

141. Si, dans une décision constatant le caractère abusif d'un système de rabais, la Commission effectue une telle analyse, il appartient au Tribunal d'examiner l'ensemble des arguments de la partie requérante visant à mettre en cause le bien-fondé des constatations faites par la Commission quant à la capacité d'éviction du système de rabais concerné.

142. En l'occurrence, dans la décision litigieuse, la Commission, tout en soulignant que les rabais en cause avaient, par leur nature même, la capacité de restreindre la concurrence de sorte qu'une analyse de l'ensemble des circonstances de l'espèce et, en particulier, un test AEC n'étaient pas nécessaires pour constater un abus de position dominante (voir, notamment, les points 925 et 1760 de cette décision), a néanmoins opéré un examen approfondi de ces circonstances, en consacrant, aux points 1002 à 1576 de cette décision, des développements très détaillés à son analyse menée dans le cadre du test AEC, analyse qui l'a conduite à conclure, aux points 1574 et 1575 de ladite décision, qu'un concurrent aussi efficace aurait dû pratiquer des prix qui n'auraient pas été viables et que, partant, la pratique de rabais en cause était susceptible d'avoir des effets d'éviction d'un tel concurrent.

143. Il s'ensuit que, dans la décision litigieuse, le test AEC a revêtu une importance réelle dans l'appréciation par la Commission de la capacité de la pratique de rabais en cause de produire un effet d'éviction de concurrents aussi efficaces.

144. Dans ces conditions, le Tribunal était tenu d'examiner l'ensemble des arguments d'Intel formulés au sujet de ce test.

145. Or, il a jugé, aux points 151 et 166 de l'arrêt attaqué, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si la Commission avait effectué le test AEC dans les règles de l'art et sans commettre d'erreurs, et qu'il n'était pas non plus nécessaire d'examiner la question de savoir si les calculs alternatifs proposés par Intel avaient été effectués de manière correcte.

146. Dans le cadre de son examen, à titre surabondant, des circonstances de l'espèce, le Tribunal a, dès lors, dénié, aux points 172 à 175 de l'arrêt attaqué, toute pertinence au test AEC opéré par la Commission, et n'a, partant, pas répondu aux critiques émises contre ce test par Intel.

147. En conséquence, sans qu'il soit besoin de statuer sur les deuxième, troisième et sixième moyens, il convient d'annuler l'arrêt attaqué en ce que le Tribunal s'est, à tort, abstenu, dans le cadre de son analyse de la capacité des rabais litigieux de restreindre la concurrence, de prendre en considération l'argumentation d'Intel visant à dénoncer de prétendues erreurs commises par la Commission dans le cadre du test AEC.

[...]

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) déclare et arrête :

1) *L'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 12 juin 2014, Intel / Commission (T-286/09, EU:T:2014:547), est annulé.*

2) *L'affaire est renvoyée devant le Tribunal de l'Union européenne.*

[...]

## Noot

### *Intel: effectenanalyse in misbruikzaken*

*Hans Gilliams<sup>1</sup>*

Dit arrest doet drie vragen rijzen. Heeft Intel nu het pleit gewonnen? In welke mate wijzigt deze uitspraak het recht

inzake misbruik van machtspositie? En wat zijn de resterende openstaande punten?

### HEEFT INTEL HET PLEIT GEWONNEN?

Voor Intel zelf betekent het arrest van het Hof enkel dat de strijd niet definitief verloren is. Het Hof van Justitie heeft de beschikking uit 2009 waarbij de Europese Commissie een misbruik van machtspositie vaststelde en waarbij het Intel een geldboete van meer dan 1 miljard EUR oplegde, niet vernietigd. Deze beschikking blijft ondanks bovenstaand arrest uitvoerbaar en afdwingbaar. Intel had beroep aangetekend tegen de beschikking bij het Gerecht, dat het beroep in een

arrest van 2014 verwierp. Bovenstaand arrest casseert het arrest van het Gerecht, waardoor Intel een tweede kans krijgt om haar zaak voor het Gerecht te verdedigen.

Heeft Intel nu goede kansen om voor het Gerecht het pleit te winnen? Dat is verre van zeker. Intel levert microchips aan hardwarefabrikanten. De beschikking van 2009 beboette Intel omwille van twee praktijken. Ten eerste betaalde Intel

<sup>1</sup> Advocaat Eubelius.

bepaalde afnemers om het gebruik van concurrerende AMD-microchips stop te zetten, te beperken of uit te stellen (de zgn. “onverbloemde concurrentiebeperkingen”). Ten tweede kende Intel exclusiviteitskortingen toe aan hardwarefabrikanten, d.w.z. kortingen om enkel Intel-microchips te gebruiken (en dus geen concurrerende). Het arrest van het Gerecht had geconcludeerd dat de Commissie het bij het rechte eind had door beide praktijken te kwalificeren als een misbruik van machtspositie.

Intel lijkt in haar beroep voor het Hof de bevindingen van het Gerecht met betrekking tot de “onverbloemde concurrentiebeperkingen” niet te hebben betwist. Evenmin bevat het arrest van het Hof een redenering die de bevindingen van de Commissie met betrekking tot de restrictieve werking van de onverbloemde concurrentiebeperkingen opzij lijkt te zetten. Hoewel het Gerecht – dat zich in een andere samenstelling opnieuw over deze kwestie moet buigen – in theorie vrij is om tot een andere conclusie te komen met betrekking tot de onverbloemde concurrentiebeperkingen, lijkt dergelijke uitkomst onwaarschijnlijk.

Het arrest van het Hof determineert evenmin de uitkomst van

de nieuwe procedure voor het Gerecht met betrekking tot de exclusiviteitskortingen. In de beschikking van 2009 had de Commissie het standpunt ingenomen dat exclusiviteitskortingen van ondernemingen met een machtspositie *uit hun aard* concurrenten uitsluiten, zonder dat de effecten van dergelijke kortingen moeten worden geanalyseerd. Intel had zich voor de Commissie verdedigd met de stelling dat haar kortingen niet in staat waren om te resulteren in een merkbaar uitsluitingseffect ten nadele van “even efficiënte” concurrenten. De Commissie analyseerde – en verwierp – dit “effect”-verweer in haar beschikking, maar zei dat ze dat enkel in subsidiaire orde deed. Het Gerecht onderschreef dat een effectenanalyse inderdaad niet nodig was en wees de claims van Intel op zijn beurt af. Dit is waarom het Hof het arrest van het Gerecht vernietigde. Wanneer het Gerecht de zaak van Intel opnieuw behandelt, zal het de effectenanalyse, zoals uiteengezet in de beschikking van de Commissie van 2009, moeten toetsen. Bovenstaand arrest kwalificeert de analyse van de Commissie dus niet als gebrekkig. Het Hof zegt enkel dat het Gerecht de effectenanalyse van de Commissie had moeten toetsen, in plaats van de zaak af te doen op basis van de “*per se*”-theorie van de Commissie.

### IS HET VERBOD OP MISBRUIK VAN EEN MACHTSPOSITIE GEWIJZIGD?

Het Hof doet meer dan het Gerecht op procedurele gronden casseren. Bovenstaand arrest bevat een aantal overwegingen die duidelijk bedoeld zijn om inhoud te geven aan het debat over de rechtmatigheid van kortingen van een dominante speler. Deze overwegingen zijn potentieel relevant zowel voor de *Intel*-zaak als voor andere “misbruikzaken” en maken van *Intel* een mijlpaalarrest.

De vernieuwende overwegingen zijn te vinden in § 138-140 van bovenstaand arrest en kunnen als volgt worden samengevat:

- (1) kortingen (inclusief exclusiviteitskortingen) die zijn toegekend door een dominante onderneming vormen niet langer een “*per se*”-inbreuk. De (voorzienbare) uitsluitingseffecten van dergelijke kortingen op de concurrentie moeten worden beoordeeld;
- (2) het Hof identificeert de factoren die moeten worden meegenomen in de analyse of er een uitsluitingsmogelijkheid bestaat;
- (3) een dominante onderneming kan het uitsluitingseffect van haar gedrag rechtvaardigen op basis van objectieve noodzakelijkheid of efficiëntievoordelen.

De effectenanalyse in misbruikzaken is geen uitvinding van het Hof van Justitie. De bewoordingen van bovenstaand arrest zijn geïnspireerd op een mededeling van de Commissie uit 2009<sup>2</sup>. De Commissie had in die mededeling aangekondigd dat zij voortaan de effecten van het marktgedrag van dominante ondernemingen zou nagaan. In de *Intel*-zaak had de Commissie echter (zowel in haar beschikking als voor het Gerecht en het Hof) geponereerd dat een dergelijke effectenanalyse facultatief is, d.w.z. dat de Commissie exclusiviteits- en getrouwheidskortingen nog steeds als “*per se*”-inbreuken kan kwalificeren. Bovenstaand arrest verwierpt die stelling: een effectenanalyse is voortaan verplicht als de betrokken onderneming betwist dat haar marktgedrag concurrenten kan uitsluiten. Weliswaar zou § 141 van bovenstaand arrest derwijze kunnen worden gelezen dat het Gerecht een effectenbeoordeling moet uitvoeren *als* de Commissie in haar inbreukbeslissing een dergelijke analyse heeft gemaakt. Dergelijke lezing zou de theoretische optie voor de Commissie laten om een beschikking zonder effectbeoordeling uit te vaardigen, maar het is onwaarschijnlijk dat de Commissie die weg zal inslaan.

<sup>2</sup> Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (voor de EER relevante tekst) (*Pb.C.* 45 van 24 februari 2009, 7-20).

## WELKE PUNTEN BLIJVEN OPEN?

Een eerste vraag is of enkel de Europese Commissie verplicht is een effectenanalyse uit te voeren – dan wel of ook de nationale rechter dan wel een nationale mededingingsautoriteit die over een misbruikclaim oordeelt, dergelijke analyse moeten maken. Het verbod op misbruik heeft directe werking – d.w.z. het kan en moet door nationale rechters en mededingingsautoriteiten worden toegepast, ongeacht of de Commissie actie heeft ondernomen. Hoewel bovenstaand arrest in eerste instantie de procedurele verplichtingen van de Commissie beschrijft, bevat het ook inhoudelijke richtsnoeren (kortingen zijn verboden als ze even efficiënte concurrenten kunnen uitsluiten, zie § 136 van het arrest), die bindend zijn voor nationale rechters en mededingingsautoriteiten.

Een tweede vraag is of de effectenanalyse enkel moet worden gemaakt wanneer het gaat om de toepassing van het EU-verbod op misbruik van machtspositie. Wat als een nationale rechter of autoriteit toepassing maakt van een *nationaal* misbruikverbod? Verordening nr. 1/2003<sup>3</sup> laat strengere nationale regels toe, wat de theoretische mogelijkheid laat dat een “*per se*”-verbod op kortingen blijft bestaan in nationaal recht. Dergelijke uitkomst lijkt niet waarschijnlijk in België, aangezien het Belgische verbod “rechtstreeks is ingegeven” door het EU-verbod<sup>4</sup>.

Een derde vraag is of bovenstaand arrest enkel relevant is voor kortingen. De formulering van het Hof is algemeen en zou kunnen worden gelezen als relevant voor eender welke prijszettingpraktijk (d.w.z. niet enkel kortingen), of zelfs op eender welke praktijk van een dominante onderneming. Als bovenstaand arrest inderdaad toepassing vindt op andere praktijken dan kortingen, zou dit betekenen dat zelfs “onverbloemde concurrentiebeperkingen” of regelrechte exclusiviteitsregelingen niet zijn verboden indien en voor zover dergelijke praktijken alleen minder efficiënte bedrijven uitsluiten. Het probleem is dat de “even efficiënte concurrent”-test (“AEC-test”<sup>5</sup>), die op het spel stond in de *Intel*-zaak, gebaseerd is op de prijszetting van de dominante onderneming en niet op de kostenstructuur van haar rivalen. Als een bedrijf met een machtspositie prijzen onder haar kostprijs biedt, wordt dat aanzien als bewijs dat een even efficiënte concurrent niet met dergelijke prijzen zou kunnen wedijveren. Deze test is niet bruikbaar voor niet-prijszettingpraktijken (zoals regelrechte exclusiviteitsregelingen, koppelverkoop of verkoopweigering).

Een vierde vraag is of *Intel* een veilige haven creëert voor dominante bedrijven. Volgens het Hof kan “[o]p verdienste gebaseerde mededinging [...] er per definitie toe leiden dat

*minder efficiënte concurrenten, die dus op het punt van de prijs, de keuze, de kwaliteit of de innovatie voor de consument minder interessant zijn, van de markt verdwijnen of daarop een marginale plaats krijgen*”<sup>6</sup>. Dit suggereert dat een dominante onderneming geen misbruik pleegt in de mate dat haar gedrag enkel minder efficiënte rivalen uitsluit. De Commissie zal dergelijke *a contrario*-lezing van het arrest vermoedelijk verwerpen. Ook concurrenten die minder efficiënt zijn, kunnen immers het marktgedrag van een dominant bedrijf disciplineren: markspelers moeten soms een leercurve doorlopen vooraleer ze even efficiënt worden als de dominante speler. Daarnaast kunnen in bepaalde markten ook potentiële concurrenten een disciplinerende factor vormen voor een dominante onderneming. Kortingen die bedoeld zijn om de intrede op de markt van dergelijke spelers te voorkomen, kunnen ook schadelijk zijn voor de mededinging. Om het in prijszettingstermen te stellen: zelfs wanneer een onderneming met een machtspositie prijzen hanteert die haar kosten dekken, is het niet uitgesloten dat dergelijke prijzen als gevolg hebben dat de mededinging onwettig wordt uitgesloten.

Een vijfde vraag is hoeveel markt afscherming (uitsluitings-effect) nodig is om tot een vaststelling van misbruik te komen. Bovenstaand arrest bevestigt dat de effecten van een korting moeten worden beoordeeld en vermeldt de factoren waarmee rekening moet worden gehouden bij het maken van dergelijke beoordeling. Het Hof verduidelijkt echter niet hoe deze factoren tegen elkaar moeten worden afgewogen. De concrete uitkomst van de te maken beoordeling is dus niet duidelijk – en dat is des te meer het geval omdat er vele vormen van kortingen zijn. Puur optionele (“*pay as you go*”)-kortingen bijvoorbeeld hebben effecten die verschillen van kortingen die van toepassing zijn op alle bestellingen van een klant en die worden toegekend in ruil voor een exclusiviteitsverbintenis vanwege de klant op lange termijn. Bovenstaand arrest verduidelijkt evenmin hoe uitsluitingseffecten moeten worden afgewogen tegen efficiëntievoordelen.

Ten slotte een zesde vraag. Bovenstaand arrest stelt (§ 139) dat de Commissie ook “*verplicht [is] na te gaan of er sprake is van een strategie die erop gericht is minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten*”. Deze passage van het arrest zou het debat kunnen vertroebelen. De essentie van marktgedrag is dat het erop gericht is concurrenten uit te sluiten. De intentie of strategie van een dominante onderneming lijkt niet doorslaggevend te zijn als het onwaarschijnlijk is dat haar gedrag uitsluitingseffecten heeft. Mogelijk betekent deze passage dat kortingen een misbruik vormen

<sup>3</sup> Zie art. 3, 2. van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de art. 81 en 82 van het verdrag (voor de EER relevante tekst) (*Pb.L.* 1 van 4 januari 2003).

<sup>4</sup> Cass. 9 juni 2000, C.98.0458.F., *Brussels International Trade Mart / Barlow en Amadeus*.

<sup>5</sup> Ook in het Nederlands gebruikt men de term “AEC”, van het Engelse “*as efficient competitor*”.

<sup>6</sup> Zie § 134 van het arrest.

als er geen redelijke commerciële rechtvaardiging bestaat voor dergelijke kortingen – d.w.z. als het niet voorzienbaar is dat die kortingen de dominante onderneming iets anders kan opleveren dan de uitsluiting van haar concurrenten.