

21 april 2016

Beoordeling van kortingsregelingen en exclusieve afnameverplichtingen onder artikel 102 VWEU na *Intel* en *Post Danmark I en II*

VvM bijeenkomst, Amsterdam, 21 april 2016

Erik Pijnacker Hordijk (De Brauw Blackstone Westbroek), Theon van Dijk (Lexonomics)



Content

- i. De arresten in *Intel* en *Post Danmark I en II*
- ii. Conceptuele discussie naar aanleiding van *Intel* en *Post Danmark I en II*
 - Doelstelling artikel 102 VWEU
 - “Effects-based” versus “form-based”
 - “Even-efficiënte concurrent” criterium

Deel I

De arresten in *Intel* en *Post Danmark I* en *II*

Kortingen in *Intel* en *Post Danmark I en II*



Post Danmark I:

- Geliberaliseerde Deense markt voor direct mail (prospectussen, kranten, etc): Post Danmark 50% marktaandeel
- Geïndividualiseerde lage prijzen voor voormalige klanten van concurrent Forbruger-Kontakt: Coop, Spar en SuperBest
- Konkurrenceråd: discriminatie (primary- en secondary-line) door klanten niet gelijk te benaderen op het gebied van prijzen en kortingen en door ten aanzien van nieuwe klanten lagere tarieven toe te passen dan ten aanzien van bestaande klanten zonder voor deze aanzienlijke verschillen kostenoverwegingen aan te voeren

Kortingen in *Intel* en *Post Danmark I en II*



Intel:

- Globale markt voor x86 processoren met Intel 70% en AMD \approx 30%
- Kortingen op alle aankopen onder de voorwaarde dat de afnemer alle of de meeste van zijn aankopen van x86 processoren bij Intel doet (“exclusiviteitskortingen”)
- Geïndividualiseerde voorwaarden: Dell en Lenovo: 100%; HP: 95%; en NEC: 80%

Kortingen in *Intel* en *Post Danmark I en II*



Post Danmark II:

- Deense markt voor massamailings: Post Danmark 95%; Bring Citymail < 5%
 - 70% onder wettelijk monopolie Post Danmark (bezorging brieven ≤ 50 gr);
 - ruimte voor toetreders op resterende 30%, waarvan twee derde beïnvloed door betreffende Post Danmark kortingen
- Gestandaardiseerde kortingen, in negen stappen oplopend van 6% tot 16%, met terugwerkende kracht, afhankelijk van gecumuleerde jaaraankopen bij Post Danmark

Arrest van het Hof in *Post Danmark I* (27 maart 2012)

Discriminatie wijst op zichzelf niet op uitsluitingsmisbruik

- *“het feit dat een praktijk van een onderneming met een machtspositie (...) kan worden gekwalificeerd als “discriminatie op grond van de prijzen” (kan) op zichzelf niet op uitsluitingsmisbruik wijzen.”* (par 30)

Prijzen boven totale gemiddelde kosten kunnen geen mededingingsversturende effecten hebben

- *“In de onderhavige zaak staat bovendien vast dat de aan de groepen Spas en SuperBest voorgestelde prijzen zijn geraamd op een hoger niveau dan genoemde totale gemiddelde kosten (...). In dergelijke omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat dergelijke prijzen mededingingsbeperkende gevolgen hebben.”* (par 37)

Arrest van het Hof in *Post Danmark I* (27 maart 2012)

Bij prijzen lager dan totale gemiddelde kosten maar boven gemiddelde incrementele kosten is effectenbeoordeling nodig

- Een prijsbeleid kan niet als uitsluitingsmisbruik worden gekwalificeerd op de enkele grond dat de door een onderneming met een machtspositie op één enkele klant toepaste prijs lager is dan de gemiddelde totale kosten, maar hoger dan de gemiddelde incrementele kosten (par 37)
- Voor zover een onderneming met een machtspositie prijzen hanteert waardoor de incrementele kosten worden gedekt "zal een even efficiënte concurrent als die onderneming in beginsel hebben om met die prijzen te concurreren, zonder op lange termijn ondraaglijke verliezen te lijden." (par 38)
- Verwijzende rechter moet relevante omstandigheden beoordelen. Uit het dossier blijkt in ieder geval dat Forbruger-Kontakt een distributienetwerk in stand heeft kunnen houden ondanks het verlies van de drie in het hoofdgeding aan de orde zijnde klanten en twee van die drie klanten later weer heeft teruggewonnen (par 39)
- Indien uitsluitingseffecten, dan moet er ruimte zijn voor objectieve rechtvaardigingsstoets (par 40-43)

Arrest van het Gerecht in *Intel* (12 juni 2014)

Exclusiviteitskortingen hebben als doel de concurrentie te beperken

- *“Exclusivity rebates when applied by an undertaking in a dominant position, are incompatible with the objective of undistorted competition within the common market, because they are not based – save in exceptional circumstances – on an economic transaction which justifies this burden or benefit but are designed to remove or restrict the purchaser’s freedom to choose his sources of supply and to deny other producers access to the market.” (par 77)*

Analyse van effecten is niet nodig

- *“... the question whether an exclusivity rebate can be categorised as abusive does not depend on an analysis of the circumstances of the case aimed at establishing a potential foreclosure effect.” (par 80)*

Arrest van het Gerecht in *Intel* (12 juni 2014)

Geen merkbaarheidstoets

- Voor beoordeling of sprake is uitsluitingsmisbruik, is de duur van de contracten en van de opzegtermijn niet relevant. Evenmin is relevant welk deel van de markt door de exclusiviteitskortingen wordt bestreken, want "*the customers on the foreclosed market should have the opportunity to benefit from whatever degree of competition is possible on the market and competitors should be able to compete on the merits for the entire market and not just for a part of it*" (par 117, met verwijzing naar Tomra)

“

Even-efficiënte concurrent” test niet noodzakelijk

- Bij andere kortingen dan exclusiviteitskortingen waar effecten wel beoordeeld dienen te worden, is een “even-efficiënte concurrent” test niet noodzakelijk; het volstaat om een loyaliteitsmechanisme aan te tonen (par 145)

Arrest van het Hof in *Post Danmark II* (6 oktober 2015)

Typering van Post Danmark kortingen:

- geen eenvoudige kwantumkortingen, omdat ze niet gelden voor afzonderlijke bestellingen (par 28)
- geen exclusiviteitskortingen (par 27)
- Behoort tot categorie “overige kortingen”, waarbij mededingingsversturende marktbescherming als gevolg van de kortingen moet worden beoordeeld

Uitsluitingseffecten vanwege aanzuigeffect

- Kortingen hebben terugwerkende kracht
- Referentieperiode van één jaar (par 34)
- Met retroactief kortingsstelsel kan onderneming met machtspositie klanten gemakkelijker aan zich binden
- Aanzuigeffect deze te groter doordat kortingen zonder onderscheid golden voor deel vraag dat wél en dat niet aan concurrentie is onderworpen
- Feit dat stelsel niet discriminatoir is, staat er niet aan in de weg dat het uitsluitingseffecten kan genereren

Arrest van het Hof in *Post Danmark II* (6 oktober 2015)

“Even-efficiënte concurrent” criterium geen noodzakelijke voorwaarde om vast te stellen of kortingen misbruik opleveren (par 62)

- In deze zaak is het criterium zelfs niet relevant
 - Post Danmark heeft zeer groot marktaandeel (95%); structurele voordelen door wettelijk monopolie op bezorging van brieven ≤ 50 gr; marktstructuur verhindert bestaan even efficiënte concurrent (par 59)
- Geen merkbaarheidsdrempel
- Een minder efficiënte concurrent kan ook concurrentiedruk uitoefenen (par 60)
- Criterium wel relevant voor wurgprijzen en marge-uitholling (par 55)

Bezwaren AG Kokott tegen AEC-test:

- Zware economische analyses kunnen buitensporig groot beslag leggen op middelen van mededingingsautoriteiten en gerechtelijke instanties
- De toegepaste methodiek kan aanleiding geven tot aanzienlijke meningsverschillen
- Gegevens waarop analyse wordt gebaseerd zijn niet altijd betrouwbaar
- "illusie te gelieven dat de problematiek van uitsluitingsgedrag op basis van de prijs eenvoudig en met de nodige rechtszekerheid kan worden aangepakt met behulp van een soort wiskundige formule, puur en alleen op basis van de prijs- en kostenelementen van de betrokken ondernemingen" (par 67)

Beknopte analyse van de arresten

Selectieve prijzen en kortingen na Post Danmark I

- Sinds *Post Danmark I* vallen selectieve lage prijzen (= selectieve kortingen = geïndividualiseerde kortingen) niet meer als uitsluitingsmisbruik te kwalificeren indien netto prijs boven gemiddelde totale kosten
- Kennelijk wél (echte) beoordeling uitsluitingseffecten indien netto-prijs onder gemiddelde totale kosten maar boven gemiddelde incrementele kosten
- AEC-test kennelijk relevant geacht voor selectieve prijzen/kortingen
- Maar hoe verhoudt *Post Danmark I* zich tot predation test (netto-prijs > gemiddelde incrementele kosten is in beginsel geen misbruik)?
- Welke ruimte resteert voor vaststelling verboden discriminatie ex artikel 102 (c) VWEU?
 - Geen ruime voor vaststelling primary-line injury
 - HvJEU gaat niet in op mogelijkheid vaststelling secondary-line injury die niet als uitsluitingsmisbruik kan worden gekwalificeerd

Beknopte analyse van de arresten

Exclusiviteitsafspraken en retroactieve kortingen na Intel en Post

Danmark II

- Exclusiviteitsafspraken en –kortingen worden geacht *naar hun aard* uitsluitingseffecten te genereren (= *restriction by object*)
- Geen merkbaarheidstoets voor dit soort beperkingen; a fortiori geen ruimte voor AEC-test
- Retroactieve conditionele kortingen worden geacht uitsluitingseffecten te sorteren vanwege aanzuigeffect.
 - Daarbij is duur referentieperiode relevant.
 - Kortingspercentages en staffels worden door HvJEU niet in overweging betrokken
- Retroactieve kortingen worden in *Post Danmark II* afgezet tegen (selectieve) lage prijzen en marge-utholling
 - AEC-test niet nodig/relevant voor beoordeling uitsluitingseffecten bij retroactieve kortingen; wél bij (selectieve) lage prijzen en margeutholling

Wat te doen als dominante onderneming na *Intel* en *Post Danmark II*?

- Selectieve/geïndividualiseerde kortingen zijn toegestaan
 - *Safe haven* indien boven de gemiddelde totale kosten
 - Geldt voor alle typen incrementele kortingen (geïndividualiseerd/gestandaardiseerd/'top slice')
- Hanteer geen (quasi) exclusiviteitskortingen
 - Exclusieve afnameverplichting in jurisprudentie omschreven als verplichting overwegend deel (of woorden van gelijke strekking) behoefte af te nemen van betrokken leverancier exclusiviteit"
 - Casusposities jurisprudentie EU-rechter: altijd >70% totale behoefte
- Hanteer geen voorwaardelijke retroactieve kwantumkortingen
 - Tenzij concurrenten daadwerkelijk kunnen concurreren om totale vraag afnemer
 - Indien dominante leverancier onvermijdelijke handelspartner is voor een deel van de vraag: uitsluitingsmisbruik wordt verondersteld door aanzuigeffect
 - Riskant om grenzen op te zoeken

Consequenties voor handhavingspraktijk van *Intel* en *Post Danmark*

Uitspraken Europese rechter staan haaks op uitgangspunten handhavingsprioriteiten Europese Commissie

- Handhavingsprioriteiten binden noch (EU en nationale) rechter noch nationale mededingingsautoriteiten
- Hoe om te gaan met exclusiviteitsverplichtingen/kortingen die slechts gering deel markt beslaan en andere *de minimis* kwesties?
- Dient Commissie eigen richtsnoeren aan te passen?
- Wat is de positie van ACM?

Deel II

Conceptuele discussie naar aanleiding van *Intel en Post Danmark I en II*

- Doelstelling artikel 102 VWEU
- “Effects-based” versus “form-based”
- “Even-efficiënte concurrent” criterium

Hof hinkt op twee gedachten

<i>Post Danmark I</i>	<i>Intel en Post Danmark II</i>
“Even efficiënte concurrent” criterium staat centraal	“Even efficiënte concurrent” criterium is niet noodzakelijk/niet relevant
Daadwerkelijke concurrentieverstorende effecten	Mogelijke of waarschijnlijke effecten voldoende voor misbruik Geen merkbaarheidsdrempel
Twee onderliggende denkrichtingen	
Beschermen van <u>consumentenbelangen</u> doelstelling artikel 102 VWEU	Beschermen van het <u>mededingingsproces</u> doelstelling artikel 102 VWEU
“Effects-based” benadering	“Form-based” benadering
Marktresultaten en concurrentie	Marktstructuur en (aantal) concurrenten
Van misbruik kan pas sprake zijn als toetreding door een “even efficiënte” concurrent onmogelijk is	Van misbruik kan al sprake zijn indien toetreding door een “minder efficiënte concurrent” wordt “bemoeilijkt”

“Form-based” versus “effects-based” benadering

- Een “form-based” benadering past bij een artikel 102 doelstelling van bescherming van het mededingingsproces
- Indien bescherming van consumentenwelvaart de doelstelling is, dan is een vormverbod alleen gerechtvaardigd voor gedrag dat in het algemeen een netto negatief effect geeft voor consumenten:
 - Mededingingsverstoringen en consumentenschade zeer waarschijnlijk
 - Efficiëntievoordelen zeer onwaarschijnlijk
 - Voorbeeld: effectieve prijskartelafspraken

Voorbeeld: exclusiviteitskortingen

- Vormverbod op exclusiviteitskortingen niet gerechtvaardigd op basis van effecten op consumentenwelvaart
- Optreden van mededingingsverstoringen hangt af van specifieke omstandigheden
 - Concurrenten kunnen in bepaalde gevallen “aanzuigefect” overwinnen
 - Relevante factoren: hoogte van kortingen, mate van dominantie, mogelijkheid voor evenaren van korting door concurrenten, ruimte voor concurrenten, kostenposities
 - Beoordeling van concurrentieverstorende effecten wordt toegelicht in de Richtsnoeren handhavingsprioriteiten van de Europese Commissie
 - “Aanzuigefect”, versterkt door “hefboomwerking”
 - “Betwistbaar deel van de vraag”
 - “Daadwerkelijke prijs”
 - “Kostenmaatstaven”

Exclusiviteitskortingen

Verschillende vormen, dezelfde effecten

- Als de totale vraag van een gebruiker tevoren met grote zekerheid kan worden ingeschat, dan is een voorwaardelijke retroactieve kwantumkorting en exclusiviteitskorting vrijwel identiek (100 = 100% van 100)
- Als leveranciers concurreren om totale vraag van de betreffende afnemer (100% betwistbare vraag), dan is er geen verschil in termen van consumentenwelvaart tussen incrementele en retroactieve kortingen

Efficiëntievoordelen exclusiviteitskortingen

- Achtergrond: lagere prijzen in ruil voor exclusiviteit
- Mogelijke nadelen exclusiviteit voor afnemer:
 - Beperking van concurrentie
 - Minder variatie in producten in geval van productdifferentiatie
 - *Multi-sourcing* kan belangrijk zijn voor leveringszekerheid
- Mogelijke voordelen exclusiviteit voor afnemer:
 - Lagere prijzen
 - Verminderen mee-lift problemen (*free-rider* problemen)
 - Bevorderen van relatie-specifieke investeringen
 - Geen nadelen wanneer *single-sourcing* toch al aan de orde is
 - Intensivering van concurrentie voor totaal volume van één afnemer

Efficiëntievoordelen exclusiviteitskortingen

- Mogelijk voordeel (quasi-)exclusiviteitsafspraken voor leverancier:
 - Bij onzekere vraag die van jaar tot jaar varieert zijn kortingen op basis van absoluut volume of omzet lastig overeen te komen
- Mogelijke voordeel van retroactiviteit:
 - Praktische overweging: mate van exclusiviteit pas op einde van referentieperiode bekend

Sociale baten en kosten

Benadering voor exclusiviteitskortingen

	Baten	Kosten
“Form-based”	<ul style="list-style-type: none"> • Meer rechtszekerheid • Besparing beoordelingskosten • Geen “type II” fouten (concurrentie-verstorend gedrag ten onrechte niet verbieden) 	<ul style="list-style-type: none"> • Mogelijke “type I” fouten (niet-concurrentie-verstorend of zelfs efficiëntie-verhogend gedrag ten onrechte verbieden) • Kosten van ontwijkend gedrag (verschillende vormen, dezelfde effecten) • Inconsistentie met andere onderdelen mededingingsbeleid (bv. Artikel 102 en 101 VWEU)
“Effects-based”	<ul style="list-style-type: none"> • Minder “type I” fouten, die tot verstoring van de mededinging leiden 	<ul style="list-style-type: none"> • Minder rechtszekerheid • Hogere beoordelingskosten • Mogelijke “type II” fouten

“Even-efficiënte concurrent” criterium

- “Even-efficiënte concurrent” test belangrijk in een “effects-based” benadering
- Uitgangspunt in EC Richtsnoeren handhavingsprioriteiten:
 - “... *De Commissie grijpt normaal alleen in om concurrentieverstorende afscherming te voorkomen, indien de betrokken gedraging de concurrentie van concurrenten die even efficiënt zijn als de onderneming met een machtspositie, al heeft belemmerd of daartoe in staat is.*” (par 23)
- Maakt belangrijk onderscheid tussen:
 - “schade voor concurrenten als gevolg van concurrentie op merites”; en
 - “concurrentieverstorende marktafscherming”
- Reduceert onzekerheid voor dominante ondernemingen (omdat het criterium op eigen kosten en prijzen is gebaseerd)

“Even-efficiënte concurrent” criterium

- Een rol voor minder-efficiënte concurrenten?
- Hypothetische marktsituatie:
 1. Een dominante onderneming produceert met een kost van 5 € en verkoopt tegen een prijs van 10 €.
 2. Een toetreders produceert een gelijkaardig product met een kost van 7 € en zet een prijs van 8 €, onder de prijs van de dominante onderneming.
 3. De reactie van de dominante onderneming is om een prijs van 7 € of lager te rekenen. Hij maakt bij deze prijs nog steeds winst.
 4. De minder efficiënte toetreders zou echter gedwongen worden om de markt te verlaten, waarna de dominante onderneming weer een prijs van 10 € kan rekenen.

“Even-efficiënte concurrent” criterium

Wel interventie

Consumenten zijn op korte termijn beter af in een markt waar de dominante onderneming door een inefficiënte toetreder wordt gedisciplineerd

Geen interventie

De *counterfactual* als een minder efficiënte onderneming niet kan toetreden is niet noodzakelijk “geen concurrentie”: potentiële toetreder kan er ook naar streven om toe te treden middels een innovatie die zijn kosten verlaagt, of door een gedifferentieerd product aan te bieden

Vanuit een dynamisch perspectief (lange termijn) zou interventie de prikkel voor efficiëntieverbeteringen verzwakken, zowel voor de toetreder als de dominante onderneming

Geen praktische regel aan de hand waarvan de dominante onderneming toegestaan gedrag kan bepalen (afhankelijk van kosten concurrenten)

Bedankt!