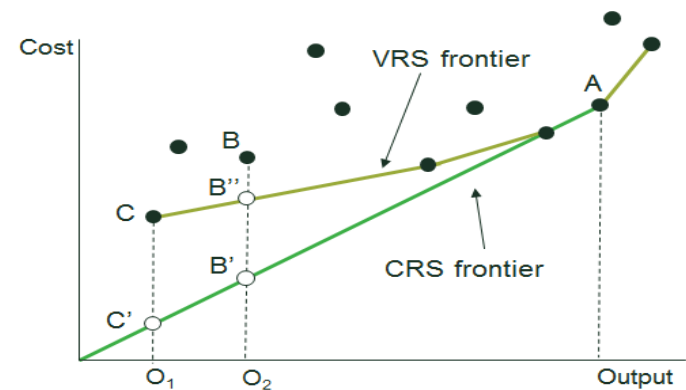

Η εξέλιξη της νομολογίας στην μετά *Intel* εποχή

Βόλος, 27-29 Σεπτεμβρίου 2019

Στέφανος Ι. Χαρακτινιώτης
Λέκτορας ΤΔΕ Πανεπιστημίου Αιγαίου
Δικηγόρος



I. Post Intel – το debate

- είναι το AEC test **πανάκεια**;
- Είναι **υποχρεωμένες** οι αρχές ανταγωνισμού να εφαρμόζουν ποσοτική ανάλυση των αποτελεσμάτων στο ανταγωνισμό κατά την αξιολόγηση συμπεριφορών του 102 ΣΛΕΕ;
- Ίδια αντιμετώπιση σε **συμφωνίες αποκλειστικότητας & εκπτώσεις πίστης** ή άλλες παροχές αποκλειστικότητας; [η σημασία (ή μη) ενός *form-based vs effects based approach debate*]
- AEC test – μέρος μια ευρύτερης εργαλειοθήκης στην διάθεση των αρχών ανταγωνισμού;

II. Intel (C-413/14) – key takeaways

- Εκπτώσεις πίστης/στόχου (όχι συμφωνίες αποκλειστικότητας)
- Μεταστροφή της νομολογίας (*Hoffman-La Roche*) ή επικαιροποίηση;
 - Μαχητό τεκμήριο αντιανταγωνιστικής συμπεριφοράς
 - Επίκληση του AEC test και προσήκουσα απόδειξη από την ελεγχόμενη επιχείρηση ήδη από το στάδιο της διοικητικής διαδικασίας
 - εξέταση του σχετικού ισχυρισμού από την ΑΑ
 - Κατά πόσο η τελική απόφαση της ΑΑ βασίστηκε στην ανάλυση που συμπεριέλαβε σχετικά με το κριτήριο του εξίσου αποτελεσματικού ανταγωνιστή
 - Δεν αποκλείστηκε η εφαρμογή και άλλων κριτηρίων/εργαλείων
- Παραπομπή στο Γενικό Δικαστήριο για εξέταση του οικείου ισχυρισμού

III. Συμφωνίες Αποκλειστικότητας ≠ Εκπτώσεις Πίστης

Συμφωνίες Αποκλειστικότητας (Exclusivity agreements)	Εκπτώσεις πίστης/ Πληρωμές αποκλειστικότητας (exclusivity rebates/exclusivity payments)
<p><i>Ex ante</i> υποχρέωση του αγοραστή αποκλειστικής ή σχεδόν αποκλειστικής προμήθειας Παραλλαγή: υποχρέωση κάλυψης αποθέματος (availability agreements) – εν τοις πράγμασι αποκλειστικότητα</p>	Παροχή έκπτωσης/λοιπών οικονομικών κινήτρων <i>υπό αίρεση</i>
Ευθεία απαγόρευση συναλλαγής με ανταγωνιστές	Έμμεση αποκλειστικότητα – καθίσταται το multisourcing μη ελκυστικό
η συναλλαγή με ανταγωνιστή συνεπάγεται παραβίαση συμβατικής ρήτρας	Η μη συμμόρφωση με τους όρους για την παροχή των εκπτώσεων/λοιπών χρηματικών παροχών συνεπάγεται απλώς την απώλεια της υποσχόμενης οικονομικής ανταμοιβής

III. Συμφωνίες Αποκλειστικότητας ≠ Εκπτώσεις Πίστης

Συμφωνίες Αποκλειστικότητας (Exclusivity agreements)	Εκπτώσεις πίστης/ Πληρωμές αποκλειστικότητας (exclusivity rebates/exclusivity payments)
Χαλάρωση ανταγωνισμού υπό τη δαμόκλεια σπάθη παραβίασης συμβατικής ρήτηρας και απώλειας της ευκαιρίας συνεργασίας με τη δεσπύζουσα επιχείρηση	Δεν υφίσταται εξαρχής το ρίσκο απώλειας για μια εμπορική ευκαιρία συναλλαγής με τη δεσπύζουσα επιχείρηση
Μεγαλύτερος κίνδυνος στεγανοποίησης της αγοράς (με την αποδοχή τους αποσύρεται εξαρχής μερίδιο της ζήτησης/προμήθειας από την αγορά και τον ανταγωνισμό)	Ηπιότερα αντιανταγωνιστικά αποτελέσματα (εναπόκειται στην διακριτική ευχέρεια του λήπτη της παροχής, επομένως το ρίσκο αντιανταγωνιστικού αποτελέσματος ποικίλει)
Ειδικότερες συνθήκες που ενισχύουν τον αντιανταγωνιστικό χαρακτήρα: εμπόδια εισόδου, network effects, μικρή γκάμα προϊόντων ανταγωνισμού	

IV. Post-Intel – Η θέση της Επιτροπής

- *Qualcomm* – AT. 40220 [24.01.2018]
- *Google Android* – AT. 40099 [18.07.2018]
- *Google Search (AdSense)* – AT. 40411 [20.03.2019]

Qualcomm – ΑΤ. 40220 [24.01.2018]

- Συμφωνία Qualcomm – Apple: παροχή πληρωμών από την Qualcomm υπό τον όρο να καλύψει η Apple από την Qualcomm όλες τις ανάγκες της σε σύνολα τσιπ βασικής ζώνης (LTE) - **πληρωμές βάσει αποκλειστικότητας**

Η Επιτροπή:

- Μη υποχρέωση εφαρμογής του AEC test
- **Απόρριψη** ανάλυσης κρίσιμου περιθωρίου της Qualcomm – Απουσία απόδειξης ότι:
 - οι πληρωμές βάσει αποκλειστικότητας αντισταθμίζονταν ή υπερκαλύπτονταν από πλεονεκτήματα σε σχέση με την αποδοτικότητα τα οποία ωφελούσαν επίσης τον καταναλωτή και
 - οι πληρωμές βάσει αποκλειστικότητας ήταν αναγκαίες για την επίτευξη βελτίωσης της αποδοτικότητας

Qualcomm – ΑΤ. 40220 [24.01.2018]

Κατάφαση αντιανταγωνιστικής συμπεριφοράς επί τη βάσει ποσοτικών και ποιοτικών αποδεικτών στοιχείων:

- **μεγάλα μερίδια** στην παγκόσμια αγορά συνόλων τσιπ LTE από το 2010 (90%)
- η παγκόσμια αγορά συνόλων τσιπ LTE χαρακτηρίζεται από την ύπαρξη ορισμένων **φραγμών στην είσοδο** και στην επέκταση
- οι πληρωμές της Qualcomm **μείωσαν τα κίνητρα** της Apple να απευθυνθεί σε ανταγωνιστές προμηθευτές συνόλων τσιπ LTE, όπως επιβεβαιώνεται από εσωτερικά έγγραφα και επεξηγήσεις της Apple.
- Μεγάλη **διάρκεια** πληρωμών και σημαντική η ποσοστιαία αναλογία τλους στα έξοδα της Apple
- η Apple είναι **ελκυστικός πελάτης** για τους προμηθευτές συνόλων τσιπ LTE, λόγω της σπουδαιότητάς της για την είσοδο ή την επέκταση στην παγκόσμια αγορά συνόλων τσιπ LTE

Google/Alphabet Android – ΑΤ. 40099

[18.07.2018] –(Τ-604/18)

Η Google:

- *Απαίτηση προεγκατάστασης από κατασκευαστές της εφαρμογής Google Search και την εφαρμογής φυλλομετρητή (Chrome), ως όρο για την παραχώρηση άδειας χρήσης του καταστήματος εφαρμογών της Google (του Play Store).*
- ***Καταβολή ποσών σε ορισμένους μεγάλους κατασκευαστές και φορείς εκμετάλλευσης δικτύων κινητών επικοινωνιών, υπό τον όρο να προεγκαθιστούν αποκλειστικά την εφαρμογή Google Search στις συσκευές τους· και***
- *Αποτροπή κατασκευαστών από την πώληση smartphones που λειτουργεί με εναλλακτικές εκδόσεις του Android μη εγκεκριμένες από τη Google [τις λεγόμενες «fork εκδόσεις Android» (ανεξάρτητες παράλληλες εκδόσεις)].*

Google/Alphabet Android – ΑΤ. 40099

[18.07.2018]

Η Επιτροπή:

- Πληρωμές για εξασφάλιση αποκλειστικότητας
- **Διεξαγωγή** AEC test: *“μια ανταγωνιστική μηχανή αναζήτησης δεν θα μπορούσε να αποζημιώσει έναν κατασκευαστή συσκευών ή φορέα εκμετάλλευσης δικτύου κινητών επικοινωνιών για την απώλεια των καταβολών ποσών από τη Google ως ποσοστό εσόδων και να παραμείνει κερδοφόρα. Αυτό οφείλεται στο ότι, ακόμη κι αν η ανταγωνιστική μηχανή αναζήτησης ήταν προεγκατεστημένη σε ορισμένες μόνο συσκευές, θα έπρεπε να αποζημιώσουν τον κατασκευαστή συσκευών ή τον φορέα εκμετάλλευσης δικτύων κινητών επικοινωνιών για την απώλεια ενός ποσοστού εσόδων από τη Google σε όλες τις συσκευές”*
- Εξέταση και άλλων παραγόντων/ στοιχείων:
 - Εσωτερικά έγγραφα
 - μερίδιο της αγοράς που καλύπτεται από τις εν λόγω συμφωνίες
 - Διάρκεια και ύψος κινήτρων

~~Google~~ Search (AdSense) – ΑΤ. 40411

[22.03.2019]

(Τ-334/19)

AdSense for Search: πλατφόρμα μεσιτείας διαδικτυακών διαφημίσεων αναζήτησης

- 2006-2009: υποχρέωση αποκλειστικής προμήθειας – απαγόρευση τοποθέτησης σε ιστοσελίδες αποτελεσμάτων αναζήτησης, διαφημίσεων αναζήτησης από ανταγωνιστές
- Από 2009: «χαλαρή αποκλειστικότητα»: διακράτηση πολύτιμων θέσεων και έλεγχος επιδόσεων ανταγωνιστικών διαφημίσεων
- 2006-2016: > 90 % στις εθνικές αγορές γενικής αναζήτησης και > 75 % στις περισσότερες εθνικές αγορές διαδικτυακής διαφήμισης αναζήτησης [Microsoft /Yahoo]

~~Google Search (AdSense)~~ – AT. 40411 [22.03.2019]

Η Επιτροπή:

- Μη εφαρμογή AEC test
- Εξέταση λοιπών στοιχείων:
 - Υψηλά μερίδια αγοράς (>85%)
 - διάρκεια
 - Υψηλοί φραγμοί εισόδου (*σημαντικές αρχικές και συνεχείς επενδύσεις που απαιτούνται για την ανάπτυξη και τη συντήρηση της γενικής τεχνολογίας αναζήτησης, μιας πλατφόρμας διαφήμισης αναζήτησης και ενός επαρκώς μεγάλου χαρτοφυλακίου τόσο εκδοτών όσο και διαφημιζόμενων*)

V. Post-Intel – Η θέση Εθνικών Αρχών Ανταγωνισμού

- *CTS Eventim* – BkartA, AB6-132/14-2 [04.12.2017]
- *Unilever/Distribuzione Gelati* – AGCM, No. 26822 [31.10.2017] – TAR Lazio 13107/2017 [31.05.2018]
- *Umicore* – Autorité de la concurrence, 16-D-14 [23.06.2016] – Εφετείο Παρισίου [17.05.2018]

~~CTS~~ *Eventim* – BkartA, AB6-132/14-2

[04.12.2017]

- CTS: σύστημα διαχείρισης εισιτηρίων για live εκδηλώσεις μέσω της πλατφόρμας eventim.net.
- Δεσπόζουσα θέση στη Γερμανία πολύπλευρες αγορές: α) σύστημα διαχείρισης εισιτηρίων για διοργανωτές εκδηλώσεων και β) σύστημα διαχείρισης εισιτηρίων σε γραφεία κράτησης και έκδοσης εισιτηρίων για live εκδηλώσεις
- Ρήτρα αποκλειστικότητας για πώληση εισιτηρίων μέσω του συστήματος πώλησης εισιτηρίων eventim.net για δύο έτη συνεχόμενα ή για αόριστη διάρκεια
- Συμφωνίες αποκλειστικότητας (όχι εκπτώσεις πίστης)

~~CTS~~ *Eventim* – BkartA, AB6-132/14-2 [04.12.2017]

BKartA

- **«*The per-se-prohibition of exclusivity agreements in Hoffmann-La-Roche, paragraph 90, has neither been overruled nor modified by the CJEU's Intel judgment*»**
- Ερμηνεία της Intel: διάκριση μεταξύ συμφωνιών αποκλειστικότητας και εκπτώσεων πίστης (διαφορά στο βαθμό απόδειξης λόγω διαφορετικής ποιότητας κινδύνου)
- Τα πορίσματα της Intel αφορούν αποκλειστικά τις εκπτώσεις πίστης
- Αποδόμηση του AEC test της CTS
 - Χαρακτηριστικά αγοράς: indirect network effects
 - Price-cost test σε διμερείς ή πολυμερείς αγορές είναι δύσκολη
- *Per se* παράβαση
- Χρήση κλασικής θεωρίας στεγανοποίησης αγοράς και φραγμών εισόδου

~~Unilever~~/Distribuzione Gelati – AGCM, No. 26822 [31.10.2017] – TAR Lazio 13107/2017 [31.05.2018]

- Δεσπόζουσα θέση στην ιταλική αγορά παραγωγής & διανομής τυποποιημένου παγωτού (Algida)
- Συμφωνίες αποκλειστικότητας διάρκειας δύο ετών με λιανοπωλητές (υποχρέωση αποκλειστικής προμήθειας) [60% στοχευμένων πελατών – 30%-40% της αγοράς]
- **Λοιπά κίνητρα** με στόχο την αποκλειστικότητα: εκπτώσεις πίστης/οικονομικές παροχές
- Unilever – αίτημα AEC test για κάθε μια συμπεριφορά χωριστά

~~Unilever~~/Distribuzione Gelati – AGCM, No. 26822 [31.10.2017] – TAR Lazio 13107/2017 [31.05.2018]

Η AGCM:

- *Hoffmann-La Roche/Intel*: κατάχρηση δεσπόζουσας θέσης όταν υπάρχει υποχρέωση αποκλειστικής προμήθειας ανεξάρτητα της επιπρόσθετης υπόσχεσης (μη δεσμευτικής) παροχής έκπτωσης
- Αναγνώριση των αρχών της Intel υπό προϋποθέσεις και εξέταση λοιπών παραμέτρων:
 - Υποχρέωση αξιολόγησης AEC test **αλλά και** πιθανής στρατηγικής της ΔΕ
 - Διαφοροποίηση συμφωνιών αποκλειστικότητας και εκπτώσεων πίστης
 - Μίγμα συμφωνιών αποκλειστικότητας και εκπτώσεων: ειδοποιός διαφορά από τα πραγματικά περιστατικά της Intel
- Αδυναμία εξαγωγής ασφαλών συμπερασμάτων μέσω μιας price based ανάλυσης όταν υφίστανται εκ των προτέρων υποχρέωση αποκλειστικότητας (*lack of administrability*)

~~Unilever~~/Distribuzione Gelati – AGCM, No. 26822 [31.10.2017] – TAR Lazio 13107/2017 [31.05.2018]

Το ΔΕφ Lazio:

- Εστίασε στα αποτελέσματα των συμφωνιών αποκλειστικότητας που απλώς ενισχύονται από την ύπαρξη εκπτώσεων πίστης
- Το AEC test δεν ήταν απαραίτητο:
 - συμφωνίες αποκλειστικότητας ΔΕ: per se παράβαση
 - Η ακύρωση της απόφασης του ΓΔ οφείλεται σε τυπικούς και όχι ουσιαστικούς λόγους
 - Σε κάθε περίπτωση η εφαρμογή του AEC test δεν είναι υποχρεωτική

Umicore – Autorité de la concurrence, 16-D-14 [23.06.2016] – Εφετείο Παρισίου [17.05.2018]

- Umicore: Δεσπόζουσα θέση στη γαλλική αγορά προμήθειας προϊόντων ψευδαργύρου (συστήματα στέγασης και υδρορροών)
- 1994-2007: **Ρήτρες αποκλειστικότητας και πρακτικές quasi αποκλειστικότητας** με δίκτυο ανεξάρτητων διανομέων (VM Zinc Centres) που κάλυπταν το 70% της αγοράς το 2006. Η Umicore κάλυπτε το 90% της ζήτησής τους:
 - 1999-2004: **“promotion clause”** [*ensure promotion..to the exclusion of products and brands of the competitors*] (αποκλεισμός προϊόντων ανταγωνιστών)
 - 2004-2007: τροποποίηση όρου με έμμεση υποχρέωση
 - **“stock clauses”**, **“unilateral tonnage review clauses”** (παρακολούθηση τήρησης αποκλειστικότητας)
 - Λοιπές πρακτικές απειλών και εκδικητικά μέτρα
- Επίκληση AEC test από Umicore
- **Απόρριψη σχετικότητας του AEC test και μη εξέτασή του** από τη γαλλική ΑΑ (2016) - κατάφαση κατάχρησης δεσπόζουσας θέσης καθώς οι πρακτικές υπερέβαιναν την εφαρμογή εκπτώσεων πίστης

Umicore – Autorité de la concurrence, 16-D-14 [23.06.2016] – Εφετείο Παρισίου [17.05.2018]

- Umicore: επίκληση Intel για πλημμελή μη αξιολόγηση από την ΑΑ του AEC test

Το Εφετείο Παρισίου:

- Επικύρωσε την απόφαση της γαλλικής ΑΑ, κρίνοντας ότι ορθά δεν έλαβε υπόψη της το AEC test
- Η Intel δεν αμφισβητεί την πάγια νομολογία περί μη ύπαρξης υποχρέωσης εφαρμογής του AEC test
- Το AEC test είναι σχετικό όταν το σχήμα πιστότητας είναι οικονομικής φύσεως
- Δεν μπορούν να εξαχθούν ασφαλή συμπεράσματα μέσω του AEC test όταν οι πρακτικές αποκλεισμού στηρίζονται σε μη μετρήσιμες (price based) ex ante υποχρεώσεις (πχ. stock clauses) και άλλες συμπεριφορές (λήψη εκδικητικών μέτρων)

VI. Συμπεράσματα

- Ως προς τις **εκπτώσεις πίστης**:
 - Η Intel **δεν καθιστά υποχρεωτικό** το AEC test για την αξιολόγηση της ικανότητας στεγανοποίησης
 - δημιουργείται υποχρέωση του δικαστηρίου της ουσίας να εξετάσει τον ισχυρισμό προσφεύγουσας επιχείρησης υπό το πρίσμα του AEC test, **μόνο** εφόσον ο σχετικός ισχυρισμός έχει τεθεί ήδη από το στάδιο της διοικητικής διαδικασίας

VI. Συμπεράσματα

- Ως προς τις **συμφωνίες αποκλειστικότητας**:
 - Η Intel **δεν απαιτεί** την εκτέλεση AEC test για την αξιολόγηση της ικανότητας στεγανοποίησης
 - Αντίθετα ίσως, το AEC test δεν είναι σχετικό (*not prima facie price based exclusionary conduct*) – σημασία στις οικονομικές και πραγματικές συνθήκες κάθε υπόθεσης
 - Οι διευκρινίσεις που δόθηκαν με την Intel στην Hoffmann-La Roche δεν αφορούν τις συμφωνίες αποκλειστικότητας
 - Αυστηρότερη μεταχείριση από εκπτώσεις πίστης
 - *Intent-based approach* (στρατηγική αποκλεισμού) > *more economic approach*

“The Court should make it explicit whenever it changes its case law”