its one century's dream of successfully hosting the Olympic Games this year. We will also celebrate the 30th anniversary of our country's reform and opening. In 2008, SAIC will also usher in the 30th anniversary of its organizational system restoration.



## II. SAIC's Functions, Supervision and Law Enforcement Concept, and Law Enforcement Mechanism and System

- Basically set up the legal and regulation system suitable for the supervision and regulation of socialist market economy. A comparatively sound legal regulation system for the administration of industry and commerce has been formed, including laws and a large number of administrative regulations and rules, such as "the Company Law", "the Law of Anti-Unfair Competition", "the Antimonopoly Law", "the Law of Consumers' Rights and Interests Protection", "the Advertisement Law" and "the Trademark Law".

## II. SAIC's Functions, Supervision and Law Enforcement Concept, and Law Enforcement Mechanism and System

- Basically set up the system and mechanism suitable for socialist market economy supervision and regulation. The role of the administration for industry and commerce under the socialist market economic conditions has been gradually established, its administrative functions have realized a historical transform, basically establishing an administration system for industry and commerce that suits the demand of socialist market economic development .
- Basically set up industrial and commerce law enforcement forces that suit the supervision and regulation of socialist market economy. Through personnel education training and practical training, the overall quality of the forces has been remarkably improved. and has become important administrative law enforcement and service forces in maintaining the socialist market economic order and promoting the coordinative development of economic society.

## **II. SAIC's Functions, Supervision and Law Enforcement Concept, and Law Enforcement Mechanism and System**

- In line with the demand of entirely fulfilling scientific development conception, SAIC put forward a concept that integrates development, overall services, consumer rights, and administration by rule of law, aims to institutionalize, standardize, procedurize, adopt law-based principles in, innovate industrial and commercial administration mechanisms, improve law enforcement efficiency, service performance and rule of law in administrative work, maintain market order and consumer safety, facilitate good, rapid social and economic development, build high-caliber law enforcement teams, and make new contribution to building a well-off society.

## **III On Law Enforcement of Anti-Unfair Competition and Antimonopoly by the Departments of Administration for Industry and Commerce**

- China's anti-unfair competition and antimonopoly law enforcement started in 1993 from the implementation of the Law of Anti-unfair Competition.
- This Law is a combined one including the prohibition of both unfair competitive conducts and some conducts of competition restriction.
- Investigating and punishing illegal conducts of monopoly and unfair competition according to law and to the State Council's authorization are an important function of the departments of administration for industry and commerce.

### **III On Law Enforcement of Anti-Unfair Competition and Antimonopoly by the Departments of Administration for Industry and Commerce**

- Set up special law enforcement agencies to enhance the competition law enforcement. SAIC established its Fair Trade Bureau in 1994, one of whose main responsibilities is to organize the supervision and inspection of market behaviors, and to investigate and handle monopolistic and unfair competition cases. China's provincial, municipal and county's administrations for industry and commerce have all set up their respective fair trade law enforcement agencies. As a result, the department of administration for industry and commerce has formed a nation-wide anti-monopoly and anti-unfair competition law enforcement network.

### **III On Law Enforcement of Anti-Unfair Competition and Antimonopoly by the Departments of Administration for Industry and Commerce**

- 2. Handled a large number of cases involving unfair competition and competition restriction. From December 1993 when the Anti-Unfair Competition Law came into effect to September 2007, China's departments of administration for industry and commerce investigated and punished altogether 353,900 cases of unfair competition and competition restriction of various types.
- For antimonopoly law enforcement, from 1999 to 2007, SAIC carried out a nation-wide special antimonopoly law enforcement campaign for consecutive nine years.
- According to statistics, from 1994 to September 2007, the departments of administration for industry and commerce at all levels investigated and punished altogether 6,699 industrial monopoly cases involving enterprises of such monopolistic industries as water supply, electric power supply, gas supply, post, telecommunication, transport, insurance, banking, petroleum, petro-chemistry, tobacco and salts.

### III On Law Enforcement of Anti-Unfair Competition and Antimonopoly by the Departments of Administration for Industry and Commerce

- Stopped, investigated and punished 506 cases involving eliminating or restricting competition such as local protection and regional blockage.
- The departments of administration for industry and commerce in some provinces and municipalities, according to their local regulations for anti-unfair competition, investigated and punished competition restriction acts such as dividing market and fixing price through cartels agreements.
- Attached great importance to other economic monopolistic acts and carried out relevant case investigation.

### III On Law Enforcement of Anti-Unfair Competition and Antimonopoly by the Departments of Administration for Industry and Commerce

- Carried out the antimonopoly examination in enterprise merger and acquisition.
- According to the “Interim Provisions on Merger and Acquisition of Domestic Enterprise by Foreign Investors” jointly issued by four ministries and commissions under the State Council, SAIC and the Ministry of Commerce decided jointly to implement the reporting and filing system for the merger and acquisition of domestic enterprises by foreign investors or the merger and acquisition of overseas enterprises that may affect China’s market competition.
- SAIC worked out the List of Materials Needed to Be Submitted for Antimonopoly Examination of Foreign Investor’s Merger and Acquisition to standardize the reporting of corporate materials. From 2004 to 2007, we received altogether 378 enterprises’ reporting materials for merger and acquisition examination.



## IV. Antimonopoly enforcement challenges in China

- The issuance and implementation of Antimonopoly Law is a new starting point for antimonopoly enforcement in China. The enforcement challenges faced by enforcement authorities entail the following: intensifying consciousness of government, operators and consumers in the harmfulness of monopolistic behavior; raising awareness of the whole society on competition law; implementing the Antimonopoly Law in a fair, transparent and effective way; promoting sound economic development and protecting consumer interests by antimonopoly enforcement.

## IV. Antimonopoly enforcement challenges in China

- we shall give priority to the preparation of antimonopoly enforcement in the following aspects:
  - 1.Enhancing the advocacy of the Law.
  - 2.Speeding up research and formulation of auxiliary rules and regulations for Antimonopoly Law.
  - 3.Strengthening the training of the enforcement staff.
  - 4.Strengthening international exchange and cooperation.
-

Thank you for your  
attention!

## **SESSION III**

### ***THE ROLE OF CONSUMERS IN PROMOTING PRO-COMPETITIVE REFORMS***





## NOTE BY THE SECRETARIAT

## THE ROLE OF CONSUMERS IN PROMOTING PRO-COMPETITIVE REFORMS

1. Consumer welfare is a principal goal of modern competition policy. Hence, consumer interests should be a central concern in reform to improve efficiency and competitiveness. Competition policy motivated by the goal of consumer welfare can help overcome obstacles to reform, particularly when effective advocacy rests on broad consumer support.

2. Despite the prospect that structural reform will produce stronger growth and higher employment, it has proven hard to achieve and progress has been uneven. Many of the difficulties of reform can be explained in terms of the imbalance of perceived costs and benefits from change. It is difficult to overcome resistance to change from interests that profit from the status quo, and it is also difficult to assemble and motivate a consensus in the electorate to back reform, even though the public would benefit from it. Principles of “political economy” predict that consumers will be less likely than other interests to organise themselves to influence the policy process. Consumers thus need to get better organised, and representatives of consumer interests should be empowered to be more effective.

3. But not all difficulties of reform can be explained simply as conflicts over competing interests. Difficult choices between competing values can also slow the process. Even a well-informed public may not agree that it would benefit from reform. A preference for security and stability, or a claim that fairness is more important than efficiency, can argue against proposals to change the status quo. Many consumers may believe that regulations which some propose to reform are protections that should be preserved intact. Advocacy for reform may involve educating consumers about where their interest lies while understanding the importance of protecting their other values, perhaps by devising ways to do so more efficiently.

4. In different economic settings, the general advice to motivate reform in terms of consumer interests and values will take different forms, because those interests and values may differ. Notably, consumers in developing countries may tend to have different priorities than most consumers in developed countries.

5. This paper will survey reports of experience and advice about the process and strategy of reform, setting them in the context of current ideas about political economy. The paper will then examine consumer interests in the process and outcome of reform, including reasons for resistance and scepticism, and outline how advocacy of consumer interests can affect the balance of political costs and benefits.

### **1. Lessons from experience about the course of reform**

6. Some principles that explain what motivates buyers and sellers in economic markets can help to explain the interplay of interests in “markets” for regulation and reform. Reform can change the distribution of benefits and costs. The changes imply political costs and political benefits to the key decision-makers who can advance or block reform. Implementing reform successfully thus requires adjusting the timing and magnitude of these costs and benefits, to the decision-makers and to their constituents, so that at the critical decision points the balance of expected benefits and costs – political as well as economic – supports change. Consumer impact should be a factor in determining what counts as a political cost or benefit. Decision-makers who ultimately report to the electorate should be sensitive to how

changes affect consumers. If a larger number of voters become persuaded that they benefit from reform, elected officials will find it is in their interest to deliver it.

7. The scope for reform is broad – it is not limited to “regulatory reform” of utility services. Most aspects of structural reform can have direct or indirect effects on consumers’ values and interests. These typically include liberalising trade and investment, opening financial markets and removing or revising inefficient regulation in product markets. Consumers are directly interested in how these changes affect service, choices and prices in the marketplace. Reform of labour market regulation will affect consumers indirectly, in the marketplace, and directly in their roles as workers.

8. Regulations and policies that are not specific to particular markets strongly affect whether market reforms can work. These include not only social safety-net protections, but also the laws and institutions that support confidence in market processes. In developing countries, improving these foundation institutions is likely to be a high priority for reform. Where framework institutions supporting market exchange are weak, reform prescriptions that amount only to admonitions to have faith in market outcomes could fail, while making governance even weaker than it was.

9. The usual sequence of major reforms follows a logic of competition policy. Many surveys of reform experiences, issued by the OECD (OECD, 2007), the IMF (IMF, 2004) the Australian Productivity Commission (Banks, 2005) and the Brookings Institution (Landy, 2007), report broadly similar findings about this sequence. The first step is usually lowering barriers to international trade and foreign investment and removing restraints on financial markets. These changes create opportunities and openings for stronger competition. Australia, for example, found that opening the borders to trade and investment in order to introduce a source of competition led to demands for more flexibility, to meet that competition by improving productivity.

10. The next stage is typically to reform regulation of product markets in order to improve efficiency in the new, more competitively challenging environment. Product market reform has gone farthest in sectors where the economic argument for controlling price and entry has been weakest, or where technological development has undermined traditional justifications for regulation. These factors explain why, in infrastructure services, reform of airline services, road freight and telecommunications has been more successful, while reform has been slower in product markets such as electric power and railways where the economic argument is more complex. In product market reform, the consumer interest is direct and obvious. More competition in markets should encourage higher output, greater choice and lower prices. The nature of that interest may vary. In particular, consumers in developing countries may be particularly interested in establishing and developing the network.

11. Labour market reform, which is typically most difficult, may become easier after product market reform. Competition policy helps explain why this may be so. If stronger competition reduces market power, there is less rent available to be claimed through protective arrangements. And if a more competitive market creates more opportunities for efficient firms to enter and expand, that could translate into more opportunities for employment, reducing the incentive to demand inefficiently strong protection for current jobs. But product market reforms in sectors that remain heavily regulated may become even harder as other sectors are liberalised, and the difficulty is due mainly to labour market issues there. (OECD, 2007)

12. Reform often follows crisis. A perception of crisis or a concern about relative standing or change in historic trend can also spur change and destabilise the conventional wisdom upholding the status quo. Similarly, large-scale technological change also facilitates reform by eliminating barriers and reconfiguring coalitions of interest groups. The connection between crisis and reform seems particularly strong with respect to the reform of product market regulation to eliminate obvious constraints on competition. By

contrast, in times of crisis, labour market reform would normally be harder, because people who feel threatened could not be persuaded to give up what they believe are protections. If the crisis speeds product market reform, the consumer benefits could ease the way for labour market reform.

13. Compensation will be necessary to overcome pockets of opposition. Reform inevitably creates some risk of leaving someone worse off than before, at least in the short run. The idea that there could be a change that left no one worse off, so there would be no losers to compensate, is a theoretical illusion; at least, if it were possible little effort would be needed to make it happen. (Calabresi, 1991) Experience counsels providing for compensation through broad-based programs and social safety nets, rather than by distorting the details of a market reform. (Landy, 2007) Thus in Australia, sensitive sectors or regions that were considered unusually likely to resist changes received adjustment help. It may be important to call attention to the protection, though, particularly if the regulation that is being reformed had provided similar protections, implicitly or explicitly. If the cushion or compensation is not linked to the reform, the evident absence of protection could undermine support for change.

14. Synergies and sequencing among policies can reduce the need to promise compensation in order to overcome resistance. Where the scope of reform is broad and the pace and plan are deliberate, individuals and businesses will have a clearer idea of the potential benefits and risks, and it may be easier to persuade them that the benefits will be greater. Phasing changes, so at least some of the benefits are clearly in place before the costs fall, could facilitate the process. Product market reforms can be mutually reinforcing, if demonstrated benefits from one reform makes the next one easier to adopt.

15. Macroeconomic policies to keep aggregate demand close to potential output may facilitate reform by reducing grounds for fear about the effects of structural change. Early fiscal reform can help support flexibility. Fiscal discipline can maintain confidence and room to manoeuvre, and it can generate funds that can be used, in effect, to compensate those who are adversely affected by change. Outside expertise and international experience can bolster the case for reform. Membership in a trading union or commitments under the terms of loans or assistance may entail obligations to reform regulations. Comparisons with others provide benchmarks and challenges for improvement. (OECD, 2007)

16. Opposition to reform is typically grounded on concerns, and sometimes on misconceptions, about the costs and benefits and about the trade-offs among objectives. Overcoming opposition requires political leadership, transparency and effective pedagogy. Clear understanding among stakeholders of the problems and of the solutions – including their costs as well as their benefits – is necessary, both to launch reform and to maintain momentum through the phase when costs may loom larger than benefits. Strategies for reform must deal with the familiar reasons, based on the balance of costs and benefits, why decision-makers might resist change. Some of the reasons are set out in (OECD, 2007):

- Uncertainty about outcomes: The costs of change may be clear, but the benefits, even if supposedly larger, are vague.
- Political risk from timing: The costs of change may come before the next election, but the benefits will come after.
- Interest group reactions: Interest groups will organise to lobby against changes that increase concentrated costs more readily than consumers will organise to capture diffused benefits.



Similarly, a small group or an industry has stronger incentives to influence policy in order to capture rents from a large, disorganised group such as consumers.<sup>1</sup>

### **Box 1. Political obstacles to reform**

A similar list of lessons from the “political economy” of reform has been distilled from Australia’s experience with a wide ranging program of structural reform:

1. The costs of reform are concentrated on particular groups, whereas the benefits are more diffuse.
2. The potential winners from reform tend to be (rationally) poorly informed about the tradeoffs.
3. Bureaucratic structures are typically aligned with particular sections of the economy or community.
4. The costs of reform tend to be front-loaded, whereas the benefits arise over time.
5. Multiple jurisdictions increase the difficulty of achieving nationally consistent approaches.

*Source* : Australian Productivity Commission (Banks, 2005)

## **2. Consumer interests and objections**

17. Increasing competition should benefit consumers by expanding choices and reducing prices. Thus the goal of much of economic regulatory reform, to encourage competition, is one that consumers would share in principle. In practical fact, though, benefits to individual consumers may look small or uncertain. Documentation of actual experiences of large and visible consumer benefits from reforms, in the form of more choice, better service or lower price, can show that the promised benefits will be worth the trouble.

---

<sup>1</sup> Political-economy insights may reject, but then revive, the notion that regulation is in the public interest. Critics have observed that despite the traditional justification for regulation, namely to correct market failures, what regulators often do is to make market failures worse. To explain this perverse outcome in terms of the economic and political costs and benefits to industries, consumers and public officials, these critics concluded that regulators are captured by the interests they regulate. Industries want regulation that will permit them to make monopoly profits, and compact, well-organized groups will organise to achieve this result in the political marketplace, more effectively than consumers can organise to resist it. A more sophisticated economic insight predicts that a coalition supporting the regulatory system will also include at least some consumers. If the decision-maker is trying to locate the point where the political benefit from taking a step that favours one set of interests just balances its political cost with respect to another set of interests, then rents might end up being shared among different interest groups. Policy will tend to offset changes in this distribution arising from shifts in demand or cost conditions. A consumer interest often appears in the price structure, cross-subsidizing high-cost consumers from rents generated by prices to other groups. But if the political benefit from regulation arises from distributing wealth, then the regulatory process will be sensitive to deadweight losses. Even those who benefit from the regulatory deal might support reforms to cure some market failures, in order to increase the total wealth available for the deal to distribute. At least, neither winners nor losers could rationally oppose reforms that reduced the deadweight loss. With this insight, analysis of the policy process in terms of self-interested motivations acknowledges a public-interest justification for regulation. (Peltzman, 1989)

**Box 2. Consumer benefits of pro-competitive product market reform**

Some of the dramatic changes that have followed from eliminating constraints on price and entry in key sectors were highlighted in the OECD's 1997 Report on Regulatory Reform:

**Airlines:** Permitting free entry and rate competition reduced airline fares by 25 percent in the United Kingdom, by 33 percent in the United States, and by 50 percent in Spain in the first year after licensed charter airlines were permitted to offer scheduled service.

**Road transport:** Permitting rate competition and free entry into road freight service lowered average rate levels by about 20 percent while increasing flexibility and improving productivity, without impairing safety or service to rural areas: this experience is reported wherever these deregulatory steps have been taken, in Europe, Asia, and North America.

**Financial services:** After ending price-fixing and introducing competition in securities trading, average commissions in the United Kingdom dropped to one-third of the pre-reform level.

**Telecommunications:** Reform has led everywhere to new services and intense competition for them.

**Taxicabs:** Opening the taxi industry to free entry and price competition in Sweden led to a 30 percent increase in the number of taxis in two years, while prices for most customers stabilized at pre-reform levels and prices for passengers receiving subsidy assistance actually declined. And service to rural areas was maintained.

**Professional services:** Eliminating the lawyers' monopoly on conveyancing and the barristers' monopoly on courtroom appearances, while permitting lawyers to advertise, was estimated to produce a 12 percent drop in the cost of legal services in Australia.

**Health care:** Where eye care professionals are free from regulatory prohibitions against advertising and other normal commercial practices, average prices are 25 percent lower—and the quality of care is the same as in the more highly regulated, higher-priced jurisdictions.

Source: OECD (1997)

18. Consumers may doubt whether reducing regulation is consistent with consumer protections. Regulation may seek to correct market failures due to asymmetric or incomplete information, external effects and public goods. Whether a regulation deals with these risks effectively requires a cost-benefit assessment of the regulation and of alternatives to it. If reasons such as these supported establishing the regulation, and those underlying conditions are still a matter of concern, then proponents of reform will need to persuade consumers that reform would still deal with those concerns adequately.

19. Reluctance to back reform may contain an element of sceptical conservatism. Consumers may accept the public-interest justification for regulation, and they may suspect that those who call for reform have other agendas, which are inconsistent with the public interest. Among those who lobbied hardest for reform of California's electric power system were traders who anticipated profiting from defects in the reform plan: "By cloaking their preferred policies in the free market rhetoric of hired experts, these rent seekers promoted inefficient market design that maximized their capture of transaction cost profits." (Landy, 2007, p. 11) Consumers may thus want to know more about the motivations of the tribunes who claim to speak on their behalf. Conflicting interests between different classes of consumers may also complicate reform. For example, extending utility service outside of developed areas may require a large investment, but those who are already served may object to paying higher rates to pay for expanding the

network to serve the less well-off. They might even employ the rhetoric of pro-competitive reform to justify keeping their own rates lower. The conflict could be compounded if the class of well-off consumers who object is ethnically distinct from a poorer majority who want better service. (Chua, 2003)

20. Individuals may resist a reform that would benefit them as consumers if it could impose costs on them as employees. They might be persuaded to support changes if benefits from one outweighed the risk of loss from the other. Thus labour reform usually does not happen until after the prospect of consumer benefits from other reform is clear. Where effects are mixed and to some extent uncertain, so that not all individuals know for sure where they would stand post-reform, it can be completely rational for a majority of the public to reject a change that would improve welfare overall. (Fernandez, 1991) One way to overcome this hurdle would be to identify more clearly those who will gain from the change, to reduce the uncertainty and thus encourage them to support it. And there may be other reasons why individuals might not support changes that would make them better off. For some, relative position matters. Some who might do better under reform, but not as much better as others with whom they compare themselves, might not think the change is worth making. A “status quo bias” might also follow from the observation that individuals often place an unrealistically high value on what they already have. (Kahneman, 1991) Proponents of reform would thus need to show that the net benefit of change is large and clear.

21. Costs of information and organisation explain some consumer apathy. The *per capita* benefits from better regulation could be so small that it would be irrational for any individual consumer to pay attention to them. By contrast, the impact of regulation on parties being regulated is typically unmistakable, so those parties are more likely to take the trouble to try to influence the process.

### **Box 3. Interest groups and reform strategies**

Different distributions of costs and benefits lead to different strategies for interest group organization, and hence to different roles for competition and consumer policies in reform.

- If both benefits and costs are spread widely, the net effect may be unclear and there is little incentive for groups to organise over them. Competition laws are the kinds of broad, general reforms that emerge from the long, open debate that is needed to develop a consensus in these settings.
- If both benefits and costs are concentrated on identifiable groups, these interest groups are likely to organise, to lobby the government and to negotiate with each other. Regulation may incorporate the deal that these groups reach, and competition policy may object to deals that amount to anticompetitive exclusion or collusion.
- If benefits are concentrated, but costs are dispersed, the beneficiaries have a stronger incentive to influence the political process to be sure they obtain those benefits, but those who pay the costs may not even notice them individually. The benefit may be rent from market power, and thus laws and regulations that protect these rents are a common object of regulatory reform.
- If costs are concentrated, but benefits are dispersed, the groups who bear the costs will organise to avoid paying them or to shift them to the public. Change in this situation may require intervention by policy entrepreneurs promoting the consumer benefit from reform and publicizing how the public is bearing the costs. Competition agencies have often taken this role, calling attention to the social costs of regulation and the potential consumer benefits from reform.

Source: Wilson, 1980

### **3. Organising and motivating the consumer interest to support reform**

22. If consumers might not find it cost-effective to organise themselves to claim the potential benefits of reform, governments or others may set up organisations to play this role for them. Individuals, activists or politicians, may also act as policy entrepreneurs, claiming to influence the balance of political costs or benefits that would follow from how reform affects the interests of consumers. Groups that are organised for other purposes may also claim the consumer interest. For example, labour organisations often take part in debates about consumer protection measures. But labour groups may find it difficult to articulate consistent positions about reform proposals with potentially contradictory implications for their members.

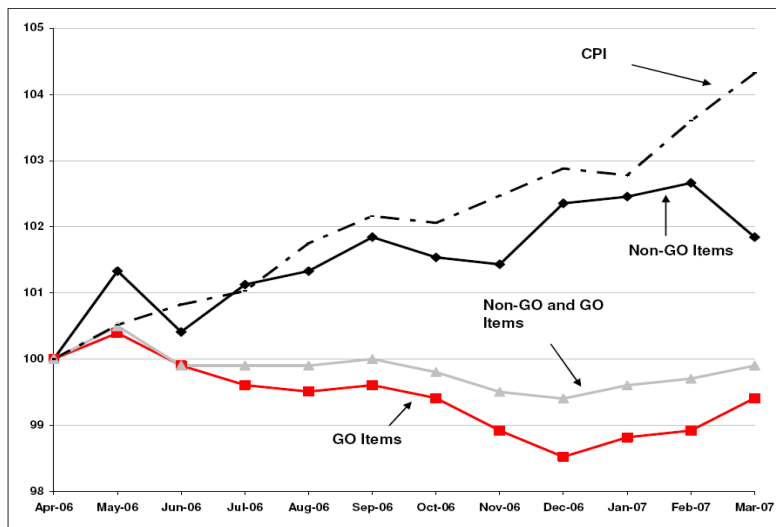
23. To improve consumer welfare where consumers themselves are rationally unaware of their own interests, competition enforcement can take action on consumers' behalf, promoting changes that will produce large-scale, though diffused, benefits to them, for which supporters of reform can later claim some political credit. Enforcement can demonstrate likely benefits while stigmatizing rent-seeking interests, challenging them to justify resistance to change. Competition advocacy, in an entrepreneurial role, can educate consumers about the effects and motivate them to support change, providing an alternative to formal organisation as an avenue of political influence. Advocacy and enforcement can call attention to issues and motivate coalition-building and public support in the conditions where theory predicts that opponents of reform would successfully organise to defeat reform. Enforcement action can shift the burden of persuasion in the policy debate, by putting rent-seeking industries on the defensive. But direct enforcement is not always an option. Where an anticompetitive restraint follows directly from government action, advocacy may be the only way to contribute to removing it.

24. A key fact, presented clearly when the public is ready for the message it conveys, can be decisive. An experience from the United States illustrates how a pro-reform consensus can form around basic concepts and obvious consumer benefits. In the economic conditions of the mid-1970s, with low growth and high inflation, the public was open to persuasion to change. Arguments about economic regulation could be reduced, convincingly, to the simple point that prices were too high, and restrictive regulation was one of the reasons. (Noll, 1989) An illustration from the airline industry made the point irrefutable: rates for flights between different states, which were subject to federal regulation controlling rates and service, were much higher than rates for comparable flights that occurred entirely within a single large state, such as California, and hence were not regulated. Thus the first major reform project was liberalization of airline service and abolition of the sector's economic regulatory agency.

**Box 4. Demonstrating consumer benefits effectively: Ireland's Groceries Order**

In 2006, the government of Ireland terminated the Groceries Order, a regulation that had prevented retail price-cutting and controlled other marketing practices. The Irish Competition Authority had been calling for this reform for years, pointing out how the Groceries Order harmed consumers by keeping prices too high. Industry had resisted, claiming that it protected small business. After it was repealed, industry representatives claimed that rising prices showed that the Order was still needed to keep prices in check. The Competition Authority examined the marketplace in more detail, comparing changes in prices for products that had previously been subject to the Groceries Order to changes in prices for other products. The Competition Authority produced a chart to show the public clearly how ending the Groceries Order led to lower prices for the consumer products that had been subject to it:

**Grocery Price Inflation since April 2006 (April 2006=100)**



Source: Irish Competition Authority

25. Uncertainty about the nature and magnitude of benefits and costs would contribute to reluctance to change. Advocacy that demonstrates the effects of similar changes in other markets or jurisdictions can reduce those uncertainties. Sector-level case studies about industry conditions and the effects of reforms are produced regularly by many competition agencies, which use them in this kind of educational advocacy.

**Table 1. Recent Studies by Competition Agencies of Market Conditions and Impact of Reforms**

Country	Market
Australia	Payment card interchange
Australia	Postal services
France	Retail consumer products
Ireland	Grocery retailing and wholesaling
Japan	Civil engineering
Japan	Procurement
Netherlands	Debit card network
Norway	Airlines
Norway	Book retailing
Norway	Cement
Norway	Electric power
Norway	Grocery retailing
Norway	Pharmaceutical wholesaling and retailing
Norway	Radio broadcasting
Norway	Telecoms
United Kingdom	New car warranties and repairs
United Kingdom	Real estate
United Kingdom	Pharmaceutical price regulation
United Kingdom	Pharmacy market
United Kingdom	Taxi market
United States	Rent-to-own (consumer protection)
United States	Tobacco products
United States	Trucking

26. An agency that has both consumer protection and competition responsibilities has a unique advantage in promoting reform. It can credibly contend that its advice to promote competition is consistent with protecting consumers. Experience confirms the value of this connection. An IMF study of conditions affecting the success of broad-based reforms found that reforms began sooner and proceeded farther in Australia, Canada, New Zealand, the United Kingdom and the United States (IMF, 2004). In each of these countries, there is an agency that combines responsibilities for competition with enforcement of rules to protect consumers against unfair practices in the marketplace.

27. Advocacy, like reform, can be a long-term process, and it is hard to determine how it affects the result. An outcome that is less successful than the advocate would have preferred might nonetheless be better than it would have been without the advocate's effort. In a complex, drawn-out process, there usually many other issues at stake and many other participants, making it practically impossible to isolate the effect of any one of them, or to know when the most important contributions were made. A presentation that may seem unsuccessful in the short run may prove to have contributed to a long-term paradigm change of thinking within the industry or regulatory body. Advocacy that builds foundations and

coalitions is cost-effective even if it does not show immediate payoff in the enactment or rejection of a particular proposal.

**Box 5. Italy's *Bersani* reforms: The long-term payoff from advocacy effort**

Nearly 400 sector studies and advocacy filings by the Italian Competition Authority, over a period of 15 years, laid the foundation for the wide-ranging *Bersani* reforms of 2006 and 2007. The reforms mirror recommendations from the Authority's repeated findings about issues arising from sector regulation.

**Professional services:** Rules setting minimum fees and banning advertising are repealed, and controls on multi-disciplinary practices are relaxed. In 1997, a sector inquiry by the Competition Authority called attention to these constraints, and in 2005 the latest in a series of advocacy reports on liberalisation of professional services analysed potential measures in detail.

**Retail distribution:** Limits on promotional sales are dropped, and approval of new store locations should not impose requirements about minimum distance from others or range of products supplied. These steps bolster a 1998 reform that made it easier for small shops to open up. In 1993, one of the Competition Authority's first reports, in response to a specific instruction in the then-new Competition Act, was about issues in retail distribution. Later advocacy reports backed up the 1998 reforms and called attention to how regional governments were implementing those reforms.

**Bakeries:** Bakeries no longer need special authorisation to relocate, and they may sell other food products for immediate consumption. In 2002, an advocacy filing by the Authority called for such reforms.

**Pharmaceutical products:** Pharmacies no longer have a monopoly on selling "over the counter" products, retailers may discount the prices of those products, and a wholesale distributor may now run a pharmacy. In 1997, a sector inquiry by the Competition Authority questioned restraints on pricing and on entry by wholesalers, and more recent advocacy filings dealt with other aspects of these regulations.

**Taxicabs:** Limits on the number of taxi licences are lifted, and other aspects of regulation by municipalities are made more flexible, to promote new entry. In 1995, the Competition Authority issued an advocacy filing about competition problems in this sector, and it returned to the topic with a filing in 2004.

**Insurance:** Exclusive distribution arrangements and mandatory minimum prices are prohibited. In 2003, a sector inquiry by the Competition Authority showed that exclusive contracts raised entry barriers.

28. Participation in debate about regulation and reform involves costs, in resources and in political capital, that must be weighed against the benefits of the reform outcome. Demonstrable consumer benefit is obviously a critical element in setting priorities. To emphasise the legitimate policy foundation of their actions and the link between regulatory issues and their usual enforcement work, agencies should concentrate their advocacy resources on settings where consumer benefits and effects are strongest and most clearly demonstrable.

29. Effectiveness may depend on support from other participants. Because the cost to the agency in political capital can be great, it should consider carefully whether to participate in settings where no support from other parties can be expected. To increase effectiveness and help prevent damaging political counterattacks, the agency should make use of support from those with other policy interests. That is, it should be aware of, and capitalise on, linkages with other policies and institutions. Where possible, it should consider working with media, interest groups, and advocates in other forums to achieve reform goals.

30. This process entails a risk, because appearing to form alliances to achieve reform outcomes could compromise the independent stance necessary for enforcement. And identifying allies is not always straightforward. Industry parties may change their positions, as those who oppose reform may reverse themselves later when it appears they may benefit from it. Allies on some issues may become adversaries on others. Where reform is progressing one industry at a time, allies for further reform may be found in the previously-reformed sectors. Ultimately, though, it is probably most important for the agency to find allies elsewhere in the government decision-making process. A strong consumer protection body would be a key ally.

#### **4. Concluding observations about reform strategies**

31. A practical way to frame the “political economy” problem is to ask how a government can reform and still win an election. Leaders can promote reform over the resistance of better-organised beneficiaries of rents and privileges if the voting public believes strongly enough that they will benefit. Showing how reform benefits citizens as consumers, not just in theory but in fact, can thus be critical to success, for the class of citizen-consumers, which includes everyone, is larger than any other. The consumer perspective can also be a useful check: if it is hard to show how a proposed reform benefits citizens as consumers, the supposed reform may be ill-advised. The competition policy community is familiar with this perspective on the political economy problem, since the goal of competition policy is to promote the interest of the public as consumers rather than to protect the positions of producers and competitors.

32. Demonstrations and arguments that credibly reduce uncertainty about the magnitude, timing and assignment of the benefits and of the costs of reform are vital to success. Obtaining broad support for reform depends on assuring the public that “reform” is not a euphemism for eliminating protection against injury and monopoly. The conception of consumer welfare resulting from open, competitive markets supplies a clear, coherent principle motivating reform. Concentrated interests can always hire lobbyists and experts to explain why their industry should be exempt from market discipline. A competition authority, expert in market matters generally and acting as lobbyist for the public interest, can counter unfounded claims for industry-favouring regulation, alerting consumers to their interests in opposing measures that lead to higher prices and less choice. Where a single agency has both consumer protection and competition responsibilities, it can make these points even more persuasively.

33. Support from representatives of civil society can make a great contribution to getting reform started and to completing it successfully. To be effective, these representatives need access to the process and enough resources to participate effectively.

34. The frequent topics of competition and consumer advocacy, namely lowering barriers to trade and removing constraints in product markets, are typically the ones that launch the reform process and facilitate further, more difficult reforms. To overcome objections from special interests and scepticism from likely beneficiaries, effective advocacy should combine a clear message, based on facts as well as theories, with honest acknowledgement of the costs as well as the benefits. Key, compelling facts illustrating the likely effects of reform may be developed from the records compiled in cases applying competition law to similar problems, or they may be taken from reports of experience with similar reforms in other sectors or jurisdictions.



## BIBLIOGRAPHY

- Banks, Gary (2005), "Structural reform Australian-style: lessons for others?", Australia Productivity Commission. <http://www.pc.gov.au/speeches/cs20050601>
- Calabresi, Guido (1991), "The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further," *Yale Law Journal*, vol. 100, p. 1211.
- Chua, Amy (2003). "Making the World Safe for Markets," *Harvard Business Review*, August 2003, pp. 14-16
- Cooper, James C., Paul A. Pautler and Todd J. Zywicki (2005), "Theory and Practice of Competition Advocacy at the FTC", *Antitrust Law Journal*, vol. 72, pp. 1091-1112.
- Duval, R. and J. Elmeskov (2005), "The Effects of EMU on Structural reform in Labour and Product Markets", *OECD Economics Department Working Papers*, No. 438
- Fernandez, R. and D. Rodrik (1991), "Resistance to Reform: Status-Quo Bias in the Presence of Individual-Specific Uncertainty", *American Economic Review*, No. 81, pp. 1146-1155.
- Høj, Jens, V. Galasso, G. Nicoletti and T. Dang (2006), *The Political Economy of Structural Reform: Empirical Evidence from OECD Countries*, Economics Department Working Papers No. 501, OECD, Paris.
- IMF (2004), *Fostering Structural Reforms in Industrial Countries*, *World Economic Outlook*.
- Kahneman, Daniel, Jack L. Knetsch, Richard H. Thaler (1991), "The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, no. 1, pp. 193-206.
- Landy, Mark, M. Levin and M. Shapiro (2006), *Creating Competitive Markets: The Politics of Regulatory Reform*, Brookings, Washington D.C.
- Noll, Roger (1989), comment on Peltzman (1989), *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, vol. 1989, pp. 48-58.
- OECD (2007), *Economic Policy Reforms: Going for Growth 2007*, OECD, Paris.
- OECD (1997), *OECD Report on Regulatory Reform*, Vol. II: Thematic Studies, OECD, Paris.
- Olson, M. (1965), *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, Cambridge, MA.
- Peltzman, Sam (1989), "The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation", *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, vol. 1989, pp. 1-41.
- Wilson, James Q. (1980), "The Politics of Regulation", in Wilson, J., ed., *The Politics of Regulation*.





**CONTRIBUTION BY SAMUEL OCHIENG**

**-- CONSUMERS INTERNATIONAL --**

## THE POLITICS OF REFORM: CONSUMERS AND COMPETITION

-- by Mr. Samuel Ochieng --<sup>(\*)</sup>

### 1. Introduction

1. Consumers International (CI) is the global federation of consumer organisations, with over 220 member organisations in 115 countries. We were set up in 1960 by national consumer groups, and have focused on building a consumer movement and consumer protection around the world as well as campaigning for consumer interests. Together our organisations have a substantial membership, with over 12 million individual subscribers worldwide.

2. On competition issues, CI's activities have taken place at several levels. Our members have often intervened at national level in particular product sectors, ranging from recent successes with music downloads and sportswear in the UK to telephony worldwide. In the same vein, last year CI completed a two-year project to build the capacity of 14 consumer organisations in Europe. The detailed conclusions and findings from this study are available from CI and I will also refer to some of them later today.

### 2. Competition, reform and the experience of consumer organisations

3. It is encouraging to see that, gradually, consumer organisations are being recognised as having standing in competition policy. For example, in many EU Member States (for example, Cyprus, Czech Republic, Denmark, France, Italy, Lithuania, The Netherlands, Spain and the UK) the relationship between consumer organisations and the competition authority is institutionalised.

4. They are not all institutionalised in the same way. For example, in the Czech Republic a memorandum of understanding between the competition authority and the consumer organisation is used, in Denmark and France the consumer organisations participate in the council/advisory board of the competition authority, the Dutch consumer organisation participates in regular meetings with their competition authority, and in Spain formal consultations occur between the competition authority and a recognised consumer organisation. Other approaches are the appointment of a national consumer liaison officer (Netherlands, Italy); and the right to submit expert testimonies (France) and reports (Italy and Malta). So approaches vary, the trend is becoming evident, but CI believes that this needs to develop more widely and faster, globally.

5. In relation to developing countries the pre-occupation of our members regarding competition and reform is often closely related to the infrastructure sectors. For this reason I will briefly outline the main issues our members have identified in this area.

---

<sup>(\*)</sup> President, Consumers International

### 3. Competition policy and reform in developing countries with reference to infrastructure services

6. From our extensive work the following two main trends has emerged (further details are provided in Annex 1 to this paper):

- Public monopolies have had perverse effects where they suppress local initiatives, or alternative informal providers, or even technological improvements. They have frequently been characterised by excessive connection charges which have excluded the poor (e.g. electricity in India and Uganda, telecoms in the Former Soviet Union). Where public services infrastructure, i.e. pipes and wires, do not reach the poor, but alternative services are illegal, then black markets are created. Illegal unregulated services are usually more expensive, often of poor quality and unsafe, and yet millions of consumers rely upon them. For example, about half a million people in Kibera (Nairobi) alone rely on unofficial water vendors. Price surveys by my own organisation, Consumers Information Network (CIN) in Karagocho, Nairobi have demonstrated how the poor pay more.

*But:*

- Badly regulated private monopolies are not an acceptable alternative. Our experience is that many attempts to introduce private monopolies have worked badly (eg water in Manila, Dar-es-Salaam and Buenos Aires) or the private sector has shown very limited interest in investing (eg electricity in Sub-Saharan Africa).

Natural monopolies need regulation; that is widely accepted. But in much of Africa and other developing regions, infrastructure services may not be natural monopolies in the sense that observers from developed countries understand. This is because networks of pipes and wires are incomplete and consumers are served by large numbers of small providers. For example, in Kenya, 21 per cent of total electrification is provided by small scale providers (SSPs). Meanwhile, it has been argued [Antonio Eustache for the World Bank conference on private participation in infrastructure in Sub-Saharan Africa (Cape Town June 2005)] that the poorest 40 per cent of the population has been completely ignored and thus gained nothing from recent liberalisations in electricity and water services.

*So:*

- Developing countries need a very different set of competition policies (and different reforms) from those adopted by richer countries.

Why?

- Rich country policies emphasise price and choice. In contrast, developing countries with incomplete networks require access for all as the main priority. Price limitation or reductions for those consumers who already have service should not be the dominant motive, as long as poor consumers have to use inferior and costly alternatives or no service at all.
- Tenders based on price competition (eg water in Manila, BA) do not attack the major issues for consumers, and can have perverse effects by reducing revenue available to services to invest in network extension.

A very different political approach is needed; one based much more on recognising the daily reality of life for ordinary consumers, and recognising the limitations of a centralised direction. What is needed is not just a decentralised service but also a decentralised set of political constraints.

#### **4. Conclusions – why enabling consumer participation in competition matters**

7. There is, at first sight, a huge gap between the contexts of much of today's discussion relating to competition authority formal investigations of abuses by monopolies, cartels, etc and the daily reality faced by huge numbers of poor consumers across the world. But competition policy and hence policy reform should adapt to all circumstances, be they sophisticated market economies or the daily struggle of poor people to gain access to the most basic of services.

8. Is it possible to reconcile the different approaches? I have expressed words of caution in that some applications of competition theory (such as priced based tenders) can have negative effects. But rigid maintenance of monopolies has all too often failed as well.

9. The policies that have resulted in improvements vary from municipal to national, from openness to technological innovation, to simple recognition of existing basic low technology services which are the experience of many poor consumers. The recurrent theme is that suppressing alternatives in the absence of a good public service is a recipe for failure. It is clear that even if the millennium development goals are met there will still be millions of consumers without access to networks for 20 or more years. We must address the needs of those people in the meantime and that requires recognition of the alternatives that are already in existence, and the need to develop newer flexible systems. That requires a new and more open political approach. This involves openness to groups articulating consumer needs.

10. Some of the welcome innovations in developing countries have been developed in conjunction with consumer consultation, notably, Senegal, Kenya, and the Philippines (Manila). Of course this is not always the case as some developments, such as off-grid generation or mobile phone technology, may have involved a degree of technical expertise which might initially be beyond the comprehension of many consumers.

11. And there is still a long way to go even in the 'successful' cases, but the fact that they exist and are proving viable must tell us something. Furthermore, good practices in researching consumer needs are being established on an ongoing basis. This has been shown recently in the many countries where CI members are now conducting and publishing comparative tests of services in addition to products. In Africa and India we have seen the development of 'report cards', whereby consumers are asked for their feedback on public services. This approach has recently been fully endorsed by governments in Africa, including my own during the course of last year. *Although these exercises are not usually labelled 'competition policy initiatives', the reality is that they are involved in exactly that, in as much as they conclude that monopolies are failing to deliver and that innovation should be encouraged.*

12. In developed economies, the experience of CI's recent EU competition project showed that consumer bodies are able to contribute usefully to competition policy, when the handicaps and challenges faced by consumer organisations are overcome. In particular there is a lack of resources for our members working in this area, which is especially problematic with multiple and simultaneous demands as several sectors require attention at once.

13. It is unrealistic to expect consumer organisations to react to all competition issues and the reality is that particular issues will loom large at particular times. And even when consumers can get their cases together, competition authorities have their own problems, as you know very well. The hindrances to

effective competition reforms, including the capacity to regulate and lobbying from competing producer interests, compounds the lack of consumer empowerment which in turn handicaps competition authorities who need a countervailing pressure to engage with dysfunctional monopolies.

14. Consumer organisation involvement is not a magic bullet, of course, and simply identifying consumer needs is only a partial solution. A more active approach is needed. Different competition policy frameworks need to be developed taking in all consumers, not simply those in formal commercial markets, which are the most likely to generate investigations. For this to happen, consumer organisations need to operate within the boardrooms of competition authorities. At the same time, with or without this involvement, consumers need to fight anti-competitive regimes from *without*, and to do that they need resources to develop independent dossiers based on evidence such as the report cards mentioned above or street-level studies such as those which some African consumer bodies have carried out.

15. The evidence, [supported by our case studies (presented in Annex 1)] is that the following approaches are needed by governments and consumer organisations together in all countries:

- Establishing formal rights for consumer organisations to participate in developing and applying competition policy (in its various forms)
- Enabling them to be effective in this role through training and practical support
- Improving the mechanisms by which individual consumers and consumer organisations can seek redress for loss resulting from anti-competitive behavior.

16. This third bullet may seem like a feature of highly developed market economies but it could also take effect through, for example, accelerated collective provision of basic services. This would in turn necessitate:

- Supporting programmes to improve individual consumers' awareness and understanding of competition issues and their avenues for redress where rules are broken. This links to our proposal for ISO standards to be applied in water and energy services.

17. And finally and most importantly in the 'politics of reform':

- Ensuring that legislation and regulation refer appropriately to achieving consumer benefits.

18. For we need always to bear in mind that competition is a means to consumer welfare rather than an end in itself. The sometimes abstract competition policy debates need always to translate into practical gains for consumers in the real world. I hope to have demonstrated that this should and can include the poorest.

## ANNEX 1

### SECTORAL DEVELOPMENTS AND COMPETITION POLICIES

Selected case studies in Telecoms, Energy and Water and Sanitation

#### 1. Telecoms

It is worth recording the remarkable success in the development of ICT/telecoms services, in particular the development of the mobile telephone sector, which has proved a very effective competitor to fixed line services to the extent that mobile phones now exceed fixed line phones globally. There is plenty of documentation to this effect from recent OECD seminars notably the Services seminar of February 2005 and the Special Group on Regulatory Policy of December 2005.

There is no doubting the huge potential of telecoms to benefit the poor both directly and indirectly. In health care, for example, the availability and quality of ICTs can contribute to training, disease prevention, diagnosis, treatment and monitoring -- the whole spectrum of health care services. So we should not look at telecoms as a semi-luxury item – it is part of the battery of anti-poverty tools

In poor regions such as sub-Saharan Africa, the extension of service has been spectacular, even though the overall level of connectivity remains low. In Africa the numbers of mobile users tripled between 1997 and 2003 and our member organisation in Chad reports that although overall coverage is but six per cent, the number of fixed and mobile lines together has risen from 8,500 in 1998 to 250,000 in 2005. Our colleagues in Chad attribute declining tariff rates to competition between three cellular companies.

Among the 49 least developed countries in the world, there was a three-fold increase in telephone usage in 1960-95, but a six-fold increase in five years after that. But this still left more than one billion people without access to basic telephone services, and 800,000 villages completely unconnected. (And further, the number of actual users is substantially smaller than the number with access).

For consumers the disadvantages of the incumbent services were often found not so much through call tariffs as through charges for initial connections. Our members in Russia have recounted how initial connection charges came to thousands of dollars to avoid the alternative of waiting lists as long as a decade or more. Following the introduction of mobile services, **fixed** connections in the Moscow region can now be obtained for less than 100\$. This did not come about as a result of self-motivated reform inside the fixed sector but as a result of the prospect of loss of custom to the mobile sector.

The growth of cellular telephony has produced new opportunities for developing countries and transitional economies to get around the obstacle of huge investments in fixed networks and focus instead on cellular communications. The marginal cost of adding a new subscriber to a mobile network is very low compared with fixed networks where each new connection requires a dedicated installation.

In Latin America, network coverage has expanded nearly twice as quickly in countries that allowed competition than in those that have simply privatised monopolies. Moreover, ITU (International



Telecommunications Union) statistics show strong correlation between the introduction of competition and rapid network expansion, as well as the converse correlation.

This is not to say that the ‘magic bullet’ has been found in telecoms, nor that competitive liberalisation is the only route. Firstly, it remains the case that interconnection charges give scope for abusive exclusionary practices. ITU also insists that liberalisation alone could not solve the most fundamental problem facing the poorest countries, which is that they cannot offer a sufficiently large market. According to ITU: *‘There are those who argue that the gap is caused by a lack of market liberalisation. This does not take account of the fact that many countries have opened their ICT sector but that competitive markets have failed to meet the needs of the marginalised.’* In particular, rural access continues to be a major challenge despite this growth. Competition has not been able to provide universal access due to poor infrastructure, there is still the need to facilitate further market liberalisation and new innovation (licensing incomers using new technology), and government support for public and private partnership to reduce costs and increase access as in the case of Uganda, where the sector is supported by the Rural Communications Development Fund to cover the more isolated areas and to support entrepreneurs with small grants and micro-credit loans to set up public payphones in areas with weak signals.

The fastest rates of growth in the 1990s were achieved by China and Viet Nam, which improved 64 and 48 places respectively in world teledensity rankings over the decade. They did not privatise their utilities, they instead introduced competition mainly between government-owned providers and made various kinds of strategic partnerships with foreign companies. The ITU comments: *‘Although it is unlikely that this form of competition between state-owned enterprises would feature in many economics textbooks, it has proved remarkably effective. The key underlying factor is the will of the state to invest in, and prioritise, telecommunication development.’* By the same token there have been spectacular failures in telecoms liberalisation, such as in Georgia during the ‘90s, characterised by complex monopolies and failure to regulate.

Of particular note is the recent development of the sector in Kenya, where fixed lines are actually declining. In 2002 there were 328,000 fixed lines in use in Kenya, but there has since been a gradual decline by 2006 to 293,000 subscribers. This trend is clearly related to the multiple providers in the mobile cellular segment of the market that is fostering a boom in mobile usage. In 2002 there were 1,325,000 cellular users compared to the record of 6,485,000 subscribers in 2006.

There is still a long way to go. But the ground is shifting. Small scale vendors of mobile phones and phone cards are proliferating in Africa, such as the famous ‘umbrella ladies’ of Nigeria. And an intriguing recent development is that new service providers are so eager to enter markets and to provide universal service that governmental Universal Service funds are going unspent in large markets like Brazil and India. In other words, potential providers are increasingly bidding for zero subsidy to obtain licences for such services.

Overall, it seems clear that even where services are not fully privatised, an element of competition brings improvements in connectivity. However the path is not always smooth, and incumbents and governments often remain too slow to move. Noting the competitive potential of mobile telephony, a recent four-country survey carried out by CI’s Asia Pacific office recommended that competition rules in telecoms be overseen by general competition authorities rather than sectoral offices. Our Polish members have also noted slow progress in Polish telecoms under sectoral regulation and improvements taking place at the behest of the competition authority. Our members in Lebanon argue for competition from whatever source! The consumer view in telecoms is pretty clear.

## 2. Energy

As in telecoms, the incumbent networks in energy are only a part of the picture and frequently a minor part. For example, two thirds of Africans use wood-fuel and no other source for energy. In Sub-Saharan Africa (SSA), 38% of urban dwellers have access to electricity, but only eight per cent of rural dwellers. In the electricity sector, Africa accounts for only three per cent of world consumption with only half of the world average of per capita modern energy consumption. Conversely it has the highest share of biomass in total energy consumption (59% of total energy consumed). Electricity accounts for only eight per cent of African energy consumption by type (only three per cent in SSA outside of South Africa) with only 22.6% of SSA population having access to electricity compared to 41% in Asia. What is the scope for competition where there is as yet so little ground on which to compete?

**Unbundling:** The current fashion is for EU style unbundling of electricity systems. But this is predicated on the assumption of competitive networks developing and this has only happened to a limited extent even in Europe. In Africa, there are very few investors coming in and so competition is even less likely. ‘Spontaneous’ private investment is very hard to come by, and tends to appear only when there are powerful commercial customers such as aluminium smelting in Cameroon, where AES is the dominant investor. Even then, AES has withdrawn from South Africa, Uganda and Tanzania.

In South Africa unbundling has not happened and yet that country has a relatively high level of coverage. In Kenya it is happening but not autonomously, it has been carried out under pressure from the donor governments. In Nigeria the unbundling process is under way but it remains to be seen whether it will attract private investors, Ghana likewise, albeit with a less comprehensive ‘unbundle’. The logic of unbundling in the African context is less clear than elsewhere. If unbundling is considered to be necessary for competition but there is no likelihood of competition then why unbundle? Even where unbundling has been done as in the EU there are enormous pressures leading to vertical re-integration which is happening in Britain and Germany.

This is not to say that existing monopolies should remain intact. There is scope for off-grid development, especially as fuel prices rise, and that may require wider access to the transmission system or it may operate autonomously. Such access would require non-discriminatory terms which would therefore require a common carrier status for the grid, rather different from the total integration which still often prevails. But it is still uncertain whether full unbundling of systems into generation, high voltage transmission, local distribution and supply will constitute a long-term improvement in developing countries. The benefits of such a policy are uncertain, for three reasons:

- An electricity market needs to have a certain scale to be successful. The reason is that there are economies of scale in electricity generation: in smaller markets, there may not be enough ‘room’ for sufficient large-scale power companies to create a competitive market.
- A second condition for competition is a strong transmission network, so that all power generators can reach all consumers. Otherwise local generation monopolies develop. Especially in thinly populated countries this requirement is not always met.
- A third requirement for competition in electricity is the presence of a competent and independent competition authority and/or an equally well-equipped electricity regulator (depending on how the mandates of these agencies are defined).

If those requirements are not met, the benefits of liberalisation are elusive. However, that does not rule out all forms of liberalisation entirely for, as noted above, legally enforced monopoly may be incompatible with the development of off-grid systems which may bring with them considerable

environmental and social benefits, in particular bringing service to the two billion unserved. So just as we should not insist that all systems be unbundled as is now the case in the European Union, equally, existing monopolies should not be used to suppress the emergence of new generators and suppliers. For that reason therefore there needs to be both open access to transmission networks, and encouragement of small scale generation and supply often on a locally integrated basis.

The above involves some long term thinking, and the consumer view is less clear than in telecoms. But, in the meantime, it is clear that the standards of customer care in many services when they do exist leave much to be desired and must be improved. They are frequently characterised by arbitrary and irregular interruptions of supply, while many of the large numbers of unserved have no indication of when they can expect a service at all. There is little public information about service development, contractual rights are completely mysterious and payment methods are frequently highly inconvenient, often necessitating time-wasting queues. It is not surprising that the poor have to resort to unregulated vendors or to gathering fuel themselves in undesirable and unsustainable ways such as theft or foraging. While it will take time for networks to be developed on a sustainable basis, there is much that can be done in the meantime to make the existing networks work better and to improve the process of network development in a fairer manner than hitherto taking account of the needs of all consumers, and not only the better off.

To this end, CI are engaged with our European colleagues and Energywatch UK in developing a global energy charter to raise standards world-wide. We also hope to propose an ISO standard on services to users of energy. The following bullet points are central features of the charter and we put them forward in the context of the proposed standard:

- The standard should be applied to non-integrated systems,
- The standard should put forward the principle of equitable distribution of service
- The standard should incorporate contractual rights to service. (The contracts should be ‘implicit’, that is not necessarily in the form of individualised paper contracts for individual households).
- The standard should incorporate public participation in the regulation of the service,
- The standard should envisage payment methods to help those on low incomes.
- The standard should envisage that prices be set in function of a range of factors including capacity to pay of the population, costs of production, historic prices and rate of return on capital (regardless of public or private).
- The standard should envisage that tariffs and subsidies be constructed and administered to take account of the needs of the poor.

### **3. Water/Sanitation**

The potential for application of competition policy to the most basic services of water and sanitation has been somewhat neglected. On the face of it these are unpromising areas for competition as these ‘reticulated’ (that is physically integrated) networks have the characteristics of natural monopolies. In such cases the theory is that governments can introduce competition *for* the market instead of *in* the market. That would seem likely to involve a measure of private sector participation or at least, liberalisation.

But the record of large-scale private contracts has been patchy at best. Contract failures are continuing for whatever reasons. There have been pre-term terminations of contracts in Buenos Aires, La

Paz/El Alto (Bolivia), Tucuman (Argentina), Manila, Dar es Salaam, for example, (three of those in 2005) and other contracts, such as Jakarta have been divested to new buyers. Perhaps the most serious comment on the viability of private sector contracts in water and sanitation is that 45% (by volume of transaction) were considered to be 'distressed' worldwide in 2005, and that between 1985 and 2000 in Latin America, 74% were renegotiated.

But relying on present traditional public sector models is not working either. The trend for sanitation is far off the MDG target (analogous to that for water) while, at present rates, according to the UK Dept for International Development, sub-Saharan Africa will not meet its sanitation target until 2090, and will not meet its water target for 2015 either. The Regional Document for Africa submitted to the March 2006 World Water Forum in Mexico reported that: "*most African countries are slipping back or lagging behind in their attempts to reach the MDGs.*"

### **3.1 The exclusion of the poor**

The conventional justification for the monopoly status of water and sewerage services is found in their 'natural monopoly' characteristics. In those cases consumer protection is thought to come from public regulators limiting prices and/or profits rather than from the play of competitive markets. But when it comes to such services in the developing countries there is a huge difference between North and South. And that is that large proportions, often a majority, of the populations, do not have connections to reticulated networks. This hugely weakens the natural monopoly justification.

Furthermore, this has huge implications for the definition of the consumer interest that needs defending. For the consumer interest is not monolithic. Connected consumers, usually the better off, have an interest in network prices being kept low, often through subsidies. But this may well be to the detriment of the non-networked poor because it diverts finance that could be used to help them. Indeed the poor and unserved are often disadvantaged in three ways. Firstly, they suffer the massive inconvenience of not being connected. Secondly they pay vastly greater unit prices for alternative supplies, and thirdly they either subsidise the connected through any taxes that they pay or at least they compete with them for subsidies. Furthermore, in order to become connected they will usually have to pay a significant connection fee which may take the form of a bribe.

The Consumers Information Network in Kenya, observed an example of this 'poor pay more' syndrome in that the cost per litre of drinking water in Nairobi is 10 times more for customers of vendors than it is for those who are connected to a network. The ratios are similar in Latin America, as has been confirmed by a wide range of studies by academics, World Bank experts and by local surveys carried out by consumer associations in the region. In the Caribbean region the contrasts are higher still with the differential reaching 100 in some extreme cases.

A World Bank study of 47 countries and 93 locations highlights the significant differentials between networked and non-networked sources. The point is rendered even more dramatic on the ground by the fact that the informal sources will often be in close proximity to the reticulated networks. The differentials between network and non-network services would be even greater if 'coping costs' such as time spent queuing for, or fetching water were included. These of course are difficult to express in cash terms.

The contrast between the served and the unserved is quite often perversely reinforced by legal contracts conferring exclusivity on service providers. Sometimes concessions are granted on a monopoly basis and small scale operators are actively forbidden from meeting consumer demand, as has been reported from Kenya, and from Latin America. Contractual rigidity inhibited development of the water service in Manila, especially in the poorer districts. In due course, recognition of this led to an easing of the exclusivity provisions of the contract and the explicit recognition of the role of third parties. There are

widely reported problems associated with exclusivity in both the public sector and the private sector where exclusivity is seen as a way of protecting concessionaires from ‘cherry picking’, that is, competition for customers from low cost producers. While this may be a customary reaction in commercial terms, it contradicts the aim of improving access. It is particularly perverse given that local low cost producers generally serve the unserved, rather than the rich ‘cherries’. This is a classic example of where a different political approach is needed, less based on control, more on service provision.

### 3.2 *Does competition provide a way forward?*

To the extent that competition results in network price reductions, this could well be the wrong target for the poor who are not connected, and thus who have little to gain from price reductions. For in many incumbent utility services, not just water and sanitation, (as we have seen in the case of telecoms), the problems are found not so much through tariffs (which are often below cost) as through charges for initial connections. So the real losers are those excluded from service by the cost of connection. In this respect, the tendering that has taken place *for* the market in some celebrated (or notorious) cases has had very destabilising consequences. The two well-known cases of water in Buenos Aires and Manila both featured major price *decreases* at the start of the contract periods, contrary to widespread belief about privatisation. But the contracts proved to be short lived.

### 3.3 *The micro-approach*

So there is currently a move away from the heavy emphasis on ‘big bang’ solutions, large single city contracts, whether public or private. There is increasing interest in developing micro-services, nested within larger scale operations. An example comes from the private sector contract in West Manila which relaxed its monopoly to allow local subcontractors, sometimes not-for-profit community based organisations, to deliver water to the non-reticulated areas for a lower connection fee than hitherto. Effectively the concessionaire became the wholesaler, and the sub-contractors the retailers. These arrangements have proved more durable than the major city level contract which collapsed not long after its commencement. And Inpart Engineering, a retail operator, has grown into a significant business in its own right.

Another example comes from the sanitation sector. The perverse consequences of exclusivity are shown by a 2000 study carried out by Mukame Kariuki and Bill Wandera of latrine workers of Dar es Salaam, where the City used to have a monopoly of cesspit emptying. As the service was unable to keep up with demand, richer clients operated a system of ‘express’ payments for the pits to be emptied with vacuum equipment while the poor would employ ‘frogmen’ to empty the pits manually and they would then dump the ordure illegally, which led, predictably, to protests from those nearby. At times the frogmen were attacked, and their already unpleasant and dangerous work often had to be done under cover of darkness.

The monopoly thus effectively suppressed the service (at least *de jure*), and condemned informal workers to appalling working conditions and concentrated the public health risk on the poor. The city agreed to operate a licensing system for private operators which has led to charges falling and the numbers served to increase. At Consumer International's regional conference for Africa in 2002, Mukame Kariuki advocated that municipalities relinquish such monopolies and allow alternative provision through a legal framework incorporating Community Based Organisations for example. She pointed to perverse aspects of the legislation such as the inability of public utilities to count alternative providers in coverage targets or business plans, as well as the monopoly provisions which in effect rendered alternative providers illegal.

It is perhaps because sanitation has been such a neglected sector and so much harder to finance than drinking water, that some of the most innovative and small-scale schemes have developed. In Maharashtra,

India's largest state with almost 100 million people, 45% of subsidised latrines were not actually used. A more localised scheme based on local competition bids (the Gadge Baba scheme) has produced a far better rate of use. An Indian NGO Sulabh International has developed low cost, low flush toilets with dual leeching pits to allow one to be in use while the other is emptied.

The common element of the above examples is that of *de-monopolisation*. A monopoly public or private status imposed on a service which is not a natural monopoly (as non-reticulated services are not) will frequently be breached in practice through the development of black markets or expensive alternatives such as the development of informal water vendors whose costs and prices are vastly higher than the piped connected services as shown above. In sanitation services for the poor there is even less commercial competition than in water, so applying a legal monopoly is even more perverse. Providing legal recognition in practice allows the systems to develop to higher standards (for example the latrine emptiers operating by day not by night and not dumping ordure illegally) and by operating openly allows economies of operation to develop such as those developed by Inpart Engineering in Manila. The Water & Sanitation Programme (housed in the World Bank) recommends that: "*Exclusivity provisions that create barriers to alternative providers whose services are orientated toward the poor should be avoided*"

In summary, the 'Northern' experience was based on the existence of comprehensive services already well established. In the rich countries price reductions or limitations can bring some benefit to all. In developing countries price competition does not necessarily have this beneficial effect, and indeed can actually operate to the detriment of the poor who derive little benefit because they are not connected.

#### **4. Examples of ways forward**

Looking at the above three sectors, here are some examples of improving services to the poor while preventing monopolistic abuses:

- concession contracts based on water network extension rather than on price (Senegal),
- concession contracts based on electricity network extension rather than price (Chile, Peru)
- demonopolising small scale sanitation services (Kibera, (Nairobi) Dar) and licensing informal providers
- licensing incomers using new technologies, notably in telecoms, where coverage has massively increased as a result of competition from mobile telephony, including in many of the poorest peri-urban and rural areas in much of Africa.
- development of off-grid electricity supply in rural areas currently by-passed by the integrated grid based systems.
- cooperative water points run by NGOs (Kenya, Senegal, Manila)
- local initiatives to support credit facilities for localised investment in water infrastructure



**PRESENTATION BY SAMUEL OCHIENG**

**-- CONSUMERS INTERNATIONAL --**

La voix des Consommateurs  
à travers le monde

The global voice  
for consumers

La voz global para la defensa  
de los consumidores



## The politics of reform: consumers & competition

Samuel Ochieng  
President, Consumers International  
21 February 2008



## What is Consumers International?

- The global federation of consumer organisations
- 220 member organisations (mostly independent, some governmental) in 115 countries
- Offices in London, Santiago, Kuala Lumpur, Harare

## CI & Competition

- Practical action by national members in specific sectors eg telecoms, sportswear, music downloads
- Capacity building by members for CI such as CUTS, *Which* (UK), and by CI for members eg EU project on 3 sectors in 14 countries
- Formal representation to competition authorities, eg France, NL, Spain, Lithuania, UK
- Work with OECD, UNCTAD, WTO, ICN, EU.

## CI members in developing countries: emphasis on infrastructure

- Developing country members, especially Africa - emphasis on infrastructure including impact of monopolies on consumers
- Water – Chad, Mali, Kenya, Zambia, Senegal, Ghana
- Energy – Zambia, Kenya, Senegal, Cameroon
- Telecoms – Bangladesh, Indonesia, Pakistan, Thailand, Chad
- And others, coming on stream, recently Gabon

## Thesis 1

- *Public monopolies have perverse effects where coverage incomplete* resulting in:
  - High connection charges
  - Access stuck at low level
  - Black market
  - The poor pay more/unit to informal sector.

## Thesis 2

- *Private monopolies have proved unstable, prone to collapse or renegotiation*
- Have resulted in exclusive deals to keep out competitors
- DC infrastructure water and energy services often not natural monopoly but treated as such.

## Thesis 3

- *Developing countries should not adopt Northern natural monopoly model*
- North emphasises tariff and choice; for developing countries issues are access/coverage and continuity
- Tenders based on price competition starve services of resources and benefit existing connected not poor.

## Telecoms expansion

- 49 poorest countries: tripling of telephony 1960-95; x 6 in 1995-2000
- Chad – 8,500 lines 1998; 250,000 in 2005
- Latin America – coverage 2x more with competition than without
- Competition within state sector in China/Vietnam
- USO funds unspent in Brazil & India
- Sectoral or generic competition regulation?

## Energy in Africa

- Two thirds use wood fuel and no other source
- SSAfrica 23% electricity coverage; electricity only 3% of energy consumption
- What is there to unbundle?
- The poorest 40% untouched by private investment, but many served by small scale providers.

## An energy standard?

- Applicable to non-integrated systems
- Equitable distribution of service
- Contractual rights for consumers
- Public participation in regulation
- Pricing based on capacity to pay, costs, return on capital and historic levels
- Account for needs of the poor in tariffs and subsidies

## Water and Sanitation

- Private concessions widespread 'distress' and renegotiation (74% water contracts 1985 – 2000 in Latin America)
- Africa falling short of MDG
- Poor pay more syndrome: 10 unit price differential eg Nairobi
- World Bank in 49 countries: Network/non-network differentials greater than public/private.

## Legal exclusivity

- By statute in public sector
- By contract in private sector
- Undermined by black market – people must eat and drink.

## Competition through tender

- Price competition:
  - W. Manila 43% decrease;
  - Buenos Aires 27%
- Both reversed
- Conflict between price cuts and system extension
- Uni-dimensional competition takes away policy trade-offs.

## De-monopolisation

- Manila
- Dar-es-Salaam
- Maharashtra
- Legalisation of black market through licensing/third party recognition
- Recognition that where networks are not complete, water and sanitation are not natural monopolies.

## Some encouraging examples

- Concession contracts based on expansion
- Recognition of small scale providers
- Licensing incomers
- Development of off-grid systems including cooperatives
- Development of micro-credit.

## Consumer strategies

- Within the boardrooms – membership of regulatory bodies
- Outside the boardrooms – critiques of anti-competitive regimes
- Promotion of alternative provision
- Political and service based decentralisation.

## Future approach

- Formal rights for consumer organisations to participate in competition policy
- General training and practical support
- Mechanisms for redress (including collective)
- Support programmes for redress mechanisms,
- Guaranteed standards for basic services
- Enshrining consumer welfare as primary objective of competition law and regulation









**PRESENTATION BY AMR FAHIM**

**-- CONSUMER PROTECTION AGENCY – EGYPT --**



Consumer Protection Agency – Egypt

“The Egyptian Consumer Protection and its  
relationship with Competition – An Integrated Model”

OECD  
February 21, 2008

Amr Fahim  
Executive Director

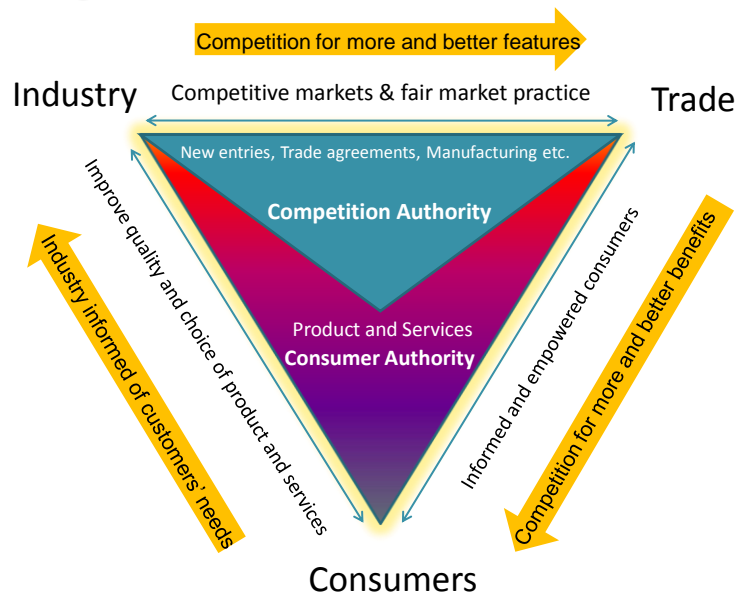


## Egypt – Reform Highlights

- Provides an investment-supportive climate encouraging local and foreign investments in Egypt.
- Implements the asset management program.
- Improves the ability of the Capital Market Authority and financial institutions to manage investment, restructuring and growth.
- Revives the mortgage finance market as a key driver for growth.
- Transparency in Egyptian tax system; implementing tax reduction, and merging all tax legislations into one law.
- Reduce Customs tariffs and streamlining of red tape.
- Increasing External trade agreements.
- Revise and overhaul old trade policies and legislations.
- Re-evaluate and restructure current trade inspection authorities.
- Establishing The Egyptian Food Safety commission.
- Upgrading the Commercial Registration Authority.
- Upgrading The Egyptian Quality and Standardization Authority.
- Establishing The Competition Agency.
- Establishing The Consumer Protection Agency.



## Integration Model



## Egypt – Consumer Protection Agency

- Law 67 was passed by parliament
- Executive regulations endorsed
- The Start-up Strategy, Structure, Hiring, Premises
- Initiating and setting methodology for complaints handling
  - Call center, Post, email, NGO's, Website, FTF
- Complaint Investigation and Mediation mechanism
  - Internal Investigations Dept., Supply Police, Internal Market Inspectorates, Standards Authority, Industrial control Authority
- Internal Committees (experts & opinion leaders)
  - Automotive, Durable goods, Advertising, Food





## Egypt – Consumer Protection Agency

- 40,000 calls – 3500 complaints – 81% resolution  
Durable goods 30% , Mobiles 19%, Services 12% , Auto 9%
- Study visits and sharing best practice  
EC mandates for consumer protection in the EU, FTC & US CP Administrations & Organizations, UK OFT & ASA, ACCC, Poland OCCP, Estonia, Belgium enforcement & mediation, Malaysia
- Consumer Organizations Support (300, 70, 20)  
First national conference, Research & market studies support, Start-up allowance, National Organizations program initiative, Training, Capacity building, Fund Raising, promotion through the call center & website.



## Egypt – Consumer Protection Agency

- Awareness Programs  
Trade related awareness Campaign  
Monthly announcement on Call center expansions  
TV awareness campaign (3 spot messages )  
SMS campaign over 32 million sent messages  
Over 30 talk show TV programs on Consumer Protection  
Over 75 published press releases
- International cooperation  
Government affiliate members of CI  
Partners in ICPEN  
MOU with CPSC  
Close cooperation between the CPA and the FTC, FDA & OFT  
EU Institutional Twinning program, TAIEX program





**CONTRIBUTION BY PRADEEP S. MEHTA**

**-- CUTS INTERNATIONAL --**

## ENGAGING CIVIL SOCIETY TO PROMOTE COMPETITIVE REFORMS IN DEVELOPING COUNTRIES

-- By Mr. Pradeep S. Mehta --<sup>(\*)</sup>

### 1. Background

1. A recent report of the OECD 'Working Party of the Trade Committee' defines pro-competitive or competitive reforms as **'reforms that aim to increase the degree of competition in a given market'**. This report posits that although there are various policies (e.g., pertaining to infrastructural facilities and institutions) that often determine the degree of competition in the market, competitive reforms, generally speaking comprises of trade policy, investment policy and competition policy and law.<sup>1</sup>

2. This paper distills the experience from efforts being made in various countries across Africa and Asia to catalyse competitive reforms, mainly by developing and implementing effective competition policies and/or laws (competition regime). In addition to the introduction and elucidation of a notion of an increased level of competition, competition law reforms, as envisaged in this paper encompass promoting competitive processes in the market through generation of requisite skills, awareness and training.

3. The paper emphasises, especially, the role that consumer groups/civil society organisations<sup>2</sup> (CSOs) have effectively played (and should continue to play) in the national and regional processes of developing and implementing competition regimes. It also takes into account some of the impediments that CSOs face in contributing to the evolution and effective evolution of competition regimes in these countries, and suggests certain solutions that could prove useful in overcoming these impediments. Information in this paper is collated from CUTS experience of working on competition law and policy issues through research and capacity building projects in over 20 developing countries across Asia and Africa over the last decade or so.<sup>3</sup>

4. This experience has been enriched by the publication of an almanac in 2006: "Competition Regimes Around the World—A Civil Society Report"<sup>4</sup> by CUTS and International Network of Civil

---

(\*) Secretary General, CUTS International and Director General, CUTS Institute for Regulation and Competition ([psm@cuts.org](mailto:psm@cuts.org)). His work profile can be seen at [www.pradeepsmehta.com](http://www.pradeepsmehta.com). He also acknowledges the significant contribution to this paper by Rijit Sengupta, Deputy Head of CUTS Centre for Competition, Investment and Economic Regulation.

<sup>1</sup> OECD Working Party of the Trade Committee, 2007, "Impact of Pro-competitive reforms on trade in developing countries", OECD, Paris.

<sup>2</sup> CSOs here mean a variety of non state actors, which include consumer groups, advocacy groups and research institutions.

<sup>3</sup> Thus far, CUTS has researched on competition policy and law issues in Bangladesh, Bhutan, Botswana, Cambodia, Ethiopia, India, Kenya, Lao PDR, Malawi, Mauritius, Mozambique, Namibia, Nepal, Pakistan, South Africa, Sri Lanka, Tanzania, Uganda, Vietnam and Zambia through a range 7Up projects (<http://cuts-ccier.org/7Up-model.htm>). This involved deep studies in partnership with local institutions.

<sup>4</sup> [www.competitionregimes.com](http://www.competitionregimes.com)



Society Organisations on Competition (INCSOC)<sup>5</sup>. This unique publication carries the contours of competition regimes in 117 countries of the world, and has been facilitated through voluntary contributions by civil society representatives, competition authority officials and CUTS staff. INCSOC has 120 members from 53 countries, and growing. The members are consumer and advocacy groups; research institutions and parliamentarians, including some from competition agencies.

5. This rich experience shows that there is enough evidence worldwide that has matured the understanding of **‘why consumers need to engage on competition policy and law issues’**. However, it would be in the interest of readers the above connection needs to be highlighted in the following brief manner. There are two important considerations, especially from the perspectives of developing and least developed countries:

- Convergence between competition and consumer protection policies on the issue of protecting consumers’ interests (Box 1);
- Lack of adequate resources (financial and human resources) within the institutions mandated to implement the competition law.

6. One of the objectives of competition policy & law is to preserve the interest of consumers, and therefore there has been an increase in the extent and levels of consumers/civil society participation in shaping the national competition regimes, across the globe. Such advances were earlier mostly witnessed among the developed countries. However, in recent times they have also been encountered in the developing world.

#### **Convergence between competition and consumer protection policies**

There is a convergence between the objectives of consumer protection policy and competition policy. The main objective of competition policy and law is to preserve and promote competition as a means to ensure efficient allocation of resources in an economy, resulting in:

- the best possible choice of quality,
- the lowest possible prices, and the lowest possible prices, and
- adequate supplies to consumers.

To put it differently, ensuring competition is just a means to achieve the above-stated objectives. Obviously maximising consumer welfare, subject to the maintenance of viability of production, becomes a predominant concern. Competition policy makes markets work and protect consumers from deception. These are also the two important goals of consumer protection.

Thus, the end objectives of both the policies are essentially the same. However, competition policy is more of a proactive policy that *inter alia* attempts to promote consumer interest in the marketplace, whereas consumer protection policy puts forward mainly a reactive agenda to protect the interests of the consumers, and provide access to redressal against abuses. Of course, consumer protection policy also has some proactive elements. In this regard there is a strong complementarity between the two policies in that consumer welfare is a common goal.

**Source:** CUTS Viewpoint Paper on “Competition Policy and Consumer Protection Policy”  
<http://www.cuts-international.org/documents/Competition%20and%20consumers%20view.doc>

7. Despite possessing institutions, not all countries are able to implement competition laws, especially in the third world on account of the fact that these institutions (mandated to implement the

<sup>5</sup> [www.incsoc.net](http://www.incsoc.net)

country's competition law) suffer from lack of human resources, technical skills and inadequate funding, other than political capture.<sup>6</sup>

## 2. Evolving Competition Regimes

8. Very broadly, there are three stages in the process of developing and implementing a national competition regime:

- Stage-I: Evolution of a Competition Law;
- Stage-II: Developing the conditions/environment for the implementation of the Competition Law; and
- Stage-III: Actual implementation of the Competition Law

9. A country's success in facilitating competitive reforms (as defined above), from the perspectives of competition policy and law, depends on the ease and speed with which that country is able to graduate from one stage to the next one. This, in turn, depends on specific 'steps and measures' that a country adopts to strengthen its position at every stage – in preparing to move on to the next stage.

10. The following table presents in a nutshell, several such 'steps and measures' that have been witnessed in developing and least developed countries where CUTS has been engaged in studying their competition regimes.<sup>7</sup>

**Table 1: 'Steps and measures' to strengthen competition regimes in a cross section of developing and least developed countries**

STAGES	Description	Steps and Measures
STAGE – I	Evolution of a Competition Law	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Adopting a well-planned, long-term process for developing the competition law of the country, involving research undertaken by research institutions</li> <li>• Institutionalising a process with clear policy directives for developing a competition law with the engagement of various stakeholders.</li> <li>• Integrating the dimension of '<b>public consultation</b>' - including consultations with consumers and their representatives for developing and finalising the competition law</li> </ul>

<sup>6</sup> CUTS, 2007, "Constraints faced by Competition and Regulatory Agencies", Jaipur. (Policy Brief that collates findings of research done on this subject under the 'Competition, Regulation and Development Research Forum' hosted by CUTS at New Delhi, in March 2007.

<sup>7</sup> Compiled from CUTS experience of working on competition policy issues in various African and Asian countries.

<p style="text-align: center;"><b>Stage – II</b></p>	<p>Developing the conditions/ environment for the implementation of the Competition Law</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Sensitisation</b> of multiple stakeholders including educating the civil society and consumers</li> <li>• Including ‘Competition Policy and Law’ within the academic curricula of national universities</li> <li>• Building a cadre of researchers on competition policy and law issues by motivating national research institutions to undertake research on relevant aspects of competition policy and law</li> <li>• Strengthening the competition agency structurally and functionally (institutional development, proper resource allocation, skilled staff, coordination with other institutions, clarity of mandate, etc.)</li> <li>• Developing clear ‘Regulations’ to facilitate the implementation process</li> </ul>
<p style="text-align: center;"><b>STAGE – III</b></p>	<p>Actual implementation of the Competition Law</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Training the staff of the competition agencies (through internships at experienced competition authorities; providing on-job training; organising training programmes; etc.)</li> <li>• Engaging experts/practitioners for helping the staff of young competition authorities in dealing with cases/issues like they face on a day-to-day basis</li> <li>• CSOs working as Allies and complementing the efforts of the competition authorities</li> </ul>

11. The table reveals that in addition to the engagement of the civil society/consumers in the process of actual implementation of the competition law as allies etc., steps have also been taken in many poor countries to engage consumers/civil society more intensively in the process of evolving and shaping the competition law. This is indeed a tribute to the prominence that civil society organisations have gained in the developing world on economic governance issues; and the realisation among policymakers of the need to engage the civil society right from the beginning for shaping important public policy issues like competition policy and law.

### 3. Civil Society participation at various stages

12. In this section we consider specific instances gathered from CUTS experience in undertaking competition policy research and advocacy projects in developing countries, pertaining to **civil society participation at various stages** in the process of strengthening competition regimes. These are extracted from the Table 1, above, and are as follows:

- Adopting a well-planned, long-term process for developing the competition law, involving research undertaken by a research institution (Long-term planning and vision);
- Institutionalising a process with clear policy directives for developing a competition policy/law with the engagement of various experts (Policy Directives for stakeholders engagement);

- Integrating the dimension of ‘public consultation’ in developing and finalising the law;
- Sensitisation of multiple stakeholders of the need for a functional competition regime, to garner wider public support for competition reforms;
- Integrating ‘Competition Law & Policy’ within the academic curricula of Universities (academic programmes on competition policy);
- Motivating research on competition issues;
- Engaging consumer groups/civil society organisations as allies and watchdogs.

### **3.1 Long-term planning and envisioning**

13. Evolution of a competition regime in many developing and least developed countries of Asia and Africa has been as a result of pressure from the outside – being a part of multilateral or bilateral commitment of the national government. There are a very few governments in the developing world that have embarked on a structured, long term process for developing the national competition regime as a need of the prevailing economic situation in the country and/or region. **Botswana** is one such rare country in the developing world.

14. The Botswana government envisaged a long-term plan to develop the competition regime in the country. A plan that comprised of the following:

- An economic mapping exercise (to make a baseline assessment of the state of the Botswana economy);
- A legal inventorisation (to analyse how developing a competition policy would impinge upon various existing policies in the country);
- Developing the Competition Policy of Botswana;
- Finally, developing the ‘Draft’ Competition Law of Botswana.

15. The Botswana Institute for Development Policy Analysis (BIDPA), a Gaborone-based research institution and CUTS partner was appointed to help the government in undertaking the economic mapping study and the inventorisation. Both these assignments helped BIDPA in developing understanding on competition issues in the country, which has since been a pioneer research institution on competition policy and law issues in the country.<sup>8</sup>

16. As a result of Botswana’s experience, **Mozambique** also decided to formulate a competition policy before developing a competition law. Following CUTS advocacy, **India** too has launched discussions on adopting a national competition policy and doing competition assessment on the lines of the Australian experience.

---

<sup>8</sup> BIDPA was CUTS research partner in Botswana for the project, “Capacity Building on Competition Issues in Select Countries of Eastern and Southern Africa”, referred to as the 7Up3 project ([www.cuts-international.org/7up3.htm](http://www.cuts-international.org/7up3.htm))

### 3.2 *Policy directives for stakeholder engagement*

17. One of the primary conditions to enable civil society participation in shaping national competition regimes, is the willingness within the government ministries and policymakers to engage civil society actors in this process. Among many of the countries that CUTS have worked in, the participation of the civil society in developing the competition policy/law of the country has been seen to be driven by a clear policy directive of the government.

18. For instance, in **Mozambique**, the government established a ‘Working Group on Competition Policy’, comprising of 20 odd members that included representatives from consumer organisations and civil society organisations. This group has been working very closely with the Ministry of Industry and Commerce of Mozambique in developing the competition law and policy of the country.

19. A similar approach has been witnessed in **India**, where a new competition law was adopted in 2002 after research-based advocacy lead by CUTS, in structured consultations with the Finance Minister. Furthermore, India would soon adopt a National Competition Policy following a similar advocacy by CUTS. The Planning Commission has recognised the need in the 11<sup>th</sup> Plan Policy Document which has just been finalised, though yet to be made public. The recommendations have been distilled in the Policy Documentation and thus set in motion a process for adoption of a National Competition Policy. The Policy is beyond a competition law, to be used as guidelines by the Government to deal with policy-induced hurdles to a competitive economy, where the law will not be able to bite.

20. In many countries, it is being increasingly witnessed that the public/civil society is provided an opportunity to provide comments on the draft competition legislation. This is a healthy trend.

### 3.3 *Multi-stakeholder engagement*

21. It is CUTS’ mission to promote a healthy competition culture across the world, and especially in the developing countries of Africa and Asia. INCSOC<sup>9</sup> is another medium to create greater awareness in countries among key stakeholders where there is no competition law or one which is yet to be implemented effectively. CUTS is also working with Consumers International in this area.

22. A methodology that CUTS has institutionalised with support from international development partners is to embark on a research-based advocacy and capacity building process for developing understanding among national stakeholders of the need for an effective competition policy. One of the key elements of this methodology has been the identification of a core group of stakeholders (defined as the ‘National Reference Group’), who are able to act as a platform to analyse and debate issues, and as the medium for promoting the need for effective competition regimes within their own networks and connections in the project countries – often as a strategy to promote economic growth, reduce poverty and protect the interest of the consumers.

23. This methodology referred to as the *7Up* approach<sup>10</sup> has been successfully applied in 19 countries across Africa and Asia to develop national constituencies on competition policy and law issues. Pursuing this, CUTS has plans of applying the *7Up* approach *inter alia* in six more countries of West Africa over the next couple of years.

24. This approach has very broadly demonstrated two significant results:

---

<sup>9</sup> Ibid

<sup>10</sup> Refer [www.cuts-ccier.org](http://www.cuts-ccier.org), for further details on the *7Up* approach and check the *7Up2* and *7Up3* project webpages.

- National government/departments (in charge of competition) have developed confidence in the ability of the civil society groups (including consumer organisations) to contribute meaningfully in the process of developing and implementing national competition regimes;
- Helped sensitise the international development community of the need to look at competition as an integral component of national (public) policies that help reduce poverty in the developing world<sup>11</sup>.

### 3.5 *Academic programmes on competition law*

25. One approach that seems to have caught the attention of the national planners (as a result of persuasion by the international development community) is for having courses on competition policy and law introduced in the national universities. This, in addition to developing capacity among the faculties who teach the course – would also help train young professionals on the basic aspects of competition policy and law issues.

26. A Masters course on “Competition Policy and Regulatory Economics” has been started in the Addis Ababa University in **Ethiopia** 3 years ago. There are plans to initiate a similar programme in the national universities of **Vietnam** as an outcome of a project that CUTS would be undertaking in partnership with the Vietnam Competition Administration Department (VCAD)<sup>12</sup>, starting later this year. In **India** too, universities are now looking seriously at introducing competition law and economics courses.

27. CUTS itself has just launched the CUTS Institute for Competition & Regulation<sup>13</sup> to provide research-based capacity building solutions to the economic policy community in Asia and Africa. One path breaking project it is currently engaged in is to analyse why competition and regulatory laws are not implemented properly in the developing world.

### 3.6 *Motivating research on competition*

28. The case of the government of **Botswana** appointing BIDPA to develop the baseline information on competition related issues in the country and also develop an inventory of national laws and policies to be affected by the planned competition policy, is a very useful example of measures being taken by governments to develop research capacity at the national level on competition policy and law issues.

29. A similar example exists in the case of **India**, where with support of the DFID, UK and the FIAS (of the World Bank group), the Competition Commission of India (CCI) invites research and academic institutions to do research on competition related issues. This project was catalysed by an earlier project<sup>14</sup> done by CUTS in 2005 with the support of DFID, UK. The CCI exercise is an annual call for research, which is presently in its second year. It has indeed helped the competition agency to acquire knowledge in specific sectors, which will help it in its operational role as both an enforcement agency and in its advocacy

---

<sup>11</sup> The *7Up approach* has been prescribed by the OECD Development Assistance Committee, as an effective model for donors to consider, while supporting work on competition policy and law issues in the developing world. (please refer OECD Development Assistance Committee, ‘Draft policy guidance for donors on removing barriers to formality and on competition policy’, April 2005).

<sup>12</sup> CUTS would be implementing a project in partnership with VCAD, Vietnam with support from the Swiss Competition Authority which includes developing academic modules in national universities of Vietnam on competition policy issues.

<sup>13</sup> [www.circ.in](http://www.circ.in)

<sup>14</sup> “Towards a Functional Competition Policy for India” (2005), CUTS and Academic Foundation

functions. The icing on the cake is the generation of capacity in the research community, which was otherwise absent.

### **3.7 Consumers as Allies**

30. Competition agencies in developing countries have limitations pertaining to resources (human and financial resources) that hinder their ability to effectively implement their laws. Increasingly, developing country governments and competition agencies have started to develop synergies with consumer groups and research institutions in their jurisdictions to be able to assist in enforcement. For example, our partner in **Sri Lanka**: Institute for Policy Studies was once called upon by the Fair Trade Commission to assist them in analysing a complex pharma merger case.

31. Competition laws in many developing countries, like **Tanzania** envisage a formal relationship with consumer organisations in order to be able to better implement the law. In **Zambia**, the Commission is required to have a consumer representative on its board. This practice also exists in other countries, such as Poland, Georgia, Latvia, Egypt and Jordan. The approach of a pro-active civil society engagement in implementing the competition law, though not as formal, as in cases mentioned before, has also been adopted in other countries like **Vietnam, Kenya, and Mauritius**.

## **4. Impediments in civil society engagement**

32. We have had a mixed experience of working with consumer and civil society organisations. In some countries they are quite active, while in others they do not even exist. Certain inherent weaknesses have been witnessed in the working of CSOs by CUTS over a long period of implementation of competition and consumer protection related projects, which are summarised below. These weaknesses often retard the effectiveness of civil society/consumer actions; and thus illustrate that it is sometimes unreasonable to expect that engagement of civil society in an initiative would always result in progressive changes.

### **4.1 Lack of continuity**

33. Namibia Consumer Lobby (NCL) was the only consumer organisation that was active in **Namibia** for some years, but then due to various reasons this organisation was not seen to be much active after 2005-06. This was the time that CUTS was also looking for an organisation that could carry out advocacy activities in the country, under the 7Up3 project ([www.cuts-international.org/7up3.htm](http://www.cuts-international.org/7up3.htm)). After having tried with various organisations, CUTS realised that there were no active consumer groups in the country. For a little over the last one year or so, the Namibia Consumer Association (NCA) has come to the fore in Namibia, and has been contributing regularly to the press on competition policy issues. There is a possibility, however, that this organisation might also wither away with time, if the people involved in it are not able to develop the organisation strategically through a long-term planning process. This would require: (i) garnering resources (financial and human) for the functioning of this organisation; (ii) developing the capacity of the representatives of NCA; and (iii) a commitment to continuous engagement.

34. CUTS has been striving constantly to develop the capacity of the representatives of NCA, among other similar organisations, on competition issues, by inviting them to regional conferences and trainings on competition issues, but a marked improvement in the capability of the organisation can only be facilitated through a process of continuous engagement.

### **4.2 Contradictions and differences**

35. While in a country like Namibia, the problem is of not having a civil society/consumer organisation that is attuned to working on competition policy and law issues, especially from the

perspective of consumer welfare, the situation is totally opposite in a country like India. In **India and similar countries**, due to the fact that there are many civil society organisations/consumer groups working on these issues, there is often some difference of opinions among them. One organisation is also seen to undermine the other – and it often becomes difficult to form a consensus on a specific issue. In many countries, including India, the civil society views a competition law as a market access agenda by rich countries or a part of a neo liberal agenda, hence there is the issue of credibility and wider acceptance. In one case, since a workshop organised by a respectable research institution in **Thailand** was supported by the World Bank, many CSOs boycotted the same. In some other cases, such as in **Malaysia** and **Bangladesh**, there is an opposition to adopting a competition law by both state and non-state actors since competition policy is no longer on the WTO Doha Round agenda. Both these countries do not have a competition law, though it is being discussed currently.

#### 4.3 *Ill-developed concept of civil society*

36. It was witnessed in **Vietnam, Lao PDR and Cambodia**<sup>15</sup> that the concept of civil society itself was very new and rudimentary in nature. So, it was quite difficult in these countries to find a civil society organization – let alone one that could comment on government policies and sensitise policymakers/bureaucrats. The government has traditionally been considered to be the sovereign provider of basic goods and services; and therefore society had not felt the urge to stimulate coalition(s) that could advocate for change in the way the citizens are governed. Among these three countries the concept of civil society was somewhat better understood in Vietnam. It is important to note that both Vietnam and Laos are communist regimes, while Cambodia is not.

#### 4. Conclusion

37. Experience collated from the developing world (of Africa and Asia) indicate various dimensions for engaging civil society at each stage of evolution and implementation of the national competition regime.

38. Civil society participation in evolving and implementing competition regimes has helped in developing public opinion in favour of the need for an effective competition law in developing countries – as a means to promote economic democracy and good governance, aid economic growth, reduce poverty and promote and protect the consumer interest.

39. For enabling and ensuring civil society participation in the process of evolving and implementing effective competition regimes in developing countries, the following conditions appear to be necessary:

- A strong will, commitment and vision within the government circles (department, agencies, etc.) to engage the civil society/consumers organisations pro-actively at various stages (evolution, groundwork and implementation) of developing and implementing national competition regimes;
- Internal capacity among civil society organisations/consumer groups on competition policy issues – especially an understanding of how an effective competition regime can promote economic democracy and good governance, protect consumer interest and aid poverty eradication efforts in the developing world;
- Ability in the CSOs to sensitise other national stakeholders of the need to implement *effective* competition regimes and the benefits that would accrue from the same;

---

<sup>15</sup> Countries covered under the 7Up2 project of CUTS (project entitled, “*Advocacy and Capacity Building on Competition Policy and Law in Asia*”, <http://www.cuts-international.org/7up2-overview.htm>)



- Ability among civil society organisations of identifying anti-competitive practices and reporting their occurrences to the relevant authority;
- Commitment in the international development community to promote civil society participation in evolving competitive markets in the developing world by providing resources and acting as peer groups to persuade laggard countries to enable civil society to be established and flourish.

40. It is however sometimes quite challenging to meet these conditions. Some approaches (collated from CUTS rich and varied work on competition issues) that could prove beneficial in addressing them are enumerated here:

- Identifying allies in the government dedicated to the cause of implementing competition policy and law in developing countries, could prove to be a beneficial approach for consumer organisations/civil society committed to ensuring effective implementation of national competition regimes. One of the strategies often adopted by CUTS in India has been to identify senior parliamentarians and government officials with a basic understanding of competition issues and sensitising them of the need for promoting competitive markets in the country as a means to promoting the consumer interest etc.
- Explain the linkages between competition and economic development in developing countries in simple language, through reader-friendly publications. Similarly, the linkage between competition policy & law and consumer protection could be elucidated.
- Declare and observe a World Competition Day to draw the attention of the wider community on competition issues, somewhat like the World Consumer Rights Day or National Competition Days observed in several countries
- Attract the attention of the international development community to support work on competition policy & law issues (being a part of their work on economic/public policies in the countries of their interest).
- Establishment of an 'International Competition Fund' to be housed in an intergovernmental organisation, such as the World Bank, financed by penalties imposed on companies engaged in international cartels that victimise consumers across the globe, to be used to assist CSOs in developing countries to pursue competition reforms. CUTS has been campaigning for this fund, to be a useful resource for organisations wanting to undertake projects on competition issues in the developing world.<sup>16</sup>

41. National governments, intergovernmental organisations, international organisations specialising on competition policy & law issues and the international development community should combine their energies to ensure engagement of civil society organisations/consumer organisations in the various stages of evolving and implementing national competition laws in the developing world – in order to promote economic democracy and good governance, protect the consumer interest and aid efforts to eradicate poverty.

---

<sup>16</sup> Mehta, Pradeep S, 'Airline Cartel fines could be better used', Financial Times, London, 16<sup>th</sup> October 2007.





**PRESENTATION BY PRADEEP S. MEHTA**

**-- CUTS INTERNATIONAL --**



## Organisational Profile

*“Consumer sovereignty in the framework of social justice and equality, within and across borders”*

- Established in 1983; will be celebrating Silver Jubilee this year
- Accredited to UNCTAD, UNDP, UNEP, UNCSD, WTO, World Bank etc.
- Serves on several policy-making bodies in India and abroad
- Over 100 employees in ten offices

### Programme Areas:

- Consumer Protection
- International Trade and Development
- Competition, Investment and Economic Regulation
- Human Development
- Consumer Safety

2



## The Family Tree

### Programme Centres

- Centre for International Trade, Economics and Environment
- Centre for Competition, Investment & Economic Regulation
- Centre for Consumer Action Research & Training
- Centre for Human Development

### *New Initiative*

- CUTS Institute for Regulation and Competition

### Resource Centres

Jaipur, Calcutta,  
Chittorgarh and Delhi (India)  
London (UK)  
Lusaka (Zambia)  
Nairobi (Kenya)  
Hanoi (Vietnam)  
Geneva (Switzerland)\*

\* Forthcoming Centre

3



## International Network for Civil Society Organisations on Competition (INCSOC)



- A Network of 120 members from 53 countries
- Members represent CSOs, Research Institutes and Parliaments
- Close contact with international organisations

### *Milestone Publication*

- Competition Regimes in the World – A Civil Society Report

[www.incsoc.net](http://www.incsoc.net)

4



## Distillation of Experiences

- Completed projects in 20 developing countries across Asia and Africa, and Competition Regimes
- In a nutshell, two important considerations:
  - Convergence between competition and consumer protection policies:
    - Availability, quality and prices
    - End objectives of both policies are same
  - Lack of adequate resources within the institutions
    - Human, technical and financial resources

5



## CSO Participation in Evolution

- Stage I: Evolution of a Competition Law
  - Clear Policy Directives
    - Willingness to engage stakeholders
    - Participation needs clear policy directives e.g. “Working Group on Competition Policy” in **Mozambique**.
  - Public Consultation
    - Opportunity to provide comments on draft laws
    - Builds up interest and knowledge

6



## CSO Participation in Evolution (cont'd)

- Stage II: Developing Conditions
  - Sensitisation of Multiple Stakeholders
    - 7Up Approach
    - Successfully applied in 19 countries of Asia and Africa
    - Lauded by OECD Development Assistance Committee
  - Motivating National Research Projects
    - BIDPA, **Botswana**
    - Competition Commission of India, **India**
    - Competition Admin Deptt, **Vietnam**

7



## CSO Participation in Evolution (cont'd)

- Stage III: Actual Implementation of Law
  - CSOs working as Allies
    - Limitations pertaining to human and financial resources
    - Need to develop synergies with consumer groups
    - Pro-active civil society engagement

8



## Impediments in Civil Society Engagement

- Lack of Continuity
  - Garnering Resources for Functioning
  - Developing Capacity
  - Continuous Engagement
- Contradictions and Frictions
  - When many CSOs working on policy issues
  - Differences of opinion
  - Difficulty to form consensus
- Ill-developed concept of Civil Society

9



## **In Conclusion**

- Strong will, commitment and vision
- Capacity on competition law & policy issues
- Ability to sensitise other stakeholders
- Identify and report anti-competitive practices
- World Competition Day
- Commitment from the International Development Community
- International Competition Fund



## **SESSION IV**

### ***THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES***





## BACKGROUND NOTE

## TABLE OF CONTENTS

1. Introduction .....	3
2. The Interrelation Of Competition And Consumer Policy .....	4
3. Emerging Challenges .....	6
3.1. Developments in understanding of consumer behaviour.....	7
3.2. Expanding role of markets.....	12
3.2.1. Occupational licensing of the professions.....	13
3.2.2. Competition in social services.....	14
3.3. Conclusions .....	16
4. Institutional Design And Institutional Challenges .....	16
4.1. Benefits of integration .....	17
4.1.1. The portfolio of policy instruments.....	17
4.1.2. Shared expertise .....	18
4.1.3. Community support and public accountability.....	18
4.2. Costs of integration.....	19
4.2.1. Differences in substance and implementation.....	19
4.2.2. Limits on integration in practice .....	21
4.3. Conclusions on institutional design issues .....	21
5. Conclusions .....	22

## **THE INTERACTION AND COORDINATION OF COMPETITION POLICY AND CONSUMER POLICY: CHALLENGES AND POSSIBILITIES<sup>(\*)</sup>**

### **Background Note**

#### **1. Introduction**

1. That consumer protection policy and competition policy are largely interdependent instruments of economic policy, both aimed at serving a common purpose of enhancing the efficiency with which markets work, has been stated on many occasions and is widely accepted. It is also widely recognised that there can be, and at times are, tensions between those policies. Moreover, as a practical matter, there are differences in how those policies work, and in the nature of the process by which decisions are taken and implemented. Recognition of these interdependencies and of the differences leads naturally to a consideration of the institutional arrangements for these policies and specifically, of how they should be coordinated.

2. This paper explores these themes, setting out the main issues as a basis for discussion without seeking to be comprehensive in their treatment. It makes the following main points:

- Competition policy and consumer policy generally share a common purpose while relying on differing instruments to achieve that purpose. Usually, they reinforce one another; however, it is not uncommon for them to clash, for example, when consumer policy is used in ways that unnecessarily restrict competition. Also, the introduction of competition may occur without sufficient regard to consequential consumer protection issues (section 2);
- While these issues about the balance and coordination between competition policy on the one hand and consumer policy on the other are hardly new, they have attracted increased attention in recent years for a number of reasons, including
  - Advances in behavioural economics, which have highlighted the cognitive limitations affecting consumer behaviour (section 3.1); and
  - The extension of competition to new and difficult areas (section 3.2), including the professions and markets for public utilities and services.

While these developments do not alter the appropriate role of, or respective balance between, competition policy and consumer policy, they do strengthen the case for a coordinated approach to these policy areas;

- This naturally raises the issue of how that coordination is best achieved (section 4):

---

<sup>(\*)</sup> This paper was drafted as a Background Note by Henry Ergas (Regional Head, Asia Pacific, CRA International; Professor, Faculty of Business and Economics, Monash University, Australia) and Professor Allan Fels (Dean, The Australia and New Zealand School of Government – ANZSOG).

- While there can be benefits to integrating responsibility for the enforcement of competition policy and consumer policy within a single institution, the reality is that there will always be limits to the extent and effectiveness of that integration;
- Thus, the nature of these tasks associated with these policy areas differs in important respects; moreover, consumer policy inherently involves a very wide range of instruments, many of which are sector- or industry-specific, and which are not readily brought under a single umbrella;
- As a result, whatever view is taken of the appropriate degree, if any, of institutional integration of competition and consumer law enforcement, an important goal should be as a minimum to ensure that the competition policy authority has the expertise required to monitor developments in the design and administration of consumer policy and to act as an advocate for competition in the consumer policy process; similarly, consumer agencies should arguably, have the skills to monitor and assess competition issues.
- It is also likely to be important to ensure that there is within government, an entity that has “whole of government” oversight of consumer protection, and that exercises that oversight in a manner mindful of competition concerns;
- Periodic surveys of particular instruments – such as occupational licensing, or restrictions on advertising – aimed at reviewing whether they were consistent with efficient competition, may play a useful and important role in giving structure to this coordination process.

## **2. The Interrelation of Competition and Consumer Policy**

3. As a general matter, competition policy aims at protecting, and where appropriate and efficient extending, the range of choices available to consumers. At the same time, consumer policy seeks to protect, and where appropriate enhance, the quality of that choice, and to ensure that consumers can exercise choice effectively and with confidence in the fairness and integrity of market processes.<sup>1</sup>

4. That each of these policies largely promotes the goals of the other is readily exemplified.

5. Thus, as a general matter, the risk of displacement that bears on firms in effectively competitive markets creates incentives for those firms to develop and protect a reputation for being good quality suppliers, since this allows them to secure repeat business and reducing marketing costs. This reduces the burden that would otherwise fall on consumer policy in terms of enforcing product and service standards, as firms will have incentives of their own to meet and exceed customer expectations. In that sense, ensuring that a market is effectively competitive can help meet one of the central concerns of consumer policy.<sup>2</sup>

6. Equally, firms that operate in effectively competitive markets, and hence can hope to attract customers away from rivals, will have incentives to reduce those customers’ switching costs, both by informing them of the gains from shifting and by helping them to bear any once-off costs shifting involves. The result of firms investing in reducing the switching costs incurred by each other’s customers can be both to make competition more vigorous and to diminish the need for consumer policy interventions aimed

---

<sup>1</sup> See Muris, T. (2002), ‘The interface of competition and consumer protection’, Prepared remarks at the Fordham Corporate Law Institute’s 29<sup>th</sup> Annual Conference on International Antitrust Law and Policy; and Sylvan, L. (2004), ‘Activating competition: The consumer-competition interface’, 12 *Competition and Consumer Law Journal*.

<sup>2</sup> OECD (2004), *Identifying and tackling dysfunctional markets*, p. 3.

at reducing switching costs. Here too, ensuring a competitive supply structure may be an effective way of dealing with what, in some circumstances, would otherwise be a consumer policy problem – that is, switching costs.

7. The same applies to many consumer policy interventions. For example, policies that ensure that advertising and product descriptions are honest and reasonably informative, that contract terms and the obligations they involve are understandable and not disproportionate, and that consumers can reasonably expect products to be safe and fit-for-purpose, will both make consumer choice a more effective discipline (thus directly strengthening competition) and will force firms to compete on the merits (rather than on the basis of fraudulent or misleading claims or of unfair contract terms).<sup>3</sup> Equally, product standards, by facilitating comparisons between products, increasing the ease with which products from one supplier can be replaced by products from another, and concentrating competition on performance rather than on features that are inessential to it, can directly improve both consumer choice and the competitive process.

8. In short, each of these policy instruments can be used to advance the goals also pursued by the other: competition policy, by keeping markets effectively competitive, can reduce the work that needs to be done by consumer policy; consumer policy, by enhancing the ability of consumers to exercise choice, can help make markets more effectively competitive and force firms to compete on the merits, thereby supporting the ends of competition policy.

9. At the same time, each of these instruments can create challenges for the other.

10. For example, opening a previously highly regulated market to competition may well raise new issues for consumer protection:

- Many OECD countries faced new consumer protection issues as a result of the liberalisation of financial markets, which, however beneficial it may have been, exposed consumers to new risks and difficulties.<sup>4</sup>
- Equally, the introduction of competition into some public utility markets (such as electricity and telecommunications) has created challenges in terms of regulation of service quality and of issues such as the management of churn, of customer complaints and of disconnection for non-payment.<sup>5</sup> It has also raised questions about the ability of consumers to understand what are often complex pricing schemes and exercise choice between them.
- Finally, liberalisation of professional services poses complex questions about balancing competitive pressures (for example, in terms of pricing and marketing, including advertising) with the protection of consumers in situations characterised by potentially large information asymmetries and substantial error costs.

---

<sup>3</sup> European Commission (2004), 'Identifying and tackling dysfunctional markets', Note submitted to OECD for discussion at the joint meeting of the Competition Committee and the Committee on Consumer Policy, 13 October 2004, at pp. 2-3

<sup>4</sup> These challenges are discussed by Australia's Secretary to the Treasury at Henry. K. (2007), 'Connecting consumers and the economy: The big picture', Closing address to the National Consumer Congress, at pp. 7-8, available at [http://www.treasury.gov.au/ncc/content/download/Download/Download/Transcripts/connecting\\_consumers\\_and\\_the\\_economy.rtf](http://www.treasury.gov.au/ncc/content/download/Download/Download/Transcripts/connecting_consumers_and_the_economy.rtf)

<sup>5</sup> Some of these problems are discussed in Waddams, C. 'Reality bites - The problems of choice' and other papers following, in OECD (2006) *Roundtable on demand-side economics for consumer policy: Summary report*.

11. Moreover, when a market becomes more exposed to competition than it was previously (say, because of the removal of trade barriers), the incentives of market participants may change in ways that raise consumer protection concerns:

- For example, incumbent firms, faced with customers that are more mobile, may seek ways of locking customers in, including by building termination penalties into customer contracts. While those arrangements can be fully reasonable in some instances, they may raise both competition and consumer protection concerns in others.
- Additionally, to the extent to which an inefficient dominant firm realises that it will lose market share and perhaps even be entirely displaced, it may have less of an incentive to invest in long-term assets such as reputation, and therefore be more willing to take advantage of any customers it has that are locked in or otherwise vulnerable.
- Moreover, where the dominant firm was previously a monopolist operating in a highly regulated environment, it may well have very little experience with consumer-oriented marketing. Especially in the initial stages of competition, where the incumbent is seeking to slow and deflect competitive entry and clear consumer protection measures have not yet been put in place, this can result in a temptation to resort to tactics that are not fully consistent with accepted business practices.
- At the same time, the liberalised market may attract “fly by night” operators, whose unscrupulous practices undermine consumer confidence in the market as a whole, reduce consumers’ willingness to rely on information firms in that market provide, and thereby erode the incentives for all firms to act honestly. Moreover, those firms that do act honestly will be forced to bear additional costs in so doing (as they seek to signal to consumers the higher quality of the information they provide), increasing prices and reducing both consumer and producer surplus.<sup>6</sup>

12. In the same way, consumer protection policies, however well-intentioned they may be, can have adverse consequences for competition, with the ultimate outcomes being contrary to the goals that both consumer and competition policy should seek. Classic cases include prohibitions on comparative advertising, mandatory product standards that exclude low-cost entrants and products, and transparency and posted price requirements that facilitate collusion.<sup>7</sup>

13. In summary, the relation between competition policy on the one hand, and consumer policy on the other, is relatively complex. In most instances, the one supports the other; but there are cases where, in practice, they are in tension or conflict.

### **3. Emerging Challenges**

14. The issues associated the appropriate mix of competition and consumer policy have recently attracted increased attention partly as a result of developments in our understanding of consumer behaviour (discussed below at 3.1) and partly as a result of changes in the extent and functioning of markets (discussed at 3.2).

---

<sup>6</sup> In the extreme case, this results in the so-called ‘lemons’ problem discussed in Akerlof, G. (1970), “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”. *Quarterly Journal of Economics* 84 (3): 488–500

<sup>7</sup> A case study of inappropriate interventions can be found in the legal services market. See OECD (2004), *Identifying and tackling dysfunctional markets* at pp. 6-10.



### 3.1 *Developments in understanding of consumer behaviour*

15. The economics of consumer protection have received a considerable boost in recent years as a result of advances in “behavioural economics”. Those advances have stressed the impact that cognitive limitations have on consumer choice. The area of behavioural economics is very large indeed, and it is not possible or desirable to survey that area at all systematically here. However, a consideration of some important aspects of the results found in the literature on behavioural economics is helpful in illustrating how competition and consumer policy considerations interact.

16. Thus, economists have long recognised that information is costly and imperfect, so that consumers may not be able to allocate their budgets in ways that always secure the products they prefer, at the lowest prices available and hence from the most efficient supplier. That standard model of rational choice under conditions of costly and imperfect information remains an extremely powerful tool for understanding consumer and competition policy issues, and framing appropriate policy responses. What “behavioural economics” adds, relative to that model, is an emphasis on what appear to be departures from rational decision-making, at least as that is defined in conventional decision analysis. Those deviations from “rational actor” conduct could cause consumers to take decisions that appear inconsistent with welfare maximisation even when markets are reasonably competitive and search and information costs are not especially high. Indeed, some of these results suggest that increased competition, to the extent to which it leads to a proliferation of choices available to consumers, could yield only small, or in some instances even negative, welfare gains.<sup>8</sup>

17. While many of these findings are robust in experimental terms<sup>9</sup>, their interpretation is understandably controversial.<sup>10</sup> Even more importantly, it is by no means clear that they amount to a case for a more interventionist – “paternalist” – stance in respect of consumer protection policy generally. Nor is it clear that these findings diminish the value of, or weight that should be given to, protecting (and where appropriate, promoting) competition. In effect, a move away from primary reliance on competitive markets as the means of empowering consumers and/or to a more interventionist approach to consumer policy could involve substantial costs. These include the costs of the regulatory errors that are inevitable under a paternalist approach, especially one that involves limiting consumer choice.

18. Moreover, those costs need to be weighed against the fact that if cognitive limitations lead to potential gains from trade not being realised, then firms themselves may have incentives to seek ways of achieving those gains. There may, in other words, be market solutions to some of the welfare losses that would otherwise arise from constraints on individual rationality. Put slightly differently, competition and market forces may themselves be important ways of addressing concerns about the efficacy with which consumers take complex choices, because firms in competitive markets have incentives to offer consumers “solutions” that allow potential gains from trade to be more fully realised.

---

<sup>8</sup> See Ergas, H (2007) “Policy Implications of behavioural economics: the case of consumer protection”, *Productivity Commission Round Table on Behavioral Economics*, Melbourne, Australia.

<sup>9</sup> See generally Guala, F. (2005) *The Methodology of Experimental Economics*. Cambridge University Press.

<sup>10</sup> For example, Plott and Zeiller, “Exchange Asymmetries Incorrectly Interpreted as Evidence of Endowment Effect Theory and Prospect Theory?”, *American Economic Review*, September 2007, and Plott and Zeiller, “The Willingness to Pay–Willingness to Accept Gap, the ‘Endowment Effect,’ Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuation,” *American Economic Review*, June 2005, suggest that results that seem consistent with behavioural models of choice may also be fully capable of being explained by conventional rational choice models.

19. To take but one case, where the basic difficulty lies in frailty of will – for instance, with respect to commitments to save – products can develop that seek to at least reduce that difficulty through various forms of pre-commitment. For example, a successful voluntary superannuation scheme in Australia, offered by a number of major employers to new employees, relies on the lower likelihood of consumers “opting out” from a default position than “opting in” – that is, on an endowment effect. If employees do not choose to “opt out”, the scheme commits them to paying a higher than mandatory rate of superannuation contribution.

20. Equally, “confusopoly” – apparently deliberate attempts by firms to offer consumers choices that are confusing, for example, in terms of having prices that are difficult to compare with other offers in the market – may well be a serious problem for some consumers. However, just as some firms can seek to gain customers by making offers difficult to analyse or compare, other may compete by cutting through the confusion and offering simple pricing that consumers find attractive. Attempts by incumbents at “muddying the waters” create incentives for one or more suppliers to differentiate themselves by introducing a price structure that is simpler and hence more attractive. Experience highlights how powerful this mechanism can be.

21. Thus, in many countries, the initial stages of telecommunications deregulation saw a proliferation of complex pricing plans, especially for long distance service, making it very difficult for consumers to evaluate “value for money”. More recently, however, there has been a trend to simpler, clearer pricing, with “all you can eat” schemes bundled across multiple services coming into widespread use.

22. Equally, in aviation, competition between traditional full service airlines involved complex price discrimination, structured around restrictions on the date, day and time of travel, including through minimum stay and Saturday night requirements. The relatively high margins this permitted created opportunities for competitive entry, with Value Based Airlines (such as SouthWest in the United States, RyanAir in Europe and Virgin Blue in Australia) introducing a far simpler pricing scheme, in which there are no minimum stay restrictions and prices are set mainly according to time of purchase. Faced with this form of competition, full service airlines have responded by greatly simplifying their own pricing, facilitating effective consumer choice.

23. In retailing too, sales and other specials serve as useful forms of price discrimination, but also increase consumer search costs (indeed, that is an important part of how the price discrimination works). Walmart in the United States broke this pattern and adopted an “Everyday Low Prices” model, in which prices are set on the basis of low, but stable, mark-ups. That model has been widely taken up internationally, and studies find that those firms adopting this model have seen a significant increase in their market share and generally in their relative profitability, while competition in retailing has become more intense.<sup>11</sup>

24. The crucial point in all of these cases is that decision-making technologies are not merely the work of consumers – they also depend on the action of firms. Profit-maximising firms have incentives to exploit otherwise foregone gains from trade, including by improving the ability of consumers to act on their preferences. These incentives are likely to be strongest for the most efficient firms, as they have more to gain by reducing search costs. As a result, these firms can and in many cases do undertake actions that

---

<sup>11</sup> Hoch, Stephen J. and Dreze, Xavier and Purk, Mary E. (Oct 1994), *EDLP, Hi-Lo, and Margin Arithmetic*, *Journal of Marketing*, 58; Lal, Rajiv and Rao, Ram (1997), *Supermarket Competition: The Case of Every Day Low Pricing*, *Marketing Science*, 16 (1); Ortmeyer, Gwen and Quelch, John A. and Salmon, Walter (Fall 1991), *Restoring Credibility to Retail Pricing*, *Sloan Management Review*, 55 (12); and Tang, Christopher S. and Bell, David R. and Ho, Teck-Hua (Winter 2001) *Store Choice and Shopping Behaviour: How Price Format Works*, *California Management Review*, 43 (2).

“internalise”, and thereby offset, the costs (in terms of foregone gains from trade) that would otherwise arise from cognitive constraints on consumer decision-making. This aspect of competitive dynamics is typically absent both from the laboratory settings in which much behavioural economics research has been undertaken.<sup>12</sup>

25. The response of firms to cognitive limitations affecting consumers is also largely absent from models of markets characterised by “shrouded attributes” – that is, situations in which some consumers, but not others, are unaware of hidden costs associated with certain products (such as cartridges for ink-jet printers and broadband charges in hotel rooms).<sup>13</sup> In these situations, it may not be profitable for producers to disclose the hidden costs, so long as sophisticated consumers have the ability to avoid them while still buying the products, which are cheaper because of the “subsidy” naïve consumers provide.

26. While these “shrouded attributes” models are elegant and at times suggestive,<sup>14</sup> they rest on strong assumptions. More specifically, as well as the conventional – and demanding – individual rationality assumptions required to solve games of this type, there is the assumption that no firm would gain a significant first-mover advantage by deviating from the “hidden costs” strategy.<sup>15</sup> This assumption seems quite inconsistent with the experience summarised above, where firms have derived significant innovators’ rents by being the first to exploit previously unrealised gains from trade.<sup>16</sup>

27. To suggest that market forces can, at least in part, correct some of the biases and limitations associated with consumer choice is not to say that businesses do not seek to exploit those very biases and limitations. Indeed, the opposite is likely to be case, most obviously in consumer marketing and advertising, which relies on an increasingly sophisticated understanding of how consumers choose. This makes it important for regulators to take account of those biases and limitations in assessing consumer marketing and advertising, especially in respect of products with direct consequences for health and safety. However, the point remains that to the extent to which cognitive biases and limitations prevent consumers from actually choosing in line with their preferences – whatever those preferences may be, and regardless of how well founded they are – one of the ways in which firms can seek to secure a competitive advantage

---

<sup>12</sup> One of the few attempts to mimic the effects of this kind of innovation is the paper by Chu, Y. P and R. L. Chu (1990) “The Subsistence of Preference Reversals in Simplified and Market like Experimental Settings” *The American Economic Review*, vol 80, pp. 902-911. The authors introduce arbitrage into a money-pump game. Interestingly, they find that while subjects display preference reversals absent arbitrage, once they are exposed to arbitrage their preferences converge towards consistency with “rational actor” norms.

<sup>13</sup> See Ellison, G. (2005) “A Model of Add-On Pricing” *Quarterly Journal of Economics*, vol. 120, pp. 585-638 and Gabaix, X. and D. Laibson (2006) “Shrouded Attributes, Consumer Myopia and Information Suppression in Competitive Markets” *Quarterly Journal of Economics*, vol. 121, pp. 505-540.

<sup>14</sup> See for example, the application of such a model to residential mortgages in Campbell, J. Y. (2006) “Household Finance” *The Journal of Finance*, vol. 61, pp. 1553-1603.

<sup>15</sup> Campbell, for example, assumes that firms have no form of intellectual property protection, or that that protection is so weak that there are no innovator’s rents. Additionally, this type of model tends to be highly sensitive to the precise population shares of “sophisticated” and “naïve” consumers, to the willingness to pay of these respective groups of consumers and to search costs.

<sup>16</sup> Interestingly, economists very often assume that firms cannot make durable unilateral gains by deviating from a coordinated pricing strategy because pricing strategies are readily copied. (This underpins the concept of a “quick response equilibrium”, such as that embodied in the kinked demand curve.) In commercial reality, however, devising and implementing pricing strategies is often extremely complicated, and involves changes in systems, in training and billing, accounting and auditing arrangements. As a result, major changes in price structures are often very difficult to copy, and especially to copy well and quickly.

(and profit from the fuller realisation of gains from trade) will be by assisting consumers to improve on the choices they make.

28. In short, while the results of the behavioural economics may suggest a need for a consumer policy response – in the direction of greater paternalism – it may be that at least some of the issues it raises are best addressed through the competitive process: that is, by ensuring competitive forces are effective.

29. While it is important to recognise these limits of the policy inferences properly drawn from findings in behavioural economics, it would be a mistake to suggest that market incentives will cure all cognitive limitations.

30. This has long been recognised by economists with respect to that markets that are distorted by misrepresentation, which in its extreme forms amounts to fraud. As with all information asymmetries, misrepresentation can give rise to allocative inefficiencies (as trades will not reflect accurate valuations of the goods being traded), as well as to productive inefficiencies (because consumer search costs are increased, production may be allocated to less rather than more efficient firms, and firms may waste resources either in lying or in trying to establish a reputation for telling the truth). Of course, in the extreme (and even in conventional models of rational choice), bad information drives out good, no firm has the ability or incentive to disclose truthfully, and the market disappears.<sup>17</sup>

31. The same issues about the efficacy of the self-remedying properties of markets can arise, albeit likely in significantly less extreme form, in some of the cases that have been discussed in the consumer policy literature arising from behavioural economics.

32. For example, even when market solutions do emerge to problems such as “confusopoly” or to the pricing of “shrouded attributes”, those solutions may be directed at the more sophisticated consumers (who in any event would have likely suffered the least harm), leaving other consumers still exposed.

33. Indeed, it could be argued that the rise of the Internet as a marketing channel has aggravated the problem of vulnerable consumers. In effect, Internet marketing channels provide firms with considerable scope to differentiate their offers as between customer segments, and most obviously and immediately, as between consumers who are frequent and confident users of the Internet and those who are not. This reduces the extent to which sophisticated consumers “price protect” those consumers who are unsophisticated. While this problem may be merely transitory for some classes of consumers – who over time will become more adept at using the Internet and hence will benefit from the marketing features it provides – they will persist for others, such as the intellectually disabled, the very elderly and (at least in countries such as Australia) important parts of the indigenous population. The policy issue this raises is whether those more vulnerable consumers are best protected through the general instruments of consumer policy, or by more targeted interventions.

34. Moreover, for some of cognitive limitations highlighted in the behavioural research, market solutions may simply not emerge. “Addiction goods” are potentially a case in point, as consumers, prior to addiction, may not value “non-addictive” variants sufficiently to allow them to drive more harmful

---

<sup>17</sup> This is the extreme case of adverse selection, in which the market collapses, so that all the potential gains from trade are lost. See Akerlof, G. (1970) “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, pp. 488-500 and Hillier, B (1997) *The Economics of Asymmetric Information*. St. Martins’ Press, Inc., New York, N.Y., pp. 46-49. The other way of stating matters is to note that complete distrust is a self-enforcing equilibrium: see for example, Gambetta, D. (1998) “Concatenations of Mechanisms” in Hedstrom, P. and R. Swedberg (1998) *Social Mechanisms*, Cambridge University Press, Cambridge, UK, pp. 102-124.

varieties out of the market.<sup>18</sup> Here too, the greatest risks are likely to fall on vulnerable consumers, such as young people who are vulnerable to the lure of advertisements for cigarettes, alcohol and other potentially addictive goods.

35. That said, care needs to be taken, in protecting those consumers who are most vulnerable and/or poorly informed, not to unduly undermine the rewards to those consumers who invest in information gathering.

36. It is true that there are cases where the nature of information as a pure public good means that duplicated search amounts to nothing but waste<sup>19</sup>; but there are also many cases where private investment in information is socially valuable, because it helps guide the price discovery process to ever changing fundamental values. In these latter instances, efforts at improving the position of less-informed consumers can reduce the return other consumers make by investing in information, and hence erode the quality of price discovery and welfare overall.

37. This trade-off has been extensively studied in the context of consumer protection issues in securities markets; suffice it to say most economists would place considerable weight on the need to ensure disclosure requirements do not eliminate incentives for costly information acquisition, while still encouraging widespread participation in the relevant markets.<sup>20</sup> This does not mean that vulnerable consumers should not be protected; rather, it means that the protection should be designed in a way that avoids unnecessary harm to the incentives that those consumers who are able to invest in information face to do so.

38. In short, there is a need for caution in drawing from the findings of “behavioural economics” generalised inferences about the stance of consumer and competition policies, all the more so given the fact that regulators too, suffer from cognitive limitations, imperfect information and other constraints on decision-making. Moreover, there will generally remain an issue about which instruments are most appropriate for dealing with the market imperfections arising from cognitive limitations on consumers’ ability to make complex choices.

39. This is important because the findings of behavioural economics do seem of obvious relevance to the *design* of consumer policy interventions, if not to the determination of the optimal extent of those interventions.<sup>21</sup>

40. Behavioural economics may, in other words, be even more valuable in helping shape *how* consumer policy agencies intervene than in determining *whether* to intervene. For example, labelling requirements need to take account of the way “information overload” can degrade the quality of consumer decision-making. Equally, an awareness of the biases associated with endowment or default positions may

---

<sup>18</sup> Although for a contrary view with respect to narcotics, see O’Flaherty, Brendan (2005) *City Economics*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., at Chapter 17.

<sup>19</sup> See Barzel, Y. (1982) “Measurement costs and the organisation of markets” *Journal of Law and Economics*, vol. 25, pp. 27-48 discusses these instances but concludes that when the relevant conditions apply, producers will take measures to avoid wasteful duplication of search.

<sup>20</sup> See O’Hara, M. (1995) *Market Microstructure Theory*, Blackwell Publishing and Harris, L. (2003) *Trading and Exchanges*, Oxford University Press, Oxford, UK. The need to protect the returns on investment in information, and the importance of maintaining a mix of investor types in the market, can justify limitations on disclosure requirements, such as allowing reduced transparency (i.e. somewhat reduced pre- and post-trade disclosure) for block trades.

<sup>21</sup> See especially Mulholland, J (2007), “Behavioral Economics and the Federal Trade Commission”, *Paper for the Productivity Commission Round Table on Behavioral Economics*, Melbourne, Australia.

be useful in deciding how schemes that involve opt-outs (for example, for liability) should be structured. Similarly, framing effects may be relevant to the design of regulations affecting advertising material, for instance with respect to the fat and sugar content of foods. Finally, the reliance that research in behavioural economics places on experimental trials has resulted in significant improvements in the practice and methodology of experimental economics; given those improvements, there is considerable scope for consumer protection agencies to use experiments in the design of policy instruments (such as labelling standards) and perhaps even in examining individual cases (for example, in assessing whether a particular advertisement is indeed misleading).

### 3.2 *Expanding role of markets*

41. Bringing the insights and methods of behavioural economics to bear on the design of consumer policy interventions may be especially important in the areas that are currently at the frontier of competition policy.

42. The last fifteen years have seen a far-reaching process of liberalisation in both the OECD countries and in many developing countries.

43. A forthcoming paper, for example, finds that taking the world's 57 largest economies from 1970 onwards, *56 out of these 57 countries have become less regulated over the period*: the only exception to the general trend is Venezuela.<sup>22</sup> Within the 21 countries in the OECD group, the greatest decreases in market-limiting interventions occurred in Portugal, followed by New Zealand, the UK and Sweden. Among the other advanced countries, Israel stands out. As for the developing countries, countries which significantly decreased the extent of market-limiting interventions include Mexico, Egypt, Turkey, India, Brazil, Argentina, Chile and Peru. Additionally and importantly, the difference in the extent of reliance on markets between the OECD group and the other 'advanced economies', on the one hand, and the developing countries and former communist countries on the other, has narrowed appreciably since 1970.

44. This change, which in many countries reflects a greater appreciation of the merits of competition as a means of allocating society's resources, has also created significant new challenges for competition policy and for consumer policy. Those challenges have been most acute in areas such as the traditional public utilities, where issues include the difficulties of preventing nascent competition from being eliminated and the difficulties consumers face in exercising choice in areas which have long been monopolies. There have also been significant difficulties in liberalised finance markets, especially in protecting consumers who are taking choices that are often highly complex.

45. More recently, there has been discussion of the scope to introduce, and in numerous instances moves to actually introduce, greater competition in the professions and in social services (which include education, health and aged care). These are markets that are often complex for consumers to operate in, all the more so as they are relatively new or rapidly changing. Moreover, in some instances, the decisions consumers take in these markets can have very serious consequences – as is obviously true for education, retirement savings and health care – but product quality and “value for money” are difficult to observe and assess. All of these difficulties are again more acute, and potentially more laden with severe consequences, for consumers who are poorly educated or otherwise especially vulnerable, such as the elderly, the sick and the frail.

46. The issues this poses for the interaction of competition policy and consumer protection can be illustrated by considering two cases: occupational licensing, especially of the professions; and the introduction of competition into markets for social services.

---

<sup>22</sup> Henderson P. D. (2007) “The Uneasy Trend to Greater Economic Freedom” mimeo.

### 3.2.1 Occupational licensing of the professions

47. The term “professions” embraces a wide range of services in the modern economy including accounting, architecture, legal, medical, paramedical, engineering, perhaps estate agents and other categories which shade into skilled occupations such as electricians, plumbers, and many others. In most if not all countries, entry into these occupations is regulated, as is the conduct of those who are licensed to engage in them.

48. The primary justification for these regulations lies in information imperfections.

49. Thus, a person purchasing goods or services needs to make an assessment of the quality of the goods or services. The consequences of making incorrect judgments (i.e. the risk) for a relatively simple good with few characteristics are likely to be small, especially when consumers can form a reasonably accurate estimate of the value of the good.

50. However, professional services are significantly more difficult for consumers to assess. Five key characteristics of professional services will tend to magnify the information asymmetry and its consequences. First, services are generally not observable before they are purchased as the consumer cannot inspect a service before purchase in the same direct way as can be done with most goods. Second, professional services are by their nature complex and often require considerable skill to deliver and tailor to the consumer's needs. It can therefore be difficult for the consumer to assess the quality of the service before it is purchased. Third, the quality of many professional services can be difficult to assess even *after* the service has been purchased. For example, if a person hires a lawyer to undertake litigation which is ultimately unsuccessful, it can be difficult for the consumer to know whether the legal services were poorly delivered or that the case was inherently difficult to win. Fourth, many consumers are very infrequent consumers of professional services. Therefore, they do not have repeat purchases from which to assess quality. Fifth, the consequences of purchasing poor professional services can be significant. For example, the service may represent a large expenditure for the consumer and a defective service (e.g. a heart by-pass operation) can cause serious and irreversible harm.<sup>23</sup>

51. These characteristics can be used to justify regulation aimed at quality assurance. Such schemes are intended to provide a guaranteed level of service quality to consumers and therefore reduce risks associated with purchasing professional services. To some extent these schemes substitute search and information gathering by individuals with information gathering and assessment through some regulatory mechanism. These arrangements can reduce the transactions cost for consumers and help the market to function efficiently.

52. However, experience also shows that these regulations often have impacts that go far beyond assuring or seeking to assure the quality of the services consumers receive. Those impacts can include:

- The *creation of a monopoly* by the exclusive reservation of work and activity to the profession. Associated with that there may be a further division of work by the exclusive reservation of work to certain categories of that profession e.g. cosmetic surgery to be done only by “cosmetic surgeons”;
- The establishment of *anticompetitive restrictions on entry* to a profession by a licensing or accreditation arrangement or by restrictions on entry by a foreigner or by a person from another region in that country;

---

<sup>23</sup> See Allan Fels, David Parker, Blair Comley and Vishal Beri (2001) “Occupational Regulation”, in the *Anticompetitive Impact of Regulation*, eds Guiliano Amato, Laraine L. Laudati, Edgar Elgar, pp 104 to 115.

- The imposition of *anticompetitive restrictions on behaviour* e.g. regarding prices or advertising or ethics; and
- There may also be *particular forms of anticompetitive conduct* e.g. price-fixing agreements and collective boycotts which, were they undertaken in other markets, would be in clear breach of the competition laws.

53. Faced with these consequences, the central challenge for policy is to find ways of addressing the legitimate concerns associated with the need for quality assurance, while creating scope for competitive forces to operate far more fully than they traditionally have. This will, by necessity, involve a tightly coordinated combination of competition policy and consumer protection tools:

- The consumer policy tools should seek approaches that are effective in protecting consumers, while not being unduly or unnecessarily restrictive of competition; while
- Competition policy should be brought to bear to ensure that subject to appropriate consumer protection safeguards being in place, competition is allowed to work where it can, including by the elimination of unjustified restrictions on entry and on competitive conduct.<sup>24</sup>

### 3.2.2 *Competition in social services*

54. A similar need for close coordination between competition policy and consumer policy also arises in moves to introduce market or market-like forces into the traditional social services.

55. Thus, as noted above, steps are being taken in a number of OECD countries to expand consumer choice in the social services traditionally provided by governments.<sup>25</sup> Similar moves have also been made in a number of developing economies, including Colombia (which recently ran a program that provided vouchers to students to attend private schools)<sup>26</sup>, Chile<sup>27</sup> and Indonesia<sup>28</sup>. Moreover, the World Bank has highlighted the contribution competition in the supply of services such as education and health can make to ensuring efficient use of the limited resources developing countries have for investment in social infrastructure.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> The Australian experience in this respect is discussed in Allan Fels (2006) "The Australian Experience Concerning Law and the Professions" in Ehlermann (ed.) *Competition Law and the Professions*, European University Institute, Florence.

<sup>25</sup> For an overview see Lundsgaard, J. 2002, 'Competition and efficiency in publicly funded services', OECD Economic Studies, available at <http://www.oecd.org/dataoecd/42/36/22027701.pdf>

<sup>26</sup> Angrist, J. et al 2002, 'Vouchers for private schooling in Colombia: Evidence from a randomized natural experiment', *American Economic Review* 92(5).

<sup>27</sup> Hsieh, Chang-Tai and Urquiola, Miguel S., "When Schools Compete, How Do They Compete? An Assessment of Chile's Nationwide School Voucher Program" (October 2003). NBER Working Paper No. W10008

<sup>28</sup> Bedi, A. and A. Garg 2000, 'The effectiveness of private versus public schools: The case of Indonesia', *Journal of Development Economics* 61(2).

<sup>29</sup> Hanushek, E. and L. Wolfsmann 2007, *Education quality and economic growth*, World Bank, pp. 20-21.



56. Although these moves have great potential to improve the efficiency with which those services are provided,<sup>30</sup> they also raise very challenging issues for both competition and consumer policy.

57. For example, while most countries have long had non-government schools, parents' ability to exercise choice within the public system has often been limited by rules that allocate children to particular schools (usually on the basis of place of residence). At the same time, funding rules have limited the extent to which public subsidies to schools follow the flow of students, distorting competition both within the public system (to the extent to which schools that gain students do not similarly gain in funding) and between the public system and the non-government sector. Allowing greater parent choice, and making the income stream to schools more dependent on that choice, can be a powerful way of increasing the responsiveness of the education system to parental preferences.<sup>31</sup>

58. However, securing those gains, and ensuring that they are to the ultimate benefit of students and society, involves myriad issues of policy design. To the extent to which schools move into the competitive arena, difficult questions need to be addressed about information disclosure (which is vital to the exercise of choice, but may distort the incentives facing teachers and school administrators),<sup>32</sup> about information sharing and cooperation between schools, and about how desirable information sharing can be reconciled with effective competition.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Hanushek, E. and L. Wolfsmann 2007, *Education quality and economic growth*, World Bank, pp. 20-21; M Harrison 2004, *Education Matters: Government, Markets and NZ Schools*, NZBR, Wellington; C. Hoxby 1994, 'Do Private Schools Provide Competition for Public Schools?', NBER Working Paper No. W4978. S Bradley and J. Taylor 2002, 'The Effect of the Quasi-market on the Efficiency-equity Trade-off in the Secondary School Sector', 54, *Bulletin of Economic Research* p. 295-314; E Hanushek, and S. Rivkin 2003, 'Does Public School Competition Affect Teacher Quality?', *The Economics of School Choice* ; G Holmes, J. DeSimone and N. Rupp 2003, 'Does School Choice Increase School Quality?' NBER Working Paper No. W9683 May; and P Bayer and R. McMillan 2005, 'Choice and Competition in Local Education Markets', NBER Working Paper No. W11802..

<sup>31</sup> See Burgess, S., C. Propper and D. Wilson 2004, 'The impact of choice in education and health: a review of the economic literature', Centre for Market and Public Organisation, particularly on pp. 15-23. Such considerations are equally relevant to developing economies where as noted previously there has been a wealth of policy experiments – see for instance Patrinos, H. 2006, 'Public-Private Partnerships: Contracting Education in Latin America', World Bank; Barrera-Osorio, F. 2007, 'The Impact of Private Provision of Public Education: Empirical Evidence from Bogota's Concession Schools', World Bank; and Patrinos, H. and S. Sosale (eds) 2007, 'Mobilizing the Private Sector for Public Education : A View from the Trenches', World Bank.

<sup>32</sup> In reviewing the economic literature, Burgess, S., C. Propper and D. Wilson 2004, 'The impact of choice in education and health: a review of the economic literature', Centre for Market and Public Organisation conclude that (p. 16): "For choice to work, the supply side must be responsive to (changes in) demand. But the form that these responses take depends on the type of performance measure used and the incentives therefore created.. If parental choice is based on the information contained in performance measures, schools have the incentive to improve measured performance. This does not necessarily mean an improvement in actual outcomes... Different performance measures may be suited to the different objectives of accountability and facilitating a choice programme." The influence of target setting and information disclosure on providers (and the unintended consequences that can result in) are discussed in Hood, C. (2006) "Gaming in Targetworld", *Public Administration Review*, 66(4), 515.

<sup>33</sup> This is illustrated by cases in the UK and US where private schools and colleges have come under investigation or lawsuits for alleged anti-competitive conduct because of information sharing and cooperative practices. In the UK, private schools came under investigation in late 2006 for exchanging information on future fees – see Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/05/2006, 'Exchange of information on future fees by certain independent fee-paying schools', 20 November 2006. In the US, in 1993 the federal government successfully challenged an agreement between universities limiting

59. Similar issues arise in health care. Particularly for countries that are experiencing rapid population aging,<sup>34</sup> the issues that are central to ensuring efficient provision of health care services are changing. While the provision of care for acute conditions remains of obvious importance, there is a growing emphasis on (and allocation of resources to) the treatment of chronic conditions, such as the various impairments associated with age (for instance, dementia), as well as those associated with obesity and other “life-style” diseases.<sup>35</sup> These are forms of care where choice by consumers (or their families) can be especially important, both because the care itself can involve a *de facto* choice of living conditions (as is the case, for example, for residential aged care), and/or because patient incentives and motivation matter greatly to the efficacy of treatment (as in the treatment of life-style conditions).

60. However, making choice work well in these areas is no easy matter; as with schools, it involves difficult questions about information disclosure and consumer rights and obligations, as well as difficult issues about how competition between providers can be reconciled with the wider social objectives that are also being pursued. Here too, different forms of expertise – of health practitioners and specialists, of competition authorities and of experts in consumer protection – need to be brought to bear in the design of market (or “market-like”) instruments.<sup>36</sup>

### 3.3 *Conclusions*

61. In summary, issues associated with the interaction between consumer protection and competition policy have received considerable attention in recent years, with some of that increased attention coming from research findings about inherent limitations on the quality and efficacy of consumer choice. It would be premature and likely incorrect to conclude from those studies that less reliance should be placed on consumer choice in a competitive market-place as the best means for promoting efficiency and social wellbeing. However, they do have important implications for policy design, most obviously of consumer protection measures. As competition and consumer policy are extended into new areas – such as emerging markets for the social services traditionally provided by governments – the lessons of that research need to be brought fully to bear.

## 4. **Institutional design and institutional challenges**

62. The discussion above has highlighted the interdependence between competition policy on the one hand, and consumer policy on the other, and the shared nature of the objectives they pursue. It has also highlighted the way they come together in policy design, most obviously when competition is being extended to new areas. This leads naturally to a consideration of the institutional arrangements for competition policy and consumer policy, including the question of whether they should be “housed” within a single institution.

---

competition in the distribution of financial aid through an agreement to award aid solely on the basis of need through a common formula – see *United States v Brown Univ.* 5 F.3d 658.

<sup>34</sup> The Australian case is illustrative of the wider OECD trend. Thus, on current demographic projections, the number of Australians aged 85 and over will increase from 330,000 in 2006 to 580,000 in 2021 and then to over 1.6 million in 2051 – see generally Ergas, Henry and David Cullen (2007) *Providing and Financing Aged Care in An Aging Society*, (in press) available at [www.greenwhiskers.com.au](http://www.greenwhiskers.com.au).

<sup>35</sup> Extrapolating from similar trends in the US – see Reynolds, S. L., Y. Saito and E. M. Crimmins, 2005, ‘The Impact of Obesity on Active Life Expectancy in Older American Men and Women’, *The Gerontologist*, vol. 45, pp. 438-444. See Ergas, Henry and David Cullen, *ibid*, for a discussion of trends in chronic disease and their implications for provision and choice in aged care.

<sup>36</sup> For a good survey of the impact of consumer choice in health markets see Burgess, S., C. Propper and D. Wilson 2004, ‘The impact of choice in education and health: a review of the economic literature’, Centre for Market and Public Organisation, pp. 25-33.

63. There are both benefits and costs to placing competition policy and consumer policy within a single institution. We consider first the benefits and then turn to an assessment of the costs.

#### **4.1 Benefits of integration**

64. There are three major advantages to integrating the primary responsibility for competition policy and consumer policy within a single institution. These are:

- Gains from treating competition and consumer policy as instruments that can be flexibly combined and more generally managed within a single portfolio of policy instruments;
- Gains from developing and sharing expertise across these two areas; and
- Gains in terms of the wider visibility to the community, and understanding in the community, of competition and consumer issues.

##### *4.1.1 The portfolio of policy instruments*

65. By keeping markets effectively competitive, competition policy can reduce the work that needs to be done by consumer policy; equally, consumer policy, by enhancing the ability of consumers to exercise choice, can help make markets more effectively competitive and force firms to compete on the merits, thereby supporting the ends of competition policy. This interdependence is important because it means that there may be scope for substitution between these instruments. As a result, joining the instruments within a single armoury may allow both objectives to be pursued at lower net cost (or equivalently, with greater net gain), as the least cost instrument is used in each fact situation.

66. For example, as a general matter, competition policy, other than by prohibiting anti-competitive conduct, has relatively little scope to make markets more structurally competitive than they would otherwise be; moreover, policies that seek to “de-concentrate” oligopolistic markets, either through forced divestments or by subsidising or otherwise assisting entry, are often contentious and often seem likely to impose costs that are considerably greater than the benefits. In that sense, competition authorities may have few means to alter the supply side of markets so as to make rivalry a more effective discipline. However, in those cases, action on the demand side of the market may provide an effective alternative: for example, if better consumer information, or reduced switching costs, make the demand each firm faces more elastic, that will usually create incentives for each firm to price more aggressively for any given market structure.<sup>37</sup>

67. The value of seeing these instruments as being within a common portfolio of tools is accentuated by the fact that consumer policy can often be tailored to the needs of particular markets in ways that would be impossible and/or inappropriate for competition policy. For example, it would not be desirable to have a specific set of competition policy instruments that applied to (say) electricity retailing; however, the particular issues associated with improving customer information in that market may well be properly dealt with through consumer policy instruments (such as information campaigns) that are specific to the market at issue. In that sense, while competition policy is by its nature a relatively blunt instrument, interventions on the demand side of markets may be capable of addressing industry specificities in a more finely honed way.

---

<sup>37</sup> This is not always the case. For example, in a market that is growing rapidly, switching costs may induce firms to bid more aggressively for customers so as to benefit from subsequent lock-in effects. Artificially lowering switching costs in such a market may attenuate price competition, at least in the growth phase. However, the reduced competition in the growth phase may be offset by more intense competition once the market size has stabilised. As a result, even in those cases, there is a trade-off between switching costs and competition.

68. At the same time, managing these instruments within a common portfolio may be an effective way of identifying, and thus avoiding or reducing, inconsistencies in policy settings. For example, mandatory product standards can limit competition by restricting low cost, low quality producers from entering markets. That harmful consequence is more likely to be revealed, and to cause corrective action, in an institution that is also attuned to the goal of promoting competition, and whose functions lead it to undertake competition investigations across a wide range of markets, than in one that is not. More generally, by ensuring that each market and the instruments brought to bear on it are seen as a whole – in terms of the functioning of both that market’s supply side and of its demand side – the risk of one set of policies being used to undermine the other can be better controlled.

#### 4.1.2 *Shared expertise*

69. Particularly but not solely in smaller economies, the stock of expertise available to the public sector for analysing complex policy issues to do with the structure and functioning of markets is likely to be very limited. As both consumer and competition policy draw on similar types of expertise, managing what expertise there is within the framework of a single institution may allow it to be used more efficiently.

70. At the same time, such integrated management may provide opportunities for professional development in which individuals are exposed to, and develop a detailed understanding of, to both competition policy issues and consumer protection issues. This is especially important when analyses are required that take full account of both the supply and the demand side of markets.

71. For example, it can be difficult to understand what (seen from the supply side) may seem to be unduly restrictive agreements without an understanding of the way the demand side of a market works. Agreements whereby insurers “steer” consumers to particular suppliers of smash repair services – by requiring consumers to only use designated repairers – are a case in point. Those agreements may seem to restrict competition for smash repair services. However, their primary justification lies in the way they limit the moral hazard problems that would otherwise arise in the market for smash repair services. Those moral hazard problems arise because consumers do not bear the full costs of the repair services, while the quality of repairs is often difficult to fully observe. By seeming to limit consumer choice, the insurer can both reduce costs and increase quality directly and provide incentives for smash repairers to compete on the basis of cost and quality, rather than by exploiting consumers and insurers. A detailed knowledge of how consumers behave in situations such as these is obviously helpful to a proper analysis of what may seem an undue restriction on competition.

72. Equally, an understanding of consumer policy issues and instruments can be important in assessing possible changes in market structure, such as those associated with proposed mergers. At the simplest, knowing that an industry is one in which consumers have experienced persistent problems with the terms and conditions of service may assist in examining claims about how the relevant markets have operated in the past and might operate in future. For instance, if consumers typically face high information costs, the post-merger market structure may offer more scope for consumers to be exploited, particularly if post-merger competition would depend heavily on new entry or on the expansion of relatively small and perhaps little-known suppliers. At the same time, a close awareness of those consumer issues may help shape remedies, which could, for example, include information disclosure or product unbundling requirements.

#### 4.1.3 *Community support and public accountability*

73. Finally, there may be benefits in terms of community support and public accountability.

74. As far as support is concerned, there is a natural appreciation in the community of the value and importance of consumer protection. By linking its competition policy activities to the consumer protection agenda, and explaining the linkages between its competition policy decisions and the promotion of the consumer interest, a competition authority can enhance public acceptance of competition policy. This may be especially important in countries where competition policy is a relatively recent development, and where there is little understanding of the importance, role and substance of competition policy. Potentially highly controversial decisions – such as those involved in opposing mergers between powerful domestic firms – may prove easier to make and sustain if they can be clearly explained as part of a broader mission aimed at protecting and promoting the interests of consumers.

75. At the same time, at least in some countries, consumer protection has found it difficult to obtain a high degree of political priority and indeed, of support within administrative and bureaucratic elites. This has compromised both its access to ongoing funding and its ability to attract the more ambitious elements in the public service. In contrast, having well-resourced competition policy authorities is broadly seen as an important component of sound economic management. Moreover, a stint working in a competition authority may be an attractive career move for talented young professionals. Competition authorities' resulting greater access to human and financial resources may more readily spill over to consumer protection in countries where the two areas of policy share a common home.

76. As well as these gains in sustainability, integrating the missions may lead to improved public accountability. Competition policy tends to be economy-wide in its reach, and the individual actions and decisions of competition policy authorities are of broad interest to the business, legal and academic communities, as they are seen as precedents that may be extended beyond the firms and industries directly at issue in those actions and decisions. As a result, the conduct of competition authorities in respect of their competition functions is subject to quite careful and effective monitoring, which helps ensure that those agencies operate to reasonable quality levels.

77. In contrast, consumer policy is at times highly-industry specific and additionally involves many decisions that individually, have quite low stakes in absolute, economy-wide, terms. This can lead to a situation in which relatively few social actors have the incentive or ability to carefully monitor decision-making by specialised consumer policy agencies. This absence of close monitoring can lead to regulatory failure, with the agency at issue being captured either by the ideology of consumer protection – without a proper appreciation of the costs regulation imposes – or by the regulated firms, which have an interest in using consumer protection to create barriers to the entry and expansion of new players. These risks are likely to be smaller in an entity that also has the competition policy functions, both because of the internal culture of such an entity and because of the close scrutiny that entity will naturally attract.

## **4.2 *Costs of integration***

78. Although integration of competition policy and consumer policy institutions can have benefits, it also has costs. Those costs arise from the inherent differences in the substance and implementation of these instruments, and the obstacles those differences create in practice to achieving full policy integration.

### **4.2.1 *Differences in substance and implementation***

79. Although consumer policy and competition policy share common goals, the specific instruments on which they rely differ, as does the context in which policy implementation occurs.

80. Thus, by and large, competition policy is implemented through the enforcement of the competition laws, which involves a mix of administrative proceedings (such as those used in merger clearance and in the authorisation (administrative approval) of agreements) and of litigation in courts and

tribunals. Typically, the case load involves relatively small numbers of cases, with individual cases that are often very large in absolute terms. Additionally, direct interaction with the public is often quite limited, with much of the information flow occurring through highly formalised processes, such as information filings and document discovery. These characteristics of the work flow have a significant influence on the structure and conduct of the agencies, including in terms of the training of staff, the types of skills and career paths that make for advancement, and the allocation of the time and attention of senior personnel.

81. In contrast, consumer policy is inherently more varied in its instruments, form and substance. As regards the instruments, while consumer policy has a conventional enforcement element (that is most marked in respect of misleading and deceptive conduct), it also covers weights and measures, product quality and safety standards, industry codes of conduct, the regulation of behaviour in individual professions and consumer ombudsman and dispute resolution mechanisms. While there are some important instruments that are economy-wide, they are usually paralleled by an extensive assortment of sector- or market-specific instruments. These rely on a broad range of enforcement instruments and in some cases (such as information and consumer education) are very “soft” forms of regulation. Moreover, the process of policy formation and implementation tends to be itself very varied and in many respects porous, with significant direct involvement with the public, a case load that involves many individually small cases, and considerable industry input into policy design. In turn, these features map into a policy process that is far more decentralised – in terms of the range of players involved – and far more geographically localised than is the formation and enforcement of competition policy.

82. One result of these differences is that consumer policy, when it is integrated within an agency that also has responsibility for competition policy, may find it difficult to attract the attention it deserves. The highly varied nature of the consumer policy case load, and the fact that many consumer policy cases are relatively small and have low stakes in absolute terms (though they may be of great significance to individual consumers), can lead to consumer policy receiving less top management attention and support than it should. The fact that much of consumer policy involves decentralised interaction with other agencies and territorial levels of government can induce a tendency to delegate the work to relatively junior levels and not to give it the funding, resources and profile that competition policy – with its ongoing stream of high visibility, large scale, litigation – invariably secures.

83. These issues arise from differences in the nature of instruments and tasks these respective policy instruments involve. In theory, of course, that could change.

84. In particular, there could be gains to consolidating consumer policy, in terms of giving it a more unified statutory and institutional basis, and in that respect making it somewhat more similar to competition policy. Indeed, in a very recent review of Australian consumer policy, the Productivity Commission (which advises the Australian Government on issues that affect economic efficiency) has recommended that it would be preferable to rely on the generic law, rather than resorting to industry-specific regulation, in dealing with many consumer problems.<sup>38</sup> In effect, such reliance on generic law:

- Facilitates consistency in approach across consumers and markets;
- Allows regulators to deal with emerging problems without the need for new statutes — an especially important feature given that many consumer markets are evolving rapidly;
- Generally avoids boundary line problems and the gaps in regulatory coverage that can ensue; and

---

<sup>38</sup> Productivity Commission (2007) *Review of Australia's Consumer Policy Framework: Draft Report*, Canberra.

- Imposes relatively few costs on the overwhelming majority of suppliers who do the right thing by consumers.

85. Set against those benefits, industry-specific consumer regulation explicitly seeks to prevent certain behaviours rather than rely on the deterrent effect of the threat of prosecution for breaches of general law and possible liability for compensation. Its use, the Productivity Commission notes, is most likely to be desirable when:

- The risk of consumer detriment is high and/or the detriment suffered if things go wrong is potentially significant and possibly irreparable. (Such considerations are the primary reason why specific regulation is employed in the medical and consumer credit areas);
- The suitability and quality of services is hard to gauge before or even after purchase (the ostensible rationale for many other professional licensing regimes); and/or
- The technical nature of a product or service makes it easier for a regulator to assess breaches of appropriate behaviour against some 'objective' standards.

86. These considerations are well made and, at least as far as Australia is concerned, they do suggest gains in placing somewhat greater weight on achieving consumer protection objectives through economy-wide statutory instruments. Nonetheless, even with such a move, the major differences noted above between the nature of the tasks, skills and processes involved in competition policy on the one hand, and consumer policy on the other, seem highly likely to remain.

87. This, in turn, creates practical difficulties to seeking to manage both of these functions within a single agency of government. While these difficulties need not be insuperable, they limit the economies of scope between the functions and may make for their separate administration.

#### 4.2.2 *Limits on integration in practice*

88. Largely as a result of the characteristics noted above, it is an inherent feature of any effective regime of consumer protection that it will involve a number of quite distinct agencies of government. Moreover, those agencies may well span separate territorial levels of administration, especially in countries with a federal structure. This multi-agency character is especially marked when consumer protection issues arise in industries that are subject to extensive industry-specific regulation, such as financial services and health care. In those instances, the industry-specific regulators naturally play a substantial role in consumer protection issues, and indeed, often bear the primary responsibility in that respect.

89. As a result, it is not generally feasible to centralise responsibility for consumer policy to the same extent and in the same way that occurs as regards responsibility for the enforcement of competition policy. Even when aspects of the functions are combined in a single institution (as is the case with the ACCC in Australia), many important aspects of consumer protection fall outside its remit, and will likely continue to do so.

90. This implies that, in practice, the degree of integration between these policy instruments will never be complete. Rather, any integration will be selective, and hence will need to focus on those aspects of the policies which are most tightly interdependent and where the economies of scope in policy design and implementation are greatest.

### 4.3 *Conclusions on institutional design issues*

91. Overall, there are a number of respects in which gains can be achieved by locating responsibility for both competition policy and consumer policy in a single institution. Those gains include:

- Benefits in terms of better policy coordination, and in particular, in the selection of policy instruments to meet the needs of particular fact-situations;
- A better understanding by policy-makers and enforcers in each area of the role and limitations of the other; and
- The ability to secure economies of scope in access to resources and in the efficacy of monitoring and accountability processes.

However, there are also inherent limits to the possibilities for integration:

- The nature of the tasks involved in implementing consumer policy differs greatly from those involved in the administration of competition policy, reducing the economies of scope achievable through their integration; and
- It is an inherent feature of any effective policy of consumer protection that it will involve a range of agencies, and (especially in Federal countries) span several territorial levels of administration.

92. These conflicting pressures can obviously be addressed through a range of quite differing approaches. In practice, what appears most important is:

- To ensure that the competition authority has in-house access to the skills involved in the formulation of consumer policy, and at the very least a watching brief with respect to consumer policy, as well as scope to intervene in consumer policy decisions that have material competition implications; and
- That there be within government, an entity that has “whole of government” oversight of consumer protection, and that exercises that oversight in a manner mindful of competition concerns.

93. Periodic surveys of particular instruments – such as occupational licensing, or restrictions on advertising – aimed at reviewing whether they are consistent with efficient competition, could play a useful and important role in this respect. These surveys would provide a regular opportunity to review whether the objectives pursued through whatever restrictions are imposed using these instruments could be achieved in less restrictive, or more efficient, ways. Developing a program of such reviews, starting with those instruments that are most likely to be unnecessarily restrictive, could be an effective approach to giving such a process a structure and clear time-line.

## 5. Conclusions

94. It has recently been emphasised that consumer policy can “activate” competition policy – that is, can help bring competitive processes to life, giving them the vitality they need to achieve the objective of making markets efficient and effective.<sup>39</sup>

95. This is so even though there is also on occasions a risk that the instruments of consumer policy, rather than serving the interests of consumer, will be used to restrict otherwise desirable competition. As world markets become ever more integrated, this danger also becomes more pressing. Paternalistic justifications can be deployed for many purposes, and not all of them are socially desirable.

96. This is not to suggest, however, that there should be any doubt about the importance of consumer policy. Long-standing concerns about the need to protect consumers, and especially the most vulnerable among them, not only retain their validity but are even more significant as market mechanisms are

---

<sup>39</sup> Sylvan, L. 2004, “Activating competition: The consumer – competition interface”, *Competition & Consumer Law Journal*, pp. 191-206.



introduced into ever more parts of our economies and societies. The introduction of competition into these areas needs to be closely coordinated with the development of effective consumer safeguards, which is a challenge which largely remains to be met. The imperative of policy coordination is therefore as pressing as ever.

97. There may, however, be no “magic bullets” that can fully meet that imperative. The reality is that competition policy and consumer policy will always differ in the range of instruments on which they rely, key features of the tasks involved in their implementation and the levels of government that they involve. This, as well as history, may limit the extent to which there can be institutional integration. As a result, what may matter most is that competition policy authorities have the expertise needed to be effective advocates in the many dimensions of the consumer policy process whilst consumer agencies likewise have competencies in competition policy; and that there is, in central government, ongoing attention to the need for consistency between these policy instruments. Periodic surveys of particular instruments – such as occupational licensing, or restrictions on advertising – aimed at reviewing whether they are consistent with efficient competition, could play a useful and important role in this respect.





## NOTE DU SECRÉTARIAT

## TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction .....	3
2. Les Liens entre Politique de la Concurrence et Politique à l'égard des Consommateurs .....	4
3. Difficultés Émergentes .....	7
3.1. L'amélioration de nos connaissances du comportement des consommateurs .....	7
3.2. Extension du rôle des marchés .....	13
3.2.1. Agrément professionnel des professions libérales .....	14
3.2.2. Concurrence dans le secteur des services sociaux.....	16
3.3. Conclusions .....	18
4. Conception des Institutions et Difficultés Institutionnelles.....	19
4.1. Avantages de l'intégration.....	19
4.1.1. Le portefeuille d'instruments à la disposition des pouvoirs publics .....	19
4.1.2. Partage des compétences .....	20
4.1.3. Soutien de la collectivité et responsabilité vis-à-vis du grand public.....	21
4.2. Coûts de l'intégration .....	22
4.2.1. Différences de nature et des conditions de mise en œuvre .....	22
4.2.2. Limites pratiques à l'intégration.....	24
4.3. Conclusions relatives aux questions de conception des institutions .....	25
5. Conclusions .....	26

## INTERACTION ET COORDINATION DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET DE LA POLITIQUE A L'EGARD DES CONSOMMATEURS : DIFFICULTES ET POSSIBILITES<sup>(\*)</sup>

### -- Note du Secrétariat --

#### 1. Introduction

1. On a souvent pu constater et on admet généralement que la politique de protection des consommateurs et la politique de la concurrence sont des instruments très interdépendants de la politique économique, visant toutes deux à rendre le fonctionnement des marchés plus efficace. On observe aussi généralement qu'il peut exister, et qu'il existe parfois, des tensions entre ces deux politiques. À cela s'ajoutent, dans la pratique, des différences dans la manière dont elles fonctionnent l'une et l'autre et dans la nature du processus de décision et de mise en œuvre qui leur est propre. Admettre l'existence de ces tensions et de ces différences conduit naturellement à examiner les dispositifs institutionnels à l'œuvre pour chacune d'entre elle et, particulièrement, ce qu'il convient de faire pour les coordonner.

2. Cette note analyse ces questions, mettant en relief les principaux thèmes essentiels à cet égard, sans tenter toutefois de les traiter de manière exhaustive. Elle dresse les principaux constats suivants :

- Politique de la concurrence et politique à l'égard des consommateurs partagent généralement un même objectif tout en reposant sur des instruments dissemblables pour y parvenir. En règle générale, elles se renforcent mutuellement, mais il n'est pas rare qu'elles entrent en conflit comme c'est le cas, par exemple, quand on utilise la politique à l'égard des consommateurs d'une manière qui a pour effet de restreindre inutilement la concurrence. À l'inverse, l'ouverture à la concurrence peut avoir lieu sans que soient suffisamment prises en compte les questions relatives à la protection des consommateurs (section 2).
- Si ces problèmes d'équilibre et de coordination de la politique de la concurrence d'une part et de la politique à l'égard des consommateurs d'autre part ne sont guère nouveaux, ils suscitent, depuis ces dernières années, un intérêt croissant pour un certain nombre de raisons et notamment :
  - les avancées de l'économie comportementale, qui ont mis en évidence les limitations cognitives ayant une incidence sur le comportement des consommateurs (section 3.1) ; et
  - l'extension de la concurrence à de nouveaux domaines complexes, (section 3.2), notamment les professions libérales et les marchés des services aux collectivités et des services plus généralement.

Si ces évolutions n'ont pas d'effet sur le rôle dévolu à la politique de la concurrence et à la politique à l'égard des consommateurs et sur leur poids respectif, elles appellent d'autant plus une coordination de ces deux volets de l'action publique.

---

<sup>(\*)</sup> Ce document a été préparé en tant que Note du Secrétariat par Henry Ergas (Directeur Régional, Asie Pacifique, CRA International; Professeur, Département d'Économie, Faculté de Gestion et d'Économie, Monash University, Australie) et Professeur Allan Fels (Doyen, The Australia and New Zealand School of Government – ANZSOG).

- Cela conduit logiquement à se demander comment on peut réussir à articuler au mieux ces politiques (section 4) :
  - S’il peut être avantageux d’intégrer au sein d’une seule et même institution la responsabilité de la mise en œuvre de la politique de la concurrence et de la politique à l’égard des consommateurs, il n’en demeure pas moins que l’étendue et l’efficacité de cette intégration ne sauraient être que limitées.
  - Ainsi, la nature des missions attachées à ces deux domaines de l’action publique diffère à plusieurs titres et non des moindres ; de plus, la politique à l’égard des consommateurs met en jeu, par essence, un éventail d’instruments très divers, qui sont pour beaucoup propres à un secteur ou à une branche d’activité donnés et qui ne peuvent être aisément regroupés sous un seul étendard.
  - De ce fait, quel que soit le degré jugé approprié d’intégration institutionnelle de la mise en œuvre du droit de la concurrence et du droit des consommateurs, il importe que cette intégration vise, à tout le moins, à assurer que l’autorité de la concurrence dispose des compétences requises pour pouvoir garder un œil sur les évolutions qui interviennent dans la définition et l’administration de la politique à l’égard des consommateurs et promouvoir la concurrence dans le cadre de ce processus. De même, on est en droit de penser que les organismes compétents en matière de consommation doivent être en mesure de surveiller et d’évaluer les problèmes de concurrence.
  - En outre, il convient sans doute de s’assurer qu’il existe, au sein de l’appareil d’État, une entité qui exercera, au nom de l’État dans son ensemble, un suivi en matière de protection des consommateurs, sans perdre de vue les préoccupations relatives à la concurrence.
  - L’examen régulier de certains instruments – comme les agréments professionnels ou les restrictions à l’encontre de la publicité – afin de vérifier qu’ils ne nuisent pas à l’efficacité de la concurrence, est susceptible de jouer un rôle utile et important pour structurer ce processus de coordination.

## **2. Les Liens entre Politique de la Concurrence et Politique à l’égard des consommateurs**

3. Généralement, la politique de la concurrence vise à protéger et, chaque fois que cela est utile et nécessaire, à élargir la palette de choix des consommateurs. Parallèlement, la politique à l’égard des consommateurs s’attache à protéger et, chaque fois que cela est nécessaire, à améliorer la qualité de ce choix tout en assurant que les consommateurs peuvent réellement l’exercer, confiants en l’équité et l’intégrité des mécanismes du marché<sup>1</sup>.

4. Il n’est pas difficile de démontrer que chacune de ces politiques contribue largement à promouvoir les objectifs visés par l’autre.

5. Ainsi, en général, le risque de disparition encouru par les entreprises sur les marchés réellement concurrentiels les incite à améliorer et à protéger leur réputation de fournisseurs fiables, car elles peuvent de ce fait tabler sur une répétition des transactions et une réduction de leur frais de commercialisation.

---

<sup>1</sup> Voir Muris, T. (2002), ‘The interface of competition and consumer protection’, notes préparées lors de la 29<sup>e</sup> conférence annuelle sur le droit et la politique de la concurrence du Fordham Corporate Law Institute et Sylvan, L. (2004), ‘Activating competition: The consumer-competition interface’, 12 *Competition and Consumer Law Journal*.

Dans la mesure où les entreprises sont d'elles-mêmes incitées à satisfaire les attentes des consommateurs, voire à aller au-delà, la charge que représenterait la mise en œuvre de normes de produits et de services – charge qui retomberait, dans le cas contraire, sur la politique à l'égard des consommateurs – s'en trouve allégée d'autant. En ce sens, assurer qu'un marché est réellement concurrentiel peut permettre de résoudre l'une des préoccupations fondamentales de la politique à l'égard des consommateurs<sup>2</sup>.

6. Dans le même ordre d'idée, les entreprises exerçant leur activité sur des marchés réellement concurrentiels et qui peuvent de ce fait espérer enlever des clients à leurs concurrents, seront incitées à réduire les coûts de changement de fournisseur pour lesdits clients, à la fois en les informant des avantages que leur procureront ce changement et en les aidant à assumer les coûts ponctuels qu'il induit. Or, si les entreprises investissent pour réduire les coûts de changement de fournisseur à la charge de leurs clients mutuels, cela peut avoir pour effet de dynamiser la concurrence tout en rendant moins nécessaires les interventions de la politique de protection des consommateurs pour les faire baisser. Là encore, la mise en place d'une structure de l'offre concurrentielle peut être un moyen efficace de résoudre ce qui serait parfois sinon un problème relevant de la politique à l'égard des consommateurs – en l'occurrence, les coûts de changement de fournisseur.

7. Cet exemple vaut aussi pour bien d'autres domaines d'intervention de la politique à l'égard des consommateurs. Ainsi les mesures visant à assurer que la publicité et les descriptions de produits sont honnêtes et raisonnablement informatives, que les conditions contractuelles qui y sont mentionnées sont compréhensibles et ne sont pas abusives et que les consommateurs peuvent raisonnablement escompter que les produits seront sûrs et conviendront à l'usage prévu, permettront aux consommateurs d'exercer leur choix plus efficacement (ce qui renforcera directement la concurrence) et obligera les entreprises à se faire concurrence sur leurs réels mérites (et non par des proclamations frauduleuses ou trompeuses ou en recourant à des conditions contractuelles déloyales)<sup>3</sup>. De la même façon, les normes de produits, peuvent renforcer à la fois le choix des consommateurs et le jeu de la concurrence en facilitant les comparaisons entre les produits, en leur permettant de remplacer facilement les produits d'un fournisseur par ceux d'un autre et en polarisant la concurrence sur l'utilité réelle d'emploi des produits plutôt que sur leurs aspects superfétatoires.

8. En somme, chacun de ces deux instruments de l'action publique peut être utilisé pour promouvoir les objectifs également visés par l'autre : la politique de la concurrence, en préservant la concurrence réelle des marchés, peut alléger la tâche dévolue à la politique à l'égard des consommateurs ; à l'inverse, la politique à l'égard des consommateurs, en renforçant la faculté des consommateurs à exercer leur choix, peut contribuer à rendre la concurrence des marchés plus efficace et contraindre les entreprises à se livrer concurrence sur leurs mérites respectifs, ce qui sert les visées de la politique de la concurrence.

9. Dans le même temps, chacun de ces deux instruments est susceptible de créer pour l'autre des difficultés.

10. Ainsi, l'ouverture à la concurrence d'un marché auparavant très réglementé peut fort bien susciter de nouveaux problèmes du point de vue de la protection des consommateurs :

- De nombreux pays de l'OCDE se sont trouvés confrontés à de nouveaux problèmes en matière de protection des consommateurs à la suite de la libéralisation des marchés de capitaux, qui, pour

<sup>2</sup> OCDE (2004), *Identifier et surmonter les dysfonctionnements du marché*, p. 3.

<sup>3</sup> Commission européenne (2004), 'Identifier et surmonter les dysfonctionnements du marché', Note présentée à l'OCDE pour examen lors de la réunion conjointe du Comité de la concurrence et du Comité de la politique à l'égard des consommateurs, le 13 octobre 2004, pp. 2-3

bénéfique qu'elle ait été, a placé les consommateurs face à de nouveaux risques et de nouvelles difficultés<sup>4</sup>.

- De même, l'introduction de la concurrence sur certains marchés de services collectifs (comme l'électricité et les télécommunications) a suscité des difficultés du point de vue de la réglementation de la qualité des services et des problèmes tels que la gestion des résiliations d'abonnements, des plaintes des consommateurs et des interruptions de service en cas de non-paiement<sup>5</sup>. Elle a également suscité des interrogations quant à l'aptitude des consommateurs à comprendre des dispositifs tarifaires souvent complexes et à exercer leur choix en conséquence.
- Enfin, la libéralisation des services professionnels pose des questions complexes liées à l'équilibre entre la pression concurrentielle (en termes de prix et de marketing, de publicité notamment) d'une part et la protection des consommateurs d'autre part, dans des situations se caractérisant par des asymétries de l'information et des coûts d'erreur qui peuvent être importants.

11. De plus, lorsqu'un marché est plus exposé à la concurrence qu'il ne l'a été (par exemple du fait de la suppression d'obstacles aux échanges), les incitations des acteurs du marché peuvent évoluer, ce qui peut susciter des préoccupations quant à la protection des consommateurs :

- Ainsi, les entreprises en place, confrontées à des consommateurs plus volages, peuvent tenter de retenir leurs clients par divers moyens, notamment en leur imposant contractuellement des pénalités de résiliation. Si de tels dispositifs peuvent être tout à fait raisonnables dans certains cas, ils peuvent aussi, dans d'autres, poser des problèmes tant du point de vue de la concurrence que de la protection des consommateurs.
- De plus, une entreprise en position dominante qui se rend compte qu'elle risque de perdre des parts de marché, voire d'être complètement évincée, sera d'autant moins incitée à investir dans des actifs à long terme comme sa réputation et d'autant plus déterminée à tirer profit de chaque client captif, ou vulnérable de toute autre façon.
- En outre, une entreprise dominante, qui opérait auparavant en position de monopole dans des conditions très réglementées, n'aura que très peu axé sa politique commerciale sur le consommateur. Aux premiers stades de l'ouverture à la concurrence tout particulièrement, lorsqu'elle s'emploiera à freiner et à décourager l'arrivée de nouveaux concurrents et que des mesures claires de protection des consommateurs n'auront pas encore été mises en place, cette entreprise pourra être tentée de recourir à des méthodes qui ne sont pas pleinement conformes aux pratiques commerciales de rigueur.
- Dans le même temps, le marché libéralisé peut attirer des opérateurs qui « disparaissent du jour au lendemain », dont les pratiques sans scrupules peuvent saper la confiance des consommateurs dans l'ensemble du marché, amoindrir leur propension à se fier aux informations que leur fournissent les

---

<sup>4</sup> Ces problèmes sont examinés par le Secrétaire australien au Trésor dans Henry. K. (2007), 'Connecting consumers and the economy: The big picture', allocution de clôture du congrès national des consommateurs, pp. 7-8, disponible à l'adresse Internet suivante : [http://www.treasury.gov.au/ncc/content/download/Presentations/Transcripts/connecting\\_consumers\\_and\\_the\\_economy.rtf](http://www.treasury.gov.au/ncc/content/download/Presentations/Transcripts/connecting_consumers_and_the_economy.rtf)

<sup>5</sup> Certains de ces problèmes sont analysés dans Waddams, C. 'Reality bites - The problems of choice' et d'autres notes consécutives, dans OCDE (2006) *Table ronde : L'économie de la demande et la politique à l'égard des consommateurs*.



entreprises exerçant sur ce marché et émousser, de ce fait, les incitations à agir honnêtement de l'ensemble des entreprises qui y opèrent. De plus, les entreprises qui agiront loyalement seront par là même contraintes de supporter des coûts supplémentaires (car elles tenteront de convaincre les consommateurs de la meilleure qualité des informations qu'elles leur procurent), ce qui aura pour effet d'augmenter les prix et de réduire à la fois le surplus du consommateur et le surplus du producteur<sup>6</sup>.

12. De la même façon, certaines évolutions de la politique de protection des consommateurs peuvent avoir des conséquences défavorables sur la concurrence, et produiront, en dernier ressort, des résultats contraires aux buts communs de la politique à l'égard des consommateurs et de la politique de la concurrence. Il s'agit classiquement, entre autres, de l'interdiction de la publicité comparative, des normes de produits obligatoires qui excluent les nouveaux entrants et produits à faible coût ou encore des obligations de transparence et d'affichage des prix qui favorisent la collusion<sup>7</sup>.

13. En somme, la relation entre la politique de la concurrence d'une part et la politique à l'égard des consommateurs d'autre part est relativement complexe. Généralement, elles se confortent mutuellement, mais des tensions ou des conflits entre elles peuvent survenir.

### 3. Difficultés émergentes

14. Les problèmes liés au juste dosage entre politique de la concurrence et politique à l'égard des consommateurs suscitent, depuis peu, de plus en plus d'intérêt, en partie en raison de l'amélioration de nos connaissances du comportement des consommateurs (examiné plus loin, en section 3.1) et en partie en raison de l'évolution de l'étendue et du fonctionnement des marchés (examinée en section 3.2).

#### 3.1 *L'amélioration de nos connaissances du comportement des consommateurs*

15. L'économie de la protection des consommateurs a été considérablement stimulée ces dernières années par les avancées de « l'économie comportementale » qui ont mis en évidence l'incidence des limitations cognitives sur le choix des consommateurs. L'économie comportementale est en réalité un domaine très vaste et il n'est pas possible, ni souhaitable, d'en faire le tour ici. Cela étant, il est utile de prendre en compte certains des aspects importants des enseignements présentés dans les publications qui y sont consacrées pour illustrer comment les préoccupations de la politique de la concurrence et celles de la politique à l'égard des consommateurs interagissent.

16. Ainsi, les économistes n'ont pas manqué de constater depuis longtemps que l'information est coûteuse et imparfaite, de sorte que les consommateurs peuvent être dans l'incapacité d'allouer leur budget pour se procurer à tout coup les produits qu'ils préfèrent, au meilleur prix et donc auprès du fournisseur le plus efficace. Ce modèle standard du choix rationnel dans des conditions d'information coûteuse et imparfaite reste un moyen très utile de comprendre les problèmes de politique de concurrence et de politique à l'égard des consommateurs et, pour les pouvoirs publics, d'élaborer les réponses qui s'imposent. L'apport de l'économie comportementale par rapport à ce modèle est de mettre l'accent sur les comportements qui s'écartent apparemment d'un processus rationnel de décision, du moins tel que l'entend l'analyse classique. Ces biais par rapport au comportement de « l'acteur rationnel » pourraient amener les consommateurs à prendre des décisions apparemment contraires à la maximisation de leur bien-être, même

<sup>6</sup> À l'extrême, on aboutit au problème d'antisélection examiné dans Akerlof, G. (1970), « The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism ». *Quarterly Journal of Economics* 84 (3): 488–500

<sup>7</sup> On peut trouver une étude de cas traitant des interventions inappropriées sur le marché des services juridiques. Voir OCDE (2004), Identifier et surmonter les dysfonctionnements du marché, pp. 6-10.

lorsque les marchés sont raisonnablement concurrentiels et que les coûts de recherche et d'information ne sont pas particulièrement élevés. De fait, certaines conclusions de l'économie comportementale donnent à penser qu'une concurrence accrue, dès lors qu'elle induit une prolifération des choix pour les consommateurs, peut ne produire que des gains de bien-être limités, sinon négatifs<sup>8</sup>.

17. Si nombre de ces observations sont expérimentalement confirmées<sup>9</sup>, on peut aussi comprendre que leur interprétation puisse prêter à controverse<sup>10</sup>. Mais surtout, on ne saurait en conclure qu'elles plaident en faveur d'une orientation plus interventionniste ou « paternaliste » de la politique de protection des consommateurs en général ou encore diminuent en quoi que ce soit la nécessité – ou l'intérêt – de protéger et (le cas échéant) de promouvoir la concurrence. De fait, ne plus compter essentiellement sur la concurrence des marchés pour donner plus de pouvoir aux consommateurs voire adopter une approche plus interventionniste de la politique de protection des consommateurs pourrait coûter très cher. Il n'est besoin que de citer en exemple les coûts qui résulteront des erreurs de réglementation, inhérents à toute approche paternaliste, surtout si celle-ci a pour corollaire de limiter le choix des consommateurs.

18. De plus, ces coûts doivent être mis en regard du fait que, si certains gains des échanges peuvent ne pas être réalisés en raison de ces limitations cognitives, les entreprises peuvent alors être incitées à rechercher d'elles-mêmes des moyens de les réaliser. En d'autres termes, le marché peut trouver lui-même des solutions à certaines pertes de bien-être que pourraient causer, s'il s'en dispensait, les limitations de la rationalité des individus. Pour dire les choses un peu différemment, la concurrence et les mécanismes de marché peuvent être, en eux-mêmes, un moyen de remédier aux préoccupations relatives à l'efficacité des choix complexes auxquels sont confrontés les consommateurs. En effet, les entreprises opérant sur des marchés concurrentiels peuvent être incitées à proposer aux consommateurs des « solutions » qui leur permettront de profiter plus pleinement l'ensemble des gains des échanges éventuels.

19. Pour ne prendre qu'un seul cas de figure, lorsque la versatilité du consommateur – concernant, par exemple, ses engagements d'épargne – constitue par exemple la principale difficulté, des produits peuvent être mis au point pour tenter à tout le moins de réduire cette difficulté en y associant diverses formes de pré-engagement. Ainsi, un plan épargne retraite facultatif mis en place avec succès en Australie, proposé par un certain nombre de gros employeurs du pays à leurs nouveaux salariés, repose sur le fait que les salariés choisiront moins probablement de sortir d'une situation par défaut que d'y entrer – autrement dit, le produit repose sur un effet de dotation. S'ils ne choisissent pas de « sortir » de cette situation par défaut, le système les oblige alors à verser des cotisations de retraite supérieures au taux obligatoire.

20. De même, l'existence d'un « confusopole » – à savoir, les tentatives apparemment délibérées de certaines entreprises pour proposer aux consommateurs des choix de nature à créer une certaine confusion, par exemple en affichant des prix qu'ils auront du mal à comparer aux autres offres présentes sur le marché – peut parfois représenter un problème sérieux pour certains consommateurs. Cela étant, de même que

<sup>8</sup> Voir Ergas, H (2007) "Policy Implications of behavioural economics: the case of consumer protection", *Productivity Commission Round Table on Behavioral Economics*, Melbourne, Australie.

<sup>9</sup> Voir de manière générale, Guala, F. (2005) *The Methodology of Experimental Economics*. Cambridge University Press.

<sup>10</sup> Par exemple, Plott et Zeiller, « Exchange Asymmetries Incorrectly Interpreted as Evidence of Endowment Effect Theory and Prospect Theory? », *American Economic Review*, septembre 2007, et Plott et Zeiller, « The Willingness to Pay–Willingness to Accept Gap, the 'Endowment Effect', Subject Misconceptions, and Experimental Procedures for Eliciting Valuation », *American Economic Review*, juin 2005, donnent à penser que les résultats qui paraissent se conformer aux modèles comportementaux du choix peuvent aussi parfaitement être explicités par les modèles classiques du choix rationnel.

certaines entreprises cherchent à gagner des clients en rendant leurs offres difficiles à étudier ou à comparer, d'autres peuvent tenter au contraire de gagner des clients en se démarquant de la confusion ambiante et en adoptant une grille de prix simple que les consommateurs trouvent attrayante. Les tentatives de certaines entreprises en place pour « créer de la confusion » peuvent ainsi inciter un ou plusieurs nouveaux fournisseurs à se différencier en introduisant une grille de prix plus simple et de ce fait plus attrayante. On a pu constater, sur plusieurs marchés en Australie, combien ce mécanisme peut être efficace.

21. Ainsi, dans de nombreux pays, les premiers stades de la déréglementation du secteur ont vu proliférer les offres tarifaires complexes, notamment pour les services longue distance, ne permettant que très difficilement aux consommateurs de se faire une idée du rapport qualité-prix. Récemment, cependant, on a pu observer une tendance à la simplification et à lisibilité de la tarification avec la généralisation d'offres proposant un accès illimité à travers le groupage de multiples services.

22. De même, dans le secteur aérien australien, la concurrence entre les compagnies « classiques » impliquait une discrimination par les prix complexe, s'articulant autour de restrictions sur la date, le jour et l'heure d'arrivée, assorties notamment d'obligations de durée minimale du séjour et de nuitée sur place du samedi au dimanche. Les marges relativement élevées qui s'en sont suivies ont créé des conditions propices à l'entrée de nouveaux concurrents à bas coûts. Ces compagnies aériennes (comme SouthWest in aux États-Unis, RyanAir en Europe et Virgin Blue en Australie) ont introduit une structure tarifaire bien plus simple, sans obligation de durée de séjour minimum, reposant sur des prix principalement fixés en fonction de la date d'achat du billet. Face à cette forme de concurrence, les compagnies *full service* ont réagi en simplifiant leur propre tarification, favorisant ainsi l'efficacité du choix des consommateurs.

23. Dans la grande distribution aussi, les soldes et autres promotions sont utilisées comme des formes de discrimination par les prix, mais elles augmentent les coûts de recherche pour les consommateurs (ce qui est, en pratique un facteur important du fonctionnement de la discrimination par les prix). Aux États-Unis Walmart a brisé ce schéma en adoptant un modèle fondé sur des « prix bas tous les jours », reposant sur des marges commerciales faibles mais constantes. Ce modèle a été repris dans le monde entier. Les études menées ont démontré que les enseignes qui l'ont adopté ont, en général, bénéficié d'une augmentation importante de leur part de marché et de leur rentabilité relative alors même que la concurrence dans le secteur de la distribution s'est intensifiée<sup>11</sup>.

24. Il ressort essentiellement de tous ces exemples que les modes de décision ne sont pas le seul fait des consommateurs, mais qu'ils dépendent aussi de l'action des entreprises. Les entreprises qui maximisent leurs bénéfices sont incitées à mettre à profit les gains des échanges, dont elles seraient privées dans le cas contraire, notamment en renforçant la faculté des consommateurs à agir selon leurs préférences. Ces incitations seront sans doute plus fortes pour les entreprises les plus efficaces, qui ont davantage à gagner de la réduction des coûts de recherche qu'elles assurent au consommateur. Par conséquent, les entreprises peuvent prendre, et prennent souvent, des mesures en vue « d'internaliser » et par conséquent de compenser le manque à gagner (autrement dit les gains des échanges dont elles seraient privées) qu'induirait, si elles s'en dispensaient, les limitations cognitives aux décisions prises par les clients. Cet

---

<sup>11</sup> Hoch, Stephen J. et Dreze, Xavier et Purk, Mary E. (Oct 1994), *EDLP, Hi-Lo, and Margin Arithmetic*, Journal of Marketing, 58 ; Lal, Rajiv et Rao, Ram (1997), *Supermarket Competition: The Case of Every Day Low Pricing*, Marketing Science, 16 (1) ; Ortmeyer, Gwen et Quelch, John A. et Salmon, Walter (Automne 1991), *Restoring Credibility to Retail Pricing*, Sloan Management Review, 55 (12) ; et Tang, Christopher S. et Bell, David R. et Ho, Teck-Hua (Hiver 2001) *Store Choice and Shopping Behaviour: How Price Format Works*, California Management Review, 43 (2).

aspect de la dynamique de la concurrence est généralement absent des conditions de la plupart des études menées en laboratoire dans le domaine de l'économie comportementale<sup>12</sup>.

25. La réaction des entreprises face aux limitations cognitives qui ont un effet sur les consommateurs est aussi largement absente des modèles de marché se caractérisant par des « attributs dissimulés » – ce qui est le cas lorsque certains consommateurs, et d'autres non, n'ont pas connaissance des coûts cachés de certains produits (comme ceux des cartouches pour imprimantes à jet d'encre ou encore la facturation des connexions à haut débit dans les chambres d'hôtel)<sup>13</sup>. Dans ce cas, les producteurs peuvent ne pas avoir intérêt à divulguer les coûts cachés, tant que les consommateurs les mieux informés ont la possibilité de les éviter tout en continuant à acheter les produits les moins onéreux grâce à la « subvention » que leur procurent les consommateurs naïfs.

26. Ces modèles, fondés sur des « attributs dissimulés », sont séduisants et peuvent donner matière à réflexion<sup>14</sup>, mais ils sont largement théoriques. Plus précisément, tout comme les théories classiques – et complexes – de la rationalité individuelle exigeaient de résoudre des problèmes du même type, on peut toujours présupposer qu'aucune entreprise n'aurait vraiment avantage à être la première à s'écarter de la stratégie des « coûts cachés »<sup>15</sup>. Cette hypothèse semble cependant quelque peu contredire les enseignements présentés brièvement plus haut, qui montraient que certaines entreprises ont pu tirer d'importantes rentes d'innovation en étant les premières à tirer profit de gains des échanges jusque là non réalisés<sup>16</sup>.

27. Donner à penser que les mécanismes de marché peuvent, du moins en partie, corriger certains biais et certaines limitations du choix des consommateurs ne signifie pas que les entreprises ne tenteront pas d'exploiter ces biais et limitations. De fait, l'inverse sera sans doute vrai, surtout dans le domaine du marketing et de la publicité, qui s'appuie de plus en plus sur une compréhension fine de la manière dont les consommateurs exercent leur choix. Il importe donc que les autorités de tutelle prennent en compte ces

<sup>12</sup> L'une des rares tentatives de reproduire les effets de ce genre d'innovation est exposée dans la note de Chu, Y. P et R. L. Chu (1990) « The Subsistence of Preference Reversals in Simplified and Market like Experimental Settings » *The American Economic Review*, vol 80, pp. 902-911. Les auteurs introduisent l'arbitrage dans un jeu de pompe monétaire. Il est intéressant de noter qu'ils arrivent à la conclusion que, si les sujets affichent des renversements de préférences en l'absence d'arbitrage, en revanche, une fois placés face à un arbitrage, leurs préférences se rapprochent des normes de « l'acteur rationnel ».

<sup>13</sup> Voir Ellison, G. (2005) « A Model of Add-On Pricing » *Quarterly Journal of Economics*, vol. 120, pp. 585-638 et Gabaix, X. et D. Laibson (2006) « Shrouded Attributes, Consumer Myopia and Information Suppression in Competitive Markets » *Quarterly Journal of Economics*, vol. 121, pp. 505-540.

<sup>14</sup> Voir par exemple, l'application d'un tel modèle aux prêts immobiliers résidentiels dans Campbell, J. Y. (2006) « Household Finance » *The Journal of Finance*, vol. 61, pp. 1553-1603.

<sup>15</sup> Campbell part ainsi de l'hypothèse que les entreprises ne sont dotées d'aucune forme de protection de la propriété intellectuelle ou que cette protection est si faible qu'il n'existe pas de rentes d'innovation. De plus, ce type de modèle est généralement très sensible à la répartition précise de la population des consommateurs « avisés » et des consommateurs « naïfs », à la propension à payer de chacun de ces groupes et aux coûts de recherche.

<sup>16</sup> Il est intéressant de noter que les économistes supposent très souvent que les entreprises ne peuvent réaliser sur la durée de gains unilatéraux en s'écarter d'une stratégie de prix concertée, car ces stratégies sont faciles à reproduire. (Ce constat sous-tend le concept « d'équilibre de la réponse rapide », tel qu'il est matérialisé dans la courbe de demande coudée.) Dans la réalité commerciale cependant, il est généralement extrêmement compliqué de définir et d'appliquer des stratégies tarifaires et cela implique de modifier les différents systèmes, les dispositifs de formation et de facturation, de comptabilité et de vérification des comptes. En conséquence, il est souvent très difficile de reproduire les changements importants d'une structure de prix, et surtout de le faire à bon escient et rapidement.

biais et limitations pour évaluer les pratiques en la matière, notamment lorsqu'elles concernent des produits ayant des conséquences directes sur la santé et la sécurité. Il n'en demeure pas moins que dans la mesure où les biais et limitations cognitifs empêchent les consommateurs d'exercer un choix réellement conforme à leurs préférences – quel qu'en soit la nature ou le bien fondé – l'un des moyens par lesquels les entreprises peuvent tenter de s'assurer un avantage concurrentiel (et tirer profit d'une meilleure réalisation des gains des échanges) sera d'aider les consommateurs à améliorer leurs choix.

28. En somme, si les conclusions de l'économie comportementale peuvent donner à penser qu'une réponse de la politique à l'égard des consommateurs – allant dans le sens d'un plus grand paternalisme – peut être nécessaire, il n'empêche que certains des problèmes qu'elles soulèvent peuvent parfois être mieux résolus par le jeu de la concurrence, autrement dit, en assurant l'efficacité des mécanismes du marché.

29. Même s'il importe d'admettre ces limites des interférences entre les politiques, que les observations de l'économie comportementale ont mises au jour à raison, on aurait cependant tort de laisser entendre que les incitations du marché pourront remédier d'elles-mêmes à toutes les limitations cognitives.

30. Les économistes admettent ce fait depuis longtemps pour les marchés dont le fonctionnement est faussé par des allégations trompeuses, qui peuvent être, sous leurs formes extrêmes, assimilées à des fraudes. Comme toutes les asymétries de l'information, la tromperie peut induire des inefficiences allocatives, (puisque les échanges ne reflèteront pas la valeur exacte des biens échangés) et des inefficiences de production (du fait de l'augmentation des coûts de recherche pour les consommateurs, la production pourra être affectée aux entreprises les moins efficaces et non à celles qui le sont le plus, et les entreprises peuvent être amenées à gaspiller leurs ressources soit à mentir, soit à tenter de se démarquer en prêchant la vérité). À l'extrême naturellement (et même dans les modèles classiques du choix rationnel), la mauvaise information chasse la bonne, aucune entreprise n'est en mesure de dire la vérité ou n'y est incitée et le marché disparaît de lui-même<sup>17</sup>.

31. Des questions similaires, concernant l'efficacité des propriétés des marchés à remédier d'eux-mêmes aux problèmes, peuvent se poser, bien que sans doute sous une forme nettement moins extrême, dans certaines des situations étudiées dans les publications traitant de la politique à l'égard des consommateurs sous l'angle de l'économie comportementale.

32. Par exemple, même lorsque le marché propose de lui-même des solutions aux problèmes – à l'existence d'un « confusopole » ou aux prix des « attributs dissimulés », par exemple – il peut arriver que ces solutions ne ciblent que les consommateurs les plus avisés (qui auront, en tout état de cause, été le moins lésés), laissant toujours les autres sans protection.

33. De fait, on pourrait faire valoir que la montée en puissance de l'Internet comme circuit de commercialisation a aggravé le problème des consommateurs vulnérables. Dans la pratique, les circuits de distribution en ligne fournissent aux entreprises des possibilités considérables de différencier leurs offres selon les segments de clientèle et, de manière plus évidente et immédiate, en distinguant les consommateurs qui utilisent l'Internet le plus fréquemment et avec le plus de confiance de ceux qui ne le font pas. De ce fait, cela réduit d'autant la capacité des consommateurs avisés « à protéger sur la question des prix » les consommateurs qui ne le sont pas. Si ces problèmes ne sont sans doute pas appelés à perdurer

<sup>17</sup> Il s'agit là d'un cas extrême d'antisélection où le marché s'effondre, de sorte que tous les éventuels gains des échanges sont perdus. Voir Akerlof, G. (1970) « The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, pp. 488-500 et Hillier, B (1997) *The Economics of Asymmetric Information*. St. Martin's Press, Inc., New York, N.Y., pp. 46-49. On peut aussi aboutir à ce constat en notant que la défiance absolue impose son propre équilibre : voir par exemple, Gambetta, D. (1998) « Concatenations of Mechanisms » dans Hedstrom, P. et R. Swedberg (1998) *Social Mechanisms*, Cambridge University Press, Cambridge, Royaume-Uni, pp. 102-124.

pour certaines catégories de consommateurs – qui auront de plus en plus recours à l’Internet et bénéficieront de ce fait à leur tour des avantages commerciaux qu’il procure – ils subsisteront pour d’autres, comme les personnes intellectuellement diminuées, les personnes très âgées et (du moins dans des pays comme l’Australie) des pans importants de la population indigène. Du point de vue de l’action publique, il convient donc de se demander si les consommateurs les plus vulnérables seront mieux protégés par des instruments généraux de protection des consommateurs, ou par des interventions plus ciblées.

34. De plus, en ce qui concerne certaines limitations cognitives mises en évidence par la recherche comportementale, il peut simplement arriver que le marché lui-même n'apporte aucune solution. Un exemple en ce sens peut être celui des produits suscitant une dépendance puisque, avant la dépendance, les consommateurs n’ont pas toujours la possibilité de se faire une opinion suffisante sur les variantes non addictives pour leur permettre d’éliminer du marché les produits les plus préjudiciables<sup>18</sup>. Là encore, il est probable que les risques les plus lourds retomberont sur les consommateurs vulnérables, comme les jeunes très exposés à la séduction des publicités pour les cigarettes, l’alcool et autres produits susceptibles de créer une dépendance.

35. Cela dit, il faut veiller, en protégeant les consommateurs les plus vulnérables ou les moins bien informés, à ne pas indûment porter préjudice aux rétributions des consommateurs qui investissent pour collecter des informations.

36. Dans certains cas, la nature des informations, devenues un véritable bien public, signifie incontestablement que la duplication des efforts de recherche n’est que pure perte de temps et d’argent<sup>19</sup> ; mais dans de nombreux autres cas, l’investissement consenti, à titre privé, pour s’informer est souhaitable pour la collectivité, car il contribue à guider le processus de découverte du prix de sorte qu’il tienne compte de l’évolution constante des valeurs fondamentales. Si tel est le cas, les efforts menés pour améliorer la situation des consommateurs moins bien informés peuvent minorer la rémunération que retirent d’autres consommateurs de l’investissement qu’ils ont consenti pour s’informer et donc amoindrir la qualité du processus de découverte du prix et le bien-être dans son ensemble.

37. Cet arbitrage a été étudié en détail dans le contexte des problèmes de protection des consommateurs sur les marchés de titres ; rappelons juste que la plupart des économistes accorde une importance considérable au fait qu’il est indispensable de veiller à ce que les obligations d’information n’éliminent pas les incitations à acquérir des informations à grand prix, tout en favorisant une large participation sur les marchés concernés<sup>20</sup>. Cela ne signifie pas que les consommateurs vulnérables ne doivent pas être protégés, mais plutôt que les mesures de protection doivent être conçues de façon à ne pas porter inutilement préjudice aux incitations des consommateurs qui sont en mesure d’investir pour s’informer.

---

<sup>18</sup> Cependant, pour avoir une opinion contraire concernant les stupéfiants, voir O’Flaherty, Brendan (2005) *City Economics*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., chapitre 17.

<sup>19</sup> Voir Barzel, Y. (1982) « Measurement costs and the organisation of markets » *Journal of Law and Economics*, vol. 25, pp. 27-48 qui étudie ces cas, mais conclut que, lorsque les conditions nécessaires sont réunies, les producteurs prennent des mesures pour éviter une vaine duplication de la recherche d’informations.

<sup>20</sup> Voir O’Hara, M. (1995) *Market Microstructure Theory*, Blackwell Publishing et Harris, L. (2003) *Trading and Exchanges*, Oxford University Press, Oxford, Royaume-Uni. La nécessité de protéger le retour sur investissement dans le domaine de l’information et de maintenir sur le marché une juste répartition des différentes catégories d’investisseurs, peut justifier certaines limitations des obligations d’information, comme l’allègement des règles de transparence pour les négociations de bloc (diffusion réduite d’informations avant et après l’opération).

38. En somme, on ne peut conclure avec certitude, à partir des observations de l'économie comportementale, à des interférences généralisées de la politique à l'égard des consommateurs et de la politique de la concurrence, d'autant que les autorités de tutelle ne sont pas épargnées, elles non plus, par les limitations cognitives, l'imperfection de l'information et autres restrictions à la prise de décision. En revanche, il importera de se demander, en tout état de cause, quel instrument il convient d'utiliser pour corriger les imperfections du marché dues aux limitations cognitives qui entravent la faculté des consommateurs à exercer des choix complexes.

39. Cette question est importante parce que les observations de l'économie comportementale semblent objectivement utiles pour *définir* ce que seront les interventions de la politique de protection des consommateurs, sinon pour en déterminer le périmètre idéal<sup>21</sup>.

40. En d'autres termes, le rôle de l'économie comportementale peut être bien plus de contribuer à formuler *comment* les organismes de protection des consommateurs doivent intervenir que de déterminer s'ils doivent intervenir. Ainsi, les obligations d'étiquetage doivent tenir compte du fait que « l'excès d'information » peut dégrader la qualité des décisions prises par les consommateurs. De même, il peut être utile de connaître les biais liés à une situation de dotation ou de défaut pour décider comment doivent être structurés les plans comportant une option de sortie (par exemple, en ce qui concerne la responsabilité). De même, il peut être utile de tenir compte des effets de cadrage pour élaborer les réglementations relatives au matériel publicitaire, en ce qui concerne, par exemple, la teneur en graisse et en sucre des aliments. Enfin, le recours de l'économie comportementale aux essais expérimentaux a entraîné une amélioration considérable de la pratique et de la méthodologie de l'économie expérimentale ; les organismes de protection des consommateurs ont ainsi désormais très largement la possibilité de mettre à profit ces expérimentations pour mettre au point les instruments de l'action publique (comme les normes d'étiquetage) et peut-être aussi pour examiner certaines situations (pour déterminer, par exemple, si une publicité donnée est effectivement trompeuse).

### 3.2 *Extension du rôle des marchés*

41. Il peut être surtout essentiel d'assurer que les apports et les méthodes de l'économie comportementale sont mis à profit pour définir quelles seront les interventions de la politique à l'égard des consommateurs dans les domaines situés à l'intersection de la politique de la concurrence.

42. Ces quinze dernières années ont été marquées par un vaste processus de libéralisation à la fois dans les pays de l'OCDE et dans de nombreux pays en développement.

43. Une étude à paraître, conclut ainsi que dans un échantillon composé des 57 plus grandes économies mondiales examinées depuis 1970, *56 d'entre elles sont devenues moins réglementées au cours de cette période*, seul le Venezuela faisant exception à cette tendance générale<sup>22</sup>. En ce qui concerne les 21 pays de l'OCDE représentés dans l'échantillon, c'est le Portugal qui a connu le plus fort reflux des interventions ayant un effet restrictif sur le marché, suivi de la Nouvelle-Zélande, du Royaume-Uni et de la Suède. Au nombre des pays avancés, Israël se classe en tête. En ce qui concerne les pays en développement, le Mexique, l'Égypte, la Turquie, l'Inde, le Brésil, l'Argentine, le Chili et le Pérou font partie de ceux qui ont fortement réduit l'ampleur des interventions publiques ayant un effet restrictif sur le marché. De plus, il importe de noter qu'en ce qui concerne le recours aux mécanismes du marché, l'écart entre le groupe des pays de l'OCDE et les autres « économies avancées » d'une part et les pays en développement et les anciens pays communistes d'autre part, s'est sensiblement réduit depuis 1970.

<sup>21</sup> Voir en particulier Mulholland, J (2007), « Behavioral Economics and the Federal Trade Commission », *Paper for the Productivity Commission Round Table on Behavioral Economics*, Melbourne, Australie.

<sup>22</sup> Henderson P. D. (2007) « The Uneasy Trend to Greater Economic Freedom » document non publié.

44. Cette évolution qui témoigne, dans bien des pays, d'une meilleure appréciation des mérites de la concurrence en tant que moyen d'affecter les ressources de la collectivité, a aussi créé d'importantes difficultés du point de vue de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs. Ces difficultés se posent avec le plus d'acuité dans des secteurs comme celui des services aux collectivités classiques où les problèmes sont notamment les difficultés pour empêcher une élimination de la concurrence naissante ou celles auxquelles se heurtent les consommateurs pour exercer un choix dans des secteurs qui ont été longtemps monopolistiques. Des difficultés importantes ont également été rencontrées sur les marchés de capitaux déréglementés, notamment du point de vue de la protection des consommateurs appelés à exercer des choix souvent très complexes.

45. Récemment, l'ampleur de l'ouverture à la concurrence et, dans des biens des cas, le mouvement même d'ouverture à la concurrence, des professions libérales et des services sociaux (que sont par exemple l'éducation, la santé et la prise en charge des personnes âgées) ont suscité des débats. Il s'agit là de marchés souvent complexes pour les consommateurs, d'autant plus qu'ils sont relativement nouveaux ou évoluent rapidement. De plus, les décisions que prennent les consommateurs sur ces marchés peuvent parfois avoir des conséquences très graves – comme c'est le cas, à l'évidence, de l'éducation, de l'épargne retraite et des soins de santé – alors même que la qualité et le « rapport qualité-prix » y sont difficiles à appréhender et à évaluer. Là encore, ces difficultés se posent toutes avec plus d'acuité, et peuvent avoir de plus graves conséquences, pour les consommateurs à faible niveau d'éducation ou particulièrement vulnérables pour toute autre raison, comme les personnes âgées, malades ou fragiles.

46. Les problèmes que cela pose en termes d'interaction de la politique de la concurrence et de la protection des consommateurs peuvent être illustrés au moyen de deux exemples que sont l'agrément professionnel, des professions libérales notamment, et l'introduction de la concurrence sur les marchés des services sociaux.

### 3.2.1 *Agrément professionnel des professions libérales*

47. Dans l'économie moderne, le terme de « professions libérales » recouvre une grande variété de services, englobant aussi bien les comptables, les architectes, les avocats, les professions médicales et paramédicales, les ingénieurs-experts, peut-être les agents immobiliers et d'autres catégories professionnelles exerçant diverses activités qualifiées comme les électriciens, les plombiers et bien d'autres. Dans la majorité, sinon dans tous les pays, l'accès à ces professions est réglementé, de même que les comportements des personnes qui sont agréées pour les exercer.

48. L'imperfection de l'information est la principale justification de ces réglementations.

49. Ainsi, une personne qui achète des biens et des services a besoin d'en évaluer la qualité. Les conséquences d'une erreur d'appréciation (à savoir le risque) pour un bien relativement simple, présentant peu de spécificités, seront assurément limitées, notamment dès lors que les consommateurs peuvent en estimer la valeur avec suffisamment de précision.

50. En revanche, les consommateurs ont nettement plus de mal à évaluer les services professionnels. Cinq de leurs caractéristiques fondamentales amplifient l'asymétrie de l'information et ses conséquences. Premièrement, les consommateurs ne peuvent examiner la qualité de ces services qu'après l'acquisition, car ils ne sont pas en mesure de les inspecter avant l'achat aussi directement qu'ils peuvent le faire avec la plupart des produits. Deuxièmement, les services professionnels sont par nature complexes et il faut souvent être doté de compétences considérables pour les fournir et les adapter aux besoins des consommateurs. De ce fait, ceux-ci peuvent avoir du mal à évaluer la qualité du service avant l'achat. Troisièmement, la qualité de nombreux services peut être difficile à évaluer même *après* l'achat. Par exemple, si une personne fait appel à un avocat dans le but d'intenter un procès, et qu'elle le perd au bout



du compte, elle peut avoir du mal à savoir si cela tient à la piètre qualité des services juridiques fournis ou au fait que l'affaire était en soi difficile à gagner. Quatrièmement, de nombreux consommateurs ne consomment que très occasionnellement ce type de services. Ils n'effectuent donc pas d'achats répétés qui les aideraient à en évaluer la qualité. Cinquièmement, les conséquences de l'achat de services professionnels de mauvaise qualité peuvent être lourdes. Le service peut ainsi entraîner une grosse dépense pour le consommateur et un service (un pontage coronarien, par exemple) défectueux peut occasionner des dommages graves et irréversibles<sup>23</sup>.

51. Ces caractéristiques peuvent servir à justifier la mise en place d'une réglementation visant à assurer la qualité des prestations. De tels dispositifs sont destinés à garantir aux consommateurs une certaine qualité de service et par conséquent, à réduire les risques associés à l'achat de services professionnels. Dans une certaine mesure, ils se substituent aux efforts de recherche et de collecte de l'information menés par les particuliers car la collecte de l'information et l'évaluation du service s'effectuent par le biais d'un quelconque mécanisme réglementaire. Ils peuvent réduire les coûts de transaction pour les consommateurs et permettre au marché de fonctionner efficacement.

52. Cela étant, l'expérience montre aussi que ces réglementations ont généralement des effets qui vont au-delà d'une assurance de la qualité, ou de la recherche d'une assurance de la qualité, des services que les consommateurs acquièrent. Au nombre de ces effets, citons notamment :

- La *création d'un monopole* du fait que la pratique et l'activité sont exclusivement réservées aux membres de la profession. À cela peut s'ajouter une nouvelle subdivision du travail, certaines prestations étant à leur tour exclusivement réservées à des sous-catégories précises de ladite profession, comme c'est le cas de la chirurgie esthétique qui ne peut être réalisée que par des « chirurgiens esthétiques ».
- La mise en place de *restrictions anticoncurrentielles à l'accès* à une profession, par des dispositifs d'agrément ou d'accréditation ou par des restrictions à l'accès des étrangers ou des personnes venues d'une autre région d'un pays.
- L'imposition de *restrictions anticoncurrentielles aux comportements*, par exemple en matière de prix, de publicité ou d'éthique.
- Des *formes particulières de comportements anticoncurrentiels* peuvent également exister, comme des ententes sur les prix ou des boycottages collectifs qui, sur d'autres marchés, seraient sans conteste en infraction au droit de la concurrence.

53. Face à ces conséquences, le plus difficile, du point de vue de l'action publique, est de trouver comment tenir compte des préoccupations légitimes liées à la nécessité d'une assurance de la qualité, tout en permettant aux mécanismes concurrentiels de s'exercer bien plus pleinement que cela n'est généralement le cas. À cette fin, il faudra réussir à combiner et à articuler les instruments de la politique de la concurrence et ceux de la politique de protection des consommateurs :

- Les instruments de la politique à l'égard des consommateurs doivent rechercher des moyens efficaces de protéger les consommateurs, sans pour autant restreindre indûment ou inutilement la concurrence ; alors que

---

<sup>23</sup> Voir Allan Fels, David Parker, Blair Comley et Vishal Beri (2001) « Occupational Regulation », dans *Anticompetitive Impact of Regulation*, resp. pub. Guiliano Amato, Laraine L. Laudati, Edgar Elgar, pp. 104-115.

- La politique de la concurrence doit faire en sorte, sous réserve que les indispensables mesures de protection des consommateurs sont en place, que la concurrence est autorisée à s'exercer là où elle le peut, notamment en éliminant les restrictions injustifiées à l'entrée et aux comportements concurrentiels<sup>24</sup>

### 3.2.2 Concurrence dans le secteur des services sociaux

54. Un même besoin de coordination étroite de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs se fait aussi sentir au regard des évolutions visant à introduire des mécanismes de marché ou assimilables au marché dans le secteur des services sociaux classiques.

55. Ainsi, comme on l'a vu, de nombreux pays de l'OCDE prennent des mesures pour élargir la palette de choix des consommateurs dans le secteur des services sociaux traditionnellement fournis par les pouvoirs publics<sup>25</sup>. Un certain nombre d'économies en développement sont elles aussi allées dans ce sens, notamment la Colombie (qui a récemment lancé un programme de chèques-éducation, donnant aux élèves la possibilité de choisir une école privée)<sup>26</sup>, le Chili<sup>27</sup> et l'Indonésie<sup>28</sup>. De plus, la Banque mondiale a mis en évidence la manière dont la concurrence peut venir étoffer l'offre de services tels que l'enseignement et la santé de façon à assurer une utilisation efficiente des ressources limitées dont les pays en développement disposent pour investir dans l'infrastructure sociale<sup>29</sup>.

56. Bien que ces évolutions soient de nature à renforcer considérablement l'efficacité de la prestation de tels services<sup>30</sup>, elles soulèvent également des problèmes très difficiles du point de vue à la fois de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs.

<sup>24</sup> L'expérience australienne à cet égard est analysée dans Allan Fels (2006) « The Australian Experience Concerning Law and the Professions » chez Ehlermann (éd.) *Competition Law and the Professions*, European University Institute, Florence.

<sup>25</sup> Pour une vue d'ensemble de la question, voir Lundsgaard, J. 2002, 'Ouverture à la concurrence et efficacité des services à financement public', *Revue économique de l'OCDE*, disponible à l'adresse Internet suivante : <http://www.oecd.org/dataoecd/42/36/22027701.pdf>

<sup>26</sup> Angrist, J. et al 2002, 'Vouchers for private schooling in Colombia: Evidence from a randomized natural experiment', *American Economic Review* 92(5).

<sup>27</sup> Hsieh, Chang-Tai et Urquiola, Miguel S., « When Schools Compete, How Do They Compete? An Assessment of Chile's Nationwide School Voucher Program » (octobre 2003). NBER Working Paper No. W10008

<sup>28</sup> Bedi, A. et A. Garg 2000, 'The effectiveness of private versus public schools: The case of Indonesia', *Journal of Development Economics* 61(2).

<sup>29</sup> Hanushek, E. et L. Wolfsmann 2007, *Education quality and economic growth*, Banque mondiale, pp. 20-21.

<sup>30</sup> Hanushek, E. et L. Wolfsmann 2007, *Education quality and economic growth*, Banque mondiale, pp. 20-21; M Harrison 2004, *Education Matters: Government, Markets and NZ Schools*, NZBR, Wellington ; C. Hoxby 1994, 'Do Private Schools Provide Competition for Public Schools?', NBER Working Paper No. W4978. S Bradley et J. Taylor 2002, 'The Effect of the Quasi-market on the Efficiency-equity Trade-off in the Secondary School Sector', 54, *Bulletin of Economic Research* p. 295-314 ; E Hanushek, et S. Rivkin 2003, 'Does Public School Competition Affect Teacher Quality?', *The Economics of School Choice* ; G Holmes, J. DeSimone et N. Rupp 2003, 'Does School Choice Increase School Quality?' NBER Working Paper No. W9683 May ; et P Bayer et R. McMillan 2005, 'Choice and Competition in Local Education Markets', NBER Working Paper No. W11802..

57. Ainsi, alors que la plupart des pays sont depuis longtemps dotés d'un secteur scolaire privé, la faculté des parents à exercer un choix au sein du système public est souvent limitée par les règles d'affectation des enfants à certains établissements (généralement en fonction de leur lieu de résidence). Parallèlement, les règles de financement limitent les possibilités d'ajustement des aides publiques allouées aux établissements scolaires suivant les flux d'élèves, ce qui fausse la concurrence à la fois au sein du système public (dans la mesure où les établissements qui attirent davantage d'élèves ne sont pas proportionnellement mieux financés) et entre le secteur public et le secteur privé. Donner une plus grande liberté de choix aux parents et faire davantage dépendre de ce choix les flux de revenus des établissements peut être une manière très efficace de renforcer la réactivité du système éducatif aux préférences des parents<sup>31</sup>.

58. Cela étant, préserver ces gains, et assurer qu'ils profitent bien, au bout du compte, aux élèves et à la collectivité pose une multitude de problèmes pour la conception des politiques publiques. Dès lors que les établissements scolaires entrent dans la sphère concurrentielle, il devient indispensable de traiter certains problèmes difficiles relatifs à la diffusion des informations (qui sont essentielles à l'exercice du choix, mais qui peuvent aussi fausser les incitations du personnel enseignant et administratif)<sup>32</sup>, au partage de l'information, à la coopération entre les établissements et à la façon de concilier des échanges souhaitables d'informations et une concurrence efficace<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Voir Burgess, S., C. Propper et D. Wilson 2004, 'The impact of choice in education and health: a review of the economic literature', Centre for Market and Public Organisation, notamment les pp. 15-23. Ces considérations valent tout autant pour les pays en développement dans lesquels, comme on l'a vu, les pouvoirs publics se sont livrés à un très grand nombre d'expérimentations – voir, par exemple, Patrinos, H. 2006, 'Public-Private Partnerships: Contracting Education in Latin America', Banque mondiale ; Barrera-Ororio, F. 2007, 'The Impact of Private Provision of Public Education: Empirical Evidence from Bogota's Concession Schools', Banque mondiale ; et Patrinos, H. et S. Sosale (resp. pub.) 2007, 'Mobilizing the Private Sector for Public Education: A View from the Trenches', Banque mondiale.

<sup>32</sup> Passant en revue la littérature économique, Burgess, S., C. Propper et D. Wilson 2004, 'The impact of choice in education and health: a review of the economic literature', Centre for Market and Public Organisation, concluent (p. 16) que : « Pour que le choix s'exerce, le côté de l'offre doit répondre aux (évolutions de) la demande. Mais la forme que prennent ces réponses dépend du type d'indicateurs de performance utilisés et des incitations ainsi créées. Si le choix des parents repose sur les informations que contiennent les indicateurs de performance, les établissements scolaires sont incités à améliorer les performances ainsi mesurées. Cela ne signifie pas nécessairement qu'il s'ensuit une amélioration des résultats réels... Il peut être justifié d'utiliser différents indicateurs de performance pour servir différents objectifs de responsabilisation et simplifier l'éventail de choix ». Les effets d'une définition d'objectifs et de la divulgation d'information sur les prestataires (et les conséquences inattendues qu'ils peuvent avoir) sont examinés dans Hood, C. (2006) « Gaming in Targetworld », *Public Administration Review*, 66(4), 515.

<sup>33</sup> Ce point trouve une illustration dans certaines affaires survenues au Royaume-Uni et aux États-Unis où des établissements scolaires et universitaires ont fait l'objet d'enquêtes et de poursuites à la suite d'allégations de comportement anticoncurrentiel ayant trait au partage d'information et à des pratiques de concertation. Au Royaume-Uni, une enquête a été ouverte, fin 2006, à l'encontre d'écoles privées qui s'étaient échangé des informations sur leurs futurs frais de scolarité – voir Decision of the Office of Fair Trading No. CA98/05/2006, 'Exchange of information on future fees by certain independent fee-paying schools', 20 novembre 2006. Aux États-Unis, en 1993, l'État fédéral a réussi à engager un recours pour contester une entente entre plusieurs universités limitant la concurrence dans le domaine de l'allocation des bourses universitaires, par le biais d'un contrat au terme duquel l'aide financière ne devait être accordée que sous conditions de nécessité, établies selon un mode de calcul commun – voir *United States v Brown Univ.* 5 F.3d 658.

59. Des problèmes de même nature se posent dans le secteur de la santé. Dans des pays comme l'Australie particulièrement, caractérisés par un vieillissement rapide de la population<sup>34</sup>, les questions que l'on doit se poser pour assurer l'efficacité de la prestation des services de santé sont en train de changer. Si la prestation de soins pour les pathologies aiguës conserve à l'évidence toute son importance, la priorité est de plus en plus accordée (et les ressources sont de plus en plus allouées) au traitement des maladies chroniques, comme les diverses pathologies du vieillissement (comme la démence sénile), ou de l'obésité ou encore de celles liées aux modes de vie<sup>35</sup>. Il s'agit là de formes de prise en charge pour lesquelles le choix des consommateurs (ou de leur famille) peut être particulièrement important, du fait que la nature même de la prise en charge implique en tout état de cause un choix de mode de vie (comme c'est le cas pour les résidences médicalisées pour personnes âgées), ou du fait que les incitations et la motivation des patients sont déterminantes pour l'efficacité du traitement (comme dans le cas des pathologies liées aux modes de vie).

60. Cela étant, faire en sorte que le choix puisse s'exercer efficacement dans ces domaines n'est pas aisé ; comme pour le secteur scolaire, il s'ensuit des questions difficiles tant en termes de diffusion de l'information qu'en ce qui concerne les droits et obligations des consommateurs. En résultent également des problèmes complexes concernant la façon de concilier la concurrence entre les prestataires et les objectifs sociaux plus généraux qui doivent aussi être poursuivis. Là encore, différentes sortes de compétences – celles des praticiens et des spécialistes de la santé, celles des autorités de la concurrence et celles des spécialistes de la protection des consommateurs – doivent être mises à profit pour concevoir des instruments de marché (ou assimilables au marché)<sup>36</sup>.

### 3.3 Conclusions

61. En somme, les problèmes liés à l'interaction entre la protection des consommateurs et la politique de la concurrence ont suscité un intérêt considérable ces dernières années, notamment à la suite des observations des chercheurs concernant les limitations inévitables de la qualité et de l'efficacité du choix des consommateurs. Il est cependant trop tôt et on aurait probablement tort d'en conclure pour autant qu'il faille moins s'en remettre au choix des consommateurs, sur un marché concurrentiel, pour promouvoir au mieux l'efficacité et le bien-être collectif. Cela étant, ces études sont importantes pour définir l'action publique et, de toute évidence, les mesures de protection des consommateurs. Dès lors que la politique de la concurrence et la politique à l'égard des consommateurs gagnent de nouveaux domaines – comme les marchés émergents des services sociaux qui étaient jusque là fournis par les pouvoirs publics – il convient de mettre pleinement à profit les enseignements qui en sont tirés.

<sup>34</sup> L'exemple de l'Australie illustre bien la tendance générale observée dans les pays de l'OCDE. Ainsi, l'après les projections démographiques actuelles, le nombre d'Australiens âgés de 85 ans et plus va passer de 330 000 en 2006 à 580 000 en 2021 et à plus de 1.6 million en 2051 – voir en général sur cette question Ergas, Henry et David Cullen (2007) *Providing and Financing Aged Care in An Aging Society*, (en cours d'impression) disponible à l'adresse Internet suivante : [www.greenwhiskers.com.au](http://www.greenwhiskers.com.au).

<sup>35</sup> En extrapolant à partir de tendances similaires observées aux États-Unis – Voir Reynolds, S. L., Y. Saito et E. M. Crimmins, 2005, 'The Impact of Obesity on Active Life Expectancy in Older American Men and Women', *The Gerontologist*, vol. 45, pp. 438-444. Voir Ergas, Henry et David Cullen, *ibid.*, pour l'analyse des tendances observées en matière de pathologies chroniques et de leurs implications sur la prestation de services aux personnes âgées et sur le choix de la prise en charge dans ce domaine.

<sup>36</sup> Pour une étude de bonne qualité sur l'impact du choix des consommateurs dans les marchés de la santé, voir Burgess, S., C. Propper et D. Wilson 2004, 'The impact of choice in education and health: a review of the economic literature', Centre for Market and Public Organisation, pp. 25-33.

#### 4. Conception des institutions et difficultés institutionnelles

62. L'analyse qui précède a mis en évidence l'interdépendance de la politique de la concurrence d'une part et de la politique à l'égard des consommateurs d'autre part, et la nature commune des objectifs qu'elles poursuivent. Elle montre aussi la manière dont elles doivent aller de pair lors de la définition de l'action publique, notamment lorsque la concurrence gagne de nouveaux domaines. Cela conduit tout naturellement à s'intéresser au cadre institutionnel de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs, et notamment à se demander si elles doivent toutes deux être « logées » au sein d'une unique institution, ce qui présenterait à la fois des avantages et des coûts.

63. Nous analyserons d'abord ces avantages, avant d'évaluer les coûts.

##### 4.1 Avantages de l'intégration

64. Intégrer la responsabilité première de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs au sein d'une institution unique présente trois grands avantages :

- les gains tirés du traitement de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs en tant qu'instruments que l'on peut articuler avec souplesse et gérer, plus généralement, au sein d'un seul et même portefeuille d'instruments à la disposition des pouvoirs publics,
- les gains tirés du renforcement et du partage des expériences dans ces deux domaines,
- les gains tirés du fait que la collectivité a une vue plus claire de ces politiques et comprend mieux les préoccupations relatives à la concurrence et à la protection des consommateurs.

##### 4.1.1 Le portefeuille d'instruments à la disposition des pouvoirs publics

65. En préservant une réelle concurrence sur les marchés, la politique de la concurrence peut alléger la charge de travail de la politique de protection des consommateurs ; de la même façon, cette dernière peut renforcer l'aptitude des consommateurs à exercer un choix, peut aider les marchés à être plus efficacement concurrentiels et obliger les entreprises à se livrer concurrence sur leurs mérites respectifs, contribuant ainsi aux visées de la politique de la concurrence. Cette interdépendance est importante car elle signifie qu'il existe des possibilités de substitution mutuelle de ces divers instruments. Par conséquent, regrouper lesdits instruments au sein d'un même arsenal peut permettre de réaliser à la fois ces deux objectifs pour un coût net moins élevé (ou pour un gain net plus élevé), puisque cela permettra d'utiliser l'instrument le moins onéreux pour chaque situation à régler.

66. Ainsi, mise à part l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, la politique de la concurrence n'a en général guère de moyens pour rendre les marchés structurellement plus concurrentiels qu'ils ne le seraient autrement ; en outre, les politiques visant une déconcentration des marchés oligopolistiques, soit en contraignant les entreprises à procéder à des cessions, soit en subventionnant les nouveaux entrants ou en les aidant de toute autre manière à s'implanter, sont souvent contestables et semblent en général de nature à occasionner des coûts bien plus importants que les avantages qui en découlent. En ce sens, les autorités de la concurrence n'ont parfois guère de moyens pour influencer sur le côté de l'offre, en vue de discipliner la concurrence et de la rendre ainsi plus efficace. En revanche, dans ces cas là, les mesures portant sur le côté de la demande peuvent constituer une solution efficace. Par exemple, si une meilleure information des consommateurs ou une réduction des coûts de changement de fournisseur accroît

l'élasticité de la demande pour chaque entreprise, cela l'incitera généralement à adopter une stratégie de prix plus agressive, quelle que soit la structure du marché<sup>37</sup>.

67. L'intérêt de voir ces instruments regroupés au sein d'un portefeuille commun est amplifié par le fait que la politique à l'égard des consommateurs peut s'ajuster aux besoins de certains marchés donnés, ce que la politique de la concurrence ne pourrait ou ne saurait faire. Il ne serait ainsi pas souhaitable qu'une série d'instruments de la politique de la concurrence vise spécifiquement (à titre d'exemple) le secteur de la distribution d'équipements électriques ; en revanche, les problèmes particuliers que posent, sur ce marché, la nécessité d'une meilleure information des consommateurs peuvent être correctement traités par les instruments de la politique à l'égard des consommateurs (par des campagnes d'information, par exemple) s'adressant spécifiquement à ce marché. Si, de ce point de vue, la politique de la concurrence est, par nature, un instrument assez peu incisif, les interventions du côté de la demande permettent, quant à elles, de s'attaquer de manière bien plus pointue aux spécificités de chaque secteur.

68. Dans le même temps, gérer ces instruments au sein d'un seul et même portefeuille peut être une manière efficace d'identifier, et donc de supprimer ou de réduire, les incohérences de l'action publique. Ainsi, les normes de produits obligatoires peuvent restreindre la concurrence en entravant l'entrée sur les marchés de producteurs à bas coûts et de moindre qualité. Cet effet préjudiciable aura plus de chance d'être mis au jour et de donner lieu à des mesures correctrices au sein d'une institution qui aura été accoutumée à promouvoir la concurrence et qui sera amenée, de par ses fonctions, à effectuer des enquêtes de concurrence sur des marchés très divers, que si tel n'était pas le cas. Plus généralement, en assurant que chaque marché, et que les instruments utilisés pour agir sur ce marché, sont pris comme un tout – et concernent le fonctionnement de ce marché à la fois du côté de l'offre et du côté de la demande – il sera possible de mieux maîtriser le risque que l'un des volets de l'action publique ne soit utilisé pour saper les effets de l'autre.

#### 4.1.2 *Partage des compétences*

69. Dans les économies de petite taille notamment, mais pas uniquement, il est probable que le gisement de compétences dont dispose le secteur public pour analyser les problèmes complexes relevant de l'action publique qui ont trait à la structure et au fonctionnement des marchés sera très limité. Comme la politique à l'égard des consommateurs et la politique de la concurrence s'appuient l'une et l'autre sur un même genre de compétences, gérer, au sein d'une institution unique, celles qui sont disponibles permettra de les utiliser de façon plus efficiente.

70. Parallèlement, cette gestion intégrée peut offrir des opportunités de promotion professionnelle des individus concernés qui seront appelés à traiter à la fois de questions relevant de la politique de la concurrence et de questions relevant de la politique à l'égard des consommateurs, et approfondiront leurs connaissances dans ces deux domaines. Cet aspect est particulièrement important lorsqu'il est indispensable de recourir à des analyses couvrant à la fois le côté de l'offre et le côté de la demande.

71. Par exemple, il peut être difficile de comprendre (vu du côté de l'offre) certains accords qui peuvent sembler indûment restrictifs, si l'on ne comprend pas la manière dont fonctionne le côté de la demande d'un marché donné. Les accords permettant aux assureurs de « diriger » les consommateurs vers

---

<sup>37</sup> Tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, sur un marché en croissance rapide, les coûts de changement de fournisseur peuvent inciter les entreprises à démarcher plus agressivement les clients de façon à bénéficier d'effets de captivité ultérieurs. Diminuer artificiellement ces coûts sur un tel marché peut réduire la concurrence sur les prix, du moins durant la phase de croissance. Cela étant, la réduction de la concurrence durant cette phase peut être contrebalancée par une intensification de la concurrence, une fois que la taille du marché s'est stabilisée. En conséquence, même dans ces cas là, il faut trouver un compromis entre les coûts de changement de fournisseur et la concurrence.

certaines prestataires de services de carrosserie – en les obligeant à ne recourir qu'à leur seul carrossier attitré – constituent un bon exemple. De tels accords semblent restreindre la concurrence sur le marché de la carrosserie. Cela étant, ils se justifient essentiellement par le fait qu'ils limitent les problèmes d'aléa moral qui, dans le cas contraire, se feraient jour sur ce marché. Les problèmes d'aléa moral se posent du fait que les consommateurs n'assument pas la totalité du coût des services de réparation et qu'il est difficile d'en évaluer pleinement la qualité. Alors même qu'il semble limiter le choix des consommateurs, l'assureur est, en fait, directement en mesure de réduire les coûts et d'améliorer la qualité de la prestation, tout en incitant les carrossiers à se livrer concurrence sur les prix et la qualité, et non en exploitant les consommateurs et assureurs. De toute évidence, dans ce genre de situation, bien comprendre le comportement des consommateurs permet d'évaluer correctement ce qui peut passer, à première vue, pour une restriction induite de la concurrence.

72. De la même façon, il peut être important de bien comprendre la politique à l'égard des consommateurs, et les instruments de cette politique, pour évaluer les mutations éventuelles – comme celles induites par des projets de fusion – de la structure d'un marché. Au niveau le plus simple, savoir que dans un secteur d'activité donné, les consommateurs sont confrontés en permanence à des problèmes concernant les conditions générales de service peut aider à analyser les plaintes relatives au fonctionnement passé des marchés concernés et à déterminer comment ils pourraient fonctionner dans l'avenir. En effet, si les consommateurs se sont heurtés à des coûts d'information élevés, la structure du marché qui sera issue de la fusion pourra offrir encore plus de possibilités de les exploiter, surtout si, après l'opération, la concurrence dépend fortement de l'arrivée de nouveaux entrants ou du développement de fournisseurs plus petits et peu connus. Dès lors, une bonne connaissance des problèmes rencontrés par les consommateurs peut aider à mettre au point les mesures correctrices qui s'imposent – obligations d'information ou de dégroupage des produits, par exemple.

#### 4.1.3 *Soutien de la collectivité et responsabilité vis-à-vis du grand public*

73. Enfin, l'intégration peut produire des avantages en matière de soutien de la collectivité et de responsabilité vis-à-vis du grand public.

74. En ce qui concerne la question du soutien qu'elle peut apporter, la collectivité reconnaît tout naturellement l'intérêt et l'importance de la protection des consommateurs. En reliant les activités relevant de la politique de la concurrence avec les priorités de la protection des consommateurs d'une part, et en expliquant les liens existant entre les décisions prises en matière de politique de la concurrence et la promotion de l'intérêt des consommateurs d'autre part, les autorités de la concurrence peuvent renforcer l'adhésion du grand public à la politique qu'elles poursuivent. Cela peut être particulièrement important dans les pays où cette politique est un élément relativement récent dont l'importance, le rôle et la nature ne sont pas bien compris. Il peut s'avérer plus facile de prendre des décisions qui pourront être très controversées – comme le rejet d'une fusion entre de puissantes entreprises nationales – et de s'y tenir si on peut expliquer sans équivoque qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une mission plus générale de protection et de promotion des intérêts des consommateurs.

75. Pareillement, du moins dans certains pays, la question de la protection des consommateurs a eu du mal à se hisser au niveau des grandes priorités politiques et donc à obtenir le soutien des plus hauts responsables du gouvernement et de l'administration. Par voie de conséquence, cet état de fait lui a compromis l'accès à des financements permanents et a amoindri son aptitude à attirer les éléments les plus ambitieux du secteur public. Au contraire, le fait qu'il existe une autorité de la concurrence bien dotée passe généralement pour l'un des aspects importants d'une saine gestion économique. En outre, les jeunes talents peuvent considérer comme un choix de carrière séduisant le fait de travailler pour une autorité de la concurrence. L'autorité de la concurrence a ainsi un meilleur accès aux ressources humaines et financières,

dont la politique de protection des consommateurs pourra bénéficier plus facilement dans les pays où ces deux volets de l'action publique seront regroupés au sein d'une seule institution.

76. De même qu'elle apporte des gains en termes de soutien de la collectivité, l'intégration des missions de ces deux politiques peut aussi renforcer leur responsabilité vis-à-vis du grand public. Le champ d'application de la politique de la concurrence couvre généralement l'ensemble de l'économie. Telle ou telle action ou décision prise par les autorités de la concurrence aura un intérêt général pour les milieux d'affaires, juridiques et universitaires, qui la considéreront comme un précédent dont la portée pourrait s'étendre au-delà des entreprises et des secteurs qu'elle a directement visés. De ce fait, le comportement des autorités de la concurrence, dans leur domaine d'action, fait l'objet d'un suivi plutôt attentif et efficace, qui permet de garantir un fonctionnement raisonnablement satisfaisant de ces organismes.

77. Au contraire, la politique à l'égard des consommateurs est parfois très spécifique à un secteur donné, et impose en outre de prendre de nombreuses décisions dont chacune n'aura que d'assez faibles retombées dans l'absolu, autrement dit pour l'économie dans son ensemble. Il peut s'ensuivre que seul un assez petit nombre d'acteurs sociaux sera incité à garder l'œil sur les décisions prises par les organismes de protection des consommateurs ou sera en mesure de le faire. Cette absence de suivi attentif peut entraîner des lacunes de la réglementation. En outre, l'organisme concerné pourra, de ce fait, s'enfermer dans une stricte idéologie de la protection des consommateurs – qui ne lui permettra pas d'apprécier correctement les coûts induits par la réglementation – ou devenir l'otage d'entreprises réglementées qui auront intérêt à utiliser la politique de protection des consommateurs pour ériger des barrières à l'entrée et entraver le développement de nouveaux acteurs. Ces risques seront sans doute moindres au sein d'une entité qui sera aussi dotée de responsabilités en matière de politique de la concurrence, à la fois en raison de la culture interne qui prévaudra en son sein et de l'étroit suivi dont elle sera naturellement l'objet.

#### **4.2 Coûts de l'intégration**

78. Si l'intégration de la politique de la concurrence et de la politique à l'égard des consommateurs présente certains avantages, elle induit aussi des coûts. Ces coûts résultent des différences inhérentes à la nature et aux conditions de la mise en œuvre de ces instruments mais aussi aux obstacles à l'intégration totale que ces différences induisent dans la pratique.

##### *4.2.1 Différences de nature et des conditions de mise en œuvre*

79. Même si ces politiques peuvent viser des objectifs communs, les instruments spécifiques sur lesquels elles reposent sont dissemblables, de même que les conditions dans lesquelles elles sont mises en œuvre.

80. Ainsi, généralement, la politique de la concurrence est mise en œuvre par le biais de l'application du droit de la concurrence, et mêle donc procédures administratives (comme celles utilisées pour autoriser une fusion et pour autoriser -et approuver administrativement- des accords) et procédures judiciaires. Le plus souvent, le nombre d'affaires traitées est relativement faible, chacune d'entre elle ayant en revanche souvent des retombées très importantes dans l'absolu. De plus, l'interaction directe avec le grand public est généralement plutôt limitée, la plupart des informations n'étant communiquée qu'au travers de procédures très formelles, comme la remise de rapports et la recherche documentaire par exemple. Ces caractéristiques de leur travail influent fortement sur la structure et le comportement des organismes concernés, notamment du point de vue de la formation du personnel, du type de compétences requises, des perspectives de carrière et de la façon dont les salariés expérimentés affectent leur temps et mobilisent leur attention.



81. Au contraire, la politique à l'égard des consommateurs est en soi plus variée, de par ses instruments, sa forme et sa nature. En ce qui concerne les instruments à sa disposition, si elle est aussi dotée d'une composante classique de mise en œuvre du droit (plus marquée dans les cas de comportements mensongers ou trompeurs), son périmètre d'action couvre aussi les poids et mesures, les normes de qualité et de sécurité des produits, les codes de conduite sectoriels, la réglementation des pratiques professionnelles et les mécanismes de médiation avec les consommateurs et de règlement des différends. Si certains de ses instruments importants couvrent l'économie dans son ensemble, ils sont souvent parallèlement assortis d'un arsenal important d'instruments spécifiques à un secteur ou à un marché donné. Il s'agit d'instruments très divers qui peuvent dans certains cas (comme en matière d'information et d'éducation des consommateurs par exemple) prendre la forme d'une réglementation très « allégée ». De plus, généralement le processus de formulation et de mise en œuvre de la politique est lui aussi par nature très varié et, à bien des égards, poreux, puisqu'il se nourrit d'une grande implication directe du grand public, du flux des nombreuses petites affaires traitées et de l'apport considérable des différents secteurs à la définition de l'action publique. Ces caractéristiques aboutissent à un processus bien plus décentralisé – de par la diversité des intervenants concernés – mais géographiquement bien plus circonscrit que ne le sont la formulation et la mise en œuvre de la politique de la concurrence.

82. Il découle notamment de ces différences que la politique à l'égard des consommateurs, lorsqu'elle est intégrée au sein d'un organisme exerçant aussi des responsabilités en matière de politique de la concurrence, peut avoir du mal à susciter l'attention qu'elle mérite. Compte tenu de la nature très variée des affaires qui en relèvent et du fait que nombre d'entre elles sont relativement petites et ont de faibles retombées dans l'absolu (même si chacune d'entre elles peut avoir une grande importance pour les consommateurs), cette politique peut donc retenir moins qu'elle ne le devrait l'intérêt et l'adhésion des hauts responsables. Du fait de la décentralisation de ses liens avec d'autres organismes et d'autres échelons territoriaux de l'État, il peut s'ensuivre que les missions soient confiées à des collaborateurs relativement jeunes et inexpérimentés et que cette politique ne dispose pas des financements, des ressources et de la visibilité qu'obtient invariablement la politique de la concurrence – avec son lot incessant de différends très médiatisés et de grande envergure.

83. Ces problèmes sont liés à la nature dissemblable des instruments et des missions respectifs que ces deux types de politiques impliquent. Théoriquement, bien sûr, cela pourrait changer.

84. En particulier, il pourrait être avantageux de centraliser la politique à l'égard des consommateurs, en la dotant d'une assise juridique et institutionnelle plus unifiée, et, en l'assimilant de cette façon un peu plus à la politique de la concurrence. De fait, dans une étude très récente consacrée à la politique australienne de protection des consommateurs, la Productivity Commission (qui conseille les pouvoirs publics australiens sur les questions ayant un effet sur l'efficacité économique) a déclaré qu'il serait préférable de s'appuyer sur un droit générique, plutôt que de recourir à des réglementations sectorielles, pour traiter de nombreux problèmes concernant les consommateurs<sup>38</sup>. En effet, faire appel à un droit générique :

- favorise la cohérence de l'approche adoptée pour l'ensemble des consommateurs et des marchés,
- permet aux autorités de tutelle de s'attaquer aux problèmes émergents sans avoir besoin de nouvelles législations – ce qui est un aspect très important du fait de l'évolution rapide des marchés de consommation,

---

<sup>38</sup> Productivity Commission (2007) *Review of Australia's Consumer Policy Framework: Draft Report*, Canberra.

- permet, de manière générale, d'éviter les problèmes de délimitation des responsabilités et les lacunes de la réglementation qui peuvent s'ensuivre,
- impose des coûts relativement faibles à la très grande majorité des fournisseurs qui agissent correctement vis-à-vis des consommateurs.

85. Au regard de ces avantages, les réglementations sectorielles de protection des consommateurs visent, quant à elles, expressément à empêcher certains agissements précis et non l'effet dissuasif général que peut avoir, en cas d'infraction au droit général, la menace de poursuites pénales ou civiles. Dès lors, y recourir serait, de l'avis de la Productivity Commission, sans doute souhaitable lorsque :

- le risque de préjudice pour les consommateurs est élevé ou que le préjudice subi si la situation tourne mal est important et sans doute irrémédiable. (Ces aspects justifient principalement le recours à des réglementations spécifiques dans le domaine de la médecine ou du crédit à la consommation),
- le caractère adéquat et la qualité des services est difficile à évaluer avant, ou même après, l'achat (c'est l'argument utilisé pour justifier de nombreux régimes d'agrément professionnel), ou
- du fait de la nature technique du produit ou service, l'autorité de tutelle sectorielle peut plus facilement déterminer les infractions au comportement de rigueur par rapport à certaines normes « objectives ».

86. Ces arguments sont fondés, et du moins en ce qui concerne l'Australie, donnent à penser qu'il peut être avantageux de recourir un peu plus à des instruments juridiques qui soient applicables à l'économie dans son ensemble pour réaliser des objectifs de protection des consommateurs. Néanmoins, même si l'on va dans ce sens, les principales différences évoquées précédemment, entre la nature des missions, des compétences et des processus à l'œuvre dans le cadre de la politique de la concurrence d'une part et de la politique à l'égard des consommateurs d'autre part subsisteront sans doute.

87. Dans ces conditions, lorsque l'on tentera d'administrer ces deux fonctions au sein d'un seul et même organisme public, des difficultés pratiques se poseront inévitablement. Ces difficultés ne sont certes pas insurmontables, mais elles limitent les économies d'échelle entre ces fonctions et peuvent plaider en faveur de leur administration distincte.

#### 4.2.2 *Limites pratiques à l'intégration*

88. Du fait en grande partie des caractéristiques déjà citées, il s'ensuit que tout régime efficace de protection des consommateurs impliquera nécessairement l'intervention d'un certain nombre d'organismes publics assez divers. En outre, il peut arriver que ces organismes couvrent plusieurs régions administratives, surtout dans les pays dotés d'une structure fédérale. L'intervention de multiples organismes est particulièrement prononcée lorsque des problèmes de protection des consommateurs se font jour dans des secteurs d'activité soumis à une réglementation sectorielle exhaustive, comme les services financiers et la santé. Les autorités de tutelle sectorielles jouent alors naturellement un rôle essentiel en ce qui concerne les problèmes de protection des consommateurs et en assument de ce fait généralement la principale responsabilité.

89. En règle générale, il n'est donc pas possible de centraliser la responsabilité de la politique à l'égard des consommateurs comme on peut le faire de la responsabilité de la mise en œuvre de la politique de la concurrence. Même lorsque certains aspects de ces fonctions sont regroupés au sein d'une institution

unique (comme c'est le cas de l'ACCC en Australie), de nombreuses facettes de la politique de protection des consommateurs n'entrent pas dans ses attributions et il n'y a pas vraiment de raison que cela change.

90. Dans la pratique, l'intégration de ces instruments de l'action publique ne sera donc jamais totale. Au lieu de cela, toute intégration sera sélective et de ce fait ne devra porter que sur les aspects les plus imbriqués de ces politiques, ceux où les économies d'échelle en matière de définition et de mise en œuvre des politiques sont les plus importantes.

#### 4.3 *Conclusions relatives aux questions de conception des institutions*

91. Dans l'ensemble, l'intégration, au sein d'une institution unique, de la responsabilité de la politique de la concurrence et de la protection des consommateurs peut présenter des avantages à de nombreux égards et notamment :

- des avantages liés à une meilleure coordination de l'action publique, particulièrement en ce qui concerne le choix des instruments disponibles à utiliser pour faire face aux exigences de telle ou telle situation,
- une meilleure compréhension par les pouvoirs publics et les instances répressives intervenant dans l'un de ces deux domaines du rôle et des limites de l'autre domaine,
- la possibilité de réaliser des économies d'échelle en ce qui concerne l'accès aux ressources et l'efficacité du suivi et des processus de responsabilisation.

Cela étant, les possibilités d'intégration sont en elles-mêmes limitées :

- La nature des missions requises pour mettre en œuvre la politique à l'égard des consommateurs diffère largement de celle des missions requises pour administrer la politique de la concurrence, ce qui réduit les économies d'échelle qui découleraient de l'intégration,
- toute politique efficace de protection des consommateurs impliquera nécessairement des organismes très divers et (surtout dans les États fédéraux) couvrira plusieurs régions administratives.

92. À l'évidence, des approches assez diverses peuvent être adoptées pour régler ces contradictions. Dans la pratique, il importe surtout :

- d'assurer que l'autorité de la concurrence dispose, en interne, des compétences nécessaires à la formulation de la politique à l'égard des consommateurs ou ait, à tout le moins, une vue d'ensemble des questions qui s'y rapportent, ainsi que de la possibilité d'influer sur les décisions relevant de cette politique qui sont susceptibles d'avoir des conséquences importantes du point de vue de la concurrence,
- de s'assurer qu'il existe, au sein de l'appareil d'État, un organisme qui puisse exercer, au nom de l'État dans son ensemble, un suivi des questions en matière de protection des consommateurs, sans perdre de vue les préoccupations relatives à la concurrence.

93. À cet égard, l'examen régulier de certains instruments – tels les agréments professionnels ou les restrictions à l'encontre de la publicité – afin de vérifier qu'ils ne minent pas l'efficacité de la concurrence, pourrait jouer un rôle utile et important. Ces enquêtes pourraient donner régulièrement l'occasion de déterminer si les objectifs visés par les éventuelles restrictions qui sont imposées par le biais de ces

instruments ne pourraient être atteints de manière moins restrictive ou plus efficiente. Il pourrait être utile d'arrêter un calendrier, commençant par l'examen des instruments susceptibles d'être le plus inutilement restrictifs, afin de structurer ce processus et de lui imposer une échéance précise.

## 5. Conclusions

94. Une étude a récemment mis en évidence la manière dont la politique à l'égard des consommateurs peut « dynamiser » la politique de la concurrence, contribuer à donner naissance à des mécanismes concurrentiels et leur donner le souffle dont ils ont besoin pour réaliser l'objectif de fonctionnement efficient et efficace des marchés<sup>39</sup>.

95. Ce constat vaut même s'il se peut que les instruments de la politique à l'égard des consommateurs soient utilisés pour restreindre une concurrence par ailleurs souhaitable et non pour servir les intérêts des consommateurs. Avec l'intégration croissante des marchés mondiaux, ce risque est de plus en plus présent d'autant que certaines justifications paternalistes sont parfois avancées pour défendre divers objectifs qui ne sont pas tous souhaitables pour la collectivité.

96. On ne saurait cependant en conclure qu'il y a lieu de remettre en cause le rôle de la politique à l'égard des consommateurs. Les préoccupations de longue date quant à la nécessité de protéger les consommateurs, surtout les plus vulnérables, conservent toute leur validité, et sont d'autant plus importantes que les mécanismes de marché gagnent toujours plus de pans de nos économies et de nos sociétés. L'introduction de la concurrence dans ces nouveaux domaines doit être étroitement coordonnée avec la mise au point de mesures efficaces de protection des consommateurs. Cette difficulté est encore loin d'être surmontée. Il est donc plus impératif que jamais de coordonner ces politiques.

97. Il se pourrait bien toutefois qu'il n'existe pas de « formule magique » pour y parvenir. Politique de la concurrence et politique à l'égard des consommateurs différeront toujours, de par la diversité des instruments sur lesquels elles reposent, les principaux aspects des missions à accomplir pour les mettre en œuvre et les différents échelons de l'État impliqués. De même que les usages passés, c'est un facteur qui peut limiter l'ampleur de l'intégration institutionnelle. Par conséquent, il importe surtout que les autorités de la concurrence soient dotées des compétences nécessaires pour assurer que la cause qu'elles défendent est prise en compte dans les nombreuses dimensions de la politique à l'égard des consommateurs et que de leur côté, les organismes de protection des consommateurs ont aussi des compétences en matière de politique de la concurrence. Il faudrait également qu'au niveau central de l'État, on accorde une attention constante à l'indispensable cohérence de ces deux instruments de l'action publique. L'examen régulier de certains instruments – comme les agréments professionnels et les restrictions à la publicité – destiné à vérifier qu'ils ne portent pas atteinte à l'efficacité de la concurrence pourrait jouer un rôle utile et important à cet égard.

---

<sup>39</sup> Sylvan, L. 2004, « Activating competition: The consumer – competition interface », *Competition & Consumer Law Journal*, pp. 191-206.



## CONTRIBUTION FROM ARGENTINA

## **THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES**

### **Competition and Consumer Policies Enforcement**

**-- Argentina --**

#### **1. General aspects of the Competition and Consumer Policies.**

The first aspect to explain how competition and consumer policies are developed in Argentina is normative. There exist both Law N° 25156 of Competition Defence and Law N° 24240 of Consumer Defence.

The Competition Defence Law protects consumers indirectly, sanctioning anticompetitive practices and assessing changes in markets structures due to economic mergers. In this way, the “general economic interest” is protected, which in case of final assets, it is identified with consumer interest.

In this way, it is possible to highlight that markets with high competition levels and in which anticompetitive practices are prosecuted will create benefits for consumers related to lower prices and higher number of products offered regarding situations where competition is restricted.

The Consumer Defence Law, in general terms, is complementary to the Competition Defence Law, to the extent that the consumer protection is direct and it answers individual complaints that not necessarily arise from the lack of competition within the market.

Following, examples of prosecutable practices under enforcement of this law: non – compliance of contracts, defectuous warranties, ineffective technical services and repairments, omission of budget presentation, requirement related to information provision in credit card operations, among many others. In these and other cases, it is considered that the consumers are the weaker party in the consumption relation due to their lack of enough knowledge about the product they are buying and the conditions of the contract with the provider, either there is or not a written contract.

To sum up, it can be affirmed that competition defence and consumer defence are complementary policies to the extent that broader competition favours consumers in terms of prices they pay, access to market of higher demand and a better quality and variation of products. On its behalf, consumer policy has a tendency to assure that, whatever be the level of competition in the market, the consumers will not be prejudiced by their weak position in the consumption relation with the supplier.

We can take as an example the case of the mobile phone market in Argentina, which structure was analysed within the framework of economic mergers where, during the last years, an important increase in the number of consumers that could reach these services and a level of competition quite intense in aspects such as the cost of the telephones, sales through promotion, publicity investment, etc. despite the number of providers was not large. At the same time, mobile telephone services are within the main markets receiving complaints through arbitration -595 during 2007- and complaints. It is also within the more sanctioned markets for non compliance with the Law for Defence of Consumers in Argentina.

Another important distinction that can be arose between competition and consumer laws is that the first results relevant in any market under consideration, while the second is more relevant in those markets where the knowledge the consumers has about the product they are about to acquire is important to avoid a prejudice.

The latter is more probable to happen in certain markets such as financial markets, where the consumers are asked to sign contracts with predisposed clauses which scope they are not aware of.

In the same sense, consumers are more vulnerable in situations of pressure through aggressive publicity or with insufficient or distorted information, so they are not in the proper conditions for a reasonable choice or simply, due to the proper complexity of the good, they do not have enough information to assess the quality or possible defects.

Sanction statistics in Argentina show that it is precisely in those types of markets where the consumer policy is more necessary. In this way, in the case of complaints through consumption arbitrage, historically, the markets with more complaints have been: mobile phone companies (16.74%), banks (12.13%), timeshare (11.45%), appliances (8.78%) and automobile (7.83%).

As regards this fact, it can be mentioned that within the period 2006/2007, in the Secretariat of Domestic Commerce, there have been 400 sanctions fines for infraction of Law N° 24240 of Consumer Defense, for a total amount of AR\$13,438,100, i.e. €2,951,955, and a sanction for summons.

## **2. Institutional aspects in the enforcement of competition and consumer policies.**

This regards the institutional structure under which the competition and consumer policies are enforced. In the first case, the law provides the creation of an independent tribunal, whose members would be elected through competitive examination (one president and six commissioners) but, up to now, it has not been constituted, so the National Commission for Defence of Competition (CNDC) is still working. Its President and commissioners write opinions that suggest the decision that the Secretary of Domestic Commerce should take (for example, to approve an economic merger or to sanction a company).

In the case of consumer policy, the enforcement authority is also the Secretariat of Domestic Commerce, which delegates in the National Director of Domestic Commerce the final decision about possible infractions to the Law and the eventual enforcement of a sanction. In the same sense, the Directions of Domestic Commerce or equivalent agencies in the provinces of Argentina are also enforcement authorities and can deal with any of the complaints presented.

It is also worth to mention that, from 1998, Argentina has its National System of Consumption Arbitrage, as a mechanism designed exclusively to solve conflicts originated by the final consumption of goods and services. Up to date, this System has received almost 20000 consumer's complaints.

From the point of view of the contents of the complaints for possible infractions to one or the other law, it can happens that a file opened in the area of competition defence is sent later to consumer defence, given that the complaint fits its law. It can also happen the other way around, that a complaint opened in the Consumer defence area, ultimately is a possible infraction to the competition law, so it is sent to the CNDC.

In the latter case, it is interesting to mention that, from the point of view of the enforcement of both laws, some of the complaints presented in the Directions of Commerce of the Provinces as infractions to the consumer law are actually actions that can be framed within the competition law, being finally sent to the area of consumer defence of the federal government and in last instance received by the CNDC. Here lays an important difference because the competition law does not have dispositions allowing delegation of

reception and resolution of complaints to the provinces, so all the files opened in the country must be conducted by the CNDC.

### **3. Possible Conflicts between Competition and Consumer Policies.**

About possible conflicts between competition and consumer policies, as in any other legislation for consumer protection, in our system, there are standards that, to ensure health or safety to consumers or to compensate eventual asymmetries of information between the provider and the consumer, can eventually create or increase the barrier of the entrance in certain markets or to restrict the competition in them.

As it probable happens with most of the legislations, Argentina has specific standards related to safety in consumption (food; chemical, agrochemical and pharmaceutical products, electronic devices, etc.). These standards, in some cases, could have implications in the competition processes of the markets involved, especially if its effective enforcement implies some kind of barrier for the entrance of new competitors (for example, if the entrance requirements to be approved by the public authority go beyond reasonable parameters). However, we also have to bear in mind that these standards ensure other legal items, not less important than competition, as consumer health and safety.

Besides the mentioned standards, the proper legislation about consumption can present cases of trade off between competition in the market and prevention in other deficiencies of it.

This could be the case when there is, legally, a general assurance for certain kind of goods due to deficiencies or vices. If consumers could not internalise the difference between the technical services of each product at the moment of the purchase, it is possible that entrance barrier could be generated in some markets of "technical services and of "spare parts and replacements".

In fact, the CNDC has had several complaints of abuse of dominant position on behalf of agents or franchisers or the same manufacturers that deny selling original spare parts to other providers of technical services or of repairs that do not belong to their own net of official agents. There are cases in the industries of elevators, automobiles and others.

We estimate that this type of legislation can also restrict in some way the competition in the import market of this type of products, to the extent that this kind of legislation promotes exclusive franchising and representations.

However, we understand that the existence of a legislation on guaranties, that protects consumers against hidden vices in the differed consumer products, in general justifies the restriction over competition that the standard fixes, besides, in many of these cases the mentioned restriction is compensated by a strong competition "inter-brand" in the involved markets.

On the other hand, there is in Argentina a legislation that regulates market activity developed in competition conditions. This can be the case of Law N° 25065, which regulates the operation of credit cards in aspects that, generically, the Consumer Defence Law considers as the information that must be provided to the client in the monthly report of operations or in the conditions of the contract. It also regulates other aspects related to the system costs, such as fixation of limits to the financing interests of credit cards and "higher" the established limits to the fee that the issuing bank charges to the different shops involved, avoiding their dispersion.

### **4. Price fixation policies in certain markets**

From a perspective exceeding the scope of the consumer protection legislation, we can mention those governmental interventions in certain markets of massive consumption items or their devices, many of



which can be internationally tradeable (corn, bread, milk, petroleum), where the government has promoted price stability agreements or has fixed export taxes, in a way that, for those products, prices paid in the domestic market are lower than the prices in international markets.

The pursued aim with these policies is to avoid the exclusion of an important range of domestic consumers from the complete or lower demand of these goods. Beyond pursued aims, the truth is that price fixation of these products is conducted with mechanisms different from the competition ones.

These policies have also been verified in Argentina for some services, which are offered partially in private and which consumption includes relatively important population sectors. The most significant examples are education and medical services.





## CONTRIBUTION FROM AUSTRALIA

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

### -- Australia --

1. Australia's competition and consumer policy framework is designed to promote the wellbeing of the Australian people by fostering and developing competitive, efficient, well-informed and safe markets. Australia considers competition and consumer policy in an integrated way, reflecting the mutually reinforcing role of competition and consumer policies in driving market efficiency and achieving wider economic benefits.

2. Australia's competition policy approach serves to foster and promote well-functioning markets, both through structural reform and, more specifically, dealing with anti-competitive practices. Effective competition lets consumers benefit from lower prices and greater choice. Consumer policy empowers consumers to operate more effectively in markets and addresses conduct designed to exploit or harm consumers. Appropriately applied, it enhances competition by enabling consumers to drive competition through the exercise of effective choice.

3. In respect of competition and consumer policy, Australia's preference is for generic, economy-wide regulation. However, there are a small number of market sectors where specific regulation applies, to a greater or lesser degree.

#### **1. Competition and consumer policy in Australia's federal system**

4. The Australian Government does not have exclusive responsibility for competition and consumer issues under Australia's constitutional arrangements and in some respects powers are shared with the States and Territories. Almost all competition regulation is national, structural reform is a shared responsibility and significant areas of consumer regulation are the responsibility of the States and Territories.

5. Australia's national competition and consumer policy framework has four basic elements:

- the policy framework – the *Trade Practices Act 1974* (TPA) and associated regulations;
- policy development – the Minister for Competition Policy and Consumer Affairs and the Department of the Treasury (Treasury);
- enforcement – the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC); and
- redress – through federal courts, principally the Federal Court of Australia.

6. Responsibility for structural reform, designed to create and foster well-functioning markets, is shared by the Australian Government and the States and Territories. Policy development and implementation is led by the Council of Australian Governments (CoAG), which is made up of the Prime Minister, State Premiers and Territory Chief Ministers.

Significant aspects of consumer regulation and enforcement are also the responsibility of the individual States and Territories, which have their own consumer policy and enforcement bodies. State consumer laws are enforced through state courts and tribunals. There is increasing national coordination in many areas through the Ministerial Council on Consumer Affairs. The States and Territories are generally responsible for the regulation of conduct affecting consumers by traders operating within State and Territory borders, and their functions typically include trades and professional regulation and licensing, product standards, product safety and fair trading.

### **1.1 Policy Framework: Trade Practices Act 1974**

7. The TPA regulates competition and consumer issues at the national level. The nature of Australia's integrated approach to competition and consumer policy is reflected in section 2 of the TPA, which says "*the object of this Act is to enhance the welfare of Australians through the promotion of competition and fair trading and the provision of consumer protection.*" Central to the function of the TPA is its concern with the welfare of Australians, and it serves to promote economic efficiency by fostering and protecting competitive markets.

8. The TPA covers three broad areas:

- **competition regulation:** the TPA prohibits anti-competitive conduct, which includes the formation of cartels and other anti-competitive agreements, mergers and acquisitions that substantially lessen competition and the misuse of market power. The competition provisions of the TPA apply to all businesses in Australia, including financial services providers. The TPA also provides that the ACCC may monitor prices in a market.
- **economic regulation of infrastructure:** the TPA sets out a regime for the regulation of access to economic infrastructure of national significance and also specific access regulation for telecommunications networks; and
- **consumer regulation:** the TPA prohibits businesses from engaging in misleading or deceptive conduct and from unconscionably taking advantage of consumers, both of which can provide traders with an unfair advantage. They also set out a range of basic protections for consumers in their dealings with businesses and cover product safety. They apply to any business that trades across domestic and/or international borders, except financial services providers.<sup>1</sup>

### **1.2 Policy development: Minister for Competition Policy and Consumer Affairs and Treasury**

9. The Minister for Competition Policy and Consumer Affairs is responsible for national policy and is supported by the Treasury. The Minister operates within the Treasurer's portfolio. Treasury's policy making capability is split into three streams: competition policy, economic regulation of infrastructure and consumer policy.

#### **1.1.1 Competition policy**

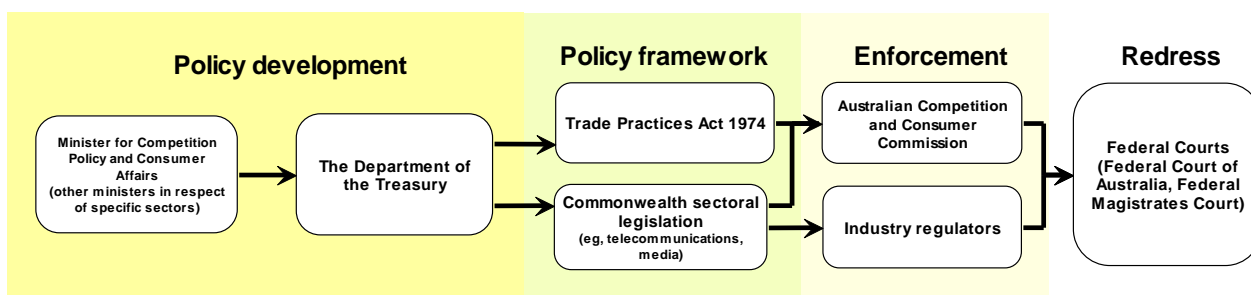
10. Australia's general competition policy aims to ensure and (where necessary) develop well-functioning markets. This is achieved through targeting anti-competitive practices and structural reform.

11. The TPA prohibits cartel conduct, agreements that substantially lessen competition, secondary boycotts, misuse of substantial market power, mergers or acquisitions that may substantially lessen

---

<sup>1</sup> The *Australian Securities and Investments Commission Act 2001* regulates financial services nationally.

competition and resale price maintenance. In 2003 the Australian Government conducted a review of the effectiveness of the anti-competitive conduct provisions of the TPA, chaired by Sir Daryl Dawson, a retired High Court judge (the Dawson Review). The Dawson Review concluded that the TPA was largely effective and worked well but that improvements were needed in some areas, including, improving the administration and accountability of the ACCC, improving the ACCC's regulatory processes, specifically through a new merger clearance process and changes to the collective bargaining provisions, and also recommending increases to penalties and the introduction of criminal sanctions for cartel conduct.



12. In response to the review's recommendations, and widespread publicity about recent cartel cases, the Australian Government proposes to criminalise cartel conduct by allowing for the gaoling of persons who make, or give effect to, agreements between competitors that aim to fix prices, restrict output, divide markets or rig bids. The Australian Government intends put this legislation before the Australian Parliament in 2008 and is presently consulting on it.

13. Australia embarked on extensive structural reform from the mid-1990s with the implementation of the National Competition Policy (NCP) by the Australian Government and the States and Territories. NCP was focussed on reforming Australia's institutional and regulatory frameworks to create new markets and introduce competition into existing markets. NCP included the extension of competition regulation to cover all businesses, the disaggregation of previously vertically-integrated monopoly service sectors, such as publicly owned utilities, to create competitive markets, the introduction of competitive neutrality between public and private sector businesses and the introduction of a regime for access to essential facilities (see below).

14. A second wave of structural reform commenced in 2005, with the introduction of the National Reform Agenda (NRA) under the auspices of CoAG. The NRA covered reforms in the areas of human capital, competition and regulatory reform, aimed at further raising living standards and improving services by lifting national productivity and workforce participation. A key element of the NRA is the introduction of regulatory best practice by all Australian Governments, including the requirement to consider at an early stage the impact of proposed reforms on markets.

### 1.1.2 Economic regulation of infrastructure

15. The TPA provides for a national access regime for infrastructure (under Part IIIA TPA). Access regulation in Australia seeks to promote the economically efficient operation of, use of and investment in the infrastructure by which services are provided, thereby promoting effective competition in markets and overall economic efficiency.

16. Part IIIA of the TPA provides for the regulation of third-party access to nationally significant infrastructure on reasonable terms and conditions where commercial negotiations with the infrastructure owner have failed. In such instances, a party wanting access to a particular infrastructure service may apply to have the service 'declared' to be an essential service. In addition, the regime provides a

framework and guiding principles to encourage a consistent approach to access regulation in each industry. The regime therefore provides for the designated Australian Government Minister to ‘certify’ a state or territory access regime as an ‘effective’ access regime. Where an effective access regime is found to exist, declaration is not available and an access seeker must use the effective regime.

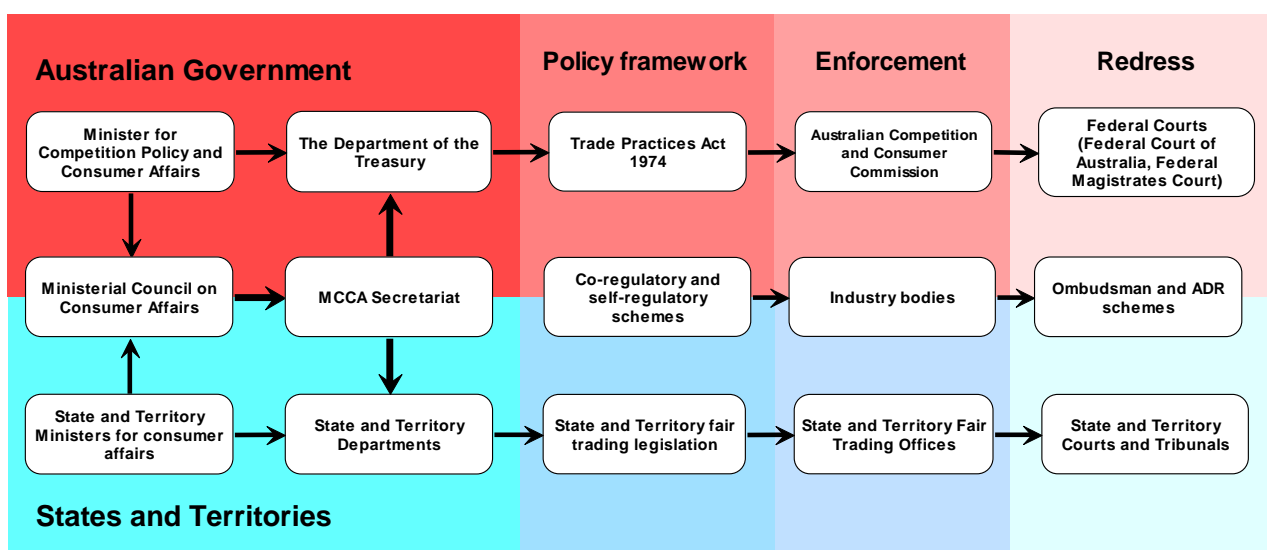
17. The National Competition Council (NCC) is an independent statutory authority established under Part IIIA of the TPA. The NCC’s role involves making recommendations to the relevant Minister on whether essential infrastructure services should be declared and on whether certain state and territory access regimes should be certified. It reports annually on the national access regime, including on recent legislative developments and the operation and effectiveness of the regime (copies of NCC reports can be obtained from its website, [www.ncc.gov.au](http://www.ncc.gov.au)).

### 1.1.3 Consumer Policy

18. Australia regards consumer policy and competition policy as part of an integrated approach to regulating markets and ensuring consumer well-being. Australian consumer policy is focussed on demand-side issues, enabling consumers to make effective choices and providing protection, where required, from misleading, exploitative or harmful conduct by traders. It serves to activate competition, leading to wider economic benefits, such as increased productivity and growth.

19. Consumer laws provide a range of approaches for action against businesses that mislead, exploit or harm consumers, including private rights of action, providing specific guarantees of fitness for purpose and quality, regulating labelling and contract terms, prohibiting specific forms of conduct and product safety regulation.

20. Australian consumer policy is developed, implemented and enforced at the national and state levels. Generally speaking, national laws apply to businesses operating across state borders and internationally, and state laws apply within their jurisdiction. The Australian Government works closely with the States and Territories to integrate and harmonise policy development and consumer law enforcement. Australia’s governments are also active in consumer information and education campaigns and encourage the use, where possible, of industry self-regulation to address issues in the market.



### ***1.3 Enforcement: Australian Competition and Consumer Commission***

21. Australia's competition and consumer policy arrangements separate policy and enforcement functions. While national policy responsibility rests with the Minister and Treasury, enforcement is the responsibility of the ACCC ([www.accc.gov.au](http://www.accc.gov.au)). The ACCC's role goes well beyond simply taking action for breaches of the TPA, but seeks to "*enhance the welfare of Australians by promoting vigorous, lawful competition and informed markets, encouraging fair trading and protecting consumers and regulating national infrastructure services and other markets where there is limited competition.*" The States and Territories also have their own enforcement bodies, which enforce State and Territory consumer laws.<sup>2</sup> The ACCC and the State and Territory enforcement bodies work cooperatively through formal and informal links.

22. The ACCC is an independent statutory commission, made up of the chairman and a board of commissioners, which is responsible to Parliament, with supporting staff. It was set up in 1995 to take over the functions of the Trade Practices Commission and the Prices Surveillance Authority, so as to achieve better coordination of competition and consumer law enforcement. Like the Treasury in relation to policy issues, the ACCC provides advice to ministers on law enforcement issues.

23. Enforcing both competition and consumer laws gives the ACCC synergies and efficiencies in carrying out its functions. For example, understanding the competitive dynamics of a market can assist the ACCC to identify and assess likely consumer detriment. The ACCC has a range of enforcement powers at its disposal, so as to use the most effective mix of litigation, enforceable undertakings, administrative settlements, persuasion and education to achieve compliance with the TPA.

24. The ACCC recognises that the vast majority of businesses wish to comply with the law, and widely utilises education and awareness tools to inform businesses and consumers about their rights and obligations, with the aim to reducing potential breaches. The ACCC takes a targeted approach to enforcement, including targeting conduct that has a national or international focus or where the implications of the case can have a broad educational or deterrent effect. This is to ensure that their resources are utilised effectively in the delivery of well functioning markets.

25. In addition to the ACCC each state has its own consumer regulatory body, with broadly similar enforcement powers within their jurisdictions. There are also a number of markets regulated on a sectoral basis. These include:

- financial services, where the Australian Securities and Investments Commission ([www.asic.gov.au](http://www.asic.gov.au)) works with the ACCC to enforce consumer regulation;
- communications and the media, where the Australian Communications and Media Authority ([www.acma.gov.au](http://www.acma.gov.au)) has primary responsibility for the enforcement of competition and consumer laws, but also works with the ACCC; and
- energy, where the Australian Energy Regulator ([www.aer.gov.au](http://www.aer.gov.au)) works closely with the ACCC to enforce laws regulating national energy networks and whose role will expand to cover consumer regulation in the near future.

---

<sup>2</sup> State and Territory enforcement bodies include: New South Wales Office of Fair Trading, Consumer Affairs Victoria, Queensland Office of Fair Trading, Western Australian Department of Consumer and Employment Protection, South Australian Office of Consumer and Business Affairs, Tasmanian Office of Consumer Affairs and Fair Trading, Australian Capital Territory Office of Fair Trading and the Northern Territory Department of Justice.



26. The role of educating and informing consumers rests primarily with the ACCC and other national and State and Territory government agencies, with industry support. The ACCC has a highly visible and effective role in educating consumers and businesses on consumer and competition related matters. Australian markets have responded to market failures, particularly in the area of information provision, and have created a number of tools that can aid consumers in making decisions in the market, such as intermediaries and price comparators.

## **2. Redress**

27. Actions for breaches of national competition and consumer laws, brought by either the ACCC or by private litigants, are conducted in the Federal Court of Australia in the first instance. Reviews of decisions made under Australia's national infrastructure access regime are conducted by the Australian Competition Tribunal, from which matters of law may be appealed to the Federal Court. In both cases, appeals are then made to the Full Court of the Federal Court and then, subject to leave to appeal being granted, the High Court of Australia.

28. State and Territory consumer laws are enforced through State and Territory courts and administrative tribunals. Appeals proceed through the state court systems and then, ultimately, to the High Court of Australia, subject to leave being granted. The ultimate appellate role of the High Court gives some coherence to the interpretation of similar national, State and Territory laws.

29. There are also many industry based schemes for informal redress and dispute resolution between consumers and traders. These are generally industry-based and initiated or, in some cases, co-regulatory, with government sponsorship and approval or subject to mandatory application.

## **3. Future reform priorities**

30. The regulation of Australian markets face continual challenges to address the ongoing development of competition, greater product choice and complexity, changes in spending patterns, technological change, changes in essential services provision and greater consumer diversity and expectations.

31. In addition to the extensive reform of Australia's competition laws in recent years, Australia's consumer policy framework is currently undergoing its first comprehensive review in over 20 years, which is being conducted by the Productivity Commission (the Commission) (see <http://www.pc.gov.au/inquiry/consumer>).

32. The Commission has been asked to report on improvements to the policy framework to assist and empower consumers, the harmonisation and coordination of consumer policy across jurisdictions, rationalisation of consumer protection laws, more effective use of self-regulatory, co-regulatory and consumer education and information approaches and principles-based regulation and changes to the consumer policy framework to facilitate greater economic integration between Australia and New Zealand.

33. The Commission's final report is due at the end of April 2008. However, after extensive public consultation, the Commission has made a number of draft recommendations aimed at improving the functioning of Australia's consumer policy framework. These include introducing clear objectives for consumer regulation, better integrating national and state approaches to policy and consumer law enforcement, including reducing regulatory complexity and cost, introducing a national generic consumer law, introducing national "unfair contract terms" laws and improving the quality of information disclosure.

**4. Specific questions for written contributions**

- 1. How does consumer policy interact with competition policy in your country, if at all? Can you give examples where they have conflicted? Where have they been complementary?**

Answered in the main text.

- 2. What do you feel are the benefits and drawbacks to your own country's choice of "dual-function" or "separate agencies" for handling competition and consumer policy?**

Answered in the main text.

- 3. Has your country required that "no frills" versions of complicated products be offered, to help vulnerable consumers? If so, who provided the product and how was its supply enforced? What was the effect on competition, if any?**

No.

- 4. Can you identify areas where a better convergence of both competition and consumer policies globally would be beneficial?**

Given Australia's preference for generic, economy-wide competition and consumer regulation, it considers that coupling, rather than the convergence of, competition and consumer policies would be beneficial for the development of well-functioning supranational and international markets.

- 5. Can you provide examples of sectors or products where an increased international cooperation between competition authorities and consumers representatives could render the markets more competitive while ensuring an adequate protection of consumers around the globe?**

Given Australia's preference for generic, economy-wide competition and consumer regulation, it considers that increased international cooperation between competition authorities and consumers representatives could render markets more competitive in relation to all sectors and products.



## CONTRIBUTION FROM CANADA

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICY

-- Canada --

### 1. Competition and Consumer Policy Landscape in Canada

The Canadian institutional landscape responsible for competition and consumer issues reflects the uniqueness of the Canadian political system. Consumer protection and policy is, in practice, a shared responsibility between the Canadian federal and provincial governments as the Canadian Constitution does not specifically assign consumer affairs to either level of government.

Under their constitutional power to regulate property and civil rights, Canadian provincial and territorial governments administer and enforce statutes that create a wide variety of rights and remedies for consumers. Examples of their work include the legislation of contractual matters associated with the terms and conditions of the sale of goods and services (such as guarantees and licensing of vendors) and certain sectoral issues (such as building codes and electrical safety). Most provinces also have statutes regarding unfair business practices and misleading marketing<sup>1</sup>.

Complementing provincial consumer protection statutes, the Canadian federal government has responsibility over consumer issues that are a consequence of its various jurisdictional powers, including broad marketplace rules such as peace, order and good government; trade and commerce; criminal law; currency; banking; and weights and measures<sup>2</sup>. In practice, a variety of federal government departments are therefore responsible for consumer protection issues that are a consequence of their more general powers to regulate certain industries (such as transportation, telecommunications and banking), and for a large number of health and safety issues (such as food, general consumer products, new vehicles and inter-provincial transportation services).

Under the *Department of Industry Act*, the Minister of Industry has a role in promoting and protecting consumer interest throughout Canada. The Office of Consumer Affairs (OCA) responds to these responsibilities by helping to build trust in the marketplace so that consumers can both protect themselves and be able to confidently and knowledgeably drive demand for innovative products and services at competitive prices. It prepares various tools that consumers can use to make informed purchasing decisions; expands marketplace consumer protection by encouraging the development of voluntary codes and standards; helps consumer organisations to build their capacity so that they are better able to contribute to the development of public policy; and facilitates the harmonisation of consumer protection legislation and regulations between provinces and territories. In this regard, the OCA co-chairs the Consumer

---

<sup>1</sup> Please see the Industry Canada website, OCA – Canada’s Consumer Legislation at: <http://www.ic.gc.ca/epic/site/oca-bc.nsf/en/ca02240e.html>.

<sup>2</sup> Jenkin, M. “Federal-Provincial Cooperation: The Role of Ministers and Officials in Consumer Protection Policy”, presentation at Mount Allison University, February 8, 2006.

Measures Committee (CMC)<sup>3</sup>, which is a forum providing for open dialogue between the federal, provincial and territorial governments in the area of consumer protection.

The Competition Bureau (Bureau), on the other hand, is an independent law enforcement agency responsible for the administration and enforcement of the *Competition Act* and the three standard-based acts, which include: the *Consumer Packaging and Labelling Act*, the *Textile Labelling Act* and the *Precious Metals Marking Act*.

The *Competition Act's* purpose clause states that the Act serves:

*...to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognising the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.*

The reference to consumers in the purpose clause of the *Competition Act* reflects Parliament's appreciation that a properly functioning marketplace requires not only enforcement against market power abuses, but also transparency in information provided to consumers to promote well informed purchasing decisions. Hence, consumer and competition policy are mutually reinforcing and the Bureau operates with this premise while carrying out its law enforcement duties. This portion of the Bureau's mandate is administered by the Fair Business Practices Branch (FBPB).

The Bureau therefore focuses not only on traditional antitrust issues such as cartels and abuse of dominance and their downstream effects on prices (which ultimately affect consumers) but also investigates false or misleading representations and deceptive marketing practices to ensure that consumers are not confronted with deceptive price and product information when making purchasing choices. The Bureau is further responsible for the accuracy of information on packaging and labels and performance claims regarding the efficacy of product and services.

As such, while the Bureau aims to protect the integrity of information in the marketplace to ensure both a level playing field for competitors and adequate information for consumers, the OCA strives to offer consumers various tools to enable them to make informed purchasing decisions.

Lastly, there are additional networks in Canada that deal with consumer issues, including organisations such as the Better Business Bureau and the Canadian Anti-Fraud Call Center (previously known as Phone Busters)<sup>4</sup>. There are also several consumer groups in Canada, including the Consumers Council of Canada, the Consumers' Association of Canada, the Public Interest Advocacy Centre, Option consommateurs and l'Union des consommateurs<sup>5</sup>. However, the Canadian consumer movement is smaller and less well resourced relative to many other OECD countries.

---

<sup>3</sup> Further information on the CMC can be found at the CMC Web site at: <http://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/en/home>.

<sup>4</sup> Please see the Canadian Better Business Bureau Web site at: <http://www.cbccc.ca/> and the Canadian Anti-Fraud Call Centre Web site at: <http://www.antifraudcentre.ca>.

<sup>5</sup> For links to Canadian consumer association Web sites, please visit the Consumers' Association of Canada Web site at: <http://www.consumer.ca/1655>.

## **2. How Competition and Consumer Policy Interact in Canada**

In Canada, over time, there have been varying degrees of interaction among the agencies that have jurisdiction over competition and consumer protection issues. Most notably, coordination has occurred in the area of public education, where it is recognised that increasing the public's awareness of competition and consumer policy helps to create consumers who are demanding, knowledgeable, and better equipped to make informed purchasing decisions. As a result, various partnerships and initiatives have been developed. For example, the Bureau chairs the Fraud Prevention Forum, which undertakes an extensive campaign every year to educate the public about how to recognise, report and stop fraud; while the OCA, through the CMC, serves to improve the marketplace for Canadian consumers by working to harmonise laws, regulations and practices and taking actions that raise public awareness<sup>6</sup>.

Within the Bureau itself, it is also important to examine the links between competition law enforcement and consumer policy. While the Bureau is not a consumer protection agency *per se*, a secondary effect of its enforcement efforts – more particularly surrounding truth in advertising – is to benefit consumers. For example, when the Bureau assesses marketplace issues dealing with false and misleading advertising, it does so by conducting a rigorous analysis of the extent and gravity of deceptive conduct to determine priorities and only undertakes to intervene where competition or consumers experience significant harm. The Bureau considers the more general impression created by representations made to the public and assesses whether or not the representations were materially false or misleading, therefore leading consumers to purchase a certain product or service. In essence, competition could be negatively affected if a representation which is deemed false or misleading leads a consumer to buy a particular product instead of buying from a competitor who is playing by the rules and being transparent. Misleading advertising and deceptive marketing practices victimise consumers but also harm competitors who suffer losses as consumers increase their demand for the misleading product. Absent the consumer deception, the advertiser would have been required to compete vigorously, spurring innovation, greater efficiencies and more competitive prices.

In recent years, the FBPB has been aggressively investigating those involved in mass marketing fraud (MMF) as it is an economic crime and one that victimises consumers, businesses, governments, NGOs and charities. MMF is defined as fraud or deception committed over mass communications using the telephone, mail or the Internet. Of particular concern to the Bureau is that vulnerable consumers and businesses are specifically targeted by MMF, negatively impacting commerce and the proper functioning of the economy.

## **3. Benefits and Drawbacks to the Competition and Consumer Policy Landscape in Canada**

The Bureau's mandate to deal with both traditional antitrust issues as well as enabling informed consumer choice allows it to have a comprehensive approach to maintaining an effective competition regime, through advocacy and compliance initiatives, public education programs and enforcement actions. The Bureau is able to draw upon in-house expertise on both consumer and competition issues and there is a cross-pollination of knowledge between different Bureau branches. With the appropriate expertise, the Bureau is able to develop and conduct effective consumer education and outreach programs, which inform the public about its mandate and deliverables. Competition advocacy initiatives also serve to enhance business and consumer awareness of Bureau work and promote understanding and compliance. Finally, with respect to enforcement, the cross-pollination of expertise between Bureau branches has helped achieve desirable market and consumer outcomes when cases are pursued or when fraudulent behaviour in the marketplace is challenged.

---

<sup>6</sup> Industry Canada - Office of Consumer Affairs, "Work Plan 2007-2009", p.3.

Although there are clear benefits to the Bureau's agency model, generally, the layering and fragmentation of consumer protection responsibility in Canada can be problematic as there may be some confusion among consumers as to which level of government and which agency has jurisdiction over consumer protection issues. Further, jurisdictions have different departmental mandates and structures, perspectives on issue prioritisation, and resource levels. When combined, these challenges can result in long time frames required to resolve various consumer issues<sup>7</sup>.

To confront the challenging competition and consumer policy landscape in Canada, there is a need for coordination between all levels of government and agencies involved in consumer protection issues. In the case of provincial responsibilities, harmonisation is an important issue given the level of inter-provincial commerce. At the federal level, co-operation on education and outreach will continue to be a priority given the number of agencies with responsibility for consumer protection. To facilitate coordination between the provincial and territorial governments and the federal government, the Bureau will continue to develop key partnerships such as the Toronto Strategic Partnership<sup>8</sup>.

As well, the CMC will undoubtedly remain an important partner of the OCA in undertaking consumer policy development, conducting analysis, and supporting and harmonising appropriate legislation and regulatory initiatives.

Further, the Bureau also has a role to play in ensuring that regulations are pro-competitive. Specifically, section 125 (1) of the *Competition Act* gives the Commissioner of Competition the right to intervene where issues developed by another federal board, commission or tribunal affect competition. In the case of deregulation or re-regulation, the Bureau has the ability to protect consumers by promoting healthy competition.

#### **4. Sectors or Products where Increased International Cooperation between Competition Authorities and Consumer Representatives would be Beneficial**

Recent technological advances and rapid economic globalisation have provided businesses and consumers with larger markets and greater choice. However, these conditions have enhanced the ability for criminals to use borders to their advantage and deception is now crossing international boundaries. Investigations are becoming increasingly complex, demonstrating a need for fast and effective cooperation among enforcement agencies. A focus for increased international cooperation between competition authorities and consumer representatives exists in areas where deceptive cross-border scams are becoming increasingly prevalent, such as in the area of e-commerce. In this regard, the Bureau, along with its international counterparts, have recently participated in joint Internet sweeps to expose Web sites with deceptive health claims. Cooperation among agencies on issues such as health claims could provide an international response to cross-boundary anti-competitive and misleading activity. Such cooperation should be enhanced as it serves to create a predictable environment for businesses and consumers entering into cross-border activity and protects vulnerable consumers and businesses from deceptive conduct.

---

<sup>7</sup> Jenkin, M. "Federal-Provincial Cooperation: The Role of Ministers and Officials in Consumer Protection Policy", presentation at Mount Allison University, February 8, 2006.

<sup>8</sup> Toronto Strategic Partnership Members include: the Competition Bureau, the Ontario Provincial Police, the Toronto Police Service, York Regional Police, the RCMP, Ontario's Ministry of Government Services, the U.S. Federal Trade Commission, the United States Postal Inspection Service and the UK's Office of Fair Trading

**5. Areas where the International Convergence of Competition and Consumer Policy could be enhanced**

International convergence could be enhanced in the area of competition and consumer advocacy. More particularly, a dialogue should be commenced to enhance the convergence of education, outreach and, in particular, enforcement. All three tools are necessary to create a level playing field for global competitors and in staying ahead of the fraudsters who bilk consumers and businesses to the tune of millions of dollars by using borders to their advantage.

Greater similarity in standard tests for determining competitive effects and penalties such as extradition would also promote greater compliance among businesses operating trans-nationally and would prevent perpetrators from hiding behind national borders. Greater convergence in the area of e-commerce is also suggested given the growing prevalence of this type of borderless commerce.

In conjunction with the OECD *Guidelines for Protecting Consumers from Fraudulent and Deceptive Commercial Practices Across Borders*, the Committee on Consumer Policy could begin to look at whether the EU Enforcement Cooperation Regulation model could be extended beyond Europe to allow enforcers around the world to take on cross-border scams. It would also be useful to build greater consensus on appropriate consumer protection principles more broadly, so that consumers may know, no matter what the jurisdiction involved, what to expect in terms of protection.





## CONTRIBUTION FROM CHILE

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

--Chile--

### 1. Introduction

1. In Chile there is increasing awareness on the complementarity between Competition and Consumer Protection policies and authorities. The notion that competitive markets are the best way to achieve consumer welfare impinges political discourses and policy proposals in the entire political spectrum, and the perception of poor competitive conditions in a particular market rapidly triggers actions and the mobilization of consumer associations and representatives, as well as both Competition and Consumer Protection authorities. But this is a prerequisite, since on the other hand, there are several market failures which go beyond market power or, more practically, beyond the usual reach of competition authorities. Those market failures, such as information asymmetries, transaction costs and externalities, may under some circumstances threaten consumers' rights, which enforcement is guaranteed by the consumer protection policy.

2. There are also several areas in which Competition and Consumer Protection may interact. For instance, freedom of choice, adequateness of information, advertising regulation (misleading advertising does not only affect consumers, but also competition since it detours people's choice; comparative advertising can also affect competition) is essential for both areas at the same time. Moreover, the right working of the markets is paramount in both Competition and Consumer Protection policies, and for their common search of the public interest.

3. There are two separate agencies within the Chilean government one for each area: the FNE (Fiscalía Nacional Económica) enforcing Competition Law, and the SERNAC (Servicio Nacional del Consumidor) in charge of Consumer Protection.

### 2. Competition authorities

4. Besides the FNE, the Chilean System for the Defence of Free Competition currently operates on the basis of the decisions of a Competition Tribunal,<sup>1</sup> created in April 2004.

5. The system started in 1959, with the enactment of the Law Nr. 13.305. This miscellaneous statute, in one of its chapters, created the "Antimonopoly Commission", entitled with the powers to punish conducts and to control industrial and commercial activities. Later on, the FNE was created as a prosecution office, for the technical support of the mentioned Commission and for the investigations procedures aimed at the improving of the effectiveness of the law.

6. In 1973, the Decree Law Nr. 211 was enacted. This was the first regulating body exclusively related to competition law in Chile. Over the years, both the FNE and the Commissions (the decisions were divided into several commissions) developed and became well established. The Decree Law Nr. 211 was

---

<sup>1</sup> Its Spanish acronym is TDLC, which stands for "Tribunal de Defensa de la Libre Competencia" (Free Competition Defence Tribunal).

amended several times, but it was not until 2004 that the current decisional structure was set, with all of the decisions being concentrated into a single body, the already mentioned Competition Tribunal, which was placed as part of the judiciary system. According to this statute, the FNE deals with the promotion and defence of the free competition in the markets, by investigating, submitting complaints if necessary, providing with the asked reports to the Competition Tribunal and proposing the right amending or punishing measures for antitrust conducts.

### **3. Consumer protection authorities**

7. On the other hand, the SERNAC finds its origins in the years of the Great Depression, when, in order to solve the crisis, the Government decided to participate more on the economy and created the “General Commission for Prices and Supplies.” Its functions were to ensure provisions and reasonable prices. Later, its functions were limited to the monitoring and protection of consumers against commercial malpractices.

8. In year 1960, the DIRINCO was created. Its tasks were to monitor, receive complaints, investigate and sanction consumer rights violations. Its creation was consistent with the economical and political context existing at the time, in which the State had a large influence in the market.

9. Under the Dictatorship, its sanctioning and monitoring functions ceased due to the establishment of a liberal economical system.

10. The institution known as SERNAC was created by the Act Nr. 18.959, in 1990.

11. Nowadays, even though the SERNAC cannot sanction malpractices, it has several tools to enforce consumer rights taking actions in Courts under the 1997 Consumer Protection Act. Moreover, in the year 2004 this act was completed by act 19.995 by the sanction of spam, abusive clauses in adhesive contracts and the establishment of several rights.

### **4. Competition and Consumer protection interactions; a merger case example.**

12. The FNE and the SERNAC are aware of the synergies that they can generate, and carry out in consequence several joint initiatives. In this written contribution we will give an example of the type of cooperation which can be carried out between both agencies, by presenting a briefing on the presentations made by both agencies before the Competition Tribunal, for the occasion of the consultation on the merger between Falabella and D&S, two of the mayor retail/credit companies in Chile.

13. On May 17<sup>th</sup>, 2007, the alliance between the retail firms Falabella and D&S was agreed as a share exchange, granting the first a 77% of the new society’s property and a 23% to the latter. Thus, it was created a firm which joint sales amounted for approximately US\$ 8,000,000,000 per year, which sets it in the second place among the Chilean firms which shares are traded in the local stock-market. At regional level, the merged retailer becomes the second largest of Latin America, only after Wal-Mart in Mexico.

14. In order to be executed, this merge needs the approval of the Chilean Competition Tribunal, which asked for the FNE’s opinion. During the process, the SERNAC also submitted its own. The contents and purposes of both presentations are briefed next.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Although the final decision is not yet issued at the time of the elaboration of this document, we shall describe the participation and approaches of the competition and consumer protection agencies, and the

#### **4.1 The FNE presentation**

15. The FNE focused its presentation on the definition of the relevant markets, its characteristics and the risks for free competition introduced by the eventual merge, concluding with the suggestion of remedies for decreasing such risks in case of an approval of the operation.

16. Consequently, the competition agency stated that the operation was tending to restrain competition in supermarkets and retail credit cards, also affecting the markets of shopping centres and electric home appliances. It was considered that the operation as presented would increase the risks of unilateral abuse and coordination in each of these relevant markets. Such risks were mainly revealed by the characteristics of each of the affected markets.

17. In the case of supermarkets, the FNE pointed out that there exist high market concentration and barriers to entry (sunk costs, scale economies, know-how, strategic behaviour, among others) which forces potential competitors to use specific vehicles of entry -the buying of little incumbents- rather than to enter as a new competitor. This view was supported by evidence on entry, changes in market shares over time, and importantly, econometric evidence on showing that higher concentration would lead to higher prices for consumers.

18. The FNE claimed that the main risk associated to the merger was that it would increase market power, with an upstream effect since the greater buying power would allow the payment of minor prices or the imposition of worse trading conditions to providers, affecting the investment and output levels. On the other hand, it would allow abuses against consumers through the increase of final prices of products or the decrease of quality, services or innovation.

19. In the market of retail-credit cards, the FNE asserted that there are serious problems of transparency and exclusion that could be augmented with the merger and result in abuses against card holders.

20. In order to contend these risks, the FNE proposed, among other measures, the conditioning of the merger to the sale of Falabella's supermarkets to a third party likely to become a third strong competitor.

21. It also suggested the prohibition of several conducts, such as the unilateral refusal, without a justified reason, of third party credit cards or alternative means of payment to be used in the stores of the new society, or the marketing of certain products or services in more favourable terms because of the use of related credit cards. All of these measures aim to protect free competition as well as consumers.

#### **4.2 The SERNAC presentation**

22. The presentation of the Chilean Consumer Protection Agency, the SERNAC, was focused on the effects that the merge would have on consumers, should the operation be approved by the Tribunal. It presented an analysis of consumer's opinion on the retail and credit markets, while quoting evidence on the infringements on both markets that are reported to them, and predicting an increase in the number of complaints if the scenario turns to be of even higher concentration. This section summarises the main ideas presented by this agency in this case.

23. The presentation began with an overview of *consumer opinions* on the retail market, based on surveys prepared by them on a regular basis and on internal statistics on the number and characteristics of

---

coordination which took place between them, towards the submission of their opinions and independently from what could be the final unknown decision of the Tribunal.

complaints. They reflected that, for instance, (1) only a 25% of the surveyed people believed that companies were interested in solving their problems; (2) 1 out of 5 consumers claimed that Departmental Stores had made charges to their bills without their consent; (3) 90% of consumers argued that Department Stores' bills could not be understood; (4) 23% of the complaints submitted to the SERNAC were related to Department Stores and supermarkets, and that in case the merger was approved, they estimated that the new Company would be the second most claimed company in Chile; (5) that the information given by retail companies about the credit conditions offered by their own cards is scarce and vague; (6) that there are also huge differences between the interests charged by different competitors. Furthermore, there are major differences between the interest rates charged by the same department stores to different customers.

24. SERNAC explained that the information given by Department Stores and Supermarkets about their credit conditions was extremely complicated. For instance, charges are divided into different items (i.e. interest rate, commissions, etc) and these items are expressed in different formats (for instance percentages, indexed units, etc).

25. Regarding advertising, there were cases in which companies claimed that people could buy without paying interests while they were charging high commissions for the use of their credit cards. Furthermore, even though they offered discounts if people bought with their store cards, the overall prices paid were much higher than the prices paid in cash, once interests and commissions were actually charged.

26. Moreover, SERNAC described several safety infringements and abusive clauses incurred by both companies in their contracts, which had been penalized by Chilean courts. For instance, the Chilean Supreme Court declared void a contract clause established by Falabella in which consumers were made responsible for transactions made with their stolen credit cards, and condemned the company to compensate the consumers with US\$ 50.000.

27. SERNAC also claimed against several abusive clauses included in the credit card contracts of D&S. For instance, consumers were forced to contract three different types of insurance, and the company established that it could unilaterally change the conditions of the contract. Both clauses were ruled out by the Chilean Consumer Protection Act.

28. In SERNAC's opinion, all of these consumer claims and statistics could have an impact on Competition in this market. If there is not enough competition, if concentration continues to grow, and the number of rival players in the retail markets continues to fall, not only this will lead to higher prices as stated by the FNE, but also to consumer harm in a broader sense. Hence, all of the evidence added by the SERNAC constituted a sample and example of the symptoms and current problems faced by consumers in the retail and credit card markets, which are projected to grow if the operation goes on.

## **5. Conclusion**

29. The presentations submitted by the FNE and the SERNAC in a merger case are good examples of how the existence of different agencies for Competition and Consumer Protection is not an obstacle for cooperation. By developing good communication practices, agencies can take advantage of their individual strengths and yet develop synergies.

30. This experience is also an example of the strong relationship between Competition and Consumer Protection. In a non competitive market, consumers are not only going to be affected by higher prices, but also because of potential harms in several of their rights that may be affected. As we suggested while introducing this document, violations of consumers' rights are many times indicative of behavioural or structural problems in competition.

## APPENDIX: QUESTIONS AND ANSWERS

**1. How does Consumer Policy interact with Competition Policy in your Country, if at all? Can you give examples where they have conflicted? Where have they been complementary?**

There are separate agencies in Chile for Consumer Protection and Competition policy. However, both agencies are aware of the synergies that they can generate when they act together. For instance, they have both recently participated in the Competition Tribunal consultation on the merger operation between D&S and Falabella (the example given above) and in the legal actions established recently against a credit bureau.

**2. What do you feel are the benefits and drawbacks to your own country's choice of "dual-function" or "separate agencies" for handling competition and consumer policy?**

The main benefit is the institutional autonomy. In Chile, the choice of "separate agencies" allows each agency to define their own strategy, based on their own strengths and faculties. No decision is subordinated to the interest or priority of the other agency. Importantly, as each institution develops its own reputation, in which their autonomy plays a role, coordination proves to have an additional impact. The drawback is the natural difficulty and cost of coordination, and to identify areas of synergies on a regular basis.

**3. Has your country required that "no frills" versions of complicated products be offered, to help vulnerable consumers? If so, who provided the product and how was the supply enforced? What was the effect in competition, if any?**

There are minimum information requirements in products and services such as credit, safety instructions, among others. The Consumer Protection Act mandates that all information and advertising must be clear and understandable and has to be provided before the transaction

**4. Can you identify areas where a better convergence of both competition and consumer policies globally would be beneficial?**

Areas in which a better convergence between competition and consumer policies would be beneficial are: credit, retail, basic services (natural monopolies) and telecommunications.

**5. Can you provide examples of sectors or products where an increased international cooperation between competition authorities and consumers representatives could render the markets more competitive while ensuring and adequate protection of consumers around the globe?**

Although no decision has been made by the Chilean authorities on this matter, at this stage, it is considerable that in areas within the software industry, when highly concentrated (if not monopolistic), several consumer protection issues arise (for instance security breaches). The fact that this is an extremely technical product also raises several information issues linked to both competition and consumer protection matters.

Another instance of cooperation could be ICPEN (International Consumer Protection and Enforcement Network). This International Organization carries out several actions against frauds on the internet that might be useful in order to maintain a healthy environment for Competition.









## CONTRIBUTION FROM COSTA RICA

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- Costa Rica --<sup>(\*)</sup>

**1. *How does consumer policy interact with competition policy in your country, if at all? Can you give examples where they have conflicted? Where have they been complementary?***

1. Political Constitution of Costa Rica, through Article 46, implements the protection of competition and consumers. This article is the constitutional base of “Law of Promotion of Competition and Effective Defense of Consumer”, known as Law N. 7472.

2. The purpose of Law N.7472 is to protect in an effective manner the rights of consumers and at the same time it promotes the process of competition and free concurrence. In order to carry out their objectives the Law created two different organisations: Commission for promotion of competition (COPROCOM) and National Consumer Commission (CNC).

3. COPROCOM is responsible for competition policy and CNC is liable for consumer policy. Each commission works independently and has specific tasks to achieve their goals; however, there are no conflicts between both fields and rather competition policy has a relation directly with consumers.

4. COPROCOM is the institution in charge of analysing all practices that obstruct or restrict the competition among economic agents; in such way competition promotes that enterprises compete with each other and increase quality, variety and decrease prices of products and services. In this sense COPROCOM gives the opportunity to consumers to choose between different alternatives for goods and services without monopolies or other restrictive trade practices.

5. In conclusion, Law N.7472 introducing a set of principles and standards which define and consolidate the legal framework that tries to complement both policies, competition and consumer.

**2. *What do you feel are the benefits and drawbacks to your own country’s choice of “dual-function” or “separate agencies” for handling competition and consumer policy?***

6. As it was previously mentioned, each commission takes their decisions in an autonomous way; this independence promotes a transparency and an efficient system that contribute to the success of goals of each agency.

7. In the same way, an independent budget guarantees that each commission has the freedom to distribute their resources according to their priorities and necessities.

8. In addition, there is an excellent communication and coordination between COPROCOM and CNC, and this situation makes it easy to promote specific activities or policies when necessary.

---

<sup>(\*)</sup> This contribution is submitted by COPROCOM (Comisión para la Promoción de la Competencia). The full original document is available in Spanish upon request. If you are interested, please contact COPROCOM in Costa Rica.

9. On the other hand, occasionally people do not understand that commissions are different, although there is only one Law and sometimes people confuse COPROCOM and CNC.

**3. *Has your country required that “no frills” versions of complicated products be offered, to help vulnerable consumers? If so, who provided the product and how was its supply enforced? What was the effect on competition, if any?***

10. In a general way, the company’s products have to comply with different regulations or standards of quality. The objective is to protect the health, safety of people and legitimate interests of consumers. In this sense, in Costa Rica there are 277 technical regulations in the food area and approximately 155 for non-food products, as well as institutions such as the Ministry of Health, the Ministry of Economy, the CNC and others work towards ensuring that these policies get fulfilled.

11. CNC has done some researches about misleading advertising, specific promotions, cellular mobile telephony, and others. Also, CNC has been doing publications such as “*Regulation on Information and Publicity*”.

12. Finally, these kinds of regulations are out of the responsibilities of COPROCOM and our agency respects the opinion of institutions in charge of these topics.

**4. *Can you identify areas where a better convergence of both competition and consumer policies globally would be beneficial?***

13. Law N.7472 provides a legal framework that integrates competition and consumer policies, and education is an ideal complement for this legislation.

14. A thorough knowledge of the subject provides to create competition and consumer culture. In this way a good education generates synergies in both fields and an adequate utilisation of resources of each agency.

15. As a final point, Law N.7472 establishes a set of principles and standards in consumer’s benefit and Costa Rica’s economy in general.

**5. *Can you provide examples of sectors or products where an increased international cooperation between competition authorities and consumers representatives could render the markets more competitive while ensuring an adequate protection of consumers around the globe?***

16. Thanks to the international cooperation agreements that COPROCOM has managed in the last years with countries and institutions such as Spain, Chile, Mexico, Switzerland, the World Bank, Canada and the ICN, we have prepared a bill to amend the competition law in order to strengthen the agency’s faculties and expand its field of application.

17. We have been working in specific markets, such as a Telecommunications, Rice, Gas and Bank; with the objective of eliminating entry barriers and unnecessary regulations that affect markets and consumers.





## CONTRIBUTION FROM EL SALVADOR

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- El Salvador --

### 1. The Consumer and Competition Policy: Its Origin in the Peace Accords

#### 1.1 *The efforts on consumer protection and competition matters*

1. The Constitution in force since December 1983 raised to a constitutional level the State's obligation to promote economic and social development, as well as the defence of consumers' interests, forbidding monopolistic practices in order to insure entrepreneurial freedom and protect consumers' interests.

2. Years later, with the peace negotiations of El Salvador which culminated with the subscription of the Chapultepec Accords in January 1992, various objectives were set forth, amongst others, to contribute to the strengthening of the market economy and the creation of the necessary conditions to improve the population's level of life.

3. As far as the economic and social stabilisation are concerned, parallel to the implementation of the Peace Accords, the Government of El Salvador set forth a five year Economic and Social Development Plan, aiming, amongst others, at creating the necessary conditions to achieve a sustainable economic development and, in the medium term, implement a social program to establish a market economy and the reforms to the economic system.

4. In Chapter V, number 6 of the Peace Accords, two important aspects were included regarding the measures to alleviate the social costs of the structural adjustment programs, amongst which were found those related to consumer protection. In said Accords, the Salvadoran Government committed itself to adopt the policies and create the effective mechanisms in order to insure the consumers' defence, pursuant to the mandate set forth in Article 101 of the Constitution of the Salvadoran Republic. For the enforcement of the aforementioned constitutional mandate, the Government committed itself to present to the Legislative Assembly within 60 days after the subscription of the said Accords, a draft of the Consumers' Protection Law, which would include the strengthening of the Ministry of Economy and would lay down the first step in the eventual creation of a consumers' protection authority.

5. Likewise, a commitment was set forth to adopt the mechanisms to prevent monopolistic practices and, simultaneously, guarantee entrepreneurial freedom and protect consumers' interests, pursuant to Article 110 of the Constitution. The price liberalisation and a free competition market scheme, thus, permitted a normal supply of goods and services and price stability.

6. During 1992, the discussion of the legal framework on free competition to regulate monopolies and oligopolies was also initiated. Nevertheless, these definitions were incorporated in the Consumers' Protection Law.

7. In 1994, the first draft of a Free Competition Law was presented to the Legislative Assembly but did not achieve its approval. The competition issue was practically unknown in the country, hence, various

study delegations were formed by different economic agents' representatives, from both public and private sectors, including assemblymen of the Legislative Assembly, who were part of the commission responsible for analysing the aforementioned draft. The objective of these study visits was to know about the experiences of countries with a long tradition in competition law enforcement. In a ten year period, different draft laws were presented; each one differing from others basically regarding the nature of the authority responsible of enforcing the law, the view point on mergers and acquisitions, and the system of sanctions.

8. Likewise, the 2004 National Meeting of the Private Enterprise (in Spanish, Encuentro Nacional de la Empresa Privada, ENADE), stated the following:

9. "The country must adopt a policy that protects and promotes competition, through adequate mechanisms, strong institutions, and an unmistakable legal framework, insuring the efficient assignment of resources and a market development that benefits all.

10. "Said policy must include, amongst others, the promotion and defence of competition, an engagement against unfair commercial practices -such as smuggling, dumping, fiscal fraud, the informal sector of the economy- the prevention of anticompetitive practices, the promotion of economic efficiency, and the consumers' welfare.

11. "Consequently, a clear understanding must be provided regarding the benefits to be obtained from the economic system as a result of a public policy intended to protect and promote competition with the support of consumers, businessmen, and politicians".

12. In order to comply with the aforementioned constitutional principles and as a recognition of the need to achieve a more competitive and efficient economy, promoting its transparency and access, encouraging its dynamism and growth in order to benefit the consumer, El Salvador found convenient to issue in 2004 the Competition Law in force since January 1<sup>st</sup>, 2006; at the same date, the Competition Superintendence started its operations. It is important to point out that the protection of competition is a constitutional duty; nevertheless, such obligation lacked of detail in the legal framework to make it effective, thus, the new law was a step forward for the consolidation of the constitutional regime.

### *1.1.1 Consumer Protection Law*

- The first Consumer Protection Law was issued in 1992. During this period, the Consumer Protection Division was created as part of the Ministry of Economy, with the objective to safeguard the consumers' interest, establishing a legal framework to protect individuals from fraud and market abuses.

Objective of the aforementioned law:

"Art. 1.- The objective of this law is to safeguard the interest of the consumers, establishing the legal framework to protect individuals from frauds and abuses within the market."

- During 1996, the 1992 Consumer Protection Law was abolished and a new law was approved, under the mandate of Article 101 of the Constitution, which states: "It is the State's duty to promote economic and social development, through the generation of the optimum conditions for an increment in the production of goods and services, encouraging, at the same time, the defence of the consumers' interests." On the other hand, the aforementioned law vested the Ministry of Economy with the power to enforce said legal framework through the Consumer Protection General Division.

Objective of said law:

“The objective of this law is to safeguard the interest of the consumers, establishing the legal framework to protect individuals from frauds and abuses within the market.”

As done by the previous law, this one intended to strengthen the conditions in our country for its introduction in the worldwide globalisation process, guaranteeing the participation of the private enterprise, promoting competition, and entitling consumers with the necessary rights for their legitimate defence.

- In August 2005, the currently in force Consumer Protection Law was issued, abolishing the 1996 law.

Objective of the aforementioned law:

“Art. 1.- The objective of this law is to protect the rights of the consumers, in order to procure equilibrium, certainty, and legal security in their relations with suppliers.”

Various elements were taken under consideration when issuing said law, figuring as the principal reason, the need for a better structure and systematic development, as well as a global and preventive vision that guarantees the consumers’ protection.

i) National System for Consumer Protection

13. Article 151 of the aforementioned law institutes the National System for Consumer Protection in order to promote and develop the consumers’ protection. This system is formed by the Authority of the Consumer (in Spanish Defensoría del Consumidor), agencies of the Executive Branch, and other State institutions, vested with the attribution to look by sector after consumers’ rights or watch over enterprises that work with public.

14. Article 153 of the said law mentions the activities of the National System for Consumer Protection, establishing amongst others, the following activities related to consumer protection:

- Training its officers in that topic;
- Register and classify complaints filed by consumers and the sanctions imposed or the supplier’s exoneration, whichever is the case;
- Creation of nets of participants in the System’s officers to execute specific and preventive actions relating to consumer protection;
- Strategically plan the necessary activities for the surveillance and enforcement of the legal framework relating to consumers;
- Elaborate information and communication instruments;
- Elaborate the technical framework, methods, and guides for officers in charge of enforcing the law; and,



- Compile data regarding investigations and other information about the behaviour and attitude of consumers.
- ii) Consultive Council of the Consumer Authority (in Spanish, Consejo Consultivo de la Defensoría del Consumidor)

15. An important element in the Consumer Protection Law is the creation of the Consultive Council. This body is in charge of counselling the President of the Consumer Authority in technical matters. The Council is attended, amongst others, by the Competition Superintendent.

16. Article 64 of the aforementioned law mentions the following attributions of the Consultive Council, amongst others:

- Serve as a counsel body to the President of the Consumer Authority in matters related to the protection of the consumers' rights, as well as to the organisation and performance of the Authority;
- Issue opinions regarding the Authority's internal regulations;
- Propose to the President of the Republic the removal of the President of the Consumer Authority and of the members of the Sanctioning Tribunal, in case of severe infringement of their duties; and,
- Other attributions legally assigned.

### 1.1.2 *Competition Law*

- The Competition Law and Superintendence

17. The objective of the Competition Law is to promote, protect, and guarantee competition, by preventing and eliminating any anticompetitive practice, regardless of its nature, that limits or restricts competition in any way, or that impedes the access of any economic agent to the market, in order to increase economic efficiency and consumer's welfare.

18. In this sense, the Competition Superintendence is created as an independent and technical institution, with a legal status and its own equity, vested with administrative and budgetary autonomy to exercise its attributions and duties, in charge of the compliance of the Competition Law, by means of a technical, legal, and economic analysis system, complemented by support studies and other pertinent activities to perform its attributions in an optimum manner including the prevention, detection, and investigation of anticompetitive practices.

19. In accordance with the aforementioned, Article 42 of said law prescribes the following: regarding an anticompetitive practice stated herein, any person may file a written complaint with the Superintendence against an alleged infringer, indicating the description of said practice. The plaintive shall state all the facts that build the alleged anticompetitive practice. The aforesaid is applicable to any economic agent, including the State's institutions, for instance, the Consumer Authority.

- Legal amendments

20. In November 2007, certain amendments to the abovementioned law were approved in order to institutionally strengthen the Competition Superintendence. These amendments are important for such

institution in order to fully fulfil its objectives, by vesting it with the powers that enable it to act effectively, hardening the system of sanctions, including the maximum fines to be imposed according to an alternate criteria proportional to the severity of the anticompetitive practice committed in order to increase the dissuasive effect of committing such practices.

21. The amendments include the following attributions and duties:

- The Superintendent
  - Carries out searches or raids, with a prior order issued by the corresponding civil or commercial judge of the jurisdiction where the property to be searched or raided is located;
  - Orders during the investigation, the necessary precautionary remedies when an imminent risk to the market exists, when competition might be limited, when the investigated practice might result in damages to third parties or to public or collective interests, amongst others;
  - Accepts guarantees for the suspension or modification of anticompetitive practices;
  - Accepts the recognition of an economic agent who has been involved or is currently involved in agreements amongst competitors, as long as the economic agent fully complies with the requirements determined by the law (be the first to inform of the existence of such an agreement, collaborate with the Competition Superintendence, and carry out the necessary actions to guarantee the termination of his/her participation in the alleged anticompetitive practice).
- The Board of Directors
  - Issues, at the request of a third party or ex-officio, opinions on drafts of laws, ordinances, or regulations, and the procedures for public acquisitions and contracts, which might significantly limit, restrict, or impede competition;
  - Determines structural conditions and obligations, amongst others, ordering an economic agent to disinvest in a certain economic activity;
  - Attenuates an economic sanction when sufficient guarantees have been given, ensuring the suspension or modification of the investigated anticompetitive practice or has collaborated with the Competition Superintendence in the investigation of an agreement amongst competitors.
- New system of sanctions

22. The system of sanctions has been hardened, including maximum fines to be imposed according to alternate criteria proportional to the severity of the anticompetitive practice committed in order to increase the dissuasive effect of infringing the Competition Law. The fines may go up to 6% of the total annual sales made by the infringer, or up to 6% of its assets' value during the prior fiscal year, or a fine equivalent to a minimum of twice and up to a maximum of ten times the estimated profits resulting from the anticompetitive practice, whichever is higher.

23. Furthermore, fines have been established for those agents who do not comply with the obligation of requesting prior authorisation of a merger or acquisition, to those who do not comply with the

conditions imposed by the resolution authorising a merger or acquisition, and to those who do not comply with the precautionary remedies ordered.

- 2006-2007 Activities

24. During its first two years of operations (2006-2007), the Competition Superintendence received 30 complaints and initiated 8 ex-officio investigations, regarding alleged violations to the Competition Law committed by economic agents from different sectors of the Salvadoran economy. Twenty seven cases concerning anticompetitive practices were analysed, 15 of which were for abuses of dominant position. Seven anticompetitive practices were sanctioned. 6 merger and acquisition notifications were received, 5 of which were authorised and 1 was declared not to require the prior Superintendence' authorisation, pursuant to Article 31 of the Competition Law.

#### Cooperation and technical assistance agreements for the enforcement of the Competition Law

- With Government institutions

25. Internationally, cooperation and collaboration agreements have proven to be useful tools for the effective enforcement of the Competition Law. Since its creation and during 2006 and 2007, the Competition Superintendence has subscribed cooperation and technical assistance agreements with various regulators in order to strengthen the investigative process and the access to information. It is important to point out the agreements signed with the Electricity and Telecommunications General Superintendence (in Spanish, Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, SIGET), the Maritime Port Authority (in Spanish, Autoridad Marítima Portuaria, AMP), the Financial System Superintendence (in Spanish, Superintendencia del Sistema Financiero, SSF), the Science and Technology National Council (in Spanish, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACYT), the Civil Aviation Authority (in Spanish, Autoridad de Aviación Civil, AAC), the Securities Superintendence (in Spanish, Superintendencia de Valores, SV), the Pension Funds Superintendence (in Spanish, Superintendencia de Pensiones, SP), and the Central Reserve Bank of El Salvador (in Spanish, Banco Central de Reserva de El Salvador, BCR).

- With Competition Authorities

26. In order to exchange experiences and know about diverse techniques, the Competition Superintendence signed cooperation and technical assistance agreements with different competition authorities such as the National Competition Commission of Spain (in Spanish, Tribunal de Defensa de la Competencia de España, hoy Comisión Nacional de Competencia de España), the Tribunal for the Defense of Competition of Chile (in Spanish, Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile), the National Economic District Attorney's Office of Chile (in Spanish, Fiscalía Nacional Económica de Chile), the National Institute for the Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property of Peru (in Spanish, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI- de Perú), the Authority for Consumer Protection and Defense of Competition of Panama ( in Spanish, Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia de Panamá), the Federal Competition Commission of Mexico (in Spanish, Comisión Federal de Competencia de México), and the Commission for Competition Promotion of Costa Rica (in Spanish, Comisión para Promover la Competencia de Costa Rica).

27. Several studies on competition conditions have been completed in the following sectors: Cargo, terrestrial transportation, liquid fuels, medicines, electricity, eggs and chickens, liquid fuel gas, and telecommunications. Furthermore, two internships in the Swiss Competition Authority (COMCO) were concluded.

28. Likewise, relations for information exchange are maintained with institutions such as the Federal Trade Commission and the Department of Justice of the United States of America.

**2. Competition Policy as Core of Economic Efficiency and Consumer Fundamental Rights Protection.**

29. Due to its scope and dynamism, competition policy, together with the fiscal and political policy, constitutes the fundamental milestones of the economy. Hence, the competition authority must be viewed as enforcer of the economic policy of the country and not as a mere enforcer of the Competition Law.

30. And this is so because competition policy fits within its broad concept; it refers to all the government measures which may influence the intensity of competition in the national markets or which may impact on the freedom of economic agents to carry out profitable or non-profitable economic activities. Thus, the competition law of any country is part of its competition policy, as well as other laws and policies, including commercial policies, measures to attract direct foreign investment, regulations of enterprises at a national level, privatisations initiatives, consumer protection law, amongst others.

31. Currently, there is an almost unanimous criterion that the objective of competition policy must be the promotion of economic efficiency and consumer welfare. Notwithstanding the aforementioned, there is still some debate on whether to include in this objective other goals of social and distributive nature. Nevertheless, there is unanimity as to include consumer protection in the objective of competition policy, even though for competition purposes the meaning of the term changes to the more commonly used definition.

32. Under the context stated herein, it is important to point out that, contrary to the consumer protection policy, the competition policy does not consider the consumer as the principal core of its activities. This is due to the fact that the objective of competition policy is to preserve competitive conditions in the market. For the abovementioned policy, the consumer is an indirect beneficiary of the consequences resulting from fair competition amongst economic agents in the market.

33. Nevertheless, it is necessary to emphasise that for competition policy the aforesaid does not mean a lesser importance of the consumer, because when a possible remedy for an anticompetitive practice is presented, the remedy that benefits consumers the most will be preferred, without diminishing economic efficiency and the legitimate rights of all economic agents to participate, giving preference to the generation of added value to all phases of the value chain.

34. Hence, the objective of competition policy is to protect, guarantee, and reestablish competitive conditions in the market and its economic efficiency, which indirectly, result in benefits for the consumers.

35. In spite of the above mentioned, the relation between both State institutions is vital and necessary but understood within each other's roles. As it can be understood from the mere reading of the cited legal frameworks, the Competition Superintendence has wrongly been included in the National Consumer Protection System, due to the fact that it is not a duty of the Superintendence to protect consumers' rights on a sectoral basis or watch over enterprises that operate with public, its objective is far beyond the aforesaid: economic efficiency and consumer welfare understood pursuant to the concepts stated herein.

36. Furthermore, the Consumer Authority is also an economic agent for the purposes of the Competition Law, and, thus, must file complaints pursuant to the requirements determined by the law and not because of a mere belief of the existence of anticompetitive practices, complying with Article 42 of the aforementioned law.

37. On the other hand, it is of utmost importance to emphasise the concept of competition policy as a pivot for the establishment of healthy competition in the different markets, as a means to guarantee the economic and social development of the country, as well as the defence of the consumers' interest, through the prevention and elimination of anticompetitive practices, thus, achieving a more competitive and efficient economy, promoting its dynamism and growth for the benefit of consumers.

38. Hence, in order to contribute to the development of competition and competitiveness of productive activities, both in local and foreign markets, it is vital to have a clear and transparent scheme of action which impedes the existence of discriminatory barriers to economic agents.

39. That is why it is not only necessary to adopt a competition law but also to enforce a competition policy which recognises the identification and elimination of anticompetitive agreements, the abuse of dominant position, and also, to have sound instruments to control mergers and acquisitions that allow an increase of a healthy competition, an increase of investment, and promote the voluntary adoption of good business practices in favour of economic efficiency.

40. To summarise, in the country's policies, the Competition Law and the Consumer Protection Law play a determining role in the establishment of the rules of the game that serve as a guide to enforce other economic and social policies which are the basis for the development of the country. Nonetheless, both authorities must join efforts to accomplish, within their respective legal frameworks, the objective of each one's law, respecting each others' attributions and duties.

41. There are still other pending chores to carry out for the consolidation of the competition culture, such as the signature of cooperation and coordination agreements with the consumer protection authority, which as an economic agent, may considerably contribute to achieve a better enforcement of the Competition Law and a better understanding of the society in general, in order to make sure that the market, as a good of our society, is understood as an authentic style of life and of development, rather than just a mere economic concept.





## CONTRIBUTION DU SALVADOR

## LA RELATION ENTRE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET LA POLITIQUE DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR

-- Le Salvador --

### 1. La politique de protection du consommateur et de la concurrence: leur origine dans les accords de paix.

#### 1.1 Les efforts en matière de protection du consommateur et de la concurrence.

1. A partir des négociations de paix du Salvador, lesquelles ont abouti à la souscription des Accords de Chapultepec en janvier de l'année 1992, divers buts ont été formulés, visant entre autres à contribuer au renforcement d'une économie de marché et à la création des conditions nécessaires pour améliorer le niveau de vie de la population salvadorienne.

2. Quant à la stabilisation économique et social, parallèlement à la mise en œuvre des Accords de paix (ci-après « les Accords »), le Gouvernement du Salvador a entrepris un Plan de développement économique et social pour cinq ans, visant entre autres à créer les conditions nécessaires pour atteindre un développement économique soutenable, améliorer le niveau de vie de la population, et à moyen terme, à mettre en œuvre un programme social qui établirait une économie de marché et ainsi que des réformes du système économique.

3. Dans le chapitre V No. 6 des Accords, deux volets importants ont été insérés relatifs aux mesures pour atténuer le coût social des programmes d'ajustement structurel, parmi lesquels figuraient celles liées à la protection du consommateur. Dans les Accords il a été établi que le Gouvernement du Salvador s'était engagé à adopter des politiques et à créer des méthodes effectives destinées à défendre les consommateurs, en accord avec le mandat de l'article 101 de la Constitution de la République (ci-après la Constitution »). Pour accomplir cet objectif constitutionnel, le Gouvernement s'est engagé à présenter auprès de l'Assemblée législative (ci-après « l'Assemblée »), dans un délai de 60 jours à partir de la souscription des dits accords, un avant-projet de loi de protection du consommateur qui concernait aussi le renforcement du Ministère de l'économie (ci-après « le Ministère ») et qui pouvait représenter un premier pas pour la création d'une Autorité générale de défense du consommateur.

4. En définitive, en 2004, la Loi sur la concurrence (ci-après « LCon ») a été approuvée ; elle est fondée sur la Constitution. Il faut remarquer aussi qu'à partir du mois de décembre 1983, avec l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution salvadorienne, l'Assemblée avait élevée au rang constitutionnel l'obligation de l'Etat de promouvoir le développement économique et social, ainsi que la défense de l'intérêt du consommateur, en interdisant les pratiques monopolistiques afin de garantir la liberté des entreprises et de protéger au consommateur.

5. Par ailleurs, des méthodes ont été adoptées pour lutter contre les pratiques monopolistiques, en garantissant la liberté des entreprises et la protection du consommateur, en accord avec l'article 110 de la Constitution. La libéralisation des prix de l'économie accompagnant l'adoption d'un système de libre marché a entraîné la stabilité de ceux-ci et la fourniture normale de produits.



6. En 1992 ont débuté des discussions d'une norme portant sur la libre concurrence et visant à réguler les monopoles et les oligopoles. Ces dispositions ont depuis lors été incorporées dans la loi de protection du consommateur.

7. En 1994 le premier avant-projet de la LCon a été présenté à l'Assemblée. Il n'a pas été approuvé. Il est vrai que la concurrence était un sujet pratiquement inconnu au Salvador. A ce propos, pour améliorer les connaissances, divers groupes d'étude ont été formés avec des représentants de différents secteurs salvadoriens, y compris le secteur privé, le secteur public et des députés de l'Assemblée. Ces secteurs ont aussi fait l'objet des travaux de la commission chargée d'analyser l'avant-projet de la LCon. Les visites d'étude réalisées visaient à bien connaître les expériences d'autre pays plus expérimentés dans la mise en œuvre d'une loi relative à la défense de la concurrence. Dix ans après, différents avant-projets de la LCon ont été présentés, avec certaines différences, notamment dans la conception du type de l'autorité chargée de mettre en œuvre la LCon ainsi que la manière d'évaluer les concentrations économiques et le régime de sanctions.

8. En outre, lors de la Rencontre nationale de l'entreprise privée (« ENADE » en espagnol) de 2004, des représentants de cette institution ont prononcé le discours suivant:

9. « Le pays (El Salvador) devrait adopter une politique visant à protéger et promouvoir la concurrence, en utilisant des méthodes appropriées, des institutions fortes ainsi que des règles claires, et en assurant aussi l'allocation efficiente des ressources et le développement du marché pour le bénéfice de tous.

10. Cette politique doit inclure, entre autres, la promotion et la défense de la concurrence, la LCon, le combat contre la concurrence déloyale – y compris la contrebande, le dumping, la fraude fiscale, les secteurs informels de l'économie, la prévention de pratiques anticoncurrentielles, la promotion de l'efficience économique et le bien être des consommateurs.

11. Par conséquent, nous devons partir d'une compréhension claire des bénéfices qui vont découler du système économique, avec une politique publique visant à protéger et promouvoir la libre concurrence, et soutenue par les consommateurs, les entreprises et la classe politique.

12. Pour mettre en œuvre les principes constitutionnels indiqués antérieurement et en reconnaissant le besoin d'une économie plus compétitive et efficiente, en promouvant la transparence et l'accès au marché, en encourageant le dynamisme et la croissance de celle-ci pour le bénéfice du consommateur ; El Salvador a considéré nécessaire d'adopter la LCon, laquelle est entrée en vigueur le 01 janvier 2006. Par ailleurs, à la même date, la Superintendance de la concurrence (ci-après « la SC ») a commencé à fonctionner. Il est important de souligner que la protection de la libre concurrence est une obligation constitutionnelle ; El Salvador avait manqué du développement législatif nécessaire pour la mettre en œuvre. Alors, l'approbation de la LCon a été une avancée dans la consolidation d'un régime constitutionnel.

### *1.1.1 La Loi de protection du consommateur*

- La première loi de protection du consommateur (ci-après « LPro ») a été approuvée en 1992. A de cette période, on a créé la Direction de protection du consommateur, institution publique qui dépendait du Ministère de l'économie, et avait pour objectif de sauvegarder les intérêts des consommateurs, en établissant des règles de protection des personnes contre les fraudes et les abus sur le marché.

#### But de la LPro

« Art. 1.- La présente loi a pour but de sauvegarder les intérêts des consommateurs, en établissant des règles qui protègent les personnes des fraudes et des abus sur le marché ».

- En 1996, la nouvelle LPro a été approuvée. Elle se fonde sur l'article 101 de la Constitution, laquelle établit qu' « il est obligatoire pour l'Etat de promouvoir le développement économique et social, en générant les conditions optimales pour augmenter la production des biens, et en favorisant au même temps la défense des intérêts des consommateurs ». Par ailleurs, la LPro désigne la Direction générale de protection du consommateur (ci-après « La Direction ») du Ministère en tant qu'autorité responsable de la mise en œuvre de la dite loi.

L'intention était de renforcer les conditions économiques du pays dans le cadre de son intégration dans le processus de globalisation, en assurant la participation du secteur privé dans le développement économique, en favorisant aussi la libre concurrence et en confiant aux consommateurs les droits nécessaires pour leur défense légitime.

- En août 2005 une nouvelle loi de protection du consommateur (ci-après « NLPro ») a été approuvée ; la LPro antérieure a été abrogée.

#### Le but de la NLPro

« Art. 1.- Le but de cette loi est de protéger les droits du consommateur afin d'assurer l'équilibre, la certitude et la sécurité juridique dans ses relations avec les fournisseurs. »

Pour la création de la NLPro de nombreux éléments fondamentaux ont été considérés, mais notamment le besoin d'améliorer sa structure et de lui donner un développement systématique, ainsi qu'une vision intégrale et préventive qui garantisse la protection du consommateur.

#### i) Le Système national de protection du consommateur

13. L'article 151 de la NLPro « institue le Système national de protection du consommateur (ci-après « le SNPC »), afin de promouvoir et développer la protection du consommateur. Le SNPC est composé par : l'Autorité de défense du consommateur (ci-après « l'ADC »), des diverses dépendances de l'organe exécutif et d'autres institutions de l'Etat qui sont chargées de veiller dans leurs domaines respectifs pour les droits du consommateur ou bien de surveiller les entreprises qui opèrent avec la population».

14. L'article 153 de la NLPro mentionne les activités du SNPC, en incluant entre autres, les activités suivantes concernant la protection du consommateur :

- La formation de ses fonctionnaires en la matière ;
- L'enregistrement et le classement des plaintes présentées par les consommateurs et des sanctions imposées ou, le cas échéant, l'exonération du fournisseur.
- La création d'un réseau des fonctionnaires qui font parties du SNPC, afin de réaliser des actions spécifiques et préventives de protection du consommateur ;
- La planification stratégique des activités nécessaires à la surveillance et à la mise en œuvre de la législation relative aux consommateurs.

- L'élaboration d'instruments d'information et de communication.
- L'élaboration de normes techniques, de méthodes et d'orientations pour les fonctionnaires chargés de la mise en œuvre de la législation ; et
- Le recueil de données, d'enquêtes et d'autres renseignements portant sur le comportement et l'attitude du consommateur.

ii) Le Conseil consultatif de l'ADC

15. Un élément essentiel à remarquer dans la LNPro est la création du Conseil consultatif. Organe constitué de différents membres, il est responsable de donner des avis techniques au président de l'ADC. Le Superintendant de la concurrence fait, entre autres, partie du Conseil.

16. L'article 74 de la NLPro indique les attributions du Conseil consultatif, parmi lesquelles :

- Agir en tant qu'organe de référence et de consultation du Président de l'ADC en matière de protection du consommateur, ainsi que de l'organisation et du fonctionnement de celle-ci.
- Donner des avis concernant le règlement interne de l'ADC.
- Faire des propositions au Président de la République concernant la destitution du Président de l'ADC et des membres du Tribunal chargé de sanctionner les infractions en matière de protection du consommateur, en cas d'inaccomplissement de leurs obligations ; et
- D'autres attributions qui leur sont légalement assignées.

*1.1.2 La Loi sur la concurrence*

- La LCon et la SC

17. La LCon vise à promouvoir, protéger et garantir la concurrence, en prévenant et en éliminant des pratiques anticoncurrentielles qui, quelque soit leur forme, limitent ou restreignent la concurrence ou empêchent l'accès au marché des agents économiques, ceci afin d'augmenter l'efficacité économique.

18. C'est en ce sens qu'a été créée la SC. En tant que personne morale, la SC est une autorité indépendante et technique, avec un patrimoine propre ainsi qu'une autonomie administrative et budgétaire pour l'exercice de ses attributions et devoirs. Par ailleurs, la SC veille à mettre en œuvre la LCon, en utilisant un système d'analyse technique, juridique et économique ; ce système doit être complété par des études de soutien et d'autres outils pertinents pour effectuer toutes ces activités d'une manière optimale, y compris la prévention, la détection et l'investigation des pratiques anticoncurrentielles.

19. En conformité avec ce qui précède, l'article 42 de la dite loi prévoit ce qui suit : en matière de pratique anticoncurrentielle, toute personne est susceptible de déposer une plainte contre un auteur d'infraction présumé en décrivant cette pratique. Le plaignant doit mentionner tous les faits constitutifs de la pratique anticoncurrentielle dénoncée. Ceci est applicable à tous les agents économiques, y compris les autorités gouvernementales et, notamment, l'autorité de défense des consommateurs.

- Les Réformes légales

20. En novembre 2007 certaines réformes de la LCon ont été approuvées et elles ont renforcé la SC. Elles sont importantes pour la réalisation des buts fixés par la SC puisque les outils pour combattre les pratiques anticoncurrentielles ainsi que le régime des sanctions ont été renforcés. Par ailleurs, les réformes ont ajouté au régime d'amendes maximales qui pouvaient être imposées par la SC, un critère alternatif et proportionnel à la gravité de la pratique réalisée, afin d'augmenter l'impact dissuasif de la réalisation de dites pratiques.

21. Les réformes approuvées comprennent les droits et devoirs suivants :

- Concernant le Superintendant :

- Réaliser des perquisitions, lesquelles doivent avoir l'autorisation d'un juge de première instance compétent en matière civile ou commerciale, de la juridiction où se trouvent l'immeuble ou les immeubles qui feront l'objet d'une perquisition.
- Ordonner lors d'une enquête les mesures provisoires qui sont nécessaires, notamment lorsqu'il existe un risque imminent pour le marché ; lorsqu'on peut avoir une limitation de la concurrence ; ou lorsque la pratique faisant l'objet de l'enquête pourrait entraîner des dommages aux tiers ou aux intérêts publics ou collectifs, entre autres.
- Accepter les garanties de suspension ou de modification des pratiques anticoncurrentielles.
- Accepter l'engagement d'un agent économique qui a réalisé ou est en train de réaliser un accord entre concurrents, pourvu que les conditions détaillées dans la LCon soient réalisées (y compris, à condition qu'il soit le premier à informer la SC, qu'il collabore avec elle et entreprend des actions qui garantissent la fin de sa participation à la pratique anticoncurrentielle qu'il a dénoncée).

- Concernant le Conseil de direction :

- Émettre des avis concernant des avant-projets de lois, des ordonnances, des règlements ainsi que des appels d'offres permettant de limiter, restreindre ou empêcher de manière significative la concurrence.
- Établir des conditions et des obligations structurales, y compris ordonner le désinvestissement d'un agent dans une activité économique ;
- Atténuer la sanction économique lorsqu'ont été données des garanties suffisantes portant sur la suspension ou la modification de la pratique anticoncurrentielle faisant l'objet d'une enquête ; ou bien lorsqu'on a collaboré avec la SC lors de l'enquête sur un accord entre concurrents.

- Le nouveau régime de sanctions

22. Le régime de sanctions a été renforcé en incorporant aux amendes maximales qui peuvent être infligées aux agents économiques par la SC, un critère alternatif et proportionnel en fonction de la gravité de la pratique anticoncurrentielle réalisée, afin d'augmenter l'impact dissuasif de réaliser les dites pratiques. En outre, a été introduit la possibilité d'infliger une amende pouvant aller jusqu'à 6% du chiffre d'affaires annuel réalisé par l'auteur de l'infraction lors de la dernière année fiscale, ou bien une amende

pouvant aller jusqu'à 6% des actifs de l'auteur de l'infraction lors de la dernière année fiscale; ou encore une amende équivalant à un minimum de 2 fois, pouvant aller jusqu'à un maximum de 10 fois, le bénéfice estimé et dérivé de la pratique anticoncurrentielle, en choisissant le critère qui s'avère le plus sévère.

23. Par ailleurs, des amendes ont été mises en place à l'encontre des agents économiques qui, alors que leur opération de concentration était soumise à autorisation ne l'ont pas notifiée; ainsi que pour les agents économiques qui n'ont pas respecté les conditions imposées dans la décision finale de l'autorisation d'une concentration et pour ceux qui n'ont pas respecté une mesure provisoire ordonnée par la SC.

- Activités 2006 - 2007

24. Lors des deux premières années de fonctionnement (2006 – 2007), la SC a reçu de nombreuses plaintes portant sur des violations présumées des dispositions de la LCon, lesquelles ont émané notamment d'agents économiques actifs dans divers secteurs de l'économie salvadorienne. 27 plaintes contre des pratiques anticoncurrentielles ont été instruites, dont 15 concernant des abus de position dominante. 7 pratiques anticoncurrentielles ont été sanctionnées ; et 6 demandes d'autorisation de concentrations ont été traitées, dont 5 ont été autorisées et 1 n'avait pas besoin de l'autorisation préalable de la SC (car elle n'était pas soumise aux dispositions de l'article 31 de la LCon).

Les accords de coopération et d'assistance technique pour la mise en oeuvre de la LCon.

- Les accords de coopération avec des autorités gouvernementales

25. Au niveau international, les accords de coopération et coordination se sont révélés être des outils très importants pour bien mettre en oeuvre la LCon. A partir de sa création et en 2006 et 2007, la SC a aussi signé des accords de coopération et d'assistance technique avec de nombreuses autorités régulatrices, afin de renforcer les enquêtes et l'accès à l'information. Il est important de souligner notamment les accords avec la Superintendance générale d'électricité et des télécommunications (ci-après « la SIGET »), l'Autorité maritime et portuaire (ci-après « la AMP »), la Superintendance du système financier (ci-après la « SSF »), le Conseil National de science et technologie (ci-après « le CONACYT »), l'Autorité de l'aviation civile (ci-après « la AAC »), la Superintendance des valeurs (ci-après « la SVAL »), la Superintendance des pensions (ci-après « la SP ») et la Banque Centrale du Salvador (ci-après « la BCR »).

- Les accords avec d'autres autorités de la concurrence

26. Afin d'échanger des expériences et de mieux connaître les diverses techniques d'enquête, des accords de coopération et d'assistance technique ont été signés avec des autorités homologues de la concurrence, y compris le « Tribunal de Defensa de la Competencia » (Espagne), le « Tribunal de Defensa de la Competencia » (Chili), la « Fiscalía Nacional Económica » (Chili), l'« Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI – » (Pérou), l'« Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia » (Panama), la « Comisión Federal de Competencia » (Mexique) et la « Commission for Competition promotion of Costa Rica (en espagnol, Comision para Promover la Competencia de Costa Rica).

27. Des études des conditions de concurrence ont été réalisées dans divers domaines de l'économie salvadorienne, y compris le transport maritime, le marché du transport terrestre de marchandises, le marché du fuel, celui des médicaments, le marché des œufs et des poulets ainsi que celui du gaz liquide et des télécommunications. Par ailleurs, 2 collaborateurs de la SC ont réalisé un stage auprès de la Commission Suisse de la concurrence (« COMCO ») pour une période de 3 mois.

28. En outre, des relations d'échanges de renseignements existent avec différentes autorités étrangères, y compris la « Federal Trade Commission » (Etats-Unis) et le « United States Department of Justice » (Etats - Unis).

**2. La politique de la concurrence en tant que pilier pour l'efficacité économique et la protection du consommateur et pour protéger les droits fondamentaux du consommateur.**

29. Grâce à son champ d'application et à son dynamisme, la politique de la concurrence est, avec les politiques commerciale et fiscale, un pilier fondamental d'une économie. Dans cette optique, l'Autorité de la concurrence devrait agir en tant qu'autorité de mise en œuvre de la politique économique du pays, et pas seulement comme simple instrument d'application de la LCon.

30. La politique de la concurrence correspond dès lors à un concept assez large; elle fait référence à toutes les mesures gouvernementales qui peuvent influencer l'intensité de la concurrence sur les marchés nationaux ou qui mettent l'accent sur la liberté de commerce des agents économiques. Dans cet esprit, la réglementation de la concurrence d'un pays fait partie de sa politique de la concurrence tout comme les autres lois et politiques, y compris les politiques commerciales, les mesures pour attirer les investissements étrangers directs, la régulation des entreprises au niveau national, les initiatives de privatisation, la loi de protection du consommateur, entres autres.

31. A l'heure actuelle, L'on est proche du consensus en ce qui concerne l'objectif de la politique de la concurrence, lequel doit être la promotion de l'efficacité économique et le bien-être du consommateur. Néanmoins, on débat encore sur le point de savoir si l'on devrait incorporer dans l'objectif en question d'autres buts de type distributif et social. Malgré cela, on existe en effet unanimité quant à inclure dans le but de la politique de la concurrence, la protection du consommateur, bien que pour les effets de la concurrence, ça change le sens au terme utilisé le plus fréquent.

32. Ainsi, il est important de remarquer que, contrairement à la politique de protection du consommateur, la politique de la concurrence ne considère pas le consommateur comme le pilier principal de ses activités. En effet, le but de la politique de la concurrence est de préserver les conditions de la concurrence sur le marché ; du point de vue de cette politique le consommateur est un bénéficiaire indirect des conséquences qui découlent de la concurrence entre les agents économiques dans un marché en particulier, lesquels respectent les règles en matière de la concurrence.

33. Toutefois, ainsi que cela a été mentionné auparavant, il faut remarquer que pour la politique de la concurrence ça ne signifie pas une diminution de l'importance du consommateur. En effet, lorsqu'on envisage un remède possible à une pratique anticoncurrentielle, on préférera celui qui bénéficie le plus au consommateur, sans nuire à l'efficacité économique et aux droits légitimes de tous les agents économiques qui y participent, mais en donnant la préférence à la génération de valeur ajoutée par toute la chaîne de production.

34. Ainsi, la politique de la concurrence est chargée de protéger, de garantir et de rétablir les conditions de la concurrence sur le marché et son efficacité économique, ce qui, de manière indirecte, bénéficie aux consommateurs.

35. Cependant, la relation entre les deux institutions de l'Etat (la SC et l'ADC) est fondamentale et nécessaire dans leurs rôles respectifs. Comme l'on peut le comprendre à la simple lecture des dispositions légales, la SC a été mal intégrée dans le système de protection du consommateur, puisqu'au titre des affaires de la compétence de la SC il ne lui appartient pas de veiller sur un plan sectoriel au respect des droits des consommateurs ou de superviser les entreprises qui opèrent avec la population. Le but et

l'objectif ultime de la SC est au-delà de cela, il s'agit de l'efficacité économique et du bien-être du consommateur, entendu dans une chaîne de valeur.

36. On peut considérer que l'ADC est aussi un agent économique aux termes de la LCon, et qu'elle doit donc déposer des plaintes en satisfaisant toutes les conditions définies par la LCon et pas simplement en se fondant sur une simple suspicion de l'existence de pratiques anticoncurrentielles et abusives, en application de l'article 42 de la loi mentionnée ci-dessus.

37. Par ailleurs, il est important de souligner que conceptuellement la politique de la concurrence est un pilier pour l'établissement d'une saine concurrence sur les différents marchés : elle est un moyen de garantir le développement économique et social du pays, ainsi que la défense de l'intérêt des consommateurs, en prévenant et en éliminant les pratiques anticoncurrentielles et en rendant ainsi l'économie plus compétitive et efficace, en promouvant la transparence et l'accès au marché, et en renforçant le dynamisme et la croissance pour le bénéfice des consommateurs.

38. Dans ce sens, pour contribuer au développement de la concurrence et à la compétitivité des activités productives, aussi bien sur le marché intérieur qu'à l'exportation, il est nécessaire de se fonder sur un cadre clair et transparent d'action qui empêche les barrières artificielles aux opérations des acteurs économiques.

39. A ce propos, il est important, outre l'adoption d'une loi de la concurrence, de mettre aussi en application une politique de la concurrence qui permette l'identification et la suppression des accords anticoncurrentiels et des abus de position dominante ; il est également important d'avoir des outils flexibles pour contrôler les concentrations économiques et les fusions et qui permettent d'accroître une saine concurrence, l'augmentation des investissements et favorisent l'adoption volontaire de bonnes pratiques commerciales pour promouvoir l'efficacité économique.

40. Bref, dans les politiques d'un pays, la loi sur la concurrence et la loi sur la protection des consommateurs exercent un rôle déterminant pour l'établissement des règles du jeu qui servent de référence pour élaborer d'autres politiques économiques et sociales à la base du développement du pays. Néanmoins, les autorités de la concurrence et celles en charge des consommateurs doivent conjuguer leurs efforts pour atteindre, dans leurs cadres juridiques respectifs, leurs propres objectifs tels que fixés par la loi, tout en respectant les sphères d'action et les attributions de chacune.

41. Il reste encore des mesures à prendre pour la consolidation d'une culture de la concurrence, comme la signature d'accords de coopération et de coordination avec l'ADC. En effet, en tant qu'agent économique, l'ADC peut fortement contribuer à une meilleure application de la LCon. Elle peut aussi aider à faire mieux comprendre à la société en générale que le marché est un bien, un réel standard de vie et de développement et non pas un simple concept économique.







**CONTRIBUTION FROM  
THE EUROPEAN COMMISSION**

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- European Commission --<sup>(\*)</sup>

### 1. Introduction

1. Both competition policy and consumer policy play a central part in meeting core EU goals. They play a key part in the EU's "Lisbon strategy" to improve the competitiveness of the EU but also to seek to improve the day to day life of citizens, in their role as consumers. Consumer protection policy deals with the behaviour of economic operators in their direct contacts with consumers, and competition policy deals with the relations of economic operators with each other (e.g. mergers, cartels).

2. The EC Treaty set down the "principle of an open market economy with free competition". Competition stimulates innovation, encourages companies to provide to consumers products and services that consumers want, and pushes down prices. It rewards firms offering lower prices, better quality, new products, and greater choice.

3. However, while competition is necessary to deliver consumer welfare and competitiveness, it is not sufficient. Competition policy is effective at tackling market problems that arise from agreements or collusion between undertakings, mergers, and an abuse of a dominant position by an operator. It does not seek to tackle operators who apply, individually or collectively, commercial practices which adversely affect consumer choice and welfare, in other ways than agreements, collusion, mergers or abuse of a dominant position. Such practices (misleading or aggressive advertising, complex pricing or unfair contracts terms) when they are industry-wide or adopted by non dominant firms, can only be tackled by consumer policy instruments. These failures cannot be addressed by competition policy but can be equally harmful to both competition and consumers.

4. Despite the difference in their field of operation and type of remedies, it is essential for competition and consumer protection policy to operate in a complementary and mutually enhancing way, in the interest of the EU's consumers and its international competitiveness.

### 2. Complementary application of competition and consumer policy

5. Although they tackle different types of market failure, the complementarity of both policies in enhancing competition and consumer welfare has been shown in a number of recent examples, which fall neatly into the category of competition or consumer policy. For example:

- Regarding cartels, in the six-year period 2002-2007 (to 5 December 2007), the Commission imposed over €7 billion euros of fines on over 235 different companies involved in 39 different cartels in sectors such as beer, glass, elevators, plasterboard, and synthetic rubber<sup>1</sup>. Hard-core cartels, including those on wholesale markets, have a direct and clear effect on consumers. In

---

<sup>(\*)</sup> Joint paper of Directorates-General for Competition and for Health and Consumer Protection.

<sup>1</sup> <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

merger cases handled by the Commission, consumer-related issues are often central to the evaluation. For example, a number of mergers in the banking sector involved switching costs as a central part of the analysis.

- Recent EU consumer protection measures will also enhance competition in the retail sector. For example, the Directive on Unfair Commercial Practices which came into force on 12 December 2007<sup>2</sup> will enhance competition on the merits and real choice by banning unfair practices such as misleading advertising. More importantly it will enhance competition by facilitating cross-border advertising in the EU, deepening competition in the retail economy.
- On enforcement of consumer legislation, in September 2007 the Commission has coordinated the first EU "Sweep" on websites selling air tickets. Member States carried out a simultaneous and coordinated check of websites to investigate breaches of consumer protection law and initiated further enforcement actions when it was necessary. Many companies adopted voluntary measures changing their sites while in other cases agencies had to use their enforcement powers. This action was conducted in the framework of the Consumer Protection Cooperation Regulation<sup>3</sup> and it strengthened competition by forcing companies to abolish deceptive practices providing unfair advantage for them over honest traders.

6. However, where market failures clearly exist which do not fall neatly into the traditional areas of intervention of competition and consumer protection rules, a cross-category approach is needed. The position of the Commission as a supra-national body, places it in a position to evaluate sectors as a whole and determine subsequently which response is appropriate, be it investigations under competition rules, enforcement of consumer legislation, EU-level regulatory proposals or others measures like promoting information or self-regulation codes. For example:

- Cross-border payments in the euro zone are the subject of a Regulation adopted in 2001<sup>4</sup>, laying down that cross-border payments of up to €50,000 within the euro zone, should not be charged at a price higher than the price charged for an equivalent payment domestically. Since its adoption fees for cross-border inter-bank money transfers have fallen considerably, from 24 euro in 2002 to 2.50 euro in 2006 for a payment of 100 euro<sup>5</sup>. Regarding cross-border credit card payments, the Commission in December 2007 decided that the way in which MasterCard applies "interchange fees" for cross-border payments in the European Economic Area violates the EC Treaty rules on restrictive business practices; this will likely have the effect of reducing the fees paid by retailers for credit card acceptance, and competition between retailers should ensure that this reduction is passed on to consumers<sup>6</sup>.
- In car retailing the Commission has actively brought cases, with increasingly high fines, against car manufactures who agree with or pressurise dealers not to accept purchases from residents of

---

<sup>2</sup> Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 (Official Journal L149/22)

<sup>3</sup> Regulation (EC) N. 2006/2004 of 27 October 2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (the Regulation on consumer protection cooperation).

<sup>4</sup> Regulation 2560/2001, which entered into force on 1 July 2002 for payment card transactions and withdrawals from cash machines and 1 July 2003 for credit transfers.

<sup>5</sup> See Commission press release IP/07/32 of 11 January 2007.

<sup>6</sup> Decision of 19 December 2007. See press release IP/07/1959

other Member States (for example, a fine of €43 million on Opel Nederland in 2000<sup>7</sup>). The latest Block Exemption Regulation for car distribution, in force since 2003, no longer authorises certain restrictive practices which were previously exempted. Furthermore, the Commission has published a six-monthly car price report since 1992. Since 1992, price differentials for motor vehicles, and absolute prices, have progressively fallen in the EU.

### **3. Current and future measures to improve complementarity between competition and consumer policy**

7. Competition and consumer policy at EU level differ substantially as to their enforcement structures.

8. Regarding *competition policy*, the Commission has enforcement powers enforcing articles 81 and 82 of the Treaty (which prohibit anti-competitive agreements between undertakings and abuses of a dominant position) but only as regards restrictions of competition with a cross-border effect ("effect on trade between Member States"). It does not however have an enforcement monopoly regarding articles 81 and 82 of the Treaty, as the national competition authorities of the EU member states can also apply those articles of EU law themselves<sup>8</sup>.

9. This shared enforcement task requires co-ordination, regarding case allocation, and interpretation of the law. For this reasons, the European Competition Network was created in 2004. The EU Commission and competition authorities from EU member states cooperate with each other through the ECN by: informing each other of new cases and envisaged enforcement decisions; coordinating investigations, where necessary; helping each other with investigations; exchanging evidence and other information; and discussing various issues of common interest. This Network focuses in particular cross-border business practices which restrict competition and aims at effective and consistent application of Community competition laws. In the cross-border cases, it is decided within the Network to whom the case should be allocated.

10. The structure of enforcement of the EU *consumer policy* is essentially different. The Commission has a monitoring and co-ordination role, but no enforcement powers. The enforcement of consumer law is the responsibility of the Member States. The Consumer Protection Co-operation Regulation<sup>9</sup> provides coordination and facilitation of enforcement. As well as requirements to cooperate in cross-border cases, the competent national authorities are encouraged to coordinate their enforcement actions especially in cases when consumer rights are infringed in numerous Member States. The co-operation concerns, besides exchange of information (in particular on complaints), training and exchanging officials.

11. There is also co-operation between consultative bodies for competition policy and consumer policy. The European Consumers Consultative Group, composed of the representatives of national and EU consumer organizations has a sub-group to examine competition policy.

12. The Commission's contribution to the preparation of the OECD Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress was formed thanks to the close co-operation of the Competition and the Health and Consumer Protection Directorates General.

<sup>7</sup> See press release IP/00/1028 of 29/9/2000.

<sup>8</sup> Regarding restrictions of competition on their territory which do not affect trade between EN member States, they apply national competition law.

<sup>9</sup> Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 (Official Journal L364/1)

13. Co-operation between both policies at EU level seems likely only to grow. The Commission's recent Communication on the single market for 21<sup>st</sup> century in Europe<sup>10</sup> underlined that the single market needs to deliver more results for citizens, consumers and SMEs. As well as putting a strong emphasis on enforcement of all EU policies, it also highlighted the need to develop further an outcome and evidence-based approach to the single market. A process to monitor and screen markets for market malfunctioning has been established. Screened markets should then be studied in greater depth.

14. The review also underlined the need for a greater focus on evidence and outcomes from a consumer perspective. To that end, it has recently adopted a Consumer Markets Scoreboard. The Scoreboard sets in place a process to gather data on consumer markets on prices, complaints, switching, satisfaction, safety that will enable consumer markets to be effectively screened for malfunctioning.

15. In time these new monitoring and analysis processes will enlarge the areas for co-operation between both policies. Work on price comparison of products across the EU may indicate competition problems. Switching indicators may also indicate competition or consumer policy problems. Not all of this co-operation will take place at EU level. Monitoring and analysis at EU level may indicate problems in either policy area at national level. At a time of rising retail food prices, recent action by both UK and Greek competition authorities in the dairy sector show the potential for co-operation in analysis and market comparison.

16. A further area where greater co-operation seems likely between both policy areas at both national and EU level is in developing work on behavioural economics. The new research offers interesting insights into consumer policy but also competition policy in relation to retail markets. The Commission is therefore actively participating in the OECD work to make behavioural economics operationally useful for policymakers and enforcers.

---

<sup>10</sup> A single market for 21<sup>st</sup> century Europe (COM(2007) 724 final of 20.11.2007)





## **CONTRIBUTION FROM FRANCE**

**[TEMPORARY TRANSLATION]**

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- France --<sup>(\*)</sup>

1. The General Directorate for Fair Trading, Consumer Affairs and Fraud Control (DGCCRF) welcomes the holding of this Global Forum. The DGCCRF is responsible for regulating and safeguarding trade in goods and services. In this context, it takes action to regulate competition in the markets and to provide economic protection and safeguards to consumers.

### **1. The synergies between competition policies and consumer protection as developed in economic theory**

2. General equilibrium models show that competition between suppliers leads to an optimal allocation of resources to consumers, provided that those consumers are able to appreciate correctly the characteristics of the goods and suppliers acting independently of each other in the market.

3. Thus, the principal objective of competition policy is to preserve and promote competition as a means of ensuring an efficient allocation of resources in the economy, giving the best possible choice in terms of quality at the lowest possible price and consumer-oriented supply.

4. Ensuring a high degree of competition is the way to attain this objective.

5. Competition policy is proactive in its desire to promote consumers' interests in the market while consumer protection policy rather lays stress on a reactive programme to protect the consumer and provide a means of remedy against abuses. Competition policy, which applies to all sectors, chiefly seeks to ensure an adequate level of competition in markets by combating cartels or anti-competitive agreements, abuses of dominant position and concentrations which would be a significant obstacle to effective competition, in order to allow consumers to buy high quality goods or services at market prices. Consumer policy, on the other hand, deals with any problems encountered by consumers.

6. An effective competition policy reduces barriers to entry to the market and creates a business-friendly environment. However, competition policy does not necessarily guarantee that everyone has access to basic needs. This is particularly likely to be true of public services, some segments of which are natural monopolies (telecommunications, postal services, electricity, gas, railways). Government intervention is then necessary. Historically, these services have been provided in France by state monopolies. Nowadays, with the opening up to competition, sectoral regulators play a major role in guaranteeing the right to basic services. For example, they impose universal service obligations on suppliers requiring them to provide services to people on low incomes at a reasonable price, even where that results in losses in those segments<sup>1</sup>.

---

<sup>(\*)</sup> Note by the French Delegation, General Directorate for Competition Policy, Consumer Affairs and Fraud Control (DGCCRF)

<sup>1</sup> Losses which are offset by various mechanisms, such as state subsidies or tariff equalisation with profitable segments.



7. This shows clearly that market economic theory does not have to mean a uniform competition policy and that the policy would be condemned to remain incomplete in terms of impact and results in the absence of an effective consumer protection system.

## 2. Synergies between competition law and consumer protection in practice

### 2.1 *An economic approach*

8. Practitioners are currently engaged in a debate on the question of whether competition policy should tend to improve the consumer surplus or the global surplus. France has lined up with the partisans of the consumer surplus, although some business associations often object that an excessively strict application of competition law can be an obstacle to the formation of powerful groups able to withstand global competition and finance research and development programmes. The pursuit of the consumer surplus is reflected in the following provisions:

- article L. 464-1 of the Commercial Code on protection measures makes express reference to consumers' interests;
- the Competition Council considers the impact of prices among factors which can damage the economy. In the case of retail prices, the Council takes account of the financial impact of the practice on the final consumer, in particular when the good is essential and when it represents a significant part of the household budget. It did so, for example, in the following cases: mortgages (00-D-28), Marne bakers (04-D-07), mobile telephony (05-D-65). Many cases of agreements, however, concern intermediate markets (recent examples: electric cables 07-D-26, industrial processing of work clothing 07-D-21, doors 06-D-09) or invitations to tender where the buyer is often the State or a local authority. In these cases, it is generally impossible up front to determine the impact on retail prices applied to final consumers by the businesses or public bodies affected. However, the distortion of intermediate prices impairs the productive efficiency of the economy,
- the consumer surplus (intermediate or final), of course, does not depend on price alone, but also on the quality and diversity of products and business innovation. These aspects can be affected by anti-competitive practices, especially those which have the effect of excluding or punishing effective competition. In this regard, it may be recalled that certain types of eviction can benefit consumers in the short run, but harm them in the longer run. This means striving for a better balance between different time horizons,
- the majority of cases referred to the Competition Council by the Minister concern final consumption sectors, especially agreements between suppliers and retailers to fix the retail price;
- analysis of concentrations focuses on the risk of an excessive concentration of the market which would lead to an increase in prices to consumers or a reduction in the quantity or quality of the supply. Efficiencies are only taken into account if they benefit consumers.

9. Competition is beneficial for consumers when they can use all the information necessary to make an informed choice. In practice, information is frequently asymmetrical to the detriment of the consumer and both the consumer surplus and the global surplus are then reduced, even if the competition is operating properly.

10. In this regard, consumer goods are usually classified into three categories:

- “search goods”: the consumer can ascertain the characteristics and quality by examining the good;
- “experience goods”: the quality can only be known after purchase;
- “confidence goods”: the seller knows better than the buyer the quality that the latter needs (the seller is more expert than the consumer).

11. The French Government deals with these problems of asymmetry in different ways. Thus, taxi fares are regulated, estate agents or funeral directors have to provide precise information on the content of contracts, and in 2005 the Government required the banks to conclude an agreement on the abolition of account transfer fees.

12. The DGCCRF monitors the application of these regulations or agreements. It also provides consumers with a number of information tools (brochures, websites, etc.) to advise them and allow them to reduce the information asymmetry.

## 2.2 *A legal approach*

13. The consumer is the chief actor in competition. He compares the prices and quality of goods and numerous formal obligations are required of businesses so that the consumer can make his choice as efficiently as possible. The consumer may thus come to discover breaches of competition or consumer law. It is essential that he can then refer such breaches to the courts without difficulty.

1. Consumers’ associations can apply to the Competition Council. The following examples are worth mentioning:
  - the UFC (one of the largest consumers’ associations) was behind the case which led the Competition Council, which also acted on its own initiative, to impose a fine for price-fixing of 534 million euros on mobile telephone operators in 2005,
  - the same association filed a case of abuse of dominant position in the water supply sector with the Competition Council which, it alleged, resulted in a higher price of drinking water,
  - the CLCV (another important association) sought the advice of the Competition Council on whether a universal service could be instituted in the banking sector without infringing competition law.
2. Consumers’ associations can file criminal or contractual proceedings on behalf of a group of consumers (the association then receives the money paid by the supplier) and can obtain compensation for damages suffered on behalf of consumers. In this sense, the civil action is an effective complement to official action by the competition authorities. The potential of a claim for damages, on top of a fine imposed for the offence, has a dissuasive effect for businesses. A business which might contemplate entering into a price-fixing agreement or abusing its dominant position would have to take into account the risk of having to pay civil damages as well as an administrative penalty.

14. France welcomed the publication by the European Commission of a Green Paper on civil actions which lists the chief obstacles to the pursuit of such actions:

- the need to provide evidence of illegal practices,
- the assessment of damages,

- the capacity of businesses to charge the damages to other entities without that being a punishable offence,
- the difficulty of setting up a class action.

15. The French Government is taking steps to remove these obstacles.

16. In this regard, French law provides that judges can ask the DGCCRF for any record or investigation report that they see relevant to the proceedings (article L.470-5 of the Commercial Code). Similarly, the Competition Council can ask judges to communicate matters relevant to the administrative action.

17. Consumers' associations do not yet have the capacity to file class actions, but the French Government has been working on this. Three options have been suggested:

- improvement of the current system,
- the creation of a new legal procedure allowing consumers to join an action already filed by another consumer to obtain redress,
- the introduction in France of the system of class action used in Quebec or the United States with an "*opt-out*" mechanism.

### 2.3 *An administrative approach*

18. The interaction between competition and consumer protection can often be complex and there are sound arguments for setting the two policies in an integrated framework. This option was adopted by France, within the limits of the principle of the right to defence which requires separation of the investigative body and the judges.

19. Although the legal powers of officials differ depending on whether they are investigating into competition or consumer matters, links and simplifications are being developed. For example, settlement and plea-bargain type procedures were recently introduced both for consumer protection and anti-competitive practices, which enhances the efficiency of administrative action and speeds up claims. It is important to note that both French competition authorities can, within their jurisdiction, propose an arrangement to a business in the context of consumer protection and competition policy.

20. The integration of the two policies is not merely window-dressing but an on-going commitment. For example:

- surveys into both aspects are carried out in economic sectors declared as priorities by the National Orientation Directive following consultation with the National Consumer Council. In 2008, the priorities cover several sectors where the two aspects, competition and consumption, are examined: energy and sustainable development, the digital economy, home services, real estate and housing.
- the targeting methods to discourage anti-competitive practices take account of the structure and pattern of consumer prices,
- quality standards are monitored to ensure that very costly standards do not lead to the eviction of too many small businesses,

- a ban on marketing of a product takes into account the risk that a supplier has to cease his activity and withdraw from the market.

21. Supervision of the market requires the same professional skills for both tasks. Investigators who detect a breach of consumer law in the course of a competition investigation can issue a summons after informing the business of the nature of the offence. Proportionate implementation of consumer law requires proper evaluation of the economic circumstances of the business which has broken the law. The market analysis is the same for competition and consumption.

22. Examination of accounting documents or computer audits may be used to uncover anti-competitive practices as well as to provide evidence of fraud relating to the quality of goods. There is now a common internal database which contains the results of all checks. Knowing the specific profile of a business can be useful to the competition authorities since an operator who has breached the economic rules on one point may be tempted to do the same with others.

#### **2.4 A political approach**

23. While over 80% of French people think that competition is good for consumers (CREDOC, consumer survey January 2005), some still express a degree of distrust about competition.

24. To assuage this distrust and a degree of conservatism, the DGCCRF needs to educate consumers and their associations by showing the contribution of competition in electronic communications (innovation, lower prices, more choice) or air transport, for example.

25. The DGCCRF is committed to promoting competition among the public and consumer associations can be of great help to us in this task. However, that is not always the case:

in August 2005 and recently, legislation on loss-leading was amended to allow distributors to deduct a significant part of the value of the services that they invoice to their suppliers. Consumers' associations did not specifically endorse these new measures although the purpose was to lower retail prices.

26. In 2005, the improvement of the functioning of the National Consumer Council marked an important step forward, allowing it to make more practical recommendations more quickly to the Government. To strengthen the capacity of consumers' associations, the DGCCRF wants to improve the organisation of the consumer movement. There are 18 organisations, but only 2 or 3 have the critical mass to influence competition and consumer policy, develop expertise and engage in lobbying activities.

27. The DGCCRF is also raising awareness among other competition authorities and is endeavouring to limit the restrictive impact of some regulations by influencing the inter-ministerial debate. It also exercises constant pressure in favour of opening certain regulated professions to competition and has succeeded in persuading professionals that progressive liberalisation is in their interests. Furthermore, the DGCCRF has set up a training programme on competition law for senior civil servants and show them how it should be implemented for the benefit of consumers and the French economy.

## ANNEX

1. ***How does consumer policy interact with competition policy in your country, if at all? Can you give examples where they have conflicted? Where have they been complementary?***

Cf. reply above.

The Consumer Confidence and Protection Act of 28 January 2005 is a good example of the complementarity of these two policies. In the case of fixed-term contracts renewable by tacit agreement, this law makes the renewal of the contractual relationship subject to fulfilment of an obligation to inform imposed on the professional. Failure to fulfil this obligation results in the conversion of the contract to an indefinite term and allows the consumer to cancel it unilaterally at any time. While protecting the consumer, these provisions encourage competition. The consumer can free himself from the contract, despite the renewal by tacit agreement clause, if the obligation to inform has not been fulfilled and this can create competition between the various professionals operating in the market.

The Act of 3 January 2008 on the development of competition in the service of consumers provides new guarantees to holders of electronic communications contracts and bank customers to make it easier to switch contracts.

2. ***What do you feel are the benefits and drawbacks to your own country's choice of "dual-function" or "separate agencies" for handling competition and consumer policy?***

Cf. reply above.

3. ***Has your country required that "no frills" versions of complicated products be offered, to help vulnerable consumers? If so, who provided the product and how was its supply enforced? What was the effect on competition, if any?***

The authorities have not asked that "no frills" products or services should be offered to vulnerable consumers but they have introduced measures aimed at these consumers in the banking sector.

The right to a bank account

In the banking sector, a right to an account was introduced for vulnerable consumers by the Act of 29 July 1998. Under article L. 312-1 of the Monetary and Financial Code, the Act provides the right of any natural or legal person resident in France, who does not have a deposit account, to open such an account in a bank of his choice or at the Post Office.

Decree No. 2001-45 of 17 January 2001, adopted in application of article L. 312-1 of the Monetary and Financial Code, lists basic banking services and establishes the principle that they should be free to persons benefiting from the right to an account procedure.

These services are:

- opening, maintaining and closing the account;
- one change of address per year;
- delivery on request of bank or post office bank identification forms;
- domiciliation of bank or post office transfers;
- monthly bank statement;
- cash transactions;
- banking of cheques and bank or post office transfers;
- cash deposits and withdrawals at the bank holding the account;
- payments by direct debit, interbank payment order or bank or post office transfer;
- means of remote consultation of the account balance;
- an automatic authorised payment card, if the bank is able to issue it or, failing that, a cash card allowing weekly withdrawals from cashpoints in the bank;
- two bank cheques per month or equivalent means of payment providing the same services.

In 2006, the Banque de France arranged the opening of 30,460 accounts under the right to an account. Although this figure is constantly rising, it is not enough to have a significant effect on the market. The provision allows France to have one of the highest rates of bank account-holders in Europe (over 98%).

The right to an account does not apply to people who have already been refused a deposit account by a bank. It is not a universal basic service which should be offered by all banks. Following an application by the Consumer, Housing and Lifestyle Federation (CLCV), the Competition Council pronounced in its Opinion No. 05-A-08 on the conditions in which a basic banking service might be envisaged. It considered that a universal service in the banking sector, which would limit banking exclusion (exclusion of access and exclusion of use) was not inherently incompatible with competition rules, but care would be needed to ensure that the mechanisms for selection of operators and financing did not create distortions in competition in the banking market.

**4. *Can you identify areas where a better convergence of both competition and consumer policies globally would be beneficial?***

As indicated in the main text of the contribution, strengthening civil action by consumers would allow better convergence of the two policies.

**5. *Can you provide examples of sectors or products where an increased international cooperation between competition authorities and consumers representatives could render the markets more competitive while ensuring an adequate protection of consumers around the globe?***

- Electronic commerce, and especially on-line advertising, need considerable international cooperation. On-line advertising is showing sustained growth. France is the most dynamic European market for sponsored links with growth of 35% in 2006. The challenge is such that international and national initiatives have proliferated. Technical, economic and legal developments have led to serious adjustments in regulatory and monitoring bodies. The French authorities have shown themselves to be extremely responsive to the prospect of development of electronic commerce and recent years have been marked by a series of actions providing both a framework and a content to discussions of the development of the information society. The DGCCRF is well placed to consider the development of new economic sectors and, accordingly, new consumer demands thanks, in particular, to the Electronic Commerce Surveillance Centre (CSCE), created in November 2000. This mechanism was complemented in 2001 by a monitoring and control network which gives the DGCCRF a presence in the world of the Internet.

- Combating brand counterfeiting also requires increased cooperation. Counterfeiting causes major disruptions to the economic order. It distorts the play of free competition, deceives consumers and can endanger their safety, it steals know-how, wipes out businesses and causes the loss of many jobs. Counterfeiting accounts for 10% of world trade, or 200 to 300 billion euros lost to the global economy, of which 6 billion to France. Apart from its direct impact on investment in R & D, the impoverishment of creation, and destruction of jobs, counterfeiting also imperils the safety and health of consumers due to the fact that the copied products do not comply with production and safety standards. The DGCCRF has jurisdiction over brand counterfeiting, which is an offence liable to three years imprisonment and a fine of €300,000 in the case of possessing, importing, offering for sale, sale of goods presented under a counterfeit brand, reproduction, imitation, use of a brand in violation of the rights conferred by registration and four years imprisonment and a fine of €400,000 (article L. 716-9 of the Commercial Code) for persons who engage, in particular, in the import and industrial production of such goods, with a view to selling, supplying, offering for sale or renting goods presented under a counterfeit brand.







## CONTRIBUTION DE LA FRANCE

## L'INTERACTION ENTRE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET LA POLITIQUE A L'EGARD DES CONSOMMATEURS

-- France --<sup>(\*)</sup>

1. La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes se réjouit de l'organisation de cette table ronde. La DGCCRF exerce une mission de régulation et sécurisation des échanges de biens et services. Dans ce cadre, elle intervient à la fois en matière de régulation concurrentielle des marchés et pour assurer la protection économique et la sécurité des consommateurs.

### **1. Les synergies entre politique de la concurrence et protection du consommateur telles qu'elles sont développées dans la théorie économique**

2. Les modèles d'équilibre général montrent que la concurrence entre fournisseurs conduit à l'allocation optimale des ressources pour les demandeurs, à condition que ces demandeurs soient capables d'apprécier correctement les caractéristiques des biens et des offreurs en agissant indépendamment les uns des autres sur le marché.

3. Ainsi, l'objectif principal de la politique de la concurrence est de préserver et de promouvoir la concurrence comme un moyen d'assurer une allocation efficace des ressources dans l'économie, ce dont il résulte le meilleur choix possible en terme de qualité aux prix les plus bas possibles et des offres adaptées pour le consommateur.

4. Garantir un haut degré de concurrence est le moyen d'atteindre cet objectif.

5. La politique de la concurrence est proactive dans sa volonté de promouvoir l'intérêt du consommateur sur le marché alors que la politique de protection du consommateur met davantage en avant un programme réactif afin de protéger le consommateur et de fournir une voie de réparation contre les abus. La politique de la concurrence, qui s'applique à tous les secteurs, vise principalement à assurer un fonctionnement suffisamment concurrentiel des marchés, en luttant contre les cartels ou les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante et les concentrations qui se traduiraient par une entrave significative à une concurrence effective, afin de permettre au consommateur d'acheter des biens ou services de qualité à des prix de marché tandis que la politique de consommation traite de tout problème rencontré par les consommateurs.

6. Une politique de la concurrence efficace réduit les barrières à l'entrée sur le marché et crée un environnement favorable aux affaires. Cependant, la politique de la concurrence ne garantit pas nécessairement l'accès de chacun aux besoins élémentaires. Ce peut être en particulier le cas pour des services publics, dont certains segments constituent des monopoles naturels (télécommunications, postes, électricité, gaz, chemin de fer) : une intervention publique est alors nécessaire. Historiquement, ces services ont été rendus en France par des monopoles publics. Aujourd'hui, avec l'ouverture à la

---

(\*) Note de la Délégation française, Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)

concurrence, les régulateurs sectoriels jouent un rôle majeur en garantissant le droit aux services de base. Ils imposent par exemple des obligations de service universel aux fournisseurs afin que ceux-ci soient dans l'obligation de fournir des services aux personnes aux revenus bas à un prix raisonnable, quitte à réaliser des pertes sur ces segments <sup>1</sup>.

7. Cela montre bien que la théorie économique du marché ne doit pas conduire à une politique de la concurrence uniforme et que cette politique serait vouée à demeurer incomplète en terme d'impact et de résultats en l'absence d'un régime de protection effective du consommateur.

## **2. Les synergies entre le droit de la concurrence et la protection du consommateur dans la pratique**

### **2.1 Une approche économique**

8. Un débat est en cours entre les praticiens sur la question de savoir si la politique de la concurrence doit tendre à améliorer le surplus du consommateur ou le surplus global. La France s'est rangé du côté des partisans du surplus du consommateur, bien que certaines associations d'entreprises objectent souvent qu'une application trop sévère du droit de la concurrence peut être un obstacle à la constitution de groupes puissants capables de soutenir la concurrence mondiale et de financer des programmes de recherche et développement. Cette recherche du surplus du consommateur se manifeste par les dispositifs suivants :

- l'article L. 464-1 du code de commerce sur les mesures conservatoires fait expressément référence aux intérêts des consommateurs ;
- le Conseil de la concurrence considère l'impact sur les prix parmi les éléments qui déterminent le dommage à l'économie.. Lorsqu'il s'agit de prix de détail, le Conseil tient compte de l'impact financier de la pratique sur les consommateurs finals, en particulier lorsque le bien est indispensable et lorsqu'il représente une part importante du budget des ménages. Il l'a fait, par exemple, dans les affaires suivantes : crédits immobiliers (00-D-28), boulangers de la Marne (04-D-07), téléphonie mobile (05-D-65). Mais de nombreuses affaires d'entente concernent des marchés intermédiaires (exemples récents : câbles électriques 07-D-26, traitement industriel du linge professionnel 07-D-21, portes 06-D-09) ou des marchés d'appel d'offres pour lesquels l'acheteur est souvent l'Etat ou une collectivité locale. Dans ces cas, il est généralement impossible de déterminer l'impact sur les prix de détail pratiqués, en aval, par les entreprises ou organismes publics victimes auprès des consommateurs finaux. Cependant, la distorsion des prix intermédiaires éloigne l'économie de l'efficacité productive,
- Pour mémoire, le surplus des consommateurs (intermédiaires ou finals) ne dépend pas seulement des prix, mais aussi de la qualité et de la diversité des produits, de l'innovation des entreprises. Ces éléments peuvent être affectés par des pratiques anticoncurrentielles, notamment celles qui ont pour effet d'exclure ou de discipliner des concurrents efficaces. A cet égard, on peut rappeler que certaines pratiques d'éviction peuvent bénéficier aux consommateurs à court terme, mais leur nuire à plus long terme, ce qui implique la recherche du meilleur équilibre entre les divers horizons temporels,

---

<sup>1</sup> Pertes qui sont compensées par différents mécanismes, comme des subventions publiques ou une péréquation tarifaire avec les segments rentables.

- la plupart des saisines du Conseil de la concurrence par le Ministre portent sur des secteurs de consommation finale, et notamment sur des ententes entre fournisseurs et détaillants pour la fixation de prix au détail ;
- l'analyse des concentrations se focalise sur le risque d'une concentration excessive du marché qui conduirait à une augmentation des prix pour les consommateurs ou à une réduction quantitative ou qualitative de l'offre, les efficiences ne sont prises en compte que si elles bénéficient aux consommateurs.

9. La concurrence est bénéfique pour le consommateur lorsqu'il peut utiliser toutes les informations nécessaires pour faire un choix cohérent. En pratique, les asymétries d'information au détriment du consommateur sont fréquentes et le surplus du consommateur tout comme le surplus global sont alors réduits, même si la concurrence fonctionne correctement.

10. A cet égard, les biens de consommation sont usuellement classés en trois catégories :

- les « biens de recherche » : le consommateur peut connaître les caractéristiques et la qualité en inspectant le bien ;
- les « biens d'expérience » : la qualité ne peut être connue qu'après l'achat ;
- les « biens de confiance » : le vendeur connaît mieux que l'acheteur la qualité dont ce dernier a besoin (le vendeur est plus expert que le consommateur).

11. Le gouvernement français traite de ces problèmes d'asymétrie de différentes façons : ainsi, les prix des taxis sont réglementés, les agents immobiliers ou les opérateurs de pompes funèbres ont à fournir une information précise sur le contenu des contrats, les pouvoirs publics ont amené les banques à conclure un accord en 2005 pour la suppression des frais de transfert de comptes.

12. La DGCCRF contrôle l'application de ces règlements ou de ces accords ; elle met également des nombreux outils d'information à disposition des consommateurs (brochures, sites internet, etc.) afin de conseiller le consommateur et de lui permettre de réduire l'asymétrie d'information.

## **2.2 Une approche légale**

13. Le consommateur est l'acteur principal de la concurrence : il compare les prix et la qualité des biens et de nombreuses obligations formelles sont requises par les entreprises afin que le consommateur puisse exercer son choix de la façon la plus efficace. Le consommateur peut être ainsi amené à découvrir des infractions au droit de la concurrence ou de la consommation. Il est indispensable qu'il puisse alors saisir sans difficulté un tribunal de ces agissements.

1. Les associations de consommateurs peuvent saisir le Conseil de la concurrence. On peut notamment citer les exemples suivants :
  - l'UFC (l'une des plus importantes associations de consommateurs) est à l'origine de l'affaire qui a conduit le Conseil de la concurrence, qui s'est également autosaisi, à imposer une amende pour entente de 534 millions d'euros à des opérateurs de téléphonie mobile en 2005,
  - La même association a saisi le Conseil de la concurrence d'un cas d'abus de position dominante dans le secteur de la distribution d'eau dont il résultait selon elle un prix plus élevé de l'eau potable,

- La CLCV (une autre association importante) a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence de la question de savoir si un service universel pouvait être institué dans le secteur bancaire sans enfreindre le droit de la concurrence.

2. Les associations de consommateurs peuvent engager une action délictuelle ou contractuelle au nom de l'intérêt collectif des consommateurs (l'association reçoit alors l'argent versé par le fournisseur) et elles peuvent obtenir réparation des dommages subis au nom des consommateurs. En ce sens, l'action civile est un complément efficace de l'action publique des autorités de concurrence. La potentialité d'une demande de réparation des dommages, en plus du paiement d'une amende infligée pour l'infraction, a un effet dissuasif pour les entreprises. Une entreprise qui envisagerait de conclure une entente ou d'abuser de sa position dominante devrait prendre en compte le risque de paiements au civil en plus de celui d'une sanction administrative.

14. La France a accueilli favorablement la publication par la Commission européenne d'un livre vert sur les actions civiles qui recense les obstacles principaux au développement de telles actions :

- la nécessité d'apporter la preuve des pratiques illicites,
- l'évaluation des dommages,
- la capacité des entreprises à faire supporter les dommages à d'autres entités sans que cela soit sanctionnable,
- la difficulté à mettre en place une action de groupe.

Le gouvernement français s'efforce de faire disparaître ces obstacles.

En ce sens, la loi française dispose que les juges peuvent demander à la DGCCRF tout procès-verbal ou tout rapport d'enquête qu'ils estiment utile pour la procédure (article L.470-5 du code de commerce). De la même façon, le Conseil de la concurrence peut demander aux juges la communication d'éléments utiles à l'action administrative.

Les associations de consommateurs n'ont pas encore la capacité d'engager des actions de groupe mais le gouvernement français a travaillé sur ce sujet. Trois options ont été évoquées :

- l'amélioration du système actuel,
- la création d'une nouvelle action légale permettant aux consommateurs de se joindre à une action déjà engagée par un autre consommateur pour obtenir réparation,
- l'introduction en France du système d'action de groupe en usage au Québec ou aux Etats-Unis avec un mécanisme d'"opt-out".

### 2.3 *Une approche administrative*

15. L'interaction entre concurrence et protection du consommateur peut être souvent complexe et il existe des arguments solides pour que ces deux politiques prennent place dans un cadre intégré. Cette option a été adoptée par la France – dans la limite du principe des droits de la défense qui impose une séparation entre les corps d'enquête et les formations de jugement.

16. Bien que les habilitations légales des agents soient différentes selon qu'ils enquêtent en matière de concurrence ou de consommation, des liens et des simplifications sont en cours d'élaboration. Par

exemple, des procédures de type transaction et plaider-coupable ont été récemment introduites à la fois pour la protection du consommateur et les pratiques anticoncurrentielles, ce qui accroît l'efficacité de l'action administrative et accélère les recours. Il est ainsi important de noter que les deux autorités française de concurrence peuvent, chacune en ce qui la concerne, proposer une transaction à une entreprise, dans le cadre de la protection du consommateur et dans celui de la politique de la concurrence.

17. L'intégration des deux politiques n'est pas un simple affichage mais un engagement au jour le jour. Par exemple :

- des enquêtes sur les deux aspects sont menés dans les secteurs économiques qui ont été déclarés prioritaires par la Directive Nationale d'Orientation, après consultation du Conseil National de la Consommation. En 2008, les priorités de la direction portent sur plusieurs secteurs où les deux aspects, concurrence et consommation, sont examinés : énergie et développement durable, économie numérique, services à domicile, immobilier et logement.
- les méthodes de ciblage pour dissuader les pratiques anticoncurrentielles prennent en compte la structure et l'évolution des prix à la consommation,
- les standards de qualité sont contrôlés afin d'éviter que des standards très coûteux ne conduisent à l'éviction de trop nombreuses entreprises,
- l'interdiction de commercialisation d'un produit prend en compte le risque qu'un fournisseur doive arrêter son activité et se retirer du marché.

18. La surveillance du marché requiert les mêmes compétences professionnelles pour ces deux missions. Les enquêteurs qui découvrent une infraction au droit de la consommation lors d'une enquête de concurrence peuvent rédiger un procès-verbal après avoir informé l'entreprise de la nature de l'infraction. Une mise en œuvre proportionnée du droit de la consommation nécessite une évaluation correcte des conditions économiques de l'entreprise qui a enfreint la loi. L'analyse du marché est la même en ce qui concerne la concurrence et la consommation.

19. L'examen des documents comptables ou les investigations informatiques peuvent être utilisés pour découvrir des pratiques anticoncurrentielles mais aussi pour mettre en évidence des fraudes sur la qualité des biens. Il existe désormais une base informatique interne commune qui recense les résultats de tous les contrôles. Connaître le profil spécifique d'une entreprise peut être utile pour les autorités de concurrence car un opérateur qui a enfreint la réglementation économique sur un point peut être tenté de l'enfreindre sur d'autres.

#### **2.4 Une approche politique**

20. Si les français estiment à plus de 80 % que la concurrence est bénéfique pour les consommateurs (CREDOC, enquête consommation janvier 2005), une partie de la population exprime encore une certaine méfiance vis à vis de la concurrence.

21. Pour lever cette méfiance ainsi qu'un certain nombre de conservatisme, la DGCCRF doit faire de pédagogie auprès des consommateurs et de leurs associations en mettant en évidence les apports de la concurrence en matière de communications électroniques (innovation, baisse de prix, développement de l'offre) ou de transport aérien par exemple.

22. La DGCCRF s'est engagée à promouvoir la concurrence auprès des citoyens et les associations de consommateurs peuvent nous être d'une grande utilité dans cette tâche. Cependant, tel n'est pas toujours le cas :

en août 2005 et récemment, la législation sur la revente à perte a été modifiée afin de permettre aux distributeurs de déduire une partie significative de la valeur des services qu'ils facturent à leurs fournisseurs ; les associations de consommateurs n'ont pas apporté un soutien spécifique à ces nouvelles dispositions bien qu'elles aient eu pour objet de faire baisser les prix de détail,

23. En 2005, une étape importante a été franchie avec l'amélioration du fonctionnement du Conseil national de la consommation, qui lui permet de rendre plus rapidement des recommandations plus pratiques au gouvernement. Pour renforcer la capacité d'action des associations de consommateurs; la DGCCRF souhaite améliorer l'organisation du mouvement consommériste. Il existe 18 organisations mais seules 2 ou 3 atteignent la taille critique qui permet de peser sur la politique de la concurrence et de la consommation, de développer une expertise et une activité de lobbying.

24. La DGCCRF sensibilise également les autres administrations à la concurrence et s'efforce de limiter l'impact restrictif de certaines réglementation en pesant dans le débat interministériel. Elle exerce en outre une pression permanente en faveur de l'ouverture à la concurrence de certaines professions réglementées et a réussi à convaincre les professionnels qu'ils auraient avantage à une libéralisation progressive. Par ailleurs, la DGCCRF a mis en place un programme de formation pour les hauts fonctionnaires afin de leur présenter le droit de la concurrence et la façon dont il doit être mis en œuvre au bénéfice des consommateurs et de l'économie française.

## ANNEXE

1. ***Comment la politique de protection du consommateur interagit-elle dans votre pays avec la politique de la concurrence, si elles interagissent ? Pouvez-vous donner des exemples de conflit entre ces deux politiques ? Dans quels cas se sont-elles montrées complémentaires ?***

Cf. réponse ci-avant.

La loi du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection des consommateurs constitue un bon exemple de la complémentarité de ces deux politiques. Cette loi subordonne, dans le cas de contrats à durée déterminée tacitement reconductibles, la reconduction du lien contractuel à l'exécution d'une obligation d'information imposée au professionnel. Le non-respect de cette obligation emporte une mutation du contrat, qui devient à durée indéterminée, et permet au consommateur de le résilier unilatéralement, à tout moment. En même temps qu'elles protègent le consommateur, ces dispositions stimulent le jeu de la concurrence. Le consommateur peut en effet se délier du contrat, malgré la clause de tacite reconduction, si l'obligation d'information n'a pas été remplie et peut donc mettre en concurrence les différents professionnels qui évoluent sur le marché.

La loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs apporte des garanties nouvelles aux titulaires de contrats de communications électroniques et aux clients des banques pour faciliter la mobilité des contrats.

2. ***Quels sont selon vous les bénéfices et les inconvénients du choix de votre pays pour un modèle de « fonctions duales » ou d' « agences séparées » pour traiter des politiques de concurrence et de consommation ?***

Cf. réponse ci-avant.

3. ***Votre pays a-t-il demandé que des versions simplifiées de produits compliqués soient mises sur le marché, afin d'aider les consommateurs vulnérables ? Si oui, qui était le producteur concerné et comment l'approvisionnement a-t-il été mis en œuvre ? Ces mesures ont-elles eu un effet sur la concurrence et si oui, lequel ?***

Les autorités n'ont pas demandé que des produits ou services sans option soient offerts aux consommateurs vulnérables mais elles ont mis en place des mesures à destination de ces consommateurs dans le secteur bancaire.

### *Le droit au compte bancaire*

Dans le secteur bancaire, un droit au compte a été instauré à destination des consommateurs vulnérables par la loi du 29 juillet 1998. La loi, par l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier, prévoit le droit pour toute personne physique ou morale domiciliée en France, dépourvue d'un compte de dépôt, à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix ou auprès des services financiers de La Poste.

Le décret n° 2001-45 du 17 janvier 2001 pris pour l'application de l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier a énuméré les services bancaires de base et a posé le principe de leur gratuité en faveur des personnes bénéficiant de la procédure du droit au compte.



Ces services sont :

- l'ouverture, la tenue et la clôture du compte ;
- un changement d'adresse par an ;
- la délivrance à la demande de relevés d'identité bancaire ou postale ;
- la domiciliation de virements bancaires ou postaux ;
- l'envoi mensuel d'un relevé des opérations effectuées sur le compte ;
- la réalisation des opérations de caisse ;
- l'encaissement de chèques et de virements bancaires ou postaux ;
- les dépôts et les retraits d'espèces au guichet de l'organisme teneur de compte ;
- les paiements par prélèvement, titre interbancaire de paiement ou virement bancaire ou postal ;
- des moyens de consultation à distance du solde du compte ;
- une carte de paiement à autorisation systématique, si l'établissement de crédit est en mesure de la délivrer, ou, à défaut, une carte de retrait autorisant des retraits hebdomadaires sur les distributeurs de billets de l'établissement de crédit ;
- deux formules de chèques de banque par mois ou moyens de paiement équivalents offrant les mêmes services.

En 2006, la Banque de France a fait procéder à l'ouverture de 30 460 comptes au titre du droit au compte. Même si ce chiffre croît régulièrement, il n'est pas assez important pour que la mesure ait un effet significatif sur le marché. Cette disposition permet à la France d'avoir un des taux de bancarisation les plus élevés d'Europe (plus de 98%).

Ce droit au compte ne s'applique qu'aux personnes qui se sont vues refusées préalablement l'ouverture d'un compte de dépôt par les établissements de crédits. Il ne constitue pas un service universel basique qui devrait être offert par toutes les banques. Saisi par la Confédération de la Consommation, du Logement et du Cadre de Vie (CLCV), le Conseil de la concurrence s'est prononcé dans son avis n°05-A-08 sur les conditions dans lesquelles pourrait être envisagée la mise en place d'un service bancaire de base. Il a estimé que l'instauration d'un service universel dans le secteur bancaire, qui permettrait de limiter l'exclusion bancaire (exclusion d'accès et exclusion d'usage) n'était pas en elle-même incompatible avec les règles de la concurrence mais qu'il convenait de veiller à ce que les mécanismes de sélection des opérateurs et de financement ne créent pas de distorsions dans la concurrence sur le marché bancaire

**4. *Pouvez-vous identifier des domaines où une meilleure convergence des politiques de la concurrence et de la consommation serait bénéfique ?***

Comme cela est indiqué dans le texte principal de la contribution, le renforcement de l'action civile des consommateurs permettra une plus grande convergence de ces deux politiques.

**5. *Pouvez-vous donner des exemples de secteurs ou de produits où une coopération internationale plus importante entre autorités de concurrence et représentants des consommateurs pourrait rendre les marchés plus compétitifs en assurant une protection adéquate des consommateurs dans le monde ?***

- Le commerce électronique, et particulièrement la publicité en ligne, nécessitent une coopération internationale importante. La publicité en ligne connaît une croissance très soutenue. La France est le marché européen le plus dynamique pour les liens sponsorisés avec une croissance de 35 % en 2006. L'enjeu représenté est tel que les initiatives internationales et nationales se sont multipliées ; les évolutions techniques, économiques et juridiques ont conduit à des adaptations sérieuses des organisations de régulation et de contrôle. Les pouvoirs publics français se sont montrés extrêmement réactifs à la perspective d'un développement du commerce électronique et

les dernières années ont été marquées par une série d'actions donnant à la fois un cadre et un contenu aux discours sur le développement de la société de l'information. La DGCCRF est en mesure de prendre en considération le développement de nouveaux secteurs économiques et, corrélativement, des demandes nouvelles des consommateurs grâce notamment au Centre de Surveillance du Commerce Electronique (CSCE), créé en novembre 2000. Ce dispositif a été complété en 2001 par un réseau de veille et de contrôle et permet d'assurer la présence de la DGCCRF dans le monde de l'Internet.

- Le domaine de la lutte contre la contrefaçon de marque suppose également une coopération accrue. La contrefaçon cause un trouble important à l'ordre public économique. Elle fausse le jeu de la libre concurrence, trompe le consommateur et peut mettre en danger sa sécurité, pille le savoir-faire, fait disparaître des entreprises et cause la perte de nombreux emplois. La contrefaçon représente près de 10 % du commerce mondial, soit 200 à 300 milliards d'euros de perte pour l'économie mondiale dont 6 milliards d'euros pour la France. Outre son impact direct sur les investissements de R&D, l'appauvrissement de la création, les destructions d'emplois, la contrefaçon met en danger également la sécurité et la santé des consommateurs du fait du non-respect des normes de fabrication et de sécurité des produits copiés. La DGCCRF est compétente pour la contrefaçon de marque, laquelle est un délit passible de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende en cas de détention, importation, offre de vente, vente de marchandises présentées sous une marque contrefaite, reproduction, imitation, utilisation d'une marque en violation des droits conférés par l'enregistrement et de quatre ans d'emprisonnement et 400 000 € d'amende (article L.716-9 du code de commerce) pour les personnes qui, en vue de vendre, fournir, offrir à la vente ou louer des marchandises présentées sous une marque contrefaite, se livrent notamment à l'importation et à la production industrielle de ces marchandises.



.  
.  
**7CBHF-6I HCB'6M<I B; 5FM**  
.

## FINANCIAL SECTOR INQUIRIES – A HUNGARIAN EXAMPLE ILLUSTRATING SOME OVERLAPS BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

### ROOM DOCUMENT

#### THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES OECD GLOBAL FORUM ON COMPETITION, 22.02.2008

1. This room document is to complement the oral intervention by Hungary concerning the *The Interface between Competition and Consumer Policies* item of the agenda of the Global Forum on Competition (GFC). The document deals with the Hungarian experiences that are partly related to switching. While recognising that a whole item of the GFC agenda is dedicated to switching (*High Switching Costs: A barrier to Competition and a Detriment to Consumers*), the experiences of Hungary briefly described below provide an illuminative illustration of the relation between competition policy and consumer protection.

2. In 2004-2005 the Hungarian Competition Authority (Gazdasági Versenyhivatal – GVH) has conducted a sector inquiry regarding home mortgage loans. This sector inquiry was triggered – beyond several complaints, a letter from the Parliamentary Ombudsman of Civil Rights and the increasing public concern about the effective use of government subsidies – by the fact that the level of interest rates offered by banks, the steadily growing profits and interest rate margins exceeding EU-average suggested that effective price competition might be limited.

3. The home mortgage loans market was rapidly growing during the investigated period. The expansion of the market was realized at a rather high concentration level (70% of the market was controlled by 5 market players, and 52% was in the hands of the market leader) albeit the HHI for banking groups has decreased in the investigation period. As a result of government subsidies, the market kept growing with the appearance of an increasing number of players; and as a consequence of this, competition at the home mortgage loan segment should have become more intensive. As compared to other aspects of competition, in price competition this phenomenon could hardly be noticed during the investigated period, mainly due to the effect of regulation and government subsidies. On the other hand factors, like the limited ability of consumers to make an informed choice also played an important role. As a result of the sector inquiry, the GVH made several recommendations to supervisory authorities and the Hungarian Bankers' Association (a self regulatory body). A significant portion of the proposals pointed towards the need to increase market transparency, namely that information for consumers should be made accessible in a clear and understandable way enabling them to make meaningful comparison of the various offers by the banks. The recommendations, among others, pointed out that

- banks should provide individualised information on fees for each consumers before contracting,
- in the case of government subsidised loans a simplified and more comparable fee structure should be applied,
- the APR (annual percentage rate – an indicator of total cost of credit, which had been applied for a long time elsewhere in the Hungarian financial services but were adopted only during the sector inquiry for home loans), should be refined in order to fulfil its function,
- more efforts should be done by authorities to encourage informed consumer choice by various means of consumer education and information assistance.

A further finding was the necessity to examine general terms and conditions applied by credit institutions from the aspect of whether unilateral benefits in favour of the credit institution applied in sample contracts are in accordance with specific consumer protection provisions of the civil law on unfair contractual conditions.

4. In the course of the home mortgage loan sector inquiry the GVH started to recognise that switching is a fundamental factor of competition in the financial sector. (Previously switching was considered relevant mainly from a market definition point of view, although it was acknowledged also in the competitive pressure context in car liability insurance liberalisation.) One important conclusion was that informed consumer choice, and also “physical” ability to make that choice is essential for an effective competition, and this holds not only for the original decision but also in the context of subsequent switching between financial services (which sometimes can substitute each other) or between banks (service providers), at least in the case of long term services such as a home loan or a current account.

5. This realisation coincided with the increased interest of the European Competition Network (ECN) and the OECD Competition Committee in switching. Based on the international experience gained in various ECN and OECD events and on its own results, the GVH decided to initiate in 2007 a sector inquiry dedicated to switching between retail banking products. This still ongoing inquiry focuses on current account and certain credit products, i.e. personal loans and mortgage loans. The GVH also hired market research companies to make two questionnaire-based surveys (one for switching in consumer banking and another for switching in the SME market).

6. At the current stage of the inquiry the GVH considers that the resulting recommendations will again be primarily aimed at providing or improving the necessary conditions for consumers to make an informed choice on switching (and to put consumers into the position to consider switching as an option). This is so because the preliminary findings suggest that the most important reasons of discouraged switching –especially regarding current account– are not those associated with the level of explicit and material switching cost (and also time and inconvenience) or other factors connected to the structural conditions of competition, but the disability of consumers to make an informed choice (including that their perceived or anticipated cost of switching is often much higher than actual switching cost is). The GVH will also consider whether to push forward a regulated switching regime – in order to slash switching costs, which tend to be very high at least for credit products and to influence consumer anticipation– to be realised either by regulation or by self-regulation.

7. In summary, both the mortgage loan sector inquiry, and the two sector inquiries on switching were started on a genuine competition policy ground, and ended with remedy proposals that mainly belong to the domain of consumer protection. Moreover, they did not represent a journey from one policy area to the other in the sense that the conclusion was not such as we had a consumer protection problem instead of a competition problem. Rather it turned out that in these cases consumer protection remedies are probably the best to treat a competition problem.



## CONTRIBUTION FROM INDIA

## INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES\*

-- India --

### 1. Competition and Consumer Protection: Indian Scenario

1. India was one of the first developing countries to have an anti-monopoly legislation, with the enactment, in 1970, of the Monopolies and Restrictive Trade Practices (MRTP) Act, 1969. The MRTP Act covers both competition policy related provisions, mainly in terms of Restrictive Trade Practices (RTPs) and Monopolistic Trade Practices (MTPs), and consumer protection provisions in the form of Unfair Trade Practices (UTPs).

2. The process for this legislation started with the setting up of the Monopolies Inquiry Committee in 1966, which found that the Indian market was concentrated with four firm concentration ratios (CR 4) over 75 per cent in respect of products like infant food, biscuits, coffee, shirting, suiting, kerosene, coal, petroleum, stove, fan, lamp, radio, refrigerator, typewriter, vitamins, penicillin, cars, commercial vehicle, cement, roofing sheets etc. The Committee also found prevalence of a number of restrictive trade practices (RTP) in the Indian market, including hoarding; resale price maintenance; exclusive dealing; price fixing; boycott; and price discrimination.

3. While the MRTP Act, 1969 prohibited RTPs like hoarding, re-sale price maintenance, exclusive dealing, price fixing, boycott, and price discrimination, in the case of monopolistic practices it only provided that these can be referred by the government to the MRTP Commission. Regulation of Mergers and Acquisitions remained in the exclusive domain of the Government. An asset based regulatory framework was put in place, with enterprises having Rs.200 million (subsequently raised to Rs. 1000 million) in assets and dominant enterprises having Rs.10 million in assets being required to seek prior approval of central Government for expansion or for setting up of a new undertaking.

4. Pursuant to the report of a high level committee (Sachar Committee, 1977) recommendations the MRTP Act was amended in 1984 to insert Unfair Trade Practices (UTPs) like misrepresentation as well as misleading or disparaging advertisement. Also the concept of deemed illegality was introduced in respect of a host of trade practices like exclusionary behaviour, tie-in sale, re-sale price maintenance, bid rigging, allocation of market, boycott, predatory pricing etc.

5. MRTP Act, as currently administered, has jurisdiction related to RTPs and UTPs. Fourteen practices are deemed RTP. MTP can be looked at by the Commission if referred to it or on a *suo moto* basis, but the powers of the Commission are only recommendatory (to Government). The 1991 amendment to the Act deleted M & A related provisions.

---

\* Vinod Dhall, Member & Acting Chairman, Competition Commission of India

## 2. Competition Act, 2002

6. As a follow up of the wide ranging economic reform programme that started in 1991, a modern competition law, the Competition Act, 2002, was enacted on 13<sup>th</sup> January, 2003, which is state-of-the-art, covering prohibition of anti-competitive agreements and abuse of dominance, and regulating combinations (covering mergers, amalgamations and acquisitions). Competition advocacy is an important component of the Act.

7. The Competition Act, 2002 envisages that the MRTP Act, 1969 would stand repealed and the MRTP Commission may continue to exercise jurisdiction and power under the repealed Act for a period of two years from the date of the commencement of the Act (Competition Act, 2002). In respect of all cases or proceedings (including complaints received by it or references or applications made to it), the MRTP Act would cease to be in force. During the intervening two year period the MRTP Commission will not take up any new cases, but would complete the ongoing cases under the provisions of MRTP Act, 1969. The fall out of this for consumer protection is in terms of the fact that Unfair Trade Practices (UTPs) which are a major element of consumer protection would be left uncovered in CA, 2002, and would disappear with the MRTP Act, 1969. Keeping this in view it has been proposed to have a National Consumer Protection Authority Act.

## 3. Consumer Protection Act, 1986

8. The Indian Consumer Protection Act, 1986 was enacted “to provide for better protection of the interests of consumers and for that purpose to make provision for the establishment of consumer councils and other authorities for the settlement of consumers’ disputes and for matters connected therewith”<sup>1</sup>. The obvious objective is to protect consumers from exploitation. The Act was last amended in 2002, which came into effect on 15th March, 2003. It applies to all goods and services unless specifically exempted by the Government. Until now no sector has been specifically exempted and, therefore, it is universally applicable.

9. The basic purpose of the Act is to provide relief to four categories of persons, viz.

- consumers, who have purchased goods for consideration, if they suffer from any defect;
- consumers from whom the trader has charged a price in excess of the price displayed on the goods or package thereof or price list exhibited, or as agreed between the parties or the one fixed under any law;
- consumers who have suffered loss or damage as a result of any unfair trade practice or unscrupulous exploitation by the trader; and
- consumers of service for consideration, if it suffers from deficiency in any respect.”<sup>2</sup>

10. The Act also provides for a three tier redressal mechanism for consumer grievances, consisting of the District Forum, the State Commission and the National Commission. Pecuniary limits for original jurisdiction for the three redressal agencies have been prescribed by the Act. While the legislation is at the national level the administration at the district and state levels has been left to various States governments who have framed rules in this regard. The National Commission is constituted by the central

<sup>1</sup> Preamble to the Consumer Protection Act, 1986

<sup>2</sup> Duggal S.M. (2006) Commentary on the MRTP Law, Competition Law and Consumer Protection Law (Law, Practice and Procedures), 4<sup>th</sup> Edition, Vol. 2, Wadhwa and Company, Nagpur (p. 1122) – page 1122



government and has the power to make its own rules. The National Commission also has the power to review its order. Appeals from the District Fora lie to the respective State Commission and from State Commission to the National Commission. Appeal against the orders of the National Commission, in case of original jurisdiction, lie to the Supreme Court of India. As regards orders passed by the Commission in its appellate or revisional capacity there is no provision for appeal.

11. The three tier Redressal Authorities are quasi-judicial Tribunals. Their decisions can be appealed only in the manner laid down in the Act and cannot be agitated in a Civil Court. They are vested with the power: to give 'cease and desist order'; to order issue of corrective advertisement to neutralize the effect of the impression created by the misleading advertisement; to provide adequate cost to the parties; to grant *ad interim* stay or injunction; and to award compensation; and to order compensation to be paid by public servants for their *mala fide*, oppressive or capricious act, where circumstances so warrant. The provisions of the Consumer Protection Act, 1986 are in addition to and not in derogation of any other law. The Redressal forums at the District level have power to pass interim order, as is just and proper.

#### **4. Interaction of Consumer Policy with Competition Policy**

12. Consumer protection and competition law have similar, but not identical objectives. Both aim at consumer welfare. Competition laws benefit consumers in the ultimate analysis. Theoretically, policies and laws aimed at enhancing competition in the markets result in minimization of exercise of market power on the part of producers and suppliers to the detriment of the process of competition. In the absence of an enforceable competition law, the producers, including distributors and suppliers, may be tempted to deviate from the rules of the competition game, for short term gains.

13. Consumer protection generally involves compensation for the loss or damage suffered by the consumer. Competition law goes beyond this and ensures that the market functions efficiently. Consumers other than those immediately affected and who have complained would also benefit. Besides, the definition of consumer under the consumer protection law and that under Competition Act, 2002 differ. Commercial buyers stand excluded from the definition of consumers under consumer protection law, but not under the Competition law.

14. Consumer protection law and Competition law are currently administered by two separate Ministries in the Government of India. Their respective policies are also, therefore, formulated separately, but process of consultation is provided in government business rules. The MRTP Act, 1969 is still in vogue and has under its purview UTPs which consist of: misrepresentation and false or disparaging advertisement; deceptive practices; lucky draw; violation of standards; and destruction of goods, with a view to affecting price. MRTP Commission thus dispenses partly consumer protection, though except for the UTPs the rest of the consumer redressals are under the Consumer Protection Act, 1986.

#### **5. Dual System Vs Single Agency**

15. India had a mixed system with the MRTP Commission having jurisdiction over certain aspects of consumer protection (UTPs) (with the amendment to the Act in 1984) and over competition issues: MTPs and RTPs. A separate Consumer Protection legislation was enacted in 1986, while at the same time UTPs continued to be under the purview of the MRTPC. With the establishment of the Competition Commission of India in October 2003, India has a dual system in the strict sense of the term though the Commission has not become functional, with the enforcement process not yet having started. Within two years of the full functioning of the Competition Commission the MRTP Commission will cease to exist and there will be separation of consumer protection and competition policy enforcement. It is pre-mature to comment on the benefits and drawbacks of such an arrangement.

16. However, a dual system has been found necessary and practical primarily because of the continental size of the country (3.288 million sq kms) and its population (1.1billion). Consumer protection issues are generally large in number, small in size and need urgent attention and can be sorted out in a short to medium term.

17. The dual role that is unfolding in the country is justified also because of the stage of development of the country. Consumer issues in a developing country differ from those in a developed industrial economy, which is in the 'age of mass consumption', and where the level of information asymmetry is much lower compared to that in developing countries. In fact, the concept of consumer protection legislation was originally envisaged because of the introduction of new and diversified products as modernization advanced, with more and more sophisticated products advertised through print and electronic media, resulting in information asymmetry and consequent chances of consumers being misled about the quality, end use and price of the product/service on offer. Thus over pricing, misleading advertisement, violation of terms and conditions of contract for sale, negligence in providing service etc are matters directly affecting the consumers.

18. The thrust of competition law, on the other hand, is on deviations from the rules of the market that have or that are likely to have appreciable adverse effect on competition in markets in the country. Thus anti-competitive agreements among enterprises and abusive acts by enterprises stand prohibited and anti-competitive combinations are regulated under the Act. The benefits of competition regulations may not benefit any specific individual or any specific group of consumers. The benefits of competition would eventually accrue to the consumers in general, though in the short to medium term the efficiency enhancing effects of an agreement or combination may not be directly transferred to the consumer. In many competition law jurisdictions, *rule of reason* is applied while evaluating acts by enterprises from the competition angle. Under the Indian Act, horizontal agreements, other than four types specified in Sec 3 (3) and all vertical agreements and combinations will be examined in terms of *rule of reason* i.e. by weighing benefits and costs from the perspective of competition. Even in respect of horizontal agreements in the form of joint ventures (JVs) efficiency enhancement criteria are available under the Act (proviso to sec 3). However, there is no stipulation that the efficiency enhancement will have to be passed on to the consumer(s) immediately in order that efficiency enhancement be treated as not having appreciable adverse effect on competition in markets in India, unlike the Art. 81 (3) provisions in EC.

19. Competition law analysis is more complex and time consuming with analysis of the relevant market in most cases and analysis of the generation of abuse of dominant position in the relevant market. Detailed analysis of any act as regards its impact on the market is not generally the concern of consumer protection law and policy. The major, and in most cases the only, concern is related to redressal of consumer grievances. It may in most cases be confined to redressal of the grievances of an individual consumer. Competition law, on the other hand is concerned about the impact of an anti-competitive act by an enterprise or a group of enterprises on competition in the market. The market process and its distortion is more important than whether and what an individual consumer has suffered.

20. There is also the inter-temporal differences as between the objectives of consumer protection laws and competition law. Consumer protection aims at redressal of consumer harm in the short run. On the other hand the benefits of the implementation of competition law to consumers may not be in the short or medium term. The benefits may accrue to consumers in the long term only, through increased efficiency in the economy as a whole and in the specific sector concerned. Though such benefits or efficiency gains may not be transferred to the consumers in the short run, these may come back to them in the medium to long run in the form of newer and more diversified products or the same products at lower prices, arising, *inter alia*, out of new investments by enterprises from the accumulated efficiency gains.

21. An important point to note is that efficiency gains in one sector or sub-sector by an enterprise may be shared with consumers not in the same sector or sub-sector, but in a different sector or sub-sector, so that while there may be losses or grievances by consumers in one sector or sub-sector due to the acts of an enterprise efficiency gains or benefits may accrue in an altogether different sector or sub-sector. Such is the case when an enterprise diverts funds for the purpose of Research and Development (R&D) and training of personnel, which will result in higher prices for the consumer for the existing products (at least for the present), but may result in the production of a new product benefiting the consumers of such new product.

## **6. Competition in The Market And “No Frills” Versions Of Products**

22. India does not have any specific legal or administrative requirement as regards, provision of ‘no frills’ products, except in the case of bank accounts. However, the concept of ‘no frills’ products has gained currency in sectors like civil aviation, mobile telephone services and banking. As regards airlines only the core facility/service is provided at competitive prices by certain airlines while value added services are offered by the same service providers or others at higher prices. In the banking sector, the banking regulator has recently required that banks offer ‘no frills’ account to their customers so that the objective of ‘inclusive banking’ is achieved and more persons from the lower income groups enter the banking service net. The mobile phone revolution in the country was also ushered in by new entrants in the market in the early part of this decade who offered low cost mobile services with not ‘no’ but (rather) ‘low frills’ connections to the consumers. This made mobile connectivity affordable and within the reach of millions of consumers paving the way for a near revolution in the sector.

23. In the civil aviation sector the recent entry of a low fare ‘no frills’ carrier led to accessibility of air travel to millions of new consumers because of its affordability. This has resulted in over-all reduction in the fares across the country which has been sustained over a decade. Consolidation tendencies are now visible in the market, which are likely to reverse the trend.

24. One clear fall-out of the trend towards ‘no frills’ products is the difficulty in distinguishing the pricing strategy by these enterprises and predatory pricing which is frowned upon under sec 4 (2) (a) (ii) of the Competition Act, 2002. Predatory pricing has to be invariably by a dominant enterprise. Sec. 19 (4) requires that the Commission shall, while inquiring whether an enterprise enjoys a dominant position or not under section 4, have due regard to all or any of the factors, which include, besides market share, size and resources of the enterprise, size and importance of the competitors, economic power of the enterprise concerned, vertical integration, dependence of consumers on the enterprise, statutory monopoly position, existence of entry barriers, countervailing buying power, market structure and size of the market, social obligations and social costs, contribution to economic development by the enterprise concerned, and any other factor that may be found relevant by the Commission.

25. Tackling predatory pricing by the Competition Commission could be considered anti-consumer in some cases, because predatory pricing benefits consumers in the short to medium run until the enterprise engaging in predatory behaviour recoups the losses from the consumers.

## **7. International Cooperation between Competition Authorities and Consumers’ Representatives**

26. An area where the interests of consumer protection and competition policy and law converge is the case of cartels, especially cartels of a hard core nature, involving price fixing, market sharing, quantity or supply limiting and bid rigging. These four types of horizontal agreements are considered in several competition jurisdictions as *per se* anti-competitive and prohibited. The Competition Act, 2002 envisages that agreements of the four types indicated above are presumed to have appreciable adverse effect on

competition and, therefore, prohibited. Any such agreement would be void and would run the risk of penalties. In the case of cartels the penalties would be to the tune of three times the profits or ten per cent of the turn over for the entire period of the working of such cartel. Such presumptive logic is based on the understanding that such practices bring benefits only to the perpetrators of such agreements and results in dead-weight losses to all other stakeholders in the market, including consumers and competitors.

27. International cooperation is essential to address cartels of a cross border presence, keeping in view the fact that international cartels are common, with presence in a number of jurisdictions, making it difficult to prove cartelization without the cooperation of the competition authorities of the countries.

## **8. Conclusion**

28. There is strong commonality between competition policy and law on the one hand and consumer protection policy and law on the other. An effective competition policy lowers entry and exit barriers and makes the environment conducive to promoting entrepreneurship, which also provides space for the growth of small and medium enterprises and consequent employment expansion. Competition law concentrates on maintaining the process of competition between enterprises and tries to remedy behavioural or structural problems in order to re-establish effective competition on the market. The consequence of this is higher economic efficiency, greater innovation and enhancement of consumer welfare. Thereby the consumer experiences wider choice and greater availability of goods at affordable prices. On the other hand, the consumer protection policy and law are primarily concerned with the nature of consumer transactions, trying to improve market conditions for effective exercises of consumer choice. Thus, the two disciplines focus on different market failures and offer different remedies, but are both aimed at maintaining well functioning, competitive markets that promote consumer welfare. The two disciplines are mutually reinforcing.





## CONTRIBUTION FROM JAPAN

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- Japan --

### 1. Position of the Japan Fair Trade Commission

1. The Antimonopoly Act provides that, "The purpose of this Act is, by prohibiting private monopolisation, unreasonable restraint of trade and unfair trade practices, by preventing excessive concentration of economic power and by eliminating unreasonable restraint of production, sale, price, technology, etc., and all other unjust restriction on business activities through combinations, agreements, etc., to promote fair and free competition, to stimulate the creative initiative of entrepreneurs, to encourage business activities, to heighten the level of employment and actual national income, and thereby to promote the democratic and wholesome development of the national economy as well as to assure the interests of general consumers," (Article 1) and the direct purpose of the Act is interpreted as "to promote fair and free competition." In order to achieve this purpose, the Japan Fair Trade Commission ("JFTC") was established (Article 27) and is responsible for competition policy in Japan. The AMA makes it clear that the JFTC independently carries out its authority concerning the enforcement of the Act (Article 28).

### 2. Integrated Implementation of Competition and Consumer Policies

2. From the provision of Article 1 of the AMA, it is clear that the ultimate purpose of competition policy is "to assure the interests of consumers." In order to accomplish this purpose, it is important to help the market mechanism work effectively by maintaining and promoting competition among companies, and to create and ensure an environment in which consumers, as key players in the market, can make decisions in an independent and reasonable manner.

3. The JFTC had held Study Group on Consumer Transactions meetings comprised of experts in competition and consumer policies since November 2001. In a bid to help the JFTC positively tackle consumer transaction issues, the Group had discussed several topics, including the relationship between competition and consumer policies and the realisation of proper choices made by consumers. As a result, it produced a report in November 2002, affirming the view mentioned above and the integrated implementation of competition and consumer policies:

#### 1. Integrated Implementation of Competition and Consumer Policies

- (1) The purpose of competition policy is to promote fair and free competition in the market and to assure the interests of consumers by increasing the efficiency of all economic activities through competition.

In order to achieve this policy purpose, the JFTC has been actively working on competition policy with a main focus on making the market mechanism work effectively by maintaining and promoting competition among companies through the strict enforcement of the AMA, surveys and recommendations on anticompetitive non-government regulations, proposals on regulatory reforms and the like. Consumer

interests realised through this competition policy means the fact that good quality, low price and various goods and services are sufficiently supplied to consumers.

However, the purpose of competition policy, namely “to assure the interests of consumers” cannot be achieved only through the sufficient supply of good quality, low price and various goods and services to consumers. It is also necessary to enable consumers to make independent and reasonable decisions on the choice among goods and services supplied. Unless these two conditions are both met, consumers cannot maximise their utility by purchasing goods and services that suit their needs. This means that consumer policy for building and ensuring an environment in which consumers can make independent and reasonable decisions is essential for realising “the interests of consumers,” the purpose of competition policy.

Moreover, if consumers can take independent and reasonable action as the end users of goods and services, entrepreneurs who are able to meet their needs appropriately will survive while those who fail to do so will drop out of the market, which is the most fundamental function of the market mechanism. In ensuring this function, consumers play an important role in terms of competition policy. Thus, consumer policy to create and assure an environment in which consumers can make independent and reasonable decisions is closely associated with competition policy in that it helps the market mechanism work more effectively.

Therefore, it is important to maintain two perspectives at the same time - the so-called “narrow sense” and “broad sense” of competition policy - in order to adequately realise “the interests of consumers.” In the narrow sense, competition policy places its focus on making the market mechanism work effectively by maintaining and promoting competition among companies. In the broad sense, competition policy is implemented in an integrated manner with consumer policy that creates and ensures an environment in which consumers can make independent and reasonable decisions.

Competition policy to promote fair and free competition and consumer policy to create and ensure a decision-making environment in which consumers can make proper choices both have a common purpose, “to assure the interests of consumers.” In addition, they are closely related to each other since the implementation of consumer policy helps the market mechanism work effectively. Consequently, the JFTC should actively carry out consumer policy, as an integral part of competition policy, for creating and securing a decision-making environment in which customers can make sound choices.

### **3. Significance of the JFTC’s Commitment to Consumer Policy**

4. In addition to the importance of the integrated implementation of competition and consumer policies, as discussed in 2 above, the significance of a role played by the JFTC in consumer policy is also recognised in Japan, given the organisation character of the JFTC, responsible for competition policy. With respect to this significance, the report from the Study Group on Consumer Transactions states the following:

In order to ensure sound consumer transactions, ministries and agencies governing specific business sectors have been implementing their consumer policy by enforcing sector-specific laws that provide, for example, for a ban on the unjust act of solicitation for business-to-consumer contracts, for an obligation to display and explain important facts and for invalidation of unfair contractual terms.



On the other hand, the Premiums and Representations Acts<sup>1</sup> (“PRA”) and the AMA are general laws covering all industries, so they can be extensively applied to any field, irrespective of whether it is subject to regulations under sector-specific laws. They can also be applicable even to those industries that have emerged as new businesses so recently that there is still no sector-specific law, as well as to those areas where regulations for ensuring proper consumer transactions are not adequately enforced even if there is a sector-specific law.

Also, if the PRA and the AMA facilitate proper consumer transactions, civil remedies under the provisions of the AMA are expected, such as a claim for no-fault damages and a petition for injunction against violations, in addition to the JFTC’s cease and desist order against these violations. This provides an advantage whereby the government and private parties conduct law enforcement in an integrated manner.

In addition, the JFTC, which governs no particular industry, should play a central role in resolving consumer problems as a neutral administrative institution that can effectively enforce the laws with investigative powers and divisions.

In view of these advantages, the JFTC should in the future make positive efforts toward consumer policy to create and ensure a decision-making environment in which consumers can make sound decisions.

#### **4. Consumer Policy Implemented by the JFTC**

##### **4.1. *Legislation Enforced by the JFTC***

5. In order to implement consumer policy for creating and ensuring a decision-making environment in which consumers can make sound decisions, the JFTC enforces the PRA, which regulates the unjust inducement of customers, including misleading representations to consumers.

6. Japan’s AMA prohibits conduct that tends to impede fair competition as unfair trade practices (Article 19), which include the unjust inducement of customers. However, although expeditious proceedings are necessary to eliminate the unjust inducement of a large number of consumers and to minimise damage to them, a long time is required in order to take action against the unjust inducement under the AMA. In order to address this problem, the PRA was enacted in 1962, granting the special treatment of the AMA procedures. Based on the PRA, the JFTC has been strictly and promptly regulating misleading representations that prevent consumers from making sound decisions as well as making efforts to help consumers exercise good judgment on the details of and transaction conditions for goods and services and to provide appropriate information to them.

##### **4.2. *Enhanced Regulations against Ungrounded Representations***

7. Essentially, any entrepreneur who fails to provide consumers with true, correct and useful information when offering goods and services and who fails to provide goods and services as represented will be unable to gain the trust of consumers in the market. Such entrepreneurs will also lose out in competition with other entrepreneurs who provide appropriate information and will be removed from the market. However, as social and economic structures change in response to rapid technical innovations, the increased amount of complex information and diversified consumer needs, new goods and services,

---

<sup>1</sup> See 4.1.

transaction methods and contracts that are so advanced and complicated as to exceed the ability of consumers to process and comprehend the information are continually emerging. In such a situation where there is a large disparity between consumers and entrepreneurs in their capacity to process information and to negotiate, it is important to make efforts in order to promote proper consumer transactions, including immediate actions against misleading representations under the PRA.

8. For instance, as consumers become more interested in health and weight loss, we see an increasing number of representations stressing the superior “performance” of goods and services and “benefits” that consumers may expect from them as a result, such as products and/or devices advertised as being beneficial in relation to weight loss or the recovery of eyesight. Before taking action under the PRA against misleading representations on the benefits or performance of goods and services, the JFTC once had to conduct investigations and examinations through special organisations and prove that such goods and services were not able to provide the benefit or performance advertised. For this reason, even if the entrepreneur had no justifiable grounds for making the representations, it took considerably long time before administrative measures could be carried out. Meanwhile, the goods and services that were suspected of making misleading representations might continue to be sold, thereby expanding consumer damage. In light of these circumstances, a new regulation was introduced in 2003 to pave the way for effectively regulating representations on goods and services without reasonable grounds. Pursuant to Article 4 (2) of the PRA, the JFTC may request any entrepreneur making a representation referring to any benefit provided by goods or services to submit reasonable grounds that support the representation within a predetermined period. When the entrepreneur fails to submit such materials, the JFTC can now regard it as an infringement without specifically demonstrating that it differs from fact and take the necessary action, which may include issuing an injunction to the representation.

## **5. Conflict and Coordination between Competition and Consumer Policies**

9. In order to deter the unjust inducement of customers, such as misleading representations that distort the consumer choices of products, thereby ensuring fair competition, it is effective for individual industries to set up self-regulations based on the particular features of their products and their own trade practices and to comply with them. However, these self-regulations developed by separate industries may deviate from their objective of preventing the unjust inducement of customers and have the effect of restricting competition.

10. In terms of coordinating such possible conflicts between consumer and competition policies, the PRA provides for a system that requires entrepreneurs or trade associations who prepare self-regulations that aim at deterring the unjust inducement of customers and ensuring fair competition to have such self-regulations authorised by the JFTC in order to prevent them from being anticompetitive. Self-regulations authorised under the PRA are called fair competition codes.

11. The JFTC does not authorise any self-regulation unless it satisfies all four requirements listed below. Any act of entrepreneurs or trade associations under the authorised fair competition code is exempted from the applications of the AMA and PRA.

- It is appropriate for preventing the unjust inducement of customers and for maintaining fair competition;
- It is not likely to unreasonably impede the interests of consumers in general or related entrepreneurs;
- It is not unjustly discriminatory; and

- It does not unreasonably restrict the participation in or withdrawal from the fair competition code.

12. As of the end of 2007, there are 105 fair competition codes established in a wide range of fields. Such codes can ensure fair competition in their respective industries and provide an environment that is helpful to consumers in making sound decisions in relation to goods and services. In addition, they can be expected to eventually produce the effect of promoting competition, such as expanding the market size and facilitating new entry, by enhancing the confidence of consumers in individual industries.

## **6. Conclusion**

13. Japan is facing the urgent challenge of actively implementing a policy from the standpoint of consumers. Like the JFTC, other relevant ministries and agencies are working to carry out different consumer policies in their respective areas. The JFTC will continue its positive efforts, largely in accordance with the PRA, to implement consumer policy in order to create and ensure a decision-making environment in which consumers can make appropriate choices.



## CONTRIBUTION FROM JORDAN

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- Jordan\* --

1. The consumer's aim, everywhere, is to get the best possible quality of goods, and pay the least possible price. To follow this rule, we have to consider these two elements: Quality and Price.

2. In Jordan we have two directorates to do the job:

- **Competition Directorate:** by implementing the competition law No 33 of the year 2004.

The Committee for Competition Affairs is the Advisory body of the Competition Directorate. The role of this Committee is:

- To provide advice on the general competition strategy.
- To review matters related to the provisions of the law.

3. Some of the Competition Directorate tasks are:

- Conduct the necessary investigations of practices that may contravene competition.
  - Receive complaints and requests for economic concentration activities and exemptions and following them up.
  - Cooperate with similar entities outside the Kingdom for the purpose of exchanging information and data and in relation to the execution of competition rules to the extent permitted by international treaties.
  - Issue clarifying opinions in competition matters.
- **Quality and Market Controls Directorate:** by implementing the Industry & Trade Law No.18 for Year 1998 and by implementing the Classification & Promotion regulations.

4. Both directorates are working as part of the Ministry of Industry and Trade. The Directorate of Quality & Market Control works towards enabling the private sector, both trade and industry, in a way so as to complement the Ministry's policy aiming at freeing the goods and services markets, and organising market procedures in an attempt to avoid private sector abuse of this freedom, thus rendering the policy useless to consumers.

5. Its activities which deal with market control may be summarised as follows:

---

\* By Haitham Abu Karaki, Legal Researcher, Complaints and Consultations Division, Competition Directorate, Ministry of Industry & Trade, Jordan.

- The identification of the basic goods as per a Prime Minister decision.
- Ensuring the sale of goods as per publicised prices.
- Checking available stock with wholesalers.
- Monitoring the concealing of or refusing the sale of basic goods.
- Monitoring sales, liquidation, and promotional prices.

## **1. Consumer Protection Association**

6. Also we have the Consumer protection association, a non governmental association, to educate people and give them the necessary information about products by using brochures, pamphlets meeting and media advertising. More than that, the association stands against some factories if the quality of their products is low or the price is high.

7. The President of consumer protection association is a member of the Committee for Competition Affairs.

8. However there is no legislation for the consumer protection till now, but the consumer protection law is in proceed.

## **2. Interact between the Consumer Policy and the Competition policy in Jordan.**

9. There is no clear consumer policy in Jordan but the tasks of the Ministry of Industry and Trade and the Consumer Protection Association shows interaction between the Consumer Policy and the Competition policy.

10. The tasks have a great deal in common. They are designed to enhance consumer sovereignty and effective consumer choice, to address market failures. (That is the situation where market transactions and outcomes fail to serve the consumer interest, economic efficiency and a nation state's productivity and competitiveness).

11. There are also important differences between Consumer and the Competition policies.

- First: there are differences in their core objectives. Competition law is intended to ensure that markets work according to the market forces, provide consumers with a competitive range of product or service options. In contrast, consumer protection association are intended to ensure that consumers have the information they need to choose effectively from among those options, with their purchasing decisions unimpaired by, for example, coercion, deception or the withholding of important information.
- Second: competition law violations stem from market failures that are external to consumers whereas consumer protection violations, which negatively affect consumers' ability to choose, are founded by market failure that derives from the consumers' own perceptions.

12. The two policies also differ with respect to enforcement approaches and institutions. Competition law is enforced in a highly selective and reactive manner in response to complaints and investigation by the Competition Directorate. In contrast, the enforcement of consumer protection policy involves direct intervention by the Consumer Protection Association and the Quality and Market Controls Directorate.

13. More generally, there are important synergies between the two, for example:

- enforcement competition in the marketplace can lead to better consumer information, just as a better informed and more demanding consumer — who is prepared to make his or her preferences clearly known to suppliers — can stimulate greater competition and more product choice.
- Alternatively, overly burdensome regulation of consumer protection can impede market entry and thus reduce market competition and product choice.

14. Analysing the two policies together underlines that facilitating consumer choice involves more than low prices. Promoting competition is important to consumer sovereignty.

15. Both competition and consumer protection law should be based on rigorous marketplace analysis and a sound understanding of competitive dynamics and corporate strategy between the two policies, to ensure that unacceptable company behavior is not confused with legitimate corporate strategy to increase profits and market share.

### **3. Governmental Organisations: Competition & Consumer Protection Agency**

16. As mentioned above there are three parts working on related issues and as we mentioned before the President of consumer protection association is a member in the Committee for Competition Affairs so the consumer protection association share in designed general competition strategy.

17. But it is believed that it will be much better if the ministry of industry can enhance the competition administration by combining consumer protections function and competition functions within one directorate and keep the role of the Directorate of Quality & Market Control just for the basic goods.

18. There are benefits from combining both functions in a single public institution:

- Performing the consumer protection function can provide useful insights about how we should execute competition policy.
- In several important instances, enforcing our laws concerning advertising and marketing practices has improved our understanding of how markets operate.
- Protection functions and competition functions allow a harmonic and complete vision of the realities to be evaluated when they are handled by one entity, therefore leading to decisions that take into account and regard the effects that they may generate in the market, in competition, and in the consumer”.

### **4. Prohibit frills to save the vulnerable class of consumers.**

19. Unfortunately Jordan doesn't have official measures to help the vulnerable class of consumers yet, the traders can use frills to show their goods much better in the consumers eyes than they are . However, if a consumer became a victim from this method he could complain to the jurisdiction authority according to the Jordanian civil law.

20. But I suggest that the (entrusted authority) directorate for competition and consumer protection have to come up with more balanced policies for the vulnerable class of consumers. It has to establish a centred agency and regional offices, a consultative body consisting of local experts on consumer issues,

including local governments, local councils and consumer groups, so as to promote consumer policies. And contribute to enhancing the rights of those lacking capacity to resolve consumer problems by supporting the vulnerable class through counseling services and education programs and by preparing measures to ensure consumer safety.

21. The competition & consumer protection directorate have to lay the ground for a practical and comprehensive consumer education and develop an index to objectively measure the consumers' capacity to have a reasonable consumption, which will be utilised for designing consumer education programs focused on the weaknesses and problems of consumers.

## **5. The Convergence of Competition and Consumer Policy Globally.**

22. Most of the international trade fields are a ground to globally convergence of competition and consumer policy. If we look at the principles in the GATT treaty, we find the Most Favoured Nation Principle (MFN) they are Pursuant to the WTO Agreements.

23. Countries cannot normally discriminate between their trading partners. If a member grants a country a special favor (such as a lower customs duty on one of its products), the member must grant the favor to all WTO members.

24. The National Treatment Principle reads that imported and locally-produced goods (as well as services and intellectual Property rights such as patents or copyrights) should be treated equally in a Member's territory.

25. The Quantitative Restrictions Principle in Rules on Trade in Goods proscribes any prohibition or restriction other than duties, taxes or other charges whether made effective through quotas, import or export licenses or other measures.

26. The world became a small village. Goods and services are crossing the continents so the competition advances to become not only between domestic products, but between products from all over the world.

27. International products now compete in global markets. The competition authorities everywhere should work together and cooperate by sharing information. The international representatives have to cooperate to enhance consumer sovereignty and effective consumer choice.

28. In Jordan Article 3 of the competition law No. 33 of the Year 2004 identify The Law's Scope of Application:

The provisions of this Law shall apply to all production, commerce and service provision activities in the Kingdom, as well as to any economic activities occurring outside the Kingdom and having an effect inside the Kingdom of Jordan.

29. As an example of convergence of Competition and Consumer Polices is Electronics Software:

30. In 2004 Microsoft Company was ordered to cooperate with rival software computer companies, Microsoft was also ordered to make a version of its Windows operating system available without Microsoft's Media Player software

31. This is because Microsoft obliged customers to buy its Media Player software along with the operating system.







## CONTRIBUTION FROM KOREA

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- Korea --

### 1. Background for discussion

1. The integration between competition policy on the one hand and consumer policy on the other is recently emerging as a major issue for discussion at home and abroad in that the two policies have complementary roles to ensure a functioning market mechanism and integrated implementation of the two policies can contribute to advancing their shared goal of consumer welfare.

2. On the international front, competition authorities of other countries have adopted this as a major agenda to seek specific ways to connect the two policy areas. In fact, within the OECD, the Committee on Consumer Policy and the Competition Committee already held a workshop under the theme of “Interaction between Competition Policy and Consumer Policy” in October 2003 where member countries exchanged ideas and shared experience concerning the issue.

3. In Korea, its competition authority, the Korea Fair Trade Commission (KFTC), has steadfastly made efforts to link competition policy to consumer policy. In Korea, the authority of consumer policy had been enforced under two jurisdictions of the KFTC and the Ministry of Finance and Economy (MOFE). However, through amendment of the Framework Act on Consumer of 2006, the KFTC came to have the jurisdiction over consumer policies concerning consumer information, education and safety along with its original mandate to oversee trade practices. In addition, the authority over the Korea Consumer Agency (KCA), a quasi-government organization to carry out policy analysis, damage redress and provision of information and education to protect rights and interest of consumers, has been transferred to the KFTC. Furthermore, recently, the MOFE’s jurisdiction to integrate, coordinate and assess consumer policy was transferred to the KFTC, through which the consumer policy enforcement system has been integrated within a single institution. This change was possible thanks to the perception that it is more efficient for the KFTC to integrate and coordinate consumer policy as well as enforcing it, and it is more effective to integrate responsibility for the enforcement of competition policy and consumer policy within a single institution to promote consumer welfare. The following is KFTC’s experience in integrating the two policy areas and its future strategy to promote it.

### 2. Relationship between competition policy and consumer policy

4. It is widely believed that competition policy and consumer policy make up for each other in pursuit of their common goal of consumer welfare. Yet, whether it is theoretically or practically, the case has not been vindicated. Therefore, it is important for countries with various institutions to share their experience and continue to have discussions so as to vindicate the relationship between the two policies.

5. In Korea, over the course of reorganization of consumer policy enforcement system since 2004, examination on the relationship between competition policy and consumer policy has been conducted actively. In addition, the idea was prevalent that while the two policies are in complementary and at the same time, in conflicting terms, for a single institution to integrate the two policies and enforce them together is effective to enhance consumer welfare. Accordingly, the KFTC, which had been the competent

authority to enforce consumer policy, was handed down the authority to consolidate, coordinate and assess consumer policy from MOFE, thereby getting rid of overlapping and inefficiency in policy enforcement, and eventually advancing consumer welfare. As a result, the KFTC became to have the whole enforcement authority in consumer policy and the jurisdiction over the KCA.

In the Seoul Competition Forum in September 2007, those in charge of policies from China, the UK, the US and Canada were unanimous in saying that competition policy and consumer policy share a common goal and integrating and enforcing them together will enable them to employ various policy instruments in an integrated manner to promote effect of policies and efficiency of enforcement bodies.

### **2.1 Complementary relationship**

6. Competition policy and consumer policy share an ultimate goal. However, either competition policy or consumer policy alone has limitations to achieving the goal. For one thing, competition policy can extend the scope of choices available to consumers, but can not guarantee consumers make a reasonable choice due to information asymmetries. That is, even if fair and free competition ensures supply of various products in the market, when consumers can not make effective choices in selecting the best products by price, quality and service, competition among enterprises will fail to translate to advancing consumer welfare. While competition policy can be effective in widening the scope of choices for consumers, decreasing product prices and enhancing product quality, it is provision of information and other consumer polices that enable consumers to make a reasonable choice, which in turn serve as the pressure to facilitate competition among enterprises in price and quality. This way, the two policies play complementary roles for each other to achieve their common goal.

### **2.2 Conflicting relationship**

7. Basically, competition policy and consumer policy have a high probability of being complementary to each other and thus are less likely to clash. However, when it comes to actual policy enforcement, the possibility of conflicts between them can not be ruled out completely. In particular, regulations under the name of consumer protection could restrict competition, conflicting with competition policy. Cases in which consumer policy enforcement leads to negative effects on competition policy are as follows.

8. First, establishment of minimum standards such as standardized contracts and safety standards that enterprises should abide by can restrict competition. Of course, such minimum standards contribute to protecting consumers from enterprises' unfair trade practices and hazardous products. However, in case of setting such standards excessively, they can restrain new entrants' access to the market and incur excessive social costs, ultimately undermining consumer interests.

9. Second, promoting self-regulations through the introduction of codes of conduct among enterprises can restrict competition. Codes of conduct refer to a collection of best practices that enterprises should observe by a minimum standard stipulated by laws. This self-regulation and implementation by enterprises is one of the recommended efforts to ensure consumer protection. But it should be noted that under the same terms of transactions, such self-regulations can restrict competition among enterprises.

## **3. Current status of integration of competition policy and consumer policy**

10. For its part, the KFTC has made various attempts to integrate competition policy and consumer policy so far. Considering that the two policies are being enforced under separate teams within the KFTC, the focus of integration efforts is more on between tasks than on between organizations. In addition, the integration between competition and consumer policies has taken place in a way that ensures consideration of each policy perspective in mapping out either policy, and the following are noteworthy cases of its kind.

### **3.1 Consideration of consumers in competition policy enforcement**

#### **3.1.1 Selection of investigation cases in areas closely related to consumers**

11. A typical case of integration between the two policies can be seen in selecting a competition law violation where a priority is given to a case which has a significant effect on consumers. As the KFTC is strengthening regulations on cartels recently, it is focusing its investigation efforts on consumer goods rather than raw or intermediate materials so as to prevent consumer damage.

Case 1 – Corrective order on cartel concerning essential consumer goods such as flour and laundry detergent

12. The KFTC established establishment of competition order in areas closely related to people's lives as its policy objective. To this end, it has conducted investigation by virtue of its authority into commodities market which has a great risk of cartel due to a high level of monopolization. In 2006, the KFTC investigated into flour market ( $CR_3=75\%$ ) with its authority to impose a surcharge of USD 45,871,104 on eight flour manufacturing companies for their collusion in price and supply volume that began in 2000. In addition, the KFTC analyzed latest development in laundry and dishwashing detergent market (laundry detergent  $CR_3=82.3\%$ , dishwashing detergent:  $CR_3=85.5\%$ ) to detect a price cartel by four companies including LG Household & Health Care and Aekyung that has lasted since December 1997 and impose a surcharge of USD 43,317,485.

#### **3.1.2 Consideration of consumer welfare in competition law enforcement**

13. The KFTC conducted assessment on effects of law enforcement after imposing corrective measures on competition law violations in an area closely related to daily lives of consumers in order to inform consumers of damage done by cartel to them and effect of the KFTC's corrective measures.

Case 2 – Post-assessment on school uniform cartel case

14. In 2001, the KFTC imposed an order to cease therefrom and a surcharge of 11.5 billion won on three school uniform manufacturers for their price cartel. Later, the KFTC carried out post-assessment and announced the result on the case. As a result of comparing uniform prices before and after imposing corrective measures, the KFTC found that the breakup of the cartel led to decreases in school uniform prices, with 17%~19% for winter uniform and about 20% for summer uniform, which translated into an estimated benefit to consumers of 60 billion won (winter uniform: 30,000 won per piece \* 1.5 million pieces = 45 billion won and summer uniform: 10,000 won per piece \* 1.5 million pieces = 15 billion won). This corrective measure led to active joint purchase of school uniforms and a damage compensations suit by 3,525 parents, who won the suit to receive a compensation of about 58,000 won per person (in total, USD 211,305).

### **3.2 Consideration of competition in consumer policy enforcement**

#### **3.2.1 Efforts to redress consumer damage incurred by competition law violations**

15. The KFTC's administrative measures on competition law violations have limitations that they can not remedy consumers' financial damage but instead redress consumer damage indirectly by imposing sanctions against law violators. Therefore, the KFTC has sought various systems to facilitate redress of consumer damage.

## Collective Consumer Dispute Mediation System

16. Above all, the KFTC adopted the Collective Consumer Dispute Mediation System in 2007 and has been implementing the System in order to ensure an effective redress of consumer damage for areas where damage is incurred against a majority of consumers. A case can be filed by more than 50 consumers who suffered the same damage to the Consumer Dispute Settlement Commission of the Korea Consumer Agency. And when the Commission makes a judgment on the case and the accused enterprise agrees to the decision, the case is deemed as settled. During some six-month-long operation of the System, nine cases were filed and seven of them were settled, with most of the disputes concerning apartments. This system is being successfully established as an effective remedy for small-sum damages to multiple consumers.

**Application and settlement status as of January 2008**

Types of industry	No. of application (applicants)	No. of settlement
Apartment	9(3,119)	6
Goods	4(882)	-
Rental service	1(3,109)	1
Communications	1(80)	-
Total	15(7,190)	7

## Consumer Complaints Management System (CCMS)

17. Furthermore, the KFTC is implementing a system to certify the CCMS designed to help undertaking autonomously manage consumer complaints. To further spread the CCMS, the KFTC is implementing the system from September 2005 in which in case a company operating the CCMS applies for the KFTC's certification, the KFTC assesses the applicant's system by core factors to grant certification. So far, 16 out of 62 companies with CCMS have been granted a certification from the KFTC. In assessing a CCMS, the KFTC considers whether the applicant has violated competition law, not just consumer law, based on the perception that no matter how well-equipped its system for consumer protection is, if the applicant violates competition law, it can not be a company that truly serves consumers.

**Current status of CCMS management as of January 2008**

Types of industry	No. of companies with CCMS	No. of companies with certified CCMS
Industrial products	7	2
Finance	14	6
Food	24	5
Energy	1	-
Distribution	4	1
Clothes	1	-
Communications	2	1
Automobiles	1	-
Chemicals	1	-
Service	2	-
Pharmaceuticals	2	-
Electronics	2	1
Total	62	16

Assistance to lawsuits related to consumer damage

18. Currently, in Korea, as class action lawsuits or Parents Patriae Actions to redress consumer damage have yet to be introduced, efforts to help consumers get remedy for their damage through legal suits are in dire need. This issue was raised when the KFTC detected a cartel of collective price raise by four local oil refining companies and imposed surcharge in February 2007, and subsequently, consumer organizations filed a damage compensation suit under Article 56 of the Monopoly Regulation and Fair Trade Act. In order to provide assistance to such legal actions, the KFTC is to induce the KCA to set up and implement a support team for consumer damage suit. Through this, the KFTC is planning to support consumers by providing materials related to investigation or various consultation within the legal boundary to keep trade secrets of enterprises so that consumers have an easier access to suits deemed to promote public good.

19. Also with the aim of advancing consumers' rights and interests, the KFTC plans to link consumer dispute settlement to its case-handling function. Specifically, cases aiming at redressing damage among reported cases as competition law violations to local offices of the KFTC are to be transferred to the Consumer Dispute Settlement Commission, and for cases that failed to be settled, the KFTC plans to handle them for themselves.

3.2.2 *Consumer orientation project*

20. In the past, the Korean government employed a producer-oriented economic policy with which it took the initiative in supporting and developing industries. This policy that championed only the supply side of the market economy, however, was criticized for undermining development of the national economy by sacrificing interests of the other important side, consumers. To address the concern, the need of policies to invigorate competition between producers and to ensure a functioning market economy through consumers' reasonable choices was raised. In response, the KFTC began to implement projects to ensure "consumer orientation," in which it review the government's policies and institutions for each sector from consumers' point of view and seek ways to improve them.

21. First of all, the KFTC designated five industries including telecommunications, finance, public service, education, legal and medical service as warranting improvement in terms of consumer orientation, and it established plans for market research, government policy and institution study, and methods to improve them for one or two industries on an annual basis. For instance, in 2006, the KFTC chose telecommunications and public service to review their consumer orientation, and medical service for 2007. As a result, the KFTC identified areas to improve for each industry, with pricing plans and cartel regulations for telecommunications and structural and preliminary regulations on prohibiting competition and advertisement regulations for medical service, pushing forward institutional reform in concerted efforts with relevant government agencies or teams within the KFTC.

**Measures to secure consumer orientation for telecommunication service (2006)**

No.	Institution	Measures for improvement	Reference
1	Pricing plan	To cut telecommunications fees	
		To review the government's pricing control in a way to promote market competition	
		To induce simplification and systemization of telecommunications fees	
		To ensure pricing plan disclosure	
		To strengthen control over pricing plan names not to mislead consumers	
2	Regulations on unfair practices	To set a separate criteria for unfair practices concerning consumer protection in IT other than "Types and Criteria of Prohibited Practices of Telecommunications Business Operators"	
		To incorporate downstream distribution such as agencies of common carriers to regulation scope	
3	Mobile content	To include a special clause for adolescents	
		To set a criteria for mental damage compensation	



**Measures to secure consumer orientation for medical service (2007)**

No.	Institution	Measures for improvement	Reference
1	Lifelong licensing of medical workers	To convert to renewal-base licensing system through regular assessment	
2	Prohibition on analogous medical treatment	To selectively permit for proven areas via certification	
3	Advertisement control	To increase proportion of consumer representatives in the Review Board To enlist the Internet for review	
4	Selective medical treatment	To rescind it from the law to liberalize it	
5	Structural and preliminary regulations on prohibiting competition	To change it to case-base and post regulatory system	
6	Expansion of consumer information in medical service	To expand the scope and items for assessment	
7	Medical dispute settlement system	To enhance expertise in dispute resolution and settlement system	

**4. Challenges to integration of competition and consumer policies**

22. Nowadays, as for integration of competition policy and consumer policy, the debate on whether it is necessary or not is over. Rather, the relevant question to ask for now is how to facilitate it. The KFTC so far mainly focused on connecting the two policy areas while handling competition law violations and redressing consumer damage, during which it made various attempts and experienced many trials and errors.

23. Last year, as the amendment of the Framework Act on Consumer equipped the KFTC with the authority to enforce consumer policy and the jurisdiction over the KCA was transferred to the KFTC, now the KFTC can seek ways to integrate the two policy areas not just at task level but also at organization level. Besides, the ongoing active support for suits to redress consumer damage is expected to further facilitate integration of the two policy areas.

24. Surely, to that end, it is necessary to step up efforts to figure out the state of integration of the teams responsible for the two policies within the KFTC and boost it further, along with efforts to share tasks efficiently and strengthen cooperation between the KFTC and the KCA. And to set up a system to analyze and use the KFTC's experience in integration of policies is yet another challenge.





## CONTRIBUTION FROM MALTA

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- Malta --

### 1. Introduction

1. In Malta one and the same government entity, the Consumer and Competition Division at the Ministry for Competitiveness and Communications, is responsible for the formulation and enforcement of both competition and consumer policies. The Division embraces the Office for Fair Competition and the Department of Consumer Affairs.

### 2. Office for Fair Competition

2. The Office for Fair Competition (OFC) investigates complaints from competitors as well as consumers and their associations or related bodies and carries out *ex officio* investigations in relation to alleged breaches of the Competition Act<sup>1</sup> which prohibits anti-competitive agreements and concerted practices and abuse of dominance. Under this Act, the OFC is empowered to find infringements and to issue cease and desist or compliance orders against the undertakings concerned in order to remedy the infringement, which decisions and orders are then appealable to the Commission for Fair Trading (CFT), an independent administrative tribunal presided by a magistrate. Where the infringement concerned is a serious infringement or involves a breach of Articles 81 or 82 of the EC Treaty, the Office may only issue a report with its findings and must then remit the case to the CFT for a decision and any orders for remedial action that it may deem appropriate. The OFC and the CFT are the administrative bodies in the country competent to apply and enforce the antitrust rules.

3. The OFC is set to take on an even more pivotal role in the enforcement of competition law under newly proposed amendments to the Competition Act drawn up by the Office and recently submitted for public consultation.<sup>2</sup> Under these amendments it is proposed that not only would the OFC become the administrative body empowered to decide on any infringement of the Maltese and EC competition rules (subject to a right of appeal to the CFT in all cases) but it would also acquire the power to impose hefty administrative fines for such infringements, apart from the remedial orders for cease and desist and compliance.

4. The OFC is also entrusted with the appraisal of notifiable concentrations under the Control of Concentrations Regulations<sup>3</sup> issued under this Act to ensure that such concentrations do not lead to the substantial lessening of competition in the market and in this capacity it is empowered to block concentrations that are deemed likely to have this effect or to force changes to these concentrations to remove the competition concerns. These decisions are likewise appealable to the Commission for Fair Trading.

---

<sup>1</sup> Chapter 379 of the Laws of Malta.

<sup>2</sup> See <http://www.mcmp.gov.mt/pdfs/Consultations/ConsultCompAct2007.pdf>

<sup>3</sup> LN 294 of 2002 as subsequently amended.

### 3. Department of Consumer Affairs

5. The Department of Consumer Affairs is responsible for providing information and guidelines to the public on matters affecting the interests of consumers and for the enforcement of a number of consumer laws, foremost amongst which is the Consumer Affairs Act<sup>4</sup> that empowers the Department to investigate consumer complaints in respect of various consumer concerns and to issue compliance orders for the deletion or alteration of unfair contract terms or the discontinuation or prevention of misleading advertising or illicit comparative advertising as well as in respect of distance selling contracts,<sup>5</sup> price indication<sup>6</sup> and consumer credit<sup>7</sup> when the relative information requirements and other obligations are not fully complied with; apart from the general power to issue public statements and warnings about trading practices detrimental to the interests of consumers and about the persons who engage in such practices. In relation to doorstep selling activities, the Department is also empowered to withdraw, suspend or withhold the renewal of the seller's licence if he breaches the provisions of the Doorstep Contracts Act<sup>8</sup> which provides for a number of safeguards to protect consumer interests. The Department is also responsible for the administration of the Product Safety Act<sup>9</sup> in terms of which it is vested with extensive powers to ensure the safety of products on the market. By virtue of wide-ranging amendments to the Consumer Affairs Act that are currently before Parliament, the Department's powers are set to increase in terms of scope as they will extend to all forms of unfair commercial practices detrimental to consumer interests and in terms of sanctions as the power to impose administrative fines will be added to the power to issue compliance orders.

### 4. Dual-function Agency

6. Both the Competition Act and the Consumer Affairs Act and the regulations issued under them vest all these powers in the hands of the 'Director' of the Office for Fair Competition and the 'Director' of the Department of Consumer Affairs respectively, but, in practice, since 2001, when both offices were joined together to form the Consumer and Competition Division and thereby became a dual-function agency, these powers have been exercised by the Director General of the Consumer and Competition Division. Moreover, the Director General sits as an *ex officio* member of the Consumer Affairs Council that has the function *inter alia* of advising government on the formulation of consumer policy, monitoring and keeping under review business practices and the working and enforcement of consumer laws and undertaking or commissioning studies or research that may be necessary to promote consumer protection.

7. Although within the Division the consumer lawyers and competition lawyers work separately, they regularly liaise and collaborate both in the formulation of policies and drafting of legislation as well as in the investigation of cases that involve both competition and consumer issues. Thus, in the recent drafting of the amendments to the Competition Act and the Consumer Affairs Act, the lawyers drew upon each other's experiences in order to draft amendments that will boost the enforcement capabilities of the Division in relation to both the competition and the consumer laws. The Division strives to give equal importance and to provide equal resources to the implementation of both policies.

---

<sup>4</sup> Chapter 378 of the Laws of Malta.

<sup>5</sup> Distance Selling Regulations, LN 186 of 2001.

<sup>6</sup> Consumer Affairs Act (Price Indication) Regulations, LN 283 of 2002.

<sup>7</sup> Consumer Credit Regulations, 2005, LN 84 of 2005.

<sup>8</sup> Chapter 317 of the Laws of Malta.

<sup>9</sup> Chapter 427 of the Laws of Malta.

8. Although the two agencies were joined only in 2001, the complementarity of competition law and consumer law was appreciated from the very beginning because the two laws that introduced the competition and consumer regimes in Malta, the Competition Act and the Consumer Affairs Act that were both enacted in 1994, were launched together through a single white paper on fair trading in 1993 that stated that the two regimes 'deal with two matters which though distinct are actually complementary and inter-related through their common objective of promoting fair trading practices and the welfare of consumers.'<sup>10</sup>

## **5. Synergy between Competition and Consumer Policies**

9. The Consumer and Competition Division believes that while it is true that competition policy benefits consumers indirectly, as the indirect beneficiaries of a policy that induces market operators to strive towards economic efficiency, competition policy alone without a robust consumer policy would not achieve the desired result of fully safeguarding consumer interests.

10. By curbing all forms of collusive anti-competitive behaviour on the market and abusive conduct by dominant or monopolistic firms that exploit their market power to make monopoly profits or to drive out meritorious competition and by preventing the acquisition of market strength through mergers and acquisitions that substantially lessen competition, competition policy ensures that markets work well for consumers. In this way not only does the consumer enjoy the most competitive prices, cutting edge innovation and the widest choice but he can also exercise fully his right of 'economic self-determination'.<sup>11</sup> Moreover, in recent years, competition policy has sought market liberalisation by opening up to competition certain sectors that were previously run by monopolies such as the telecommunications sector, thereby bringing in new competitors and resulting in more and better services at lower prices for consumers.

11. However, the Division believes that competition policy alone will not fully safeguard consumer interests. It is useless having the lowest prices in the market and quality products if these products are unsafe and may harm consumers; or if having suffered personal injury or damage to property as a result of the product the consumer is unable to obtain adequate compensation and redress. It is also useless to have a wide choice for consumers if the consumer cannot make a properly informed choice because of a lack of price information on the shelves or a lack of clear and adequate labelling on the products or because misleading advertising or claims by salesmen lead consumers to make the wrong choices. Competition policy provides no safeguards against these market failures or imperfections. Nor does it provide protection against unfair terms in standard consumer contracts accepted unknowingly or reluctantly by the consumer or against contracts concluded by consumers at a distance from the supplier (e.g. over the Internet) on the basis of incomplete information on the product and on the trustworthiness of the supplier. Nor does it safeguard against practices such as doorstep selling and aggressive timeshare selling which surprise and pressure consumers into making the wrong choices.

12. This is where consumer policy comes in. Through laws that more directly intervene and regulate the relationship between trader and consumer, they ensure that in a competitive market the consumer can make a well-informed choice, that his weaker position in the market vis-à-vis the supplier does not prejudice his interests and that effective remedies exist when his economic interests are prejudiced.

---

<sup>10</sup> 'Fair Trading: The next step forward ...' DOI November 1993 at 2.

<sup>11</sup> In the sense that he can, through his purchases, choose the products and services that best accord with his needs and thereby send a signal to the producer as to what he values and needs most. In markets where the prices and the output and choice of products is not dictated by traders through their collusive behaviour and exercise of market power, the producer must 'listen' to the consumer and be sensitive to his demands resulting in producers supplying the market with the products that are most valued and needed by consumers.

Consumer laws impose safety, accountability, market transparency and information and fairness requirements on traders in their transactions with consumers such as the laws on product safety, product liability, labelling, unfair contract terms, unfair commercial practices and so forth. Thus, in tandem, the application of competition law and consumer law can guarantee adequate protection for the consumer. And this complementarity is manifested in the dual function played by the Consumer and Competition Division.<sup>12</sup>

## 6. Consideration of Consumer Interests in Competition Policy

13. It was stated above that consumers are merely the *indirect* beneficiaries of competition policy. However, there are three instances where the competition rules in Malta take specific and direct account of consumer interests. In the case of anti-competitive agreements and concerted practices, the Competition Act provides that restrictive agreements or practices would not infringe the provisions of the Act if they generate enough efficiency gains to outweigh the negative effects on competition, provided that 'consumers' get 'a fair share' of these benefits.<sup>13</sup> In the application of this 'pass-on' requirement the Consumer and Competition Division resorts to the European Commission's Notice on the Application of Article 81(3) EC for guidance.<sup>14</sup>

14. The same consumer welfare approach is to be found in the Control of Concentrations Regulations that require the Office for Fair Competition to take into account *inter alia* 'the interests of the intermediate and ultimate consumers' in appraising the legality or otherwise of notified concentrations.<sup>15</sup> Moreover, in its appraisal of the concentration's effect on competition the Office may take into account the development of technical and economic progress only to the extent that this is 'to consumers' advantage'.<sup>16</sup> Furthermore, though an anti-competitive merger may be 'saved' by claims that it will (or is likely to) generate efficiency gains that will be greater than and will offset the effects of any prevention or lessening of competition resulting (or likely to result) from the concentration, these claims will be successful in clearing the merger only if the undertaking concerned proves to the satisfaction of the Office that such efficiency gains *inter alia* are 'likely to be passed on to consumers in the form of lower prices, or greater innovation, choice or quality of products or services'.<sup>17</sup> This ensures that mergers that create a national champion but confer no concomitant benefits for consumers would not be approved on the basis of this efficiencies defence.

15. Thirdly, the Competition Act specifically includes as an abuse of a dominant position (i) the limitation of 'production, markets or technical development to the prejudice of consumers'; (ii) the refusal 'to supply goods or services indiscriminately in order to eliminate a trading party from the relevant market to the prejudice of consumers' and (iii) the charging of excessive or unfair prices taking into account *inter alia* of 'the importance of the product to consumers'.<sup>18</sup> Thus, in the latter case, the degree of satisfaction that consumers expect from a product and the extent to which it meets their needs might determine whether the price is deemed to be excessive or not.

---

<sup>12</sup> E. Buttigieg 'Consumer and Competition Policies: Synergy Needed' (2005) 15 Consumer Policy Review 192.

<sup>13</sup> Article 5

<sup>14</sup> Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty [2004] OJ C101/97.

<sup>15</sup> Regulation 4(2).

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Regulation 4(4).

<sup>18</sup> Article 9.



16. In respect of exclusionary abuses, it is felt that it is important that the long-term consumer interests rather than the short-term consumer gains be taken into account in assessing practices such as below-cost pricing, fidelity rebates or bundling of products/services that might appear attractive to the consumer in the short term but may result in higher prices and lesser consumer choice in the long term.

17. Unfortunately, private enforcement of competition law in Malta remains virtually non-existent. The competition law provisions do not contemplate an action for damages for breach of the competition rules when this results in damages for competitors or consumers. Thus, consumers may only have recourse to the general tort provisions of the Civil Code<sup>19</sup> which of course do not cater for the particular difficulties that a damages action in the competition law field may give rise to. So to date there has been no case where an action for damages was instituted for breach of competition law. Moreover, class actions and representative actions are not possible under Maltese law and consumers shun from seeking relief individually.<sup>20</sup>

## **7. Interaction between Consumer Policy and Competition Policy in Malta**

18. Consumer policy in Malta really took off only with the enactment of the comprehensive Consumer Affairs Act in 1994. This Act not only set up the existing consumer related bodies, namely the Department of Consumer Affairs, the Consumer Affairs Council and the Consumer Claims Tribunal, but has also served as a kind of consumer code because over the past 13 years new provisions have been regularly added to it to extend the scope of consumer protection to new areas. Likewise, competition policy is also relatively young as the competition regime was also introduced in Malta in 1994 with the enactment of the Competition Act that set up the Office for Fair Competition and the Commission for Fair Trading. Throughout these thirteen years there have not been any notable instances of conflict between the decisions taken by the enforcement agencies or between the policies formulated by them and after the two agencies were joined in 2001 the likelihood of conflict is even more remote.

19. Since 2000, consumer policy in Malta has been largely driven by EC initiatives and so it cannot be said that consumer policy measures have been overprotective of consumers, such as to themselves create barriers to trade for competition. Indeed, the consumer yardstick used in most instances has been the 'average consumer' benchmark rather than the 'vulnerable consumer' benchmark. Still, in some sectors, such as the liberal professions, restrictions, traditionally justified on the grounds of ensuring the integrity of the profession and protection of clients' interests, continue to mute competition in these sectors. The Division is in fact conducting an inquiry into such sectors to determine whether and to what extent such restrictions may be justifiable, with a view to striking the right balance.

20. A consideration that is particular to Malta, given the very small size and insularity of its market, is that in some economic sectors high levels of minimum efficient scales of operation might be required for survival or efficiency and so opening such sectors to unbridled competition might not be in the interests of consumers. It can be argued that, in a small market economy as that of Malta, competition law should attempt to strike an optimal balance between structural efficiency and competition so that firms may operate at efficient scales and pass some or all of the benefits arising from efficiency on to consumers. For small economies productive and dynamic efficiency considerations need to be given major importance,

---

<sup>19</sup> Chapter 16 of the Laws of Malta.

<sup>20</sup> See Malta report by Muscat and Cachia in Ashurst (D Waelbroeck, D Slater and G Even-Shoshan), 'Study on the Conditions under National Law of Claims for Damages in Case of Infringement of EU Competition Rules' 31 August 2004:

[http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions\\_for\\_damages/national\\_reports/malta\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/national_reports/malta_en.pdf)

given their small size. Some form of consolidation and concentration may be a necessary evil in order to attain efficiency.<sup>21</sup>

21. It could also be argued that, in small economies, in some cases, letting joint dominant oligopolists indulge in discriminatory practices may be to the advantage of the consumer. As Gal opines, in oligopolistic markets discriminatory pricing may work against rigid oligopolistic price structures and could result in lowering prices to the benefit of the consumers.<sup>22</sup> Indeed, Gal is also of the opinion that in such economies discounts are generally to be encouraged and she argues that: ‘To forbid them would often reduce efficiency and slow reactions to changed market conduct ... Discrimination in small economies, thus, merits a deeper analysis of its real effects on the market.’<sup>23</sup>

22. It has been noted<sup>24</sup> that while in large economies, structural remedies such as vertical and horizontal disintegration are generally resorted to in order to increase competition in the market and avoid market power, in smaller economies because of the high incidence of market failure and problems associated with economies of scale, structural remedies may not be appropriate and therefore small jurisdictions should not slavishly pursue such policies. Small economies may have to tolerate a smaller number of players in the market and hence some amount of market power. Therefore, the focus of competition policies in such economies should be on conduct behaviour, to ensure that firms do not operate in such a way as to reduce consumer welfare.

23. In small market economies, acknowledging efficiency claims and properly weighing them against perceived anti-competitive effects in all aspects of competition oversight is essential. Collaborative or unilateral action or consolidation through external growth might be crucial for operators in small economies to reach the minimum efficient scale of operation and thereby operate efficiently and optimally for the benefit of consumers. Thus, it has been observed that it is advisable for competition agencies in small market economies to recognise the importance of the realisation of scale economies to increase productive and dynamic efficiency while balancing this with the need for competitiveness. In such economies, competition policy should be sensitive to the constraints facing operators in such small markets and if and where necessary even trade off competition for improved efficiency.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> See OECD Third Global Forum on Competition 2003 and M.S. Gal *Competition Policy for Small Market Economies*, Harvard University Press.

<sup>22</sup> M.S. Gal ‘Size does matter: The Effects of Market Size on Optimal Competition Policy’ (2001) 74 *University of Southern California Law Review* 1437, 1467.

<sup>23</sup> *Ibid.* See also E. Buttigieg ‘The Notion of Dominance and the Control of Abusive Pricing under Maltese Competition Law’ (1999) 19 *Bank of Valletta Review* 1.

<sup>24</sup> L. Briguglio and E. Buttigieg ‘Competition Policy in Small Jurisdictions’, paper presented at the Research Symposium ‘Political Economy Constraints in Regulatory Regimes in Developing Countries’, New Delhi India, March 2007.

<sup>25</sup> *Ibid.*





## CONTRIBUTION FROM PAPUA NEW GUINEA

## INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

### -- Papua New Guinea --<sup>(\*)</sup>

#### 1. Competition and Consumer Protection- Papua New Guinea goes its own way

1. PNG has been an independent nation since 1975. For many years it was thought that the economy had not developed enough to warrant competition law. There was some limited consumer protection law and price control. Furthermore with most utilities being provided by the national Government time was not ripe for competition law.

2. However, with the move to privatisation of some utilities and the development of the PNG economy, competition law was introduced. That process commenced in 1996.

3. In 2002 the PNG Parliament enacted *the Independent Consumer and Competition Act 2002*. It created the Independent Consumer and Competition Commission (ICCC). The ICCC, the consumer protection provisions and the regulatory provisions came into effect on 16 May 2002. The competition provisions did not come into effect until 16 May 2003.

4. The PNG Act is similar to the Australian Trade Practices Act 1974 and the NZ Commerce Act 1986. It has some provisions from both. The institution, the ICCC, has substantial similarity to the Australian Competition and Consumer Commission.

5. However there are some important differences between PNG law and Australian and NZ law.

6. The law is tailored to meet PNG needs. In particular there are extensive provisions on regulatory contracts that are to be entered into by PNG monopoly utilities. There is also the provision of price control.

7. In effect the ICCC Act has an overall competition and consumer protection mix. In addition the Act has extensive and some unique provisions relating to essential utilities which affect the bulk of PNG consumers.

#### 2. Competition Provisions of ICCC Act

8. The competition provisions cover the following;

- price fixing - such conduct is per se prohibited.
- any other contract, arrangement or understanding that substantially lessens competition.
- resale price maintenance

---

<sup>(\*)</sup> This paper was prepared by Thomas Abe, Commissioner/CEO, Independent Consumer and Competition Commission, Papua New Guinea.

- contracts containing exclusionary provisions -, namely primary boycotts by competitors; but it does not apply if it does not substantially lessen competition.
- the Act does not specifically pick up exclusive dealing but the provision on anti- competitive arrangements is broad enough to pick up such conduct. It is not limited to conduct between competitors, it simply applies to all contracts, arrangements and understandings.
- misuse of market power- there is a prohibition on the taking advantage of market power to damage or eliminate competitors.
- business acquisitions which lead to a likely substantial lessening of competition.

9. These prohibitions can be enforced by the ICCC as regulator, or by private legal action by an affected party.

### **3. Clearance and authorisation**

10. The Act provides for both clearance and authorisation in relation to mergers and has some set time limits for both. In relation to merger clearances the ICCC has 20 days from date of application to make a decision; in relation to merger authorisations it has 72 days. If the ICCC does not make a decision within the required time frame, the clearance or authorisation is deemed to be granted. Clearance is where the ICCC is requested to declare whether or not a merger may result in a substantial lessening of competition. Authorisation is available where a merger which may be in breach of the law can be allowed to proceed on public benefit grounds.

11. Authorisation is also available for all other anti-competitive conduct, except taking advantage of market power. The 72 day time limit does not apply to non merger applications.

12. To date the ICCC has had a number of merger clearance/authorisation applications The ICC has allowed most such applications to proceed, however one merger has been blocked and others allowed subject to conditions. A small number of authorisation applications for anti-competitive arrangements have also been adjudicated. However, to date there have been no legal proceedings instituted in the Courts in relation to these competition provisions.

13. In a small non trade exposed economy such as PNG there is a very high likelihood that most mergers will substantially lessen competition. Further, conduct such as resale price maintenance, price fixing between competitors and exclusive arrangements that have no doubt been prevalent in PNG for many years are now either clearly unlawful or potentially unlawful.

### **4. Consumer protection provisions of the ICCC Act**

14. The ICCC Act has important consumer protection functions, these are:

- Promoting and protecting the bona fide interests of the consumers and businesses in relation to the acquisition and supply of goods and services;
- Making available any information in relation to matters affecting the interest of consumers and businesses, including information with respect to the rights and obligations of persons under Papua New Guinea laws that are designed to protect the interest of consumers;

- Investigating complaints concerning matters affecting or likely to affect the bona fide interests of consumers and businesses in relation to the acquisition of goods and services and to enforce compliance with laws relating to such matters;
- Strong provisions relating to product safety and recalls;
- The ICCC Act sets out a number of consumer rights, but (except in the case of product safety and recalls) it does not provide any legal redress through the Courts for breach of these rights.

15. Furthermore the ICCC administers national trade measurement and packaging laws.

## **5. Regulatory and price control provisions of the ICCC Act**

16. The ICCC Act has extensive regulatory and price control roles. This is seen as a critical area of consumer protection in PNG.

17. PNG regulatory contracts relate primarily to utilities and amount to a contract between the utilities and PNG community. For example such contracts exist in relation to power, ports, telecommunications and postal service

18. The Regulatory contracts are developed and enforced and reviewed by the ICCC. The contracts relate to pricing, service standards, capital expenditure, innovation and increased efficiencies.

19. Price control has been rolled back in recent years, and price monitoring has been introduced as an alternative to price control. While the number of goods and services covered by price controls has been much reduced, it still applies to some basic commodities used by PNG citizens. For example price control or price monitoring exists in relation to fuel, passenger transport services, rice and flour.

20. In addition to the regulatory contracts, the ICCC conducts regular reviews of sectors of PNG industry and advises the Government on possible changes to regulation or policies generally. Recent reviews include petroleum, energy, coastal shipping, water and sewage, airlines, and general insurance, amongst others.

## **6. The ICCC**

21. The ICCC is the only national regulatory body that acts as a consumer and business watchdog. The provisions of the ICCC Act apply to all businesses in Papua New Guinea including government enterprises. The ICCC Act also applies to conduct outside PNG which affects the PNG market.

22. The Commission consists of a full time Commissioner and two part time Associate Commissioners. One such Associate position is allocated to an overseas competition/regulatory expert.

23. Thomas Abe is currently the Commissioner as well as the Chief Executive Officer and has also been the ICCC General Manager since its inception in 2003.

24. In fulfilling this primary role, the ICCC performs a number of functions, in addition to those mentioned in paragraph 14 above, they include;

- Functions relating to price regulation, regulatory contracts, industry regulation and other matters as conferred on the ICCC by or under the ICCC Act or any other Act, including issuing, administering and enforcing regulatory contracts under the Act. This includes licensing and other

regulatory functions under industry specific utilities legislation such as the Telecommunications Act and the Electricity Industry Act;

- Promoting and protecting competition in the market and enforcing compliance with laws relating to anti - competitive behaviour in Papua New Guinea in accordance with Part VI of the ICCA Act;
- Monitoring the operation of, and review from time to time, the codes and rules relating to the conduct or operation of regulated entities;
- Advising and making recommendations to the Minister in relation to any matter referred to the ICCA by the Minister; and to advise and make recommendations to the Minister with respect to any matter connected with the ICCA Act or with respect to any matter connected to any other Act which confers functions on the ICCA; and

25. In performing its functions and exercising its powers under the ICCA Act, the ICCA will have regard to the following primary objectives:

- Enhance the welfare of people through the promotion of competition and fair trade and the protection of consumers' interests;
- Promote economic efficiency in industry structure, investment and conduct; and
- Protect the long term interests of people with regards to the price, quality and reliability of significant goods and services.

26. Three **priority** areas for ICCA are;

- First, informing all stakeholders about the ICCA Act and the roles and functions of ICCA. This is important because the work of ICCA is new and there are a large number of people across the country who has yet to become aware of the ICCA and the ICCA Act.
- The second priority area is to achieve compliance with the ICCA Act. Many small and medium businesses are still ignorant of the ICCA legislation. Hence strict enforcement of the Act has not yet been applied. This also applies to some of the compliance requirements that are placed on regulated entities.
- The third priority is to mobilise ICCA resources efficiently and effectively to achieve desired outcomes. This includes human resource capacity strengthening and having the correct IT capacity in place to enhance our core functions.

## **7. Interaction between the ICCA's competition, consumer protection and regulatory roles**

27. While bearing in mind that the ultimate goal of competition is to enhance consumer welfare, it is clear that another part of the story is consumer protection. In fact, the view of the ICCA is that consumer protection issues are an integral part of competition policy.

28. The ultimate objective of both competition policy and consumer protection is to enhance consumer welfare by ensuring that consumers have greater choice in terms of price, quality and service. In this goal the ICCA sees its regulatory roles as essentially consumer protection goals and then competition



goals. PNG is a small economy and competition is not always possible but consumer protection is essential.

29. The competitiveness of a market affects the level of consumer protection required. In PNG we strive for competitive and informed markets but that is not always possible, hence the reliance on regulatory involvement and, in some limited cases, price controls.

30. In circumstances where there is little or no competition in the market (e.g. in a natural monopoly situation such as a telephone or electricity utility, **and particularly in small economies that tend to have less competitive markets**) there may be greater justification for intervention to ensure that consumer welfare is maintained because consumers are not driving the market.

31. In short, the amount and type of consumer protection regulation there should be depends on the competitiveness of markets. In highly contested markets, regulation should be only introduced with great care, while in markets where there is little or no contestability, some form of regulation may be more readily justified.

32. Given the high degree of interaction between the two policies, it is not possible to determine competition law policies and consumer protection policies in isolation. It is not only possible, but necessary, to administer these laws in harmony to achieve the ultimate goal of consumer welfare.

## **8. Importance of competition policy to a small economy**

33. Competition policy, which is appropriately designed and effectively enforced, can be more important in small economies than in larger ones.

34. Small economies can support only one or two competitors in many industries, because of the small size of the markets. Openness to trade is a good solution to many of the problems of small size, because it enlarges the market. But competition policy also plays a crucial role in regulating market activity:

- it helps trade by reducing barriers to both foreign importer entry and domestic product exports;
- it plays a critical role where exposure to international trade is not sufficient to solve a small economy's efficiency problems, including markets for services rather than goods; and
- where artificial trade barriers (such as tariffs) are not reduced, competition policy is an alternative for regulating 'closed' small markets.

35. However, since competition policy is adopted to address various failures of the market, the policy should be carefully designed to deal effectively with the unique obstacles to competition that are present because of the small size of the economy.

36. The main goal of competition policy in small economies should be to promote efficiency. But when considering competition policy for small economies you are faced with a dilemma.

37. On the one hand, large firm or plant size may be required in order to achieve efficient scales of production, so it may be that only one or two firms can operate in an industry in order to achieve efficiency.

38. But on the other hand, the high level of concentration, or even monopoly control, of a market that results can lead to certain types of industry behaviour that is very damaging to efficiency. It is such

situations that may require greater intervention by the regulator than would be needed in larger economies where larger scale production can be undertaken in a competitive domestic market.

## **9. Dual system v Single agency**

39. PNG has chosen a single agency model, where the agency operates largely independently of government direction or political influence.

40. To some extent this is because of what it observes in Australia and New Zealand and Asian counterparts.

41. However a critical reason is the belief that competition law, consumer law and regulatory control are all part of the same goal - the protection of consumers.

42. Furthermore PNG is a small economy and does not have the financial resources or skills to have a dual or multiple agency model.

43. The Single Agency model suits PNG both for policy and practical reasons.

## **10. Competition in the market and No frills version of products**

44. PNG does not have any specific laws aimed at the encouragement of no frills products.

45. However, as a developing economy, the market itself calls for such products, which is encouraged by the ICCC. But the range of no frills products available in PNG is still small.

46. In its regulatory role the ICCC is very much aware of the need to have products that the PNG consumers can understand and that PNG businesses can promote.

## **11. Convergence of global competition and consumer policies**

47. PNG would welcome such a move and points to its role in regulation in interests of the consumer. Competition agencies often criticise such a role but it is suggested that more thought be given to the impact of concentrated or non competitive markets and how consumers are protected in such cases. Competition will not do it in such environments.

48. PNG as a member of the East Asia and Pacific Regulatory Forum is continuing to advocate a better understanding of such issues (Thomas Abe, the Commissioner/CEO of ICCC has been the EAPRF pioneer Chairman since the formal inception of the organisation in 2003.)

## **12. International cooperation between competition authorities and consumer representatives**

49. The ICCC is very open to international cooperation. It is a member of the East Asia and Pacific Infrastructure Regulatory Forum, it has a cooperation agreement with the ACCC and has the observer status on the Australia/New Zealand Consumer Products Advisory Committee.

50. It is keen to be part of any global or regional dialogue with consumer representatives and is receptive to learning from consumer groups of how best to administer competition law in the interests of consumers.

51. In PNG consumer representative bodies are in their infancy and hence inputs from consumer representatives in other developing countries and OECD members would help.

**13. Conclusion**

52. PNG is a newcomer to the global competition and consumer agency community.

53. Its law is modelled on well known models but its administration has a PNG bias.

54. Competition law aims to assist consumers but if the market does not foster competition, other instruments must be used to assist the consumer. In PNG that includes regulation of monopolies, including price control.

55. Such regulation is regularly reviewed to keep up with market changes. It is basically seen as a prelude to competition but in PNG we are not prepared to wait for competition to help the consumer. We see the need for other measures in the meantime.



## CONTRIBUTION FROM POLAND

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- Poland --

### 1. Introduction

1. A free market governed by an invisible hand is an “out-of-the-book” example of Max Weber’s ideal type. It constitutes a model, which actually does not exist, such as the perfect competition does not exist. It does not exist because the same mechanisms that constitute them – e.g. maximising of profit – lead in certain cases to their depravation, for example, when the entrepreneurs recognise after the calculations that it is more profitable for them not to compete instead of conducting a price war. Or when the maximising of profit takes place at the cost of health or economic interests of the consumers.

2. Presently, there is a clear consensus as to the necessity of legal protection of competition and the consumers – as the condition *sine qua non* of economic freedom. The question remains whether these values should be protected jointly or separately.

### 2. The institutional model – the pros and cons

3. The institutional model accepted by the Polish legislator 11 years ago – joining in one governmental entity the antitrust and consumer protection policy – was very innovative at the time. Its acceptance resulted partly from the process of adaptation of the national legal system to the *acquis communautaire*. However, most importantly, the process constituted a consequence of the development of the market, which suffered from the lack of an institution articulating the consumer interests whose awareness has raised significantly.

4. In 1996, the consumer protection became in Poland an independent policy and an important issue in the agenda of the Polish Council of Ministers. Entrusting its implementation to the agenda responsible for antitrust policy brought measurable benefits – allowing for leading both policies from a wider perspective, considering the impact of the decisions issued in one area onto the other and using the synergy effect.

5. Beyond a shadow of doubt, the enforcement of both policies under one roof provides for a high level of coordination of the enforcement activities. Any irregularities in the market functioning within the jurisdiction of joint enforcement agency can be analysed together from the point of view of the competition policy as well as assessing the effects they might have on consumers’ welfare leading to an effective counteracting of any practices, which might have a negative impact in both fields. Furthermore, an effective exchange of experiences and ideas between the experts responsible for enforcement of each policy within the agency is provided, as the joint enforcement constitutes a perfect platform for cooperation.

6. The enforcement of both policies in one body leads to a greater understanding in implementation of the policies, due to the fact that joint supervision over those policies provides one common President of the Office of Competition and Consumer Protection (OCCP) with competences for adjusting the structure of activities carried out within each of the policies in a way, which will not only eliminate any potential

clash and overlapping of competences but also give grounds to the emergence of a substantial comparative synergy.

7. The synergy between competition policy and consumer protection policy also means transfer of solutions, which proved to be useful in one area to the other. The new antitrust act<sup>1</sup> on the basis of which the Polish Office of Competition and Consumer Protection has been operating since April 2007 provides for, *inter alia*, enabling the President of the OCCP to impose financial penalties on the undertakings who apply practices infringing collective consumer interests amounting to 10% of their income from the previous year. The Act on competition and consumer protection in its previous form did not provide for such possibility.

8. According to the practice of the Office, this solution proved to be good in case of competition restricting practices – financial sanctions in this amount have a repressive and preventive role. Introduction of analogous sanctions as in the case of the activities conflicting with the antitrust regulations contributes to an even more effective fighting of the most common and severe cases of infringement of consumer economic interest.

9. The synergy resulting from bringing together the two policies also means a substantial reduction of state budget costs. The savings are generated through a joint administration, analytical and research projects, training, as well as lower costs of hiring various experts.

10. Advantages of implementing both policies by one central body are noted also by the entrepreneurs as well as consumer NGO's. However, in the opinion of the latter, there are also some drawbacks to this form of institution.

11. It is considered that in some cases the OCCP is not sufficiently authorised. The Office sometimes does not possess the sufficient means or is not able to take certain actions to influence other public institutions, which often creates provisions with direct or indirect impact on consumers and entrepreneurs' rights.

12. According to the municipal ombudsmen and consumer organisations, competition protection dominates over consumer protection. There is a belief that a central institution for competition and consumer protection would grant consumer protection a higher status if it were equipped with the appropriate statutory competences, and would strengthen the position of consumer ombudsmen whose work in the poviats<sup>2</sup> raises some doubts. The reason for this opinion is that the entrepreneur's interests are believed to be better protected than the consumer interests, and thus a central institution dedicated only to consumer protection would make it possible to balance the powers and the opposing interests of these two groups.

13. Unsurprisingly, the representatives of entrepreneurs claim the things go in reverse. They emphasise that the Office's concern lies in consumer protection only.

### **3. How competitive markets can promote consumer interest - examples from the Office's practice**

14. Still today, joint coordination of competition and consumer protection policies is not a common solution. However, all agree that consumer interests must be considered in the implementation of the

<sup>1</sup> [Act of 16 February 2007 on competition and consumer protection \(Journal of Laws of 2007, No. 50, item 331\).](#)

<sup>2</sup> Unit of administrative division of the territory of Poland. They constitute part of a region.

antitrust policy. With the experience of the Chicago school, no one questions that the only and final objective of the pro-competitive legislation is consumer welfare. Competition contributes to the increase of effectiveness of management and technical and economic progress. It also contributes to the improvement of goods and quality of services and at the same time to the reduction of their prices. As a consequence, consumers may acquire products on favourable conditions, and what is more important, their choice increases. Therefore, one could say that the final beneficiary of the market competition is always the consumer and the number of competing suppliers constitutes an instrument for ensuring and enforcing his interests.

15. The synergy between the policies is to be best seen in practice, when the effects of competition restricting practices directly influence the situation of the consumers. Examining several cases carried out by the OCCP proves this thesis.

16. As an example, in January 2007 the OCCP issued a decision declaring unlawful the practices applied by twenty banks consisting in jointly setting the fees collected on transactions made with Visa and MasterCard cards. The Office investigated the method of establishing the *interchange* charges (commission from every non-cash transaction, which the bank collects from the seller) and revealed that the amount of the *interchange* charge was not based on real costs incurred by banks for the development and functioning of the payment system. It had been established by the undertakings that came to agreement to keep high income from each transaction with the Visa and MasterCard cards. In the opinion of the Office, the payment established in this way constitutes a kind of a tax imposed on retailers offering goods and services, who lose a certain amount at each transaction paid with the payment card in favour of the card-issuing banks. Economic expenditures of transactions services incurred by the stores, which accept credit cards usually translate into differences in higher prices for consumers, even those paying with cash. Actually, costs of using credit cards pertain to all market participants, even though they might be unconscious of such situation. To restore competition on the market, the President of the Office ordered the banks – participants of Visa and MasterCard systems - to discontinue immediately the disputed practices. According to the OCCP, non-cash transactions can be settled at nominal value, without deducting the *interchange* fee.

17. Often while conducting an antimonopoly proceeding (e.g. in the case of abuse of dominant position) the Office takes into consideration the fact that the undertaking may also recourse to an unlawful activity prejudicial to collective consumer interests. An example of such “two-fold stroke” is the proceeding carried out in one of the OCCP’s regional branches against a water-supply enterprise operating on the regional market in the Lubelskie region. The proceeding embraced an abuse of dominant position consisting in the application to equivalent transactions with third parties of not homogenous agreement terms and conditions, thus creating for the parties diversified conditions of competition. Furthermore, it was found that the practice was harmful to the consumers, who were offered different prices for exactly the same product (water). That is why, a proceeding referring to practices violating collective consumer interests was conducted at the same time and one decision elaborating on both competition and consumer aspects was issued. Worth mentioning is the fact that the proceeding was initiated upon a motion submitted by a consumer.

18. On the whole, it may be said that the Office conducts antimonopoly proceedings in the interest of the entrepreneurs. By combating illegal practices of some companies we enable other ones to conduct their activity in an orderly way, raising their competitiveness. This results beneficial to the consumers.

19. Another remaining question that remains refers to the influence of mergers on the situation of the consumers on the market. Should the consumers be afraid of an acquisition or a takeover or should they be glad about a merger taking place? The answer to this question is ambiguous.

20. From one point of view the undertakings joining their powers may offer better quality of products, develop technology, and even lower the prices of services. From a different perspective, there are some instances, where as a result of a merger the competition is eliminated and this can lead to a monopoly. A monopolised market can result detrimental to consumers, due to the independence of activity of the undertaking on the market.

21. The President of the OCCP rarely refuses clearance for mergers as, on the whole, they may be treated as beneficial. However, often conditional clearances are issued. Considering the effects that the merger may cause on a relevant market, the President of the OCCP always examines not only the impediments to competition, but also the consequences to the consumers.

22. As an example, in 2006 the President of the OCCP banned a merger between companies from the spirit branch. The takeover of the company Jablonna by Carey Agri would seriously restrict competition on the national market of flavoured vodka. Taking over control by Carey Agri, one of the biggest producers of this beverage in Poland, would lead to the creation of the biggest entity on the flavoured vodka market. Such a strong position would allow the undertaking to prevent efficient competition, thus enabling it to act in a significant degree independently from the competitors, the contracting parties and most of all from the consumers. The decision of the President of the OCCP probably prevented a vodka price increase, thus was beneficial to consumers.

#### **4. How effective consumer policy can assist the competitive process**

23. The awareness that an effective competition is not possible without an effective consumer protection policy is growing. The effect of such opinion is for example the Directive 2005/29/EC of the European Parliament and Council on Unfair Commercial Practices. According to its preamble it – “approximates the laws of the Member States on unfair commercial practices, including unfair advertising, which directly harms consumers’ economic interests and thereby indirectly harms the economic interests of legitimate competitors.” The European legislator, accepting this act aiming at convergence of national regulations protecting the economic interest of weaker market participants considered also the impact it would have on the situation of the entrepreneurs and competition on the market.

24. An efficient system of protection of weaker market participants eliminates unreliable entrepreneurs, which reduces the prices at the cost of the quality or safety of their clients.

25. The postulate for the necessity of consideration of the impact of the policies on each other and running activities in a wider context maintains its validity especially during the construction of the instruments for consumer protection. We always have to consider that in this scope, it is the competition that is a very significant if not the most significant instrument. When competition is weak, the entrepreneurs may maintain higher prices and lower the level of innovation and they can offer worse quality of goods since they are not under pressure of other entities operating on a given market. Such situation is disadvantageous for the consumers and for the entire economy.

26. Of course we can consider circumstances in which attention to competition is against the customers interests. We can imagine such situation studying for example the sales below the costs. This practice, which infringes the antitrust law, brings benefits to the consumers; however, they are only illusory. The prices are reduced only for a short period. After the elimination of the competitors from the given market, they return to the previous level and often exceed it.

27. In this context, balancing the pros and cons of following a more competition approach or a more consumer-oriented protection should be followed by a thorough analysis of the economic situation and revised from a wider national perspective.



## **5. Conclusions**

28. Competition and consumer protection are closely linked to each other and they cannot be considered separately. Both areas of activities complement each other and influence each other. On one hand, the more competition protection policy is protected, the larger is the care for interests of the weaker market participants, and the level of their service becomes an element of competitive advantage of the entrepreneur. On the other hand, consumer protection policy contributes to the implementation of competition protection policy, since it imposes on the business entities specified behaviours towards the consumers.

29. The experiences of the Office of Competition and Consumer Protection show that placing the implementation of competition and consumer protection policies side-by-side brings numerous benefits. It is worth noticing similar development tendencies – in particular at the Community level. The Community competition rules (in particular Articles 81 and 82 of the EC Treaty) from the very beginning considered consumer interests. Due to that, both the European Commission and the Community courts could, in their settlements, refer to the position of the consumer on the common market. This possibility became a necessity after the entering into force of the Amsterdam Treaty. In its Article 152(2) it states that the requirements for consumer protection are considered at determination and implementation of other policies and measures of the Community. Therefore, there is no doubt that consumer protection is to be an element of all the policies significant for consumer protection, in particular competition policy. This is the path pursued by the Office of Competition and Consumer Protection.



## CONTRIBUTION FROM PORTUGAL

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

### -- Portugal --

#### 1. General Remarks

In Portugal, the fundamental aim of competition policy is drawn directly from the Constitution of the Portuguese Republic, in which article 81, e) gives the State a primary duty *“to ensure the efficient operation of markets in such a way as to guarantee balanced competition between businesses, counter monopolistic forms of organisation and repress abuses of dominant positions and other practices that are harmful to the general interest”*. Likewise, article 81, i) of the Constitution also includes, among the primary economic and social duties of the State, *“To guarantee consumer rights and interests”*. Furthermore, consumer rights are enshrined in article 60 of the Constitution of the Portuguese Republic, which states that 1) *“Consumers shall be entitled to good quality of the goods and services consumed, to training and information, to the protection of health, safety and their economic interests, and to reparation for damages”*; 2) *“Advertising shall be regulated by law and all forms of concealed, indirect or fraudulent advertising shall be prohibited”*; and 3) *“Consumers’ associations and consumer cooperatives shall be entitled under the law to receive support from the State and to be heard in relation to consumer-protection issues, and shall possess legitimatio ad causam in defence of their members or of any collective or general interests”*.

The two aforementioned ‘Primary duties of the state’ are implemented through two diverse legislative frameworks and entrusted to two different Agencies. The Portuguese Competition Authority (PCA) was created to enforce the Competition Act, to promote compliance with competition law and policy, and to guarantee the respect for the principles of a market economy and free competition thus ensuring the functioning of efficient markets and taking into account consumer interests. Additionally, the substantive framework of the Portuguese Competition Act reflects the content of European Community competition rules and, to that extent, is a key instrument in fully implementing the internal market and giving Portuguese consumers access to the benefits of the Community-wide market.. The PCA is an independent and financially autonomous administrative body, with regulatory powers over all sectors of the economy, including the regulated sectors, the latter in cooperation with the relevant sector regulators. Portugal is a country in which a culture of competition still needs to become further ingrained – often starting with consumers themselves. In this sense, the Decree-Law No 10/2003, which set up the PCA and approved its statute, established the development of a Competition Culture as one of the Authority’s key goals.

The Consumer Directorate-General (Consumer DG) promotes and protects consumer rights, defines, creates and executes Portuguese Consumer Policy with the aim of ensuring a high level of consumer protection. It has the responsibility for promoting policies to safeguard consumer rights and for coordinating and implementing measures to protect, inform and educate consumers, as well as for supporting consumer organisations. In relation to advertising, the Consumer DG is the public body with a general responsibility for monitoring and for bringing proceedings for administrative irregularities. The Consumer Directorate-General is not, however, a regulatory body.

The first Portuguese law on consumer protection, dates from 1981 (Law 29/81), and started a new era of legislative and institutional framework in this field until today’s Law 24/96. Nevertheless, Portuguese

consumer protection still needs to be further enhanced in different areas. An example of that is the recent approval of an amendment to the Law on Services of General Economic Interest, which recognises specific rights to consumers, enlarging its scope of application.

Although different in nature, the interplay and complementary between competition regulation and consumers protection is reflected in that competition regulation fosters the welfare of society in general and of consumers in particular. Competition law enforcement ensures that both intermediate users and final consumers have a vast range of competitive options to choose from, both in terms of better value for money and the available supply.

Reciprocally, consumer rights enforcement allow for active and informed consumers which enhance competition and play a key role towards more competitive markets. In fact, today, consumers can no longer be regarded as mere buyers or users of goods and services, with a solely passive role, but rather as economic partners with duties and rights just as worthy of protection as those of producers or traders. Active participation by consumers in the economy implies that each consumer should act in a responsible and knowledgeable way when acquiring goods and services, because it is his or her decisions which make producers aware of the pressures and preferences of the market.

Therefore, information and education of consumers is essential to empower and allow them to act in a responsible and knowledgeable way.

Training and access to information by the consumer is vital if consumers are to act as an informed economic agent and obtain all the potential benefits available from the market.

However, many factors can impede consumers from making the right choice. The increasing complexity of the market, the aggressiveness of sales techniques and some types of advertising can unbalance relations between consumers and undertakings.

Furthermore, both competition and consumer policies allow consumers to seek and effectively obtain redress from damages caused by anticompetitive practices. In spite of the fact that the Portuguese legal system is generally well equipped to respond to these claims, consumers still have to go a long way in order to fully access to redress mechanisms.

In this regard, an efficient platform for communication with consumers, companies and economic agents is vital and has, accordingly, been implemented by both the PCA and the Consumer DG. For instance, the PCA's website is noteworthy, with a dedicated Consumer Portal ([www.autoridadedaconcorrenca.pt/Consumidores.asp](http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/Consumidores.asp)), displaying in a timely manner full details of proceedings, merger notifications, decisions, recommendations, legislative developments, conference programmes, seminars and public speeches.

The PCA has also launched initiatives to raise awareness, directed at target groups, and the role of the media as a vital channel for access to citizens/consumers is decisive in fostering the widespread dissemination of competition issues and increasing awareness of the benefits of competition.

In the area of raising awareness and consumer training and information, the Consumer DG has a consumer portal ([www.consumidor.pt](http://www.consumidor.pt)), through which it provides information on all topics covering a range of goods and services, up-to-date legislation, information on national and international bodies active in areas linked to consumer protection, and the publication of notifications and other relevant information. Consumers can file complaints and request clarification through this portal. Also, important advices to consumers are periodically released by this tool.

The outcome of the synergies between competition policy and consumers' protection can be illustrated by three concrete initiatives undertaken by the PCA on the sectors of (i) Mobile telecommunications, (ii) Fuel and (iii) Pharmacies. These cases underline the positive results of the interaction between the PCA and the Consumer DG and how competition advocacy may foster consumer welfare.

## **2. The interplay between Competition Authorities and Consumer Protection Agencies in practice**

### **2.1. The presentation of mobile telecommunications prices**

In 2005 the PCA adopted a Recommendation regarding the presentation of mobile telecommunication prices. This represented a successful example on how cooperation between competition agencies, consumer protection agencies and business associations can lead to concrete and efficient results, where consumers and competitors are the winners (See Box 1).

#### **Box. 1: PCA Recommendation No. 2/2005, to the Government on presentation of mobile telecommunications prices<sup>1</sup>**

##### **1. Background**

###### **a. The Consumer DG input**

The contact established by the PCA with the Consumer DG emphasised the need to take action on tariff transparency in the mobile telecommunications sector, which corresponds, at the same time, to consumer protection and the promotion of competition in the market place.

It was the common view of both agencies that (i) mobile operators offer a huge number of tariff plans; (ii) this may limit the consumer's ability to make informed decisions; and (iii) the limited tariff transparency may remove the markets from the typical competitive equilibriums.

In concrete terms, mobile communication tariffs vary greatly. There is a wide range of minute-packages, post-paid plans (subscriptions) and prepaid plans (with or without a top-up requirement). Furthermore, comparing tariffs is a highly complex matter. It involves taking a vast number of variables into account, thus making comparability more difficult, as well as the choice of the most suitable tariff for each consumer. These variables include, in particular:

- the service type (with or without a subscription or top-up requirement);
- the number of minutes included in the tariff;
- the credits for calls received;
- the price of the first and additional minutes;
- the prices of each type of call (on-net and off-net for each of the other networks, off-peak times, weekends and peak times);
- the prices of calls for a pre-defined number of users;
- the prices of short message and multimedia messaging services.

###### **b. The adequate tariff choice**

A study published by DECO/PRO TESTE – a Portuguese consumer organisation – in February 2005 confirmed the difficulties that consumers face in choosing the most appropriate mobile phone tariff. It carried out a survey among 1800 associates, confirming that over 90% of subscribers do not use the tariff that minimises their mobile communication expenses.

---

<sup>1</sup> Direct link to the Recommendation and related documents in English:

[http://www.autoridadedaconcorrencia.pt/Download/recommendation2\\_2005.pdf](http://www.autoridadedaconcorrencia.pt/Download/recommendation2_2005.pdf)

The referred study revealed that, on average, consumers waste over 100 euros per year. Moreover, on average, even the consumers who said that they did not wish to change operator would save between €52 and €106 per year, depending on the operator. The figures mentioned above mean that, even without changing operator, consumers could save over 700 million euros a year if they used the most appropriate tariff for their consumption profile.

In addition, the advices of tariff plans to consumers, generally provided by the mobile operators' agents, are not necessarily impartial, even when a mixed agent (representing more than one mobile operator) intervenes. In fact, commissions and bonus schemes for these agents may influence the advice given regarding one or another operator, irrespective of that operator being the most advantageous for the consumer.

## **2. The recommendation**

Taking into account, on the one hand, the input by the Consumer DG, by DECO, as well as the European Commission's understanding of the development of competition levels in the Portuguese Market, and, on the other hand, the comparison between tariffs in other European Union Member States and the developments of the wholesale prices charged by mobile operators, the PCA issued a Recommendation to the Government proposing a strategy and suggestions that were intended to offer an effective contribution to increase competition in the sector, where three players are active: TMN, Vodafone and Optimus.

It was deemed appropriate that mobile operators should provide simulators that determine the tariff plan best suited to the usage profiles described by each consumer at their websites as well as at their agents. A minimum of data set to be included in the envisaged tariff simulators was established for the purpose of this recommendation, in order to ensure that the results of the simulation can be easily compared by the consumers.

## **3. Achievements**

Following this Recommendation, APRITEL, the business association representing the Mobile Operators, working together with PCA, set up a Protocol between its associates, committing themselves to provide easy-to-use price plan simulators in their outlets by the 1st October 2006 and at their websites by the end of 2006. The simulators contain:

- (i) The price plan that minimises the consumer's costs for the user profile specified;
- (ii) Estimates of monthly expenses for the user profile.

This action has obvious advantages for competition and the consumers, who are now able to choose their operator and price plan on the basis of directly comparable and easily accessible data.

## **3. Competition Advocacy fosters Consumer Welfare**

### ***3.1 The removal of entry barriers for new operators and dissemination of information to consumers in the motor fuel market***

The liberalisation of fuel price in Portugal is quite recent, dating from early 2004. Notwithstanding, the PCA found that it was necessary to further promote competition in the market. Acknowledging the crucial role played by consumers in choosing the most competitive offer, a broader effort to disseminate information on prices and other conditions of sale among consumers was deemed necessary. Furthermore, supermarkets, acting as non-vertically integrated fuel retailers, play a significant role in promoting competition in the market.

Consequently, the PCA addressed Recommendation No. 3/2004 to the Government concerning the removal of entry barriers for new operators and the dissemination of information at points of sales. Following the PCA's Recommendation, the Government has approved legislation that implements the proposals of the PCA.

This Recommendation from the PCA illustrates how a competition-driven measure aiming at promoting a well-functioning market can simultaneously pursue consumers' rights, in particular the right to information (See Box 2).

**Box 2: PCA Recommendation No 3/2004, to the Government on the removal of entry barriers for new operators and dissemination of information to consumers in the motor fuel market<sup>2</sup>**

The PCA presented a systematic set of recommended measures to the Government focusing on different aspects concerning legislation on motor fuel market.

**1. Market access – structural measures**

**a. Access to essential logistical infrastructure**

- Franchises and/or the assignment of the operation of port terminals used or capable of being used for the handling of fuel should always be carried out on the basis of open calls for tender, with a guarantee that their attribution neither creates nor strengthens a dominant position on the market;
- Selection should be based on a transparent and non-discriminatory process, with objective and easily demonstrable criteria;
- The transfer, under any form, of facilities (tanks or land) that are public propriety and that may be used for storing fuel should be carried out by means of a process open to all parties with a possible interest and on the basis of competitive criteria;
- In any of the situations referred to above, the period stipulated for the transfer should not be excessive and should be limited to the minimum that may be demanded for the underlying investments, so as to avoid that the restriction on competition inherent in the resulting closed market is disproportionate in relation to the objectives.

**b. New transport infrastructure**

- It is considered useful to set up a committee of representatives from public and private bodies to study and assess the situation and then present proposals that may improve the structural limitations in this area.

**c. Installation of public filling stations – regulatory changes**

- An amendment to legislation concerning the installation of petrol stations is proposed, in order to eliminate all the provisions restricting competition by preventing market access for certain undertakings, in particular, hypermarkets and supermarkets;
- The safety requirements laid down on the legislation for the installation of filling stations should be objective, universally applicable, non-discriminatory and transparent.

**d. The installation of filling stations on motorways**

- Franchise contracts for petrol stations in motorways should include the obligation of the franchisor to sublease the service areas on the basis of criteria promoting competition and thus avoid creating or strengthening individual or collective dominant positions on each of those roads;
- It should be ensured that the franchises for subsequent stations on the same motorway belong to operators with different brands.

**2. Retail prices: display and transparency – new regulations**

- The legislation should establish the obligation to display the retail prices in effect, in a way that is easily visible to drivers, in all petrol stations and for all the fuels on sale there;
- Price displays, in accordance with the preceding point, should consist of panels placed on the carriageway, outside the station, so as to allow consumers to make their fuel purchase choices before entering the station;
- For motorways, notices for the retail prices in the various stations along the route should consist of common panels placed at the main entry points and at distances to be defined by law.

<sup>2</sup> Direct link to the Recommendation and related documents in English:

[http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/Download/recomendation2004\\_03.pdf](http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/Download/recomendation2004_03.pdf)

### 3. Achievements

Following the PCA's Recommendation, the Government approved Decree-Law 170/2005, of 10 October imposing that fuel prices should be advertised outside filling stations. In the particular case of highways, signs shall be installed informing consumers about fuel prices offered in the next three service stations, as shown in the following picture:

Distance	diesel	fuel 95
2 km	0.000 €	0.000 €
00 km	0.000 €	0.000 €
00 km	0.000 €	0.000 €

#### 3.2 *Measures to reform the regulatory framework applying to pharmacies, with a view to promoting competition in the sector*

In 2006, the PCA issued Recommendation No.1/2006 proposing to the Government concrete measures to promote competition in the pharmacies sector. Without prejudice of some sector-specific rules that safeguard ethical and social aspects of this activity, the Recommendation aimed at eliminating the main legal, administrative and structural constraints in the sector that prevent competition from operating, with serious repercussions on market efficiency and consumer welfare.

Before presenting the Recommendation to the Government, the PCA commissioned a study on the pharmacy sector to a group of consultants/experts, with the aim of identifying legal, administrative and structural barriers restricting competition and estimate their impact on efficiency and social welfare. The econometric model adopted by the study shows that, in a scenario allowing price discounts in medicines and liberalised entry in the pharmacy sector, significant gains could be achieved in consumer welfare. Calculated for the year 2002, these gains would represent around EUR 145 million per year, in addition to the gains arising from the reduction of around 13% in the average distance to a pharmacy (1.74 km to 1.52 km).

The Recommendation contained a set of concrete measures related to 3 areas: *(i)* liberalising market access; *(ii)* promoting a balanced and effective competition between enterprises; and *(iii)* creating a favourable environment for competition to develop. The recommended measures were based on the criterion of proportionality, taking into account, *inter alia*, social justice, access, service quality, transparency and the achievement of gains for general welfare, especially from a consumer perspective.

Most legal changes proposed by the PCA have been accepted by the Government, through a general reform of the legal framework of the pharmacy sector, as shown in Box 3.



<b>Box 3: PCA Recommendation No 1/2006, to the Government proposing measures to reform the regulatory framework applying to pharmacies, with a view to promoting competition in the sector<sup>3</sup></b>	
<b>Proposed Measures</b>	<b>Legislation</b>
<b>1 – Measures liberalising market access</b>	
1.1 Elimination of public bid procedures (and respective geographic and demographic criteria) for the establishment of new pharmacies	No
1.2 New rules to promote medicine distribution through the pharmacies of social support organisations so as to uphold the principle of access to a pharmacy, in particular in deprived urban and rural areas	Decree-Law No. 235/2006, 6 December Decree-Law No. 307/2007, 31 August
1.3 The elimination of all restrictions on the transfer of premises or exploitation or the relocation of a pharmacy	Decree-Law No. 307/2007, 31 August
1.4 Liberalisation of pharmacy ownership (repeal of the legislation that reserves pharmacy ownership for pharmacy graduates and cancellation of the obligation that the technical control of the pharmacy is carried out by its owner)	Decree-Law No. 235/2006, 6 December Decree-Law No. 307/2007, 31 August
1.5 New specific rules regarding merger control at local and national level, on the basis, for example, of a defined maximum number of pharmacies under the same control at local level and a defined maximum share at national level	No (Decree-Law No. 307/2007, 31 August defines concentration limits)
1.6 Abolishment of the ban on pharmacy ownership by drug wholesalers, without prejudice of the applicability of Competition Act to any future transactions	No
1.7 New rules prohibiting pharmacy-owning enterprises and the respective sector associations from owning drug-producing enterprises, except where financial investments are involved	No
<b>2 – Measures for the promotion of balanced and effective competition between enterprises</b>	
2.1 Abolition of the ban on pharmacy discounts, the current system of retail marketing margins being allowed to function as an effective system of maximum marketing margins	Decree-Law No. 65/2007, 14 March
2.2 Revision of the retail sales pricing system for subsidised medicines and of the subsidy system procedures	New pricing system: Decree-Law No. 65/2007, 14 March Portaria No. 300-A/2007, 19 March
2.3 Authorisation for pharmacies to advertise their activity, on the basis of specific regulations	Decree-Law No. 307/2007, 31 August
2.4 Authorisation of distance selling by pharmacies (Internet and mail)	Decree-Law No. 307/2007, 31 August Portaria No. 1427/2007, 2 November
2.5 The elimination of self-regulation processes in the application of rules on pharmacy activities, in particular the definition of permanent-service	No

<sup>3</sup> Direct link to the Recommendation and related documents in English:

<http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/en/Content.asp?ID=750>.

<b>3 – Measures aimed at creating a favourable environment for competition to develop</b>	
3.1 Settlement of the present debt corresponding to the delayed subsidy payments to the pharmacies and substitution by public debt, with a debt-servicing charge substantially lower than at present	State Budget Law for 2006 (Law No. 53A/2006, de 29 December)
3.2 Termination of the agreement between the National Association of Pharmacies and the Ministry of Health on financial intermediation concerning the delayed subsidy payments to the pharmacies: instead, the payment should be made to each pharmacy directly, in line with the principles contained in the State Budget Law for 2006, and without any involvement of the sector associations in these payment procedures	Decree-Law No. 242-B/2006, 29 December Portaria No. 3B/2007, 2 January





## CONTRIBUTION FROM RUSSIA

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

### -- Russia --

1. Since January 2007, according to the data of the Federal Service on State Statistics the price on minimal grocery set in the Russian Federation has increased by 17%. The rapid price hikes on the basic products is now surely faster than inflation.
2. FAS Russia, in order to provide a competitive approach and an observance of consumers interests in the situation of price raising on the food market, has taken some measures to lower the growth rate of consumer prices, in particularly on the food market.
3. FAS Regional offices conduct control actions to check the observance of the antitrust legislation by all participants on the food market: suppliers, producers, wholesalers and retailers.
4. After these controls on the retail and wholesale markets of milk, bread, sunflower oil, and poultry, a number of cases were opened against economic entities for antitrust law violations. Most of the violations were competition restraints agreement and concerted actions, and abuses of dominant position.
5. Another area of competition enforcement, conducted by FAS Russia in association with Regional offices relates to the control against the prevention of restriction of free movement of the groceries between subjects of the Russian Federation. Thus, after inspections in a few regions, violations of the restriction of free movement of groceries were detected, and cases against the executive branch of the subjects of the Russian Federation were opened. For example, in some regions there is a restriction on the export of milk products outside the subjects of the Russian Federation, and a restriction on the import of cattle and meat from outside the subjects of the Russian Federation.
6. FAS Russia took part in the preparation of the Agreement on measures adopted on prices stabilisation concerning certain types of socially important groceries that were implemented among various organisations working at retail level and organisations working in groceries production.
7. According to its competence, which is defined by the Federal Law “On protection of competition”, FAS Russia considered the Agreement according to part 2 of the Article 12 and Article 13 of the Competition law. It was found acceptable, as it is only temporary. The Agreement presumes that contracts between producers and retailers, with shares not exceeding 20%, as being unable to restrain competition on the market. This Agreement had social and economic effects such as prices stabilisation on the consumer market of the Russian Federation and the protection of mostly vulnerable population.
8. Another issue is the relationship between outlet chains and suppliers. At present, the fast development of large outlet chains and the growth of their share on the regional retail market of groceries lead to inevitable consequence – the shift of market power from the producers to the retailers, which amounts to a difficult position for the suppliers.
9. The specificity of the relationship in this sphere is that in spite of small shares of economic entities (such as outlet chains), that operate on the market and deficit of trading spots, these economic

entities have an ability to influence arising legal relationships and competition on certain markets, in particular on contracting legal relationships with suppliers, creating discriminatory access to the outlet chains.

10. The current provisions of the antitrust law over the relationship between economic entities do not provide enough empowerment to exercise control over commercial activities. In order to resolve the problem between outlet chains and suppliers, maintain competition on the market, protect groceries producers and suppliers, FAS Russia included provisions of antitrust regulation into the draft legislation “On the basis of state regulation of commercial activities in the Russian Federation”, that provide:

- Reduction of economic entity shares on certain retail markets, upon which its position can be recognised as dominant, up to 15%;
- Reduction of the total economic entity share, in the case of collective dominance on certain retail markets;
- Establishment of geographical borders of retail markets on main activities (household appliances, groceries, pharmaceuticals);
- Application of antitrust provisions to economic entities with a dominant position on certain retail markets, that are operated on neighbouring markets (for example, suppliers market).

11. According to FAS Russia, the introduction of these provisions in the draft legislation will stimulate solutions to specific problems of retail market functioning, competition development in the area of retail, and protection of interest for both outlet chains and producers. It will also be an instrument to balance provision of the interest of the participants to commercial activities.





## CONTRIBUTION FROM SINGAPORE



## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

### -- The Competition Commission of Singapore --

#### 1. Introduction

1. Competition policies are government policies that affect the level of competition in markets such as policies on trade, the number of market participants, entry in markets, privatisation etc. Competition law, which is one aspect of competition policy, focuses on addressing market failures arising from *market power*. Common competition policy instruments include competition advocacy and competition law enforcement.

2. Consumer policy on the other hand, focuses on the protection and empowerment of consumers. The main market failure that consumer policies address is a lack of consumer information – particularly *information asymmetries*, where a producer is at an advantage because he knows more about the product or service being supplied than consumers. The consumer policy regimes of most countries are aimed at improving market transparency and information flows between producers and consumers, weeding out rogue traders and minimising transaction and search costs for consumers. Consumer policies typically employ a wide range of tools such as regulation and enforcement (e.g. product safety laws, ethical advertising codes), licensing for professional and technical services, mediation and negotiation practices as well as advocacy and education.

#### 2. Competition and consumer policies are largely acknowledged to be complementary

3. Both sets of policies are necessary for the effective functioning of markets, given that consumer behaviour has an impact on firm behaviour and vice versa. The relationship between competition and consumer policies has been generally acknowledged to be harmonious and complementary, not least because they both seek to ensure that markets function effectively.

4. The largely complementary nature of both competition and consumer policies results in benefits that accrue both to consumers and producers. Competitive markets spur firms to be more responsive to consumer needs. Consumers benefit because competition forces firms to lower costs and to pass cost-savings on to consumers through lower prices in the short-term. In the longer term, competition stimulates innovation so that consumers are able to both enjoy better quality products and have more choices.

5. Consumer policies also contribute to competitive markets. By addressing information asymmetries, consumer protection enhances competitive markets, thereby allowing consumers to make more informed decisions. This in turn promotes competition by forcing producers to distinguish and price their products to better meet informed consumer needs.

#### 3. Competition policy in Singapore

6. Competition is a key tenet that underpins Singapore's economic policies. Although competition law is relatively new in Singapore (the Competition Act 2004 was passed on 19 Oct 2004, and became effective 1 Jan 2006), policies that encourage competition and ensure that businesses can compete on a

level playing field have been fundamental to the development of Singapore's economy since independence in 1965.

7. Wherever appropriate, Singapore has opened up sectors of the economy to market competition as competition benefits the economy by promoting greater productivity gains and more efficient resource allocation. Post-independence, Singapore opened her ports to free trade and embarked upon an export oriented strategy to attract foreign multi-national companies (MNCs) to develop the manufacturing and finance sectors in Singapore. This occurred at a time when other countries were focusing on import substitution. By opening the economy to foreign competition, consumers were afforded more choice, better quality products as well as lower prices. Subsequently, Singapore also de-regulated sectors long thought to be natural monopolies. For example, when the telecommunications sector was fully liberalised in 2000, the entry of new players such as StarHub into the market to challenge the incumbent, SingTel, resulted in both price and product competition, with consumers enjoying more choice and lower prices.

8. More recently, in 2003 the Economic Review Committee (ERC), which was established in 2002 to review Singapore's development strategy, articulated in their report that competition policy would be a key component of its blueprint to restructure the economy. In addition, a generic competition law was enacted in 2004 to create a level playing field for businesses, big or small, to compete on an equal footing. The Competition Commission of Singapore (CCS) was established in 2005 to administer the Competition Act. Competition policy and law currently form part of a set of pro-enterprise approaches with the three fold purpose of promoting enterprise growth, enhancing the efficiency of markets and strengthening external competitiveness. .

#### **4. Consumer policy in Singapore**

9. In Singapore, consumers are afforded protection through product safety standards and regulations such as the Consumer Protection (Fair Trading) Act (CPFTA), the Unfair Contract Terms Act and the Sale of Goods Act which protect consumers from unethical business practices. The CPFTA lists 20 unfair trade practices for which consumers can seek recourse through the Small Claims Tribunal.

10. The Consumers Association of Singapore (CASE), an independent and non-profit body, was set up in 1971 with the three pronged aim of educating consumers, working with businesses to create a consumer friendly environment and lobbying the government on consumer issues. CASE provides a host of services, from informal channels for consumers to seek redress such as mediation and negotiation, to providing accreditation services through CASETrust for the retail and services industries. To qualify for CASETrust accreditation, companies must follow certain standards when conducting businesses and providing services to their customers. CASE also has accreditation schemes tailored for industries which tend to be more prone to information asymmetries such as employment agencies, educational centres, travel agencies, and e-commerce firms.

11. In addition, the Advertising Standards Authority of Singapore (ASAS), an Advisory Council to CASE, has issued the Singapore Code of Advertising Practice (SCAP) for the advertising industry. The ASAS Council is empowered to take action in relation to advertisements, which are found to contravene the SCAP.

12. Beyond providing a base line for consumer protection, the general policy approach to consumer protection has largely been *caveat emptor*, or buyer beware. The emphasis in Singapore has been on encouraging competitive processes and raising consumer awareness instead of direct consumer protection, as active competition policy is seen as a more efficient way to deliver benefits to consumers. Furthermore, in addition to end-user consumers, competition also benefits business consumers.

## **5. The interface between competition and consumer policies in Singapore**

13. It is worthwhile noting that there are cases where competition issues arise due to information asymmetries; in such cases, consumer policy can play a role in providing a solution. For example, some motor distributors were found to have an arrangement with an insurance company (Company A), for the provision of discounts to buyers of new cars who took up motor insurance from Company A. The complaint from a competing motor insurer was that such an arrangement foreclosed the motor insurance market through the bundling of motor insurance from Company A with new cars sold by some large car distributors coupled with the provision of discounts to entice consumers to take up the bundled packages. In this case, many customers took up the bundled package although Company A's motor insurance was more expensive than competitors'. This could be because consumers preferred the convenience of conducting their motor transactions at one location as it saved them the search costs of shopping around for motor insurance. However, it was just as likely that consumers could have been ignorant of the prices of motor insurance and were enticed by the discount on the purchase price of the car. The arrangement was cleared on competition grounds as buyers were not compelled to buy the insurance together with the car. The success of the scheme was simply because consumers preferred the bundled discount package and not due to foreclosure of competitors. It is interesting to note that in this case, improved consumer welfare is more likely to result from raising consumer awareness instead of taking action on competition grounds.

14. However, there are instances when tradeoffs need to be made, as competition and consumer policies do not always complement each other. For example, the issue of price guidelines has generated some public debate in Singapore on the extent to which guidelines may serve to protect consumers from overcharging. The issue of whether non-binding price guidelines should be allowed, remains whether accurately or not, mired in public perception as a consumer and competition trade-off. To consumers, price guidelines may be seen as providing a measure of certainty, by indicating the price they can expect to pay, which may reduce search and negotiation costs. However, price guidelines may tend to stifle price competition by acting as a price signal to suppliers, resulting in the clustering of prices in a narrow range around the recommended price. As such, competition authorities are in general agreement that price guidelines are harmful to the competitive process.

## **6. Institutional design in Singapore**

15. Given the closely intertwined nature of competition and consumer policies, some jurisdictions have called for an integrated approach to policy-making on competition and consumer issues.

16. Singapore has sectoral specific regulators that deal with competition matters for certain services such as telecommunications, energy and water, which are excluded under the Competition Act. These sectoral regulators, which were in existence before the enactment of generic competition law and the CCS, are effectively dual role agencies, i.e., apart from being regulators, they also deal with both competition and consumer issues and some, where necessary, engage in price regulation to stabilise prices.

17. Generic competition law in Singapore is administered by the CCS, which acts to administer the Competition Act, whilst CASE deals with consumer matters. Singapore has adopted a dual agency design in the area of generic competition law, as consumer protection laws and competition laws require different perspectives of the market. In Singapore's context and market environment, it is more appropriate for consumer and competition issues to be administered by separate agencies. Although there are complementarities between competition and consumer policies, as addressed earlier, both aspects have different economic issues underpinning policy. Combining both functions in one agency may run the risk that competition policy may tend to create a bias towards consumer welfare, instead of seeking to maximise total welfare.

18. There are admittedly, some limitations in a dual agency design. Firstly, the range of tools available to the CCS is narrower than a dual function agency. When the CCS refrains from intervening in cases that do not raise competition concerns but which impact consumers, the CCS may be seen as not being consumer friendly. Given the nascence of competition law in Singapore, consumers often mistakenly believe that the primary objective of competition law is to protect consumers. Consumer advocacy and education has therefore been a key challenge and focus for the CCS in its outreach programme.

## **7. Conclusion**

19. While there is little controversy that both competition and consumer policies are needed for efficient markets to spur economic growth, there seems to be less consensus on what is the 'right' institutional design, as can be seen from the various permutations in the international community.

20. Singapore has chosen to adopt the dual agency design as best suited to the needs of the Singapore economy. As the Competition Act is relatively new, the CCS' immediate focus has been on the promotion and enforcement of competitive practices. Once past the formative first few years, the CCS' next step will be to expand its role, to include building closer ties with CASE, the consumer body, so as to bring about more benefits for both businesses and consumers.





**CONTRIBUTION FROM  
THE SLOVAK REPUBLIC**

## **THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES**

### **-- Slovak Republic --**

#### **1. Introduction**

1. Competition policy and consumer policy are separated both institutionally and also legislatively in the Slovak Republic. Competition policy is adjusted by independent act and its performance lies within authority of the Antimonopoly Office of SR. Consumer policy is considerably fragmented, adjusted by many independent acts and tens of institutions deal with particular performance of consumer protection.

#### **2. Competition policy**

2. Enforcement of competition law lies within authority of the Antimonopoly Office of the Slovak Republic (hereinafter only “the Office”) and is adjusted by the Act No. 136/2001 Coll. on Protection of Competition. Protection of competition against its restriction and creation of conditions for its development to support competition development in favour of consumers are the aim of this Act.

3. The Act distinguishes two forms of non-permitted competition restriction, which the Office punishes, namely agreements restricting competition and abuse of a dominant position. In these two areas proceedings is initiated on a basis of complaints or own incentive and if the breach of the Act is proved the Office issues decisions, in which it requires ending illegal situation and it is also entitled to impose a fine on entrepreneurs breaching the Act.

4. Control of concentrations is another basic area of Office’s activities. The Office monitors, whether concentration does not create or strengthen a dominant position, result of which would be significant barriers of effective competition in relevant market.

5. The Slovak Republic as member of the European Union applies also relevant legislation of EU in given cases.

#### **3. Consumer policy**

6. Differently from competition policy, many institutions deal with consumer policy in the Slovak Republic and many acts relate directly or indirectly to this area.

7. Main competences in the area of consumer protection lies within authorisation of the Ministry of Economy, which coordinates activities of all institutions in this area and fulfils many executive, conceptual and strategic functions.

8. Particular performance of policy of consumer protection relates to many institutions. Slovak Trade Inspection, which performs state control of sale of products and provision of services to consumers apart from foodstuff, tobacco and cosmetic products is one of the most important and is key institution of consumer protection from many aspects in Slovakia.

9. Many competencies of consumer protection are divided by sectors. For example, State Veterinary and Food Administration is competent in consumer protection in the area of some foodstuff; many competences in health protection in the area of cosmetic products belong to the Office of Public Health Care; regulatory offices are competent in their industries, namely the Office for Regulation of Network Industries, Post Regulatory Office, Telecommunication Office, State Energy Inspection, State Institute for Drug Control, Slovak Inspection of Environment, etc.

10. Policy of consumer protection relates also to territorial self-administration authorities, which for example perform supervision over observance of consumers' rights in public marketplaces.

11. Consumer associations are special groups of subjects acting in the area of consumer protection. Provision of consultancy, legal protection, involving in international activities is their task and many of them have the right to represent consumers at courts and also in solving litigations in reclaiming proceedings. More than 40 of such associations are registered in Slovakia, although not all of them are active. Some of them are focused on consumption of particular products or services; others have been created for needs of particular region.

12. Legislative framework of consumer protection is similarly wide. Protection of consumer relates directly to some tens of acts in Slovakia. Here are some of them:

- Act on Consumer Protection,
- Government Regulation on General Safety of Products,
- Act on State Control of Internal Market in matters of Consumer Protection,
- Act on Liability on Damage Caused by Faulty Product,
- Act on Consumer Protection in Home Sale and Mail Order,
- Act on Advertising,
- Act on Consumer's Credits, etc.

#### **4. Interface between consumer and competition policy in Slovakia**

13. Consumer and also competition policies in the Slovak Republic have common goal – both of them are finally focused on reaching consumer welfare.

14. However, competition policy is specialised in consumer indirectly. As it arises from the Act on Protection of Competition, its aim is to protect competition with the goal to support economic development in favour of consumer. Thus the task of the Office is to ensure effective competition and functioning markets through prohibition of anticompetitive agreements and abuse of a dominant position and also non-approval of concentrations leading to creation of a dominant position. Competition environment leads to low prices, wider supply, innovations and etc., from which consumer benefits. Consumer's effect of competition policy implementation appears in middle-term or long-term horizon, it is not directly visible and is hardly measurable.

15. Consumer policy is focused on consumer more directly than competition policy, since consumer policy deals directly with relation supplier-consumer and covers the areas, which competition policy does not achieve, for example problems of products safety, misleading advertising cannot be solve only by ensurance of competitive environment.

16. Consumer policy in Slovakia faces also the problem that control bodies of this area deals with the relation consumer – entrepreneur, but they cannot entry the contractual relations between consumer and entrepreneur – these can be solved only by courts. However, due to the poor legal awareness and weak knowledge the consumers have low ability to protect their interests.



17. In spite of the fact that no significant conflict between consumer and competition policy has occurred in Slovakia so far, the competition authority and the authorities on consumer protection do not cooperate actively, mainly due to the considerable dilution and narrow specialisation of individual consumers' associations or other consumers' authorities. Changing this situation, better results in implementation of both policies could be reached to the benefit of consumer.

18. Area of liberal professions was one of the areas where the Office experienced the lack of cooperation with the authorities on consumer protection and where the mutual cooperation would indubitably contribute to better solution of situation to the benefit of consumers.

19. In 2005 and 2006 the Office reassessed the regulation in the area of liberal professions in the Slovak Republic. Liberal professions in SR, as in the most countries are more or less regulated, mainly in the area of prices, advertisement, determination of requirements to entry the market and regulation of behaviour of professional services providers. Regulation advocates present as a main argument that regulation assists to maintain the quality of professional services and it protects consumers from abuse, since it is a case of markets where a significant information asymmetry exists (also as a result of a fact that in some cases there are credence goods and many goods have low purchase frequency).

20. The Office does not contest the fact, that certain regulation in the market of professional services is needed, right for the purpose of consumers' protection. However, unreasoned, excessive and disproportionate regulation does not meet its goal for which it has been introduced, but vice versa, it has negative effects on consumer, since due to the elimination of competition among services providers the impulses for providers to work more effectively, to reduce prices, to increase quality or to offer more innovative services are reduced, what could lead to overall decrease of services' quality and to higher prices.

21. The Office concluded that, in most cases, reassessing liberal professions regulation in SR is unreasoned, that it hinders competition and it is not to the benefit of consumer, but rather to his/her detriment. In its request to abolish such an unneeded regulation the Office faced the conflict with chambers and regulators which mostly do not agree with regulation abolishing or change and in the interest of consumer protection they asked to maintain, possibly even extend or tighten it.

22. In spite of invitation the authorities on consumer protection did not become actively involved in discussion on liberal profession regulation and the main problem – regulation influence on consumer and the need to protect the consumer's interests – has been solved by other institutions.

23. The banking sector serves as another example where the Office substituted the authorities on consumer protection to the certain extent and where the involvement of the mentioned authorities would have been desirable.

24. In 2007 the Office dealt with bundling of some retail banking products. Though this problem could not have been solved as abuse of a dominant position or agreement restricting competition, the Office felt that such a conduct has negative impact on consumer and it entered the discussions with commercial banks. In cooperation with Narodna Banka Slovenska (National Bank of Slovakia) it reached that this practice by banks is finished towards consumers since the end of 2007.

25. The area of private enforcement of competition law is the last example where the Office sees the considerable space for cooperation between competition authority and authorities on consumer's protection.

26. There is no specific legislation to regulate private actions for damages for breach of competition law in the Slovak Republic. Consequently, general provisions governing actions for damages under civil

and commercial law will apply. And so far, there have been no actions for damages for breach of competition law filed or decided by the courts in the Slovak Republic.

27. The Office sees the considerable space for cooperation, as well as role of authorities on consumer protection mainly in the area of consumers' informing and in lodging complaints – bring forward cases where consumers are suffering because of anticompetitive behaviour.

28. In the view of the Office the issue of consumer protection is immensely important, so it is necessary to deal with it systematically with the participation of relevant authorities.





## CONTRIBUTION FROM SWITZERLAND

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- Switzerland --<sup>(\*)</sup>

### 1. Consumer welfare

1. First, the first question is whether the term “welfare” is appropriate. Would it not be better to talk about the position of consumers? For consumers, it is important:

- To be acknowledged as vital partners in the functioning of the economy, given that they actually have the virtual power to shape the content of supply;
- To be able not only to defend their interests and be protected as consumers, but also to defend their right to the protection of their health, safety and economic interests, their entitlement to redress, as well as to information and education, and their right to representation;
- To ensure that their interests are as highly valued as those of other economic players.

#### 1.1 *Role of competition and consumer protection in promoting consumer welfare*

##### 1.1.1 *Competition*

2. Competition promotes diversity of supply and lower prices. It maintains diversity of supply and ensures that lower prices benefit both firms and consumers;

##### 1.1.2 *Consumer protection*

3. This ensures that customers are:

- properly informed;
- protected against unfair business practices and goods/services that fail to meet health and safety standards;
- able to obtain redress.

4. Consumer protection should encompass any aspect that will ensure or maintain the sound functioning of a competitive market. These include, above all, good faith, diversity of supply/demand for a given product, and transparent information enabling consumers to compare and exercise choice.

---

<sup>(\*)</sup> Document based on previous responses to the OECD questionnaire, Committee on Consumer Policy, sessions on 16 and 17 November 2003 and joint meeting on competition policy, drafted by Monique Pichonnaz Oggier, Head of the Federal Consumer Affairs Bureau.

5. Consumer protection plays a major role in promoting and defending consumer interests when markets fail to do so.

**2. Does consumer information promote competition? Can increased consumer information harm competition?**

6. Consumer information promotes competition inasmuch as it helps consumers to make informed choices. In fact it is crucial to economic players wishing to make know the qualities of the goods and services they put on the market, so we do not see how more information would undermine competition. In particular, it can rid the market of “black sheep” and allow competition to flourish between those who live up to consumer expectations.

**3. Does competition encourage sellers to provide sound, useful information and keep their promises?**

7. If they are complement competition policy, government measures to protect consumers must aim to achieve two things, namely to restore the power of consumers vis-à-vis suppliers and promote objective consumer information on supply. This should give individual consumers freedom of choice and empowerment. However, no measure should go against the general interest, i.e. the principle of free trade and industry. This is why the introduction of new measures always involves considering the interests of others.

8. Information and competition are thus connected and help to make markets more transparent. If they are to enjoy consumer confidence, fair competitors will place the emphasis on sound, clear information that is not misleading. Above all, they will be careful to keep their promises.

**4. Does advertising promote the competitive process?**

9. Comparative advertising does promote competition. But advertising in the form of a non-objective information medium undermines informed choice. Permanent, aggressive marketing may also harm competition by seeking to impose a brand or trend on consumers, or to create a need.

**5. Are consumer and competition policies complementary? Can you give examples of how they might conflict?**

10. Again, consumer policy and in particular consumer protection should above all serve the public interest, while at the same time factoring in economic considerations. Consumer protection is in fact also an economic activity in its own right and is thus in the general economic interest. Attempts to render the market as transparent as possible so that consumers can make relatively rational decisions can lead to a wide range of measures that assist, educate and inform consumers. It can be seen from the features these measures have in common that none is unduly restrictive, i.e. they do not hamper competition. They are therefore in compliance with the market, meaning that consumer protection and competition are complementary (see 3: No measure should go against the general interest).

11. Practice shows the need for vigilance on a range of points, including the following:

- Diversity of supply and lower prices can only benefit consumers if competition is regulated. Regulation should ensure, first, that keen competition does not lead to a market where the major suppliers impose their own rules and, second, that competition remains fair, failing which consumers would be exposed to unfair business practices;

- Competition, in offering diversity of supply, makes consumer choices hard. Consumer protection promotes competition by providing the information consumers require to make informed choices;
- There is a risk that price cuts may be far greater for businesses than for consumers;
- There is a risk that consumer protection may clash with free trade;
- There is a risk that a free market may be achieved through decision-making rather than legislation;
- There is a risk that competition, while resulting in lower prices, could also lead to poorer quality goods and services.

**6. What are the benefits and drawbacks of a dual-function agency?**

12. The first step is to decide what is meant by “agency”.

13. There are more drawbacks than benefits, as it is hard for a single agency to reconcile the interests of the economy with the interests of consumers (“judge and jury”). The Swiss system, for instance, acknowledges the consumer function and affords individual/special status to each party. This makes each of them specific and empowers them to reach solutions that serve the general interest, rather than solutions stemming from one side having pivotal power. Of course, this involves effective and ongoing co-operation.

**7. Is successful co-operation between the two contingent on particular factors? What are delegates’ experiences in this field?**

1. Successful co-operation is based on balanced, dialogue-based consideration of both economic and consumer interests. For this, competition needs to be perfectly regulated. Care is needed to ensure that each party is acknowledged as an equal partner and an economic player.
2. Consumer protection is not confined to diversity of supply, lower prices and fair business practices. Co-operation extends well beyond competition, and constant care is required for co-operation to be optimal.

**8. Conclusion**

14. Switzerland’s Federal Consumer Affairs Bureau would like to make the following point: *consumer protection*, in the strict sense of the term, generally involves resources to defend consumers. *Consumer policy* is a wider notion, encompassing not only rules aimed solely at protection but also a whole range of government measures. This is how the relationship between competition policy and consumer policy should be viewed.

15. It should be borne in mind that governments shapes consumer behaviour by intervening in the economy with measures in the field of enforcement or economic/social policy that are not aimed specifically at consumer protection. Regardless of the field concerned, government should act in the interests of consumers. Within that framework, co-operation between the competition authorities and consumer representatives is vital.



## CONTRIBUTION DE LA SUISSE



## L'INTERFACE ENTRE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE ET LA POLITIQUE À L'ÉGARD DES CONSOMMATEURS

-- Suisse --<sup>(\*)</sup>

### 1. Bien-être des consommateurs

1. Tout d'abord, il faudrait se demander si le terme « bien-être » est approprié. Ne faudrait-il pas plutôt parler de position des consommateurs. Pour les consommateurs, il s'agit :

- d'être reconnus comme des partenaires indispensables au fonctionnement économique vu qu'ils ont en fait un pouvoir virtuel d'orienter le contenu de l'offre économique ;
- de pouvoir non seulement défendre leurs intérêts et être protégés, mais de pouvoir défendre leurs droits de protection de la santé et de la sécurité, de protection des intérêts économiques, du droit à la réparation, du droit à l'information et à l'éducation, du droit à la représentation ;
- de donner à leurs intérêts la même valeur qu'à ceux des autres acteurs économiques.

#### 1.1. *Rôles de la concurrence et de la protection du consommateur pour promouvoir le bien-être du consommateur*

##### 1.1.1 *La concurrence*

2. Elle favorise la diversité de l'offre et la baisse des prix. Elle maintient une diversité de l'offre et veille à ce que les baisses de prix profitent aussi bien aux entreprises qu'aux consommateurs ;

##### 1.1.2 *La protection du consommateur*

3. Elle veille à :

- la bonne information des consommateurs ;
- protéger ces derniers contre les pratiques commerciales déloyales et contre les biens ou services ne répondant pas aux critères de santé ou de sécurité fixés ;
- obtenir réparation.

4. Il faut rattacher à la protection du consommateur toutes les notions qui tendent à assurer ou à maintenir le bon fonctionnement d'un marché concurrentiel. Surtout, assurer la bonne foi, la pluralité de

---

<sup>(\*)</sup> Document basé sur les réponses antérieures suite au questionnaire OCDE « Comité de la politique à l'égard du consommateur », séances des 16 et 17 novembre 2003 et joint meeting politique de la concurrence, écrit par Monique Pichonnaz Oggier, Chef du Bureau Fédéral de la Consommation.

l'offre et de la demande pour un même produit et la transparence de l'information qui permet de comparer et de choisir.

5. La protection du consommateur a un rôle prépondérant pour faire avancer et défendre les intérêts du consommateur lorsque le marché ne réussit pas à le faire.

**2. L'information aux consommateurs contribue-t-elle à la concurrence ? Une information accrue des consommateurs peut-elle nuire à la concurrence ?**

6. L'information aux consommateurs contribue à la concurrence dans la mesure où elle aide le consommateur à choisir en connaissance de cause. De fait, elle est indispensable aux acteurs économiques qui veulent faire connaître les qualités des produits et services qu'ils offrent sur le marché. Nous ne voyons donc pas en quoi une information accrue nuirait à la concurrence. Surtout si l'on sait qu'elle a notamment pour effet d'écarter les « moutons noirs » et laisse subsister la concurrence entre les acteurs répondant aux attentes des consommateurs.

**3. La concurrence contribue-t-elle à encourager les vendeurs à fournir une information sûre et utile et à respecter leurs promesses ?**

7. Pour parachever la politique de la concurrence, les mesures de protection du consommateur prises par l'Etat doivent tendre à deux choses : donner aux consommateurs un pouvoir de participation propre à rééquilibrer leur rapport de force à l'égard des fournisseurs et promouvoir l'information objective des consommateurs sur l'offre disponible. Cela doit contribuer à la liberté individuelle du consommateur de pouvoir choisir et de garantir sa souveraineté. Néanmoins tous les moyens choisis ne peuvent s'écarter de l'intérêt général, soit du respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. C'est pourquoi, l'adoption de mesures donne lieu. Chaque fois, à une pensée d'intérêts.

8. Dans ce cadre, l'information et la concurrence sont liées et contribuent à améliorer la transparence du marché. Afin d'obtenir le choix des consommateurs, les concurrents loyaux mettront l'accent sur une information sûre, claire, non fallacieuse. Ils seront avant tout soucieux de tenir leurs promesses.

**4. La publicité contribue-t-elle à la concurrence ?**

9. Certes, la publicité comparative contribue à la concurrence. Pour le reste, la publicité en tant que voie d'information non objective détourne les consommateurs du choix en connaissance de cause. Un marketing permanent et agressif peut également porter préjudice à la concurrence puisqu'il cherche à conditionner les consommateurs sur une marque, sur une mode ou créer un besoin.

**5. La protection du consommateur et la concurrence se complètent-elles l'une l'autre ? Qu'est-ce qui pourrait les opposer ?**

10. Comme dit plus haut, la politique à l'égard du consommateur, en particulier la protection du consommateur doit répondre à un intérêt public prépondérant dans le calcul duquel entrent également les considérations économiques. De fait, la protection du consommateur est aussi en soi une activité économique spécifique et relève donc en principe de l'intérêt économique général. En cherchant à rendre le marché le plus transparent possible afin que les consommateurs puissent faire un jugement relativement relationnel, il en résulte toutes sortes de mesures qui ont pour but d'assister les consommateurs, de les éduquer, de les informer. Leurs caractéristiques communes montrent qu'aucune d'entre elles ne constitue de restriction abusive, c'est-à-dire qu'aucune n'intervient dans le jeu de la concurrence. Il s'agit donc de mesures conformes au marché, donc protection du consommateur et concurrence se complètent (voir point 3 : tous les moyens choisis ne peuvent s'écarter de l'intérêt général).

11. La pratique montre que la vigilance est de rigueur sur divers points, notamment :

- la diversité de l'offre et la baisse des prix ne peuvent profiter aux consommateurs que si la concurrence est réglée. La réglementation doit veiller, d'une part, à ce que la lutte n'aboutisse pas à un marché où les géants imposent leurs lois et, d'autre part, à ce que la concurrence demeure loyale, faute de quoi les consommateurs seraient exposés aux pratiques commerciales déloyales ;
- la concurrence, de part sa diversité, rend le choix des consommateurs difficile. La protection du consommateur assure le jeu de la concurrence en leur donnant l'information qui leur permette de choisir en connaissance de cause ;
- le risque que les baisses de prix soient nettement plus importantes pour les entreprises que pour les consommateurs ;
- le risque que la protection du consommateur se heurte à la liberté de commerce ;
- le risque que la libéralisation du marché se fasse à coup de décisions et non sur la base d'une loi ;
- le risque que la concurrence entraîne certes une baisse des prix, mais aussi une perte de qualité des produits ou des services.

**6. Quels sont les avantages et inconvénients de combiner les deux fonctions en seule entité publique ?**

12. Il faut tout d'abord définir ce que l'on entend par entité.

13. Il y a plus d'inconvénients que d'avantages car il est difficile pour une seule et même entité de concilier à la fois les intérêts de l'économie et ceux du consommateur (juge et partie). Si l'on se réfère au système suisse, en reconnaissant la fonction consommation, chacune doit avoir un statut individuel/particulier. Ce qui donne à chaque fonction sa caractéristique et sa force pour obtenir des solutions répondant à l'intérêt général, plutôt que des solutions dues à un pouvoir de force. Cela comprend, évidemment, une collaboration efficace et permanente.

**7. Une coopération fructueuse entre les deux disciplines nécessite-t-elle certaines conditions ? Quelles sont les expériences des délégués à ce sujet ?**

- Une coopération fructueuse repose sur une prise en compte concertée et équilibrée des intérêts de l'économie et des consommateurs. Pour ce faire. Il faut veiller à une parfaite régulation de la concurrence. Il faut veiller à ce que chaque partie soit reconnue comme un partenaire égal et un acteur économique.
- La protection du consommateur ne se limite pas à la diversité de l'offre, aux baisses de prix et aux pratiques commerciales loyales. La coopération va bien au-delà de la concurrence, elle demande une attention constante pour être optimisée.

## **8. Conclusion**

14. Le Bureau fédéral de la consommation rappelle la précision suivante : entendue au sens étroit du terme, la protection du consommateur recourt généralement à des moyens de nature défensive. Par conséquent, la notion de « politique des consommateurs » est plus large : elle comprend à côté des règles purement protectrices toutes autres sortes de mesures prises par l'Etat. C'est ainsi que la relation entre politique de la concurrence et politique à l'égard des consommateurs doit être comprise.

15. Il ne faut pas oublier que l'Etat lui-même influence le comportement du consommateur quant il intervient dans le cours de l'économie par des mesures de police, de politique économique ou de politique sociale qui n'ont pas la protection du consommateur comme but prioritaire. Dans quel domaine qu'il agisse, l'Etat doit le faire en harmonie avec les intérêts de protection du consommateur. Dans ce cadre, la coopération entre la concurrence et la protection du consommateur est indispensable.





## CONTRIBUTION FROM CHINESE TAIPEI

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

### -- Chinese Taipei --

#### 1. Introduction

1. In preparing the present submission, the Fair Trade Commission (FTC) had consulted with the competent agency, the Consumer Protection Commission (CPC), who is responsible for the enforcement of the Consumer Protection Law. This submission summarises Chinese Taipei's general approaches toward dealing with issues pertaining to competition and consumer policies, especially in regard to the interaction between the two policies and the coordination between the two agencies.

2. In general, Chinese Taipei holds the view that competition law and consumer protection law pursue common objectives which are to ensure competitive markets in well functions so as to promote consumer welfare. In this respect, the competition and consumer policies should complement each other.

3. The Fair Trade Act plays an important role in realising the consumer protection in Chinese Taipei. Although the Fair Trade Act has been principally applied to regulate monopoly, mergers, cartels, other restraints on competition and unfair competition practices since it came into force in 1992, yet the protection of consumers' interests has also been one of its stipulated legislative goals.

4. The promulgation of Consumer Protection Law in 1994 brought the issue of consumer protection in Chinese Taipei into a new era. Based on Article 40 of the Consumer Protection Law, the CPC was established under the Cabinet with a mandate for policy making, supervision, and coordination among different competent authorities regarding consumer protection issues but without the power to enforce the law.

5. Article 6 of the Consumer Protection Law states clearly that the competent authorities defined by the Law at the central government level shall be the competent authorities having primary jurisdictions, at the metropolitan level the metropolitan governments and at the county city levels the county and city governments. Enterprises violating the Law should be punished by the competent laws. In addition, the government of municipalities and counties (cities) shall each establish a consumer dispute mediation committee to handle the consumer disputes. With respect to Article 39 of the Consumer protection Law, the CPC, the municipality and county (city) government shall respectively maintain several consumer ombudsmen. The consumer ombudsman is responsible for dealing with complaints, approving the consumers protection group's filing of class action suits for damage to customers and having an action for omission. The Consumer Protection Law also already provides the consumers with the legal basis to file a group action. The system is supposed to be a mechanism to achieve the goals of the Consumer Protection Law by encouraging the consumers to search for remedies by themselves.

6. Most of consumer protection laws address eight consumer rights: (1) The right to basic needs; (2) Right to safety; (3) Right to information; (4) Right to Choice; (5) Right to be heard; (6) The right to redress; (7) The right to consumer education; (8) The right to a healthy and sustained environment. These rights were included in Chinese Taipei's Consumer Protection Law in 1994. The Consumer Protection Law is enacted for the purposes of protecting the interests of consumers, facilitating the safety of the consumer

life of nationals, and improving the quality of the consumer life of nationals. The Consumer Protection Law has regulated safeguard of health and safety, standard contracts, extraordinary purchase and sale as well as regulations governing consumer information. Regarding the mail order, door-to-door sale, and internet transaction, consumers may return the goods or notify in writing the business operators to rescind the purchase contract within 7 days upon receipts of such goods without stating reasons and paying any expenses or the purchase price.

7. As stated in Article 1, to maintain trading order, protect consumers' interests, ensure fair competition and to promote economic stability and prosperity are the legislative purposes of the Fair Trade Act. More to the point, ensuring fair competition is its core objective. As a tool for stabilising and strengthening economic activity, competition can result in a better allocation of resources, improve business operations efficiency and foster technological progress, all of which leads to the stability and prosperity of the overall economy. The ultimate objective of the Fair Trade Act is to promote economic stability and prosperity. In other words, protecting and nourishing economic stability and prosperity is the policy goal, and the maintenance of market competition order is a kind of policy tool to achieve this goal. However, competition is not the sole policy tool available.

8. Article 26 of the Fair Trade Act states, "The FTC may investigate and handle, upon complaints or *ex officio*, any violation of the provisions of this Law that harms the public interest." Thus, "consumers' interests," as referred to in the Fair Trade Act, should be interpreted from the standpoint of public rather than personal interest. "Consumers' interests" was added to Article 1 during review sessions by the Congress and should also be given due consideration when interpreting relevant provisions and exercising authority. Yet, consumers' interests, albeit important, should not be mistaken as the only interest protected by the Fair Trade Act. By "ensuring fair competition", the Fair Trade Act enables enterprises to compete in open and free markets, which will enhance efficiency and innovation, thereby indirectly nurturing a healthy environment for consumers and thus protecting consumers' interests, as enterprises compete to meet consumers' needs by ensuring better conditions in which to make transactions.

## **2. The Complementary Roles of Consumer Protection and Competition**

### ***2.1 How does consumer policy interact with competition policy in your country, if at all ? Can you give examples where they have conflicted ? Where have they been complementary ?***

9. The Consumer Protection Law came into force in 1994. The Consumer Protection Commission was established and was responsible for policy making, supervision, and coordination among different competent authorities regarding consumer protection issues. The CPC is chaired by the Vice Premier, and the chairman of the FTC is a member of the CPC who is invited to its monthly Commissioners' Meeting to discuss issues pertaining to consumer protection. To enhance consumer protection, the CPC draws up an annual project which serves as the basis for 26 central government authorities to produce annual proposals on consumer protection and to enforce them accordingly after the proposals being evaluated by the CPC. The FTC also participates in the Commission's evaluation which is carried out every two years and which provides direction for future efforts.

10. The FTC proposed a consumer protection plan in association with the CPC's annual project. Taking the FTC's annual consumer protection plan of 2007 as an example, several consumer-related issues are included. Those are the regulations of internet advertisements, participation in discussion of standard contracts, the supervision of multi-level sales, announcement of supply and demand information in seasonal commodity markets, regulations and management of weight loss and body care activities as well as the regulations of sales practices of foreign resort membership cards.



11. The FTC has in practice accepted all cases in which violations of the Fair Trade Act have been subjectively assumed by the complainant, leading the general public to expect that the FTC will intervene in every case in which consumers' interests are to various degrees at stake. There are some cases related to unfair competition practices holding that trading partners' interests and the consumer welfare (public interest) are both protected by Articles 21 and 24 of the Fair Trade Act. Therefore, it becomes necessary to offer remedies to the general public for possible private actions to enforce the Articles 21 and 24. The FTC is sufficiently experienced in requiring the enterprises to provide consumers with transparent transaction information in this regard.

12. False and misleading advertising is considered to be an unfair competition practice and regulated by Article 21 of the Fair Trade Act. In addition to the Fair Trade Act, regulations governing false advertisements can be seen in relevant laws under other sector regulatory authorities. For example, regulations regarding false advertisements on the part of securities firms are in the Securities and Exchange Act. Other types of false advertising are covered in other acts and statutes. Insurance and securities advertisements are regulated by the Financial Supervisory Commission. Advertisements for food, dairy products, pharmaceuticals, cosmetics and health foods are under the authority of the Department of Health. Advertisements regarding supplementary education are under the jurisdiction of the Ministry of Education. Employment advertisements are under the jurisdiction of the Council of Labor Affairs. The FTC consults with each of the authorities to ensure that various false advertisements are dealt with by the authorities in charge. The FTC will intervene only when there is no applicable law under the jurisdiction of the competent authority and there appears to be a possibility that fair competition will be impaired. The Fair Trade Act also grants those injured by false and misleading advertisements the right to seek civil remedies.

13. According to Articles 1 and 9 of the Fair Trade Act, the FTC is expected to play the role more of a competition than consumer protection authority. Therefore, when dealing with unfair competition cases, such as false advertising, the FTC will evaluate and emphasise their competitive effects to the markets in addition to the degree of consumers' harms from alleged violations.

14. Consumer and competition policies have been complementary in Chinese Taipei. For examples, in typical real-estate transactions, consumers need only propose their written offers to the brokers to establish a real-estate brokerage contract. By introducing an additional mediation fee for the brokerage service, however, firms in the real-estate brokerage industry require consumers to advance a specific amount of mediation fee before they would provide their services. The FTC was of the opinion that the brokerage industry owes consumers an obligation to inform them the right of choice between the use of traditional offer-in-writing model, of which a standard format has been provided by the Ministry of Internal Affairs, and the mediation-fee model. Otherwise, it will be a violation of Article 24 of the Fair Trade Act. The FTC also issues the policy statements for the brokerage industry. The FTC takes the position as a consumer guardian and treats consumer welfare as a legitimate interest to be protected by the Fair Trade Act.

15. There is another example. In August 2007, the FTC grants the merger approval of two convenient stores, Family Mart and Niko Mart after taking into account its competitive effects on the relevant market. Following the consummation of the merger, Family Mart announced that consumers who owned the gift certificates of Niko Mart would have to have them converted into the gift certificates of Family Mart by 31 January 2008. The CPC was of the opinion that the conversion period set by Family Mart is unreasonable and would affect consumers' interests. Therefore, the CPC organised a meeting at which the CPC consulted with Ministry of Economic Affairs, FTC, Family Mart and Niko Mart regarding the solution of this issue. Finally, the Family Mart agreed to continue validating the gift certificates of Niko Mart after 31 January 2008.

### 3. The Interaction between the Competition and Consumer Policies

#### 3.1 *What do you feel are the benefits and drawbacks to your own country's choice of "dual-function" or "separate agencies" for handling competition and consumer policy?*

16. Article 1 of the Fair Trade Act unequivocally states that, "maintaining trading order, protecting consumers' interests, ensuring fair competition and promoting economic stability and prosperity." The protection of consumers' interests is obviously one of the legislative purposes of the Fair Trade Act. Both the Fair Trade Act and the Consumer Protection Law seek to protect consumers, but the two are different legal systems, and as such, they differ in their approaches and functions.

17. In contrast with the protection of individual consumers in the Consumer Protection Law, consumers' interests, as referred to in the Fair Trade Act, denote public interests or consumers' interests as a whole within the context of market competition. The Fair Trade Act by "ensuring fair competition" enables enterprises to compete in open and free markets, which increases market efficiency and innovation, thereby nurturing and indirectly enhancing a healthy environment for consumers. Furthermore, as enterprises compete to entice consumers through better transaction conditions, they are in fact protecting consumers' interests.

18. The protection of consumers' interests under the Consumer Protection Law is primarily by way of civil remedies. Although the Consumer Protection Commission, as an administrative agency, was established to execute the Consumer Protection Law, its main function is to propose and review basic policies related to consumer protection. Individual disputes that harm consumers' interests are between private parties, and the parties should seek civil remedies. The Consumer Protection Law intervenes when the trading parties are on unequal footing and provides collective or class litigation procedures. The Consumer Protection Law also empowers the competent authority to intervene with administrative sanctions on specific issues. The Consumer Protection Law, therefore, consists of a multi-level system of legal protection: Disputes concerning private rights are resolved in civil remedies; collective and class litigation, in civil proceedings, complements the position of consumers; and the competent authority improves the terms for consumers through reinforced supervision of enterprises.

19. Paragraph 1, Article 9 of the Fair Trade Act provides the vertical regulatory framework for its enforcement. It refers to the FTC under the Cabinet at the central government level; the metropolitan government at the metropolitan level; and the county (or city) government at the county (or city) level. Semi-annual coordination meetings and the usual contact between the FTC and the local government enhance enforcement efforts. Paragraph 2, Article 9 of the Fair Trade Act provides the horizontal regulatory framework of enforcement on matters concerning the authorities of any other ministries or commissions; the FTC may consult with such other ministries or commissions to deal therewith. Accordingly, in addition to enforcing the Fair Trade Act, the FTC has since its inception actively and fully cooperated with the relevant authorities.

20. In Chinese Taipei, the CPC and the FTC have jurisdictions over the Consumer Protection Law and the Fair Trade Act respectively. The enforcement method and policy goals are dissimilar between the FTC and the CPC. The CPC has its functions with policy making, supervision, and coordination among the competent authorities so as to avoid the same issues related with consumer complaints to be handled in different ways and with conflicting results by relevant authorities. The CPC has experienced much success in this regard. For example, the CPC has actively and coordinated with the relevant authorities regarding the solution of gift certificates issue. The result is that any enterprise should implement the gift certificates redeeming mechanism from the beginning of April in 2007.

21. There has been discussion since the late 1990s about combining the CPC with the FTC. The Cabinet sent the draft amendment of the Executive Yuan (the Cabinet) Organisation Law for Parliamentary review in 2005, but until now, the review has not been completed. The combining of the two agencies is no longer under consideration.

22. Both the Fair Trade Act and the Consumer Protection Law seek to protect consumers, but the two are different legal systems, and as such, they differ in their approaches and functions. So the separate agencies for handling competition and consumer policy can respectively carry out its functions and policy goals better. The coordination mechanism among competent authorities in consumer protection issues becomes more important.

#### **4. Selected Cases: Cable TV and Combo Card**

**4.1 *Has your country required that “no frills” versions of complicated products be offered, to help vulnerable consumers? If so, who provided the product and how was its supply enforced? What was the effect on competition, if any?***

23. There is no laws requiring the enterprises to offer “no frills” versions of complicated products to help vulnerable consumers in principle, unless the provision of products or services specifically involve the issue of public interest or has infringed on consumer rights to choose.

24. With regard to the specific products, there are some regulations requiring the provision of “no frills” versions of complicated products. The enterprise has the responsibility to provide products or ensure its supply. There are some examples. The first one is cable TV channel. Today, most of the existing 51 cable TV service areas in Chinese Taipei have only one, or perhaps two, cable television broadcasting system operators. Therefore, the CPC consulted with the National Communications Commission, the competent authority for the cable television market and many related industries, to require the cable television broadcasting system operators to offer “no frills” versions of the cable TV channel programs. The cable TV subscribers have options in terms of payment for the basic cable TC channel programs or extra payment for additional cable TV channel programs.

25. A few years ago, the government compulsorily required all financial institutions convert the banking cards with magnetic strip to IC cards by the end of December 2006 to avoid the card being misappropriated by swindlers. It was discovered afterwards that some banks took this opportunity to merge the functions of the ATM card, credit card, and digital wallets into a single card (sometimes called a “combo card”), and demanded consumers to accept them. Such a mandatory policy had violated consumers’ freedom to choose and the CPC issued the “Items That Should and Should Not Be Included in Standardised Model Contracts Pertaining to Credit Cards” to require that banks must provide consumers full information and let them choose freely whether they want to apply for a credit card and digital wallets.

#### **5. Issues regarding Internet False Advertisement Practices**

**5.1 *Can you identify areas where a better convergence of both competition and consumer policies globally would be beneficial?***

26. In light of the current trends toward development of global electronic commerce, international cooperation between the competition and consumers protection authorities to combat, for example, cross-border Internet false advertisement practices becomes very important. In Chinese Taipei, our competent authorities including the FTC, the CPC, Ministry of Finance, Ministry of Education and the Investigation Bureau of Ministry of Justice are cooperating to enforce Internet sweep activities regarding false advertisements. Such a cooperation plan can save on investigative costs, prevent the spread of injury and

deter future internet fraud. Chinese Taipei is exploring the possibility of seeking more cooperation from counterparts of other countries to ensure that enforcement activities can be undertaken in an even more effective, far-reaching manner.

## **6. Conclusions**

27. The competition law enables enterprises to compete in open and free markets, which could increase efficiency and innovation, thereby indirectly foster a healthy environment for consumers and enhance consumers' interests, as enterprises compete to meet consumers' needs by ensuring better transaction conditions. Competition not only increases consumers' choices, but also motivates suppliers to provide useful and transparent information about the products or services and drive them to fulfill their promises concerning prices, quality, and terms of sale. Thus, competition is a means for protecting consumers' interests.

28. Effective consumer protection is also an indispensable element of ensuring a market will function well. Competition cannot always prevent the enterprises from engaging in unfair conducts and guarantee that the consumers could always be well informed of all transaction conditions and make good decisions. In Chinese Taipei, it is mainly the responsibility of the CPC to oversee the consumer protection issues. However, coordination and cooperation among the competent authorities to provide clearer rules of the game will improve the environment for consumption and enhance consumer welfare in the long run.





## CONTRIBUTION DE LA TUNISIE



*Forum mondial de l'OCDE  
sur la concurrence*

---

## **Relation entre la politique de concurrence et la politique à l'égard des consommateurs**

**Khalifa TOUNAKTI**

Directeur Général de la Concurrence  
et des Enquêtes Économiques  
Ministère du Commerce et de l'Artisanat  
Tunisie

21, 22 Février 2008, Paris

1

## **Introduction**

---

■ **La politique de la concurrence a deux objectifs majeurs en Tunisie:**

- Améliorer la compétitivité de l'économie et de l'entreprise tunisienne
- Garantir au consommateur la qualité des produits et des services à des prix abordables

2

## Introduction

- **Cette préoccupation existait déjà dans la politique d'encadrement suivie avant les années 80**
- **Mais les moyens et les méthodes utilisés sont différents**
- **La protection du consommateur est une prérogative de l'État à travers:**
  - l'encadrement des prix
  - le rôle des entreprises publiques de production
  - la politique de subvention
  - La politique du contrôle économique
  - transferts sociaux et assistance

3

## I - La politique de la concurrence

- Dans le nouveau contexte de libéralisation et de réformes, le rôle de l'intervention directe de l'État a été délégué aux forces du marché où la concurrence est au centre des réformes
- 1- Les composantes d'une politique de concurrence:**
- Libéralisation des prix: principe général
  - Autorités de concurrence: veillent au fonctionnement du marché
  - Obligations à l'égard des professionnels
  - Obligations à l'égard des consommateurs
  - Assurer un environnement concurrentiel

4



## I - La politique de la concurrence

### 2- Place prépondérante pour le consommateur dans:

- la loi N°91-64 relative à la concurrence et aux prix
- la loi N°91-117 relative à la protection du consommateur
- les lois relatives aux pratiques commerciales
- les réglementations sectorielles

### 3- Les droits acquis:

- préserver le pouvoir d'achat
- Protéger la santé et la sécurité
- Droit à l'information, au choix et à la qualité
- Possibilité de porter plainte aux services du contrôle économique
- Possibilité de saisir le conseil de la concurrence pour les PAC

5

## I - La politique de la concurrence

### 4- La préservation du pouvoir d'achat du consommateur :

- l'encadrement des prix des produits et services essentiels: fournis par des secteurs non concurrentiels
- la subvention de certains produits et services sensibles
- la garantie de l'approvisionnement régulier du marché (régulation du marché)
- la politique des revenus et la politique fiscale

### 5- La protection contre certaines pratiques abusives:

- refus de vente et des ventes conditionnées
- Réglementation des ventes avec prime
- interdiction de la publicité mensongère
- Responsabilité du producteur ou de l'importateur à l'égard des produits et leurs conformité
- principe de l'autocontrôle au niveau de la production

6

## I - La politique de la concurrence

---

### 6- Droit à la protection :

- obligation d'assurer la sécurité des produits
- obligation d'assurer la conformité des produits aux dispositions légales et réglementaires
- protection contre les risques éventuels d'utilisation
- possibilité de retrait de certains produits en cas de risque grave
- responsabilité des dommages causés
- interdiction d'offre ou de distribution de produits falsifiés ou fraudés
- interdiction de la tromperie sur la nature des produits
- droit du consommateur à la garantie au remplacement ou réparation des produits non conformes

7

## II - Interaction entre les deux politiques

---

- Qui se complètent
- deux politiques qui se chevauchent: l'intérêt du consommateur
- Qui s'enrichissent

8

## II - Interaction entre les deux politiques

### 1- deux politiques complémentaires:

#### ■ Politique de la concurrence:

- objectif commun = bien-être du consommateur
- Lutte contre les PAC: effets bénéfiques pour la concurrence et le consommateur
- amélioration de l'environnement concurrentiel: facilitation d'accès, élimination des barrières à l'entrée, libéralisation des activités: offre des choix

➔ **concurrence réelle: baisse des prix et amélioration de la qualité**

9

## II - Interaction entre les deux politiques

#### ■ Politique de protection du consommateur:

- assurer la transparence des transactions
- assurer l'information adéquate
- assurer un minimum de droits (textes)

➔ Lutter contre les pratiques déloyales

➔ Favoriser une concurrence réelle: seul moyen de résister pour l'entreprise :

Prix ↘

Qualité ↗

10

## II - Interaction entre les deux politiques

---

### 2- Deux politiques qui se chevauchent:

- elles ont pratiquement le même cadre juridique
  - mêmes autorités chargées du contrôle= le ministère du commerce et de l'artisanat chargé de l'application des textes (les deux politiques)
  - non-étanchéité des deux politiques
- ➔ **Deux niveaux de protection du consommateur**

11

## II - Interaction entre les deux politiques

---

### 3- Deux politiques qui s'enrichissent:

- Les dispositions relatives aux consommateurs favorisent la concurrence (environnement): pratiques commerciales, promotions, ventes avec facilités...
- Les infractions peuvent avoir comme origine des PAC
- Les requêtes du consommateurs( arnaques, fraudes, publicité mensongère ...) peuvent aboutir à des PAC
- Favorisent l'instauration d'un environnement concurrentiel
- Échange mutuel d'informations dans les investigations

12

## Conclusion

---

- Mêmes objectifs: bien être du consommateur
- importance de la sensibilisation et de l'advocacy: ont les mêmes cibles et utilisent les mêmes moyens
- Politique de la concurrence: offre des avantages et des choix
- politique du consommateur: assurent les moyens de bénéficier des avantages de la concurrence.



## CONTRIBUTION FROM THE UNITED KINGDOM

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

### -- United Kingdom --

1. We welcome this discussion which covers an important issue and one which is currently high on our agenda. The mission of the Office of Fair Trading (OFT) is to make markets work well for consumers. Competition and consumer policy are complementary in achieving this. The OFT has enforcement powers in both areas, and has been working to develop and exploit the synergies between them, to promote and protect consumer welfare.

2. In doing so, the OFT works closely with sister authorities: the Competition Commission (CC), the sector regulators, and the Local Authority Trading Standards Services (LATSS).<sup>1</sup> A further important part of the UK framework is the existence of two strong consumer representative bodies: the National Consumer Council and Which? These provide a voice to consumers which is reinforced by their ability to make super complaints to the OFT.<sup>2</sup>

3. This brief paper lays out the OFT's views on this important topic and focuses on the OFT's functions. In doing so it answers questions one and two from the committee. The other questions are addressed briefly in the Annex.

#### **1. Interactions between consumer and competition policy**

##### ***1.1. Synergies***

4. The OFT combines both competition and consumer enforcement in its mission to make markets work better for consumers. This recognises the potential for competition and consumer policy to form a virtuous circle:

- On the one side, vigorous competition should drive firms to deliver higher quality, increased choice, greater innovation and lower prices, all of which are beneficial to consumers.<sup>3</sup> Importantly, well-

---

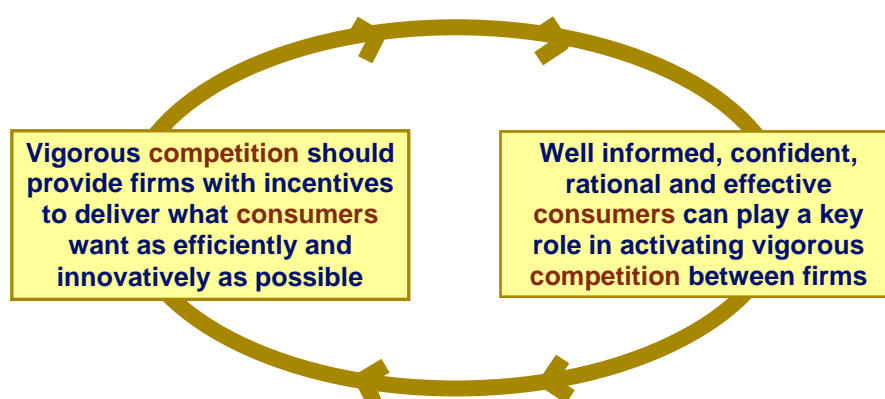
<sup>1</sup> The CC carries out market investigations. These are carried out under a competition-focussed legal test, but in practice can play an important role in addressing problems in markets that are driven by consumer behaviour, and in doing so encompassing both competition and consumer policy. They are discussed further below. The UK sector regulators for energy, water and communications also each have both competition and consumer enforcement powers, which they use in a joined up. The 204 Local Authorities Trading Standards Services focus on consumer policy (including both enforcement and advice) and have no duty to consider competition when carrying out their functions, but strategic leadership for these services is provided by the OFT.

<sup>2</sup> The system of supercomplaints requires the OFT to give a reasoned response to a formal complaint by these bodies within a set timeframe. See [http://www.offt.gov.uk/advice\\_and\\_resources/resource\\_base/super-complaints/](http://www.offt.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/super-complaints/)

<sup>3</sup> There are numerous examples from within the UK of where increased competition has led to substantial tangible benefits to consumers. For example see DTI Economics Paper No.9 prepared by Centre for

functioning markets can also overcome consumer problems without the need for consumer enforcement intervention. For example, competition can drive firms to adopt good standards of business behaviour towards consumers, in order to achieve a good reputation, so long as these are observable to consumers and affect their purchasing behaviour.

- On the other side, effective consumer policy has a two-fold role in making markets work well: firstly, it should promote consumer confidence in markets, and it should enhance the ability of consumers to drive vigorous competition. For example, by ensuring that claims made by sellers are not misleading, consumer policy plays a crucial role in enabling consumers to make sensible choices between offers and be confident that they will be well-served by the market. This in turn is necessary for ensuring that it is those suppliers with the most attractive offers that succeed in the market.



5. Clearly there will be circumstances in which markets will not work perfectly, and thus consumer policy also has a role in protecting consumers from rogue firms or shoddy quality. Moreover, where firms do breach the law, consumer redress can play an important role in improving the position of consumers, including enhancing their confidence in the system as a whole. The potential for costly redress can also enhance the incentives for firms to be compliant in the first place. For both of these reasons, the UK is considering making consumer redress easier (through private damages actions) following breaches of competition law.<sup>4</sup>

6. Within the spheres of competition and consumer policy, there is a wide spectrum of statutory and non-statutory tools that can be used: from full-on enforcement (with or without criminal sanctions), to settlements, to warning letters, to business guidance, to consumer education, to regulatory recommendations to Government. There are also a wide range of remedies which can result from a CC market investigation.

7. An interesting aspect of the UK regime is the OFT's Consumer Codes Accreditation Scheme, which aims to facilitate consumer policy outcomes (in particular improved quality and effective consumer redress) through market-based methods. The rationale for this regime is broadly as follows:

---

Competition Policy, University of East Anglia, 'The Benefits from Competition: Some Illustrative UK Cases', July 2004. Available at: <http://www.berr.gov.uk/files/file13299.pdf>

<sup>4</sup> See the OFT's discussion paper and consultation responses at: [http://www.of.gov.uk/advice\\_and\\_resources/resource\\_base/consultations/private](http://www.of.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/consultations/private)



- In certain markets, it may be in the interest of any individual firm to offer a poor quality product or service, even though it is in the joint interest of all firms to keep quality high so as to preserve consumer confidence.<sup>5</sup>
- In such a situation, it may be in the interest of the firms in a market to agree to abide by a code which stipulates certain standards of business behaviour. Where the OFT is persuaded that the firms signed up to a code have incentives to abide by it, and where the code provides effective consumer redress, the OFT can give ‘OFT accreditation’ to the code. This can add credence and hence improve the effectiveness of such schemes.
- The OFT scheme also requires that such codes do not harm competition by limiting entry into either the market or the code scheme. Indeed, codes will typically be good for entry, in that they can allow small firms to thrive without the need to establish their own reputation.

## 1.2. *Tensions*

8. At the same time, there are potential tensions between competition and consumer policy, mostly associated with the unintended consequences of competition and consumer interventions.

- For example, by over-relying on competition to deliver benefits to consumers, competition policy unless accompanied by other consumer protection measures can sometimes confuse consumers, or reduce their confidence in the market, and in doing so fail to achieve the full benefits of competition.

An interesting UK example of this was the de-regulation of telephone directory inquiry services. De-regulation successfully led to large scale new entry, with over 200 firms initially seeking to enter the market and provide directory inquiry services. In many ways it was a success. In particular, substantial innovation was observed (including new services such as call connect, textback and classified searches). However this was accompanied – at least initially – by higher average prices and higher complaint levels, largely due to the difficulties faced by consumers in assessing price and quality across the many new suppliers. The UK telecommunications regulator<sup>6</sup> now acknowledges that the policy would have benefited from further analysis in advance of how to ensure transparency for consumers and how consumers would react to such multiple market entry. For example, one option for additional consumer protection might have been to set benchmarks for quality of service<sup>7</sup>.

- At the same time, by imposing rules of behaviour or standards on markets, consumer policy can potentially impede competition, innovation or choice, to the detriment of (at least some groups of) consumers.

A topical example relates to the way in which credit card issuers calculate interest. The consumer organisation Which? made a super-complaint to the OFT concerning variations in how credit card

---

<sup>5</sup> For example where product quality can only be judged after consumption and it is difficult for individual firms to establish a strong reputation because repeat purchases and ‘word of mouth’ recommendations are both low.

<sup>6</sup> Then Oftel, now Ofcom.

<sup>7</sup> Nevertheless, Ofcom's research report on DQ services, published in March 2006, identified significant improvements in accuracy and levels of consumer satisfaction since the period immediately following the introduction of competition.

issuers calculated interest charges.<sup>8</sup> They argued that this made comparing the real cost of different cards difficult and called for standardisation of methodology. The OFT published its response to the super-complaint in June 2007.<sup>9</sup> Whilst the OFT had sympathy with Which?'s concerns, it felt that imposing standardisation could harm choice and innovation in this market. Hence an alternative solution is now being advanced.

## 2. The UK regime

### 2.1. *The OFT's approach to integrating competition and consumer policy*

9. Given the synergies, and risk of tensions, between competition and consumer policy, the UK supports the establishment of joint consumer and competition agencies. The OFT has powers in both the competition and consumer spheres, as do the key UK sectoral regulators.

10. A coherent approach to competition and consumer policy consists of a number of elements, each of which is typically less easy to achieve between separate organisations than within a single one:<sup>10</sup>

- *A shared approach to collecting intelligence.* A joined up agency benefits from joined up intelligence: complaints received in one area (whether from consumers or businesses) will often be more effectively dealt with under different powers. Especially important in the UK is the OFT's national consumer advice telephone helpline (Consumer Direct). Data from Consumer Direct provides valuable intelligence on what issues are directly affecting consumers, which can feed into cases and studies which address both competition and consumer issues.<sup>11</sup>
- *A joined up approach to choosing tools.* In the past, the OFT has had a tendency to think about tools first, and market problems second. The issue in the market is now the starting point, and then the tools available to address the issue are considered. These could include competition and consumer enforcement, consumer codes, public education and/or our market studies and market investigatory powers. Knowing when each of the tools will be most effective in promoting consumer welfare is crucial for choosing which to pursue.

11. Figure 1 below sets out the different categories of factors which can potentially prevent markets from working well for consumers. A joined up approach considers each of these potential sources of market failure, taking care to focus on the causes of problems, not just their symptoms.

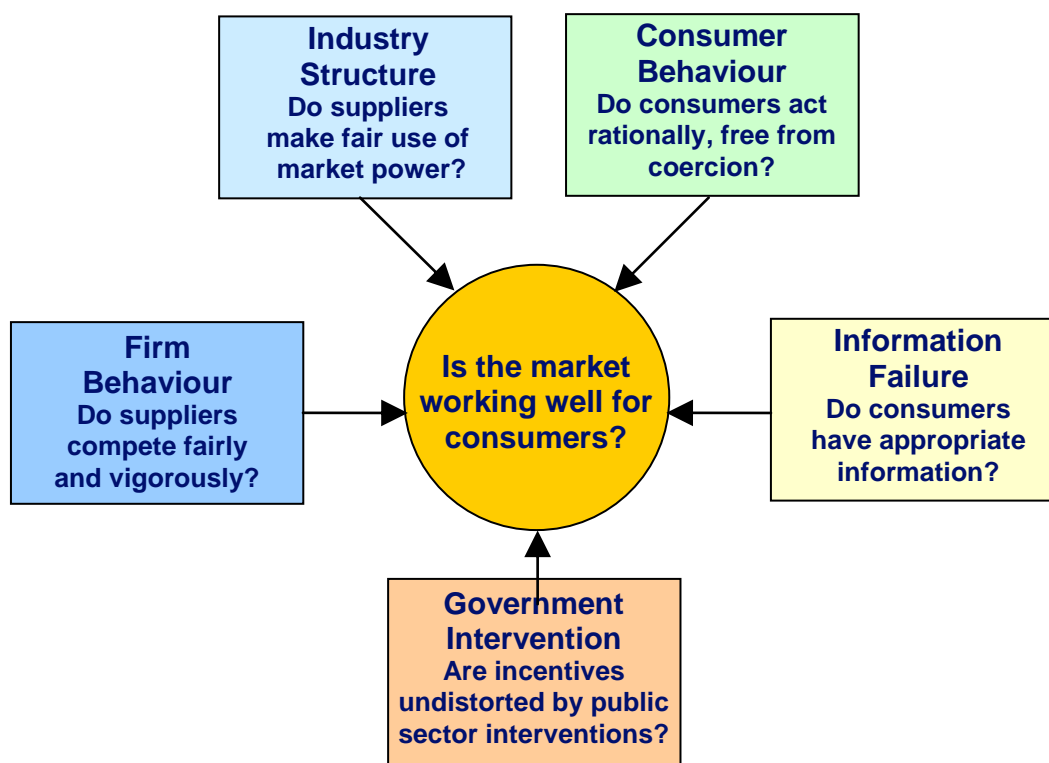
---

<sup>8</sup> Available on the Which? website: [http://www.which.co.uk/files/application/pdf/Supercomplaint\\_pdf-445-111967.pdf](http://www.which.co.uk/files/application/pdf/Supercomplaint_pdf-445-111967.pdf)

<sup>9</sup> Office of Fair Trading, 'Response to the super-complaint on credit card interest rate calculation methods by Which?', 26 June 2007, available at: [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/financial\\_products/oft935.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/financial_products/oft935.pdf)

<sup>10</sup> The OFT recognises that separate bodies can co-operate closely (indeed the OFT and CC does co-operate closely with other enforcement bodies within the UK). However, the OFT has found it can be difficult to attain the level of integration between organisations that can be achieved within a single one and has also observed tensions between competition and consumer agencies in other countries where they are separate.

<sup>11</sup> That said, the OFT's close links with local authorities trading standards services provides a useful local intelligence network without full integration.

**Figure 1: Factors that may prevent markets from working well for consumers**

- *A consistent approach to enforcement policy.* The OFT is currently reviewing potential areas of inconsistency between competition and consumer policy activities, and how best to ensure greater consistency. This includes a greater focus on risk-based assessments to avoid unintended consequences on each area of policy from the other.
- *A consistent approach to resource prioritisation.* The OFT is committed to ensuring that it takes on the cases where the OFT can have the greatest impact for consumers (relative to cost), irrespective of what tools they involve.<sup>12</sup> That said, the OFT also recognises that a key role of its work is to ensure an effective competition and consumer regime, and that deterrence and clear precedent require it to ensure that it takes a mix of cases, across different tools and different types and sizes of markets.

12. In order to achieve a more coherent and holistic approach to applying these tools, the OFT has carried out some major changes over the past two years. In particular, the organisation has been restructured to ensure that competition and consumer policy are more joined up. Within its delivery area, reporting lines from both activities go to the same decision makers. Within its policy and strategy area, the activities now sit within the same groups, requiring staff to have a greater understanding across a wide spectrum of statutory and non-statutory tools. Key prioritisation issues are addressed at a cross-office

<sup>12</sup> The OFT carries out a substantial *ex post* evaluation of our interventions. This is partly to enable evaluation of its impact, but also to learn about what sorts of interventions have the greatest impact, and indeed how they might have delivered more benefits. All of this provides important learning for its prioritization and enforcement behaviour. For more about the OFT's evaluation activities, see <http://www.of.gov.uk/about/benefits/evaluation>

prioritisation committee and key substantive policy issues are addressed at a cross-office policy committee, both of which cover the competition and consumer areas in a consistent and holistic way.

## **2.2. *The Role of Market Studies and Market Investigations***

13. Lastly, we would like to highlight the importance to the UK approach of the UK's market studies and investigations regime in ensuring a joined up approach to competition and consumer issues.<sup>13</sup>

14. The OFT can carry out market studies where it believes that a market is not working well for consumers, irrespective of whether the issues are primarily consumer or competition-focussed. The CC can carry out market investigations, which address 'features' of a market which prevent, restrict or distort competition. Despite the competition-based nature of this legal test, the CC regularly looks at markets in which competition is restricted due, in part, to limited ability or incentive for consumers to search or switch between suppliers. These sorts of factors might more typically be linked with consumer policy (although in reality they often cross the divide between the traditional domains of competition and consumer policy<sup>14</sup>).

15. CC market investigations also allow for wide ranging remedies. Where the competition problems in the market are essentially associated with a lack of consumer search or switching, these remedies will often be focussed on improving the position of consumers, and thus very closely aligned to those typically associated with consumer policy.

16. For example, in the Home Credit investigation, the CC found adverse effects on competition partly due to a lack of switching in response to price rises.<sup>15</sup> The CC required that suppliers publish prices on a designated website, provide certain information and statements to customers, share data on the payment records of their customers and pay a "fair" early repayment rebate. The combination of remedies was designed to first address the structure of the market (by for example, facilitating search and switching and thereby enable consumers to activate competition between suppliers and secondly to protect consumers from detriment arising from the fact that the market was not working well.

17. One particular area where market studies and investigations have proved useful has been in the area of follow-on markets, such as extended warranties for domestic electrical goods.<sup>16</sup> In such markets,

---

<sup>13</sup> See CC Guidelines on Market Investigation References (CC3) (2003), OFT 'Market Studies: Guidance on the OFT Approach', OFT516; OFT, 'Market Investigation References: Guidance about the making of references under Part 4 of the Enterprise Act', OFT511. Examples are available at: [http://www.ofg.gov.uk/advice\\_and\\_resources/resource\\_base/market-studies/](http://www.ofg.gov.uk/advice_and_resources/resource_base/market-studies/) Studies include: Internet Shopping, Personal Current Accounts, Payment Protection Insurance.

<sup>14</sup> Such costs can increase market power without any one firm becoming dominant, thus making it difficult to tackle under abuse of dominance or anticompetitive agreements legislation. They can also lead to consumers making suboptimal decisions even without firms' resorting to the misleading advertising or pricing which consumer enforcement might tackle.

<sup>15</sup> The CC decision was also based on its finding that lenders did not compete in a significant way on price, incumbency advantages for established lenders, lack of sharing of information about customers, customers' requirements for an agent they could trust and regulation. See [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2006/517homecredit.htm](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2006/517homecredit.htm). Other market investigations in which consumer type remedies have been used include Store Cards, the supply of Liquid Petroleum Gas and Personal Banking in Northern Ireland.

<sup>16</sup> See <http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/completed/2003/warranty/index.htm>

the consumer may make a well-reasoned and researched decision in respect of the primary market (the domestic electrical good or credit product), but has then traditionally been faced with little choice in the follow-on market (other than the choice to buy or not buy).

18. The effect of this is that suppliers have 'mini-monopolies' in these follow-on markets, and prices/margins are typically high. This gives rise to two issues:

- Is there real consumer detriment here (or are all the extra profits<sup>17</sup> from the follow-on product effectively given away through competition in the primary market)?
- If there is, how might this best be remedied? Price regulation in the follow-on market can have detrimental effects on incentives and the market, as can a ban on suppliers offering the follow-on product at all. Remedies which encourage shopping around or switching for the follow-on product have greater potential to solve the problem in a way that is sensitive to both competition and consumer policy.

19. The OFT greatly values the potential within the UK regime to bringing a holistic perspective to problems such as these, which encompass both competition and consumer concerns.

---

<sup>17</sup> It is worth noting that, even if all extra profits were given away, there may be a potential issue arising from poor consumption decisions. For example, consumers who focus on the primary market price may end up buying a product that is wrong for their needs taking their lifetime usage costs into account.

## ANNEX

**Q.1 How does consumer policy interact with competition policy in your country, if at all? Can you give examples where they have conflicted? Where have they been complementary?**

Answered in the main text.

**Q.2 What do you feel are the benefits and drawbacks to your country's choice of "dual-function" or "separate agencies" for handling competition and consumer policy?**

Answered in the main text

**Q.3 Has your country required that "no frills" versions of complicated products be offered, to help vulnerable consumers? If so, who provided the product and how was its supply enforced? What was the effect on competition, if any?**

There are no examples of the OFT mandating a "no frills" product. From within the UK there are some examples of either government regulation or self-regulation, these include:

*Basic bank accounts*

In 1999, the Social Exclusion Unit's Policy Action Team<sup>1</sup> highlighted the importance of access to basic banking services and recommended the continued development of basic bank accounts for customers who did not wish to open, or had been refused, a standard current account. Following that report, all the main retail banks agreed Memorandum of Understandings with the Government to introduce a basic bank account "specifically designed to address the needs of the financially excluded".<sup>2</sup>

Basic bank accounts are simple personal current account products of which there are two types. Those operated through bank branches and ATMs, and those that can also be operated through post office counters. Typically these are very similar to personal current accounts but overdraft facilities are either not available or curtailed and no cheque book is provided.

The rationale behind basic bank accounts is not one of avoiding over complication, rather one of social inclusion.

*Other financial products*

There are a variety of other voluntarily simplified products including stakeholder pensions which were intended to stimulate competition through increased consumer understanding and ease of comparison.

---

<sup>1</sup> *Access to Financial Services*, Report of Policy Action Team

<sup>2</sup> HM Treasury, *Promoting financial inclusion*.

We are unaware of any research as to whether they have had any impact. These came out of the government's 'Sandler Review of Medium and Long-Term Retail Savings in the UK'.<sup>3</sup>

#### *Funeral services*

Some voluntary schemes exist for a standardised no frills product and service. The National Association of Funeral Directors Code requires a 'simple funeral service' is available and defines what that consists of. The other trade association (The Society of Allied and Independent Funeral Directors) has a corresponding 'simple (basic) funeral'. We know of no research into the impact on competition.

#### *Unfair Commercial Practices Directive*

It should be noted that the Unfair Commercial Practices Directive should lead to greater convergence of consumer enforcement throughout Europe and this might highlight what benefits can be achieved.

#### **Q.4 Can you identify areas where a better convergence of both competition and consumer policies globally would be beneficial?**

We have no in depth examples to provide here, however we do feel the following areas could potential benefit from such increased convergence:

- Work on professional standards could benefit from increased convergence which allowed for easier cross-border trade and thus greater competition.
- Where breaches of competition legislation lead to consumer detriment it might be helpful to have the potential for international recovery.
- Misleading advertising and pricing are both areas where better convergence may be beneficial. The ability to advertise or offer prices across national borders may facilitate competition.

#### **Q.5 Can you provide examples of sectors or products where an increased international cooperation between competition authorities and consumers representatives could render the markets more competitive while ensuring an adequate protection of consumers around the globe?**

Again we have no in depth examples to provide here, however we do feel the following area could potential benefit from such increased cooperation:

- Personal financial products such as savings accounts and mortgages are typically national markets. There is less reason for this to be the case given the ability to move money. Differing regulatory standards and concerns about consumer rights and redress may be one area worth investigating here.
- In the EU the Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003 regulate the sending of spam. This Directive introduces an opt-in regime for all commercial email to individual subscribers. Business can only send direct marketing messages to individuals where explicit prior consent is given. In other countries an opt out approach has been taken.

Spam is inherently global and the fight against spam needs a global approach: unsolicited emails can come from anywhere in the world. Spam and the scams and deceptive content it can deliver may have a serious impact on consumer confidence. Approximately 90% of ecommerce remains business to business which may reflect a lack of consumer confidence.

<sup>3</sup> Available at: [http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/financial\\_services/savings/fin\\_sav\\_sand.cfm](http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/financial_services/savings/fin_sav_sand.cfm)

It may be the EU approach is over-zealous, dampening competition and providing a competitive advantage to firms located outside the EU. Alternatively other countries may be too lax which has a knock on effect to consumer confidence in all countries.







## CONTRIBUTION FROM THE UNITED STATES

## THE INTERFACE BETWEEN CONSUMER PROTECTION AND COMPETITION POLICIES

### -- United States--

1. Competition policy and consumer protection policy are key elements of the American economic system. Together, they enhance consumer welfare by fostering a vigorous, competitive marketplace that gives consumers greater informed choice and leads to greater availability of products with the qualities desired by consumers at the lowest prices. Strong competition benefits consumers by encouraging new market entrants, creating incentives for innovation, and by motivating sellers to provide more truthful, useful information about their products. Consumer protection policy supports those goals by ensuring the empowerment of consumers to participate in the marketplace by enabling them to make well-informed decisions about their choices. The interplay between protecting competition and ensuring that consumers can make effective choices among competing offerings is a constant feature of competition and consumer policy in the United States. The market for residential real estate provides a prime example.

2. A home is typically the single most expensive and complicated purchase consumers make in their lifetimes. Individual consumers purchase real estate infrequently, and many are relatively uninformed about the process. Consequently, most consumers must engage real estate service providers, including real estate brokers, mortgage lenders, and settlement services, to help them. Established service providers, however, have found opportunities to capitalize on consumer inexperience and exclude new forms of competition from the market, both through coordinated private conduct and attempts to secure favorable governmental regulation. The Federal Trade Commission (FTC) and the Department of Justice (DOJ) have found that they can help to promote real estate markets that deliver the benefits of competition to consumers through addressing both the supply and demand components of market failure by: eliminating anticompetitive barriers to competition through enforcement and advocacy, and providing consumers with the information they need to take advantage of a competitive marketplace. This paper focuses on how competition, which addresses the supply component, and consumer protection, which addresses demand side issues, have interacted to achieve these goals in the United States.<sup>1</sup>

### 1. Background on the Real Estate Market in the United States

3. Consumers typically work with brokers to buy and sell residential real estate.<sup>2</sup> A seller, offering a home for sale, normally contracts with a listing broker to market the home. Most listing brokers are “full service brokers” who offer a wide range of services in return for a fixed percentage of the selling price. The commission rate is negotiable, although in fact, it is rarely negotiated. In recent years, home sellers in the United States have paid around 5 percent on average. Among the most important brokerage service is listing the seller’s home on a “Multiple Listing Service” (MLS), a local or regional joint venture of real

---

<sup>1</sup> See generally, T. Leary, *Competition Law and Consumer Protection Law: Two Wings of the Same House*, 72 ANTITRUST L.J. 1147 (2005).

<sup>2</sup> This section summarizes a more detailed U.S. Submission to Working Party No. 2 on Improving Competition in Real Estate Transactions, DAF/COMP/WP2/WD(2007)5 (February 15, 2007) (hereinafter 2007 U.S. OECD Submission), available at [http://www.ftc.gov/bc/international/docs/improvingcompin Real Estate Transactions.pdf](http://www.ftc.gov/bc/international/docs/improvingcompin%20Real%20Estate%20Transactions.pdf).

estate brokers who gather and disseminate information on properties offered for sale in their geographic area. An MLS listing will include the compensation, typically half of the commission paid by the seller, offered to any broker who finds the successful buyer for a listed property. Buyers, for their part, ordinarily obtain their own brokers to identify and show them properties that meet their specifications. A buyer's broker nominally is compensated by the home seller out of the selling broker's commission, but in fact buyers share this expense to the extent that the seller builds his or her commission fee into the price of a home.

4. In recent years, the Internet has enabled new forms of real estate brokerage that allow consumers to substitute some of their own efforts for those of brokers, which consequently cost less than traditional full-service brokerage.<sup>3</sup> These include "limited service brokers" who provide a limited range of services, often for a reduced commission or on a fee-for-service basis, "virtual office websites" through which brokers give clients direct access to MLS listings, and services for sellers who market their homes without a broker.

5. Most consumers must also obtain financing for a real estate transaction. A wide array of financing options are available, ranging from the traditional fixed-rate mortgage payable over 30 years to five-year adjustable rate mortgages that leave the bulk of the principal of the loan payable at the end of five years. Interest rates vary widely, depending in part on the buyer's creditworthiness, the size of the fees paid to the lender, and how the rate changes during the life of the loan.

6. Transactions then are "closed" in a settlement proceeding in which the mortgage is signed, money is paid, and legal title conveyed. The transaction costs related to the financing process, the closing process, transfer taxes and recording fees, brokerage fees, and miscellaneous expenses are paid through the settlement process. In most states, consumers can choose between attorneys and non-attorneys for settlement services. However, a minority of states prohibit non-attorneys from performing settlement tasks.

7. Thus, consumers purchasing a house often turn to others for three principal services: locating a suitable house, obtaining financing to purchase the house, and closing the transaction. While market forces are sufficient to protect consumers in most cases, the market brings the benefits of competition to consumers only to the extent that they have adequate information with which to make informed choices among competing brokerage models, mortgage options, and closing services. Attempts to restrict competition and consumer information in all three of these areas have required intervention by the DOJ and FTC.

## **2. Real Estate Brokerage Services**

8. In any community, hundreds or thousands of homes may be offered for sale by many brokers. It would be extremely inefficient for a consumer to contact every broker in town to identify the properties that meet the consumer's specifications. Accordingly, the brokerage industry developed the MLS concept to collect all local property listings in a single database. The MLS offers benefits to sellers, who obtain wider exposure for their homes, and to buyers, whose information search costs are significantly reduced. Buyers and sellers normally access the MLS through real estate brokers.

9. However, as alternative forms of lower-cost real estate brokerage have emerged, some traditional brokers collectively have sought to exclude lower cost brokerage options by imposing requirements that

---

<sup>3</sup> The effect of these new forms of business on competition are discussed in an FTC/DOJ report issued in 2007 entitled *Competition in the Real Estate Brokerage Industry*, available at <http://www.ftc.gov/reports/realestate/V050015.pdf>.

effectively excluded them from using the MLS to sell properties. Given the importance of the MLS as a tool for buying and selling real estate, these requirements seriously threaten consumer access to low-cost brokerage options.

10. The antitrust agencies have challenged several of these MLS operators on the grounds that such requirements constituted anticompetitive horizontal agreements among competing brokers. Early cases challenged requirements that, among other things, permitted MLS listings only when the seller agreed to pay the listing broker a commission regardless of whether the home was sold through the broker's efforts, fixed the amount of commission that would be shared with a buyer's broker, and prevented part-time brokers and brokers from outside the area from participating.<sup>4</sup> More recently, the agencies intervened when MLS operators took steps to prevent MLS listings by limited service brokers from appearing on the Internet.<sup>5</sup> The DOJ recently challenged the largest real estate trade association in the United States over rules that permitted brokerages to restrict listings from Virtual Office Websites offered by brokers using innovative web-based marketing systems.<sup>6</sup>

11. Traditional realtors and their associations have also turned to lawmakers and regulators to block the emergence of innovative firms that seek to compete by offering a reduced level of brokerage services in return for a lower commission. While listing properties on the MLS and the Internet are tools that many buyers and sellers find indispensable, other services traditionally performed by brokers could be competently performed by many sellers themselves. These include showing the house to prospective buyers, negotiating price and preparing sales contracts, arranging for financing, arranging for home inspections, and the like. Certain broker associations, however, have sought to persuade states to require that all brokers offer a minimum level of service that would include these and other services, undermining the ability of limited service brokers to offer limited services for a low cost. Advocates of these laws claim that they are justified on grounds of protecting consumers from deception, but they have not been able to articulate how excluding low cost competitors serves this purpose.

12. Because the "state action doctrine" in United States law protects state laws from antitrust challenge in most cases,<sup>7</sup> the FTC and DOJ have focused their efforts on competition advocacy to persuade legislators that minimum service requirements and rebate bans reduce choice, increase price, and fail to offer them any meaningful level of protection.<sup>8</sup> The U.S. antitrust agencies have argued that consumers are

---

<sup>4</sup> E.g., *United Real Estate Brokers of Rockland Ltd.*, 116 F.T.C. 972 (1993).

<sup>5</sup> E.g., *United States v. Multiple Listing Serv. of Hilton Head Island*, (D.S.C. filed Oct. 16, 2007), available at <http://www.usdoj.gov/atr/cases/mlshilton.htm>; *Multiple Listing Serv., Inc.*, (FTC File No. 061 0090, Dec. 12, 2007), available at <http://www.ftc.gov/opa/2007/12/mls.shtm>; *Austin Board of Realtors*, (FTC Docket C-4167, Sept. 5, 2006), available at <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510219/0510219.shtm>. Similar cases are still being resolved within the FTC's administrative process. See *Realcomp II, Ltd.* (FTC Docket 9320, Initial Decision of Administrative Law Judge, December 13, 2007), documents available at <http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9320/index.shtm>. The initial decision, which preliminarily determined that the policies of *Realcomp II, Ltd.* did not unreasonably restrain competition and that there was no "actionable consumer harm" in violation of Section 5, is being appealed to the full FTC.

<sup>6</sup> *United States v. National Ass'n of Realtors* (N.D. Ill, Amended Complaint Oct. 4, 2005), available at <http://www.usdoj.gov/atr/cases/nar.htm>.

<sup>7</sup> Regulations enacted by non-sovereign components of state governments, such as real estate commissions, do not enjoy the same protection from antitrust challenge as statutes passed by state legislatures. The DOJ, for example, recently challenged the Kentucky Real Estate Commission's restrictions on offering rebates to consumers. See *U.S. v. Kentucky Real Estate Comm'n* (W.D. Ky., Complaint, Mar. 31, 2005), available at <http://www.usdoj.gov/atr/cases/krec.htm>.

<sup>8</sup> See, e.g., letters from FTC and DOJ cited in 2007 U.S. OECD Submission at footnote 97.

better protected when they can choose between high cost/high service and low cost/low service providers rather than requiring them to pay for services they may not want or need. The FTC/DOJ Real Estate Study, cited above, indicates that the difference between a full service and a limited service commission for a consumer who bought a house at the 2005 average price of \$271,267, for example, could be between \$4,000 and \$5,000.

13. In two recent competition investigations, the FTC explored suspected horizontal agreements to suppress the advertising of low-cost brokerage services to consumers. These cases highlight the complementary relationship between competition and consumer protection when suspected anticompetitive practices threaten to restrict consumer access to information. In these matters, trade associations of real estate brokers disciplined discount brokers on the grounds that their low-price claims misled consumers in violation of association ethics codes. Analysis of these matters required not only an assessment of whether the associations engaged in anticompetitive practices, but whether the advertising claims were in fact misleading under Section 5 of the FTC Act, which prohibits deceptive practices, including commercial communications that are likely to mislead a reasonable consumer. Moreover, these cases also required the FTC to strike an appropriate balance between consumer protection interests in promoting effective industry self-regulation and competition interests in ensuring that industry self-regulation does not effectively create anticompetitive barriers to entry by low-cost competitors. The investigations ultimately were closed, but they effectively illustrate the importance of considering cases that implicate restrictions on consumer information from both a competition and consumer protection point of view.<sup>9</sup>

14. Preventing restrictions on competition goes only so far, however, in making sure that consumers receive the benefits of a competitive real estate market. Even in the absence of anticompetitive restrictions, consumer choice will flourish only when consumers know and understand the choices competition makes available to them. For example, many consumers do not understand that real estate commissions are negotiable; nor do they appreciate the nature of and differences among the types of brokerage services available. In response, through their consumer education functions, the FTC<sup>10</sup> and DOJ<sup>11</sup> have undertaken to educate consumers about the choices open to them in selecting from among the different types of real estate professionals who compete for their business.<sup>12</sup>

### 3. Mortgage Financing

15. Most consumers do not have the funds necessary to purchase real estate without using a mortgage loan to finance the purchase. The U.S. market for mortgages is competitive. However, significant consumer confusion exists about many credit terms that implicate, for example, the annual percentage rate and the ultimate cost of the loan. Among the key federal laws governing mortgage lending is the Truth in Lending Act (TILA),<sup>13</sup> which requires lenders to prominently reveal credit terms with the intent of

<sup>9</sup> Under FTC Rules, 16 CFR 4.10 (a)(8)(i), investigations of firms that do not result in law enforcement action are not normally disclosed.

<sup>10</sup> E.g., “Buying a Home: it’s a Big Deal,” FTC Consumer Alert, available at <http://www.ftc.gov/bc/edu/pubs/consumer/alerts/zalt001.pdf> (in English) and at <http://www.ftc.gov/bc/edu/pubs/consumer/alerts/zsalt001.pdf> (in Spanish.).

<sup>11</sup> Competition and Real Estate, available at [http://www.usdoj.gov/atr/public/real\\_estate/index.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/real_estate/index.htm).

<sup>12</sup> “Selling Your Home? Tips for Selecting a Real Estate Professional,” FTC Facts for Consumers, available at <http://www.ftc.gov/bc/edu/pubs/consumer/homes/zrea01.pdf> (in English) and at <http://www.ftc.gov/bc/edu/pubs/consumer/homes/zsrea01.pdf> (in Spanish.).

<sup>13</sup> 15 U.S.C. § 1601-1666j (requiring disclosures and establishing other requirements in connection with consumer credit transactions). TILA is enforced by the FTC with respect to non-depository institutions and by the federal banking regulators against depository institutions.

facilitating informed consumer choice among competing lenders. The FTC adds to those efforts through enforcement of the Home Ownership and Equity Protection Act (HOEPA), which amended TILA to provide additional protections for consumers who enter into certain high-cost refinance mortgage loans<sup>14</sup> and Section 5 of the Federal Trade Commission Act itself (FTC Act), which generally prohibits unfair and deceptive acts and practices in the marketplace as well as unfair methods of competition.<sup>15</sup> In addition, the FTC conducts research on home mortgage lending issues, including two recent studies of consumer mortgage disclosures,<sup>16</sup> and has provided comments to the banking agencies suggesting improvements to the requirements for mortgage disclosures to consumers.<sup>17</sup>

16. The real estate mortgage market is one in which consumer choice can easily be subverted by deceptive marketing practices that obscure the true cost of credit. The FTC has targeted deception and other illegal practices used in the marketing, advertising, and servicing of mortgage loans, focusing in particular on the subprime mortgage market. In recent years, the agency has brought 21 actions against companies and principals in the mortgage industry.<sup>18</sup> Several of these cases have resulted in large monetary judgments, collectively returning more than \$320 million to consumers.

17. In addition, the FTC has engaged in extensive consumer education on the topic and as the nation's consumer protection agency, takes an active role in educating American consumers about how to make choices in the competitive mortgage marketplace that will best serve their financial interests.<sup>19</sup> The FTC has more than 20 mortgage and homeownership-related publications for consumers, covering topics including buying and selling a home, getting a mortgage or home equity loan, understanding the role of a mortgage servicer, and recognizing and avoiding foreclosure scams.

18. Consumer education components are included with announcements of FTC enforcement activities (both competition and consumer protection) in the real estate field. For example, the FTC in September warned mortgage brokers and lenders, and the media outlets that carry their advertisements for home mortgages, that some of the advertising claims appearing in Web sites, newspapers, magazines, direct mail, and unsolicited e-mail and faxes may violate federal law. In warning letters, the agency

---

<sup>14</sup> 15 U.S.C. § 1639.

<sup>15</sup> 15 U.S.C. § 45(a).

<sup>16</sup> FTC, Bureau Of Economics Staff Report, J.M. Lacko and J. K. Pappalardo, Improving Consumer Mortgage Disclosures: An Empirical Assessment Of Current And Prototype Disclosure Forms (2007), available at <http://www.ftc.gov/os/2007/06/P025505mortgagedisclosurereport.pdf>; FTC, Bureau Of Economics Staff Report, J.M. Lacko & J.K. Pappalardo, The Effect Of Mortgage Broker Compensation Disclosures On Consumers And Competition: A Controlled Experiment (2004), available at <http://www.ftc.gov/os/2004/01/030123mortgagefullrpt.pdf>.

<sup>17</sup> FTC Staff Comment to Jennifer J. Johnson, Secretary, Board of Governors of the Federal Reserve Board System, Regarding Proposed Illustrations of Consumer Information for Subprime Mortgage Lending (Nov. 1, 2007), available at <http://www.ftc.gov/be/v080000.pdf>.

<sup>18</sup> FTC Testimony On Home Mortgage Disclosure Act Data and FTC Lending Enforcement, Presented by Lydia B. Parnes, Director, Bureau of Consumer Protection, Before the Subcommittee on Oversight and Investigations of the Committee on Financial Services, United States House of Representatives (July 25, 2007), available at <http://www.ftc.gov/os/testimony/P064806hdma.pdf>.

<sup>19</sup> Education materials on mortgage issues are available at the Commission's web page. FTC, Credit and Loans (2007), available at <http://www.ftc.gov/bcp/menus/consumer/credit/mortgage.shtm>. The materials include brochures such as "Mortgage Payments Sending You Reeling? Here's What to Do," "High-Rate, High-Fee Loans (HOEPA/Section 32 Mortgages)," and "Reverse Mortgages: Get the Facts Before Cashing In On Your Home's Equity."



advised more than 200 advertisers and media outlets that some mortgage ads are potentially deceptive or in violation of the Truth in Lending Act. The advertisements, including some in Spanish, were identified several months earlier during a nationwide review focusing on claims for very low monthly payment amounts or interest rates without adequately disclosing other important loan terms. The consumer education component to the effort was a new publication, “Deceptive Mortgage Ads: What They Say; What They Leave Out.”<sup>20</sup> The publication provides information to help consumers spot mortgage offers that may be less than complete, and lists buzz words that should trigger follow-up questions.

#### 4. Settlement Services

19. The settlement process can be both confusing and expensive. The FTC and DOJ have sought to reduce the expense by increasing competition for settlement services, while the FTC has worked with other government agencies to improve the information given to consumers during the process.

20. After paying for the home and/or mortgage and brokerage fees, buyers are frequently faced with a dizzying and unfamiliar array of fees and costs at settlement. These fees and costs are presented on a standardized form under regulations implementing the Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA). Through RESPA, the Department of Housing and Urban Development (HUD) strives to improve the settlement process for consumers and to enhance competition in several respects. The process has not always proven effective, however, in part because consumers usually do not see the form until they arrive at the settlement table. FTC has participated in initiatives aimed at reducing consumer confusion about the process. For example, in 2002 the FTC responded to a request by HUD for comments on proposed amendments to its regulations implementing the Real Estate Settlement Procedures Act (RESPA).<sup>21</sup> The FTC staff strongly supported HUD’s initiatives to simplify the settlement process and to foster competition in the market for settlement services, but urged HUD to consider carefully whether the information disclosed would provide consumers with useful information, and if so, whether it could easily be understood. For example, experience and research at the FTC indicate that consumers likely would benefit from a comprehensive review and reform of federal mortgage disclosures, including giving serious consideration to creating a single disclosure document that summarizes all the key features and costs of a mortgage.<sup>22</sup>

21. As noted above, one of the settlement costs that are ultimately passed on to buyers is the cost of settlement services themselves. In some states, these services are offered by a variety of providers, including attorneys, real estate title insurance companies, real estate agents, and paralegals. Laws in other states, however, require that real estate settlements be conducted by licensed attorneys. The economic effect of these laws is to exclude lower-cost providers of settlement services from the market without preventing actual consumer harm or providing countervailing benefits. One empirical study compared five states where lay providers examined property titles, drafted real estate instruments, and facilitated the closing of real estate transactions with five states that prohibit non-attorney provision of identical settlement services. The author found “[t]he only clear conclusion” to be “that the evidence does not

<sup>20</sup> See [www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/alerts/alt023.pdf](http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/alerts/alt023.pdf).

<sup>21</sup> See, e.g., FTC, Staff Comment to the Department of Housing and Urban Development on Proposed Amendments to the Regulations Implementing the Real Estate Settlement Procedures Settlement Act Claims (Oct. 28, 2002), available at <http://www.ftc.gov/be/v030001.pdf>.

<sup>22</sup> FTC, Comment from the Commission to Federal Reserve Board on Proposed Illustrations of Consumer Information for Subprime Mortgage Lending, (October 30, 2007) available at <http://www.ftc.gov/be/v080000.pdf>.



substantiate the claim that the public bears a sufficient risk from lay provision of real estate settlement services to warrant blanket prohibition...<sup>23</sup>

22. The FTC and DOJ have taken the position that these types of rules restrict competition by reducing consumer choice. Both agencies have urged state bar regulators to remove the conduct of real estate settlements from their definition of the practice of law.<sup>24</sup> In one instance, the agencies were asked to provide comments to legislators in New York about the likely effects of a proposed law that would eliminate competition between attorneys and non-attorneys for real estate settlement services.<sup>25</sup> The agencies advocated that such restraints are, “justified only by a showing that they are necessary to prevent significant consumer harm and are narrowly drawn to minimize their anticompetitive impact,” and, “[a]bsent such a showing, restraining competition in a way that is likely to harm [consumers] by raising prices and eliminating their ability to choose among competing providers is unwarranted.”<sup>26</sup> The legislation was ultimately dropped, and New York consumers still enjoy the benefits of attorney/non-attorney competition for these services.

## 5. Conclusion

23. Market imperfections in the residential real estate market can best be addressed by coordinating competition and consumer protection policy to ensure that both supply and demand side imperfections are addressed in a complementary manner. Competition tools are necessary to make sure that consumers realize the benefits of a competitive marketplace, whether in the form of alternate brokerage arrangements, real estate closing services, or financing options that might save them money. Consumer protection tools are necessary to ensure that the information that consumers need to take advantage of those choices is available to them.

24. There are operational benefits to having close communications between enforcers of competition and consumer protection laws. The FTC has found that enforcing both antitrust and consumer protection laws reinforces the consumer welfare orientation that it brings to accomplishing both of its missions. Regardless of whether both functions are combined in a single institution, consideration of competition and consumer protection as complementary policy goals can result in a collaborative and harmonized approach to competition and consumer policy that enhances consumer welfare by ensuring that consumers are able to make informed decisions about the choices presented to them by a competitive marketplace.

---

<sup>23</sup> Joyce Palomar, *The War Between Attorneys and Lay Conveyancers – Empirical Evidence Says “Cease Fire!”*, 31 CONN. L. REV. 423, 520 (1999).

<sup>24</sup> E.g., *McMahon v. Advanced Real Estate Title Services of West Virginia*, Case No. 31706 (brief of FTC and DOJ *amici curiae*, Sup. Ct. W. Va., May 25, 2004). See generally, U.S. Submission to Session 1 on Bringing Competition Into Regulated Sectors: The Legal Profession, Submission Of The United States, DAF/COMP/GF/WD(2005)35 (OECD Global Forum on Competition, Feb. 10, 2005), available at <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/compcomm/2005-Roundtable%20on%20Bringing%20Competition.pdf>.

<sup>25</sup> See two letters from the DOJ and the FTC to the Committee on the Judiciary of the New York State Assembly (June 21, 2006 and April 27, 2007), available at <http://www.ftc.gov/os/2006/06/V060016NYUplFinal.pdf> and <http://www.ftc.gov/be/V070004.pdf>.

<sup>26</sup> *Id.*



## CONTRIBUTION FROM UZBEKISTAN

## **THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES**

### **-- Uzbekistan --**

1. State competition authority in Uzbekistan oversees the wide range of spheres, including consumer right protection issues and the regulation of advertisement market as one of the key parts of consumer rights protection system.
2. The logic behind the alignment of two separate areas under the single roof came from widespread model of competition authorities' organisational structure in the former Soviet republics. However, increasing consumer welfare was not seen as the end result of the competition policy, because the development competition process was directed towards the de-monopolisation of state controlled sectors and price regulation activities.
3. It is commonly known that effective competition policy increases consumer welfare. Several studies have shown that healthy competitive environment can be good for the consumers. A study by Antimonopoly Policy Improvement Centre in cooperation with International Development Research Centre (IDRC, Canada) on competition issues in remittance markets has revealed the enormous effect of competition for consumers especially in increased value and quality of services and falling tariffs that saved hundreds of million dollars for consumers. The advancement of the technologies has also played its role in competitive processes of the remittances market in Uzbekistan. So the development of new technologies is good overall for developing countries since governments cannot keep up with the pace of regulating them and hence interferes a little if at all, which further stimulates the development of competition and markets overall (IT sector in India).
4. However, the other side of the medal shows the existence of systemic issues in the implementation of competition principles in all other markets, even though the benefits of them are real. The society, policymakers, and government officials are ignorant about competition due to increased government intervention in some markets.
5. The organisational structure of competition bodies and enclosure of consumer policies in them is important in some ways, but does not really matter if the goal of competition legislation is directed towards the increase of consumer welfare and there is a well established competition advocacy mechanism in the country.
6. In the case of fraudulent and misleading practices, competition authorities can do little without the active involvement of non-governmental consumer rights protection organisations, because fraudulent activities happen between the consumers and retailers. The prevention of fraudulent and misleading practices, as well as the issues related to unsafe products depend more on consumer literacy and effective state and non state mechanisms of implementation of strict consumer policies. Increasing consumer welfare is not really seen as the goal of consumer policy, at least in the consumer rights protection legislation in Uzbekistan and probably other former soviet republics. After all, consumer welfare refers to the individual benefits derived from the consumption of goods and services and, in theory, individual welfare is defined by an individual's own assessment of his/her satisfaction, given prices and income. Since

the benefits of consumer policy cannot identify the real saved value from the effective consumer policy, it is sometimes difficult to show its role in increasing consumer welfare.

7. It is hard to find the cases where both of the functions have conflicted since in practice both of them have different goals. Competition policy in Uzbekistan benefits market participants and consumers with a legal entity status, not a regular consumer in a physical entity status. For instance, if some market player abuses its dominant position and charges monopolistically high price to any player in vertical channel, competition authority only reimburses extra funds to that player.

8. Sometimes, consumer policy can be complimentary for competition authority since most of the consumer rights abuse cases involve public utilities, where Uzbek competition authority plays a regulating role.

1. ***Has your country required that “no frills” versions of complicated products be offered, to help vulnerable consumers? If so, who provided the product and how was its supply enforced? What was the effect on competition, if any?***

9. There are no regulations in Uzbekistan requiring that “no frills” versions of complicated products be offered to help vulnerable consumers.

2. ***Can you identify areas where a better convergence of both competition and consumer policies globally would be beneficial?***

10. It appears that convergence of both competition and consumer policies on a global level could be beneficial in markets that tend to be global.

3. ***Can you provide examples of sectors or products where an increased international cooperation between competition authorities and consumers representatives could render the markets more competitive while ensuring an adequate protection of consumers around the globe?***

11. Capital markets and financial services markets are probably best suited for this purpose. For example, single minimum standards for disclosing consumer credit terms can foster competition among banks and credit unions across national borders as consumers will be able to more easily compare the banks’ effective interest rates.





## CONTRIBUTION FROM BIAC

## THE INTERFACE BETWEEN COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

-- BIAC --<sup>(\*)</sup>

1. BIAC welcomes the opportunity to provide its views to the Global Forum on Competition concerning the interface between competition and consumer policies. BIAC commends the OECD Secretariat for its recognition of the importance of the links between these two critical components of market economies, for its contributions to the understanding of those links, and for its placement of the topic on the agenda of the Global Forum on Competition. These discussions, BIAC believes, can strengthen the foundations and enhance the implementation of both competition and consumer policies.

### 1. Introduction

2. The OECD Background Note articulates well the basic themes of the subject, and identifies the challenges that may face policymakers and practitioners of both disciplines:

That consumer protection policy and competition policy are largely interdependent instruments of economic policy, both aimed at serving a common purpose of enhancing the efficiency with which markets work, has been stated on many occasions and is widely accepted. It is also widely recognised that there can be, and at times are, tensions between those policies.<sup>1</sup>

3. This comment examines joint applications of the policies and notes agreement with the proposition stated in the Background Note – that competition policy and consumer policy share a common purpose and usually reinforce each other. BIAC also agrees that it is not uncommon for the policies to clash, for example when consumer policy “is used in ways that unnecessarily restrict competition,”<sup>2</sup> and when competitive remedies are pursued “without sufficient regard to consequential consumer protection issues.”<sup>3</sup>

4. BIAC suggests that there is nothing inherent in the purposes or instruments of competition or consumer policies that should result in tensions between them. To the contrary, an examination of actual or potential conflicts between the policies reveals that the tension could be resolved by taking the principles of each policy into account when implementing the other. Countless examples cited in the research on the subject and shared in the presentations for this session reiterate the value of the minding the links.

5. Consumer protection laws or regulations that are too restrictive or vague – like competition laws and regulations that are inapt or unclear – can inhibit the free and efficient functioning of the market. Just as overreaching abuse-of-dominance laws can chill pro-competitive discounting, overly stringent or vague

---

<sup>(\*)</sup> Paper prepared by William MacLeod, Kelley Drye & Warren LLP, with substantial contribution from BIAC Competition Committee members.

<sup>1</sup> Directorate For Financial and Enterprise Affairs, OECD (2008), Background Note, p. 3.

<sup>2</sup> *Id.*

<sup>3</sup> *Id.*

consumer protection laws can inhibit the flow of information. Either consequence can prevent consumers from finding and rewarding the best competitors.

6. BIAC believes that competition and consumer protection unambiguously would benefit from more cooperation among policymakers and more integration of policies – from the identification of enforcement initiatives to the imposition of specific remedies. Whether the structure of cooperation is full integration in one agency, formal cooperation between agencies, or other methods of consultation that permit the introduction of considerations from one policy to the other. This consultation is especially important when a particular intervention is reaching the remedy phase.

7. Efforts to integrate competition and consumer protection laws and enforcement, however laudable in concept, should not become a pretext for intervention. Each area offers ample temptation to intervene and impose remedies that leave markets more heavily regulated, less responsive and potentially less competitive than before. Applying policy from both disciplines to interventions should improve policymakers' ability to anticipate the unintended consequences of displacing market forces. The objective must be to allow the market to function free of distortion rather than to attempt to perfect the functioning of the market through regulation.

8. Finally, BIAC supports the proposal that both competition and consumer policy emanate from authorities of multi-sector jurisdiction, rather than sectoral regulators. To the extent that regulation of a particular sector implicates issues of either competition or consumer policy, BIAC recommends a framework for consultation between the sector-specific agency and the agencies with responsibility for competition and consumer policy.

## **2. Competition and Consumer Policy Serve the Same Purpose**

9. Competition policy seeks to maximize the choices available to consumers by clearing markets of the encumbrances of monopoly, conspiracy and other market distorting structures. Consumer protection seeks to ensure that customer choices – the critical signals that direct competitive activity – are not distorted by deception, misstatements or mistreatment of consumers.

10. Legal scholars have described the theoretical basis for the connection between consumer and competition policies:

“The antitrust laws are intended to ensure that the marketplace remains competitive, so that a meaningful range of options is made available to consumers, unimpaired by practices such as price fixing or anticompetitive mergers. The consumer protection laws are then intended to ensure that consumers can choose effectively from among those options, with their critical faculties unimpaired by such violations as deceptions or the withholding of material information.”<sup>4</sup>

11. Public officials have long acknowledged the connections between competition and consumer policy. At the United States Federal Trade Commission in the 1970s and 1980s, both the Bureau of Consumer Protection and the Bureau of Competition enforced the agency's mandate to protect competition, and the many cases that involved blended issues led a Director of the Bureau of Consumer Protection to observe, “a good deal of antitrust law and antitrust practice is going to involve consumer protection issues.... a good deal of consumer protection practices are going to be litigated in antitrust cases.”<sup>5</sup> A recent Chairman of the U.S. FTC has voiced similar observations.<sup>6</sup> In Canada, consumer

<sup>4</sup> Neil W. Averitt and Robert H. Lande, "Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law," 65 *Antitrust Law Journal* 713, 714 (1997).

<sup>5</sup> See e.g., MacLeod (1988), 'Federal And State Enforcement Agencies: Current Activities and Priorities: FTC Consumer Protection Activities' 57 *Antitrust L.J.* 163.



protection provisions in the form of both criminal and civil sanctions for misleading representations are part of the Competition Act. The nexus between consumer protection and measures to ensure effective competition is reflected in the following quote from the Bureau's guideline on the Act's Ordinary Selling Price provisions: "A business representing a product with a discount from an inflated 'regular' or 'compare at' price can entice consumers away from competitors who represent their products truthfully, putting them at a competitive disadvantage"<sup>7</sup>.

12. International attention has exposed the issue to wide audiences of policymakers, practitioners and the business community. OECD has led efforts to marshal expertise and share members' experiences, a recent example of which took place in joint meetings of the committees responsible for competition and consumer policy in 2004.<sup>8</sup> Encouraged by agencies in member countries, commentators continue to document progress in theory and practice.<sup>9</sup>

13. Growing recognition of the interface has encouraged integration of enforcement resources. The Office of Fair Trade in the UK – which has combined its competition and consumer protection groups into one group denominated "Markets and Projects" – has achieved a level of integration that is rare at the national level. OFT's official explanation for the reorganization echoes the economic theory in the literature:

Our view is that it is more effective to look at the demand and supply sides of markets together. The competition and consumer regimes are complementary to each other. Empowered and well-informed consumers act as a positive stimulus to competition between businesses. Where consumers are able to make informed decisions, businesses are more likely to innovate, reduce inefficiencies in production and supply, and compete in ways which make markets work well for consumers and the wider economy.<sup>10</sup>

In France, the enforcement authority, *Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes* (DGCCRF) has been in charge of both consumer protection and competition policies for many years.

14. Authorities have amassed significant records in the pursuit of integrated policies. The most explicit examples of the application of competition theory to consumer protection issues typically are represented by policy statements issued by competition authorities. Since 1980, the U.S. FTC has filed more than 750 comments advocating a mix of competition with the regulatory policies that various government agencies had adopted – often in the name of consumer protection.<sup>11</sup> The comments examined

---

<sup>6</sup> See e.g., Muris (2002), 'The Interface of Competition and Consumer Protection,' prepared remarks by Timothy J. Muris, Chairman, Federal Trade Commission, at the Fordham Corporate Law Institute's Twenty-Ninth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy.

<sup>7</sup> Ordinary Price Provisions of the Competition Act, <http://www.competitionbureau.gc.ca/epic/site/cb-bc.nsf/en/00844e.html>

<sup>8</sup> OECD, Joint Meeting of the Competition Committee and the Committee on Consumer Policy on Cross-Border Enforcement Cooperation, October 13, 2004.

<sup>9</sup> See, e.g., Hobbs (2005) 'Antitrust and Consumer Protection: Exploring the Common Ground' 72 *Antitrust L.J.* 1153; MacLeod (2005) 'Three Rules And A Constitution: Consumer Protection Finds Its Limits In Competition Policy,' 72 *Antitrust L.J.* 943; Priddis (2007), 'International Developments,' 21 *Antitrust ABA* 89;.

<sup>10</sup> Office of Fair Trading Annual Plan 2007-2008, p. 6 available at [http://www.oft.gov.uk/shared\\_oft/about\\_oft/349517/ap08.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oft/about_oft/349517/ap08.pdf).

<sup>11</sup> See Majoras (8 February 2005), 'A Dose of our Own Medicine: Applying a Cost/Benefit Analysis to the FTC's Advocacy Program' Keynote Address, Current Topics in Antitrust Economics and Competition

the economic effects of marketing restrictions in areas as varied as health care, real estate, wine delivery, legal services. Quite often, the Commission has persuaded regulators that restrictions exceeded the scope necessary to protect customers, and likely raised prices and impeded entry. As early as 1989, the American Bar Association estimated that the Commission's comments have saved consumers more money annually than the agency's entire budget.<sup>12</sup> Private enforcement can also pursue both consumer protection and competition objectives: for instance in France, government-approved consumer associations are entitled to file actions with both the *Conseil de la Concurrence* (the Competition Agency) and the *Commission d'examen des pratiques commerciales*, a consumer protection agency.

15. Numerous enforcement actions and orders also have traversed the common ground between competition and consumer protection. Agreements among competitors to restrict advertising have faced sharp rebukes from competition authorities in the United States.<sup>13</sup> Competition policy has provided justification in other jurisdictions that have overturned advertising restraints that go beyond what is necessary to prevent deception or abuse of consumers.<sup>14</sup>

16. While the benefits of cross fertilization between competition and consumer policy are well substantiated, effective implementation of the policies presents unique challenges. Typically, competition laws make only incidental reference to consumers. Likewise, ultimate consumer interests are rarely represented directly in competition proceedings.<sup>15</sup> Therefore, finding the best method of benefiting consumers is often largely within the discretion of the competition regulators.

17. It often can be difficult to draw a clear distinction between a bona fide consumer protection initiative and an anticompetitive restraint. This effort can require extensive evidence and analysis, and the failure to articulate how a restraint exceeds the boundaries of proper consumer protection can be fatal to a charge that the practice was anticompetitive. For example, the U.S. FTC challenged advertising restrictions that were imposed by the California Dental Association that the Association claimed were designed to protect patients from unethical advertising. The FTC instead believed that the Association had suppressed both good and bad advertising, thereby, harming consumers searching for new dentists and frustrating dentists who wanted to compete.<sup>16</sup> Finding that neither consumers nor competitors had suffered under the Associations rules, the court ordered dismissal of the action.

18. In sum, while the two disciplines – competition and consumer protection – are two servants to the same master, it can be a challenge to fully align the two policies. Thus, agencies must carefully evaluate consumer protection actions to ensure that their implementation does not run counter to competition goals, and vice-versa.

---

Policy, Charles River Associates, *available at* <http://www.ftc.gov/speeches/majoras/050208currebtopics.pdf>.

<sup>12</sup>

*Id.*

<sup>13</sup>

*United States v. Amer. Pharmaceutical Assn.*, 1981-2 Trade Cases (CCH), Par. 64,168 (W.D. Mich. 1981)(consent decree prohibiting restrictions on price advertising); *Association of Independent Dentists*, 100 F.T.C. 518 (1982) (same).

<sup>14</sup>

*See, e.g.*, Directive 97/55/EC of European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Directive 84/450/EEC Concerning Misleading Advertising so as to Include Comparative Advertising, (OJ L 290, 23.10.1997, p. 18), available at <[http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1997/en\\_1997L0055\\_do\\_001.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1997/en_1997L0055_do_001.pdf)>.

<sup>15</sup>

Generally competition laws do not require the regulators to prove damage to final consumers and no doubt in many cases this would be difficult, costly and inconvenient to evidence.

<sup>16</sup>

*California Dental Association v. F.T.C.*, 224 F.3d 942 (9<sup>th</sup> Cir. 2000).

### 3. Application of the Principles Across Disciplines Requires Due Consideration of the “Consumer”

19. Identification and definition of market participants and stakeholders remains important in both disciplines. It is worth noting that writers and regulators refer almost interchangeably to "consumer welfare," "consumer detriment," "citizen welfare," "consumer interest" and "consumer protection." The ascendance of consumer sovereignty as a unifying theory of competition and consumer policy underscores the importance of understanding who the customer is and how the customer deals in the marketplace.

20. It should be noted that imprecision of language is not limited to consumer policy. A similar lack of definition attends expressions in competition policy, such as "competitiveness" and "competitive process," and the attempts to define these terms have animated much of the discussion of abuse of dominance.

21. Understanding the specific interests at stake is critical to establishing the applicable standard. In the context of EC competition law the concept of "consumers" encompasses all users of the relevant products, i.e. customers and subsequent purchasers alike. The point has been made that for these purposes intermediate buyers are treated as "honorary" consumers, for example in the EC Guidelines on the application of Article 81(3) point 84:

The concept of "consumers" encompasses all direct or indirect users of the products covered by the agreement, including producers that use the products as an input, wholesalers, retailers and final consumers, i.e. natural persons who are acting for purposes which can be regarded as outside their trade or profession. In other words, consumers within the meaning of Article 81(3) are the customers of the parties to the agreement and subsequent purchasers. These customers can be undertakings as in the case of buyers of industrial machinery or an input for further processing or final consumers as for instance in the case of buyers of impulse ice-cream or bicycles.<sup>17</sup>

22. There seems to be an assumption in the EC Guidelines that harm caused to intermediate buyers causes harm to final consumers, notwithstanding that final consumers may be affected in a different way, or may not be affected at all.<sup>18</sup> This assumption has been largely rejected in the United States. Noting the difficulty of proving how much of a price increase might be passed to downstream customers, the Supreme Court has held that (except in narrow circumstances) private plaintiffs may not invoke federal competition law in actions against companies that do sell directly to them.<sup>19</sup>

23. The analysis of consumer harm and the decision to intervene in a competition case should depend in significant part on the sophistication of customers, their exposure to being misled, and their ability to thwart the allegedly anticompetitive practice under review. Customer status has long been a staple of competition law in areas such as merger analysis and abuse-of-dominance cases. Market definition,

---

<sup>17</sup> Commission — Notice — Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (Text with EEA relevance) *Official Journal C 101*, 27/04/2004 P. 0097 – 0118, available at [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427\(07\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427(07):EN:HTML)

<sup>18</sup> There is arguably a certain policy mismatch in the way that enforcement at EU level is targeted at the wholesale level, with the assumption that the benefits of (potentially unnecessary) enforcement action will flow through to final consumers, whilst victims of anti-competitive behaviour at the wholesale level are not greatly assisted by consumer protection laws in seeking redress. Consumer protection laws predominantly inure to the benefit of final consumers, rather than intermediate buyers. For example, the European Small Claims Procedure, which is intended to make it easier for consumers to recover sums of no more than €2,000 is unlikely to make it easier for victims of anti-competitive behaviour at the wholesale level to bring a private claim for damages (as their losses are likely to be greater).

<sup>19</sup> *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

vertical restraints, information exchanges, aggressive tactics and many other issues of competitive analysis cannot be assessed without taking into account the characteristics of customers.

24. Proper characterization of the customer is as important to sound consumer protection enforcement as it is to effective competition policy. Consumer policy should distinguish between sophisticated and unsophisticated end consumers, and where consumer policy enforcement extends to intermediate customers, it should take their relative sophistication into account as well. For example, the general public is likely to draw different inferences from an advertisement of a new drug than would an audience of physicians or pharmacists. When contemplating an intervention against self-regulation or sectoral regulation to alter the information flowing to customers, an authority must take into account the both necessity of that information to that specific audience and the ability of the audience to process the information that sellers provide.

25. It should also be noted that certain competition law remedies, such as those requiring market players to provide consumers with more information, may end up imposing additional costs on the consumer, as companies targeted by the enforcement action will incorporate the additional costs into their pricing scheme.<sup>20</sup> This may be counterbalanced by other factors in each case, but failure to correctly categorize the consumer in the context of competition enforcement has the potential to harm the very consumers that the regulators are trying to protect.

26. To the extent competition policy is enforced for the benefit of final consumers, regulators should consider the extent to which the consumers who suffer detriment will be compensated. Fines extracted from wrongdoers that are devoted toward public finances may do little to redress consumer injury. Efforts focused on consumer redress should become part of the evaluation of the effectiveness of enforcement. Efforts directed solely at disgorgement, while generating some punitive effect, are arguably of less impact to the welfare of the injured consumers.<sup>21</sup>

27. A consumer focus is consistent with the need to look at the effects of competitive behaviour and therefore suggests that inflexible per se rules are not required. An evolution toward a standard based on consumer-harm would benefit competition authorities. Even if consumer protection officials have a strong inclination to address technical violations regardless of market consequences, consultation with competition authorities might alter approaches to consumer issues as well. Ideally, this might result in consumer welfare acting as a legal filter in competition cases. Of course, care will be needed to resist the temptation of allowing the primary objective of consumer policy – the protection of the customer – to take the focus away from the primary objective of competition law – the protection of competition rather than the competitor.

#### **4. Interventions and Remedies Should Pass the Tests of Both Competition and Consumer Policy**

28. Various modes of regulation can be useful, but must be proportionate and tailored to the specific problem. Depending on the intervention contemplated, the consequences of a “false positive” can be

---

<sup>20</sup> Examples include the remedies imposed by the United Kingdom Competition Commission in the *Care Homes*, *Bulk LPG* and *Store Cards* market inquiries. In each case, the Competition Commission imposed, inter alia, a market-wide remedy requiring companies to provide more information to consumers.

<sup>21</sup> *FTC v. Mylan Laboratories, Inc., Cambrex Corporation, Profarmaco S.R.I., and Gyma Laboratories of America, Inc.* (District for the District of Columbia) (FTC File No. X990015), available at <http://www.ftc.gov/opa/2000/11/mylanfin.shtml> (\$100 million in redress for customers allegedly injured by price fixing).

increasingly severe. This implies that the mode of intervention should be tailored to both the type of violation as well as the type of market actor involved.

29. Useful mechanisms for intervention can include:

- Industry Guidance
- Policy Statements
- Enforcement Actions
- Regulations
- Legislation

30. The selection of the appropriate tool requires consideration of a number of factors, including *inter alia* the breadth of a practice within an industry, the longevity of the practice, the acuteness of the harm which flows from the practice, the durability of the harm, and the precedential value of the agency action. A unifying consideration in selecting the appropriate and proportionate response should be the application of an economic assessment of the level of potential harm (i.e., lost consumer welfare) created by the practice, and the degree to which this harm can be remedied by the selected response.

31. Industry guidance and policy statements have been especially effective methods tools to develop and articulate policy in those areas requiring broad-based modification of activity where individual enforcement efforts would have slight impact (e.g., where there are many market participants) and where prosecution might be viewed as selective or biased. One example is the guidance regarding advertisement of weight loss products, where the where U.S. FTC has encouraged broadcasters to scrutinize the claims of advertisers based on some fundamental “red flag” principles.<sup>22</sup> By providing industry the opportunity to share its experiences with policymakers in the formulation of the policy, these exercises are more likely to produce beneficial results and anticipate any unanticipated consequences. By predicting the directions of enforcement, industry guides can obviate costly interventions. BIAC encourages competition authorities to employ these methods before initiating enforcement or regulation, and before considering support of legislation.

32. Enforcement actions are a useful mechanism but can be an expensive approach to addressing consumer harm. They are a necessary component to consumer protection, however, in that they convey the serious intention of an agency to apply the existing statutory and regulatory scheme. Maintaining flexibility and applying prosecutorial discretion are an important component of an effective programme. In this respect, utilising regulatory or statutory means to address specific industry concerns imposes a significant risk of unintended consequences. Agencies must be particularly cautious with such prescriptive approaches, which can have unintended chilling effects that can impose far greater costs than the benefits of intervention.

33. BIAC notes with interest that in the most recent public spending approval process in the UK the OFT has given a pledge to the Treasury that it will only intervene in cases where the value of consumer benefits to be achieved is at least five times the anticipated cost of its intervention. Assessments of the costs and benefits of intervention should not end with the initial consideration of action. Such assessments

---

<sup>22</sup> Red Flag: A Reference Guide for Media on Bogus Weight Loss Claim Detection, *available at* <http://www.ftc.gov/bcp/menus/resources/guidance/health.shtm>.

should be renewed at each stage of a proceeding, and a thorough assessment based on the record of the proceeding should be performed at the remedy phase.

34. The UK offers a recent enforcement example of the benefits of minding the links. In the case of the directory enquiry service which was offered to consumers by BT plc, the OFT opened the sector to entry. Many companies took advantage; now there are a number of companies offering directory enquiries. The contribution from the UK notes that consumer policy considerations might have shed light on whether this application of competition policy provided the best benefits for consumers:

However this was accompanied – at least initially – by higher average prices and higher complaint levels, largely due to the difficulties faced by consumers in assessing price and quality across the many new suppliers. The UK telecommunications regulator now acknowledges that the policy would have benefited from further analysis in advance of how to ensure transparency for consumers and how consumers would react to such multiple market entry.<sup>23</sup>

35. Without the insights of consumer policy, competition policy is more likely to treat "consumer detriment" as solely a supply side issue. The directory intervention demonstrates the value of the multidisciplinary approach. Explanations of the interface between consumer law and competition law need to take into account that a market can appear to be working well by traditional norms of competition but not by metrics of most interest to consumers, for example if their rights are being abused the sellers.

36. In the area of regulations, the UK, US and EC present an example where different results stemmed from different degrees of consideration of competition concerns. For the last several years, public health authorities have implemented new policies to address trends toward increasing incidence of obesity, especially in children. Although most of the initiatives have focused on traditional tools of public health – like education about diet and exercise – some countries have considered whether the regulation of advertising might assist the effort. Recognizing the role of advertising as catalyst for innovation, communication and entry, governments in the US and EC encouraged industry to use advertising to support consumers efforts to choose healthier lifestyles.<sup>24</sup> The Office of Communications in the UK (OfCom), however, decided to ban advertisements for many foods to children and teenagers.<sup>25</sup> The involvement of competition experts in the US and EC likely played a decisive role in allowing market forces to govern food advertising, as did an earlier aborted effort to ban advertising to children at the U.S. FTC.

37. Overlooking unintended consequences is perhaps most costly in legislation, simply by virtue of its rigidity and durability. The legislative forum is perhaps best suited to advocacy by competition and consumer protection policy experts, and indeed many of the interventions of the U.S. FTC affected the deliberations of state and federal legislators and prevented the imposition of laws that may have resulted in restrictions in competition or unnecessary burdens on consumers or manufacturers.

38. As noted above, competition policy can sometimes affect existing legislation. We saw this in the EC in the Directive on comparative advertising. In the United States the Constitution has been invoked to

<sup>23</sup> United Kingdom (2008) 'The Interface Between Competition And Consumer Policies,' Contribution from the United Kingdom.

<sup>24</sup> See, e.g., Majoras, 'The Vital Role of Truthful Information in the Marketplace,' *Roy H. Park Lecture*, University of North Carolina School of Journalism and Mass Communication (October 11, 2007); European Commission, 'EU Platform for Action on Diet, Physical Activity and Health,' available at [http://ec.europa.eu/health/ph\\_determinants/life\\_style/nutrition/platform/platform\\_en.htm](http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/nutrition/platform/platform_en.htm).

<sup>25</sup> See, Ofcom (2008) 'Ofcom publishes final Statement on the television advertising of food and drink products to children,' available at <http://www.ofcom.org.uk/media/mofaq/bdc/foodadsfaq/>.

advance the interests of competition.<sup>26</sup> A very recent example came in the form of a Supreme Court decision that declared state laws prohibiting interstate shipment of wine violated the Commerce Clause by discriminating against out-of-state competitors.<sup>27</sup> The Court dismissed arguments that the restraints were needed to control underage drinking, relying instead on a Report of the U.S. FTC, which had found that states that allowed direct shipments reported no problems with minors' increased access to wine.

39. These and the many other examples cited in the contributions from member countries amount to an impressive case for the value of bringing competition policy and consumer policy to bear on economic regulation whenever possible.

40. It is worthwhile noting the areas of consumer policy that do *not* adjoin the competition border. Many applications of consumer policy amount to little more than prosecutions of fraud. To be sure, the prevention of fraud is important to a well functioning market. Effective antifraud policy does not necessarily require a rigorous economic foundation. In these instances, swift intervention in the market may be warranted to prevent significant consumer harm or, indeed, personal injury. In a similar vein, some antitrust cases are hard core violations that require little economic analysis; one does not have to consult consumer experts to glean consumers' view of naked cartels.

41. In cases where the consumer perspective can shed light on competition issues, however, consumer interest may be difficult for even the experts to understand. Despite the advances in the modeling of consumer decision making that have improved the tools of consumer policy, behavioural economics and consumer experts models have not explained many of the decisions that consumers make in the marketplace. For example, why are consumers reluctant to change financial institutions even when better rates are available elsewhere or the incumbent is failing to satisfy the consumer? Do consumers act in their own best interest when they purchase long term commitments in service contracts or accumulate loyalty credits that induce them to acquire goods and services that they would not otherwise purchase? Do consumers prefer to purchase loss leaders and save money or pay more for the sake of preserving greater choice in the market in the long term? Do the models adequately explain the myriad differences in quality and fashion that legitimately appeal to consumers' preferences?

42. Just as the most sophisticated tools of economic analysis are brought to bear in competition cases, the modern science of consumer decision-making should be applied to consumer policy. However, the evolution of competition policy provides some useful insights for the consumer side, and foremost among them is the realization that the most sophisticated methodology available cannot take into account all of the complexities of the marketplace. Indeed, the models of consumer behaviour appear to be no closer to solving the complexities of the decisional dynamics than the models of economic markets are at resolving the many complexities of industry dynamics. Given the limitations of the models and theories of consumer behaviour, and the countless objective and subjective factors that motivate consumer preferences, it is important in formulating policy to remain open to the hypothesis that consumers have made rational and informed choices about the goods and services they have decided to acquire.

43. It is necessary to keep in mind also that competition law is about markets working properly for the benefit of all whereas much of consumer law is aimed at protecting the individual. As such, competition policy cannot and should not bear the full burden of protecting consumers.

---

<sup>26</sup> See, e.g., MacLeod (2005) 'Three Rules And A Constitution: Consumer Protection Finds Its Limits In Competition Policy, 72 *Antitrust L.J.* 943.

<sup>27</sup> *Granholm v. Heald*, 544 U.S. 460 (2005).

## 5. Conclusion

44. BIAC understands the value in competition enforcement of an emphasis on consumers, as the value of increased "competitiveness" is not readily appreciated by the general public. In actual fact an inappropriate application of competition law can have detrimental effects on consumers and is not the answer in every case, e.g. in failing to recognize efficiencies of horizontal restraints, network effects or economies of scale. To the extent that consideration of consumer policy can help authorities recognize the benefits of perceived departures from ideal competitive theory, the perspective of consumer policy can enhance competition. To the extent that the insights of competition policy can advocate the benefits of competition in the marketplace for information, consumer protection will benefit.

45. In summary, the scope of the actual intersection between consumer policy and competition policy is significant and the objectives of the two disciplines should be melded together as much as possible. But we should not expect the two disciplines to blend perfectly. The challenge is to work out how best to develop this relationship in a manner which makes the laws of each more effective. BIAC welcomes that challenge and looks forward to working with OECD to achieve the goals of enlightened competition and consumer policies.





## **SESSION V**

### ***THE ECONOMICS OF COMPETITION AND CONSUMER POLICIES***





**PRESENTATION BY**

**COLIN F. CAMERER**

**-- CALIFORNIA INSTITUTE OF TECHNOLOGY --**

# Behavioral economics and consumer protection

Prof Colin Camerer

- Neoclassical economics
  - Consumers know what is good for them
  - Best protection comes from educated consumers
- Behavioral economics
  - *Some* consumers *sometimes* limited in rationality and willpower
  - *Might* provide a scientific basis for extending *or shrinking* scope of protection

15-Feb-2008

1

- I am not an advocate for frequent changes in laws and constitutions. But laws and constitutions must go hand in hand with progress of the human mind.  
-- Thomas Jefferson



15-Feb-2008

2

## Behavioral economics: Part of a natural progression

- Perfect competition
  - Usefully enhanced by study of imperfect competition (monopoly etc.)
- Perfect information
  - Usefully enhanced by study of imperfect information (lemons, signaling...)
- Perfect rationality
  - Usefully enhanced by study of limits on calculation, attention, willpower..

15-Feb-2008

3

## The neoclassical arguments against consumer protection

- Consumers know what is good for them
- Private mechanisms work adequately [Greenspan quote]
- Regulators make mistakes too
  - Example: Too much disclosure → ignore warnings
- Protection can create offsetting costs
  - E.g. licensing occupations → cartel, high prices
  - “Babying” consumers makes them less savvy...

15-Feb-2008

4

## Behavioral economics arguments

- Consumers limited in rationality + willpower
- Mistakes can be systematic, large and correlated across the economy
  - E.g., subprime mortgages
- Research might suggest better protection...or sometimes *less* protection

15-Feb-2008

5

## Private mechanisms for consumer protection

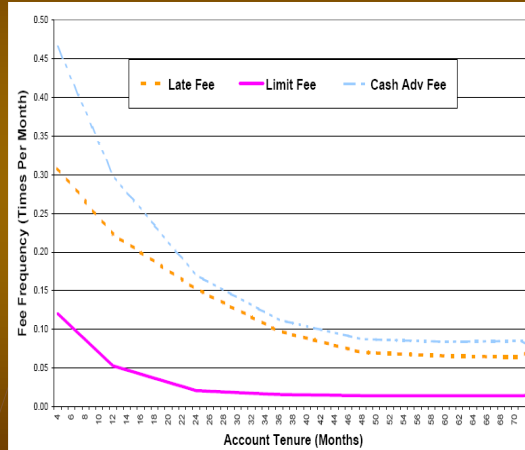
- Personal learning
  - But some decisions are rare
    - funeral homes, house purchase
  - But some decisions are early and irreversible
    - Children, marriage, education
- Social learning and advice
  - Informal
  - Professional
    - But high fees, kickbacks
- Reputation and word-of-mouth
- Class action lawsuits (for many small-harm cases)
- Media consumer reporting
  - "preaching to the choir"?

15-Feb-2008

6

## Learning about credit card “mistakes”: Learn 20%/yr...but forget 15%/yr

- 128k credit card customers, 100M transactions
- 3 mistakes
- Agarwal, Driscoll, Laibson, Gabaix (07)



15-Feb-2008

7

## Claim: Regulation can crowd out consumer vigilance

- “In a regulated industry, however, there’s a tendency for consumers to let up on their vigilance. They mistakenly believe that the government is looking out for them, and that’s simply not possible all the time...Rogue [web] sites can’t be stopped through regulation. They can only be stopped through the adherence of caveat emptor”

– Calvin Ayre, CEO Bodog  
(Costa Rican online gambling site)



15-Feb-2008

8



## Does competition effectively protect consumers?

- Yes:
  - Competitors can lure customers away from bad products
    - E.g., portability of cell phone numbers in US
- No:
  - “Status quo bias” and brand loyalty
    - Slows down adoption of superior products
  - Educated customers may be unprofitable

15-Feb-2008

9

## “Curse of education” (Gabaix-Laibson)

- Educating consumers can make them unprofitable
  - “active stock trading doesn’t work”
  - “echinacea does not stop colds”
  - “hotels make money on extras”

15-Feb-2008

10

## Hidden costs: Many consumers do not know what they are paying

- Mortgage fees
- Credit card fees and terms
- Mutual fund fees
- Banking
  - minimum balances
  - BoA autopay, "Pay the amount *due*.."
    - "due" is minimum payment, not the full amount

15-Feb-2008

11

## Regulation of complexity?

Memory Spec. Chart - PC3200 DDR 512MB (Select Your Memory Module)		
<p><b>Samsung/Micron or Major 512MB PC3200 [ADD \$25]</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● CAS 2.5 Latency</li> <li>● Hand Picked 5ns</li> <li>● 6 Layer Low Noise Shielded PCB Board</li> <li>● 32x8 DRAM Type</li> <li>● Samsung/Micron or Major Brands</li> <li>● Return Shipping Paid</li> <li>● No Restocking Fee</li> <li>● Satisfaction &amp; Compatibility Guaranteed</li> <li>● Lifetime Warranty</li> <li>● 15 Days Full Refund</li> <li>● Memory Tested Before Ship Out</li> <li>● Copper Heat Sink - Cool Down the Memory up to 40%</li> </ul>	<p><b>Industry Standard 512MB PC3200 [ADD \$15]</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● CAS 2.5 Latency</li> <li>● Hand Picked 5ns</li> <li>● 6 Layer Low Noise Shielded PCB Board</li> <li>● 32x8 DRAM Type</li> <li>● Industry Standard DRAM Chips</li> <li>● 7 Days No Restocking Fee</li> <li>● Return Shipping not Paid</li> <li>● Improved Compatibility</li> <li>● Lifetime Warranty</li> <li>● Aluminum Heat Sink - Cool Down the Memory up to 35%</li> </ul>	<p><b>OEM 512MB PC3200</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● CAS 3 Latency</li> <li>● 4 Layer Module Board</li> <li>● 64x4 DRAM Type</li> <li>● OEM DRAM Downgrade Chips</li> <li>● 20% Restocking Fee According to the Market Value</li> <li>● Verify Compatibility with <a href="#">Memory Configurator</a></li> <li>● Return Shipping not Paid</li> <li>● 9 Months Warranty</li> </ul>

15-Feb-2008

12

## What could be done

- Public education of consumers
  - Small investment has high payoff?
- Simple ideas
  - Defaults matter
  - Simplify disclosure
  - Search for low-harm paternalism
    - Cooling-off periods, consumer "informed consent"
- Regulating transparency of hidden costs
  - More disclosure...but too much is overwhelming
- More studies
  - Simple lab experiments (general principles)
  - PLUS problem-specific studies

15-Feb-2008

13



**CONTRIBUTION BY**

**LOUISE SYLVAN**

**-- AUSTRALIAN COMPETITION  
AND CONSUMER COMMISSION --**

**THE ECONOMICS OF COMPETITION AND CONSUMER POLICIES:  
ONGOING WORK OF THE OECD CCP**

-- by Ms. Louise Sylvan --<sup>(\*)</sup>

1. The project on Economics for Consumer Policy of the OECD Committee on Consumer Policy (CCP) arose out of a desire to create a clearer or better economic underpinning for the work in consumer policy – whose roots have tended to be primarily from a legal framework which focussed on consumer rights. This work is complementary to that framework.
2. The purpose of the Toolkit is to move the CCP forward in developing unifying concepts and principles, in sharing the insights derived from the research of various agencies on consumers in markets, and further, to sharing our analysis and evaluations more generally in order to build global better practice. The title of the Toolkit is an important indicator of this: Consumer Protection and Empowerment: Building a Toolkit for Policy Makers. The title uses the active voice of **building** a Toolkit which is an evolving one as our understanding and practice of various elements of the Toolkit improve.
3. At the heart of the concept of the Toolkit is the notion that consumers do not only benefit from competition, they drive it – and whether they are able to do that well, is an important question. It is an important question not only for consumer outcomes; ultimately, it's important for competitiveness of firms and more generally, it is one element contributing to the productivity of a nation.
4. The EU in its current Consumer Policy Strategy put the concept succinctly: 'Confident, informed and empowered consumers are the motor of economic change as their choices drive innovation and efficiency.'<sup>1</sup>
5. The Toolkit could as easily have been called Making Markets Work for Consumers – because that is the task; and of course, because of the interface in the work of competition and consumer policy agencies, making markets work is also the task of competition policy. I note that one of our colleague organisations is already clearly in that space; the home page of the UK Office of Fair Trading website carries the motto 'Making Markets Work FOR CONSUMERS'.
6. The CCP emphasis and focus in the Toolkit will not be on firm rivalry and competitive structure but on exploring how best to identify, measure and evaluate consumer outcomes in the market. But it is recognised that both competition and consumer agencies are looking at the same coin – the market – and that the interface is important since agencies are examining different aspects of one dynamic entity. When evaluating a consumer problem in the market, consumer policy needs to bear in mind that the solutions may be competition ones and the same principle holds in reverse as well.

---

<sup>(\*)</sup> Deputy Chair, Australian Competition and Consumer Commission

<sup>1</sup> EU Consumer Policy strategy 2007-2013 *Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them* Commission of the European Communities Brussels 2007.

## 1. Behavioural Economics

7. In the first Roundtable which the CCP held in 2006 to look at economics for the demand side (which is what the project was initially called), invited speakers presented elements of behavioural economics research; being new material to most Member nations, the CCP held a second Roundtable to examine further aspects.<sup>2</sup> The ideas from the body of published behavioural economics work challenged established thinking and continues to do so; after examining this literature over the past couple of years, however, most participants in the Toolkit project think that this discipline has important insights for consumer policy – Professor Camerer’s lecture here today is a fairly good indicator of some of the considerations.

8. In this forum, at least in relation to colleagues trained in economics, it is unnecessary to sing the praises of either conventional or information economics; these areas of economics have provided important bases from which to look at consumer protection and empowerment issues. Information economics, in particular, has brought an understanding of bounded rationality and of information problems in markets – it treats information itself as a scarce resource and so points strongly to important asymmetry problems.

9. Behavioural economics, which I don’t see as antithetical to conventional economics as some have suggested – in fact I see them increasingly as complementary – provides empirical evidence about people’s behaviour, and in the context of the discussion today, about consumer behaviour in markets. Understanding real behaviour in markets is essential if for reaching policy decisions that work effectively in those markets.

10. Two key categories of behavioural economic findings seem particularly important to consumer policy.

- The first key area is evidence about how people think or reason. People appeal to heuristics and rules of thumb when making decisions – for example people are often over-confident, they anchor to what one would say should be irrelevant information or words, they are poor at probability judgments, they often use a simple rule of thumb when the task requires some serious calculation, they are easily overloaded when presented with too much information or choice and so on – in simple terms, people have human cognitive or reasoning biases that mean that some of their decisions do not maximise their welfare (or their expected utility). A typical example is the over-confidence people display – about things like driving ability; and about being able to make complex financial decisions – in one of the major literacy surveys in Australia, 80% of consumers they said they were quite confident about choosing products (some of which required complex calculations in order to make an informed choice) while only 59% of people could do a basic multiplication task they were given.
- The second key area of findings is that, not surprisingly, people do not have complete self-control – they are human, they have frailties such as the human propensity to value immediate gains over their longer term interests (or hyperbolic discounting it is called in behavioural economics). So, for example, people *intend* to pay off their credit card, but when the time comes, that often doesn’t happen even when the consumer is fully informed about the high cost of this form of credit – that individual’s discount rate has changed. A further example comes from the retirement policy area. When left to themselves, people are unlikely to save sufficiently for their retirement – they know they should, they understand why savings are crucial – this is not primarily an education or information problem; even among those who can easily do the

---

<sup>2</sup> Roundtable 1 summary: <http://www.oecd.org/dataoecd/31/46/36581073.pdf>; Roundtable 2 summary: <http://www.oecd.org/dataoecd/5/38/39015963.pdf>

calculations, people just don't do get around to establishing a pension plan. That is why most governments have mandated pension or retirement savings programs, to ensure most people do not end up with requirements for publicly-provided income support at their retirement date.

11. Behavioural economics also demonstrates how people's preferences can be quite malleable and unstable – consumers are influenced by context and myriad (often irrelevant) events occurring in the market as they purchase.

12. All of this might not matter. Consumers have always made mistakes in their decisions in markets. Under the rational actor model, there was never a proposition that there would not be a range of outlying decisions around the mean, but the mean was the rational mean. What does matter is not that consumers make mistakes, but that regular and possibly ingrained human behaviours consistently – or systematically – appear and affect decision-making in a predictable direction. This is important because consumer detriment may result, and because human biases can be used in the design of some products (possibly adversely for consumers) which is a matter for the consideration of consumer policy.

13. Systematic departures from the rational mean are also important because if people are systematically departing from 'rational actor' behaviour, then public policy such as competition policy, predicated on rationality assumptions, may not deliver optimal outcomes.

14. In the previous Forum, a couple of years ago, (in the discussion of our shared problem of consumers not being interested in switching electricity supplier despite being given choice), one of the competition participants remarked that "we've deregulated these markets, we've created choice for consumers, and they are not switching – what is wrong with these consumers?" Well there's nothing wrong with these consumers – there is something wrong with the implementation of the policy; what was wrong is that the policy failed to take into account the market reality for most consumers. Finding an electricity provider is a complex calculation requiring knowledge of one's pattern of usage – a difficult task for most people.

15. Another example of a very good state intervention going wrong as a result of failing to take consumer behaviour into account comes from the states of New Jersey and Pennsylvania in the United States of America. Both states were seeking, within their compulsory car insurance schemes, to reduce the full-scale litigation related to injuries arising from automobile accidents.<sup>3</sup> They did not want to use a heavy-handed approach and preferred to preserve consumer choice. So they offered consumers an alternative: a less litigation-intensive resolution process which would be faster and simpler, much less costly to the system overall and cheaper for consumers.

16. The two states made basically identical offers to consumers – pick the 'full right to sue' option and pay the higher premium or pick the 'limited right to sue' option and get a lower premium. Conventional economics would predict that a reasonable number of people would rationally assess the likelihood of an accident and the relative payoff of being able to sue vs. the time involved etc – so you'd get a reasonable price-value distribution in terms of behaviour with the results for the two States being much the same. They were not. The crucial factor was that Pennsylvania made the full right to sue with the higher premium their default, while New Jersey used as their default the 'limited right to sue' with a lower premium – if the consumer wanted the full right to sue, they needed to select that and sign their name (a very low transaction cost). The results were that 75% of people in Pennsylvania retained the full right to sue while only 20% of New Jerseyites did. This is a dramatic real-world illustration of the ease

---

<sup>3</sup> E J Johnson, et al "Framing, Probability Distortions and Insurance Decisions" (1993) *Journal of Risk and Uncertainty* 7:35-51

with which policy success or failure can be created by taking into account, or overlooking, consumer behavioural issues. The difference in costs to the two states in the following year was in the order of about \$200 million.

17. The lessons that one can derive from behavioural economics findings are as follows:

18. First, being forewarned about potential biases (how consumers may systematically behave **not** as predicted) will lead to better questions when agencies are investigating markets. One of the contributors to the development of the CCP Toolkit explained with the following example: ‘when we are looking at hidden charges – we need to understand whether the problem derives from these charges being in the fine print or whether consumers systematically underestimate the risk of an event which triggers the clause in the fine print (i.e. it would not assist if that term of the contract was brought to their attention.’ Depending on the answer, how one deals with this problem will change.

19. Which leads to the second lesson from behavioural economics. Don’t assume much! People’s behaviour is complex, many of the observed biases interact (such as over-confidence with loss aversion) adding to the complexity, and one cannot be completely sure whether biases will even manifest in a number of circumstances. Industry marketing executives understand rather more than consumer regulators and consumer policy analysts do about consumers and their behaviour at the moment – and that is because they research consumer responses constantly. Consumer agencies also need the programs of proactive research in markets. Further, they need, as a matter of course, to test *ex ante* a proposed action (road test) and *ex post* as to whether the action has been effective.

20. The design of interventions – a mandated disclosure for example – will be improved if empirical evidence about how consumers might behave is considered. One of the crucial behavioural economics lessons in relation to information disclosure is that HOW you disclose – or the CONTEXT within which you disclose – is just as important as WHAT you disclose. One should re-think, for example, whether an information disclosure about commissions in the financial advice market will really be effective in helping people choose a financial planner when there is evidence from the behavioural economics studies that people tend to default to trust. One of the features of using behavioural economics insights is that through its emphasis on empirical results, it does reinforce a focus on the real issue – the outcome. ‘Is this proposed disclosure going to be effective?’ is the crucial question. And one might add, imposing a major disclosure burden on businesses which does not actually empower consumers (and might in fact disempower them) is just plain bad regulation.

21. For a real-world experiment on a disclosure matter, the Federal Trade Commission’s *ex ante* testing of mortgage broker commission disclosures is revealing; the proposed disclosure didn’t actually go ahead because it disempowered consumer decision making. In a classic information overload result, commission disclosure distracted consumer attention away from the key price features of the product and, as a result, consumers made worse decisions.<sup>4</sup> Isn’t it a good idea to know that *before* one implements a policy!

22. The third lesson is that where there does appear to be a bias operating as a result of our analysis of the situation, it is better to work with that bias than against it. Many of the reasoning errors and biases that have been documented and described are made by highly numerate and literate university students – including classes of graduate economic students. Some of these behaviours are so ingrained that they are virtually hard-wired. There is increasing support from neurological science – from the use of MRI neural imaging – that people use quick emotive ‘rule of thumb’ decision-making parts of the brain in situations

<sup>4</sup> JM Lacko and JK Pappalardo “The Effect of Mortgage Broker Compensation Disclosures on Consumers and Competition: A Controlled Experiment” *Bureau of Economics Staff Report*. Washington, DC: Federal Trade Commission. <http://www.ftc.gov/os/2004/01/030123mortgagefullrpt.pdf>



where the computational and deliberative decision-making parts should be being used. Finding out about this will assist in determining whether, for example, using an education or information strategy could possibly overcome a bias and how. Consumer agencies need to be clear when these situations exists.

### **3. Committee on Consumer Policy Toolkit for Decision Making**

23. The Toolkit will consist of:

- an overview of how markets and consumers and their expectations have changed in the past 20 years or so in developed economies – though with our linked world, markets and consumer expectations are changing almost everywhere;
- an examination of the conventional or neoclassical model and in particular information economics, plus behavioural economics and possibly some references to the neurological material;
- a chapter on various methods for identifying consumer problem areas in markets, where consumers do not seem to be driving competition, and means for measuring detriment that arises in these circumstances;
- a description of the various tools of government – including some of the newer tools deriving from behavioural economics,
- and the final component of the Toolkit, the crucial segment, where all the former elements come together in the discussion of how one should go about decision making and deciding whether or not a government should intervene, whether that intervention is in a market or some other form of action, whether ones need a combination of actions or, alternatively, no action at all.

24. The Toolkit does not start from a position that a policy or regulatory agency should do nothing. In some places, the quite appropriate hesitancy about intervening in markets - because of regulatory risk and uncertainty - has become translated into a lack of activity in rigorously examining consumer problems in markets. That is in my view a bad confusion between the task of final evaluation and decision-making and the process of investigation and analysis.

25. The decision tree of the Toolkit is underpinning by an assumption that pro-active investigative and rigorous approaches to examining what is going on with consumers in markets is occurring. Without this investigation and analysis, the decision-making obviously should not proceed. Emphasising the demand or consumer side of the market does not mean that competition policy is of less importance – of course not; getting competition right is also of crucial importance to consumer outcomes – but competitive structure and behaviours are a necessary but not a sufficient condition to ensure consumer welfare.

### **4. Conclusion**

26. In carrying out the task of examining and regulating markets – whether one comes from the competition or consumer field – it is crucial to acknowledge and engage in the interface between competition and consumer policy and effectively operate in a joined-up way. For consumer agencies, an action that will enhance consumer protection, but reduce competition, should raise a ‘red flag’ and a good look at alternatives; and for competition agencies, an action that enhances competition but which will also have some negative outcomes for consumers should also raise a ‘red flag’. This is an especially important point in deregulation of former monopolies, or where competition is being introduced into sensitive policy areas such as education and health.

27. The complexity of these markets **matters**, and much thought and work needs to be given to how well consumers can drive competition and exercise their choice for their benefit – the consumer empowerment questions are crucial.

28. And, further, where such an intervention may improve overall competition and consumer outcomes but may hurt specific groups of consumers – especially if those consumers are already vulnerable or disadvantaged – the ‘red flag’ should be waiving very vigorously indeed. One of the more interesting, and perhaps controversial findings from behavioural economics is that consumers value fairness. Whether one accepts these findings or not, it is clear that If handled badly – with serious consumer detriment occurring to some consumers as an outcome of competitive reform in sensitive policy areas, or where the benefits of competition are not distributed widely (i.e. essentially where the outcome of having more competition is more inequality), then competition reform may lose political and public support. This is especially true in nations that are still developing and where considerable resistance to the use of markets remain.

29. The task, as competition and consumer agencies, should be to always strive to achieve outcomes where our activities deliver both better consumer and competition outcomes *at the same time*. In many cases, that synergy works without much effort. In some cases it does not, and these are the areas of the economy that are most deserving of our research and considered policy attention.

Unclassified

DAF/COMP/GF/WD(2008)41



Organisation de Coopération et de Développement Economiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

18-Feb-2008

English - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS  
COMPETITION COMMITTEE**

## **Global Forum on Competition**

### **THE ECONOMICS OF COMPETITION AND CONSUMER POLICIES**

**Presentation by Ms. Louise Sylvan**

-- Session V --

*This presentation is submitted by Ms. Louise Sylvan (Deputy Chair, Australian Competition and Consumer Commission) under session V of the Global Forum on Competition to be held on 21 and 22 February 2008.*

Contact: Peter AVERY, Principal Administrator [33 1 45 24 93 63; email: [peter.avery@oecd.org](mailto:peter.avery@oecd.org)].

**JT03240586**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine  
Complete document available on OLIS in its original format


DAF/COMP/GF/WD(2008)41  
Unclassified

English - Or. English



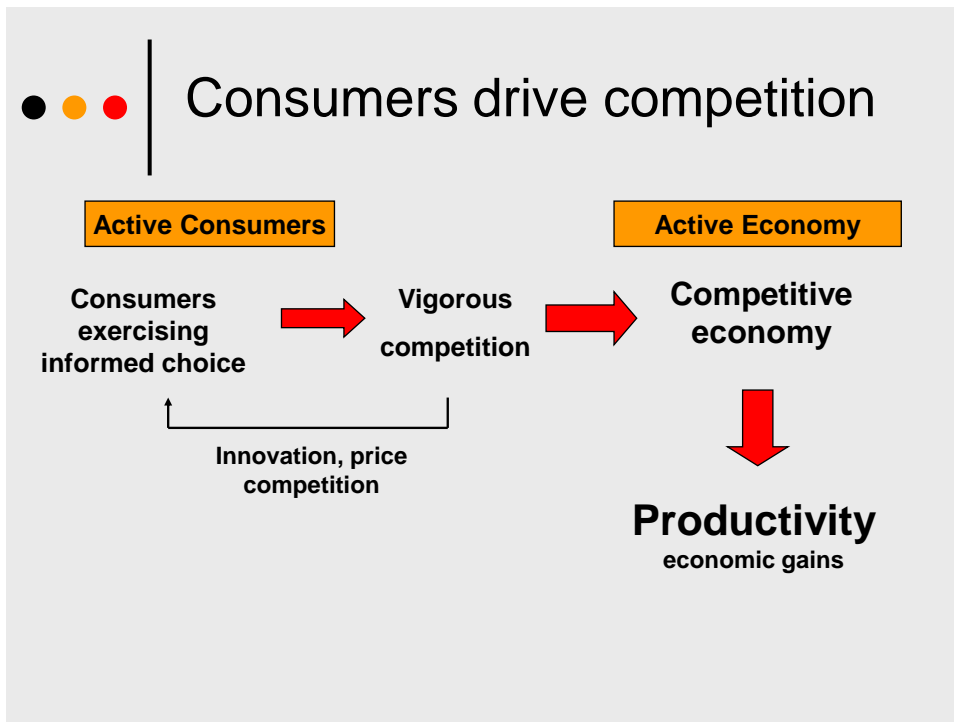
# Economics for Consumer Policy

Louise Sylvan, Deputy Chair  
Australian Competition and  
Consumer Commission



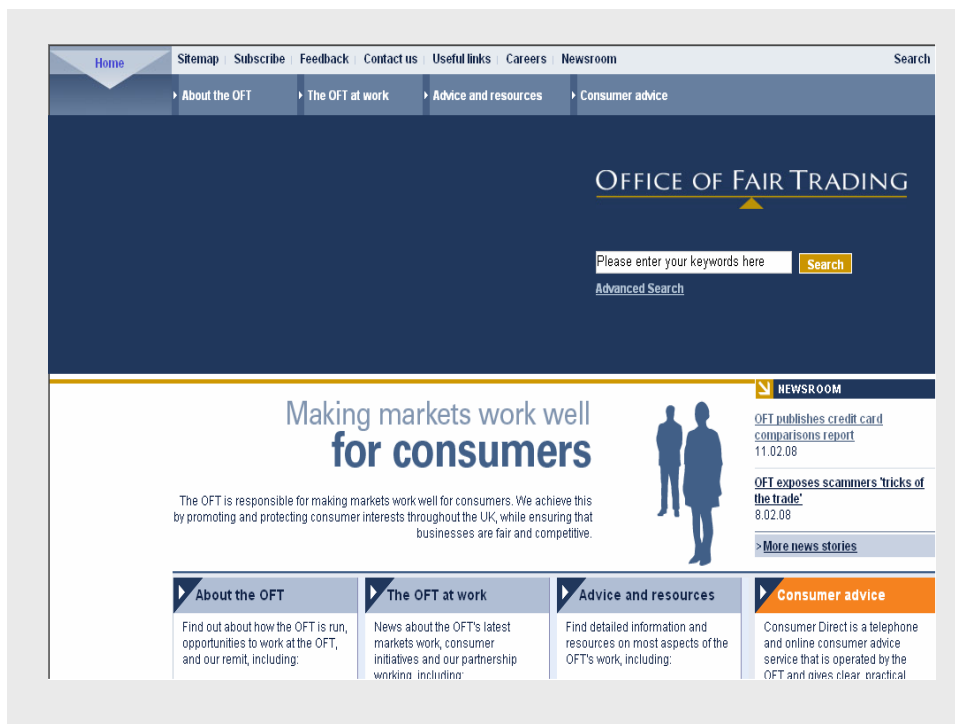
## Economics for Consumer Policy – ongoing work of OECD Committee on Consumer Policy

- Creating a shared economic underpinning
- Toolkit
  - Unifying concepts and principles
  - Sharing research
  - building global better practice
- Consumer Protection and Empowerment:  
Building a Toolkit for Policy Makers



Confident, informed and empowered consumers are the motor of economic change as their choices drive innovation and efficiency.

EU Consumer Policy strategy 2007-2013



● ● ● | Behavioural Economics

- Empirical evidence of consumer behaviour
- How people think or reason – how they come to their decisions

└─> Cognitive limitations and biases

## Over-confidence (1)



**90% of drivers believe and say they are better than average drivers**



## Over- confidence (2)



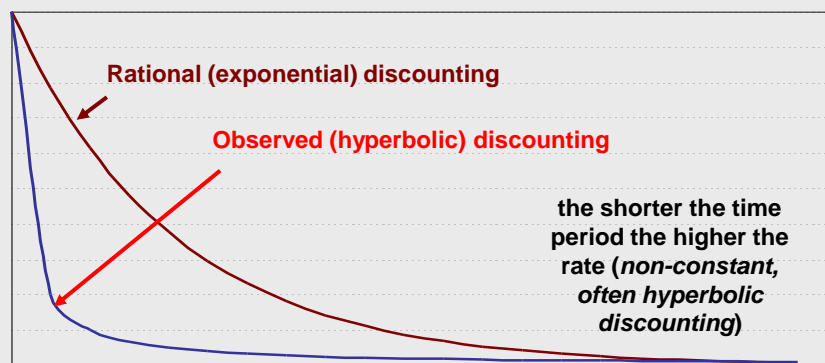
- 80% of people say they are well-informed in making financial decisions
- 59% of consumers in the same survey could not do a basic multiplication task ( $20 \times \$350$ )

## ● ● ● | Behavioural Economics

- Empirical evidence of consumer behaviour
- How people think or reason – how they come to their decisions
  - ↳ Cognitive limitations and biases
- Incomplete self-control

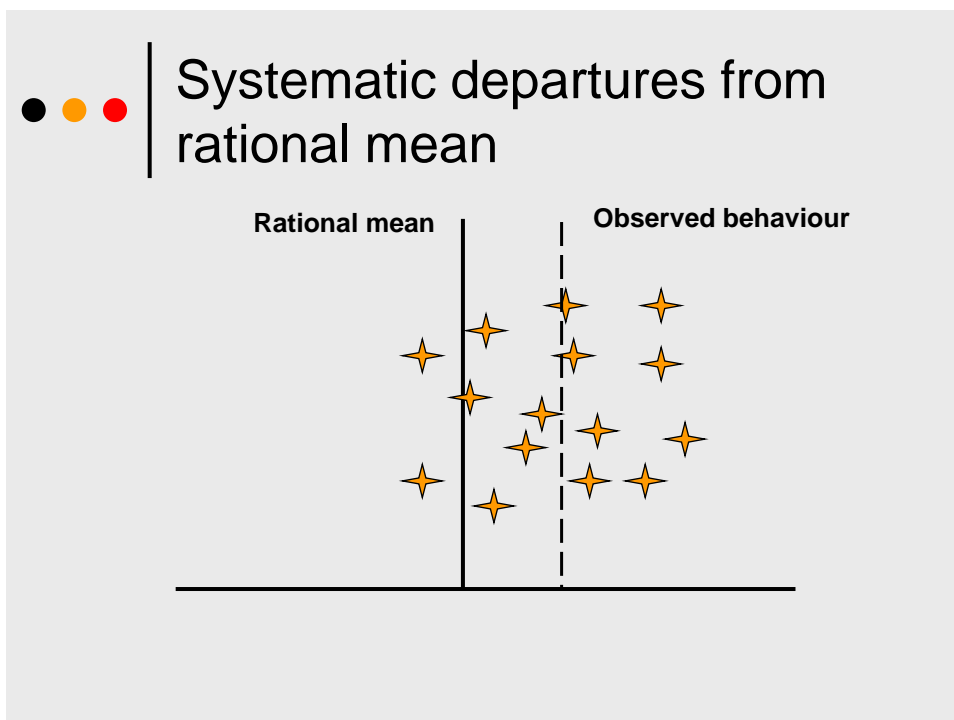
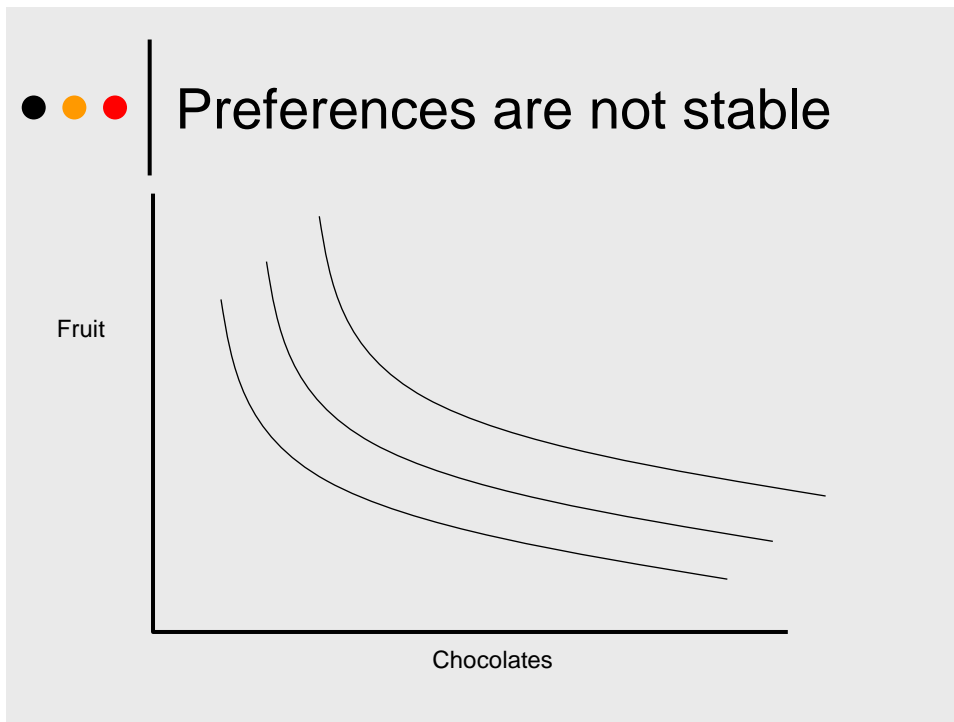
## ● ● ● | Hyperbolic discounting

Present value of future cost or benefit



Time before realization of cost or benefit







## Powerful New Tools? Use of Behavioural Defaults

- Pennsylvania
  - Auto insurance
  - Option of limited right to sue
  - Lower premiums
  - Opt-out default
  - Transaction costs = 0
- New Jersey
  - Auto insurance
  - Option of limited right to sue
  - Lower premiums
  - Opt-in default
  - Transaction costs = signature
- 75% 'selected' full right to sue
- 20% selected full right to sue

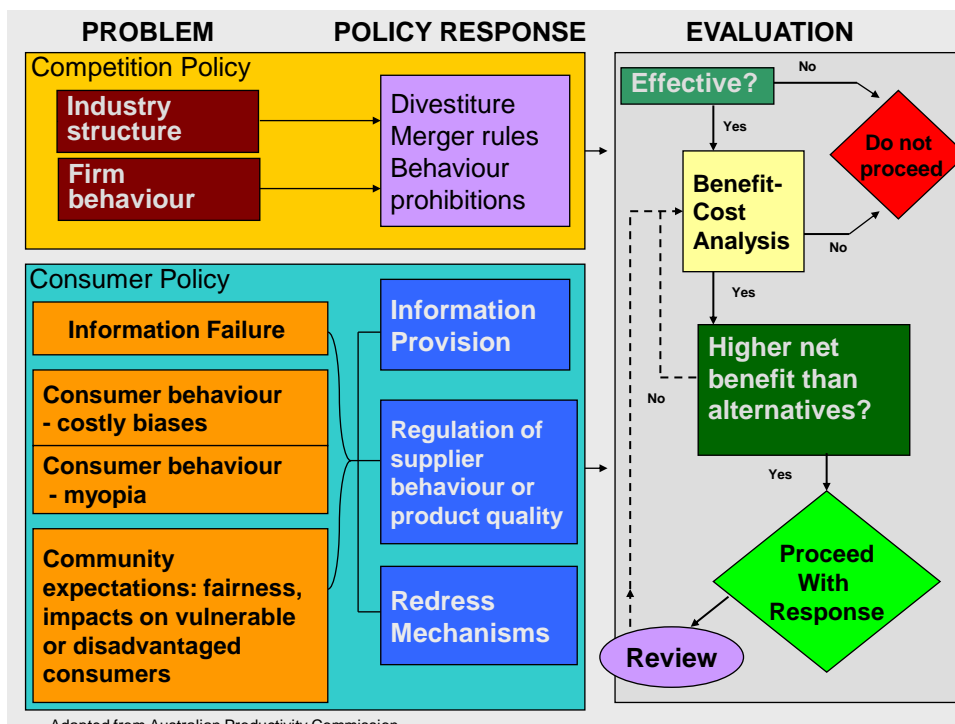


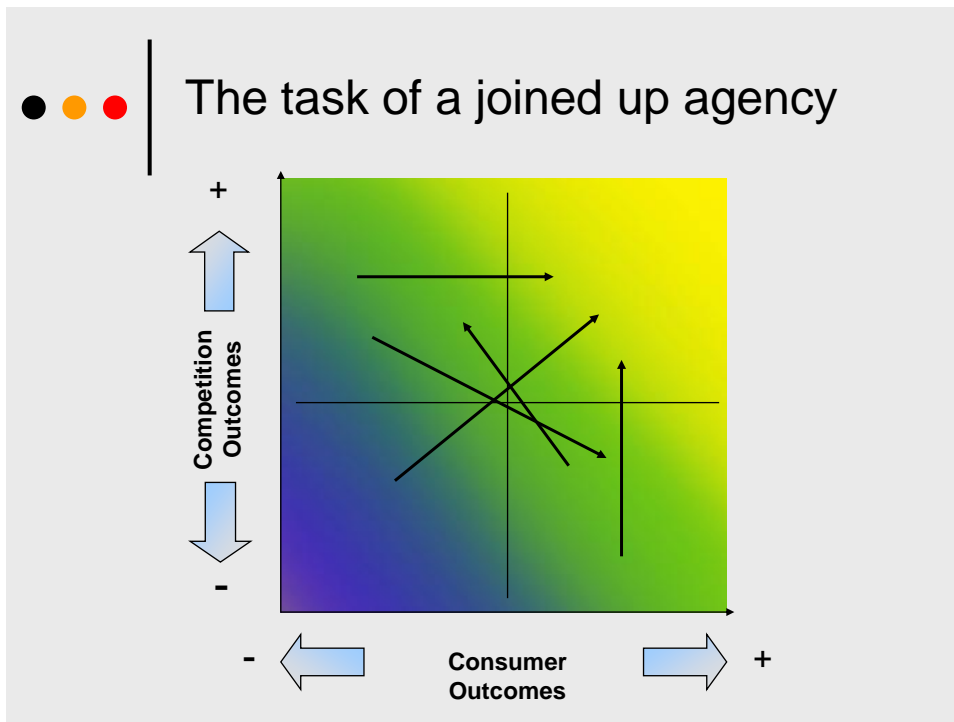
## What does behavioural economics teach us?

1. Knowledge and understanding of consumer behaviour will help in what to look at in the market investigation stage
2. Assume nothing! (or at least not much)
  - understand the problem – proactive investigations in a specific market
  - test any solution (ex ante + ex post) – do not assume rational actor behaviour – do not assume biases
3. Work *with* biases rather than against

# ● ● ● | Toolkit - content

- Ch 1 – how markets and consumers have changed
- Ch 2 – descriptions of neo-classical, information and behavioural economics
- Ch 3 – market investigation, analysis and measures of detriment
- Ch 4 – description of tools available
- Ch 5 – policy decision-making including benefits-cost analysis









**CONTRIBUTION BY**

**DEUNDEN NIKOMBORIRAK**

**-- THAILAND DEVELOPMENT RESEARCH INSTITUTE --**

**THE ECONOMICS OF COMPETITION AND CONSUMER POLICIES:  
THE DEVELOPING COUNTRY'S PERSPECTIVE**

*-- by Ms. Deunden Nikomborirak --<sup>(\*)</sup>*

**1. Introduction**

1. When a country strives to attain highest economic growth, it tends to cast aside policies that may pose impediments to the attainment of such goal, such as those concerning consumer protection. However, it becomes more developed and its people enjoy a higher living standard, issues concerning rights of consumers would naturally emerge. Thus, while the challenge of how to best balance the interests of consumers versus those of producers is faced by all governments, it is more complicated for emerging countries that are going through a transition phase from a formally producer-oriented economy to that of more consumer-oriented one. This paper seeks to address the specific economic and practical problems that governments of a developing country experience in the formation of consumer and competition policies.

**2. The Economics of Consumer and Competition Policy**

2. Basic economics tell us that in a contestable market, competition will yield most efficient resource allocation generating lowest cost, greater choice in terms of quality and variety of both product and service. Thus, both consumer and competition interests are harmonious. Of course, in markets where effective competition is not viable, regulation will be required.

3. In many developing countries, however, consumers are often denied the fruit of competition because of various state rules and regulations deters entry of alternative suppliers or products. In such cases, removing those restrictions would appear to be the straight forward solutions. While this may sound simple and obvious, in reality it is extremely difficult to do so. This is because introduction of competition into any market affects the distribution of rents across different interest groups that are politically difficult to administer. More importantly, these barriers may have been constructed in the first place as part of the country's policy to develop local industry.

4. For example, the Ministry of Finance of Thailand had had to procure monetary coins from a single local producer, whose bidding price is likely to have been raised to match those of other bidders overseas that face high tariff wall. The attempt to remove the tariff in order to allow foreign bidders to compete on equal footing was thwarted by the fact that the particular sole producer in Thailand received investment incentives to pioneer local coin production. It is commonplace for industrial policy to be at variance with competition or consumer policy. Similarly, many people in developing countries suffer from high utility prices and sub-standard services or worse, denied access to such facilities altogether, as a result of state monopolies in public utilities. But the decision to privatise state enterprise is very much a political as economic.

---

<sup>(\*)</sup> Research Director, Thailand Development Research Institute (TDRI)

5. To sum up, competition can go a long way in protecting consumers. While it is true that competition cannot safeguard “all” consumer interests, but it does so for most “basic” consumer interests – i.e., excessive price, lack of choice, low quality product or service -- that are often inadequately protected in most developing countries.

6. Consumer problems that cannot be solved by market competition, such as false or deceptive advertisement, require consumer laws. Health and safety issues are also part of consumer law and policy. Here, consumer and competition policy may be in variance with each other. The following section will address this issue in details.

### **3. Developing Country’s Consumer and Competition Problems and Challenges**

7. Most developing countries face greater consumer and competition problems than do their more developed counterparts. This is because competition in many markets tends to be limited by the relatively small domestic market protected by high tariff walls and a restrictive strict foreign investment regime that deny imported products and foreign suppliers. Liberalisation that would surely benefit consumers can come at great costs for economies whose suppliers are not competitive and where import duties contribute to a major part of government revenues. At the same time, consumers in developing countries are generally less informed than their counterparts in developed countries, and thus more vulnerable to deceptive marketing schemes.

8. All this implies that consumer policy in developing countries would tend to be excessively reliant on “hard” state rules. In the absence of effective market mechanism that would help ease at least the “basic” consumer problems such as price, quality, availability and choice of products or services, state regulations would be required to protect consumers. At the same time, the less likely that a consumer can make an “informed” decision, the more likely that the state would have to implement “hard” rules such as banning or standardisation of a particular product or service. Such rules are much more likely to create market distortions than softer rules such as disclosure rules.

9. This is certainly not good news as most developing countries face weak regulatory capacity such that excessive regulations may result in widespread damaging “regulatory failure”. It is an observed fact that given limited regulatory capacity, the relevant authorities often resort to “simple” and “visible” rules such as price controls rather than those that are more complex and less visible, such as competition rules. It is also another observed fact that “market-based” regulations such as taxation are less commonplace than “hard” rules such as total ban on a particular product or service. This is usually the case because tax issues often come under the purview of the Ministry of Finance, whose mandate does not cover consumer protection. Such hard rules may not only cause severe distortion to the market, but also not effective in achieving the intended goal of protecting consumers.

10. For example, the price control authority in Thailand found the price of 250 ml. bottled drinking water excessive, and so placed a cap on the price which consumers can be charged for the particular product. This prompted all producers to stop producing the product as the maximum price set happened to be below the actual cost of producing it. As a result, consumers are denied the product altogether and had to purchase 500 ml. or 1 litre bottles instead. Similarly, softer price control measures that require suppliers to “declare” maximum prices charged to the authority in order to protect consumers from excessive pricing may instead facilitate tacit price collusion that are adverse to the interests of consumers. These are only a few examples of many misguided and erroneous consumer protection measures.



#### 4. What can be done?

11. In light of the regulatory capacity constraint, developing countries should attempt to make greater use of market mechanism and rely less on state rules to deal with more basic consumer issues such as excessive price, limited choice and low product or service quality. Here, competition law and policy can play an important role in promoting and safeguarding greater competition in the market. In most cases, one will find that competition is constrained by governing state rules and regulations. Restrictive licensing regimes, exclusive concessions and restriction on foreign investment are often the major underlying factors impeding effective competition in the market.

12. Indeed, market liberalisation may undermine industrial development goals. Here, a careful analysis is required to evaluate the benefit derived from protecting a particular industry against the costs born by other industries, in particular the downstream industries as well as consumers. Also, sunset clause should be implemented to ensure that protected industries seek to improve their competitive edge within a given period of time. Unfortunately, such analysis or sunset clauses are rare. Protection is often provided with little or no quantitative justification and granted indefinitely.

13. As for consumer problems that do not arise from lack of effective competition in the market, such as deceptive or false advertisement, inappropriate marketing schemes, product liability, etc., the need to regulate to protect consumers is inevitable. Consumer protection in these areas in most developing countries remains relatively weak because the competent authorities often reside under the Ministry of Commerce or other Ministries whose major mandate is not to protect consumer interests. With relatively weak non-government consumer advocacy groups, chances that these measures will be overly restrictive causing harm to the competitive environment in the market are often slim.

14. The same may not be true for the regulation of health and safety standards in some countries where the competent authorities reside within the Health Ministry or other Social Ministries. Here, measures designed to protect consumers may be administered with little or no consideration of their impact on competition in the market.

15. For example, a study by Thailand Development Research Institute (2006)<sup>1</sup> found that the banning of a lower quality steel beam was attributed to the fact that the particular steel requires relatively more advanced skill in welding, which is rare in Thailand. As a result, structures built from lower quality steel beams can be rather unsafe. Following a collapse of a structure using such steel beams, the product was banned altogether.

16. Here, the banning of the product not only failed to solve the problem at its root cause, but also led to the bankruptcy of many small producers who were unable to produce higher quality steel beams due to limited technological capability. At the same time, consumers are deprived of less expensive lower-quality steel beams that are more cost-effective for building lighter structures. As a result, consumers and retailers had had to resort to illegal substitutes that flourished in the absence of effective monitoring. This case illustrates a consumer protection measure that not only damaged the industry, but failed to protect consumers. Such botched consumer protection measures are commonplace in many developing countries.

17. It is imperative that before implementing any consumer protection law that will limit consumers' choice, the competent authority need to assess a) the relative efficacy of various regulatory measures b) the cost of implementing, enforcing and monitoring such measures and c) potential adverse economic impact. These exercises require a comprehensive set of data and a thorough analysis that are often unavailable.

---

<sup>1</sup> Thailand Development Research Institute (2006), *A Study on the Impact of Restrictive private practices and state regulations in 6 Selected Industries in the Agriculture, Manufacturing and Service Sectors*, 2006

18. To conclude, from a developing country's view point, consumer and competition policies are rarely in variance with each other. More worrying are misguided consumer protection measures that are adverse to both consumers and competition in the market at the same time. What is sorely needed are greater appreciation of market mechanism and more sophisticated regulatory impact assessment of any consumer policies both ex ante and ex post.





**CONTRIBUTION BY**

**IAN McAULEY**

**-- UNIVERSITY OF CANBERRA --**

## THE ECONOMICS OF COMPETITION AND CONSUMER POLICIES

### -- Background Note --<sup>(\*)</sup>

*Confident, informed and empowered consumers are the motor of economic change as their choices drive innovation and efficiency*<sup>1</sup>

#### 1. Introduction

1. The OECD Committee on Consumer Policy has hosted two one-day Roundtables, in 2005 and 2006, to hear from academic researchers and public officials from OECD countries about developments in economic research and public policy relating to the demand side of markets. In particular they were informed about developments in the emerging discipline of *behavioural economics*, with a focus on the study of consumer behaviour in market transactions.

2. The main points to emerge from the Roundtables are:

- that public policy should ensure that markets operate to deliver outcomes which are beneficial to consumers and to the economy as a whole;
- that competition policy is a means to an end, not an end in itself. Public policy should ensure that consumers gain the benefits of competition, are active participants in markets, and have reason to trust that markets can provide fair outcomes for consumers and producers.

3. This note summarises the main issues raised in those two Roundtables, with particular reference to developments, both in understanding of consumer behaviour and in markets themselves, that have implications for consumer policy.

#### 2. The context of consumer policy

4. While the objectives of economic policies may be expressed in terms such as “promoting growth” or “reducing inflation”, they are ultimately aimed at concerned at improving people’s well-being, and one way – perhaps the most important way – is through improving their well-being as consumers.<sup>2</sup>

5. People’s well-being is influenced by many factors subject to public policy. Of specific interest in this session are those policies which relate to the well-being people enjoy in their market transactions.

---

<sup>(\*)</sup> Background Note by Mr. Ian McAuley (Lecturer, University of Canberra)

<sup>1</sup> EU Consumer Policy strategy 2007-2013 *Empowering consumers, enhancing their welfare, effectively protecting them* Commission of the European Communities Brussels 2007.

<sup>2</sup> There is a strong statement to this effect: “Indeed, almost all economic policies are ultimately aimed at improving consumer well-being.” From the introduction to the Australian Productivity Commission Draft Report *Review of Australia’s Consumer Policy Network* Productivity Commission, Australia 2007, p. 4.

6. In this regard a fundamental requirement is that people have access to a well-functioning market where consumers and suppliers can trade fairly and in good faith.

7. A well-functioning market provides consumers with a variety of goods and services. Products are affordable, safe and reliable. Where possible, firms compete vigorously for customers through price and product competition. Over time consumers enjoy the ongoing benefits of productivity and technological gains in terms of price reductions, quality improvements and product innovations.

8. Although it is theoretically possible for such markets to emerge without intervention, well-functioning markets rarely come about without being shaped in some way by public policy. In this regard the most basic plank of public policy is competition policy.

### 3. Competition policy

9. Competition policy is concerned mainly with the supply-side structure of markets, ensuring that there are no unnecessary barriers to entry, that market concentration does not lead to economic loss or unreasonable transfers from consumers to producers, and that there are effective legal sanctions against fraud, misleading conduct, and collusion among suppliers. When markets exhibit these characteristics they can be said to be *structurally sound*, in that they conform with the economists' model of a competitive market.

10. Where monopolisation is unavoidable, as in the case of *natural monopoly* (where a market can efficiently support only one supplier), governments regulate the behaviour of firms to ensure that the outcomes in markets are as close as possible to those which would occur in a competitive market. In this way even a market with a monopoly supplier can be structurally sound, provided it is well-regulated.

11. Competition policy generally operates through the mechanism of competition law (e.g. antitrust law) backed up by the enforcement capabilities of a well-resourced competition regulator.

12. An important aspect of competition policy, in line with the economic theories of competition, is to ensure consumers have available adequate information to make decisions which optimise their welfare. It is in the nature of markets that suppliers have more information than consumers, and therefore measures to ensure consumers have access to relevant information on price and quality is a vital aspect of competition policy.

13. With its philosophical underpinning in the economists' theory of the competitive market, a key assumption in competition policy is that in aggregate, at least, consumer behaviour is "rational". That is, given adequate information in a structurally sound market, consumers will make wise decisions. In the context of economics and economic policy, "rationality" has a specific, technical meaning, summarised in an economics text as meaning:

. . . that people weigh the costs and benefits of each possibility. This assumption is based on the expectation that individuals and firms will act in a consistent manner, with a reasonably well-defined notion of what they like and what their objectives are, and with a reasonable understanding of how to attain those objectives.<sup>3</sup>

14. While competition policy generally relies on the theory of competitive markets and their benefits for rational consumers, governments in member countries have always had market policies which *de facto*, acknowledge the limits of the pure competitive market. (These limits are briefly outlined below under the

<sup>3</sup> Joseph Stiglitz *Economics* Stamford University Press 1993 pp 28-29. A more formal description is to express the axioms of rationality in terms of consumer preferences being complete, reflexive and transitive.

heading “rationality and its limits”.) In particular, governments are usually concerned about the welfare of disadvantaged and vulnerable consumers, and there are many policies such as cooling-off periods and restrictions on certain market practices which are not necessarily consistent with the prescriptions of competition policy.

15. An emerging question among member governments is whether these policies can be coherently brought together under the heading “consumer policy”. Is consumer policy an overall policy which absorbs competition policy, or do consumer policy and competition policy serve different (and potentially conflicting) ends? Have policymakers come to see competitive structures as a policy end in itself, disconnected from some further end of contributing to consumer welfare?

16. These questions are not easily resolved, but the purpose of this forum is to canvass these issues so that some progress can be made towards more efficient and effective consumer policies, taking into account the theories and evidence of consumer behaviour in markets and recent developments in markets which require policy consideration.

#### **4. Rationality and its limits**

##### **4.1 The meaning of “rationality”**

17. To expand on the assumptions of rationality described above, the economic model of competition is based on the notion of “rational” behaviour on the part of suppliers and consumers. For the purpose of modelling market outcomes, all decision makers in markets – suppliers and consumers – are assumed to pursue their self-interest. They approach markets with their needs and preferences already determined, they undertake a comprehensive search of *all* alternatives, they weigh up the costs and benefits of those alternatives, and they make decisions which maximise their welfare.<sup>4</sup>

18. This is not to suggest that every consumer exhibits rational behaviour as defined. There will be individual departures from rationality, but these departures are distributed around some rational mean.

##### **4.2 Bounded rationality**

19. As a refinement on this model, it is acknowledged that decision-makers do not undertake comprehensive search and evaluation of *all* alternatives. The theory of “bounded rationality” suggests decision-makers truncate their search behaviour. Information can be hard to obtain, and processing information involves computational work. It is quite rational, in a more general sense, for a consumer to cease search when the costs of searching start to outweigh the benefits resulting from that search.<sup>5</sup>

20. Empirical research, such as that done by Colin Camerer, not only tends to support the theory of bounded rationality; it also finds that preferences are not necessarily stable and well-

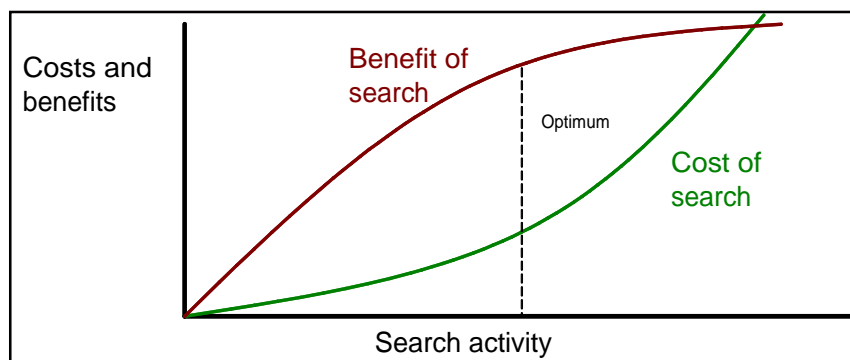
defined.<sup>6</sup> In colloquial terms, consumers’ preferences chop and change as they participate in the market – a fact well-known to marketers when advertising moves from the function of information provision to the function of persuasion and a point stressed by Professor Koichi Hamada at the 2005 OECD Roundtable.

---

<sup>4</sup> This construction is from Milton Friedman *A theory of the consumption function* (Princeton University Press, NJ 1957).

<sup>5</sup> “Bounded rationality” is a general phenomenon in decision making, originally articulated by Herbert Simon in *Models of Man*, (Wiley, New York 1957).

<sup>6</sup> Colin Camerer “Bounded Rationality in Individual Decision Making” *Experimental Economics*, 1 1998 pp. 163–183.

**Figure 1 – Bounded rationality search model**

## 5. Information problems in markets

21. A competitive structure is necessary but not sufficient to ensure consumer welfare. The market works best, with minimum need for policy intervention, when there is easy interchange of information between suppliers and consumers and when consumers can quickly learn and adjust their market practices to make best use of available opportunities.

22. The theory of bounded rationality acknowledges that information is costly to obtain and process. This is a departure from the pure theory of competitive markets, and is accommodated in public policy by various requirements for firms to disclose information and to use certain standardised forms of disclosure in those situations where firms may have an incentive to withhold information from consumers. In the 2006 Roundtable Professor Moriki Hosoe outlined the situations in which firms would and would not have market incentives to disclose information. There are many situations in which firms disclosing information would actually suffer a competitive disadvantage.<sup>7</sup> For example, the bottled water supplier who points out that their water is no better than municipal tap water would lose sales to competitors who do not reveal the same information about their water. (In some situations, such as insurance markets, consumers may have an incentive to withhold information from suppliers.)

23. There is a class of goods (and services) known as *experience goods*, for which consumers cannot judge quality before purchase. This gives rise to the prospect of detriment in circumstances where quality differs from what had been expected by the consumer. If the purchase price is low, and the consequences of poor quality are minor, consumers can correct their purchases at a later time. In other situations where the price is high (e.g. real estate) or the consequences of poor quality are high (e.g. faulty car parts), significant detriment can occur.

24. Experience goods can also impair the efficient operation of the market through what is known as the problem of the *market for lemons*.<sup>8</sup> Where consumers cannot distinguish quality, the probability of receiving low quality is reflected in the market price. As the price declines, high quality sellers who have difficulty in conveying credible quality information may leave the market, potentially perpetuating a cycle

<sup>7</sup> David Laibson "The curse of education" presentation to the US Federal Trade Commission Behavioral Economics Conference April 2007.

<sup>8</sup> George Akerlof, G. "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, vol 84, pp 488-500 1970.



of declining quality and prices until only poor quality products remain. Market responses, such as warranties, that enable suppliers to signal quality to consumers, can partly or completely compensate for this process.

25. Another class of goods is known as *credence goods*. For credence goods verification of quality may not be possible even after purchase. This can be because consumers lack the skills to assess the outcomes against any clear standard. This applies in markets such as legal services, financial counselling and medical services. It can also be because some product characteristics are difficult to verify (such as whether food is organic).

26. Establishing quality can be further complicated when problems take time to emerge, particularly in retirement savings and insurance products.

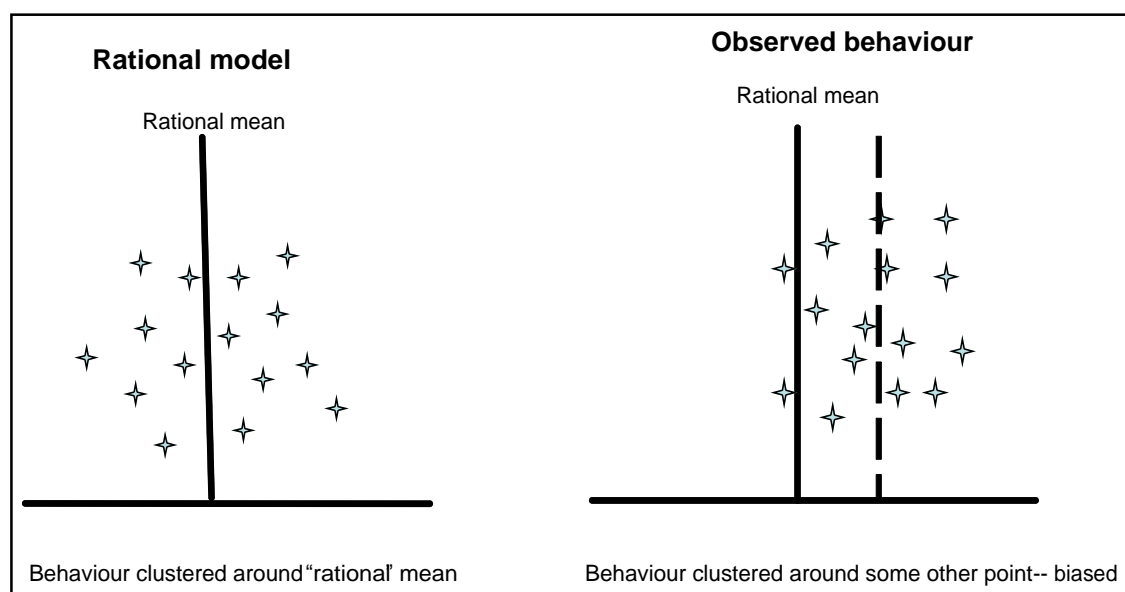
27. By their nature, credence good problems are not amenable to simple information provision, because information in itself has little use unless it is from a trusted source. Policy interventions have to attend not only to ensuring information is accurate, but also that it is credible to consumers.

## **6. Behavioural and experimental economics**

28. The “rational” model of consumer choice, including the “bounded rationality” model, rests on a set of assumptions about behaviour which, at a macro level, are generally consistent with observed behaviour. Economists can generally predict the consumer reaction to events such as a tax cut or a change in commodity prices, but within specific market situations there are observed significant departures from “rational” behaviour.

29. The empirical discipline of *behavioural economics* extends the knowledge base of economics with insights from actual studies of consumer behaviour. Relying largely on psychological studies, in laboratory simulations and actual markets, behavioural economics delves into the ways in which people actually make decisions. Some of this research, conducted in strictly controlled laboratory conditions, is known as *experimental economics*, and there are often questions about the applicability of experimental economics to real life situations. There is a growing body of research in actual markets, however, generally confirming the results of laboratory studies. In financial markets in particular there is a well-established and applied set of theories in the subsidiary discipline known as *behavioural finance*, which explains why investors are subject to certain biases in their decision-making, such as holding on to stocks they would not choose to buy if they did not already hold them (known as the *endowment effect*).

30. Behavioural research often finds systematic departures from rationality in decision-making. Rather than random departures, there are biases away from what is predicted by the rational model.



31. In some cases these departures are trivial in their effects, but in many others these biases have costly consequences.

32. For a detailed work on the findings of behavioural economics one source is provided by Colin Camerer and George Lowenstein.<sup>9</sup> There are still many classifications and differences in terminology in the field of behavioural economics. In this short background note a broad classification developed by Douglas Bernheim and Antonio Rangel is used.<sup>10</sup> Their classification is described below:

- *People appeal to heuristics and rules of thumb when making their decisions.* They make biased probability judgments and are often overconfident. People tend to anchor to seemingly irrelevant information or to the status quo, and they are loss averse. People do not understand probability or risk. In general, they do not maximise their welfare (“expected utility” in economists’ terms).
- *Incomplete self-control refers to the people’s to make decisions that are in conflict with their long-term interest.* Self-control problems – frailty of will – may lead to addictive behaviour, under-saving, or procrastination. As opposed to the conventional economic view that choice is always beneficial, restricting choice can be beneficial for an agent with bounded willpower. Most people “choose” restrictions on their choices, as in the case of certain addictive substances, and behavioural research suggests that when people are overloaded with choice they fail to make any choice at all.
- *Lack of self-interest refers to the idea that preferences have a social dimension.* Individuals care, or act as if they care, about other individuals’ well-being. They are also reciprocal: they care about being treated fairly and want to treat others fairly if those others are themselves behaving

<sup>9</sup> Colin Camerer and George Lowenstein “Behavioral Economics: Past, Present, Future” in Colin Camerer, George Lowenstein, Matthew Rabin (Eds) *Advances in Behavioral Economics* (Russell Sage, NY 2002).

<sup>10</sup> B. Douglas Bernheim and Antonio Rangel “Behavioral public economics: welfare and Policy analysis with non-standard decision makers. National Bureau of Economic Research Working Paper 11518, 2005, <http://www.nber.org/papers/w11518>

fairly. As a result, agents are both nicer and (when they are not treated fairly) more spiteful than postulated by mainstream economic theory.

33. The implications for consumer policy are significant. If consumers, in their market transactions, consistently depart from “rational” behaviour, then public policy such as competition policy, which is predicated on rationality assumptions, may not deliver the optimal outcomes for consumer welfare.

34. One of the conclusions of the two Roundtables, therefore, was that interventions in markets should take consumer behaviour into account. Behavioural research finds that information provision is useful, but even well-informed consumers may be subject to costly biases which systematically lead them away from welfare-improving decisions. Where possible, therefore, interventions in markets should work with rather than against behavioural biases.

## **7. Market developments**

35. There is no doubt that extension of competition in OECD countries has been associated with significant consumer benefits in terms of prices, quality, innovation and choice. While it is difficult to disentangle causal factors such technological change from competition, because they are so closely interrelated, there is no doubt that competition has had a large role in delivering these benefits.

36. Besides domestic competition policies, many developments are helping realise the potentials of competitive markets. Reductions in trade barriers and developments in transport economics have given give consumers access to wider, often global, markets. For many products the Internet has dramatically reduced the cost to consumers of obtaining price and quality information.

37. At the same time, however, there are some offsetting costs and complications for consumers. These developments include:

- *a shift in allocation of the consumer budget from goods to services.* This has been an inevitable outcome of increasing prosperity and of falling prices of manufactured goods. Many services, by their very nature, are individualised (for example house repairs), and therefore do not allow for easy comparison shopping.
- *transactions beyond the reach of national consumer protection.* Lower cost travel and the Internet allow consumers to make direct transactions with foreign suppliers. These can be significant, such as purchase of retirement real estate in foreign countries.
- *price discrimination.* Competitive market theory holds the assumption that market forces will determine one price (equal to the marginal cost of production) charged to all consumers. In industries with high fixed costs and low variable costs (for example airlines, energy utilities) some level of price discrimination is inevitable. In some industries suppliers, using sophisticated marketing techniques, can learn about individual consumers’ willingness to pay and charge accordingly. Whether price discrimination is detrimental to consumers is not an easily resolved question, for, in a competitive market, price discrimination generally involves subsidies between consumers. Those consumers enjoy promotional airfares priced near marginal cost enjoy the cross-subsidy from full-fare passengers. Disciplined consumers who pay their credit card balances monthly while having the benefit of up to two months of interest-free credit enjoy the cross subsidy from those accumulating debt. Judgements as to whether these transfers support or violate principles of equity depend, in part, on whether the consumers paying higher prices are considered to be disadvantaged or vulnerable.

- *the complications of competition.* As a result of market liberalisation consumers have widened opportunities to participate in market activities. Where, for example, they once had no decision to make on their energy utility, they now have a range of choice. At the same time their “budget” of shopping time has not necessarily increased, so they have the difficult task of allocating their search costs between different markets. In some cases, such as telecommunications or bundled products, price comparison is very difficult, and can be exploited by producers to create a situation of “confusopoly”. In both the 2005 and 2006 Roundtables there were presentations on the difficulties consumers experience in utility markets. In many situations their switching between suppliers were switches to higher-cost packages.

## 8. Implications for consumer policy

38. All of these developments, in our understanding of consumer behaviour and in the market itself, point to a need to re-visit consumer policy.

39. The model which has grown up over time is to have strong general competition instruments, with specific interventions in particular markets where there are potential or realised information problems. There are further supports such as protection for vulnerable and disadvantaged consumers, mechanisms of complaint and redress, and interventions such as cooling-off periods. These interventions generally pre-date the articulation of the specific discipline of behavioural economics, but they are often found to be consistent with behavioural findings. For example, cooling-off periods help overcome consumer self-control problems and overconfidence biases.

40. That model is still relevant, but it has limitations. Its two main shortcomings are:

- it tends to see consumers as passive, rather than as active drivers of markets;
- it tends to separate competition policy off from other consumer policies.

### 8.1 Consumers as drivers of the market

41. “Our need for confident consumers to drive our economies has never been greater” is the way the European Union expresses the need for a strong consumer role in markets.<sup>11</sup>

42. Consumers who know how a competitive market should work and who are confident in asserting themselves are able to cope with the complexities of markets. If they are sceptical about the extravagant claims of marketers, in many situations, their behaviour in itself will help the market deliver better outcomes for all. If they are skilled in negotiation, they will be able to deal with the suppliers strategic behaviour, particularly in markets where there is pricing flexibility. If they reject suppliers who use confusing pricing, eventually they will encourage firms to offer more transparent pricing.

43. That is not to suggest traditional protection mechanisms, such as redress mechanisms, are outdated. But their prime function may be more as a backstop to strengthen consumers’ negotiating power in markets rather than as a compensation for some market failure.

44. Confident and informed consumers not only provide a protection function. They also stimulation efficiency and innovation. Innovation, in turn, means markets are dynamic. New problems emerge, while other problems are swept away by innovating firms. Consumers, if they are sufficiently confident and informed, may be more agile in dynamic markets than public regulators.

---

<sup>11</sup> EU Consumer Policy strategy 2007 (*op cit*).

45. But in many situations consumer detriment will always persist. Behavioural research shows, for example, that departures from rationality are to be found in the educated and uneducated, and in those with high and low measured intelligence alike. This was a strong point made by Professor Eldar Shafir at the 2005 Roundtable.<sup>12</sup> Consumer education in specific markets may have only short-lived benefits before consumers revert to past practices.<sup>13</sup> Some biases, such as those resulting from risk aversion and misunderstanding of probability, are deeply ingrained, and result in consumers consistently misallocating their outlays on insurance, with excess coverage for minor risks.<sup>14</sup> And it is unrealistic to expect all consumers to be confident and assertive; there will always be a minority who lack those skills, and they will remain particularly vulnerable in those markets where suppliers can discriminate between consumers.

## 8.2 *Policy integration*

46. As suggested earlier in this note, there is a tendency to see competition and consumer policy as separate, perhaps even antagonistic.

47. The Committee on Consumer Policy is working on ways of achieving a single, integrated approach to consumer policy, involving an orthodox benefit-cost approach to interventions to achieve consumer benefits when there is a degree of market failure resulting from information or behavioural problems.

48. While a benefit-cost approach is conceptually simple, its realisation is difficult, for it requires estimates of consumer detriment from market failure and the costs of intervention. These estimates will often be unquantifiable, but a benefit-cost approach still calls for benefits and costs to be identified, even if not quantified.

49. At the outset the policymaker must make a judgement about whether the problem is likely to be solved in time by market forces, cognisant of the possibility that until it is solved there may be significant consumer detriment.

50. Consumer detriment is not always easily detected. Consumers whose expectations of markets are not high, or who have little faith in regulatory authorities, may not be vocal in their complaints. In countries moving from central planning to market structures consumers may have little idea of how markets operate, and therefore have low expectations of the potential; benefits of markets. When consumers walk away from markets because of mistrust or confusion, or when they are driven to purchase low quality goods because of a “lemons” problem, then there are opportunity costs to both consumers and producers – “deadweight loss” in economists’ terms.

---

<sup>12</sup> The study to which Shafir was referring is: Marianne Bertrand, Dean S. Karlan, Sendhil Mullainathan, Eldar Shafir, Jonathan Zinman “What’s psychology worth?: A field experiment in the consumer credit market” Economic Growth Center, Yale University, 2005 <http://ssrn.com/abstract=770389>. Also: Shane Frederick “Cognitive Reflection and Decision Making” *Journal of Economic Perspectives* Vol 19, Number 4 Fall 2005 pp 25–42.

<sup>13</sup> Sumit Agarwal, John C. Driscoll, Xavier Gabaix, and David Laibson “Stimulus and Response: The Path from Naivete to Sophistication in the Credit Card Market” August 20, 2006. <http://www.eui.eu/FinConsEU/ResearchActivities/BehavioralApproachesMay2007/Driscoll.pdf> presented to US Federal Trade Commission Behavioral Economics Conference April 2007.

<sup>14</sup> Justin Sydnor “Abundant Aversion to Moderate Risk: Evidence from Homeowners Insurance” <http://wsomfaculty.case.edu/sydnor/deductibles.pdf> presented to US Federal Trade Commission Behavioral Economics Conference April 2007.

51. Behavioural economics identifies a large class of problems when consumers make decisions that are not in their long-term interest. These may arise because of a failure of self-discipline (as in cases of addiction, or commitment to high cost debt) or a knowledge failure when consumers lack the sophistication to make wise decisions in the market concerned (as in cases, for example, where borrowers do not look beyond “teaser rates” in loans, or misunderstand contract terms.)

52. In some cases market-specific education will help unsophisticated consumers improve their decision-making, but problems of self-control are not amenable to simple solutions. Cooling-off periods can help the impetuous consumer re-consider his or her purchase, but they impose costs on business which are passed through to other consumers.

53. Colin Camerer and his colleagues have proposed a principle of *asymmetric paternalism* to guide public policy interventions. Such intervention is relevant not only when failure results from behavioural biases but also more generally when failure results from information deficiencies. They reason:

A regulation is asymmetrically paternalistic if it creates large benefits for those who make errors, while imposing little or no harm on those who are fully rational. Such regulations are relatively harmless to those who reliably make decisions in their best interest, while at the same time advantageous to those making sub-optimal choices.<sup>15</sup>

54. If, however, those net costs are significant, then the policymaker is faced with difficult normative questions. To what extent should costs be imposed on all to the benefit of a few, particularly if those whom the intervention is designed to protect are lacking in self-control or rationality? Should self-discipline and rationality be rewarded or privileged? Or should a weighting be given to the needs of vulnerable and disadvantaged consumers, even if that vulnerability and disadvantage results, in part at least, from people’s own poor choices?

55. It is easy to dismiss any costly intervention as “paternalistic”, but that, in itself, is not a criticism. Thomas Schelling points out that individually and collectively (through our governments), we choose to bind ourselves to restrict our choice to make decisions which are not in our longer term self-interest.<sup>16,17</sup> Individually we may enrol in savings clubs with payroll deductions, pre-pay gym membership (in the hope that “free” gym sessions will overcome our frailty of willpower when the time comes to exercise). Collectively we accept that our governments should require us to make compulsory contributions to our retirement savings, close off our options to consume certain addictive substances and impose heavy penalties if we fail to wear seat belts. All such interventions can be classified as “paternalistic”, but they are generally well-accepted.

56. In fact, in many cases competition policy has had to be forced on to people who, at the time, were suspicious, particularly of privatisation of government utilities. These interventions could be described as “paternalistic”, but few economists or policymakers would say that therefore they should not have occurred.

---

<sup>15</sup> Colin Camerer, Samuel Issacharoff, George Loewenstein, Ted O’Donoghue, and Matthew Rabin “Regulation for conservatives: Behavioral economics and the case for ‘asymmetric paternalism’” *University of Pennsylvania Law Review* (Vol 151, pp 1211 - 1254, 2003).

<sup>16</sup> Thomas Schelling *Micromotives and macrobehavior* (W W Norton 1978) and *Choice and consequence: Perspectives of an errant economist* (Harvard 1984)

<sup>17</sup> Thomas Schelling "The Intimate Contest for Self-Command" Chapter 3 in Thomas Schelling *Choice and Consequence: Perspectives of an errant economist* Harvard University Press 1984.

### 8.3 *Fairness of market transactions*

57. One strong finding from behavioural economics is that market transactions should be fair and seen to be fair. People place a high value on fairness as an end in itself. This has long been recognised in labour markets, and research in behavioural economics and game theory is confirming its importance in other transactions.<sup>18</sup>

58. For the policymaker this means interventions must be clearly understood. If they are perceived to be unfair, by either consumers or producers, they will not be easily accepted. People care about not the outcomes for themselves, but also the outcomes for others. Therefore any policy intervention (or non-intervention) which is seen to increase inequality, even if there are no specific losers, will meet with a degree of resistance.

59. From a macro aspect there is an important message not only for regulators but for governments in general. If market liberalisation, including competition policy, is not seen to be fair and is not seen to be delivering benefits for all, it will be resisted.

---

<sup>18</sup> For a comprehensive treatment of fairness in transactions see Colin Camerer *Behavioral game theory: Experiments in strategic interaction* (Russell Sage 2003).



## INTRODUCTORY NOTE



## THE ECONOMICS OF COMPETITION AND CONSUMER POLICY: SUMMARY OF ISSUES

### -- *Introductory Note* --<sup>(\*)</sup>

#### 1. Key points

1. Open, contested markets promote efficiency and spur innovation. Government policy aims at assuring that competition among suppliers is vigorous. Well-informed consumers who are in position to evaluate and compare products help drive such competition. Government policy aims at assuring that markets are transparent to consumers, that information is not misleading or, in some cases, deficient, and that consumers are protected from fraud and unsafe products. In some instances, policies are also adopted to address problems that result from behavioural biases that seriously undermine consumer welfare.

- To what extent do the economics underlying competition and consumer policy coincide? In what areas could they conflict? How can conflict areas be resolved?
- In what circumstances can government policies designed to inform and educate consumers strengthen competition? In what circumstances can such policies have negative consequences for competition? In the case of the latter, how should the costs and benefits be weighed?
- How can policymakers exploit the findings of behavioural economics to strengthen competition?

#### 2. What are the economics of competition and consumer policy?

2. The underlying goals of competition and consumer policy are to improve the functioning of markets, thereby increasing economic performance while enhancing consumer welfare.

##### 2.1 *Competition policy*

3. Open, competitive markets boost economic performance by rewarding firms which are efficient and innovative. Such markets are key to increasing productivity and growth. The telecommunications market is a case in point. Deregulation has spurred the development of new products, while putting downward pressures on prices.

4. Governments seek to achieve competitive markets on the supply side through competition policies aimed at ensuring that there are no unnecessary barriers to entry for firms, that market concentration does not lead to economic loss or unreasonable transfers from consumers to producers, and that there are effective legal sanctions against fraud, misleading conduct, and collusion among suppliers. When markets exhibit these characteristics they can be said to be structurally sound.

5. Where monopolisation is permitted, governments generally regulate the behaviour of firms to ensure that the outcomes in markets are as close as possible to those which would occur in a competitive

---

<sup>(\*)</sup> This note was prepared by the DSTI Secretariat.

market. In this way even a market with a monopoly supplier can be structurally sound, provided it is well-regulated.

## **2.2 Consumer policy**

6. Well-informed consumers who are in position to evaluate and compare products and reach well-reasoned purchasing decisions help to ensure that the benefits of open markets are fully exploited. Through their choices, such consumers become important instruments for driving innovation and efficiency.

7. On the supply side, governments use consumer policy to protect consumers by providing them with legal rights that enable them to defend themselves against unfair commercial practices. They also often seek to improve the ability of consumers to make welfare-enhancing decisions by providing, encouraging or mandating the disclosure of information that would facilitate more informed decision-making. Requirements that financial institutions include an annual percentage rate on interest, for example, facilitate comparisons of debt instruments.

8. In recent years, increased attention has also been paid to measures that governments could take to address the psychological biases that can influence decision-making, particularly in those instances where consumers experience significant harm. Requiring that consumers be provided with adequate time to review major contracts prior to finalisation, for example, can help to counter the techniques that are sometimes used by commercial parties to pressure consumers into making hasty and ill-advised decisions on mortgages and the like.

## **3. How are the economics of competition and consumer policies inter-related?**

9. The benefits of competition are greatest when well-informed consumers are able to properly evaluate and compare products in contested, transparent markets. A key policy objective is therefore to ensure consumers have access to relevant information on price and quality. Having this basic information is not however, sufficient, to guarantee optimal outcomes. There are, for example, limits on the ability of consumers to carry out thorough evaluations, and there are instances where information needed to make proper evaluations is simply not available.

### **3.1 Bounded rationality**

10. It is apparent that consumers do not have the time or interest to undertake comprehensive search and evaluation of all alternatives for each of their purchases. Information can be hard to obtain, and processing information can be complicated and time-consuming. It is quite rational, in a more general sense, for a consumer to cease searching when the costs of searching start to outweigh the benefits resulting from searching. A consumer may, for example, be content to compare prices for a low-priced tool from two local shops; he/she may, however, be willing to invest considerable time and effort to find a relatively low airfare for a planned family vacation.

### **3.2 Information problems in markets**

11. Information that is available to consumers at the time they make choices is often not sufficient:

- **Disclosure.**-- On the supply side, firms have incentives to provide information which strengthens their market positions. Such information is likely to be incomplete and could well be insufficient for consumers to make well-reasoned decisions. In fact, there are situations in which firms disclosing information could actually suffer a competitive disadvantage. For example, a bottled water supplier who pointed out that its water was no better than municipal tap water would lose sales to competitors who did not reveal the same information about their water.

- **Experience goods.**-- There is a class of goods (and services) known as experience goods, for which consumers cannot judge quality before purchase. This can result in harm when quality differs from what had been expected by the consumer. If the purchase price is low, and the consequences of poor quality are minor, consumers can correct their purchases at a later time. In other situations where the price is high (e.g. real estate) or the consequences of poor quality are high (e.g. faulty car parts), harm to consumers can be significant.
- **Lemon products.**-- Experience goods can also impair the efficient operation of the market through what is known as the problem of lemon products. Where consumers cannot ascertain quality, the probability of receiving low quality is reflected in the market price. As the price declines, high quality sellers who have difficulty in conveying credible quality information may leave the market, potentially perpetuating a cycle of declining quality and prices until only poor quality products remain. The market for used cars is a classic case. Disreputable dealers can undermine an entire market as consumers may not be in position to
- **Credence goods.**-- Another class of goods is known as credence goods. For credence goods verification of quality may not be possible even after purchase. This can be because consumers lack the skills to assess the outcomes against any clear standard. This applies in markets such as legal services, financial counselling and medical services. It can also be because some product characteristics are difficult to verify. It can be impossible, for example, to determine whether a food product is organic.

Establishing quality can be further complicated when problems take time to emerge, particularly in retirement savings and insurance products.

By their nature, credence good problems are not amenable to simple information provision, because information in itself has little use unless it is from a trusted source. Policy interventions have to attend not only to ensuring information is accurate, but also that it is credible to consumers.

#### **4. How does our understanding of human behaviour impact consumer policy?**

12. The “rational” model of consumer choice, including the “bounded rationality” model, rests on a set of assumptions about behaviour which, at a macro level, are generally consistent with observed behaviour. Economists can generally predict the consumer reaction to events such as a tax cut or a change in commodity prices, but within specific market situations there are observed significant departures from “rational” behaviour.

13. The empirical discipline of behavioural economics extends the knowledge base of economics with insights from actual studies of consumer behaviour. Relying largely on psychological studies, in laboratory simulations and actual markets, behavioural economics delves into the ways in which people actually make decisions.

14. The research often finds systematic departures from rationality in decision-making. Rather than random departures, there are biases away from what is predicted by the rational model (Box 1). In financial markets in particular there is a well-established and applied set of theories in the subsidiary discipline known as behavioural finance, which explains why investors are subject to certain biases in their decision-making, such as holding on to stocks they would not choose to buy if they did not already hold them (known as the endowment effect).

15. In some cases these departures are trivial in their effects, but in many others these biases have costly consequences. The challenge for governments is to determine the circumstances under which they might want to take action to address such biases, particularly when a policy intervention would affect the terms and conditions under which firms compete.

#### **Box 1.-- Examples of behavioural biases**

- **Choice/information overload:** Economic models suggest that the benefits from extra choice and information are unbounded. Even the theory of “bounded rationality” does not suggest that extra choice and information is detrimental. Market research however, in products as diverse as jams and retirement savings, suggests that past a point, when provided with more choice and information, we either walk away from markets, choosing not to choose, or we choose randomly.
- **Endowment bias:** What one has is valued more than what one might have. Consumers are often reluctant to switch suppliers because of a loyalty, which may be misplaced, to existing suppliers. This is particularly evident in telecommunication and financial services.
- **Overconfidence:** in many situations consumers are overconfident in their abilities and in their future fortunes. For example many people invest, believing that they can beat the stock market, or they underestimate the risk that illness or unemployment may cause difficulty in repaying a loan. Again, this bias is important in financial services.
- **Framing biases:** Consumers are influenced not only by the objective information provided by suppliers, but also by the “frame” of that information. For example a claim “92% fat free” elicits a different response than “8% fat.”
- **Difficulty in handling uncertainty and risk:** Consumer perceptions of the consequences of uncertain outcomes are influenced by the frame in which choices are considered. When gambles (such as insurance choices) are considered in isolation consumers tend to be irrationally risk averse. When consumers consider themselves to be in a loss situation (such as becoming heavily overcommitted on a credit card) they tend to behave recklessly. Furthermore, consumers often have difficulty in thinking rationally about possible outcomes with very low probability.
- **Mis-evaluation of future benefits and costs (hyperbolic discounting, myopia):** Consumers do not rationally weigh up present against future benefits and costs; rather they put too much weight on the immediate. This bias is manifest in outcomes such as low retirement savings in the absence of compulsion.



## **SESSION VI**

***HIGH SWITCHING COSTS: A BARRIER TO  
COMPETITION AND A DETRIMENT TO  
CONSUMERS***





**CONTRIBUTION BY JILL JOHNSTONE**

**-- NATIONAL CONSUMER COUNCIL – UK --**



# switched on to switching?

**a survey of consumer behaviour and attitudes, 2000–2005**

by Alena Kozakova

### About the National Consumer Council

The National Consumer Council (NCC) makes a practical difference to the lives of consumers around the UK.

With changes in provision of services by government and companies, there is apparently more choice, and more talk about meeting consumers' needs. Yet the rhetoric does not always match people's experience: markets can operate in ways that act against consumer interests; and consumers who are disadvantaged or vulnerable can be ignored.

The NCC uses its insight into consumer needs to advocate change. We conduct rigorous research and policy analysis to investigate key consumer issues, and use this to influence organisations and people that make change happen. We don't just respond to policy discussions, but shape future debate through our groundbreaking thinking.

An open and collaborative organisation, we seek to work with public service providers, businesses and regulators. We hold regular policy forums, which provide us with a unique opportunity to exchange views and test our thinking.

Our relationship with the Department of Trade and Industry – our main funder – gives us a strong connection within government. But we are ready to challenge any organisation, public or private, that does not give consumers a fair deal.

We have linked organisations in Scotland and Wales, and a close relationship with colleagues in Northern Ireland. We play a leading role within European and worldwide consumer groups, ensuring that cross-border consumer issues are tackled and the consumer voice is heard within global institutions.

Please check our website at [www.ncc.org.uk](http://www.ncc.org.uk) for our latest news.

We can often make our publications available in Braille or large print, on audio tape or computer disk. Please contact us for details.

National Consumer Council  
20 Grosvenor Gardens  
London SW1H 0DH

Telephone 020 7730 3469  
Facsimile 020 7730 0191  
[www.ncc.org.uk](http://www.ncc.org.uk)

Published by the National Consumer Council

November 2005

©National Consumer Council  
PD 077/05

ISBN 1 899581 59 6

### About the research

The NCC's survey into consumer switching updates a survey carried out for the Department of Trade and Industry in 2000 by FDS International Ltd – *Switching suppliers*. In March/April 2005, FDS undertook a similar survey for the NCC, conducting 1000 Computer Assisted Telephone Interviews with households in Britain. Sample sizes were around 400–500 for each product field.

The 2005 research examined the same six markets: gas, electricity, fixed telephony, home (building) insurance, current accounts and mortgages. It also examined switching levels for mobile telephony and savings accounts.

The research provides an insight into how patterns of consumer switching have changed over the past five years and how consumers' views of switching has evolved.

Notes: Home insurance covers building insurance. However, 93 per cent of these customers also have home and contents insurance with the same supplier. In all graphs, figures have been rounded to nearest percentage.

### Definition of social grades

The grades detailed below are the social class definitions used by the Institute of Practitioners in Advertising, and are standard on all surveys carried out by MORI.

A	Upper middle class	Higher managerial, administrative or professional
B	Middle class	Intermediate managerial, administrative or professional
C1	Lower middle class	Supervisor or clerical and junior managerial, administrative or professional
C2	Skilled working class	Skilled manual workers
D	Working class	Semi-skilled and unskilled manual workers
E	Those at the lowest levels of subsistence	State pensioners, etc, with no other earnings

# Summary and recommendations

When markets function properly, consumers can identify which product is best for them and switch if they want to get a better deal. This, in turn, encourages companies to compete vigorously to retain current customers and attract new ones. It ensures that companies cut costs and innovate in order to offer products that meet consumers' needs at low prices. Switching has a particular importance in newly liberalised industries, where it helps to stimulate competition. However, markets do not always function properly, and consumers may be unable to switch providers or benefit from switching. In these cases, prices will remain high and product innovation and quality low.

## Key findings

### A positive picture

Our research findings paint a broadly positive picture. In most markets, switching levels increased between 2000 and 2005. As our Active Consumer Index shows (see figure 1), overall switching levels reached 152 per cent of the 2000 levels. We conclude that many consumers seem to have understood that they can often increase their welfare by changing suppliers. Suppliers also seem to have understood that their customers have become more demanding, and if they don't offer them a good deal, they will lose them. However, regulators still

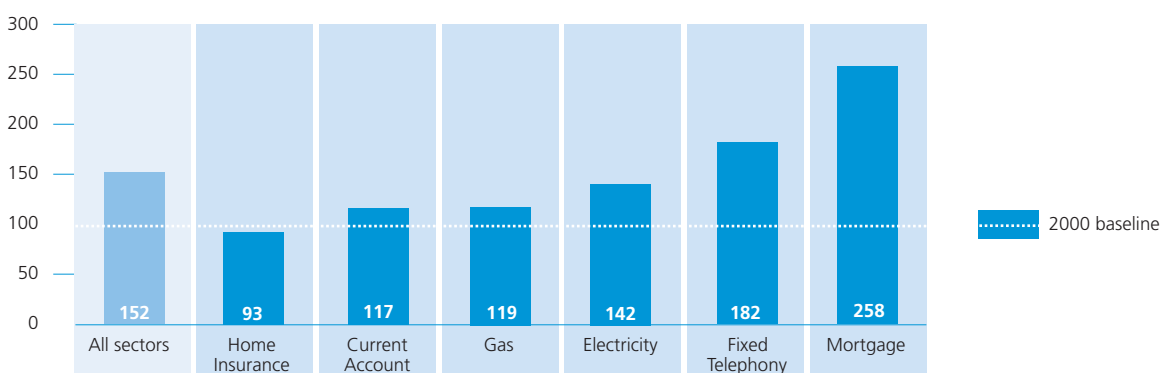
have work to do to facilitate switching, prevent abusive business practices and convince many consumers of the potential benefits of switching.

### Switching trends

- Since 2000, switching levels have increased in all markets except insurance.
- A large number of consumers in the energy, fixed telephony and mortgage markets have understood the potential benefits of switching, as levels have risen considerably in these sectors.
- However, in some areas, such as banking and fixed telephony, switching levels are still very low.

- The number of consumers considering switching has decreased in most markets, except for fixed telephony and current accounts, where they remain unchanged.
- In many markets, demographic groups differ in the degree to which they switch. The younger and wealthier usually switch more than older or poorer consumers.
- A large proportion of consumers still seem to be unaware of the benefits of (or, worse, the possibility of) switching, or think the financial benefit of switching is outweighed by the time and effort it takes to do so.

Figure 1: The Active Consumer Index, comparing switching levels in 2000 and 2005 (levels for 2000 are set at a baseline of 100)



### Consumer behaviour

- Consumers claim that switching and comparing packages is easy. Those who switched believe that they made the right choice. However, consumers still find it relatively hard to switch in certain markets – in particular in banking.
- Consumers have a set of priorities that influence their switching behaviour. Financial benefit is only one of them and may not always be the most important.

### Barriers to switching

Our research suggests that there are still some barriers to switching. The NCC believes the most important deterrants include these top five lock-in practices:

- 1. Lengthy and cumbersome switching procedures** can make it inconvenient for consumers to switch and outweigh any potential benefits.
- 2. Early exit charges**, imposed by an existing provider, can reduce the benefits of switching (as is often the case in the mortgage market).
- 3. Confusing products and non-transparent pricing** can make it difficult or time-consuming to compare deals (this often occurs with mobile telephony and financial products).
- 4. Technical incompatibility of equipment** can make it uneconomical for consumers to switch (for example, if they cannot use a blocked mobile phone with their new provider).

**5. Long-term deals** can lock consumers into lengthy relationships with their providers (as may occur with home insurance and mobile telephony) and increase the risk of them being overcharged.

### Considerations

We acknowledge that switching data must be analysed with care and alongside other factors influencing the market. There is no optimal level of switching and consumers do not automatically benefit as a result of switching, as has been demonstrated by Catherine Waddam Price's and Chris Wilson's recent study of energy markets<sup>1</sup>.

Likewise, consumers who have not switched will not necessarily be worse off. The incumbent provider may happen to offer the best deal for their particular circumstances. Sometimes a mere threat of switching may bring about a reduction in a consumer's bill.

In addition, high switching levels do not automatically signify that a market is competitive. First, if pricing is unclear and products complex, price differentials and subsequently switching can occur over a long period of time, without the market becoming more competitive. Second, if companies co-ordinate their behaviour to keep prices high, the market will not be competitive, regardless of switching levels. Third, high switching levels can conceal certain undesirable activities, such as mis-selling and market churning.

Conversely, low switching levels do not automatically indicate that markets are not competitive. Indeed, once price differentials have been exhausted through intensive switching, and prices have been driven down to a competitive level, only limited switching can occur. However, in such circumstances, the market is most likely to be competitive.

Finally, certain groups of consumers – in particular vulnerable consumers – may be completely left out of the switching process, because from a suppliers' point of view, it is not profitable to compete for them.

### NCC recommendations

- Regulators should continue to promote the benefits of switching and act to remove switching barriers. Our list of the top five lock-in practices highlights the most important of those barriers. They should also take action against rogue practices, such as mis-selling and pressurising, and be vigilant about potential market churning.
- Regulators should pay particular attention to those groups of consumers who might be excluded from the competitive process and devise remedies which would ensure that these consumers can also benefit.
- Banks should ensure that barriers to switching bank accounts are removed. Should banks fail to remove these barriers within two years, the government should legislate in order to confer new regulatory powers to the Financial Services Authority.

# Switching trends, 2000–2005

In 2000, the Department of Trade and Industry's *Switching suppliers*<sup>2</sup> found that while switching was under way in some markets, in others only a limited number of consumers were switching providers to get a fair deal. In an attempt to gauge whether consumers have been more active in the past five years, the NCC's 2005 research provided comparable data in gas, electricity, fixed telephony, home insurance, current accounts and mortgages. We also collected data in two new markets: mobile telephony and savings accounts. Our findings reveal that, in general, consumers are increasingly choosing to switch providers. But there are still areas where there is cause for concern.

## Changes in switching behaviour

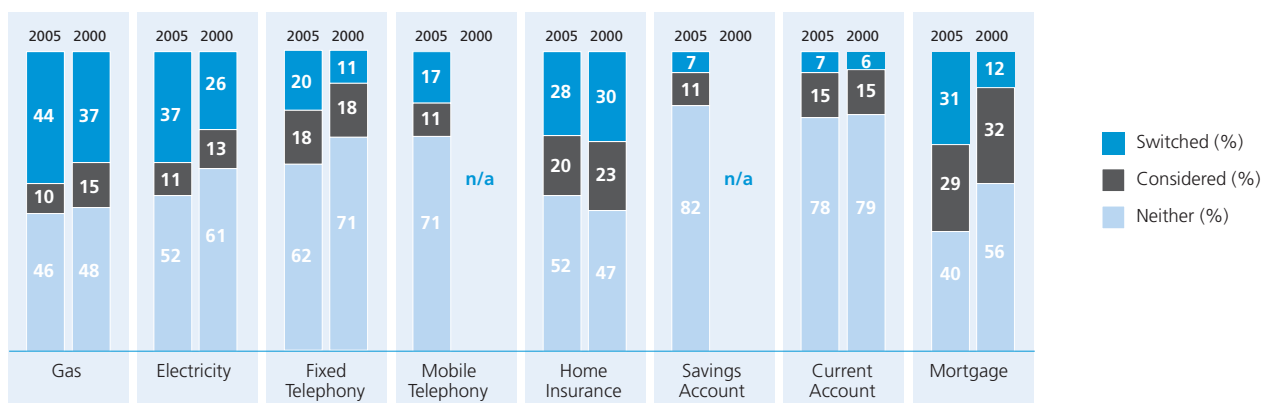
Since 2000, switching levels have increased in all but one of the surveyed markets (see figure 2). The most significant increases took place in the mortgage market (an impressive increase of 158 per cent), fixed telephony (an increase of 82 per cent) and electricity (an increase of 42 per cent). Switching in the gas and current accounts markets has increased by a smaller amount (19 per cent and 17 per cent respectively). Home insurance was the only market in which the number of consumers switching has decreased (by 7 per cent).

However, not all markets set off from the same starting point. In 2000, switching was well under way in the gas, electricity and the home insurance markets. But it was slower to take off in other markets, such as fixed telephony, current accounts and mortgages. From this perspective, the 82 per cent increase in switching in fixed telephony has not been sufficient for the market to catch up with more dynamic sectors, such as mortgages. The current accounts market still registers only limited switching (only 7 per cent in 2005, up from 6 per cent in

2000), and it has experienced no major change in consumer attitudes over the last five years.

Both of the new markets surveyed – savings accounts and mobile telephony – experienced only limited switching. Seven per cent and 17 per cent of consumers, respectively, have switched provider.

Figure 2: Percentage of consumers who switched or considered switching in 2000 and in 2005



**Table 1: Percentage of consumers switching or considering switching (by demographic sub-group)**

	AB	C1	C2	DE	16-34	35-54	55+
Gas	45	46	43	42	44	44	43
Electricity	40	44	38	40	33	41	36
Fixed telephony	25	18	20	17	24	20	17
Mobile telephony	19	18	19	15	33	15	7
Home insurance	41	32	22	20	35	31	32
Savings accounts	6	8	9	5	10	8	6
Current accounts	6	10	5	6	10	9	4
Mortgage	39	29	29	22	40	31	16

### Demographic patterns

In many markets, switching is not distributed evenly between different demographic sub-groups (see table 1). In the home insurance and mortgage markets, for instance, the richest consumers are twice as likely to switch suppliers as the poorest consumers.

Moreover, in most markets, switching levels decline as consumers grow older. In the mobile phone market, for instance, consumers between 16 and 34 are

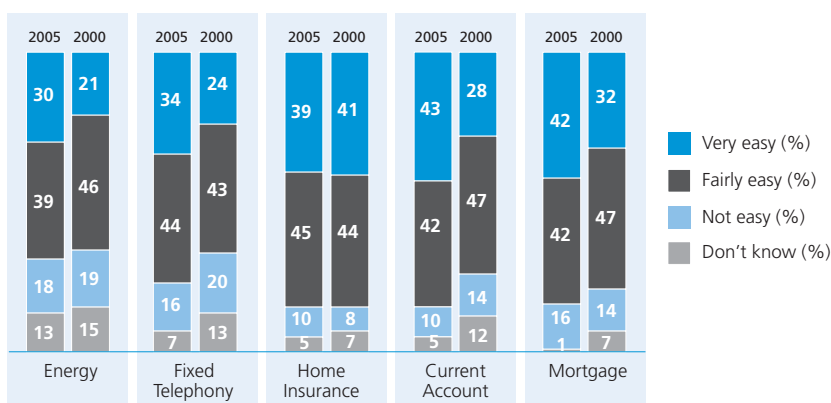
almost five times more likely to switch their supplier than consumers aged 55 and above. In the current accounts and mortgage markets, consumers between 16 and 34 are two and a half times more likely to switch than consumers above 55. Similarly, in the home insurance market, the richest consumers (socio-demographic group AB) are twice as likely to switch their provider as the poorest consumers (socio-demographic group DE).

### Finding out what companies offer

As in the 2000 research, most consumers claim that it is easy to find out what companies have to offer (see figure 3). There has been an increase in consumer confidence, most notably in the current accounts market, where the number of consumers saying it is very easy to find out what companies offer has risen by 54 per cent. Similarly, in the energy and fixed telephony markets, more than 40 per cent more consumers believe that finding out what companies offer is very easy.

The only exception to the rule is the home insurance market. In this market, the overall assessment of how easy it is to find what companies offer remains practically unchanged, with five per cent fewer people believing that it is very easy.

**Figure 3: How easy do consumers think it is to find out what companies offer?**



**Expected financial savings**

Since 2000, there has been little change in consumers' expectations as far as financial savings are concerned. Most consumers still believe that they can achieve only minor savings through switching (see figure 4). In the energy, fixed telephony and current accounts markets, only a fraction of consumers believe that they could achieve substantial savings through switching.

The mortgage market continues to be the exception to the rule. Here,

a large proportion of consumers believe that they can make major savings through switching supplier: 41 per cent of consumers believe that they can make major savings (an increase of 21 per cent since 2000).

Finally, in the home insurance market, the situation is quite the reverse. A significantly lower number of consumers (a decrease of 35 per cent) believe that they could achieve major savings through switching.

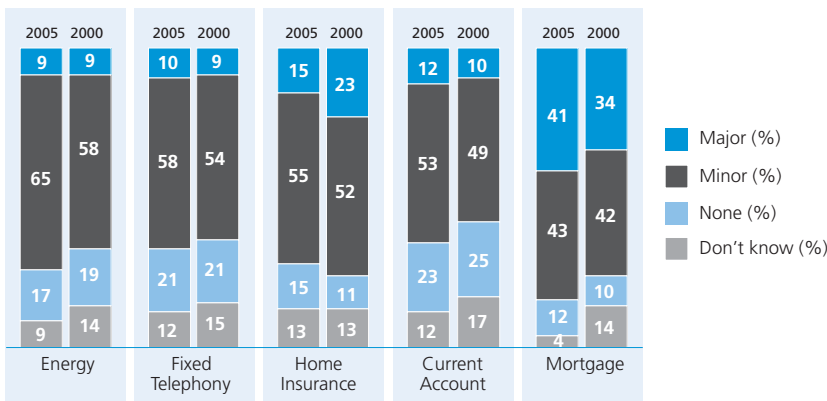
**Consumers' experience of switching**

There have been few changes in the consumer experience of switching over the last five years (see figure 5). The overwhelming majority of consumers still find switching either very easy or fairly easy. There were also few changes in the trends across markets. In fixed telephony, there was an increase of 16 per cent in the number of consumers who said that switching was very easy. In home insurance, five per cent fewer consumers found switching very easy. Switching in the current accounts market continues to be the most problematic. Indeed, there has been a sharp increase of 64 per cent in the numbers of consumers who perceive switching in this market to be difficult.

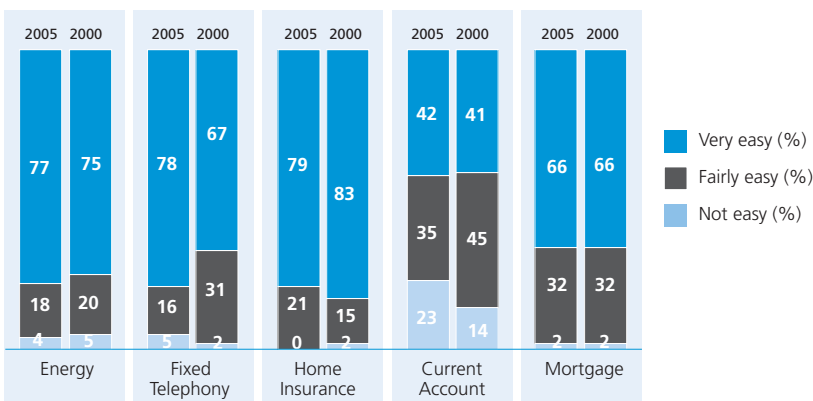
The majority of consumers (at least 70 per cent across all surveyed markets) who switched their provider would switch again. However, when we consider all consumers – including non-switchers – the picture is less clear (see figure 6). When asked whether they would switch if it were free and simple to do so, large numbers of consumers said they wouldn't. If we take into account that a large proportion of the switching consumers responded positively, we can conclude that a large majority of the non-switching consumers feel no need to switch and are less likely to switch in the future.

This may point to a large group of consumers who are unaware of the benefits of switching or who simply do not believe that there are advantages to be gained. Alternatively, given that most consumers generally expect only minor savings from switching, many consumers may decide that

**Figure 4: What level of savings do consumers believe can be achieved by switching?**



**Figure 5: How easy have consumers found it to switch?**





the time and effort it takes to switch cancels out the expected financial benefit.

The current accounts market is, again, the least dynamic market. Here, only 37 per cent of consumers say that they would switch if it were free and simple – a 16 per cent increase on figures from the 2000 research. The mortgage market is the most dynamic market, with 61 per cent saying they would switch – an increase of 24 per cent since 2000. Finally, the home insurance market is the only market in which the number of consumers saying they would switch dropped (by 6 per cent).

### Commentary

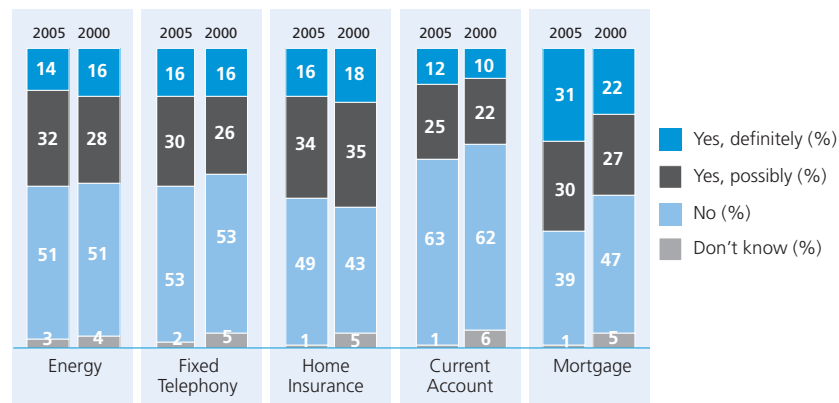
The results of our survey show an encouraging trend. In all but one market switching levels have risen since 2000. Moreover, consumers find it easy to find what companies offer, and they consider the switching process to be straightforward.

However, the switching results were not consistent across socio-demographic groups, and in certain markets (such as mortgage or mobile telephony) there are clear variations. We believe that providers may use this knowledge to price discriminate against those consumers who are less likely to switch, while offering better deals to those they are more likely to lose.

### Gas and electricity

The energy markets are the most active: gas retained its position as the market with the highest levels of switching, and electricity has become the second most active

Figure 6: Would consumers switch if it were free and simple to do so?



market. These results are certainly encouraging. However, given how little time consumers spend researching alternative offers before switching (see Time commitment, page 10), we fear that they may not always benefit as a result of it. This analysis seems confirmed by a recent study of the energy markets<sup>3</sup> showing that large numbers of consumers are ‘over switching’ and ending up with a worse deal.

### Mortgages

The mortgage market has registered the most significant increase in switching levels and consumers’ expectations of savings to be made. Moreover, the numbers of people who consider switching and who would actually switch if it were free and simple are higher than in any other market. This is not surprising, since mortgages weigh particularly heavily on consumers’ finances, and it is a market in which there are significant price differentials.

However, the mortgage market is also the market where switching levels vary most dramatically across age and income groups. Indeed, the richest consumers are almost twice as likely to switch supplier as the poorest, and younger consumers are two and a half times more likely to switch as older consumers. This may suggest that the poorer and older consumers are being left with worse products than the younger and richer.

It is, however, necessary to be cautious when interpreting these results. For instance, older consumers usually have had their mortgages for a longer time and, consequently, have a smaller sum left to repay. They may, therefore, perceive switching to be less urgent than younger consumers who have larger sums of money left to repay and a longer period to go before they finish paying their mortgage. Similarly, wealthier consumers will generally be able



to obtain larger mortgages than poorer consumers and may, therefore, be more interested in switching to reduce the costs of their mortgages.

#### **Current accounts**

The current accounts market has remained the most static, with a significantly lower proportion of consumers switching to alternative providers than in the other markets included in the survey.

This market also registers the lowest number of people who would agree to switch if it were free and simple. This result might partly be explained by consumer inertia or conservatism and partly by consumers having difficulties in identifying the benefits of switching in this market.

Conservatism and the lack of awareness of potential switching benefits may also explain the relatively high levels of consumer satisfaction with existing current account providers. It is important to note, however, that consumers in this market have had more negative experiences of switching than elsewhere, which could indicate the existence of switching barriers.

#### **Home insurance**

Developments in the home insurance markets call for vigilance. Since 2000, levels of switching have dropped by seven per cent, the number of consumers willing to switch if it were free and simple has dropped by six per cent, consumer perceptions of the ease of finding out what companies offer have dropped by five per cent and consumers' expectations of making major

savings have dropped by 35 per cent. On the one hand, the reduction in switching could indicate that the potential switching benefits in this market have been reduced. On the other hand, it could indicate that consumers are being locked into longer-term relationships through a system of benefits based on contract renewal – or that consumers simply believe that such offers will be available if they stay.

Moreover, the home insurance market is the market where the distribution of switching levels across income groups is the most uneven. The richest consumers are twice as likely to switch as the poorest. This may be explained, at least in part, by the fact that richer consumers own more expensive property and pay more expensive insurance. They may, therefore, make potentially larger savings through switching.

#### **Mobile telephony**

Switching is limited in the mobile telephony market. This may be the consequence of high switching levels over the past few years leading to a reduction in current switching potential. Many mobile phone companies have improved customer retention through various marketing strategies, such as offering existing customers deals that are as good as those for new customers. This market also continues to be a 'young person's' market, with younger consumers being almost five times as likely to switch than older consumers.

#### **Savings accounts**

Finally, as with mobile telephony, the savings account market experiences limited switching. Consumer inertia and difficulties in identifying what benefits there are in switching seem to play a similar role as in the current accounts market.

# Consumer views and attitudes

What are the key factors driving a consumer's decision whether to switch provider? How do consumers like to find out information about what's on offer from different providers? And once a consumer has decided to switch, how long are they prepared to spend looking around to get the best deal? Unsurprisingly, our research revealed that most consumers want to avoid unnecessary inconvenience. But there are variations in the attitudes of people from different demographic groups.

## Avoiding hassle

The majority of consumers believe that life is too short to worry about saving a few pounds here and there, while virtually all are keen to avoid unnecessary inconvenience. Consumers also generally dislike being approached by sales representatives. However, at the same time, a large majority of consumers claim to shop around to get the best possible deal (see table 2).

Most consumers also like predictability. Our research further revealed that a significant majority of consumers believe that it makes sense to use a well-established, familiar company. Across all the markets surveyed, on average, 70 per cent of consumers believe that it makes sense to use an established familiar company rather than a new company offering a better deal. This conviction was strongest in the current accounts market (75 per cent), and weakest in the mobile telephony market (62 per cent). In the mortgage, current accounts and home insurance markets there has been a slight shift away from this belief since 2000, while in the other markets, it has been reinforced.

**Table 2: Consumer beliefs**

	Agree %	Disagree %	Neither %
I am happy for sales reps to call me about products and services I use	22	72	6
Life's too short to worry about saving a few pounds here and there	55	39	6
I like to shop around to get the best possible deal	77	17	7
I like predictability	86	8	7
I am very keen to avoid unnecessary hassle	95	2	3

## Demographic variations

Consumers' attitudes often vary according to their demographic characteristics (see table 3). For instance, younger consumers are more willing to be approached by sales representatives and to shop around for the best deal than older consumers. Conversely, older consumers are more likely to believe that life is too short to worry about saving a few pounds here and there.

Richer consumers are less willing to be approached by sales representatives and more often disagree with the proposition that life is too short to worry about saving a few pounds here and there. However, a significant majority of consumers in all demographic groups seem to value predictability, and virtually all want to avoid unnecessary inconvenience.

**Table 3: Consumer beliefs by demographic group**

	16-34 %	35-54 %	55+ %	AB %	C1 %	C2 %	DE %
I am happy for sales reps to call me about products and services I use	32	23	17	16	16	25	32
Life's too short to worry about saving a few pounds here and there	42	57	61	50	53	58	58
I like to shop around to get the best possible deal	86	81	67	78	79	80	73
I like predictability	85	88	85	89	84	83	89
I am very keen to avoid unnecessary hassle	93	96	94	97	95	94	94

### Balancing thought and practice

Some consumer views appear to be contradictory – or at least impossible to achieve fully at the same time. For instance, it is hard to imagine that consumers, who believe that life is too short to worry about saving a pound here and there (55 per cent), are keen to avoid unnecessary inconvenience (95 per cent) and prefer a familiar company to a new one offering a better deal (70 per cent), would dedicate too much time and energy to shopping around to get the best deal (77 per cent). There may, therefore, often be a difference between what consumers believe is the economically rational thing to do – shop around to get the best possible deal – and the most desirable thing to do – avoid unnecessary inconvenience or stay with a familiar brand.

We could also conclude that consumers may often value the

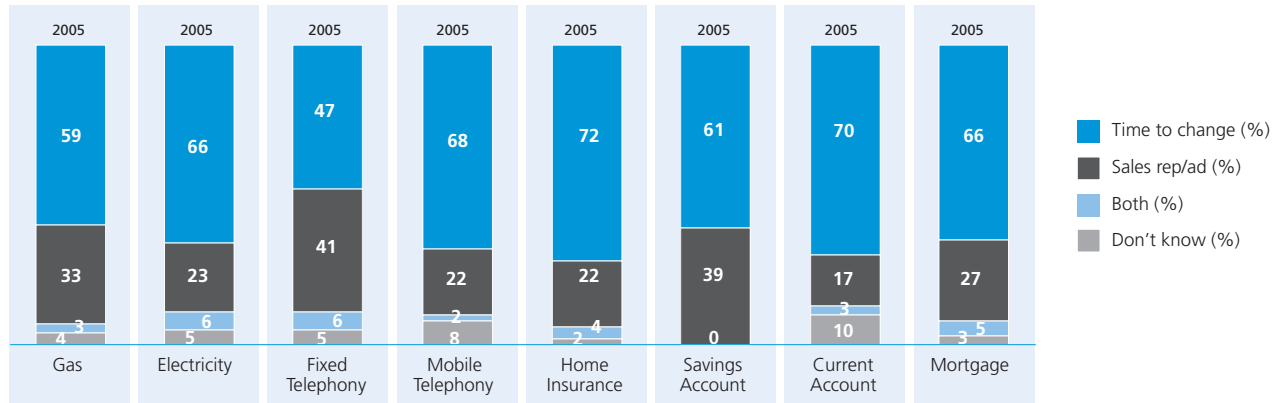
time and effort required for switching more than the potential benefits. While consumers think it easy to switch or find out what companies offer (see figure 3 and figure 5) and while, in principle, they consider shopping around for the best deal a sensible activity, in reality they may think that the time and effort it takes to switch outweigh the perceived benefits (see figure 4 and figure 6).

### Reasons for switching

Even though most consumers dislike being approached by a sales representative, in many cases, a sales representative prompted their decision to switch (see figure 7). The triggering effect of sales representatives and advertisements on consumer switching is most significant in the fixed telephony, savings accounts and gas markets. It has the least effect in the current accounts market.

The willingness to be approached by sales representatives varies significantly according to the social groups. The poorer and the younger consumers are twice as likely to be willing to be approached by sales representatives as the richer and older consumers (see table 3). However, while sales representatives play an important role in triggering switching, they can also engage in undesirable sales techniques, such as pressurising and mis-selling.

Figure 7: Why do consumers switch providers?

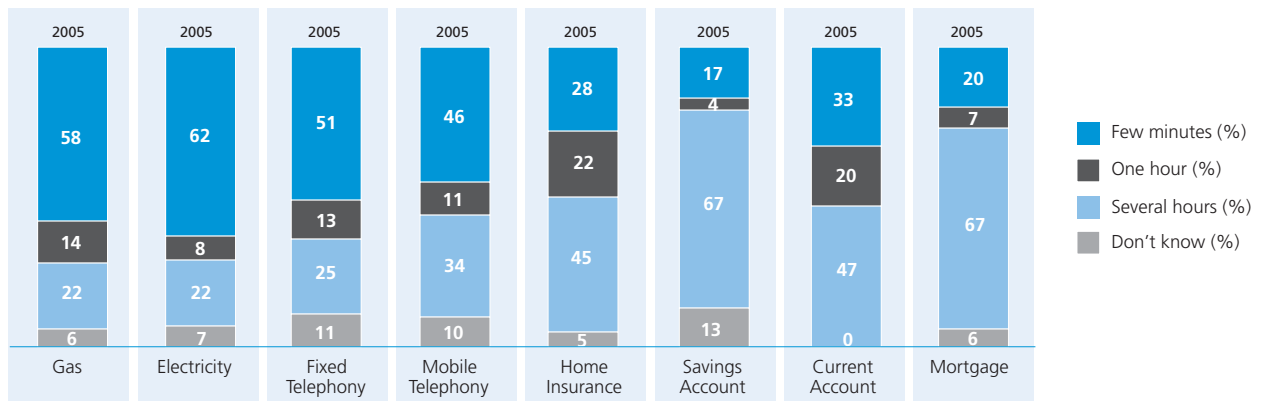


**Time commitment**

The desire to avoid inconvenience may cause consumers to spend little time researching available products prior to switching. The time spent looking around varies considerably across sectors. In the utility markets, the majority of consumers make their switching decision within an hour, with most of them deciding within a couple of minutes. In the financial markets, most consumers spend an hour or more considering their options before reaching a decision (see figure 8).

The difference between the time spent on researching alternatives prior to switching in the financial and utility markets may be explained by the different level of importance consumers place on these products. However, the disparity could also be caused by variations in the availability and comparability of information about products on offer. Even though consumers say they think it is easy to find out what financial companies offer, the time they spend looking around may suggest otherwise.

Figure 8: Amount of time spent looking around before switching



# Conclusion

All the surveyed markets, with the exception of the insurance market, have registered an increase in the levels of switching since 2000. Consumers feel more confident about finding what companies offer and are positive about their switching experiences. However, with the exception of the mortgage market, consumers do not expect to make major savings through switching.

- **The mortgage market has become the most dynamic market**, while the current accounts market continues to be the most static. The home insurance market is the only market in which virtually all switching indicators declined.
- **Financial benefit is only one of a set of priorities that influence consumer switching behaviour.** It is not always the most important one. For example, consumers may be aware of the savings that they could make by switching, but may nevertheless be unwilling to dedicate even limited time and energy to choosing an alternative supplier for certain products.
- **Consumers generally believe that finding out what companies offer is easy.** However, given how little time they generally spend researching alternatives prior to switching, it is possible that they do not have sufficient knowledge of products they are purchasing or indeed of alternative products available in the markets.
- **Consumers generally dislike being approached by sales representatives.** However, in many markets sales representatives, together with advertisements, are an important influencing factor in a consumer's decision to switch.
- **There are significant differences in switching levels and consumer behaviour according to demographic groups.** For instance, older and poorer consumers often switch less and believe that life is too short to save a few pounds here and there.
- There seems to be a large proportion of consumers who are either **unaware of the benefits or possibility of switching or feel that the time and effort it takes to switch outweigh the expected financial benefits.**
- In theory, active consumers improve competition in the market, which in turn benefits all consumers, including the inactive consumers. In practice, however, suppliers are unlikely to automatically offer all existing customers the same benefits as new customers. We fear, therefore, that **inactive consumers are at risk of becoming a target for price discrimination.**

## The future

The NCC is pleased to see that the levels of switching and consumer confidence about the switching process have increased in most markets. However, we have also identified several worrying tendencies, such as a large number of consumers who seemed to be left out of the switching process. We are also concerned that many consumers who have switched may not have benefited from it or could possibly have got a better deal. We will, therefore, continue to monitor these markets and remain vigilant about potential abusive business practices.

#### References and notes

1. **Wilson, Chris and Waddams Price, Catherine, Centre for Competition and Regulation and School of Management, University of East Anglia, CCP Working Paper CCR 05-4. *Irrationality in consumers' switching decisions: when more firms may mean less benefit*, 2005.**
2. **Department of Trade and Industry Consumer Affairs Directorate, *Switching suppliers*, 2000.**
3. See reference 1.

#### Acknowledgements

The author would like to thank Professor Catherine Waddams Price for her comments on this report.

[www.ncc.org.uk](http://www.ncc.org.uk)

 **National  
Consumer Council**

Making all consumers matter

20 Grosvenor Gardens  
London SW1W 0DH

Telephone 020 7730 3469  
Facsimile 020 7730 0191









**PRESENTATION BY JILL JOHNSTONE**

**-- NATIONAL CONSUMER COUNCIL – UK --**

## OECD Global Forum on Competition

21-22 February 2008

Switched on to switching?

A survey of UK consumer behaviour and attitudes

Jill Johnstone  
Director of Policy  
National Consumer Council

### About the NCC

- Set up by government in 1975
- Mission – to help everyone to get a better deal by making the consumer voice heard
- Research, policy analysis, campaigning, working with policy makers, providers and others in the private and public sector
- Special remit to represent the interests of disadvantaged and vulnerable consumers

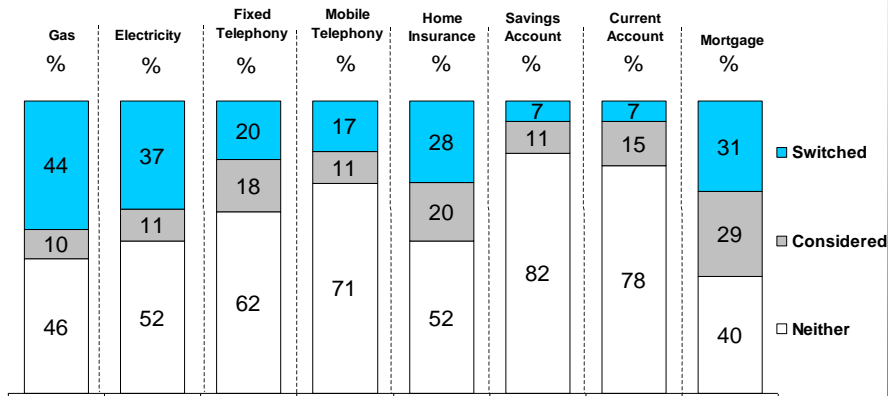
## Consumers' role in markets

- Consumers have a vital economic role
- Their sensitivity to price and quality can help regulate firms and promote efficiency and innovation
- Consumer behaviour is complex, based often on habit, social norms and a range of decision-making short-cuts
- Understanding how consumers behave in markets is crucial to unlocking their potential to drive competitiveness

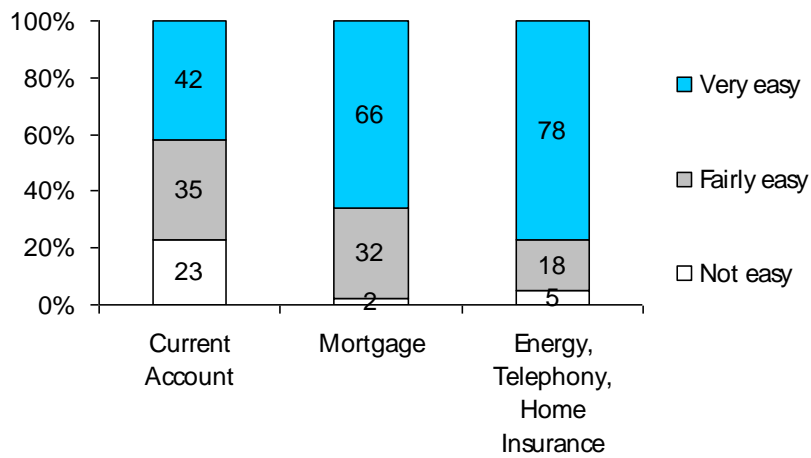
## NCC's switching survey

- Updates a survey carried out for DTI in 2000
- 1000 telephone interviews in spring 2005
- sample sizes for each product field around 400-500
- covers the six markets investigated in 2000 – gas, electricity, fixed telephony, home insurance, current accounts, mortgages + mobile telephony and savings accounts

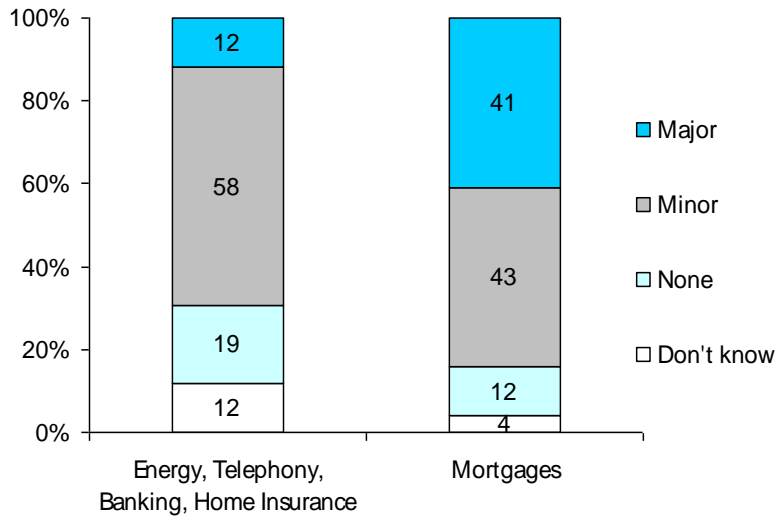
### Switching in 2005



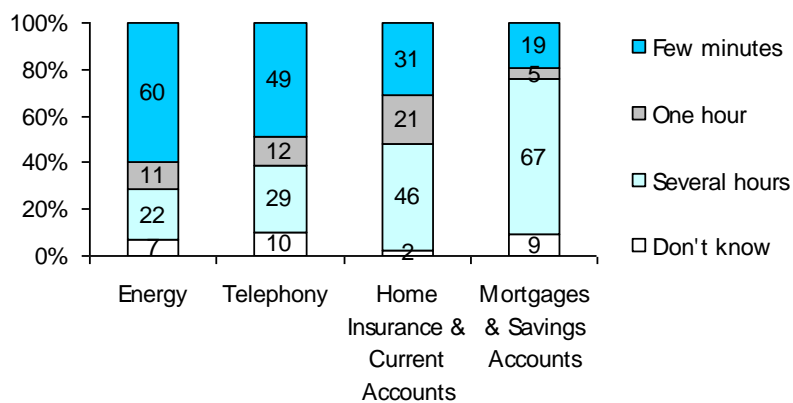
### Switching experience



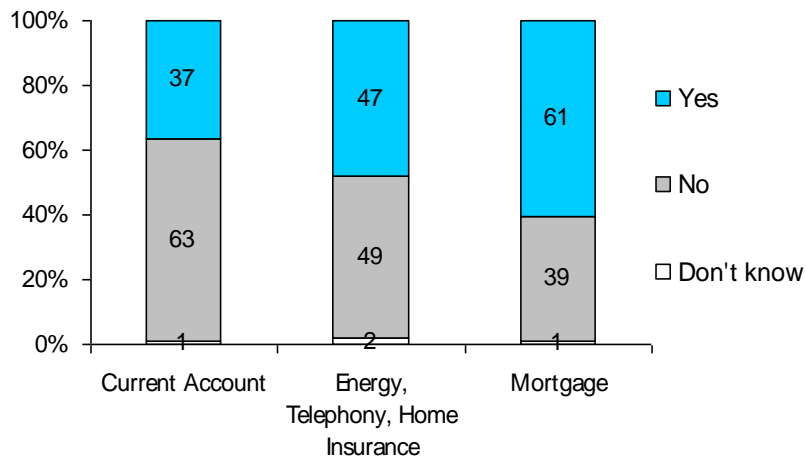
### Expected savings from switching



### Amount of time spent looking around before switching



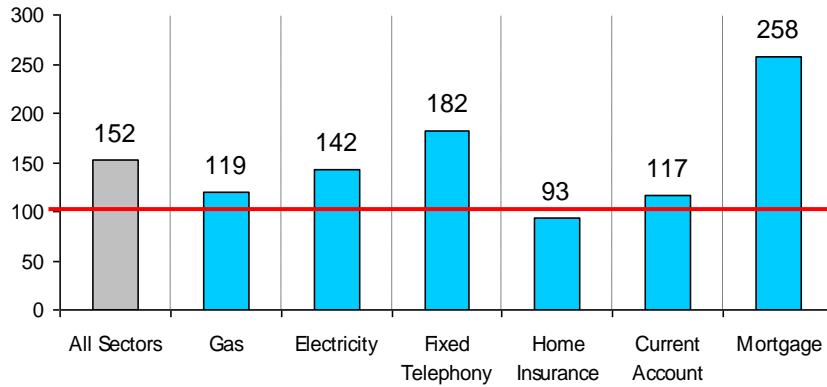
### Would consumers switch if it were easy and free?



### Attitudes to switching

- consumers claim that switching and comparing packages is easy and that they make the right choice
- they spend little time on researching alternative products prior to switching
- consumers find it harder to switch in some markets – particularly banking
- a large proportion of consumers seem unaware of the benefits/possibility of switching or think the financial benefit is outweighed by the time and effort involved

### Active Consumer Index 2005 (2000 is 100)



### More empowered consumers driving competition?

- Increased switching activity
- But do consumers always benefit?
- Research on switching in the electricity market by the University of East Anglia found that:
  - Only 8-19% of consumers switched to the best deal available
  - 20-30% of consumers switched to a worse deal
  - In aggregate, switching consumers only achieved half the possible gains
- Increased switching activity does not necessarily lead to a more competitive market



## Implications for policy makers and regulators

- Tackle supply side barriers to effective switching:
  - Lengthy and cumbersome switching procedures
  - Lock-ins – long contracts and early exit charges
  - Confusing product offers and non-transparent pricing
- But also need to pay more attention to the demand side – to how consumers make decisions – and factor this in to policy making

Jill Johnstone  
Director of Policy  
National Consumer Council

[j.johnstone@ncc.org.uk](mailto:j.johnstone@ncc.org.uk)



**PRESENTATION BY MARK WILLIAMS**

**-- NERA CONSULTING – LONDON AND BRUSSELS --**

## **Do switching costs really make markets less competitive?**



**Mark Williams, Director, European Competition Policy**  
**NERA Economic Consulting, London and Brussels**

OECD Global Forum on Competition  
February 2008

How Markets Work<sup>SM</sup>

## **Outline**



1. Types of Switching Costs
2. Stylised Facts of Utilities Markets
3. Do Switching Costs Matter?
4. Competition with Switching Costs:  
Foremarkets and Aftermarkets
5. "Prefunding"

## 1. Types of Switching Costs



- Switching costs take many forms and arise in a wide variety of markets:
  1. Transaction Costs (Banks)
  2. Compatibility (Video Games)
  3. Learning Costs (Equipment)
  4. Contractual Costs (Frequent Flyer)
  5. Trust Costs (Professional Services)
  6. Search Costs (Restaurants)
  7. Time and Hassle Costs (Utilities)
  8. Inertia / Irrationality (Most Cases)
- Switching costs are not unique to utility markets

2

## 2. Stylised Facts about Utility Markets



- The “stylised facts” of utility markets would seem to be:
  1. A significant fraction of customers almost never seem to switch
  2. Those that do switch do not always switch sensibly, viewed either *ex ante* or *ex post*
  3. Incumbents can hold on to significant market share despite the presence of (many) competitors

3

### 3. Do Switching Costs Matter? - 1/3



- There is an instinctive reaction that the presence of switching costs implies a competition problem. However:
  1. Critical Loss and Marginal Customers
    - In standard competition policy cases, the key question is not whether all customers would switch (in the event of a price rise) but whether sufficiently many marginal customers would switch, and whether the sales to such customers are above the critical loss value
    - e.g. with  $MC=0$ , a price rise of 10% is unprofitable if 11% of sales are lost in response. So if switching costs imply that 89% of sales are to customers that will not switch, there is no competition problem
    - Observation: in a market characterised by a legacy incumbent monopolist and a highly competitive entrant sector exhibiting low margins, an incumbent strategy of “milking” the installed base is often more profitable than responding to competition

4

### 3. Do Switching Costs Matter? - 2/3



2. Switching Costs are (often) real economic costs
  - Many forms of switching costs are real economic costs
  - Like any costs, it is desirable that they be minimised by avoiding the activity (switching) that causes them
  - Economically there can be “excess switching”
  - Remark: switching to a higher-priced supplier is particularly harmful:
    - First, the switching cost is incurred with no improvement to allocative efficiency
    - Second, the “competition externality” (that switching forces firms to set competitive prices) is potentially undermined
  - An understanding of how effectively customers switch is important

5

### 3. Do Switching Costs Matter? - 3/3



- 3. Switching costs do not necessarily reduce competition as opposed to change the nature of competition
  - Switching costs may reduce competition “in the market”
  - However, if customers are sticky once acquired, this tends to push competition back one step up the supply chain: the profits that can be obtained precisely because of switching costs potentially intensify competition “for the market”
  - Observation:
    - In many markets with switching costs (mobile phones, video games) *ex ante* competition for the market can be vigorous
    - In legacy, long-dated incumbent monopolist markets, this will less likely be so (absent a technological revolution)
  - **Conclusion: hasty conclusions that switching costs imply insufficient switching and/or inadequate competition are not necessarily correct**

6

### 4. Competition with Switching Costs: Foremarkets and Aftermarkets



- Foremarkets and Aftermarkets
- Consumers purchase some product in all periods
- Essential competition policy problem:
  1. *Ex ante*: market is (typically) competitive
  2. *Ex post*: market is (apparently) monopolised because of switching costs
- Policy puzzles:

	Ordinary Market	Switching Costs
1. Low Prices	Predation	“Prefunding”
2. High Prices	Excessive Pricing	Aftermarket and foremarket return normal

7

## 5. Prefunding - 1/3



- If *ex post*, firm can exploit lock-in to extract an amount  $M$ , *ex ante* competition will discount the foremarket price by  $M$  compared to the normal level
- Key Result: the *ex post* rip-off is prefunded
- There is no overall rip-off provided the *ex ante* market is competitive
- Two issues arise:
  1. The Structure of Prices
  2. Limits to Prefunding

8

## 5. Prefunding - 2/3



- The Structure of Prices:
  - Consider a standard monopolist. We know that there is:
    - a. a profit rectangle – the extracted profit, and
    - b. the welfare triangle – the deadweight loss due to output restriction
  - So low foremarket and high aftermarket prices can lead to the wrong structure of prices
  - Calls to Mobile
    - Consumer make too few mobile calls
    - Consumers change handset for an upgrade “too often”

9

# **SESSION VII**

## ***BREAKOUT SESSIONS***







## HYPOTHETICAL CASES



**CONSUMER CHOICE IN MOBILE TELEPHONY****A HYPOTHETICAL CASE**

<b>Type of case</b>	Consumer advocacy
<b>Product</b>	Mobile Telephony
<b>Parties and market shares</b>	Tiko – 50% (incumbent) Wynd – 50% (incumbent) Quick – New entrant

**Summary**

The Consumer Protection Commission of Genovia received numerous complaints from Quick Mobile concerning a variety of issues. Quick is a mobile service provider that is planning on entering the national market. At the present time, 2 firms provide mobile service within Genovia and each have a market share of approximately 50%. Quick had sought approval from the Communications Commission to implement certain billing practices and to give away free mobile phones in exchange for subscriber contracts lasting 1 year. It also would like the Communications Commission to require number portability and to order two other mobile operators to upgrade their networks to allow Quick's subscribers to send messages to the other networks.

## CONSUMER CHOICE IN MOBILE TELEPHONY

### 1. Background

1. Mobile telephony service in Genovia has undergone a radical change in the last 10 years. Up until 1995 most of the population did not own a mobile telephone and only a relatively small fraction had a fixed line phone. All of this changed in 1997 when two mobile telephony licenses were auctioned off to Wynd and Tiko Mobile. Although each company's initial focus was primarily concentrated in larger cities, the incumbents began expanding into less populated areas during the last 4 years. During this same period, the number of fixed line subscribers grew quite slowly. In fact, the number of mobile subscribers quickly passed fixed line subscribers, and now 80% of all telephone subscribers use a mobile. At the present time, roughly 10% of the population has a mobile phone and this figure is growing by 15% annually. And, while consumers have applauded the spread of mobile telephony, many consumers have complained about high prices. Several newspaper articles have documented that prices in Genovia are higher than in other neighbouring countries. Currently Genovia has a population of 30 million people and has a per capita income of 3,650 USD per year.

2. In 2006, the Genovia Communications Commission auctioned off another block of spectrum. Both incumbents and other firms were allowed to bid for the single nationwide license that would be granted. Bidding was reported to be vigorous, and out of the 7 firms bidding, Quick Mobile emerged as the winner. Quick also provides mobile service in two nearby countries.

3. Quick recently lodged several complaints with the Consumer Protection Commission.

#### 1.1 Complaint I

4. Shortly after obtaining its license to operate, Quick petitioned the Genovia Communications Commission to allow it to establish a particular billing plan. Quick wanted to be able to charge customers based on segments of time lasting 10 seconds. For example, customers would be charged an initial connection fee and then billed based on time blocks lasting 10 seconds. Thus, if a phone call lasted 12 seconds they would be charged the connection fee plus a fee for 2 blocks of time.

5. It is well established that the Genovia Communications Commission does not regulate the price that is charged by any given mobile service provider. However, it does regulate the way in which firms bill their customers. Prior to Quick's application, the Communications Commission had approved plans by Tiko and Wynd to charge customers based on 15 second blocks of time after the first minute.

6. In its order, the Genovia Communications Commission rejected plans by Quick to charge customers based on 10 second increments *after the initiation* of the phone call. However, it did allow Quick to charge customers based on 10 second increments *after the completion of the first minute*. And, as usual, the Communications Commission allowed Quick to determine the tariff that it would charge its customers for initiating the phone call as well as the price it would charge for each block of time. In its order, the Genovia Communications Commission also permitted Tiko and Wynd to charge customers based on 10 second blocks of time after the first minute should they wish to do so. In the Commission's order, it is noted that they seemed to be worried about Tiko and Wynd's arguments that they might cancel plans for making additional investments in their network and expanding their network should the Communications Commission allow billing based on 10 second increments after the initiation of the call. The Communications Commission reasoned that consumers would be harmed if that were to occur.

7. Quick also complains that because the Communications Commission allowed Tiko and Wynd to charge customers based on 10 second blocks of time (even though neither company specifically asked for such permission), it wouldn't reap any benefit from its innovation, potentially. In addition, Quick stated that because 75% of all mobile calls last less than 1 minute, most callers will not benefit from this pricing plan. Quick states that consumers simply won't save a lot of money under the order. Quick complains that it was their idea to have a new tariff plan based on 10 second increments (they have developed proven technology) and as such they would like the new billing plan to apply to them alone. Quick states that both Tiko and Wynd testified before the Genovia Communications Commission that they currently cannot bill in increments less than 15 seconds. Quick states that if it is the case that neither Tiko nor Wynd can bill in this way then the Commission should not have allowed them to charge in that way until they can prove that they can do it.

### **1.2 Complaint II**

8. Quick also put forward a plan to the Genovia Communications Commission to give mobile phones away to consumers for free or for a nominal fee if they signed a service contract with Quick for at least one year. These phones are "locked" and cannot operate on other mobile networks. Quick argued that the free phones would have benefited consumers. Tiko and Wynd countered that free phones are simply a way to lock in consumers and that most consumers currently use a mobile phone not tied to a particular carrier. Such phones can be switched to different mobile operators by changing the internal operating card.

9. The Commission did not approve this proposal. The Communications Commission was worried about Quicks opportunity to exploit its locked in subscribers. They also seemed to be persuaded by Tiko and Wynd's arguments that they would cancel plans to make investments in their network and expand their network should this strategy be allowed.

### **1.3 Complaint III**

10. Quick also complained to the Consumer Protection Commission about number portability. Quick stated that consumers are reluctant to switch providers because doing so means that they must get a new mobile number. This means that business consumers, for example, would have to change all of their business cards. Quick would like customers to be able to retain their number should they decide to switch mobile service providers. They argue that this would lower switching costs. In contrast, Tiko and Wynd argued that if number portability was required it would significantly raise overhead costs for mobile providers and therefore impede the expansion of mobile telephony in Genovia.

### **1.4 Complaint IV**

11. Finally, Quick claims that users of its technology cannot send text messages to either Tiko or Wynd as both employ *an older messaging technology*. Quick claims that both Tiko and Wynd could upgrade their infrastructure in a matter of weeks to allow Quick subscribers to be able to send messages to Tiko or Wynd customers. Quick would like the Commission to order Tiko and Wynd to upgrade their technology to allow Quick customers to be able to send messages to Tiko and Wynd subscribers. Quick claims that if they are not allowed to interconnect with Tiko and Wynd that Quick will never be able to grow and achieve a lower operating cost. Achieving lower operating costs would allow Quick to more effectively compete against Tiko and Wynd. Quick admits, however, that it could require its subscribers to use the existing technology rather than Quick's upgraded technology.

## **2. Recommendations**

12. Based on the above information, the Consumer Protection Commission has made the following recommendations to the Communications Commission.

- Allow mobile service providers to structure both the billing segment and rate base as they deem necessary.
- Allow mobile service providers to give away mobile telephones at prices that the providers determine even if it means giving them away for free.
- Permit mobile users to switch their telephone number among providers. And require providers to make investments that would allow for number portability.
- Require Tiko and Wynd to make the necessary investments to modernise their equipment to be able to accept text messages from Quick customers.
- Cap price increases by Tiko and Wynd at the inflation rate for the next five years in order to prevent them from further abusing their strong position in the market.

## ISSUES FOR DISCUSSION

### 1. Consumer Protection versus Competition Policy

- Does the billing regulation in this case appear to impact competition? Are there pro-consumer reasons for fixing billing segments? If it is unclear whether this rule impacts consumers, what additional information would you need to have in order to make that determination?
- Does the policy of prohibiting free “locked” phones or other similar practices consistent with protecting consumers? How does one determine whether certain business practices such as this negatively or positively impact consumers in both the short and long run?
- What, if anything, should be done for Quick concerning the inability of its subscribers to send messages to Tiko and Wynd? Does the fact that both Tiko and Wynd fail to accept messages from Quick seem suspicious?
- What is the difference between ordering Tiko and Wynd to upgrade their networks to be able to accept messages from Quick and an order requiring firms to allow subscribers to switch their phone numbers among mobile providers?

### 2. Switching Costs and Entry Barriers

- What switching costs in this case were identified? Which ones are most relevant? How do they affect your analysis?
- What things should be defined as entry barriers in this case? Are they related to switching costs?

### 3. Capping Price Increases

- What potential impact do you see from the Consumer Protection Commission’s recommendation on price caps? Do you think Tiko and Wynd are likely abusing their strong position in the market or do you require additional information? If so, what additional information? If you disfavor price caps but would like to propose another remedy that might likely be beneficial in this situation, what would it be?





**RESIDENTIAL WATER HEATERS****A HYPOTHETICAL CASE**

<b>Type of case</b>	Abuse of Dominance
<b>Product</b>	Residential Hot Water Heaters
<b>Parties and market shares</b>	
<i>New installations</i>	Hot Waters – 65% (target firm) Numerous other small firms – 35% (collectively)
<i>Installed base</i>	Hot Waters – 85% (target firm) Numerous other small firms – 15% (collectively)

**Summary**

Hot Waters, the leader in rental and service of residential water heaters in Lakeland Province, is accused by competitors of altering its contractual terms with its existing customers to hinder competitors' entry and expansion. The changes at issue include provisions that increase exit penalties on its rental contracts, and provisions that allow Hot Waters to automatically adjust the sales price for its used water heaters to match competitors' prices. Hot Waters instituted these contractual changes, along with a rental price increase, soon after purchasing its water heater assets from the regulated local gas distribution monopoly, GasTransit. When owned by GasTransit, these assets were included in their rate base and subject to a regulated rate of return.

## RESIDENTIAL WATER HEATERS

### 1. Background

#### 1.1 Product at Issue

1. This case concerns gas-powered water heaters sold for residential use. These water heaters typically have a capacity in the range of 160 to 300 litres, and have an average usable life of about 15 years. Consumers usually purchase a series of related services for their water heater, including installation, servicing, and disconnection of the water heater at the end of its useful life. These services can in theory either be purchased separately or together with the water heater. Installation fees can range from 15-35% of the price.

2. This case focuses on water heaters and related services in a particular area, known as Lakeland province. The importance of this geographic dimension will be discussed in more detail below.

#### 1.2 Industry Structure

3. Within the Lakeland area there are approximately 1.4 million installed residential water heaters. Approximately 128,000 of these were newly installed in 2005, the most recent year for which data are available. The annual market for sales and installations in Lakeland is approximately 90 million dollars.

4. The supply of water heaters and related services is carried out through a variety of arrangements between vendors and Lakeland households:

- Rental programs combining supply of a water heater and 24-hour servicing.
- Lease-to-own arrangements, where a rental arrangement can be converted into a purchase after a time.
- The sale of installed water heaters directly to customers.
- Separate sale of water heaters and installation services.

5. A company called **Hot Waters** installs and rents natural gas water heaters to households within Lakeland. Hot Waters does not manufacture its own water heaters. Instead, it buys them from manufacturers and then rents them to consumers in a package with installation and repair services. From 2004 to 2005, Hot Waters had a market share in excess of 65% of all new water heater installations within Lakeland and about 80% of all replacement water heater installations. About 85% of existing water heaters in Lakeland were installed by Hot Waters and are serviced under its water heater rental program.

6. The large market share of Hot Waters is related to the history of the distribution of gas in Lakeland. Hot Waters is a wholly owned subsidiary of GasCommerce, which is also the parent company of GasTransit, Inc. GasTransit is the regulated monopoly natural gas distribution company in Lakeland. The water heater rental and service business now operated by Hot Waters was initially developed under regulatory oversight by GasTransit. It was developed in part to expand the use of natural gas in Lakeland. Gas Transit would offer to its natural gas customers the option of renting a gas water heater from them, at a low price, and most would accept. The rental program assets were included in the GasTransit rate base and subject to a regulated rate of return.

7. Five years ago, this business was sold to Hot Waters, removing it from further regulatory oversight, and giving Hot Waters a large installed base of gas-powered water heaters under rental contract in Lakeland. Hot Waters has participated in the water heater rental and service business outside of Lakeland, but in these areas it has been a relatively small new entrant rather than a dominant incumbent and has been less successful.

### **1.3 Competitive Landscape**

8. As has been mentioned, Hot Waters does not manufacture its own water heaters. The two companies that manufacture them in Lakeland are Well-built Water Heaters and Clear Water Heaters. Neither Well-built nor Clear are involved directly in the supply and service of water heaters for residential customers.

9. A number of firms compete with Hot Waters on sales, installation, rental, and repair of water heaters. These include numerous small independent HVAC (heating, ventilation and air conditioning) companies that offer sales, rental agreements and installation. In addition, large multiproduct retailers (firms which sell a variety of products and services) sell residential water heaters and generally offer installation and service through contractors. Two large independent gas suppliers also sell or rent residential water heaters and supply installation themselves.

10. Equipment and facility costs to enter the market for sales and service of water heaters are low and involve a limited sunk cost component. For example, large retailers such as could easily switch their space from displaying water heaters to displaying alternative products. Similarly, small HVAC and other contractors have very little in the way of specific investments that are put towards water heaters and could not be used elsewhere.

## **2. Market Definition**

11. The Competition Authority defined a product market of “supply to non-commercial customers of gas-powered water heaters and related services including installation, disconnection, and repair.” They defined the geographic market as the Lakeland area.

12. On geographic market, the Competition Authority found that supply of water heaters and services to individual households is inherently local in nature, reflecting the travel time and costs to deliver water heaters to customers’ locations and install them on-site. For this reason, suppliers require access to local storage and installers operate within limited geographic areas. As Lakeland is a large province measuring 450 km by 300 km with several large cities, the competition authority came to the conclusion that the Lakeland area was the appropriate geographic market. The competition authority also cited another relevant factor: the fact that Lakeland was exactly the transmission area of GasTransit, the regulated natural gas distribution company that formerly owned the Hot Waters assets.

## **3. The Practices of Concern**

13. This case was initiated after several competitors voiced concerns to the Competition Authority regarding certain features of Hot Water’s rental contracts, pertaining both to existing customers and to new customers. Competitors argued that these contracts served as a barrier to entry for them. In particular, they pointed to a recent change in Hot Waters’ standard terms and conditions for customers to exit its rental program, and an option Hot Waters provided to its customers to buy-out their installed rental water heaters at a price adjusted to take into account the price that competitors offered for comparable equipment.

### **3.1 *Exit Charges and Conditions***

14. Hot Waters rental contract mandates that *only Hot Waters* can disconnect and return its water heaters before a competitor's water heater can be installed. Customers are required to pay Hot Waters 75 dollars to disconnect and pick up a functioning water heater, until it is 15 years old or deemed irreparable, at which point the charges are waived. In addition, customers of Hot Waters are required to pay an "installation recovery charge" when they want to terminate their rental agreement and their water heater is less than 10 years old. The charge starts at 100 dollars and declines by 10 dollars per year.

15. Cumulatively, these charges can amount to up to 35% of the price of a new water heater. In addition, as a result of these policies, customers effectively must organise two service calls if they wish to install a competitor's water heater. First, Hot Waters must disconnect and remove their water heater and, second, a competitor must install their new water heater. In addition to the inconvenience to dealing with two separate parties, there is also the potential cost of being without a water heater while the two sides of the transaction are coordinated. This increases the cost for customers to switch to a competitor.

16. The disconnection restriction, the pick-up charge and the installation cost recovery charge were all implemented by Hot Waters just following the transfer of the rental water heater business from GasTransit. A couple of months after that, Hot Waters increased the average monthly rental rate for water heaters by 18.2%

### **3.2 *The Buy-Out and Price Match Plans***

17. Under Hot Waters' "buy-out plan," customers have the option of leaving the water heater rental program by buying their rental water heaters. The buy-out price is based on the current retail price of a comparable Hot Waters water heater and discounted to take into account the age of the customer's heater. This offer is combined with a price-match guarantee, which allows the buy-out price to be adjusted to account for lower competitor advertised prices for similar water heaters.

18. Although the buy-out and price match plans create mechanisms by which customers can opt out of the Hot Waters rental program, competitors complain that they create barriers to entry. The combination of the two allows Hot Waters to adjust its buy out price and automatically meet competitors' effective prices, which can discourage customers from buying competitors' water heaters.

## **4. Competition Tribunal's Decision**

19. The Competition Tribunal ultimately concluded that both the disconnection charges and the buy-out/price-match plans represented an anti-competitive abuse of a dominant position, leading to a substantial lessening or prevention of competition in the Lakeland market. It ordered the following:

- Competitors would no longer be prevented from disconnecting and returning Hot Waters rental water heaters themselves or via third parties.
- The period during which rental arrangement exit charges applied would be reduced from 10 to 5 years, having the immediate effect of eliminating exit charges for 35% of Hot Waters' existing rental customers.
- All customers would be given a clear "buy-out price" option reflecting the water heater's price at the time of installation and the length of the installation.

- While subject to exit charges, Hot Waters rental customers would be protected against rental rate increases greater than the rate of inflation.

## ISSUES FOR DISCUSSION

### 1. Market Definition

- The competition authority in this case considered defining a market of services for “Hot Waters water heaters” – in other words, aftermarket services for Hot Waters’ water heaters only. Would such a market definition have made a difference in the final analysis? Do you think it is more correct than the actual market definition they settled on? Less so?
- Should the competition authority have considered separating the market into a “renters” market for water heaters and a “buyers” market? What are some arguments for each position?

### 2. Contractual Terms/Price Rise

- Are there pro-competitive, that is efficiency-based, explanations for Hot Waters’ contractual terms? If so, what are they, and do you think they have any validity?
- Of the two types of contractual terms at issue: exit charges and buy-out clauses with price-matching guarantees, which do you think are more potentially anti-competitive? Should the case have been brought if only one of the two sets of terms existed?
- Is the price rise an abuse of dominance it itself? If not, is it one in conjunction with the contractual terms?

### 3. Competition Policy versus Consumer Protection

- Would this case have better been handled under consumer protection laws as a case of unreasonable contract terms, or handled as it was as an abuse of a dominant position under the antitrust laws? What facts of the case point in one direction or the other?
- Does it matter, from either a competition or a consumer protection standpoint, whether the contractual terms were imposed after customers had already signed the contracts? Would the contractual terms be acceptable if they had only been applied to new contracts?

### 4. Competition and Competitors

- Competitors to Hot Waters do exist and are apparently plentiful. In fact, based on the market share figures, they seem to be gaining share on Hot Waters relative to their share of the installed base. Should we therefore be sceptical of their complaints?
- If competitors had not complained, should the competition authority still have brought the case?

### 5. Prior Regulation

- What role does the fact that Hot Waters is an affiliate of the local regulated natural gas distribution monopoly play in the analysis? If the water heater assets had been sold to a completely independent company before the case had been brought, would the case have been similarly argued? Would Hot Waters selling off the assets to a company completely unaffiliated with the gas monopoly be a possible remedy for the violations?

**6. Switching Costs and Entry Barriers**

- What types of switching costs are most relevant for the analysis?
- What factors should be defined as entry barriers in this case? Are they related to the existence of switching costs?





**MOBILE TELEPHONY MERGER****A HYPOTHETICAL CASE**

Type of case	Merger
Product	Mobile Telephony
Parties and market shares	NT – 50% (target firm) Cellphonica - 15% (acquirer) Megaphone – 35%

**Summary**

Cellphonica, the third mobile operator in Coastland, proposed the acquisition of the leading mobile operator in the country. The merged entity would have 70% of the relevant market for mobile phone services in Coastland. The competition authority found that the barriers to entry into the market and the switching costs were such that the proposed merger would substantially lessen competition in the market place and consequently would likely lead to a rise in prices to the final consumer. As a result the Authority sought to have the Tribunal block the merger, which it ultimately did.

## **MOBILE TELEPHONY MERGER**

### **1. Background**

1. This case concerned the proposed acquisition of the mobile telephony business of National Telecom by Cellphonica within the country of Coastland. Cellphonica only offers mobile services within Coastland. National Telecom (NT) by contrast is the historic incumbent operator. Other than NT and Cellphonica, Megaphone also provides mobile services within Coastland and is also a major mobile service provider in a large number of other countries. In sum, these three companies currently service the mobile market within Coastland which is currently valued at 3 billion Coastland dollars.

2. Each of the three companies has the capability to offer not only retail services but wholesale services as well. In addition to their retail offerings each company can sell access to its network should another company wish to contract for it. The companies that contract for these services are known as MVNOs, which stands for Mobile Virtual Network Operators. Within Coastland, no company to this date has ever sold access to its network although there have been several interested companies. The presence of MVNOs is relatively common in other countries.

3. Coastland is a country of about 5 million people. Companies that wish to offer mobile services within Coastland must obtain a license to operate. Once granted the license allows firms to provide mobile services within the entire country, as it gives them access to national spectrum, without which no company can offer these services. Currently Megaphone, Cellphonica and NT provide mobile services and support services within the entire country. Moreover although mobile telephony can be broken into various types of services (2G, slow 3G - sometimes called 2.5G, and 3G), all three companies offer all types of services throughout Coastland.

4. Coastland has one of the highest penetration rates of mobile telephony in the world. Currently the penetration rate is over 100% among individuals who are at least 18 years old. This would mean that any firm that entered most likely would have to gain sales not by helping to grow the entire market but by competing for existing users.

### **2. Market Definition**

5. Although there are different types of mobile telephony, the Competition Authority in this matter saw no reason to analyse whether 2G and 3G were separate markets for instance as the firms in those markets were the same as were their share approximately.

6. The Competition Authority considered whether a distinction should be drawn between business customers and private individuals. According to the firms in the market, mobile operators design their tariff structure on the basis of high, moderate or low usage subscribers rather than along business or personal usage. That Authority found that customers can choose from a wide range of tariff packages and if prices for business tariffs were to rise well above the competitive level, corporate customers could, if necessary, switch to residential customer tariffs. The same would apply, conversely, to residential customers. Therefore the Authority found that it was not appropriate to subdivide the retail market for mobile telecommunication services into narrower markets.

7. Given the market characteristics and the fact that both Cellphonica and NT only operate in Coastland, the relevant geographic market was found to be the territory of Coastland.

### 3. Market Shares and Market Evolution

**Table 1. Market Share Evolution: 1997-2006**

	1997	2002	2006
NT	60%	50%	50%
Megaphone	40%	30%	35%
Cellphonica	0%	20%	15%

8. As shown in Table 1 above, in 1997, before Cellphonica entered the market, NT was still the leader with 60% market share, followed by Megaphone with 40%.

9. When Cellphonica entered the market in 1998 it caused a major disruption and was aggressive in gaining market share (up to 20%) by pricing low. It gained its market share equally from NT and Megaphone. One estimate by Coastland Economic Consulting found that as a result of Cellphonica's entry, competitors costs went down by more than 25%. Prices also fell sharply since Cellphonica entered the market.

10. The Consumer Protection Agency of Coastland complained that, if the merger were to go ahead, prices would return to pre-1998 values. This agency also made the point that, in the Coastland mobile market, consumers already had to contend with misleading and confusing contracts, tariffs that could not be easily compared between operators and long-term contracts they could not get out of. They argued in their submission that these problems would become more acute if the merger were allowed through.

11. On the other hand, the Competition Authority found that prices for mobile service had started to fall since 1997, a year before Cellphonica entered. Moreover, the price decline that occurred between 1997 and 2002 was about the same in Coastland as it was in other countries.

12. After Cellphonica had obtained about 20% market share, in 2002, its pricing practices seemed to become less aggressive and it became more of a follower than a leader. Since 2002, Cellphonica has lost some market share, mainly to Megaphone: market shares for NT, Cellphonica and Megaphone were now 50%, 15%, and 35%. Megaphone has become the leading force in the market, the most aggressive and innovative player in recent years. Due to its international scope, investment in new technologies and partnerships, Megaphone has been gaining some market share.

### 4. Switching costs

13. Mobile operators typically charge less for in-network (in-net) phone calls than for between network (off-net) phone calls. That is, when a user calls someone who subscribes to the same mobile operator then that user pays a lower price than if that same person subscribed to a different operator. Market studies show that when consumers are choosing a mobile operator an important factor to consider is the operator to whom most of their contacts belong to. This means that the biggest operator has a clear advantage over the smaller ones since the value of the service provided grows exponentially with the size of its network. These are called network effects and they are closely linked to the on-net/off-net price differential. The Competition Authority found that these network effects lead to inertia on the part of consumers to switch to other plans.

14. Another important switching cost concerns number portability. That is, when a customer switches operators they must give up their phone number and get a new one. In that event, customers must

then get a new phone number from their new mobile service provider and inform all contacts of that new number. Consumers frequently cite this factor as a significant deterrent to switching.

15. Other switching costs include hand-set locking (not being able to insert the chip of any operator into the phone of a customer and then using that network), long-term contracts relating to hand-set subsidisation, and loyalty programs.

16. The Competition Authority found the annual churn rates – that is, the percentage of costumers that change provider every year - were around 10%. Although this is a relatively high rate, for international standards, this means that the average subscriber leaves the network after 10 years.

## **5. Barriers to Entry**

17. The following barriers to entry into the mobile market were identified by the Competition Authority:

- All useable spectrum has been sold and is currently held by the 3 operators. Not all of the spectrum is currently being used by them in their business;
- High sunk costs of setting up networks;
- Network effects from the on-net/off-net pricing differential;
- Switching costs;
- High penetration rate.

18. It is important to note that, if the merger were authorised:

- The merger entity would be forced, for regulatory reasons, to give back its spectrum, thus freeing up enough spectrum for another operator to provide mobile telephony services in Coastland to be auctioned off in 12 months.
- The merger entity committed to allow entry of MVNOs into the market, upon completion of the merger.

## **6. Competition Assessment**

19. As the merger would combine 2 of 3 companies in the mobile telephony market and because the combined firms market share would approach 70%, and given the existence of switching costs and barriers to entry, the Competition Authority ultimately found that the merger would substantially lessen competition in the market place and consequently would likely lead to a rise in prices to the final consumer. As a result the Authority sought to have the Tribunal block the merger, which it ultimately did.

## ISSUES FOR DISCUSSION

### 1. **Market definition**

- The authority defined the relevant market as the market for mobile phone services in Coastland. Do you think this was a contentious issue in this case?
- What do you think were the main points of the authority's analysis that lead to this conclusion? Do you agree with them?

### 2. **Market shares**

- Do you think the size of the market shares of the parties was an important factor in the authority reaching their decision?
- What were the factors they concerned themselves the most regarding the analysis of market shares?
- Do you agree with their analysis on this issue?

### 3. **Switching costs**

- How important do you think were the issues of switching costs in the analysis of the authority regarding the proposed merger?
- What do you consider were the most important points of this analysis?
- Do you agree with this analysis? And their conclusions?

### 4. **Barriers to entry**

- Do you think the issues of barriers to entry were very important for the analysis of the competitive implications of the proposed merger?
- Can you identify the more important aspects of this analysis, on the basis of the authority's report?
- Do you agree with this analysis? And their conclusions?

### 5. **Impact of merger on prices**

- Some parties were very concerned with the impact that the proposed merger could have on prices. The authority seemed to have concluded they were right. Do you think they were correct in their decision? In what facts were they basing their analysis on?
- The Consumer Protection Agency of Coastland, in particular, had the impression that the disappearance of a firm from the market would return the market structure and prices to pre-1998 levels, thus substantially harming the consumers. Do you agree with this analysis?

**6. Consumer protection issues**

- The Consumer Protection Agency of Coastland also made the point that the proposed merger would aggravate the problems that consumers have to contend with, namely: misleading and confusing contracts, tariffs that could not be easily compared between operators and long-term contracts they could not get out of. Do you think that, taking the point of the final consumer, the merger could have been allowed through if some consumer protection regulation on these issues had existed?

**7. Impact of entry in the market**

- There was quite a lot of focus on the impact of entry and exit in prices and general competitiveness of the market. Specifically, it was felt that the reduction of players in the market would lead to significant price rises. Do you think the issue of potential entrants and MVNOs was properly addressed in this analysis? What do you think should have been done regarding this issue?

**BANK LOANS**  
**A HYPOTHETICAL CASE**

<b>Type of case</b>	Abuse of dominance
---------------------	--------------------

<b>Product</b>	Housing loans / Personal loans
<b>Parties and market shares</b>	BestBank - 50% (market of housing loans) - 12% (market of personal loans)

**Summary**

BestBank is a full service bank and has a market share of 50% and 12% in housing loans and personal loans respectively. Recently it unilaterally changed important payment terms for both personal and housing loans within existing contracts. As a result of these changes, early settlement charges for existing personal loans increased from approximately 20 Euros to 140 Euros. For existing housing loans, BestBank increased the early repayment rate from zero percent of the outstanding loan amount to 3 percent. In its review, the Competition Authority found that consumers were locked into their loan and BestBank was not constrained by market forces. The Authority found that BestBank had abused its dominant position and accordingly ordered several corrective measures.



## BANK LOANS

### 1. Background

1. This case concerns personal and housing loans by BestBank. BestBank is a large, full service bank operating within the country of Highland. In August 2005, BestBank unilaterally changed important terms for both personal and housing loans within its **existing contracts**. The existing contracts between BestBank and its customers permitted BestBank to make such changes.

2. As a result of these changes, early settlement charges (early repayment penalties) for existing personal loans increased from approximately 20 Euros to 140 Euros. For existing housing loans, BestBank increased the early repayment rate from zero percent of the outstanding loan amount to 3 percent. In addition, BestBank also modified the fee it charged customers for administering their housing loan. Prior to the change, BestBank had capped that fee at 36 Euros. Now, however, BestBank set annual administration fees at 2% of the outstanding loan balance and these fees were not capped in absolute terms.

3. BestBank stated that it modified its fees because there had been a significant increase in demand for early loan termination because interest rates for both personal and housing loans had dropped considerably. BestBank claimed that its initial estimate of the rate at which consumers would repay their loans was incorrect and cited 'unforeseeable costs' of early repayment as the reason for fee increases. In effect, BestBank claimed that the price increases were cost justified.

4. Although all of the modifications meant significant changes to the original contracts, the resulting prices were not necessarily the highest on the market. At the time the modifications took place, competitors charged between 60 and 200 Euros for the early repayment of a personal loan and between 2 and 4 percent for housing loans.

5. Based on the following analyses, the Competition Authority of Highland found that BestBank had abused its dominant position and accordingly ordered corrective measures.

### 2. Market Definition

#### 2.1 *Relevant product market*

6. The Competition Authority defined two relevant product markets. The first market concerned personal loans for an undetermined use. The second market concerned loans for the purpose of purchasing a house.

#### 2.2 *Relevant geographical market*

7. The Competition Authority determined that the relevant geographic market was the entire country of Highland. BestBank has more than 400 branches and almost 1900 cash machines throughout Highland.

### 3. Market shares

8. The market structure in the country's banking sector is very asymmetric.

- BestBank is the largest bank in Highland based on a variety of measures: it is the largest bank in Highland based on household savings deposits, household loans, corporate deposits and corporate loans.
- It has a share of 25% based on total assets, while six other banks have asset market shares of approximately 10 percent. Finally, 7 other banks have a market share of approximately 1 percent each.
- BestBank's market share was approximately 50% of the bankcard market by the end of 2006, since bankcards issued by it exceeded 4 million.

9. Moreover, BestBank is the best-known bank in the country, since 60% of the consumers have some client relationship with it, while the second largest bank has a market share of only 18% based on that measure.

10. The Competition Authority determined that in recent years both the personal and housing loan market had grown rapidly. For example, the stock of housing loans at the end of 2006 was 2.5 times larger than in 2004, while the same multiplier was 5 for personal loans.

11. The current national market share of BestBank for personal loans and housing loans was 12% and 50% respectively at the time the investigation began.

### 4. Right for unilateral modification of loan contracts

12. General terms within BestBank's contracts enable them to make changes to payment terms when it so desires. National law recognises the right of BestBank to make such changes. However, Highland's national laws permit customers to exit the contract without penalty within 15 days after any contract modification at the prior terms. Highland's laws only require banks to notify customers by publishing a notice within its branch offices. Because many customers do not often visit a branch office but instead use cash machines, they could easily remain unaware of any modifications until after the 15 day window has closed.

### 5. Switching costs

13. Within a loan context, switching costs are costs that customers must bear when switching from the provider of their housing or personal loan to another one. These costs can be divided into three categories:

- costs associated with the termination of the existing banking relationship;
- search costs, and
- costs incurred when entering into a new banking relationship.

14. For example, when switching a housing loan to a new provider, customers must pay for property value estimates, pay upfront fees to the new loan originator as well as the termination fees to the existing loan holder.

15. The Competition Authority estimated that the costs of switching amount to 6-8% of the present value of a loan. Because this number is so high, customers will be reluctant to switch to a new loan when a bank changes terms that adversely affect its customers. Indeed, econometric evidence compiled by the Competition Authority showed that there was a statistically significant decrease in the rate of customers seeking early termination of both housing and personal loans when BestBank changed its rates. These estimates enabled the Competition Authority to determine that a number of consumers had become “locked into their loan” and as a result BestBank was not constrained by market forces.

## **6. Conclusion**

16. The Competition Authority did not find that that BestBank could act independently of its competitors in pricing loans to *new* customers. However, it was independent with respect to those customers who had already taken out a housing or personal loan from BestBank. Reasons for this finding include limited information transparency, low financial literacy among Highland’s citizens, and high switching costs. Based on this analysis, the competition authority found that BestBank had abused its dominant position through exploitative price increases.

17. As a result, the Competition Authority recommended to the Tribunal that BestBank be required to notify all customers via mail if possible and to provide 30 days (rather than 15 days) for consumers to decide whether to accept the new terms or seek a new loan contract. The Authority also recommended that BestBank compensate all consumers who switched to a new loan product (after the price increases). The amount of the compensation was based on the difference between the price they had to pay and the price in place prior to the change. The Competition Authority also recommended that BestBank be required to allow all customers to opt out of their loan at the rates before the change. All of these recommendations focused on both personal and housing loans.

## ISSUES FOR DISCUSSION

### 1. Consumer Protection versus Competition Policy

- Does the fact that certain groups of customers are not very sophisticated with respect to financial instruments impact your analysis of this case? If so, does it affect your assessment of the competition issues or consumer protection issues? Are there special obligations for large companies in these situations?
- Should consumer protection and competition policy be focused on the average customer or particular groups of customers? What are the policy implications of your answer to the above question?
- Would the arguments the Competition Authority used against BestBank also apply to other banks in the market? Should other banks face similar restrictions? Why or why not?
- Is this a competition case, a consumer protection case, neither or both? How does one tell the difference?
- Do you agree with the final conclusion reached by the Competition Authority saying that BestBank had abused its dominant position and its price increases were exploitative?

### 2. Market Definition

- Was the market defined correctly in this case? What should be the basis for calculating market share in this case (deposits, the number of loans, the value of the loans, or something else)? Was the market share assigned correctly?
- Can you define an antitrust market for a single product sold by one firm? When would this be relevant?

### 3. Switching Costs

- What switching costs are especially relevant to your analysis of this case, if any? Do cases involving high switching costs warrant special attention by competition authorities? What do you do differently in cases involving high switching costs, if anything?

## OECD Global Forum on Competition

The OECD Global Forum on Competition (GFC) has become an important vehicle for helping to strengthen the role of competition policy around the globe. The GFC is achieving this by facilitating dialogue, providing a channel for the dissemination and discussion of OECD best practices and helping to identify priority areas for capacity building and technical assistance in developing countries

OECD's books, periodicals and statistical databases are now available via [www.SourceOECD.org](http://www.SourceOECD.org) our online library

Ask your librarian for more details of how to access OECD books online, or write to us at [SourceOECD@oecd.org](mailto:SourceOECD@oecd.org)

[www.oecd.org](http://www.oecd.org)

[www.oecd.org/competition](http://www.oecd.org/competition)

