

# CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE  
COMPETENCIA

N°15 - OCTUBRE 2021

## EPIC VS. APPLE



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

## Epic vs Apple

### 1. RESUMEN DEL CASO.

Con fecha 13 de agosto de 2020, Epic Games Inc (“Epic”) presentó una demanda en contra de Apple Inc (“Apple”) por (i) violar la Sherman Act (ii) violar la California’s Cartwright Act y (iii) la ley de competencia desleal de California, en el mercado de los sistemas operativos para *Smartphones*.

Por su parte, Apple interpuso una demanda reconvenzional por incumplimiento de contrato, al esconder parte de contenido o funciones de las aplicaciones Fortnite y no pagar la comisión por el uso de la App Store equivalente al 30% del precio total pagado en la aplicación.

#### I. Hechos relevantes

El foco de este caso se encuentra en el control que Apple tiene sobre la distribución de apps y el sistema *in-app payment*. A través de los mecanismos implementados por Apple en el App Store de su sistema operativo móvil (iOS), la empresa asegura el cobro de su comisión equivalente a un 30% del valor de las ventas.

Epic, por su parte, es una empresa desarrolladora de videojuegos y, en particular, la creadora de *Fortnite*, uno de los videojuegos más populares de la actualidad. A través de *Fortnite*, Epic ha implementado funcionalidades *cross-platform*, que permiten que los usuarios puedan jugar, progresar y realizar compras en el juego desde las distintas plataformas de acceso posible (por ejemplo, Xbox, Android o Playstation). Las compras dentro de la aplicación son el mecanismo de monetización principal de *Fortnite* y normalmente paga una comisión equivalente a un 30% en todas las plataformas, incluyendo prestaciones adicionales en algunas de ellas (por ejemplo, realiza compensaciones adicionales a Sony).

En la actualidad, Epic también tiene una tienda enfocada en la distribución de videojuegos. Esta tienda, abierta en 2018, cobra una comisión mucho más baja: 12%. Sin embargo, esta comisión se explica debido a que la plataforma se encuentra operando bajo costo, lo que es normal en la fase inicial de implementación en un mercado de varios lados.

A partir de 2019, Epic se embarcó en el proyecto *Liberty*, el que implicó un ataque coordinado hacia Google y Apple. Económicamente, *Liberty* está basado en la idea de que un cambio en las reglas de los controladores de sistemas operativos de dispositivos móviles permitiría a Epic aumentar sus ganancias. Filosóficamente, *Liberty* sigue la idea de que el mundo de los videojuegos se encamina hacia la creación de metaversos, experiencias digitales en que los participantes podrán no solo jugar, sino que insertarse en interacciones sociales que imiten las del mundo real.

Para la implementación de *Liberty*, Epic realizó primero ciertas movidas de relaciones públicas y marketing, desarrollando una narrativa de buenos contra malos. Por ejemplo, en 2020, creó la *Coalition for App Fairness*. De forma más directa, en junio de 2020, solicitó formalmente a Apple el permitir alternativas para el procesamiento de pagos y la presencia de la tienda *Epic Games* en el App Store. Como es natural, Apple denegó ambas solicitudes.

En el clímax de la historia, Epic introdujo una funcionalidad oculta (*hotfix*) en la versión 13.40 de Fortnite el 3 de agosto de 2020. Esta funcionalidad permitiría el pago directo en cuanto fuese activado por la empresa. Diez días después, el *hotfix* es activado, Apple retiró a Fortnite de la App Store y Epic respondió con acciones adicionales de relaciones públicas.

Algunas semanas después, Apple tomó otras represalias debido al incumplimiento del acuerdo al que deben suscribirse los desarrolladores que quieren publicar sus apps en el App Store (DPLA) y de las *App Store Guidelines*. Esto incluyó el cierre de la cuenta de desarrollador de Epic. En general, Apple no negocia estos acuerdos de forma individual, sino que estos constituyen contratos de adhesión. Las únicas empresas con las que se han hecho excepciones han sido Netflix y Spotify. Como reconoce el tribunal, con 30 millones de desarrolladores, no es necesariamente malo que Apple no modifique sus condiciones: ello permite que desarrolladores pequeños y grandes mantengan la misma relación con la empresa.

La contienda jurídica siguió surgió en este contexto.

## II. Caracterización adicional de la industria y definición del mercado relevante

En general, la comisión de 30% no ha cambiado desde el lanzamiento de la App Store en 2008. La excepción a esta regla es la introducción de un programa para pequeños desarrolladores en 2020, caso en el que Apple recauda una comisión de 15%. Este 30%, como bien dice el tribunal en varias ocasiones, no parece estar justificado en forma específica. Si bien Apple defiende el recibir compensación por sus derechos de propiedad intelectual, no entrega evidencia de por qué tal compensación debe ser un 30%. Por el contrario, el porcentaje parece estar basado en la industria de videojuegos, no obstante que los modelos de negocios son distintos.

Hay, además, posiciones encontradas en torno al valor del servicio que Apple entrega a los desarrolladores y consumidores. Según la empresa, ellos realizan un servicio de curación de apps, desarrollando un ambiente de seguridad y estándares de privacidad que le permite a los consumidores desarrollar una relación de confianza con el dispositivo y con las apps a las que pueden acceder. Se trata del famoso “ecosistema” cerrado de Apple. Epic argumenta que este servicio es realizado de manera subestándar, aunque no entrega mayores pistas de la forma apropiada de conducir estas prestaciones. Es más, Epic reclama al tribunal que, al impedir la relación directa entre consumidores y desarrolladores, Apple no permite el uso del análisis de datos por los desarrolladores, lo que sería anticompetitivo. En este punto, de manera sensata, el tribunal responde que explotar aún más la privacidad de los usuarios de dispositivos digitales no parece tener al interés social de su lado.

En cuanto a la definición del mercado relevante, las posturas son radicalmente distintas:

1. Epic argumenta que existe un mercado para sistemas operativos en smartphones y que existirían, a su vez, dos *aftermarkets*: uno para la distribución de apps en iOS y otro para el procesamiento de pagos en iOS. En ellos, Apple sería un monopolista.
2. Apple, por su parte, argumenta que el mercado relevante contiene todas las transacciones digitales de videojuegos.

El tribunal, sin embargo, no aceptó ninguna de las dos teorías. En cuanto a lo propuesto por Epic, argumenta que esta definición es artificial. En particular, que está construida para satisfacer los tests provenientes de los casos *Kodak* y *Newcal*. Es más, que ella pretende hacer ver a Apple como un monopolista, cuando en realidad solo tiene una cuota

de mercado de 15% en el mercado global de smartphones. Adicionalmente, como es bien sabido, la teoría de los *aftermarkets* requiere la existencia de costos de cambio bastante altos. En otras palabras, se requiere que, tras la adquisición del primer producto, los consumidores queden “encerrados” en él (*lock-in*). Frente a esto, la corte indica que, aunque es evidente que Apple hace que sus plataformas sean difíciles de abandonar para los usuarios, este *lock-in* es parte de la diferenciación que atrae a sus consumidores. De hecho, Apple aportó evidencia de que los consumidores que no cambian de iPhone a dispositivos con sistema Android no lo hacen debido a su alta satisfacción con el producto. Finalmente, la corte entrega un argumento lógico: para que exista un mercado, debe existir un producto. En este caso, el sistema operativo no es el producto, el smartphone lo es. Por ende, sin un mercado, no puede haber *aftermarkets*.

En cuanto a la definición de mercado propuesta por Apple, el tribunal concuerda en que el mercado debe estar circunscrito a actividades de juegos (en oposición a apps que no constituyen videojuegos). Para ello, entrega una serie de razones: el nivel de ingresos generados, reconocimiento público, tecnologías para crearlas, identidad de consumidores y productores, presiones competitivas, entre otras. Tras eso, indica que hay cuatro distintos sub-mercados de juegos digitales:

1. Transacciones *online* en las apps de dispositivos móviles.
2. Transacciones en tiendas de juegos en computadores personales.
3. Tiendas digitales en consolas.
4. Servicios de *streaming* de juegos.

En este punto, la corte reconoce ciertas dificultades. Argumenta que la definición de mercado es difícil debido a que se trata de una industria que está mostrando señales de convergencia con la aparición de juegos que han desarrollado funcionalidades *crossplatform* (como Fortnite). Finalmente, si bien indica que existe cierto nivel de competencia entre todas las plataformas, este no es suficiente para considerarlas a todas como parte del mismo mercado relevante para efectos del caso. Por tanto, el mercado relevante es el de videojuegos en dispositivos móviles. Bien recuerda el tribunal también que, en el caso de mercados de varios lados, la jurisprudencia ya ha dicho en *Amex* que el producto se trata de la transacción.

En cuanto al mercado geográfico, este queda definido como global, pero con la excepción de China.

### III. El poder de mercado de Apple

En cuanto a la demanda principal, uno de los argumentos de Apple para rechazar las acusaciones es que no tiene una posición monopólica. En este punto, el tribunal reconoció las dificultades que tiene este punto en los mercados de varios lados y revisó múltiple evidencia:

1. La cuota de mercado que tiene Apple (entre 52 y 57%) es bastante alta. Sin embargo, no alcanza a estar dentro de los márgenes que constituirían poder monopólico para la Sección 2 de la Sherman Act.
2. En cuanto a políticas de precios, la evidencia no es suficiente ni para probar el poder de mercado ni su ausencia. La tasa de 30% de comisión no parece tener mayor explicación y Apple no logra vincularla con el valor de su propiedad intelectual. Sin embargo, podría ser que se relacionara con la “naturaleza tecnológica” de la actividad. Epic tampoco logra probar una reducción de oferta. Además, existe una batalla de expertos en lo que se refiere a los márgenes con los que Apple opera.

3. En cuanto a la naturaleza de las restricciones impuestas por Apple, el tribunal menciona que Apple tiene medios técnicos como contractuales para imponerlas. Por un lado, los desarrolladores necesitan certificados que permitan que el código de sus apps funcione en los dispositivos. Por otro, el DPLA no es negociable.

4. En cuanto a barreras de entrada, el tribunal reconoce que estas son altas en la actualidad, debido a la existencia de efectos de red indirectos, pero que ellas podrían ser más bajas a futuro, debido a los cambios que está viviendo la industria con la introducción de funcionalidades *cross-platform*.

La conclusión del tribunal en este punto es que, debido a su cuota de mercado, Apple se encuentra cerca de tener poder monopólico. Sin embargo, que esta no alcance un mayor margen, más lo dinamicidad del mercado, le permiten a la empresa zafar de tal conclusión.

#### IV. Restricciones impuestas por Apple y las Secciones 1 y 2 de la Sherman Act

En línea con la definición de mercado que había propuesto, Epic argumenta que Apple impone restricciones tanto a nivel de la distribución de apps, como en el procesamiento de pagos.

Un primer punto es netamente jurídico. El tribunal indica que el acuerdo entre Apple y los desarrolladores no cumple con los requisitos para aplicar la Sección 1 en el sentido de que no se trata de un acuerdo. Los desarrolladores sólo pueden aceptar las condiciones impuestas por Apple. Por ende, no hay acá una conducta coordinada. En cuanto a la Sección 2, el tribunal estima que no hay violación de la Sherman Act debido a que no se ha probado la existencia de poder monopólico.

De todas formas, realiza un análisis de razonabilidad de ellas bajo la Sección 1:

##### 1. Restricciones en la distribución.

Se reconoce la dificultad en evaluar el efecto de las restricciones, debido a la imposibilidad de aislarlas. Un mercado que presenta altos niveles de dinamicidad e innovación hacen muy difícil el trabajo del tribunal en este sentido.

En cuanto a exclusión, el tribunal indica que en el caso de los dispositivos Apple, la evidencia indica que los desarrolladores pequeños, si bien pueden distribuir directamente su producto a través de la web, también prefieren estar en la App Store para ser conocidos por los consumidores. En cambio, los desarrolladores de mayor relevancia y que podrían abrir sus propias tiendas, sí sufren cierto nivel de exclusión con las políticas de Apple. En particular, se citan los casos de Microsoft y Nvidia, que lograron distribuir apps de *streaming* de videojuegos sin recurrir a la App Store, pero con pobres resultados.

En cuanto a precios, el tribunal lamentó que las partes no hayan desarrollado mayormente sus puntos en torno al modelo de negocios de Apple. El 30% de comisión no parece estar relacionado a la propiedad intelectual de la empresa, su modelo es distinto al de los otros submercados de la industria (por ende, no comparables) y también es imposible saber si las contraprestaciones que Apple entrega a sus desarrolladores valen realmente tal comisión (al no existir competencia, es imposible saber si los desarrolladores podrían cambiarse a una alternativa). En resumen, el tribunal dice que es imposible saber con certeza si los precios son muy altos o si la oferta es muy baja, debido a que no hay un contrafactual competitivo contra el que comparar.

En cuanto a la tasa de innovación, aunque el tribunal también argumenta que no existe un

un contrafactual competitivo que permita la comparación, parece ser que la falta de competencia ha derivado en niveles de inversión bastante bajos en innovación para la App Store.

Apple presenta ciertas justificaciones de sus restricciones:

i) Seguridad. El tribunal confirma que, tanto en un modo estricto (anti-malware) como amplio (confiabilidad y privacidad), el modelo de Apple mejora la situación de los consumidores y que constituye un factor diferenciador a favor de Apple. En particular, atribuye importancia relevante a la existencia de chequeos humanos realizados en la App Store, los que dependen en la actualidad de mantener el sistema de negocios. Es más, Epic no le indica al tribunal cómo estos chequeos podrían ser realizados en modelos alternativos.

ii) IP. Como ha sido mencionado anteriormente, el tribunal reconoce que Apple tiene derecho a recibir una compensación por su propiedad intelectual. Sin embargo, que una tasa específica de 30% no parece tener justificación.

## 2) Restricciones en el procesamiento de pagos.

Sobre esto, Apple indica que tales restricciones mejoran la situación de consumidores y desarrolladores. Los primeros gozan de ventajas como el descargar sus aplicaciones en varios dispositivos, compartir membresías familiares, entre otras. Los segundos se ven beneficiados por el ambiente de confianza que lleva a consumidores a gastar más en aplicaciones. Además, Apple entrega una justificación adicional en este punto: se trata de la forma de controlar que su comisión sea pagada.

Fuera de lo anterior, el tribunal, en general, repite los argumentos entregados en materia de restricciones de distribución.

## 3) Ventas atadas.

Sobre la supuesta existencia de ventas atadas, el tribunal argumenta que sencillamente esa conducta no puede existir en este caso porque no hay bien al que atar la venta: el iOS no es un producto, el smartphone lo es.

## 4) Facilidades esenciales.

Epic también argumenta que la conducta de Apple puede tratarse bajo la doctrina de las facilidades esenciales. Sin embargo, el tribunal responde que sencillamente Epic no probó el punto principal de la doctrina: que haya un monopolista en control de una facilidad esencial. De hecho, debido a que hay otras formas de distribuir contenido, la facilidad ni siquiera sería esencial.

## V. El ecosistema de Apple y la ley de competencia desleal de California

Al analizar las restricciones impuestas por Apple, la corte realiza una reflexión interesante. Argumenta que el ecosistema de Apple no debe ser mirado como una serie de restricciones aisladas, sino que dentro de su contexto. Desde este punto de vista, las restricciones *antisteering* (que impiden que los desarrolladores dirijan a los consumidores a sus propios sitios o sistemas) afectan los niveles de transparencia y de información con que cuentan los consumidores. Apple derechamente les niega la elección a sus clientes, pese a que los desarrolladores podrían ofrecer mejores condiciones en sus propios canales de distribución.

Esto es importante, pues es el antecedente directo de la aplicación de la ley de competencia desleal de California en este caso, la que requiere la existencia de un perjuicio económico y que este perjuicio económico haya sido causado por una práctica de negocios desleal (*unfair*).

En esta materia, el tribunal argumenta que Epic está legitimado desde dos puntos de vista. Por un lado, es un competidor potencial, debido a que quiso abrir su propia tienda en la iOS Store y Apple no se lo permitió. Por otro, pese a no ser consumidor final, se trata de un cliente de Apple y, por ende, un cuasi-consumidor. Esto tiene importancia porque se aplican estándares distintos según la legitimación usada:

i) Cuando se trata de un competidor, el demandante debe probar que la conducta amenace con una violación incipiente del derecho antitrust, viola el espíritu de una de las leyes antitrust, o de alguna otra forma afecta la competencia en forma significativa. Estos hallazgos tienen que estar “atados” (*tethered*) a una política legislativa expresa o a un daño a la competencia. Por esto, se trata de un *tethering test*.

ii) Como consumidor, además del test ya mencionado, los jueces pueden aplicar el *balancing test*, que contrapesa la utilidad o eficiencias de la conducta del demandado contra la gravedad del perjuicio realizado a la víctima.

El tribunal termina decidiendo que la ley de competencia desleal de California le permite sancionar a Apple. En cuanto al *tethering test*, el tribunal indica que, si bien Epic no logró probar una violación de las leyes antitrust, las reglas *anti-steering* de Apple constituyen una amenaza de violación incipiente del antitrust debido a que evitan que los consumidores tomen decisiones informadas. De la misma manera, estas restricciones violan el espíritu del antitrust, pues previenen la sustitución entre plataformas. En cuanto al *balancing test*, el tribunal también considera que los beneficios generados por las restricciones *anti-steering* son mucho menores que las ventajas.

El remedio aplicado es una orden que impide a Apple prohibir a sus desarrolladores, por un lado, métodos alternativos de pago y compra y, por el otro, la comunicación a través de puntos de contacto obtenidos con el consentimiento de los clientes a través de la creación de una cuenta en el app respectiva, esto debe ser efectivo en 90 días desde la sentencia.

## VI. La demanda reconvencional de Apple

Luego, al evaluar la demanda reconvencional, la Corte tuvo presente que Epic reconoció haber incumplido el contrato en la forma descrita por Apple, pero justificó que debería rechazarse porque el contrato que vincula a ambas partes no es ejecutable ya que (i) no habría incumplimiento porque el contrato sería ilegal (“Doctrine of Illegality” o Doctrina de la ilegalidad), (ii) es nulo por ser contrario al orden público y (iii) sus disposiciones son desproporcionadas, todo esto por los mismos argumentos señalados en lo principal, es decir, que el contrato viola la Sherman Act, la California’s Cartwright Act y la ley de competencia de California.

La Corte rechazó cada uno de los argumentos invocados por Epic para justificar el incumplimiento del contrato, ya que las disposiciones del contrato no son contrarias a los ordenamientos señalados como fue expuesto supra, no se ha afectado el interés público y porque no se logró acreditar que el contrato fuera desproporcionado, a pesar de ser un contrato de adhesión (véase punto I, en lo referente a este tema).

## VII. Conclusión

En resumen, la Corte falló a favor de Apple en casi todas las acciones interpuestas en este juicio, a excepción de la violación a la ley de competencia desleal de California y que, solo se acogió, parcialmente su demanda por incumplimiento de contrato en contra de Epic, condenándolo a pagar la tarifa convenida del 30%. Pero este “triunfo” de Apple, no significó una victoria para ellos porque los remedios impuestos significarán importantes cambios en el modelo de negocios.

Tanto Apple como Epic anunciaron que apelarán la sentencia.

## 2. FICHA JURISPRUDENCIAL.

<b>ÓRGANO COMPETENTE</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• UNITED STATES DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA</li> </ul>
<b>TIPO DE ACCIÓN</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Secciones 1 y 2 de la Sherman Act</li> <li>• Competencia desleal</li> <li>• Incumplimiento contractual</li> </ul>
<b>CONDUCTA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Secciones 1 y 2 de la Sherman Act</li> <li>• Competencia desleal</li> <li>• Incumplimiento contractual</li> </ul>
<b>PARTES</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• EPIC GAMES, INC</li> <li>• APPLE INC.</li> </ul>
<b>ROL</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Case No. 4:20-cv-05640-YGR</li> </ul>
<b>Nº SENTENCIA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 812</li> </ul>
<b>FECHA</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 10 de septiembre de 2021</li> </ul>
<b>RESULTADO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La Corte rechazó casi todas las acciones ejercidas por Epic, pero acogió que las disposiciones antireglamentarias de los términos y condiciones de su App Store violaban la ley de competencia de California. En una senttencia aparte se detallarán los remedios para resolver esta vulneracion.</li> <li>• Por otro lado, se acogio la demanda de incumplimiento de contrato interpuesta por Apple en contra de Epic por no haber pagado la tarifa acordada.</li> </ul>
<b>HECHOS</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Epic y Apple celebraron un contrato de licencia para desarrollar aplicaciones, Epic acusa a Apple, de que las condiciones del mismo son anticompetitivas especialmente por no poder usar una plataforma de pagos distinta a la App Store, mientras que Apple demandó reconventionalmente por incumplimiento de contrato</li> </ul>
<b>MERCADO RELEVANTE</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Transacciones globales de juegos móviles.</li> </ul>
<b>TEORÍA DE DAÑO APLICADA POR LA AUTORIDAD</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Competencia desleal debido a restricciones 'anti-steering'</li> </ul>