

Intel-sagen

Perspektiver og betydningen for dansk praksis og Kommissionens retningslinjer for ekskluderende adfærd

Lektor, Christian Bergqvist, phd. Københavns Universitet

Afgørelsens opbygning

Afgørelsen består af 517 sider og 1803 pkt., der kan opdeles således:

- 1 - 104 Præsentation af sagen, dens baggrund og forløb
- 105 - 148 Beskrivelse af de involveret produkter
- 149 - 789 Intels adfærd, dvs. krænkelser, inklusiv Intels "forsvar"
- 790 - 836 Det relevante marked (produkt og geografi)
- 837 - 913 Intels markedsposition (dominans vurderingen)
- 914 - 919 Introduktion til adfærdens og foreneligheden med artikel 102
- 920 - 1640 Intels rabatter og artikel 102
- 1641-1681 Intels andre restriktioner og artikel 102
- 1682-1736 Intels betragtninger vedr. AMD
- 1737-1748 A single continuous strategy
- 1749-1753 Effect on trade between memberstates
- 1754-1803 Sanktioner, herunder bødeberegningen m.v.

Meget det er fristende at kommentere på. Vil dog begrænse mig til Kommissionens analyse af rabatterne

Afgørelsens opbygning

Pkt. i afgørelsen

- 920 – 1640 Intels rabatter og artikel 102
 - ⇒ 920 - 1001 Den "traditionelle analyse" jf. "etableret praksis" (*Hoffmann-La Roche, Michelin I og II osv.*)
 - ⇒ 1002 - 1576 "As efficient competitor analysis"
 - ⇒ 1577 - 1616 Betydningen af OEM'erne og harm to consumer
 - ⇒ 1617 – 1640 Effencies defence

Rabatterne er analyseret i pkt. 920 – 1640 og består jf. ovenfor dels af en traditionel analyse og dels en "effektbaseret analyse" jf. Kommissionens retningslinjer for ekskluderende adfærd

Intels rabatter

Rabatterne og tilknyttet betingelser (eksklusivitet) er beskrevet i pkt. 175-789 samt 926–1001 og består af flere komponenterne, herunder

- a) en flerleddet rabat (se bl.a. pkt. 177-178) til OEM producenterne (producenter af PC'ere) (fx DELL og HP), der (hovedsageligt) blev indrømmet til gengæld for eksklusivitet (se fx pkt. 217-218, 413 samt 501-502) og hvis samlet størrelse ikke altid var kendt (se fx pkt. 942-945)
- b) Forskellige former for tilskud direkte til salgsleddet (fx MSH) (se bl.a. pkt. 179-181 samt 581-582), dvs. OEM producenterens kunder, rettet mod at få disse til at efterspørge Intel baseret produkter
- c) Markedsføringstilskud, der officielt blev indrømmet til specifikke salgsfremmende aktiviteter, men reelt faldt indenfor ovenstående (se bl.a. pkt. 615)

Endvidere var rabatterne under a) en blanding af et standardiseret rabatprogram og individuelt forhandlet (mål) rabatter (se fx pkt. 196, 344 og 1598) med visse diskriminerende elementer (se pkt. 233, 320, 948 og 1392)

As effecient competitor analysis

- Jf. Kommissionens retningslinjer for ekskluderende adfærd pkt. 26 bruges en "as effecient competitor analysis", til at fastlægge om der er reel foreclosure risiko knyttet til anvendte rabatter
- Risikoen herfor anses alene reel såfremt en "as effecient competitor" udelukkes fra at matche den indrømmet rabat (og derved risikoer foreclosure)
- ⇒ Det er altså en foreclosure test rettet mod at skille den "gode" fra den "onde" rabat og åbne et vindue for de første

As effecient competitor analysis

- Principperne for bedømmelsen af rabatter er listet i retningslinjernes pkt. 36 – 45. Disse er dog vanskelige at anvende i praksis og i øvrigt genstand for en del uklarheder
- Det ”interessante” er dog jf. pkt. 26, at der anlægges en helhedsanalyse, hvor effektanalysen bruges til at screene sager inden en egentlig analyse igangsættes
- Endvidere opstilles der i pkt. 20 en særlig ”kontrafaktisk analyse”, der belyser markedsudviklingen uden misbrugsadfærd (formentlig) mhp. at belyse om forbrugerne reelt har lidt skade
- Sager forfølges altså alene såfremt foreclosure testen (og den kontrafaktisk analyse), indikerer et ”konkurrenceproblem”
 - Testen kan altså både ses som en indskrænkning i etableret restriktiv praksis samt et teoretisk fundament for at gribe ind (når påkrævet)

Analysen jf. Retningslinjerne

- Principperne fra Kommissionens retningslinjer indikerer tre trin, omfattende:
 - a) En foreclosure analyse jf. retningslinjerne
 - b) En helhedsanalyse, der inddrager alle relevante forhold
 - c) En kontrafaktisk analyse (hvis formål er lidt uklart)
- Rækkefølgende i de tre trin er ikke evident, ligesom foreclosure analysen muligvis ikke er en fuld analyse men mere en screening
- Retningslinjerne giver dog klart indtryk af en flerleddet effekt test, som vil blive brugt til at åbne og lukke sager således at rabatter alene fordømmes såfremt de "dumper" testen

Analysen som anvendt i *Intel*

Foreclosure testen som anvendt i *Intel*

- Jf. pkt. 1002 i *Intel* starter Kommissionen med at bemærke, at "*One possible way of examining whether exclusivity rebates are capable or likely to cause anticompetitive foreclosure is to conduct an as efficient competitor analysis.*" (se også pkt. 1155)
- Senere fastslå det mere direkte jf. pkt. 1760, at "*..... the as efficient competitor analysis..... does not relate to the existence of the infringement*"
- ⇒ Foreclosure testen er altså ifølge *Intel* en blandt flere mulige test, hvis præcise formål, og status, er uklare idet den ikke synes knyttet til spørgsmålet om eksistensen af en overtrædelse
- I 920 - 1001 har Kommissionen da også gennemført en "traditionelle analyse" jf. *Hoffmann-La Roche, Michelin I og II* osv.
- En delvis forklaring leveres i pkt. 916, idet det bl.a. bemærkes, at *Intel* er åbnet førend retningslinjerne. Det antages dog at der ikke er nogen modsætning

Analysen som anvendt i *Intel*

- Frem for at gennemføre en foreclosure test jf. retningslinjerne fordømmes Intel' rabatter per see jf. etableret (restriktiv) praksis
- I *Intel* går man faktisk så langt som til helt at afvise behovet for at gennemføre en foreclosure analyse
 - ⇒ Derved negliger man den meget markant kritik, som er fremsat af etableret praksis. En kritik, som fremhæver etableret praksis som dels meget restriktiv og dels "skadelig" ved ikke at indrømme dominerende virksomheder et kommercielt vindue, og i øvrigt efterlade dem i et juridisk limbo. En kritik som Kommissionen selv har bidrage til jf. processen op til udsendelsen af retningslinjerne
 - ⇒ Er det hensigtsmæssigt og i overensstemmelse med tidligere tilkendegivelser?

Analysen som anvendt i *Intel*

- Vi præsenteres heller ikke for en klar kontrafaktisk analyse
 - "Uheldigt" grundet et muligt "hul" i Kommissionens argumentationskæde
 - I tilknytning til opgørelsen af det "frie marked" (the contestable share) dvs. den del af markedet som konkurrenterne eventuelt kunne have dækket, antages det at Intel er en "*unavoidable tradingpartner*" (pkt. 1010) og at fx AMD ikke kunne have dækket efterspørgslen (pkt. 1012)
 - I afsnittet vedr. "harm to consumer and competition" (se bl.a. pkt. 1613) afviser Kommissionen dog at AMD skulle have kapacitetsproblemer (Intel henfører AMD "problemer" hertil snare end Intel' rabatter)
 - Umiddelbart er der noget modstridende i ovenstående, som måske ville være afdækket via en kontrafaktisk analyse, hvor Kommissionen gav et bud på markedsudviklingen uden Intel' rabatter
 - (Se dog pkt. 1717 – 1731 for en form for analyse)

Analysen som anvendt i *Intel*

- Principperne fra Kommissionens retningslinjer indikerer tre trin, omfattende:
 - ~~a) En foreclosure analyse jf. retningslinjerne~~
 - b) En helhedsanalyse, der inddrager alle relevante forhold
 - ~~c) En kontrafaktisk analyse (hvis formål er lidt uklart)~~
- *Intel* indikerer ikke et krav om en foreclosure analyse jf. retningslinjerne (kan dog være hensigtsmæssigt)
- *Intel* indikerer heller ikke behov for en kontrafaktisk analyse (ville måske have været hensigtsmæssigt i den konkrete sag)
- Alt vi tilbydes er en traditionel analyse, der inddrager lidt ekstra, dvs. en "helhedsanalyse"

Analysen som anvendt i *Intel*

Jf. Kommissionens retningslinjer, pkt. 2, vil der fremover blive givet prioritet til sager, hvor der jf. principperne oplyst heri eksisterer en risiko for foreclosure

- ⇒ Kommissionens Enforcement guidelines udelukker altså ikke at Kommissionen åbner sager på baggrund af "traditionel praksis" såfremt denne indikerer et problem
- ⇒ Kommissionen indikerer alene at man ikke agter at prioritere sådanne sager, dvs. reelt ikke agter at forfølge dem

Umiddelbart er *Intel* altså forenelige med tilkendegivelserne fra Retningslinjerne

- Dog havde de fleste nok forventet at Kommissionen mere entydigt ville integrere testen i analysen, således som det fx er sket i DK praksis, evt. som en "sekundærttest" jf. sag COMP/E-1/38.113 - *Prokent/Tomra*)

Helhedsanalysen (etableret praksis)

- Sagen ”presses” sagen ind i etableret praksis igennem en (kreativ) fortolkning af faktum
 - Kommissionen forudsætter at hele rabatten (eller det meste heraf) alene indrømmes som belønning for eksklusivitet (pkt. 926) og således træder i stedet for en formel eksklusivaftale jf. *Hoffmann-La Roche*
 - I fraværet af en skriftlige vedtagelse bygges dette på en kombination af:
 - ”Forståelsen” hos kunderne af at det ville få konsekvenser såfremt de foretog indkøb hos AMD (se fx pkt. 235-237, 268, 306, 348-349, 627-658, 689 samt 692), hvilket låser disse til Intel grundet ”frygten” for at miste rabatten
 - Vigtige kunder som Dell (pkt. 234) og MSH (pkt. 689) kan dog ikke nærmere redegøre for hvor meget rabat, som ville forsvinde, mens NEC (en anden stor kunde) ikke kan beregne sin købspris (pkt. 467)
 - Endvidere ”ignoreres” det at kunder faktiske ”ustraffet” har skiftet til AMD (pkt. 267-268). Kommissionen mener dog at ”frygten” har været normerende for kundernes adfærd og er tilstrækkelig
 - Omfanget af den betinget rabat fastlægges dog aldrig
 - En omfattende (og ifølge Intel tendiøs) analyse af e-mails, interne dokumenter og udtalelser hentet hos Intel (jf. ovenstående) og andre

Helhedsanalysen (etableret praksis)

- På nogle punkter er analysen faktisk en stramning af etableret praksis
 - Subjektive forhold, fx kundernes opfattelse af rabatternes formål (loyalitet), tillægges afgørende betydning frem for objektive forhold, fx ordlyden af kontrakterne (der ikke forudsatte eksklusivitet)
 - En dominerende virksomheder risikoer nu at blive "dømt" hvis kunderne "frygter", at rabatten vil blive inddraget
 - Betingelserne for at opnå rabatter skal være meget entydige og enhver uigennemskuelighed bør undgås
 - Det vindue, som blev åbnet med Retningslinjerne for rabatter, der ikke direkte var omkostningsbegrundet, fremstår "knap så åbent"

Helhedsanalysen (foreclosure testen)

- Efter at have konstateret et misbrug jf. etableret praksis gennemføres en foreclosure analyse (alligevel)
 - Formålet med testen og karakteren af den underliggende adfærd, som ”testes” fremhæves i pkt. 1002 og pkt. 1005
 - Pkt. 1002: *In essence, this examines whether Intel itself, in view of its own costs and the effect of the rebate, would be able to enter the market at a more limited scale without incurring losses. It thereby establishes what price a competitor which is 'as efficient' as Intel would have to offer x86 CPUs in order to compensate an OEM for the loss of any Intel rebate*
 - Pkt. 1005: *The point of departure for an as efficient competitor analysis in this case is that Intel is an unavoidable trading partner. The rebate therefore enables Intel to use the inelastic or 'non-contestable' share of demand of each customer, that is to say the amount that would anyhow be purchased by the customer from the dominant undertaking, as leverage to decrease the price for the elastic or contestable' share of demand, that is to say the amount for which the customer may prefer and be able to find substitutes*
 - Det søges testet om Intel selv kunne have matchet rabatten eller må antages (bevidst), at anvende denne til gradvist, at ekskludere konkurrenterne

Helhedsanalysen (foreclosure testen)

- Efter at have konstateret et misbrug jf. etableret praksis gennemføres en foreclosure analyse (alligevel)
 - Jf. pkt. 1006 – 1153 indgår der tre elementer heri, omfattende:
 - a) Contestable share of the customer's demand
 - b) Relevant time horizon
 - c) Relevant measure of viable cost
 - De tre punkter er i overensstemmelse med retningslinjerne, hvilket Intel i øvrigt er enig i (pkt. 1007)
 - Derimod er Intel uenig i den konkrete opgørelse. Intel' egne analyse viser således et andet resultat (intet problem)
 - Navnlig er Intel utilfreds med vurderingen af den frie markedsandel (Contestable share) samt opgørelsen af omkostningerne

Helhedsanalysen (foreclosure testen)

a) Contestable share of the customer's demand

- Frem for at vurdere omfanget af "frie kunder" konstateres det (pkt. 1010), at Intel er uundgåelig som handelspartner
 - *"Intel is an unavoidable tradingpartner, whose product is of a "must-stock" nature..... Due to Intel's strong brand and long track record, many final customers would not consider switching away from Intel-based computers, even if an AMD-based alternative were offered."*
Kundeforespørgsler understreger det samme jf. tillige pkt. 1011; 1202-1254, 1339-1384 og 1551-1558
- ⇒ AMD (og andre) kan derfor kun dække en begrænset efterspørgsel (pkt. 1012), hvorved contestable share er meget lav, hvilket konkret tvinger AMD til prissætte meget lavt for at kunne matche Intel' effektive salgspris (og udsættes derfor for foreclosure)
- I opgørelsen anvendes dokumenter hentes hos kunderne, dvs. dokumenter, som Intel ikke har haft adgang til (se fx pkt. 1202-1212). Intel kunne altså ikke have "forudset" problemet, men "dømmes" alligevel

Helhedsanalysen (foreclosure testen)

b) Relevant time horizon

- Giver ikke (undertegnet) anledning til bemærkninger

Helhedsanalysen (foreclosure testen)

b) Relevant measure of viable cost

- Intels omkostninger beregnes på baggrund af AAC, dvs. den (for Intel) mest favorable
- I Retningslinjerne arbejder Kommissionen med formodningsregler (pkt. 42-43), således, at:
 - $p < AAC$ medfører ekskluderende,
 - $p > LRAIC$ medfører ikke ekskludering
 - $AAC < p < LRAIC$ inddrages andre faktorer
- Da den effektive pris dog var under AAC kan der næppe sluttes modsætningsvis, således at alene priser under AAC fordømmes
- Ved opgørelsen af AAC inddrages omkostningerne til kontor (pkt. 1115-1117), markedsføring (pkt. 1121-1124) og dele af lønnen (pkt. 1088-1099+1125-1138), hvilket kobler AAC til AIC snare end AVC

Helhedsanalysen (harm to consumer)

- I forlængelse af foreclosure testen forsøger Kommissionen, at belyse hvordan rabatten har skadet forbrugernes interesse ved, at:
 - a. begrænse forbrugernes valgmuligheder, idet disse via OEM' operatørerne "påtvinges" Intel' processer
 - b. gradvist underminerer konkurrenternes evne til at forblive i markedet, hvorved dette monopoliseres
- Forudsat foreclosure analysen er korrekt virker synspunktet acceptabelt
- Visse reservationer overfor a) grundet den implicite fordømmelse af forbrugerrestriktioner, fx bundling

Helhedsanalysen (defences)

- Muligheden for at legitimere rabatten med forskellige effektivitetsforsvar overvejes også:
 - Pkt. 1624 *"In order to objectively justify its conditional rebates, Intel would have to show that there is an efficiency (or another legitimate objective other than exclusion of competitors), that the conduct is capable of achieving the legitimate goal, that it had no equally effective alternative in achieving the legitimate goal with a less restrictive or less exclusionary effect and finally that the conduct is "proportionate", in the sense that the legitimate objective pursued by Intel should not be outweighed by the exclusionary effect."*
 - ⇒ Effektivitetshensyn kan alene accepteres såfremt Intel kan påvise sådanne og må kun forfølges såfremt det kan ske uden at foreclosure konkurrenterne (fremstår forenelige med Retningslinjerne pkt. 20 samt 36-45)
 - ⇒ Bevisbyrden synes jf. ovenstående, at påhvile Intel, om end den formelt er delt jf. bl.a. T-201/04 – *Microsoft*, præmis 688

Andre interessante forhold

- Også det som ikke skete i *Intel* er værd at bemærke
 - Selvom der er tegn på forskelsbehandling af kunderne (se fx pkt. 233, 320, 948 og 1392) behandles sagen ikke som en diskriminationssag men i stedet som en (ren) "foreclosure sag"
 - Det diskriminerende element var ikke markant, men måske:
 - Accepteres det at retningslinjerne også regulerer dele af de diskriminerende rabatter ud fra følgende overvejelser:
 - Det ville være uheldigt såfremt retningslinjerne godkendte rabatter, som var og er uforenelige med diskriminationsforbuddet
 - Begrebsmæssigt dække dele af diskriminationsforbuddet (primary-line discrimination) det samme som loyalitetsrabatterne
 - Således at sådanne elementerne absorberes

Andre interessante forhold

- Også det som ikke skete i *Intel* er værd at bemærke
 - Selvom salgsprisen (og ikke blot den effektive salgspris) i visse tilfælde havde været under AAC behandles sagen ikke som en predatory pricing sag (se pkt. 1738)
 - Ovenstående beslattes formentlig af pragmatiske grunde, men er alligevel værd at notere grundet udviklingen i USA, hvor man er gået væk fra at fordømme diskriminerende adfærd medmindre det falder indenfor begrebet predatory pricing

Forholdet til DK praksis

Karakteren af Kommissionens retningslinjer er også genstand for uklarhed i DK praksis

- I *Post Danmark IV* (Rådsmødet 24/6-2009), pkt. 482, note 96, bemærkes det at "*Kommissionens artikel 82-meddelelse er ikke umiddelbart bindende for de nationale konkurrencemyndigheder og domstole*"
- Hvilket dog ikke hindrer Konkurrencestyrelsen i at anvende dem:
 - I *Post Danmark IV* (Rådsmødet 24/6-2009), som en integreret del af analysen
 - I *Post Danmark III* (Rådsmødet 30/8-2007, som en supplerende analyse
 - *SuperGros' samhandelsbetingelser*, Rådsmødet 30/8-2007 som en uexplicit del af analysen (ingen referencer)
 - *Skandinavisk Motor Co A/S - ekstrarabatsystem*, Rådsmødet 19/6-2002, som et af eksemplerne, (pkt. 76), om end der (logisk nok, henset til tidspunktet) ikke er nogle referencer

Forholdet til DK praksis

Karakteren af "rabatterne" er også nedtonet i DK praksis til fordel for en fokus på deres formål og effekt

- I *Arla Foods rabatter og markedsføringstilskud*, Rådsmødet den 30. marts 2005, navnlig pkt. 70-73, sidestilles et markedsføringstilskud med en ikke omkostningsbegrundet rabat
- I *Carlsbergs standardaftaler med horeca-sektoren*, Rådsmødet den 26. oktober 2005, bl.a. pkt. 167, hvor det bemærkes at anvendelsen af markedsføringstilskud forstærkede effekten af indgåede eksklusivaftaler

Forholdet til DK praksis

Specifikt i forhold til rabatter med diskriminerende elementer er der i DK praksis sket absorbering af ekskluderende elementer (primary-line discrimination)

- I *Post Danmark III* (Rådsmødet 30/8-2007), pkt. 440 blev primary-line discrimination ikke anset for en ny selvstændig overtrædelse af § 11, idet det allerede var fordømt som en loyalitetsrabat

Post *Intel* (vae victis)

- Sagen er indbragt for Retten (sag T-286/09)
 - Hverken stævningen, som resumeret i EFT 2009C 220 p. 41 eller Intel' pressemeddelelse giver noget klart indtryk af Intel' kritik og strategi. Se nærmere
 - http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/EC_response092109.pdf
 - http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian_paper.pdf
 - Ovenstående indikerer dog at man navnlig vil gå efter faktum samt bevisbedømmelsen, dvs.:
 - Kommissionens markedsbeskrivelse samt modstridende elementer heri
 - anvendelsen af dokumenter hentet hos tredjemand, evt.
 - Kommissionen afvisning af diverse "erklæringer"

Post *Intel* (vae victis)

Intel indikerer en meget restriktiv test, og bekræfter altså på mange måder den etableret restriktive praksis

Hvad angår foreclosure testen fra Kommissionens retningslinjer viser sagen kompleksiteten knyttet til at anvende den (et forhold de fleste praktikere formentlig allerede har konstateret)

- ⇒ Snare end at se testen som en screening test eller den egentlige test bør den anses som en "lakmus prøve", som afgørelsen sendes igennem inden endelig afgørelse træffes
- ⇒ Klager såvel som indklagede bør derfor koncentrere sine argumenter om den heri opstillet analyseramme, og altså opbygge henholdsvis klagen og svarskriftet omkring en foreclosure analyse jf. Kommissionens Retningslinjer

Tak for opmærksomheden

Spørgsmål?

Senere spørgsmål kan evt. rettes til

cbe@jur.ku.dk

For referencer til Intel' kritik se

- http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/EC_response092109.pdf
- http://www.intel.com/pressroom/legal/docs/Damian_paper.pdf