

October, 2024(No. 26)

ムシス バシリ / 金子 涼一 / パップワース チャールズ / 田村 允

## Contents

1. 欧州委員会、排除型市場支配的地位の濫用に関するガイドライン案を公表
  2. 欧州委員会、外国補助金規則(FSR)に基づく詳細調査(二次審査)での最初の承認(クリアランス)を発表
  3. 最近の論文・書籍のご紹介
1. The European Commission (EC) issues draft guidelines on exclusionary abuse by dominant undertakings
  2. The EC issues its first Phase II investigation clearance under the Foreign Subsidies Regulation (FSR)
  3. Introduction of Recent Publications

## 1. 欧州委員会、排除型市場支配的地位の濫用に関するガイドライン案を公表

### 本ガイドライン案の背景

EUの機能に関する条約(Treaty on the Functioning of the European Union、以下「EU機能条約」) 102条は、EUの域内市場で活動する事業者による市場支配的地位の濫用を禁止しています。

2024年8月1日、欧州委員会は、EU機能条約102条の排除型市場支配的地位の濫用(exclusionary abuse)に関するガイドライン案(以下「本ガイドライン案」)を公表しました<sup>1</sup>。本ガイドライン案は2024年10月31日を期限とした意見公募(パブリックコメント)に付されています。

本ガイドライン案は、EU機能条約102条の定める排除型市場支配的地位の濫用に関するEU裁判所の判例について、欧州委員会の理解を整理するものであり、欧州委員会は本ガイドライン案の公表により、「法的安定性を高め、事業者が、自らの行為について、EU機能条約102条の定める排除型市場支配的地位の濫用に該当するか否かを自ら判断することに資する」ことを意図しています<sup>2</sup>。本ガイドライン案は、加盟国の裁判所や競争当局を法的に拘束するものではないものの、EU機能条約102条の適用に関するガ

<sup>1</sup> なお、[本ガイドライン案](#)は、「搾取的濫用(exploitative abuse)」の事例に関する指針を提供するものではありません。

<sup>2</sup> 本ガイドライン案8段落

イダンスを提示することも意図しているため、本ガイドライン案は少なくとも加盟国の裁判所及び競争当局に今後参照されると予想されます<sup>3</sup>。

本ガイドライン案公表の背景として、欧州委員会は、2008年に排除型市場支配的地位の濫用に対する執行の優先順位に関するガイダンス(以下「**2008年ガイダンス**」)を公表しています。2008年ガイダンスは、欧州委員会が経済分析を用いて対象となる行為の潜在的な影響を分析する、市場支配的地位の濫用に対する「効果に基づく(effects-based)」アプローチを採用していました。その後、EU裁判所は2008年ガイダンスと同ガイダンスが定める「効果に基づく」アプローチを支持しましたが、このアプローチは必ずしも欧州委員会の期待どおりに機能しませんでした。これは、「効果に基づく」アプローチが、支配的事業者に対して、効率性に基づいてその行為を正当化する大きな余地を与え、欧州委員会にとっては、「濫用」の立証に関するハードルを高めることになったためです<sup>4</sup>。

2008年ガイダンスとは対照的に、本ガイドライン案は、「効果に基づく」アプローチから離れるべきとする従前からの欧州委員会のスタンスを反映して、市場支配的地位の濫用に対する「形式に基づく(form-based)」「又は「法的(legalistic)」なアプローチに重点を置いています。これは、具体的には、欧州委員会が特定の種類の行為について濫用的であることを推定することを認め、支配的事業者側に反証責任を負わせるアプローチです<sup>5</sup>。

### **EU 機能条約 102 条の分析枠組み**

本ガイドライン案は、EU裁判所が排除型市場支配的地位の濫用を評価するために用いる分析枠組みについて、欧州委員会の理解を整理するものです。

支配的事業者による行為が濫用行為に該当するかどうかを判断するためには、まず、その事業者自体が「支配的」であるかどうか(単独の事業者によるか、「共同的市場支配(collective dominance)」のため行動する複数の事業者によるかのいずれかに該当すること)を確定する必要があります。

当該事業者が「支配的」と認定されたことを前提として、本ガイドライン案は、支配的事業者による行為が濫用行為に該当するかどうかについて、以下の2つの基準を定めています。

- (i) 当該行為が能率競争(competition on the merits)から逸脱しているか
- (ii) 当該行為が排除的效果(exclusionary effects)を生じ得るか<sup>6</sup>

これらの基準に係る判断のために、本ガイドライン案は以下の3つの行為類型を導入しました。

- (a) 能率競争の範囲外にあり、かつ、その行為が当該事業者にとって経済的利益を有しないことから、排除的效果を有すると推定できる行為(この推定は「極めて例外的な場合」にのみ反証可能とされます)(Naked Restrictions、以下「**剥き出しの制限**」)
- (b) 「特定の法的基準」を満たすことから、能率競争の範囲外にあり、かつ、排除的效果を持ち得ると

---

<sup>3</sup> 本ガイドライン案 8 段落

<sup>4</sup> 欧州委員会は、2008年ガイダンス-競争政策概要 No.1/2023 の「EU 裁判所が認めた実質的な法的基準の強化」によって引き起こされる「望ましくない結果(undesirable outcome)」に言及しています([こちら](#)を参照)。

<sup>5</sup> 2023年3月、欧州委員会は、2024年にEU機能条約102条に関する新しいガイドライン(すなわち、本ガイドライン案)を公表すると発表し、本ガイドライン案が導入されるまでの間、2008年ガイダンスを(パブリックコメントを経ずに)修正しています。

<sup>6</sup> 本ガイドライン案 45 段落

推定できる行為 (Presumptively Exclusionary Conduct、以下「推定的排除的行為」)<sup>7</sup>

- (c) 欧州委員会が「能率競争から逸脱し」、かつ、「排除的效果を有する」ことを証明する必要がある行為 (以下「**その他の行為**」)

支配的事業者の行為が上記(i)(ii)の 2 つの基準に基づいて濫用行為を構成すると評価される場合であっても、当該事業者は、当該行為が客観的に正当化され、かつ、相当であること、又は消費者に利益をもたらす効率性の観点からの反証をすることは可能です<sup>8</sup>。

また、本ガイドライン案は、EU 裁判所の判例の判断対象となった特定の濫用類型(複数製品に関するリベートや自己優遇など)について特定のセクションを設けており、これらの類型については、以下で詳述する一般的な法的枠組みよりも具体的な分析を必要とすることに留意する必要があります<sup>9</sup>。

### **剥き出しの制限**

剥き出しの制限には、次のような行為が含まれます。

- (a) 支配的事業者による顧客への支払であって、顧客が、支配的事業者の競争者が提供する製品を用いた製品の発売を延期又は中止することを条件とする支払
- (b) 支配的事業者による販売業者に利益をもたらす割引を撤回すると脅しによる、支配的事業者と競争関係にある製品を自社製品に変更することを内容とする販売業者との合意
- (c) 競争者が使用するインフラの支配的事業者による能動的な解体<sup>10</sup>

このカテゴリーに該当する行為は、本ガイドライン案における反競争的行為の最も悪質な例であることから、特に法的な議論を引き起こすものとは思われません。また、これらの行為が EU 機能条約 102 条に適合する行為として認められる可能性が極めて低いことは、EU 裁判所の判例法理からも明らかと考えられます。

### **推定的排除的行為**

剥き出しの制限とは対照的に、排除的行為と推定される行為というカテゴリーの導入は、本ガイドライン案が発表されて以来、多くの議論を引き起こしています。

推定的排除的行為は、(a) 専属的供給又は専属的購入契約、(b) 排除条件付きリベート、(c) 略奪的価格設定、(d) 負のスプレッドが存在する場合のマージン・スクイーズ<sup>11</sup>、(e) 特定の形態の抱き合わせ販売が対象となり、それぞれについて「特定の法的基準」があります<sup>12</sup>。

「特定の法的基準」を満たす場合は、対象となる行為の排除的效果が推定されます。もともと、対象とな

---

<sup>7</sup> 特定の法的基準を満たす行為と推定的排除的行為は重複しているものの、特定の法的基準のいずれかを満たすにもかかわらず、推定的排除的行為として分類されない可能性のある特定の行為があります。したがって、特定の法的基準と推定的排除的行為は異なるものとして扱われることになります。

<sup>8</sup> 本ガイドライン案 48 段落

<sup>9</sup> 本ガイドライン案 4 節

<sup>10</sup> 本ガイドライン案 60(c)段落

<sup>11</sup> 関連する川下市場において活動している垂直統合企業が投入材に対して課す価格と、当該投入材を組み込んだ自己の最終製品の小売価格との間のマージンがマイナスであり、川下の競争者が利益を上げるために当該投入材を利用することを妨げる場合を意味します。

<sup>12</sup> 本ガイドライン案 60(b)段落

った支配的企業が、特定の状況において、当該行為が排除的效果を持ち得ないことを裏付ける証拠を提出することによって、当該推定に対する反証を試みることは可能です。

本ガイドライン案に対しては、主に、排除的行為と推定される行為に該当する行為の全てが直ちに排除的效果を持つと推定できるという確立した法理はない(例えば、専属的供給又は専属的購入契約など)という批判があります。

### **その他の行為**

本ガイドライン案は、「能率競争から逸脱する行為」を広範に定義しています。例えば、「原則として、消費者がより低い価格、より良い品質、及び新しい又は改良された商品又はサービスのより広い選択から利益を得る競争状況に関係する、経済的事業者の正常な競争の範囲内での行為」も含むものと定義されています<sup>13</sup>。

本ガイドライン案は、「能率競争から逸脱する行為」の判定のための一義的な基準は提供せず、欧州委員会が評価にあたって考慮できる一般的な要素について非網羅的なリストを提示しています<sup>14</sup>。特に注目すべき要素の1つは、「支配的企業と同程度に効率的な仮想的競争者(as-efficient competitor)が同じ行為を採用できるか否か」です<sup>15</sup>。これは「AECテスト」と呼ばれ、欧州委員会によれば、支配的企業が課している価格水準とそのコストを比較し、同程度に効率的な仮想的競争者が支配的企業による濫用的となり得る価格設定と競争した上で利益を生むことができるかどうかを評価するテストとされています。従来、AECテストは市場支配的地位の濫用を確定する際に最も重要視されてきましたが、欧州委員会は、本ガイドライン案において、AECテストの重要性を後退させようとしているようにも見受けられます。

現に、本ガイドライン案は、AECテストについて、ある行為が能率競争から逸脱しているかどうかを評価する際に考慮すべき6つの一般的(かつ非限定的)な考慮要素のうち1つとして簡潔に言及するほかは、AECテストについてのガイダンスは略奪的価格設定、マージン・スクイーズ及び特定の条件付きリベートに関する事例に適用されるものに限定して提示するに留まります。これは、欧州委員会が、ある行為が能率競争から逸脱しているかどうか、及び／又は排除効果をもたらす可能性があるかどうかを評価する上で、AECテストの有用性が限定的であると捉えていることを示唆するものといえます。欧州委員会は濫用に該当し得る事例を審査する際にAECテストを実施することを義務付けられているわけではないものの、EU裁判所は、ほとんどの種類の排除型市場支配的地位の濫用事例において、AECテストを欧州委員会が重要視すべき基準としてきたため、本ガイドライン案におけるAECテストの軽視にも批判が向けられています。

最後に、本ガイドライン案によれば、対象となる行為について排除効果をもたらす可能性があることを欧州委員会が立証する必要がある場合、要求される証明の程度は低いと説明しています。具体的には、欧州委員会は、排除効果が「仮定的なものを超える」ことを証明するだけでよく、問題となっている行為が実際に排除効果をもたらしたことの証明までは不要としています<sup>16</sup>。

### **本ガイドライン案の重要な注目点**

本ガイドライン案は、排除型市場支配的地位の濫用に関するEU機能条約102条の法理に関する欧州

---

<sup>13</sup> 本ガイドライン案 51 段落

<sup>14</sup> 本ガイドライン案 55 段落

<sup>15</sup> 本ガイドライン案 55(f)段落

<sup>16</sup> 本ガイドライン案 61 段落

委員会の見解について、有益かつ期待される洞察を提供し、これまで幾度となく示唆されてきたとおり、「効果に基づく」アプローチから「形式に基づく」アプローチへと移行しようとする欧州委員会の意図を明確に示すものです。

一方で、上記の広範な推定的排除的行為や AEC テストの軽視などに見られるように、本ガイドライン案に対しては、EU 裁判所による関連する法理を正確に要約するものではない、あるいは、欧州委員会の新たな政策目的を達成するために法理の一部を選び好み(cherry pick)しているという、批判もあります。

本ガイドライン案は、公式なガイドラインとして公表された場合、EU 機能条約 102 条の解釈において各加盟国の裁判所に影響を与えるものと予想されますが、法的な拘束力はなく、EU 裁判所の解釈が最終的な結論を示すこととなります。

2024 年 10 月 31 日を期限とした意見公募(パブリックコメント)に対して、欧州委員会がどのように反応するか、また、ガイドラインの最終版に大きな修正がされるかどうかについても、引き続き注目されます。

## 2. 欧州委員会、外国補助金規則 (FSR) に基づく詳細調査 (二次審査) での最初の承認 (クリアランス) を発表

### 背景

2024 年 9 月 24 日、欧州委員会は、Emirates Investment Authority(以下「EIA」)が支配する企業であり、アラブ首長国連邦に本社のある Emirates Telecommunications Group Company PJSC(以下「e&」)による PPF Telecom Group B.V.(チェコ事業を除く。以下「PPF」)の買収を、一定の誓約事項の遵守を条件として承認しました<sup>17</sup>。

これまでの当事務所の欧州法務ニュースレターでの解説のとおり<sup>18</sup>、EU の外国補助金規則(Foreign Subsidies Regulation、以下「FSR」)は、EU 加盟国に対する何十年にもわたる EU の厳格な国家補助規制(State Aid Control)の下での補助金の規制とは対照的に、非 EU 企業に提供される補助金のほとんどが規制されていませんでした。この対照的な状況は、FSR が対処しようとする域内市場の「歪曲」を生じさせていると指摘されており、FSR はかかる状況を改善することを目的としています。

これまでもご紹介してきたとおり、FSR は、M&A 取引に関して、(i) 合併当事会社、(買収)対象会社又は合併会社の少なくとも一社が、前会計年度に EU 全体で少なくとも 5 億ユーロの売上高を計上しており、(ii) 企業結合の当事者である企業が、過去 3 年間に合計 5000 万ユーロを超える外国からの資金的貢献を受けている場合、企業結合の当事企業に届出義務を課しています。

本件も FSR による届出義務の対象となりました。具体的には、まず、PPF は、EU の複数の加盟国にまたがって事業を展開している電気通信事業者であり、その EU 売上高は売上高の基準である 5 億ユーロを超えていました。また、e&は、本件の買収を支援するため、アラブ首長国連邦からの無制限保証及び同国が支配する銀行からの融資を受けており、この経済的支援は外国からの資金的貢献の基準である 5000 万ユーロを超えるものでした。

欧州委員会は、e&はアラブ首長国連邦から外国補助金を受けているものの、e&による PPF の買収は、

---

<sup>17</sup> e&による PPF の買収を条件付きで承認する決定に関する欧州委員会のプレスリリースについては、[こちら](#)を参照

<sup>18</sup> FSR の詳細については、当事務所の欧州法務ニュースレター([2024 年 9 月号](#)、[2024 年 5 月号](#)、[2023 年 3 月号](#)、[2022 年 8 月号](#))を参照

買収のプロセスにおいて、競争に実質的又は潜在的に悪影響を及ぼすことはない結論付けました。すなわち、e&は PPF の買収に関する唯一の入札者であり、かつ、買収を進めるための十分な自己資金を有していたことから、外国補助金が買収のプロセスにおける結果を変えるものではなかったと判断されました。

もともと、欧州委員会は、本件の外国補助金が、買収後の域内市場における競争に歪みをもたらす可能性があると結論付けました。この結論を導くにあたり、欧州委員会は、国家による無制限保証が「最も歪曲的である可能性が高い」と考えられることを指摘しています<sup>19</sup>。欧州委員会は、かかる無制限保証が、当事会社の、域内市場における活動のための資金調達能力を人為的に向上させ、リスク耐性を高めるという事実を指摘し、これにより、当事会社の事業を拡大する能力が、外国補助金を受けない同規模の事業者を超え、他の市場参加者との関係において公平な競争条件を歪めることになるとしています。

### **欧州委員会が認容した誓約事項**

本件の外国補助金が域内市場を歪めると判断したものの、欧州委員会は当事会社が提案した以下の誓約事項を認容し、条件付きクリアランスを行いました。

- (i) e&の定款が通常のアラブ首長国連邦の破産法から逸脱しないことを約束し、それによって無制限保証による利益を排除すること。
- (ii) 欧州委員会による審査を経た一定の例外(例えば、「緊急資金」が必要な場合)を除き、EIA 及び e&から PPF に対する域内市場での活動に関するいかなるリファイナンスも禁止すること。
- (iii) FSR の下で届出義務を生じない将来の買収についても e&が欧州委員会に通知すること。

これらの誓約事項は今後 10 年間有効であり、欧州委員会はこれをさらに 5 年間延長することができます。

欧州委員会は、これらの誓約事項を受け入れるにあたり、e&と EIA が企業結合後の域内市場での活動に外国補助金を振り向けることができないこと、及び欧州委員会が特定のリスク分野に関して十分なモニタリングメカニズムを確保できたことにつき、満足していると表明しました。

### **本件の実務への重要な示唆**

本件のクリアランスに関する発表は、EU 域内で活動するディールメーカーから概ね歓迎されています。

まず、実質論としては、本件は、欧州委員会が FSR の審査に関してプラグマティックなアプローチをとる意思を示したものと評価できる点、また、外国補助金が域内市場に影響を及ぼすことを防ぐための行動的誓約事項の提案を当事会社から受け入れる余地を示した点において重要といえます。

また、手続論としても、欧州委員会の決定は、長期の届出前事前相談を経たものではありませんが、2024 年 12 月 4 日に予定されていた詳細調査期間が終了するよりも前に発表されたことは注目されます。今回、予想よりも早期に欧州委員会によるクリアランスがなされたことは、いかなる調査についても、早期の段階から欧州委員会と事前相談を行い、誓約事項の提案も検討することの重要性を改めて示すものです。

今後は、欧州委員会から公表予定の本件の決定全文を検討することで、欧州委員会の判断理由からより重要な教訓を得ることも重要になると考えられます。

---

<sup>19</sup> これは、2024 年 7 月 26 日に欧州委員会によって公表された FSR のいくつかの主要な側面に関する質問と回答からなる職員作業文書(以下「SWD」)で確認されました。SWD については、[こちら](#)を参照



### 3. 最近の論文・書籍のご紹介

- ◆ 'Chambers Global Practice Guides' on Cartels 2024 - Law & Practice  
2024年7月(著者: 江崎 滋恒、ムシス バシリ、石田 健、臼杵 善治)
- ◆ GCR - Market Review - Cartels 2024 – Japan  
2024年5月(著者: 江崎 滋恒、ムシス バシリ、石田 健)
- ◆ Chambers Global Practice Guides - Venture Capital 2024  
2024年5月(著者: 戸倉 圭太、菅 隆浩、金子 涼一、角田 匠吾)
- ◆ 欧州コーポレート・サステナビリティ・デュー・ディリジェンス指令の採択  
2024年5月(著者: 齋藤 宏一、清水 亘、横井 傑、金子 涼一、藏野 舞、長谷川 達)
- ◆ Competition Inspections in 25 Jurisdictions - Japan Chapter  
2024年3月(著者: 中野 雄介、ムシス バシリ、石田 健)

# 1. The European Commission (EC) issues draft guidelines on exclusionary abuse by dominant undertakings

## Background

Article 102 TFEU (“**Article 102**”) prohibits the abuse of a dominant position by undertakings that operate in the EU’s Internal Market (the “**Internal Market**”).

On 1 August 2024, the EC issued draft guidelines on the application of Article 102 to abusive exclusionary conduct<sup>1</sup> by dominant undertakings (the “**Guidelines**”). Interested parties can respond to the Guidelines as part of a public consultation up until 31 October 2024.

The Guidelines set out the EC’s reading of the existing jurisprudence of the EU Courts on exclusionary abuses under Article 102. By issuing the Guidelines, the EC intends to “enhance legal certainty and help undertakings self-assess whether their conduct constitutes an exclusionary abuse under Article 102”.<sup>2</sup> Although not binding on Member States’ courts and competition authorities, the Guidelines also intend to give them guidance on the application of Article 102. At the very least it can therefore be anticipated that national courts and competition authorities will regard the Guidelines as a reference document.<sup>3</sup>

By way of background, the EC had previously published guidance on its enforcement priorities for exclusionary abuses in 2008 (the “**2008 Guidance**”). The 2008 Guidance set out an “effects-based” approach to abuse of dominance cases – i.e., an approach whereby the EC would, using economic analysis, have regard to the potential effects of the relevant conduct. The EU Courts have since endorsed the 2008 Guidance and its “effects-based” approach, which has at times, frustrated the EC. This is because it has been seen as offering dominant undertakings greater scope to justify their behavior on the basis of efficiencies thereby raising the evidentiary threshold for the EC to establish “abuse”.<sup>4</sup>

The Guidelines by contrast, following earlier signals by the EC<sup>5</sup> to move away from this “effects-based” approach, place emphasis on a “form-based” (or “legalistic”) approach to abuse of dominance cases – i.e., an approach whereby the EC uses presumptions to determine specific

---

<sup>1</sup> The Guidelines do not give guidance on “exploitative abuse” cases.

<sup>2</sup> Paragraph 8 of the Guidelines (see [here](#)).

<sup>3</sup> Paragraph 8 of the Guidelines.

<sup>4</sup> The EC has referred to “undesirable outcomes” caused by the “heightened substantive legal standard that the EU Courts have accorded to” the 2008 Guidance - Competition Policy Brief No. 1/2023 (see [here](#)).

<sup>5</sup> In March 2023, the EC announced that it would publish new Article 102 guidelines in 2024 (which it has now done with the release of the Guidelines) and also amended (without seeking comments) the 2008 Guidance pending the introduction of the Guidelines.



types of conduct as abusive, thereby putting the onus of rebuttal onto the dominant undertakings themselves.

### **Analytical Framework of Article 102**

The Guidelines set out the EC's understanding of the analytical framework that the EU Courts use to assess abusive exclusionary conduct.

In order to determine whether conduct by a dominant undertaking constitutes abusive behavior, it is first necessary to establish whether the undertaking is itself "dominant" (either by one undertaking or by two or more undertakings acting in "collective dominance").

On the assumption that dominance is established, the Guidelines set out the following two-part test for whether conduct by the dominant undertaking constitutes abusive behavior:

- (i) whether the conduct departs from competition on the merits; and
- (ii) whether the conduct is capable of having exclusionary effects.<sup>6</sup>

For these purposes, the Guidelines introduce three categories of conduct for their assessment:

- (a) conduct which falls outside the scope of competition on the merits and can be presumed as capable of having exclusionary effects as such conduct has no economic interest for that undertaking (such presumption being capable of disproof only in "very exception cases") ("**Naked Restrictions**");
- (b) conduct with a corresponding "specific legal test", which if met, falls outside the scope of competition on the merits and can also be presumed as capable of having exclusionary effects ("**Presumptively Exclusionary Conduct**");<sup>7</sup> and
- (c) conduct which the EC must prove "departs from competition on the merits" and is "capable of having exclusionary effects" ("**Other Conduct**").

If the dominant undertaking's conduct constitutes abusive behavior under the above two-part test, it remains possible for that undertaking to show that the conduct is either objectively justified and proportionate, or counterbalanced by advantages in terms of efficiency that benefit consumers.<sup>8</sup>

It should also be noted here that the Guidelines dedicate a specific section to certain abuses (such as multi-product rebates or self-preferencing) that have been the object of jurisprudence from the EU Courts and that therefore require a more specific analysis as compared to the

---

<sup>6</sup> Paragraph 45 of the Guidelines.

<sup>7</sup> There is overlap between conduct that satisfies the "specific legal tests" and Presumptively Exclusionary Conduct. Nonetheless, there are certain types of conduct that will satisfy one of the specific legal tests but may not be classed as Presumptively Exclusionary Conduct. Hence, why the specific legal tests and the Presumptively Exclusionary Conduct are treated separately.

<sup>8</sup> Paragraph 48 of the Guidelines.

general legal principles discussed below.<sup>9</sup>

### **Naked Restrictions**

Examples of Naked Restrictions include (a) payments by the dominant undertaking to customers that are conditional on customers postponing or cancelling the launch of products that are based on products offered by the dominant undertaking's competitors; (b) the dominant undertaking agreeing with its distributors that they will swap a competing product with its own under the threat of withdrawing discounts benefiting distributors; or (c) the dominant undertaking actively dismantling an infrastructure used by a competitor.<sup>10</sup>

This category of cases has generated little legal commentary given that they are the most egregious examples of anti-competitive conduct in the Guidelines. Furthermore, it is well-established in the case law of the EU Courts that such conduct is very unlikely to be regarded as compliant with Article 102.

### **Presumptively Exclusionary Conduct**

By contrast, the introduction of the Presumptively Exclusionary Conduct category of cases has generated the most discussion since the Guidelines were announced.

Presumptively Exclusionary Conduct applies to (a) exclusive supply or purchasing agreements; (b) rebates conditional upon exclusivity; (c) predatory pricing; (d) margin squeeze in the presence of negative spreads<sup>11</sup>; and (e) certain forms of tying,<sup>12</sup> each of which have a "specific legal test".

If the relevant specific legal test is met, its exclusionary effects can be presumed. However, it is of course open to the dominant undertaking in question to rebut the probative value of the presumption in specific circumstances by submitting, on the basis of supporting evidence, that the conduct is not capable of having exclusionary effects.

However, the Presumptively Exclusionary Conduct under the Guidelines has been criticized primarily on the basis that it is not settled law that all of the categories of cases should warrant an automatic presumption of being capable of having exclusionary effects. For example, exclusive supply or purchasing agreements.

### **Other Conduct**

The Guidelines offer a broad definition of "conduct that departs from competition on the merits". For example, it is said to cover "conduct within the scope of normal competition on the basis of

---

<sup>9</sup> Section 4 of the Guidelines.

<sup>10</sup> Paragraph 60(c) of the Guidelines.

<sup>11</sup> I.e., where the margin between the price charged by a vertically integrated undertaking active in an associated downstream market for a wholesale input, and its own retail price for the end-product incorporating the input, is negative so that it prevents downstream competitors from relying on that input to operate profitably.

<sup>12</sup> Paragraph 60(b) of the Guidelines.

the performance of economic operators”, which “in principle, relates to a competitive situation in which consumers benefit from lower prices, better quality and a wider choice of new or improved goods or services”.<sup>13</sup>

Rather than providing a definitive test for determining what constitutes “conduct that departs from competition on the merits”, the Guidelines put forward a non-exhaustive list of general factors that are relevant to the EC’s assessment.<sup>14</sup> One notable factor is “whether a hypothetical competitor as efficient as the dominant undertaking would be unable to adopt the same conduct”.<sup>15</sup> This is generally referred to as the “AEC Test” which, as summarized by the EC, analyses the price level charged by the dominant undertaking and a comparison with its costs, with the aim of assessing whether a hypothetical as-efficient competitor could profitably compete against a potentially abusive pricing practice by the dominant firm. This test has traditionally been centrally important when establishing abuse of dominance but the EC seems intent on reducing the importance of this test in the Guidelines.

This is because aside from its brief mention as one of six general (and non-exclusive) factors that the EC will take into account when assessing whether a certain conduct departs from competition on the merits, the Guidelines only offer limited guidance on the AEC Test when applied to predatory pricing cases, margin squeeze cases and certain conditional rebate schemes. This suggests the EC considers the AEC Test to have limited relevance for assessing whether conduct departs from competition on the merits and/or is capable of producing exclusionary effects. While the EC is not always required to conduct the AEC Test when reviewing potential abuses, it is still an important test which, according to the EU Courts, should guide the EC in most types of exclusionary abuse cases. Its downplaying in the Guidelines has therefore been criticized.

Finally, in the event that the EC needs to prove that the relevant conduct is capable of having exclusionary effects, the Guidelines explain that the standard of proof required is a low one. The EC simply has to demonstrate that the exclusionary effects are “more than hypothetical” - it does not require proof that the conduct at issue has produced *actual* exclusionary effects.<sup>16</sup>

### **Key takeaways**

The Guidelines offer valuable and much welcomed insight into the EC’s perspective of the jurisprudence of Article 102 on exclusionary abuses and clearly demonstrates the EC’s intention to move away from an “effects based” approach to a “form-based” approach as it has previously signaled on numerous occasions.

However, as discussed, the Guidelines have received widespread criticism for not accurately

---

<sup>13</sup> Paragraph 51 of the Guidelines.

<sup>14</sup> Paragraph 55 of the Guidelines.

<sup>15</sup> Paragraph 55(f) of the Guidelines.

<sup>16</sup> Paragraph 61 of the Guidelines.

summarizing the relevant jurisprudence of the EU Courts in places or for perhaps “cherry picking” certain bits of jurisprudence in order to achieve the EC’s new policy aims. This is particularly true for the inclusion of Presumptively Exclusionary Conduct and the perceived side-lining of the AEC Test.

Although the Guidelines, when published, are intended to influence national courts in their interpretation of Article 102, they are nonetheless non-binding and will ultimately remain subject to the interpretation of the EU Courts.

It will be interesting to see how the EC responds to comments from interested parties received by the 31 October 2024 and whether we will see any significant changes in the Guidelines in their final form.

## **2. The EC issues its first Phase II investigation clearance under the Foreign Subsidies Regulation (FSR)**

### **Background**

On 24 September 2024, the EC approved the acquisition of PPF Telecom Group B.V. (excluding its Czech business) (“**PPF**”) by Emirates Telecommunications Group Company PJSC (“**e&**”), a UAE-headquartered company, controlled by the Emirates Investment Authority (“**EIA**”), conditional on certain behavioral commitments.<sup>17</sup>

As set out in our previous AMT EU Law newsletters,<sup>18</sup> the FSR is intended to remedy situations where subsidies offered by non-EU companies go largely unchecked. This is in contrast to subsidies offered by EU Member States that are subjected to the strict regime that has been imposed by EU State Aid control for many decades. This is said to create “distortions” in the Internal Market which the FSR seeks to address.

As a reminder, in the context of M&A transactions, the FSR imposes a mandatory notification obligation for companies engaging in concentrations where: (i) at least one of the merging companies has generated EU turnover of at least €500 million in the previous financial year; and (ii) the parties to the transaction have received combined foreign financial contributions exceeding €50 million in the three years prior to the conclusion of the acquisition.

Such a mandatory notification was required in this case. First, as a telecoms company operating across multiple jurisdictions in the EU, PPF passed the €500 million EU turnover threshold. Secondly, as it benefitted from an unlimited guarantee from the UAE and financing from UAE-controlled banks to assist with the acquisition, e& passed the €50 million foreign financial

---

<sup>17</sup> See [here](#) for the EC Press Release on its decision to conditionally approve the acquisition of PPF by e&.

<sup>18</sup> For further information on the FSR (including detailed explanation of the regulatory tools of the EC and associated legal tests), please refer to our EU Law Newsletter’s previous editions: (Issued in [September 2024](#), [May 2024](#), [March 2023](#), [August 2022](#)).

contribution threshold.

The EC concluded that despite receiving such foreign subsidies from the UAE, the acquisition of PPF by e& did not lead to actual or potential negative effects on competition *during the acquisition process*. This was because, on the facts, the foreign subsidies did not alter the outcome of the acquisition process - e& was the sole bidder for PPF and had sufficient resources of its own to proceed with the acquisition.

However, the EC did conclude that the foreign subsidies could lead to distortions in competition in the Internal Market *after the acquisition*. In drawing this conclusion, the EC pointed to the fact that unlimited State guarantees are considered “most likely to distort the Internal Market”.<sup>19</sup> The EC pointed to the fact that such guarantees would artificially improve the capacity of the merged entity’s ability to finance its activities in the Internal Market and increase its indifference to risk. This would distort the level-playing field as against other market players due to the merged entity’s ability to expand its activities beyond what an equivalent economic operator would engage in, in the absence the foreign subsidies.

### **Commitments accepted by the EC**

Despite the EC’s conclusion that the subsidies distorted the Internal Market, the EC accepted the commitments offered by the merged entity and issued a conditional clearance. These commitments consisted of:

- (i) a commitment that e&’s articles of association would not deviate from ordinary UAE bankruptcy law, thereby removing the benefit of the unlimited guarantee;
- (ii) a prohibition of any refinancing from EIA and e& to PPF’s activities in the Internal Market, subject to certain exceptions (e.g., when needed for “emergency funding”) which will be reviewable by the EC; and
- (iii) a requirement that e& informs the EC of future acquisitions that are not notifiable concentrations under the FSR.

These commitments will be valid for a period of ten years with the option for the EC to extend them for another five years.

In accepting these commitments, the EC was comfortable that e& and EIA would be prevented from channeling foreign subsidies to the activities of the merged entity in the Internal Market and the EC would have sufficient monitoring mechanisms in particular areas of risk.

### **Key takeaways**

The news of this clearance has generally been welcomed by dealmakers active in the Internal Market. First, substantively, it has demonstrated that the EC is willing to take a pragmatic

---

<sup>19</sup> This was confirmed in the Staff Working Document (“**SWD**”) consisting of questions and answers on certain key aspects of the FSR that was published by the EC on 26 July 2024. See [here](#) for the SWD.

approach to FSR-related investigations and is comfortable with accepting behavioral commitments from parties in order to prevent foreign subsidies from impacting the Internal Market.

Secondly, procedurally, the EC's decision was issued ahead of the expiry of the in-depth investigation review period scheduled for 4 December 2024, albeit following a long pre-notification period. Therefore, the EC's earlier than anticipated clearance in this case demonstrates, once again, the importance of engaging with the EC and considering commitment packages early on in any investigation.

It will be important to review the full decision of the EC when it is published and possibly draw any more valuable takeaways from its reasoning.

### 3. Introduction of Recent Publications

◆ 'Chambers Global Practice Guides' on Cartels 2024 - Law & Practice

July 2024 (Authors: Shigeyoshi Ezaki, Vassili Moussis, Takeshi Ishida, Yoshiharu Usuki)

◆ GCR - Market Review - Cartels 2024 – Japan

May 2024 (Authors: Shigeyoshi Ezaki, Vassili Moussis, Takeshi Ishida)

◆ Chambers Global Practice Guides - Venture Capital 2024

May 2024 (Authors: Keita Tokura, Takahiro Suga, Ryoichi Kaneko, Shogo Tsunoda)

◆ Adoption of Corporate Sustainability Due Diligence Directive

May 2024 (Authors: Koichi Saito, Wataru Shimizu, Suguru Yokoi, Ryoichi Kaneko, Mai Kurano, Itaru Hasegawa)

◆ Competition Inspections in 25 Jurisdictions - Japan Chapter

March 2024 (Authors: Yusuke Nakano, Vassili Moussis, Takeshi Ishida)



- 
- 
- 本ニュースレターの内容は、一般的な情報提供であり、具体的な法的アドバイスではありません。お問い合わせ等ございましたら、下記弁護士までご遠慮なくご連絡下さいますよう、お願いいたします。

This newsletter is published as a general service to clients and friends and does not constitute legal advice. Should you wish to receive further information or advice, please contact the below editor.

- 本ニュースレターの編集担当者は、以下のとおりです。

執筆者：

ムシス バシリ ([vassili.moussis@amt-law.com](mailto:vassili.moussis@amt-law.com))

金子 涼一 (ブリュッセルオフィス) ([ryoichi.kaneko@amt-law.com](mailto:ryoichi.kaneko@amt-law.com))

パップワース チャールズ ([charles.papworth@amt-law.com](mailto:charles.papworth@amt-law.com))

田村 允 ([jo.tamura@amt-law.com](mailto:jo.tamura@amt-law.com))

Authors:

Vassili Moussis ([vassili.moussis@amt-law.com](mailto:vassili.moussis@amt-law.com))

Ryoichi Kaneko (Brussels Office) ([ryoichi.kaneko@amt-law.com](mailto:ryoichi.kaneko@amt-law.com))

Charles Papworth ([charles.papworth@amt-law.com](mailto:charles.papworth@amt-law.com))

Jo Tamura ([jo.tamura@amt-law.com](mailto:jo.tamura@amt-law.com))

- 本ニュースレターの配信停止をご希望の場合には、お手数ですが、[お問い合わせ](#)にてお手続き下さいますようお願いいたします。

If you wish to unsubscribe from future publications, kindly contact us at [General Inquiry](#).

- ニュースレターのバックナンバーは、[こちら](#)にてご覧いただけます。

Previous issues of our newsletters are available [here](#).