



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
N. WAHL
представено на 20 октомври 2016 година¹

Дело C-413/14 P

**Intel Corporation Inc.
срещу**

Европейска комисия

„Обжалване — Член 102 ДФЕС — Злоупотреба с господстващо положение — Отстъпки за — лоялност — Квалифициране на дадена практика като — злоупотреба — Приложим — правен критерий Единно и продължавано — нарушение — Право на защита — Член 19 от Регламент (ЕО) № 1/2003 — на Съвета — Разговор, отнасящ се до предмета на разследването — Компетентност на Комисията — Привеждане в действие — Последници“

Съдържание

I – Правна уредба	4
II – Обстоятелства, предхождащи спора	4
III – Производство пред Общия съд и обжалваното съдебно решение	8
IV – Производство пред Съда и искания на страните	8
V – Преценка на основанията за обжалване	9
A – Встъпителни бележки	8
B – По първото основание за обжалване: правния критерий, който следва да се приложи по отношение на т.нар. „изключителни отстъпки“	11
1. Основни доводи на страните	11
2. Анализ	12
a) Относно принципната преценка на отстъпките и плащанията на жалбоподателя, направена от Общия съд	12

¹ Език на оригиналния текст: английски.

i)	Основни принципи на съдебната практика относно отстъпките	13
ii)	Обстоятелствата по делото като средство да се установи дали спорното поведение има вероятни последици върху конкуренцията	16
iii)	Според съдебната практика съществуват само два вида отстъпки	17
–	Презумпцията за незаконосъобразност в зависимост от формата не може да бъде оборена	18
–	Отстъпките за лоялност невинаги имат вредни последици	19
–	Последиците на отстъпките за лоялност зависят от конкретните обстоятелства	20
–	Свързаните практики изискват разглеждането на обстоятелствата в тяхната съвкупност	21
iv)	Междино заключение	22
б)	Алтернативната преценка на Общия съд относно способността за ограничаване на конкуренцията	23
i)	Способност и/или вероятност	23
ii)	Факторите, които според Общия съд подкрепят констатацията за злоупотреба	25
iii)	Други обстоятелства	26
–	Пазарен обхват	27
–	Продължителност	28
–	Пазарните резултати на конкурента и понижаването на цените	30
–	Критерият АЕС	30
в)	Заключение	32
В –	По второто основание за обжалване: значението на пазарния обхват, за да се определи дали предприятието е злоупотребило с господстващото си положение	32
1.	Основни доводи на страните	32
2.	Анализ	33
Г –	По третото основание за обжалване: квалифицирането на определени отстъпки като „изключителни отстъпки“	35
1.	Основни доводи на страните	35
2.	Анализ	36
Д –	По четвъртото основание за обжалване: правото на защита	35
1.	Основни доводи на страните	38

2. Анализ	39
а) Въпросната среща представлява снемане на обяснения по смисъла на член 19 от Регламент № 1/2003	40
б) Вътрешната записка не е поправила процедурното нарушение	42
в) Последиците от липсата на запис от срещата	43
Е – По петото основание за обжалване: компетентността	42
1. Основни доводи на страните	48
2. Анализ	50
а) Общи бележки: привеждане в действие и/или последици?	50
б) Преценка на прилагането на релевантните критерии за компетентност от Общия съд	54
i) Привеждане в действие	54
ii) „Квалифицирани“ последици	55
Ж – По шестото основание за обжалване: размера на глобата	58
1. Основни доводи на страните	58
2. Анализ	58
VI – Последици на преценката	60
VII – Заключение	61

С настоящата жалба

1. Intel Corporation (наричано по-нататък „Intel“ или „жалбоподателят“) иска от Съда да отмени решение от 12 юни 2014 г., Intel/Комисия², с което Общият съд отхвърля искането за отмяна на Решение С(2009) 3726 окончателен на Комисията от 13 май 2009 година относно производство по член 82 [ЕО] (понастоящем член 102 ДФЕС) и член 54 от Споразумението за ЕИП (дело COMP/C-3/37.990 — Intel) (наричано по-нататък „спорното решение“)³.

2. Делото повдига няколко важни принципни въпроса. Тези въпроси включват прилагането на понятието „единно и продължавано нарушение“ в контекста на настоящия член 102 ДФЕС, правото на преценка, с което трябва да разполага Комисията, когато записва провежданите от нея разговори в процеса на разследване, както и обхвата на компетентността на Комисията да разследва нарушения, извършени в чужбина.

2 EU:T:2014:547 (наричано по-нататък „обжалваното съдебно решение“).

3 Резюме на това решение вж. в ОВ С 227, 2009 г., стр. 13.

3. Освен това делото предоставя на Съда възможност да уточни практиката си във връзка със злоупотреба с господстващо положение съгласно член 102 ДФЕС. По-конкретно, повдига се въпросът дали в светлината на съдебната практика, изведена в решение Hoffmann-La Roche⁴, е обосновано да се прави разграничение между различните видове отстъпки. Вземайки предвид тази съдебна практика, Съдът трябва да определи правилния правен критерий, който да се приложи по отношение на конкретна категория отстъпки, наречени от Общия съд в обжалваното съдебно решение „изключителни отстъпки“.

4. По-специално Съдът трябва да се произнесе дали Общият съд правилно е приел, че отстъпки като разглежданите в настоящото дело са поначало антиконкурентни. Ако тези отстъпки поначало имат антиконкурентен характер, няма да е необходимо да се разглеждат всички обстоятелства по делото, за да се определи дали въпросното поведение действително може да доведе до ограничаване на конкуренцията на определен пазар.

I – Правна уредба

5. В съображение 25 от Регламент (ЕО) № 1/2003⁵ се пояснява, че Комисията следва да разполага с правомощия да разпитва всички лица, за които е възможно да разполагат с полезна информация, и да записва дадените обяснения.

6. Член 19 от Регламента се отнася за правомощието на Комисията да сменя обяснения. Параграф 1 от този член гласи:

„За да изпълни задълженията, възложени ѝ с настоящия регламент, Комисията може да смене обяснения от всички физически или юридически лица, които се съгласят да им бъдат снети обяснения с цел да събере информация, свързана с предмета на разследването“.

7. Член 27, параграф 2 от този регламент предвижда:

„Правото на защита на засегнатите страни се съблюдава в хода на цялото производство. На тях се предоставя правото на достъп до материалите по делото пред Комисията при условия на зачитане на законния интерес на предприятията от опазване на техните търговски тайни. Правото на достъп до преписката не може да се разширява до поверителната информация и вътрешните документи на Комисията или на органите по конкуренция на държавите членки[...]“.

8. Съображение 3 от Регламент (ЕО) № 773/2004⁶ пояснява, че когато Комисията сменя показания, изслушваните лица следва да бъдат информирани за причината за събеседването, както и за това, че то може да се записва.

9. Член 3 от същия регламент се отнася до правомощието на Комисията да сменя показания. Той предвижда:

„1. Когато Комисията изслушва лице с негово съгласие в съответствие с член 19 от Регламент [№ 1/2003], още в началото на разговора тя посочва правните основания и целта на разговора, като припомня неговия добровolen характер. Тя информира изслушваното лице и за намерението си да направи запис на разговора.“

4 Вж. решение от 13 февруари 1979 г., Hoffmann-La Roche/Комисия (85/76, EU:C:1979:36, наричано по-нататък „решение Hoffmann-La Roche“).

5 Регламент на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове [101 ДФЕС] и [102 ДФЕС] (ОВ L 1, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8 том 1 стр. 167).

6 Регламент (ЕО) № 773/2004 на Комисията от 7 април 2004 година относно водените от Комисията производства съгласно членове [101 ДФЕС] и [102 ДФЕС] (ОВ L 123, 2004 г., стр. 18; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 242).

2. Разговорът може да се провежда по всякакъв начин, включително по телефона или по електронен път.

3. Комисията може под всякаква форма да записва показанията на изслушваните лица. На изслушаното лице се предоставя копие от всеки запис за одобрение. При необходимост Комисията определя срок, в който изслушаното лице може да ѝ съобщи за евентуални поправки, които следва да бъдат направени в показанията“.

II – Обстоятелства, предхождащи спора

10. Обстоятелствата, предхождащи спора, както са изложени в обжалваното съдебно решение, могат да бъдат обобщени по следния начин.

11. Intel е дружество по правото на САЩ, което осигурява проектирането, разработването, производството и продажбите на микропроцесори (наричани по-нататък „CPU“), чипсетове и други полупроводникови компоненти, както и решения за платформи във връзка с обработването на данни и комуникационни устройства.

12. На 18 октомври 2000 г. Advanced Micro Devices (наричано по-нататък „AMD“) подава официално оплакване до Комисията съгласно Регламент № 17⁷, което впоследствие допълва с изложени в допълнително оплакване от 26 ноември 2003 г. нови факти и твърдения.

13. През май 2004 г. Комисията започва поредица от разследвания, тясно свързани с твърденията от допълнителното оплакване на AMD.

14. На 17 юли 2006 г. AMD подава оплакване до Bundeskartellamt (Федерална картелна служба, Германия), в което твърди по-специално, че Intel е установило търговски практики за възпрепятстване на конкуренти заедно с Media-Saturn-Holding GmbH (наричано по-нататък „MSH“), европейски търговец на дребно на микроелектронни устройства и първи европейски дистрибутор на офисни компютри. Във връзка с този случай Федералната картелна служба и Комисията обменят информация.

15. На 23 август 2006 г. Комисията провежда среща с високопоставен ръководител, г-н D1 от Dell Inc., което е клиент на Intel⁸. Комисията не прилага към преписката по делото ориентировъчния списък на темите от тази среща и не съставя протокол. Впоследствие член от натоварения с преписката екип на Комисията изготвя записка, която Комисията счита за вътрешен документ. На 19 декември 2008 г. Комисията предоставя на жалбоподателя неверителна редакция на тази записка.

16. На 26 юли 2007 г. Комисията изпраща на жалбоподателя изложение на възраженията (наричано по-нататък „изложението на възраженията от 2007 г.“) относно неговото поведение спрямо пет основни производители на оригинално оборудване (Original Equipment Manufacturer, наричани по-нататък „ОЕМ“), а именно Dell, Hewlett-Packard Company (HP), Acer Inc., NEC Corp. и International Business Machines Corp. (IBM).

7 Регламент на Съвета от 6 февруари 1962 година, Първи регламент за прилагане на членове [101 ДФЕС] и [102 ДФЕС] (ОВ L3, 1962 г., стр. 204; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 3).

8 Поверителните данни са заличени. По-нататък, с цел да се гарантира анонимността, името на засегнатото лице ще бъде заменено, както и в първоинстанционното производство, с първата буква от наименованието на предприятието, за което това лице работи, последвана от номер.

17. На 17 юли 2008 г. Комисията изпраща на жалбоподателя допълнително изложение на възраженията относно неговото поведение спрямо MSH и Lenovo Group Ltd (нарично по-нататък „Lenovo“). То съдържа нови доказателства относно поведението на Intel спрямо някои от OEM, които са били посочени в изложението на възраженията от 2007 г., и които са били получени в Комисията след публикуването му.

18. След различни процедурни стъпки на 13 май 2009 г. Комисията приема спорното решение, в което твърди, че Intel е извършило нарушение на член 82 ДЕС и член 54 от Споразумението за Европейското икономическо пространство (ЕИП) между октомври 2002 г. и декември 2007 г. чрез прилагане на стратегия, имаща за цел да възпрепятства навлизането на конкурента AMD на пазара на централни процесори със структура x86 (наричани по-нататък „CPU x86“).

19. Това решение съдържа следните съображения:

20. Въпросните продукти са CPU. Структурата x86 е стандарт, разработен от Intel за неговите CPU. Тя може да управлява операционните системи Windows и Linux. Windows е свързана главно с инструкциите за x86. Преди 2000 г. има няколко производители на CPU x86. Впоследствие обаче повечето от тези производители напускат пазара. Съгласно спорното решение Intel и AMD са на практика единствените две предприятия, които все още произвеждат CPU x86.

21. Освен това в спорното решение Комисията достига до извода, че пазарът на разглеждания продукт не е по-широк от пазара на CPU x86. При все това тя оставя открит въпроса дали е налице единен пазар на CPU x86 за всички видове компютри, или трябва да се прави разграничение между три различни пазара на CPU x86 — този за стационарни компютри, за преносими компютри и за сървъри. Съгласно спорното решение, с оглед на пазарните дялове на Intel във всеки от сегментите, изводите по отношение на господстващото положение остават непроменени.

22. В спорното решение географският пазар е определен като пазар в световен мащаб.

23. По отношение на господстващото положение, в десетгодишния период, разглеждан от Комисията (1997—2007 г.), Intel е поддържало постоянно пазарни дялове от около 70 % или повече. В допълнение към това Комисията установява съществуването на значителни бариери за навлизане и експанзия на пазара за CPU x86. Бариерите произлизат от невъзвръщаеми инвестиции за изследвания и развойна дейност, за интелектуална собственост и производствени съоръжения, които са необходими за производство на CPU x86. Въз основа на пазарните дялове на Intel и на бариерите за навлизане и експанзия на разглеждания пазар Комисията стига до извода, че поне в периода, обхванат от решението, а именно от октомври 2002 г. до декември 2007 г., Intel е имало господстващо положение на този пазар.

24. В спорното решение Комисията установява два вида поведение на Intel спрямо неговите търговски партньори: условни отстъпки и т.нар. „голи“ ограничения (naked restrictions).

25. По отношение на първия вид Intel е предоставило отстъпки на четири OEM — в случая Dell, Lenovo, HP и NEC, с условието те да купуват от Intel всички или почти всички свои CPU x86. Също така Intel е извършило плащания на MSH с условие това предприятие да продава изключително снабдени с CPU x86 Intel компютри.

26. Съгласно спорното решение предоставените от Intel условни отстъпки представляват отстъпки за лоялност. Относно обвързаните с условия плащания на Intel към MSH Комисията приема, че икономическият механизъм на тези плащания е равностоен на механизма, който е налице при предоставените на OEM условни отстъпки.

27. Освен това в спорното решение се прави икономически анализ на възможността отстъпките и плащанията към MSH да ограничат достъпа до пазара на хипотетичен конкурент, който е също толкова ефективен колкото Intel (as efficient—competitor—test, наричан по-нататък „критерият АЕС“)⁹.

28. Предвид тези съображения Комисията достига до извода, че условните отстъпки и плащания на Intel са довели до лоялността на ключовите OEM и на MSH. Допълнителна последица от тези практики се е изразила в това, че те значително са намалили способността на конкурентите да се конкурират въз основа на качествата на своите CPU x86. Антиконкурентното поведение на Intel по този начин довело до намален избор на потребителите и до по-слаби стимули за иновационна дейност.

29. Що се отнася до втория вид поведение, установен в спорното решение, т.нар. „голи“ ограничения, според Комисията Intel е направило плащания на три OEM — а именно на HP, Acer и Lenovo — при условие че тези OEM отложат или отменят пускането на пазара на продукти със CPU на AMD и/или наложат ограничения за разпространението на тези продукти. Комисията стига до извода, че поведението на Intel във връзка с „голите“ отстъпки е навредило на конкуренцията, тъй като клиентите са били лишени от избора, който иначе биха имали. Според Комисията това не представлява обикновена конкуренция, основана на качествата на продукта.

30. Комисията посочва в спорното решение, че всеки елемент от спорното поведение на Intel спрямо посочените OEM и спрямо MSH представлява злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС, при което всички тези злоупотреби са част от единна стратегия, имаща за цел да възпре от достъп до пазара на CPU x86 AMD, явяващо се единственият значителен конкурент на Intel. Поради това тези злоупотреби представлявали единно и продължавано нарушение по смисъла на член 102 ДФЕС.

31. В изпълнение на Насоките относно метода за определяне на глобите, налагани по силата на член 23, параграф 2, буква а) от Регламент № 1/2003 (наричани по-нататък „Насоките от 2006 г.“)¹⁰, Комисията налага глоба на жалбоподателя в размер на 1,06 милиарда евро.

32. Спорното решение гласи:

„Член 1

Intel [...] е извършило единно и продължавано нарушение на член [102 ДФЕС] и на член 54 от Споразумението за ЕИП между октомври 2002 г. и декември 2007 г. чрез прилагане на стратегия, имаща за цел да възпрепятства конкурентите от навлизане на пазара на CPU x86, което се изразява в следните обстоятелства:

- а) предоставяне между декември 2002 г. и декември 2005 г. на отстъпки на Dell, чието равнище е зависело от това Dell да закупува от Intel всички свои CPU x86;
- б) предоставяне между ноември 2002 г. и май 2005 г. на отстъпки на HP, чието равнище е зависело от това HP да закупува от Intel поне 95 % от CPU x86, които са предназначени за неговите стационарни офисни компютри;

⁹ Критерият установява на каква цена конкурент, който е също толкова ефективен колкото Intel, би трябвало да предлага CPU, така че да компенсира даден OEM за загубата на отстъпка от Intel.

¹⁰ ОВ С 210, 2006 г., стр. 2; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 264.

- в) предоставяне между октомври 2002 г. и ноември 2005 г. на отстъпки на NEC, чието равнище е зависело от това NEC да закупува от Intel поне 80 % от CPU x86, които са предназначени за неговите персонални компютри за клиенти;
- г) предоставяне между януари 2007 г. и декември 2007 г. на отстъпки на Lenovo, чието равнище е зависело от това Lenovo да закупува от Intel всички CPU x86, които са предназначени за неговите преносими компютри;
- д) извършване между октомври 2002 г. и декември 2007 г. на плащания на [MSH], чието равнище е зависело от това [MSH] да продава само компютри, снабдени със CPU x86 на Intel;
- е) извършване между ноември 2002 г. и май 2005 г. на HP на плащания, при условие че: i) HP преориентира снабдените със CPU x86 на AMD офисни компютри на HP към малките и средни предприятия и към клиентите от правителствения, образователния и медицинския сектор, вместо към големите предприятия; ii) HP забрани на своите партньори по дистрибуция да складираат снабдените със CPU x86 на AMD офисни компютри на HP, така че те да бъдат на разположение на клиентите единствено по поръчка от HP (пряко или чрез партньори на HP по дистрибуция, които осъществяват дейност като търговски представители); iii) HP забави с шест месеца пускането на пазара на снабдения със CPU x86 на AMD свой офисен компютър, предназначен за предприятия в региона [Европа, Средния изток и Африка];
- ж) извършване между септември 2003 г. и януари 2004 г. на Acer на плащания, при условие че Acer забави пускането на пазара на преносим компютър, снабден със CPU x86 на AMD;
- з) извършване между юни 2006 г. и декември 2006 г. на Lenovo на плащания, при условие че Lenovo забави и в крайна сметка отмени пускането на пазара на своите преносими компютри, снабдени със CPU x86 на AMD“.

III – Производство пред Общия съд и обжалваното съдебно решение

33. С подадена на 22 юли 2009 г. жалба жалбоподателят иска Общият съд да отмени спорното решение. Association for Competitive Technology, Inc. [Асоциация за конкурентна технология] (наричана по-нататък „АСТ“) встъпва в производството в подкрепа на исканията на Intel.

34. С обжалваното съдебно решение Общият съд отхвърля жалбата в нейната цялост.

IV – Производство пред Съда и искания на страните

35. С жалба, подадена на 26 август 2014 г., Intel иска от Съда:

- да отмени изцяло или отчасти обжалваното съдебно решение,
- да отмени изцяло или отчасти спорното решение,
- да отмени или значително да намали наложената глоба,
- при условията на евентуалност, да върне делото за ново разглеждане от Общия съд, който да се произнесе в съответствие с решението на Съда,

– да осъди Комисията да заплати съдебните разноски в настоящото производство и в производството пред Общия съд.

36. АСТ представя отговор в подкрепа на исканията на жалбоподателя.

37. Комисията твърди, че Съдът следва да отхвърли жалбата и да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

38. Intel, АСТ и Комисията са изслушани в съдебното заседание от 21 юни 2016 г.

V – Преценка на основанията за обжалване

39. В подкрепа на жалбата си жалбоподателят изтъква шест основания. Първото основание е изведено от допуснати от Общият съд грешки в правната квалификация на отстъпките, наречени „изключителни отстъпки“. Второто основание е изведено от неправилна констатация на нарушение през 2006 г. и 2007 г. и грешна преценка на релевантността на пазарния обхват. Третото основание се отнася до грешка при прилагане на правото във връзка с квалифицирането като „изключителни отстъпки“ на някои уговорки за отстъпки, които обхващат само малка част от покупките на даден потребител. Четвъртото основание е изведено от твърдението за допуснато процедурно нарушение, произтичащо от неправилното тълкуване на член 19 от Регламент № 1/2003 във връзка с член 3 от Регламент № 773/2004, свързано с липсата на задължение за записване на събеседването. Петото основание за обжалване е изведено от нарушение на член 102 ДФЕС и е свързано с компетентността на Комисията да прилага член 102 ДФЕС по отношение на споразуменията на жалбоподателя с Lenovo в Китай през 2006 г. и 2007 г. Накрая, шестото основание за обжалване се отнася до размера на глобата, произтичаща от грешка при прилагане на правото, свързана с прилагането с обратна сила на Насоките за налагане на глоби от 2006 г.

40. Ще разгледам последователно всички тези въпроси. Преди да започна обаче, считам за полезно да направя някои предварителни бележки относно структурата и замисъла на член 102 ДФЕС. Тези бележки ще бъдат отправна точка за последващата преценка на първите три основания за обжалване.

A – Встъпителни бележки

41. Като начало, правилата за конкуренция на ЕС имат за цел въвеждането на система за ненарушаване на конкуренцията като част от установения от ЕС вътрешен пазар¹¹. В това отношение не може да се отдава твърде голямо значение на факта, че защита съгласно правилата за конкуренция на ЕС се предоставя на самата конкуренция, а не на конкурентите например¹². По същата логика конкуренти, които са принуждавани да напуснат пазара поради силна конкуренция, а не поради антиконкурентно поведение, не са защитени. Следователно не всяко излизане от пазара е непременно знак за злоупотреба, а по-скоро знак за агресивна, но

11 Вж. решение от 17 февруари 2011 г., TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83, наричано по-нататък „решение TeliaSonera“, т. 22 и цитираната съдебна практика). Както посочва Съдът, тези правила имат за цел да се предотврати нарушаването на конкуренцията за сметка на общия интерес, на интересите на отделните предприятия и на потребителите, като по този начин допринасят за благосъстоянието в Европейския съюз.

12 Както Съдът отбелязва, член 102 ДФЕС няма за цел да осигури оставането на пазара на конкуренти, които са по-малко ефективни от предприятието с господстващо положение. Вж. решение от 27 март 2012 г., Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, наричано по-нататък „решение Post Danmark I“, т. 21 и 22).

все пак здравословна и разрешена конкуренция¹³. Това е така, тъй като предвид своя икономически характер законодателството в областта на конкуренцията има за цел в крайна сметка да повиши ефективността. Значението, което се отдава на ефективността, според мен е ясно отразено и в практиката на съдилищата на ЕС.

42. От това важно уточнение естествено следва, че господстващото положение само по себе си не се счита за нарушение на член 102 ДФЕС. Напротив, забранява се и съответно се санкционира като *злоупотреба* с господстващо положение само поведение, което е израз на пазарна мощ във вреда на конкуренцията, а оттам и на потребителите.

43. Логическо следствие от целта за повишаване на ефективността е, че антиконкурентните последици на конкретна практика придобиват съществено значение. Независимо дали става въпрос за съкратено прилагане като предлаганото с понятието „ограничаване с оглед на целта“ в контекста на член 101 ДФЕС¹⁴, или поведение на едно-единствено дружество, попадащо в обхвата на член 102 ДФЕС, правилата за конкуренция на ЕС имат за цел да отразят поведение, което има антиконкурентни последици. Формата на конкретната практика до този момент не е считана за важна.

44. В обжалваното съдебно решение Общият съд разграничава три категории отстъпки: количествени отстъпки, „изключителни отстъпки“ и отстъпки, основани на механизъм, който може да има за последица и установяването на лоялност. За разлика от схемата за отстъпки, основана единствено на обема на продажбите (категория 1), която отразява подобряването на ефективността и икономии от мащаба, схемите за изключителни отстъпки (категория 2), съгласно използваната от Общия съд класификацията, са несъвместими с целта за ненарушаване на конкуренцията във вътрешния пазар. Тези отстъпки са свързани с условието клиентът да се снабдява изцяло или за значителна част от своите нужди от предприятието с господстващо положение¹⁵.

45. В допълнение към двете споменати по-горе категории отстъпки обжалваното съдебно решение се отнася до остатъчната категория на отстъпки, които могат да имат за последица и установяването на лоялност, без да са свързани пряко с условието за снабдяване изключително или почти изключително [от предприятието с господстващо положение] (категория 3). Тази категория включва отстъпки като например отстъпки със задна дата¹⁶. Според Общия съд отстъпките от категория 3 следва да се разграничават от „изключителните отстъпки“, поради това че те не са пряко свързани с условието за изключителност. По тази причина Общият съд приема, че за да се определи дали тези отстъпки имат способността да ограничават конкуренцията, е трябвало да се преценят *обстоятелствата в тяхната съвкупност*¹⁷.

46. Поради условия характер на отстъпките Общият съд определя отстъпките и плащанията, предлагани от жалбоподателя, като „изключителни отстъпки“. Позовавайки се на съдебната практика, изведена в решение Hoffmann-La Roche, Общият съд приема, че за да се прецени дали въпросното предприятие е злоупотребило с господстващото си положение, е достатъчно отстъпките да бъдат „изключителни отстъпки“, включени в категория 2. След като това е установено, вече не е необходимо да се преценят „обстоятелствата в тяхната съвкупност“, за да се определи дали тези отстъпки имат способността да ограничават конкуренцията. Тази

13 Решение Post Danmark I, точки 21 и 22.

14 За ползите от прилагането на това съкратено прилагане вж. представеното от мен заключение по дело СВ/Комисия (С-67/13 P, ЕУ:С:2014:1958, т. 35).

15 Обжалваното съдебно решение, точки 76 и 77. Вж. още решение Hoffmann-La Roche, точка 89.

16 Обжалваното съдебно решение, точки 75 и 78.

17 Обжалваното съдебно решение, точки 78 и 82.

способност би могла да се предположи въз основа само на формата на поведение. Според Общия съд това е така, тъй като тези отстъпки по принцип целят да отнемат или ограничат възможността на купувача да избира източниците си на снабдяване и в този смисъл да попречат на клиентите да се снабдяват от конкурентни производители¹⁸.

47. В съответствие с тази методология цялото обжалвано съдебно решение се подчинява на предположението, че „изключителните отстъпки“, предлагани от предприятие с господстващо положение, винаги и без изключение водят до антиконкурентен изключващ ефект. Въз основа на това предположение Общият съд отхвърля релевантността на конкретните обстоятелства и в по-широк смисъл, необходимостта да се прецени способността на поведението да доведе до антиконкурентни резултати.

48. Вземайки предвид горното, произнасянето по първото, второто и третото правни основания в крайна сметка зависи от това дали Съдът ще приеме въпросното предположение за правилно.

Б – По първото основание за обжалване: правния критерий, който следва да се приложи по отношение на т.нар. „изключителни отстъпки“

1. Основни доводи на страните

49. Основното твърдение на Intel, подкрепено от АСТ, е, че Общият съд е допуснал грешка в правната квалификация на т.нар. от него „изключителни отстъпки“, тоест „отстъпки за лоялност по смисъла на съдебната практика по дело Hoffmann-La Roche“¹⁹. Според Intel Общият съд неправилно е приел, че за разлика от другите отстъпки и ценови практики за тези отстъпки е присъща способността да ограничават конкуренцията, следователно те са антиконкурентни, без да е необходимо разглеждане на релевантните обстоятелства по въпросните отстъпки или вероятността отстъпките да доведат до ограничаване на конкуренцията²⁰. В този контекст жалбоподателят твърди, че Общият съд е допуснал грешка, като е потвърдил констатацията за злоупотреба, без да прецени вероятността от нарушаване на конкуренцията. Освен това Intel твърди, че във всички случаи Общият съд е сгрешил в своята алтернативна констатация, според която въпросните отстъпки в настоящия случай са способни да ограничават конкуренцията²¹.

50. Комисията иска да бъде отхвърлено първото основание за обжалване. Тя твърди по същество, че настоящото основание е изведено от неправилното заключение, че „изключителните отстъпки“ са просто ценови практики. Комисията твърди, че „изключителните отстъпки“ принципно се различават от другите ценови практики. Според нея отстъпките, свързани с условие за изключителност, проявяват характеристики, които правят ненужна проверката на тяхната способност да ограничават конкуренцията в конкретен случай. Комисията счита по-специално, че практиката на Съда относно отстъпките не подкрепя мнението на жалбоподателя, че не трябва да се прави разграничение между „изключителните отстъпки“ и други отстъпки, които имат за последица пораждането на лоялност, или, съответно, ценовите практики.

51. По отношение на евентуалната преценка на обстоятелствата в тяхната съвкупност Комисията счита, че жалбоподателят не е изтъкнал никакъв довод, който да поставя под съмнение алтернативната преценка, направена от Общия съд в обжалваното съдебно решение.

18 Обжалваното съдебно решение, точки 76 и 77.

19 Обжалваното съдебно решение, точка 76.

20 Обжалваното съдебно решение, точка 99.

21 Обжалваното съдебно решение, точки 172—197.

2. Анализ

52. Същината на подхода към първото основание се състои в определянето на правилния правен критерий, който следва да се прилага по отношение на т.нар. „изключителни отстъпки“. С други думи, въпросът е дали Общият съд основателно е констатирал, че не е необходимо да се разглеждат „обстоятелствата в тяхната съвкупност“, за да се установи, че тези отстъпки биха могли да имат антиконкурентни последици. По-просто казано: прав ли е бил Общият съд да приеме, че поради формата им дори и контекстът не може да предотврати осъждането на „изключителните отстъпки“.

53. Като начало, обратно на твърдението в писменото становище на Комисията, не виждам причина Съдът да не разгледа първото основание за обжалване в неговата цялост. В рамките на това основание жалбоподателят недвусмислено оспорва грешки, допуснати при прилагане на правото, които според него опорочават квалификацията на отстъпките и плащанията на Intel като „изключителни отстъпки“, отделни от другите отстъпки, имащи за последица установяване на лоялност. По-конкретно, възразява срещу факта, че Общият съд е счел за ненужно да прецени всички обстоятелства, преди да направи извода, че спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение съгласно член 102 ДФЕС. Освен това Intel оспорва алтернативната преценка на „способността“²², направена от Общия съд. Според жалбоподателя тази преценка не отчита адекватно няколко обстоятелства, които са релевантни, за да се определи дали спорното поведение може да ограничава конкуренцията. Въпреки че е тясно свързан с преразглеждане на фактите, този въпрос подлежи на съдебен контрол, тъй като съгласно член 256 ДФЕС Съдът е компетентен да упражни контрол върху правната квалификация на тези факти от Общия съд и правните последици, които той е извел от тях.

54. По съществуването на първото основание, най-напред ще разгледам въпроса дали Общият съд правилно е счел, че при преценката на „изключителните отстъпки“, предлагани от Intel на въпросните OEM, и на търговските практики, установени от него заедно с MSH, не е било необходимо да се разглеждат „обстоятелствата в тяхната съвкупност“, за да се определи дали спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение в нарушение на член 102 ДФЕС. В този контекст ще бъдат изложени основните принципи на релевантната съдебна практика, за да покажат, че съдебната практика изисква преценка на обстоятелствата в тяхната съвкупност. Като логическо следствие на този извод ще продължа с разглеждането на алтернативната преценка, направена от Общия съд, относно способността на предлаганите от жалбоподателя отстъпки да ограничават конкуренцията.

а) Относно принципната преценка на отстъпките и плащанията на жалбоподателя, направена от Общия съд

55. Както посочих по-горе (т. 44—46), въз основа на практиката на Съда Общият съд разграничава три категории отстъпки: количествени отстъпки (категория 1), „изключителни отстъпки“, зависещи от условието клиентът да се снабдява от предприятието с господстващо положение за всички свои нужди или за по-голямата част от тях (категория 2) и други видове отстъпки, при които предоставянето на финансов стимул не е свързано пряко с условието за изключително или почти изключително снабдяване (категория 3)²³.

56. По-конкретно Общият съд констатира, че предоставените на Dell, HP, NEC и Lenovo отстъпки, посочени от Комисията по-специално в член 1, букви а)–г) от обжалваното решение, са „изключителни отстъпки“, попадащи в категория 2. Това било така, тъй като тези отстъпки са поставени в зависимост от условието тези дружества да се снабдяват от Intel поне в определен

²² Вж. по-подробно точка 110 и сл. по-долу.

²³ Обжалваното съдебно решение, точки 74—78.

сегмент или за всички свои нужди от CPU x86 (в случая с Dell и Lenovo), или да се снабдява за значителна част от своите нужди (95 %, когато той е HP, и 80 %, когато е NEC)²⁴. По отношение на направените на MSH плащания Общият съд констатира, че Комисията не е била длъжна да разглежда обстоятелствата по случая, а е трябвало само да докаже предоставянето от жалбоподателя на финансов стимул, обвързан с условието за предоставяне на изключително право²⁵.

57. По-специално, като се позовава на становището на Съда в решение Hoffmann-La Roche²⁶, Общият съд постановява, че определянето на дадена „изключителна отстъпка“ за злоупотреба не зависи от анализа на способността на отстъпките за ограничаване на конкуренцията в зависимост от обстоятелствата по случая²⁷.

58. Жалбоподателят твърди, че този извод е неправилен. По-специално той твърди, че Общият съд неправилно е пренебрегнал значението на становищата на Съда по други дела относно отстъпки по член 102 ДФЕС, както и такива относно други ценови практики.

59. В следващото изложение ще обясня защо съм съгласен с жалбоподателя.

i) Основни принципи на съдебната практика относно отстъпките

60. Като цяло практиката на Съда показва недоверие към разнообразието от различни схеми за отстъпки, предлагани от предприятия с господстващо положение. Това може да се обясни с факта, че като цяло се счита, че предприятията с господстващо положение носят особена отговорност да не засягат със своето поведение конкуренцията във вътрешния пазар²⁸. От тази особена отговорност следва, че схемите, които по един или друг начин обвързват клиентите да се снабдяват от предприятието с господстващо положение, се считат за установяващи лоялност и следователно за предполагаема злоупотреба.

61. От съдебната практика, установена с основополагащото решение Hoffmann-La Roche, следва, че отстъпките, зависещи от условието клиентът да се снабдява от предприятието с господстващо положение за всички свои нужди или за по-голямата част от тях, са по презумпция неправомерни. Същата презумпция за неправомерност се прилага по отношение на други отстъпки, които също насърчават лоялността, въпреки че формално не се основават на изключителност. Отстъпките, били те и със задна дата и индивидуализирани, като тези в делата Michelin I²⁹, British Airways³⁰ и Tomra³¹, или основаващи се на пазарен дял и индивидуализирани,

24 Обжалваното съдебно решение, точка 79.

25 Обжалваното съдебно решение, точка 171.

26 Решение Hoffmann-La Roche, точки 89 и 90.

27 Обжалваното съдебно решение, точка 81.

28 Вж. решение от 9 ноември 1983 г., *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Комисия* (322/81, EU:C:1983:313, т. 57, наричано по-нататък решение „Michelin I“); вж. още решения от 2 април 2009 г., *France Télécom/Комисия* (C-202/07 P, EU:C:2009:214, т. 105) и от 14 октомври 2010 г., *Deutsche Telekom/Комисия* (C-280/08 P, EU:C:2010:603, наричано по-нататък „решение Deutsche Telekom“, т. 176); и решение *TeliaSonera*, точка 24.

29 Решение *Michelin I*, точки 66—71 във връзка с намаленията, основаващи се на цели за продажби.

30 Вж. решение от 15 март 2007 г., *British Airways/Комисия* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, наричано по-нататък „решение British Airways“, т. 52) относно премии, които се предоставят въз основа на всички продажби.

31 Вж. решение от 19 април 2012 г., *Tomra Systems и др./Комисия* (C-549/10 P, EU:C:2012:221, наричано по-нататък „решение Tomra“, т. 75) относно отстъпките, релевантни в производството по обжалване.

като тези по дело Hoffmann-La Roche³², са определени от Съда като антиконкурентни. Единственият вид отстъпки, които до този момент не са обхванати от презумпцията за неправомерност, са количествените отстъпки. Тези отстъпки са свързани единствено с обема на продажбите, реализирани от предприятие с господстващо положение³³.

62. Отстъпките и плащанията, предлагани от Intel, могат да се определят като отстъпки, основаващи се на пазарен дял³⁴. За да отговаря на условията за намаление, клиентът трябва да се снабдява от предприятието с господстващо положение за определен процент от своите нужди. Както бе обяснено, изхождайки от становището на Съда в решение Hoffmann-La Roche, Общият съд е приел, че когато дадена отстъпка представлява изключителна отстъпка от категория 2, не е необходимо да се преценява способността на тези отстъпки за ограничаване на конкуренцията в зависимост от обстоятелствата по случая³⁵.

63. В решение Hoffmann-La Roche се разглежда схема за отстъпки, основаващи се на пазарен дял, свързана с условието клиентът да се снабдява от предприятието с господстващо положение за определен процент от своите нужди. Освен това отстъпките нарастват в зависимост от размера на достигнатия с покупките оборот³⁶. По това дело Съдът се произнася, че отстъпките за лоялност, освен при извънредни обстоятелства, не се основават на икономическа престация, която да обоснове финансовото предимство. Вместо това Съдът счита, че те целят да отнемат или ограничат възможността на купувача да избира източниците си на снабдяване и да препречат достъпа на останалите производители до пазара³⁷. Следователно според Съда „обстоятелството, че предприятие, намиращо се в господстващо положение на пазара, обвързва купувачите [...] със задължение или с обещание да се снабдяват изцяло или за значителна част от нуждите си изключително от това предприятие, представлява злоупотреба с господстващо положение по смисъла на член [102 ДФЕС], независимо дали въпросното задължение е безвъзмездно, или срещу него се предоставя отстъпка“³⁸. По-нататък Съдът е приел, че „това се отнася и до предприятието, което, без да обвързва купувачите с формално задължение, прилага едностранно или съгласно условията на сключени с тези купувачи споразумения система на отстъпки за лоялност, т.е. намаления, зависещи от условието клиентът да се снабдява от предприятието с господстващо положение за всички свои нужди или за по-голямата част от тях, независимо дали количеството на покупките е голямо или малко“³⁹.

64. Изразявайки това основно становище, Съдът не споменава необходимостта да се разгледат обстоятелствата в тяхната съвкупност, за да се установи надлежно дали е налице злоупотреба с господстващо положение.

65. От тази гледна точка направеният от Общия съд извод вероятно не е изненадващ.

32 Решение Hoffmann-La Roche, точки 92—100.

33 Вж. решение Hoffmann-La Roche, точка 90. Вж. още решение от 30 септември 2003 г., Michelin/Комисия (Т-203/01, ЕУ:Т:2003:250, наричано по-нататък „решение Michelin II“, т. 58). В последното Общият съд прилага презумпция за правомерност, като приема, че в случая количествените отстъпки нямат за последица установяването на лоялност.

34 Според едно от възможните определения отстъпките за лоялност са зависими от условието клиентът да се снабдява за значителна или нарастваща част от покупките си от търговеца, предлагащ отстъпки. Тези отстъпки са приложими, когато клиентът надхвърли конкретна цел за продажби за определен период. Целта може да бъде свързана с ръст на покупките или със закупуване единствено (или на определен процент) от доставчика или със закупуване над определен праг, установен въз основа на изискванията на клиента. С други думи, отстъпката за лоялност е намаление, предоставяно от доставчик на клиент като възнаграждение за лоялността му към този доставчик. Вж. документа на ОИРС „OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts“, DAF/COMP(2008)29, 2008, р. 97. Документът може да бъде намерен на адрес: <https://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>.

35 Обжалваното съдебно решение, точки 80 и 81.

36 Вж. например точка 97 от решение Hoffmann-La Roche.

37 Решение Hoffmann-La Roche, точка 90.

38 Вж. решение Hoffmann-La Roche, точка 89.

39 Вж. решение Hoffmann-La Roche, точка 89.

66. Тук обаче следва да се изтъкне, че в решение Hoffmann-La Roche изводът относно неправомерността на въпросните отстъпки все пак се основава на цялостен анализ на условията за предоставяне на отстъпки и техния пазарен обхват⁴⁰. Въз основа на тази преценка Съдът се произнася, че въпросните отстъпки за лоялност в този случай са имали за цел чрез предоставяне на финансово предимство да се попречи на клиентите да се снабдяват от конкурентни производители.

67. От постановяването на решение Hoffmann-La Roche, както правилно посочва Общият съд⁴¹, съдебната практика е съсредоточена основно в разработване на подходящи критерии за установяване на злоупотреба с господстващо положение на предприятие чрез използване на схеми за отстъпки, които не са пряко свързани с изключително или почти изключително снабдяване. Това са отстъпките от категория 3, съгласно използваната в обжалваното съдебно решение класификация.

68. В тази последваща съдебна практика Съдът трайно повтаря принципното становище, водещо началото си от решение Hoffmann-La Roche, за предполагаемия характер на злоупотреба на отстъпките за лоялност. Въпреки това, както АСТ правилно изтъква в съдебното заседание, Съдът на практика последователно е вземал предвид „обстоятелствата в тяхната съвкупност“, за да се увери дали спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение в нарушение на член 102 ДФЕС.

69. В решение Michelin I, отнасящо се за целеви отстъпки, Съдът постановява, че при разглеждане на система за отстъпки, която не се основава на споразумение за изключителност или на задължение за покриване на определена част от нуждите с доставки от предприятието с господстващо положение, е необходимо да се прецени обстоятелствата в тяхната съвкупност⁴². По други последващи дела, свързани с отстъпки, които не са пряко зависими от условие за изключителност, Съдът е постановил, че за да се установи дали предприятието злоупотребява с господстващото си положение, е полезно да се преценят критериите и условията за предоставяне на отстъпките, както и да се прецени дали тази отстъпка е с тенденция — чрез предимство, което не почива на никаква обосноваваща го икономическа престация — да отнеме или да ограничи възможността за избор на купувача, що се отнася до източниците му за снабдяване, да препречва достъпа на конкурентите до пазара, да прилага различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори или да укрепва господстващото си положение, като нарушава конкуренцията⁴³.

70. Повтарянето на принципно становище относно предполагаем характер на злоупотреба, както показва съдебната практика, обаче не е равнозначно на незначитане на обстоятелствата по конкретно дело. Всъщност обжалваното съдебно решение представлява един от твърде малкото случаи, в които Съдът прилага изводите от решение Hoffmann-La Roche буквално, без да разгледа обстоятелствата по делото, преди да се произнесе, че предприятието е злоупотребило с господстващото си положение⁴⁴. За да обоснове този строг подход по отношение на „изключителните отстъпки“, в обжалваното съдебно решение Общият съд констатира, че

40 Вж. решение Hoffmann-La Roche, точка 92 и сл.

41 Обжалваното съдебно решение, по-специално точки 82 и 83.

42 Вж. решение Michelin I, точка 73.

43 Вж. по-специално решение British Airways, точка 67 и решение Tomra, точка 71.

44 Вж. други два отделни случая в решения от 3 юли 1991 г., AKZO/Комисия (С-62/86, ЕУ:С:1991:286, т. 149) и от 27 април 1994 г., Almelo (С-393/92, ЕУ:С:1994:171, т. 44). Важно е обаче становището на Съда относно задължението за изключително снабдяване в решение AKZO/Комисия да бъде разглеждано в контекста на многобройните злоупотреби, извършени от AKZO. По подобен начин категоричното становище на Съда в решение Municipality of Almelo и др. е в отговор на преюдициално запитване с явно ограничено представяне на фактите по делото.

направените от Intel отстъпки и плащания са свързани с условие за изключителност (по подобен, макар и не идентичен начин като в случая по дело Hoffmann-La Roche, предвид липсата на формално задължение за изключителност. Тези обстоятелства разграничават настоящия случай от посочените в предходната точка.

71. Следователно при първи прочит лесно би могло да се направи заключението, че обжалваното съдебно решение просто препотвърждава съществуващата съдебна практика и я прилага по отношение поведението на Intel.

72. Такова заключение обаче би пренебрегнало значението на правния и икономически контекст в съответствие със същата тази съдебна практика.

ii) Обстоятелствата по делото като средство да се установи дали спорното поведение има вероятни последици върху конкуренцията

73. В този раздел ще обясня защо злоупотребата с господстващо положение никога не се установява абстрактно: дори в случаите на презумпция за неправомерни практики Съдът винаги е разглеждал правния и икономически контекст на спорното поведение. В този смисъл преценката на контекста на разглежданото поведение е естествена последица от установяването дали е извършена злоупотреба с господстващо положение. Това не е изненадващо. За да попада в обхвата на установената в член 102 ДФС забрана, разглежданото поведение трябва поне да е способно да отстрани конкурентите от пазара⁴⁵.

74. Дори кратък преглед на разглежданите по-горе дела (т. 66—69) показва, че съдебната практика не пренебрегва правния и икономически контекст на поведението — или, използвайки стандартната формулировка в случаите по член 102 ДФЕС, „обстоятелствата в тяхната съвкупност“ — за да определи дали дадено предприятие е злоупотребило с господстващото си положение. Това важи както за отстъпките, основаващи се на изключителност, така и за други видове практики за установяване на лоялност.

75. Следователно според мен при тълкуването на решение Hoffmann-La Roche Общият съд пропуска важен момент. Противно на постановеното в обжалваното съдебно решение⁴⁶, в решение Hoffmann-La Roche Съдът разглежда няколко обстоятелства, свързани с правния и икономически контекст на отстъпките, за да установи, че въпросното предприятие е злоупотребило с господстващото си положение. Действително това решение не посочва изрично, че анализът на обстоятелствата в тяхната цялост е от решаващо значение, за да се определи дали спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение. Въпреки това, както е посочено по-горе (т. 66), при по-обстойно разглеждане на съдебното решение е видно, че Съдът е положил похвални усилия да проучи подробно особеностите на въпросния фармацевтичен пазар, пазарния обхват на отстъпките, както и условията на договорите между предприятието с господстващо положение и неговите клиенти⁴⁷. Въз основа на този подробен анализ на правния и икономически контекст на отстъпките и по-конкретно, на условията за предоставяне на отстъпките, техния пазарен обхват, както и продължителността на практиките за отстъпки, Съдът стига до извода, че отстъпките за лоялност са незаконосъобразни, освен при извънредни обстоятелства⁴⁸.

45 По-подробно, вж. точка 109 и сл. по-долу, относно степента на вероятност, която се изисква, за да се направи извод, че определен тип поведение представлява злоупотреба.

46 Обжалваното съдебно решение, точка 81.

47 Решение Hoffmann-La Roche, точка 82.

48 Решение Hoffmann-La Roche, точка 90.

76. Както признава Общият съд в обжалваното съдебно решение⁴⁹, освен решение Hoffmann-La Roche, постоянната съдебна практика относно схемите за отстъпки (различни от тези, основаващи се само на обема) изрично приема, че е особено важно да се преценят обстоятелствата в тяхната съвкупност, за да се определи дали спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение в нарушение на член 102 ДФЕС⁵⁰. Това само по себе си не е изненадващо: освен решение Hoffmann-La Roche, не ми е известно Съдът да е разглеждал други дела относно задължения за изключително снабдяване, сходни на посочените в него. Следователно не е учудващо, че необходимостта да се разглеждат обстоятелствата в тяхната съвкупност отново се изтъква в решение Post Danmark II, постановено по преюдициално запитване, отправено след произнасянето на обжалваното съдебно решение, във връзка с отстъпки със задна дата, които не са обвързани със задължение за изключителност⁵¹.

77. Какво обаче включва преценката на „обстоятелствата в тяхната съвкупност“?

78. Според мен анализът на „контекста“ — или „обстоятелствата в тяхната съвкупност“, както се нарича в практиката на Съда — има за цел единствено и най-вече да потвърди надлежно констатацията, че дадено предприятие е злоупотребило с господстващото си положение⁵². Дори в случаите на привидно явно поведение, имащо за цел изключващ ефект, като например при цени, по-ниски от разходите, контекстът не може да се омаловажава⁵³. В противен случай поведение, което при конкретни обстоятелства не може да ограничи конкуренцията, би попаднало под бланкетната забрана. Съществува риск подобна бланкетна забрана да засегне и пенализира поведение с благоприятни последици за конкуренцията.

79. Ето защо контекстът е от съществено значение.

iii) Според съдебната практика съществуват само два вида отстъпки

80. По смисъла на член 102 ДФЕС отстъпките за лоялност — според мен — са почти равнозначни на ограничение с оглед на целта съгласно член 101 ДФЕС. Това е така, тъй като отстъпките за лоялност, също като ограниченията с оглед на целта, са неправомерни по презумпция. Все пак, както беше посочено по-горе (т. 61), отстъпките за лоялност трябва да се тълкуват в смисъл, че включват не само отстъпките, свързани с условието клиентът да се снабдява за всички или значителна част от своите нужди от предприятието с господстващо положение, но също и ценови структури, зависещи от условието клиентът да постигне определена цел.

81. Обратно на постановеното от Общия съд в обжалваното съдебно решение, съдебната практика разграничава *две, а не три* категории отстъпки. От една страна, някои отстъпки са неправомерни по презумпция, като например количествените отстъпки⁵⁴. Всяко изследване на (не)правомерността на такива отстъпки задължително изисква пълно проучване на техните действителни или възможни последици. Тези отстъпки не са предмет на разглеждане в настоящото производство.

49 Обжалваното съдебно решение, точки 82—84.

50 Вж. решения Michelin I, точка 73; British Airways, точка 67 и Tomra, точка 71. Вж. още решение от 9 септември 2010 г., Tomra Systems и др./Комисия (T-155/06, EU:T:2010:370, т. 215).

51 Решение от 6 октомври 2015 г., Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, наричано по-нататък „решение Post Danmark II“, т. 68).

52 Вж. точка 168 и сл. по-долу.

53 Вж. в този смисъл решение Post Danmark I, точка 44.

54 Вж. решение Hoffmann-La Roche, точка 90. Вж. още решение Michelin II, точка 58.

82. От друга страна, по отношение на отстъпките за лоялност (които по презумпция са неправомерни), независимо дали тези отстъпки са пряко свързани с изпълнението на условия за изключителни права, Съдът прилага подход, който показва някои сходства с подхода към отстъпките с оглед на целта съгласно член 101 ДФЕС. Това е така, тъй като съгласно тази разпоредба също, за да се потвърди дали дадено поведение представлява ограничение с оглед на целта, първо трябва да се разгледа правният и икономически контекст на спорното поведение и да се изключи всяко друго вероятно обяснение за това поведение. С други думи, конкретният контекст на спорното поведение никога не се пренебрегва.

83. Както вече беше посочено по-горе, в решение Hoffmann-La Roche Съдът е разгледал обстоятелствата в тяхната съвкупност. По-късно в решение Michelin I Съдът формулира изрично изискване в този смисъл във връзка с отстъпки, които не зависят пряко от изпълнението на условия за изключителни права. Впоследствие това изискване се уточнява в решенията по дела като например British Airways, Michelin II и Tomra. Целта на анализа на обстоятелствата в тяхната съвкупност е да потвърди дали е била установена надлежно от правна страна злоупотреба с господстващо положение и дали вследствие на това отстъпките могат да доведат до антиконкурентен изключващ ефект.

84. В обжалваното съдебно решение обаче Общият съд стига по-далеч. Прилагайки стриктно становището на Съда от решение Hoffmann-La Roche, без да го съобразява със съответния контекст, той разграничава още един подвид отстъпки за лоялност, наричани „изключителни отстъпки“, от други видове отстъпки, които насърчават лоялността⁵⁵. По този начин той създава „свръх-категория“ отстъпки, за която не се изисква разглеждане на обстоятелствата в тяхната съвкупност, за да се направи извод, че спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение в нарушение на член 102 ДФЕС. Още по-важно е, че характерът на злоупотреба на тези отстъпки се предполага абстрактно, основавайки се само на тяхната форма.

85. Това в никакъв случай не може да се приеме за очевидна от методологична гледна точка стъпка. Следните четири причини обясняват защо.

– Презумпцията за незаконосъобразност в зависимост от формата не може да бъде оборена

86. Първо, ако се приеме, че „изключителните отстъпки“ представляват отделна категория отстъпки, която следва да се разграничава от другите видове схеми за отстъпки, насърчаващи лоялността, опровергаването на презумпцията за неправомерност не би било допустимо⁵⁶. Това е така, тъй като тази забрана е основана на *формата* на поведението, а не на неговите *последници*.

87. Всъщност обжалваното съдебно решение изглежда приема за отправна точка, че „изключителните отстъпки“, когато се предлагат от предприятие с господстващо положение, при никакви обстоятелства нямат благоприятни последици за конкуренцията. Това се дължи на факта, че според Общия съд самото съществуване на предприятия с господстващо положение ограничава конкуренцията⁵⁷. Тази гледна точка всъщност отрича възможността, която вече е допусната в решение Hoffmann-La Roche⁵⁸ и потвърдена в обжалваното съдебно решение⁵⁹, да се посочи обективна (благоприятна за конкуренцията) обосновка за прилагането на въпросните отстъпки.

55 Обжалваното съдебно решение, точки 92 и 93. Този подвид отстъпки за лоялност се описва като „възможности за изключителност“, които действат чрез ливъридж. *Petit*, N. Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU. *European Competition Journal*, vol. 11, issue 1, 2015, p. 26–28.

56 Вж. обжалваното съдебно решение, точка 94.

57 Вж. обжалваното съдебно решение, точка 89.

58 Вж. решение Hoffmann-La Roche, точка 89.

59 Вж. становището в точка 81 от обжалваното съдебно решение.

88. Обратно на твърдението на Комисията в съдебното заседание, когато забраната се отнася до формата, а не до последиците, никакви съображения, включително такива, свързани с ефективността, не могат да помогнат на предприятието да оправдае прилагането на „изключителни отстъпки“⁶⁰. Действително, независимо от последиците, формата се запазва. Това създава проблем. Както посочва Общият съд в обжалваното съдебно решение⁶¹ и както самата Комисия приема в писменото си становище, предприятието с господстващо положение трябва да може да обоснове прилагането на схеми за отстъпки, като представи доказателства, че предимствата с оглед на ефективността могат да неутрализират или дори да надделеят над отстраняващия ефект⁶².

– *Отстъпките за лоялност невинаги имат вредни последици*

89. Второ, създаването на „свръх-категория“ отстъпки е обосновано само ако се приеме, че практиките, свързани с условие за изключителност, не могат да имат компенсирани предимства, независимо от индивидуалните обстоятелства в конкретния случай. Парадоксално е обаче, че Общият съд сам признава, че условията за изключителност също могат да имат благоприятни последици. Въпреки това той отхвърля необходимостта от разглеждане на тези последици, поради това че в резултат на господстващото положение на предприятието на пазара конкуренцията е вече безспорно ограничена⁶³.

90. Опитът и икономическият анализ не показват категорично, че отстъпките за лоялност са по принцип вредни или антиконкурентни дори когато се предлагат от предприятие с господстващо положение⁶⁴. Това е така, тъй като отстъпките повишават съперничеството, което е същността на конкуренцията.

91. Вярно е обаче, че основното притеснение във връзка с отстъпките възниква, когато клиентите на предприятие с господстващо положение трябва да поемат процент от неговите продукти и/или когато намалението зависи от условието клиентът да задоволява всички (или значителна част) от своите нужди от него. Това може да се приеме за довод в полза на по-строгото третиране на „изключителните отстъпки“. Все пак и други видове отстъпки могат да имат сходни отрицателни последици. Това е вярно дори когато схемата не е изрично обвързана с условие за изключителност⁶⁵.

60 Обжалваното решение, точка 89.

61 Обжалваното съдебно решение, точка 81.

62 Вж. решение British Airways, точки 85 и 86 и цитираната съдебна практика, и решение Post Danmark I, точки 40 и 41 и цитираната съдебна практика. Вж. още решение Hoffmann-La Roche, точка 90. В него Съдът приема, че предприятието би могло още да обоснове прилагането на отстъпки, когато, при извънредни обстоятелства, споразумение между предприятия попада в обхвата на изключението по член 101, параграф 3 ДФЕС.

63 Обжалваното съдебно решение, точки 89—94.

64 Документ на ОИСР „OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts“, цитиран по-горе, стр. 9 и 21. Вж. още Насоки за приоритетите на Комисията по прилагането на член [102 ДФЕС] в областта на злоупотребата с практики на блокиране на конкуренти, наложени от предприятия с господстващо положение (ОВ С 45, 2009 г., стр. 7), т. 37, относно условните отстъпки. Комисията счита, че такива отстъпки могат да се предлагат, за да привлекат по-голямо търсене, и по този начин те могат да го стимулират и да са от полза за потребителите. Вж. още Neven, D. A structured assessment of rebates contingent on exclusivity. Competition Law & Policy Debate, vol. 1, issue 1, 2015, p. 86.

65 „OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts“, цит.съч., стр. 9.

92. Действително, както ясно показва съдебната практика, механизмът, който води до установяване на лоялност, може да приема различни форми. В случаите по делата Hoffmann-La Roche⁶⁶ и Tomra⁶⁷ например механизмът за установяване на лоялност се характеризира с изискването клиентът да се снабдява от предприятието с господстващо положение изцяло или за значителна част от материалните си нужди. Механизмът може да бъде и под формата на индивидуализирани цели за продажби⁶⁸ или премии⁶⁹, които не са непременно обвързани с определена част от нуждите или продажбите.

93. От тази гледна точка няма обективна причина за по-строгото третиране на отстъпките от категория 2 в сравнение с отстъпките от категория 3.

– *Последиците на отстъпките за лоялност зависят от конкретните обстоятелства*

94. На трето място, в съвременната икономическа литература често се изтъква, че последиците от условието за изключителност зависят от конкретните обстоятелства⁷⁰. Обратно, малцина автори биха отrekli, че по-специално отстъпките за лоялност, в зависимост от обстоятелствата, могат да имат антиконкурентен отстраняващ ефект.

95. Разбирането на обуславящия характер на контекста може да помогне също да се обясни защо Съдът в своята скорошна практика по член 102 ДФЕС, по-специално в решение Tomra, подчертава важността на разглеждането на обстоятелствата в тяхната съвкупност. Разбира се, както констатира Общият съд⁷¹, отстъпките, предмет на разглеждане в производство по обжалване по дело Tomra, представляват индивидуализирани отстъпки със задна дата, тоест отстъпки от категория 3 според класификацията, използвана в обжалваното съдебно решение. В решение Tomra обаче Съдът не разграничава изрично отстъпките от категория 2 и категория 3. Той само констатира, че когато отстъпките зависят от условието клиентът да се снабдява от предприятието с господстващо положение за всички свои нужди или за по-голямата част от тях, е необходимо да се разгледат обстоятелствата в тяхната съвкупност, за да се определи дали спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение⁷².

96. Страните извеждат противоположни изводи от становището на Съда: и двете страни твърдят, че то окончателно разрешава противоречието относно правния критерий, който следва да се прилага във връзка с „изключителните отстъпки“. При все това, те продължават да са на различни мнения по въпроса какъв трябва да бъде този критерий.

97. Според мен становището на Съда в решение Tomra не ни е от полза в настоящия случай. Както показват диаметрално противоположните тълкувания на страните, използваните в това решение формулировки относно вида на отстъпките, при които следва да бъдат преценявани обстоятелствата в тяхната съвкупност, са твърде неясни.

98. По-скоро остава открит въпросът дали е обосновано разграничението, направено от Общия съд в обжалваното съдебно решение, между решения Tomra и Hoffmann-La Roche. В това отношение ще обърна внимание на два момента.

66 Решение Hoffmann-La Roche, точка 89.

67 Решение Tomra, точка 70.

68 Вж. решение Michelin I, точка 72.

69 Вж. решение British Airways, точка 75.

70 Вж. например *Neven, D.*, цит.съч., стр. 39. Блокирането зависи по-специално от безспорните продажби, силата на стимулите, предоставяни с условието за изключителност на безспорните продажби, степента на конкуренция сред купувачите, значението на икономите от мащаба, както и от това дали отстъпките са предназначени за купувачи, конкуриращи се с фирми, които купуват от конкуренти.

71 Обжалваното съдебно решение, точка 97.

72 Вж. решение Tomra, точки 70 и 71, препращащи към решение Michelin I, точки 71 и 73.

99. От една страна, подобно на решение Tomra, разглежданите в решение Hoffmann-La Roche отстъпки проявяват някои характеристики на индивидуализираните отстъпки със задна дата. Възщност няколко договора, разгледани в решение Hoffmann-La Roche, не само съдържат клауза за отстъпки, свързани със значителна част от нуждите на купувача, а и включват клаузи за отстъпки, предвиждащи намаления, чийто процент нараства в зависимост от това дали процентът на предполагаемите нужди на купувача е бил достигнат през съответния период⁷³. От друга страна, дори да се приеме, че разграничението е оправдано поради предполагаемата съществена разлика между отстъпките, разглеждани по двете дела — какъвто според мен *не е* случаят — Съдът в никакъв случай не е пренебрегнал контекста на спорните отстъпки в решение Hoffmann-La Roche. Защо тогава да го прави в решение Tomra повече от три десетилетия по-късно?

100. Разглежданите в решения Tomra и Hoffmann-La Roche отстъпки се различават по-скоро по степен, отколкото по вид. Същото може да се каже за решение Post Danmark II — дело, по което наскоро бе потвърдено значението на контекста и обстоятелствата в тяхната съвкупност, за да се определи дали спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение⁷⁴.

– *Свързаните практики изискват разглеждането на обстоятелствата в тяхната съвкупност*

101. На последно, четвърто място, съдебната практика, свързана с ценообразуването и практиките на свиване на маржовете, изисква, както правилно посочва жалбоподателят, разглеждане на обстоятелствата в тяхната съвкупност, за да се определи дали въпросното предприятие е злоупотребило с господстващото си положение⁷⁵.

102. Общият съд отхвърля релеванността на тази съдебна практика на основание, че за разлика от стимулирането на изключително снабдяване, дадена цена сама по себе си не би могла да се счита за злоупотреба⁷⁶. Въпреки това обжалваното съдебно решение приема, че отстъпките на Intel са антиконкурентни поради цената⁷⁷. Според мен отхвърлянето на релеванността на тази съдебна практика е проблематично; то води до необосновано разграничение между различните видове ценови практики. Действително характерно за отстъпките за лоялност, практиките на прилагане на ценови ножици и за хищническите практики на ценообразуване е, че представляват „изключване въз основа на цената“⁷⁸.

103. Без съмнение е изключително важно правните критерии, които се прилагат спрямо една категория поведение, да бъдат съгласувани с тези, прилагани спрямо сходни практики. Ясната и съгласувана правна квалификация е от полза не само за предприятията с оглед на по-голяма правна сигурност, но също така подпомага органите за защита на конкуренцията в прилагането на правото на конкуренцията. Произволната квалификация е безполезна.

104. Изглежда Съдът е съгласен с това. Съвсем наскоро в решение Post Danmark II Съдът прилага съдебната практика относно ценообразуването и практиките на свиване на маржовете в подкрепа на констатациите си във връзка със схема за отстъпки, предлагана от предприятие с господстващо положение⁷⁹. Вярно е обаче, че решение Post Danmark II може да се тълкува и

73 Вж. решение Hoffman-La Roche, точка 97.

74 Решение Post Danmark II, точка 68.

75 Вж. решения Deutsche Telekom, точка 175, TeliaSonera, точка 76 и Post Danmark I, точка 26.

76 Обжалваното съдебно решение, точка 99.

77 Обжалваното съдебно решение, точка 93.

78 „DG Competition discussion paper on the application of Article [102 TFEU] to exclusionary abuses“, 2005, р. 23. Документът може да бъде намерен на адрес: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Вж. още „OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts“, цит.сч., стр. 26. Този документ също определя отстъпките като форма на ценова практика.

79 Решение Post Danmark II, точка 55 относно критерия АЕС и цитираната съдебна практика.

като подкрепящо мнението, че що се отнася до „изключителните отстъпки“, може да не е необходимо разглеждането на обстоятелствата в тяхната съвкупност⁸⁰. Причината за това в този случай е, че Съдът е разграничил въпросните отстъпки от тези, които се основават на задължение за изключителност, преди да се произнесе, че трябва да се разгледат всички обстоятелства, за да се определи дали предприятието с господстващо положение е злоупотребило с него. Действително отстъпките със задна дата, разглеждани от Съда по това дело, по-скоро приличат на отстъпките, които в обжалваното съдебно решение се приемат за отстъпки за установяване на лоялност, принадлежащи към категория 3⁸¹.

105. Както бе обяснено по-горе, такова разграничение е без значение (при условие че разликата е във формата, а не в последиците). По-същественото е обаче, че такова тълкуване на това съдебно решение би било в противоречие с подхода на Съда — заседаващ в голям състав — в решение *Post Danmark I*, в което е постановил, че по отношение на ценовите практики трябва да се разгледат обстоятелствата в тяхната съвкупност⁸². Красноречиво е всъщност, че на няколко места в решение *Post Danmark II* Съдът повтаря, и то без да разграничава различни видове схеми за отстъпки, че „когато се преценява дали схема за отстъпки може да ограничи конкуренцията, трябва да се вземат предвид всички релевантни обстоятелства“⁸³. Без съмнение целта е да се гарантира последователен подход в съдебната практика при преценката на поведение, попадащо в обхвата на член 102 ДФЕС.

iv) Междинно заключение

106. Предвид горните съображения „изключителните отстъпки“ не следва да се разглеждат като отделна и самостоятелна категория отстъпки, която не изисква разглеждане на обстоятелствата в тяхната съвкупност, за да се определи дали спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение. Следователно по мое мнение Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел, че „изключителните отстъпки“ могат да се определят като злоупотреба, без да се анализира способността на отстъпките да ограничават конкуренцията в зависимост от обстоятелствата на конкретния случай.

107. Като се има предвид това, Общият съд, при условията на евентуалност, е анализирал подробно дали отстъпките и плащанията, предлагани от жалбоподателя, ограничават конкуренцията. С други думи, разглежда „обстоятелствата в тяхната съвкупност“. Ето защо направената в предходната точка констатация за грешка при прилагане на правото не означава непременно, че обжалваното съдебно решение трябва да бъде отменено. По-скоро такъв извод може да се направи само доколкото преценката на Общия съд, направена при условията на евентуалност, разкрива грешка при прилагане на правото.

108. Следователно е необходимо да продължа с разглеждане на тази алтернативна преценка.

⁸⁰ Решение *Post Danmark II*, точки 27—29.

⁸¹ Вж. решение *Post Danmark II*, точки 23—25.

⁸² Решение *Post Danmark I*, точка 26.

⁸³ Решение *Post Danmark I*, точка 68.

б) Алтернативната преценка на Общия съд относно способността за ограничаване на конкуренцията

109. Жалбоподателят изтъква по същество три групи доводи, които поставят под съмнение алтернативната преценка на Общия съд. Първо, той твърди, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е потвърдил констатираната от Комисията злоупотреба, без да проучи вероятността за антиконкурентни последици. Второ, факторите, които Общият съд взема предвид, са или ирелевантни, или неправилно преценени. Трето, Общият съд не е преценил правилно още няколко фактора, които са от решаващо значение за установяването на злоупотреба.

110. Комисията твърди, че не съществува по-висок праг на „вероятност“, който трябва да бъде достигнат (в сравнение с критерия за „способност“), за да се установи наличието на злоупотреба с господстващо положение: достатъчно е да е налице способност. Според нея изтъкнатите от жалбоподателя доводи не поставят под съмнение констатациите в обжалваното съдебно решение относно способността на поведението на Intel да ограничава конкуренцията.

111. Чрез своите доводи жалбоподателят оспорва правния критерий, който е приложен в обжалваното съдебно решение, за да се потвърди, че спорното поведение може да ограничи конкуренцията. Първо: каква степен на вероятност се изисква при преценка на способността? Второ: кои са релевантните обстоятелства, които трябва да се вземат предвид, за да се определи дали въпросното поведение е способно да ограничава конкуренцията? Ще разгледам последователно всеки от двата въпроса.

и) Способност и/или вероятност

112. Жалбоподателят твърди, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е потвърдил констатацията за злоупотреба, без да проучи вероятността спорното поведение да причини антиконкурентни вреди.

113. В алтернативната си преценка Общият съд пояснява, че Комисията може само да докаже, че разглежданото поведение е способно да ограничи конкуренцията. Освен това посочва, че дори когато са разгледани обстоятелствата в тяхната съвкупност, Комисията не е длъжна да доказва наличието на конкретен изключващ ефект⁸⁴.

114. Разбира се, не е необходимо да се представят доказателства за конкретни последици. Достатъчно е, във връзка с предполагаемо противоправно поведение, спорното поведение да е способно да ограничава конкуренцията. Важно е обаче, че способността не може да бъде само хипотетична или теоретически възможна. В противен случай няма да е необходимо на първо място да се разгледат обстоятелствата в тяхната съвкупност.

115. Наистина, има някакво несъответствие в съдебната практика във връзка с използваната терминология. Съдебната практика използва понятията способност и вероятност, понякога дори взаимозаменяемо⁸⁵. Според мен тези термини обозначават една и съща задължителна стъпка в анализа, който определя дали прилагането на отстъпки за лоялност представлява злоупотреба с господстващо положение.

⁸⁴ Обжалваното съдебно решение, точка 177. Всъщност в противен случай органите за защита на конкуренцията биха могли да се намесят само ако предполагаемата злоупотреба е довела до антиконкурентен изключващ ефект.

⁸⁵ Вж. решение Post Danmark II, точки 68 и 69 и цитираната съдебна практика. Вж., от друга страна, решение Tomra, точка 68. По това дело Съдът е приел, че за да се докаже злоупотреба с господстващо положение, е достатъчно да се докаже, че злоупотребата на предприятието в господстващо положение *би могла* да ограничи конкуренцията или че съответното поведение поради своето естество или въздействие *може* да доведе до такъв резултат.

116. Каква е обаче необходимата степен на вероятност за антиконкурентен ефект? Този въпрос е в основата на спора между жалбоподателя и Комисията относно адекватността на преценката на способността, направена от Общия съд: докато Комисията е убедена в адекватността на преценката, според Intel Общият съд не е доказал, че поведението на жалбоподателя, при конкретните обстоятелства по делото, би могло да ограничи конкуренцията.

117. Преценката на способността цели да установи дали по всяка вероятност спорното поведение има антиконкурентен изключващ ефект. Поради това вероятността трябва да е значително повече от обикновена възможност дадено поведение да ограничава конкуренцията⁸⁶. Обратно, фактът, че настъпването на отстраняващия ефект се явява по-вероятно отколкото липсата му, просто не е достатъчен⁸⁷.

118. Макар да е вярно, че в практиката си Съдът последователно изтъква особената отговорност на предприятията с господстващо положение, отговорността не може да се разбира в смисъл, че прагът за прилагане на забраната за злоупотреба, установена в член 102 ДФЕС, може да бъде занижен до такава степен, че на практика да не съществува. Такъв би бил случаят, ако степента на вероятност, необходима, за да се потвърди, че спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение, беше не повече от обикновена теоретична възможност за настъпване на изключващ ефект, както изглежда допуска Комисията. Ако се приеме толкова ниска степен на вероятност, би трябвало да се приеме, че правото на ЕС за конкуренцията санкционира формата, а не антиконкурентните последици.

119. Ясно е, че това значително би възпрепятствало постигането на целите на правото на ЕС в областта на конкуренцията. Да се приеме съществуването на злоупотреба въз основа на това, че в крайна сметка антиконкурентният изключващ ефект изглежда по-вероятен от липсата му, представлява риск да се засегнат не само изолирани практики, но и немалък брой практики, които реално биха могли да бъдат благоприятни за конкуренцията. Цената на грешката от този подход би била неприемливо висока поради прекалено широкия обхват.

120. За да се избегне прекалено широкият обхват, преценката на способността на предполагаемото неправомерно поведение трябва да се схваща като насочена към това да се потвърди, че с оглед на всички обстоятелства въпросното поведение не само има противоречиви последици за пазара или не само създава допълнителни ограничения за дейности с благоприятни последици за конкуренцията, а че предполагаемите му ограничителни последици са фактически потвърдени. Ако такава информация липсва, трябва да се направи подробен анализ.

121. Следователно въпросът, който се поставя тук, е дали преценката на способността, дадена от Общия съд, е убедителна, тъй като въз основа на нея може да се потвърди, че жалбоподателят е злоупотребил с господстващото си положение в нарушение на член 102 ДФЕС. По-специално, следва да се установи дали съгласно изискванията на съдебната практика тази преценка може да потвърди, че отстъпките отнемат или ограничават свободата на купувача да избира източниците си на снабдяване, препречват достъпа на конкурентите до пазара или укрепват господстващото положение, като нарушават конкуренцията⁸⁸.

86 Вж. наскоро постановено решение Post Danmark II, точка 69 и решение Post Danmark I, точка 44.

87 Вж. обаче заключението на генералния адвокат Kokott по дело Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, т. 82).

88 Вж. решение Michelin I, точка 73. Вж. още решение Post Danmark II, точка 29 и цитираната съдебна практика.

ii) Факторите, които според Общия съд подкрепят констатацията за злоупотреба

122. В обжалваното съдебно решение Общият съд констатира, че отстъпките и плащанията, предлагани от жалбоподателя, могат да ограничат конкуренцията, като се основава на следните фактора: i) за засегнатите клиенти жалбоподателят е бил търговски партньор, който не може да бъде избегнат; ii) слабите оперативни маржове на печалба на OEM правят отстъпките привлекателни за тях и засилват стимула им да спазват условието за изключително снабдяване; iii) отстъпките на жалбоподателя са били взети предвид, когато клиентите му са решили да се снабдяват за своите нужди изцяло или почти изцяло от това дружество; iv) двата вида практики на жалбоподателя се допълват и подсилват взаимно; v) жалбоподателят се опитвал да обвърже предприятията с особено стратегическо значение за достъпа до пазара; и накрая vi) отстъпките на жалбоподателя се вписват в обща дългосрочна стратегия, целяща да бъде възпрепятстван достъпът на AMD до най-значимите канали на продажба⁸⁹.

123. Според Intel изтъкването на тези фактори не доказва надлежно, че отстъпките и плащанията на Intel могат да доведат до антиконкурентен отстраняващ ефект. По-конкретно, жалбоподателят твърди, че факторите, на които се позовава Общият съд, се свеждат до две неща: OEM са взели предвид отстъпките на Intel, тъй като тези отстъпки са били атрактивни, и Intel използва две допълнителни нарушения, за да изключи AMD от групата на важните клиенти.

124. Първо, следователно жалбоподателят оспорва релевантността на обстоятелството, че въпросните отстъпки и плащания действително са били взети предвид в търговските решения на тези, които се ползват от тях⁹⁰.

125. Съгласен съм с жалбоподателя.

126. Привлекателна оферта, разбрана като финансов стимул за оставане при доставчика, отправящ офертата, може да бъде показателен фактор за установяването на лоялност по отношение на отделен клиент. Тя обаче не може да докаже, че отстъпките имат вероятен антиконкурентен изключващ ефект. Действително, както правилно посочва жалбоподателят, за конкуренцията е характерно, че клиентите вземат решения за покупки, отчитайки по-ниските цени. Иначе казано, фактът, че по-ниската цена действително е взета предвид, прави възможен изключващ ефект, но от друга страна, не отхвърля и обратната вероятност. С други думи, този фактор не е достатъчен, за да се установи с изискуемата степен на вероятност дали спорното поведение е способно да ограничава конкуренцията.

127. Второ, жалбоподателят твърди, че съществуването на цялостна стратегия, включваща два вида нарушения (отстъпки и плащания, както и „голи“ ограничения), за които се счита, че се допълват и подсилват взаимно, не може да докаже способността да ограничава конкуренцията⁹¹.

128. Докато стратегията за изключване действително може да показва субективно намерение за отстраняване на конкурентите, само желанието за това не се трансформира в способност за ограничаване на конкуренцията. Мотивите на Общия съд обаче разкриват един по-сериозен проблем. Всъщност по-обстойното разглеждане на обжалваното съдебно решение показва, че Общият съд е впрегнал „каруцата пред коня“: той се позовава на съществуването на цялостна стратегия, основана на две допълващи се нарушения, за да определи дали спорното поведение е

⁸⁹ Обжалваното съдебно решение, точки 178—184.

⁹⁰ Обжалваното съдебно решение, точка 180.

⁹¹ Обжалваното съдебно решение, точка 181.

способно да наруши конкуренцията. Така Общият съд използва за отправна точка в мотивите си предположението, че разглежданата стратегия представлява злоупотреба, вместо да прецени обстоятелствата в тяхната съвкупност, за да определи дали има надлежно установено нарушение.

129. След като разгледах първо тези две конкретни критики, ще се спра на по-общата критика на жалбоподателя срещу преценката на способността. Жалбоподателят твърди, че счетените за релевантни фактори не са достатъчни да се установи, че спорното поведение може да има антиконкурентен изключващ ефект. По-специално, Общият съд не е взел предвид други фактори, които са от съществено значение за такава преценка.

130. Припомням, че преценката на обстоятелствата в тяхната съвкупност цели да се потвърди, че спорното поведение най-вероятно води до антиконкурентен изключващ ефект. Имайки предвид това, възниква следният въпрос: достатъчни ли са от правна гледна точка направените в обжалваното съдебно решение констатации — че Intel е търговски партньор, който не може да бъде избегнат, и че спорните отстъпки и плащания са били предназначени за предприятия с особено стратегическо значение за достъпа до пазара — за да се ангажира отговорността на Intel? Отговорът на този въпрос зависи от това дали обстоятелствата, за които Intel твърди, че са от съществено значение, и които Общият съд приема за ирелевантни, поставят под съмнение предполагаемият антиконкурентен характер на поведението на Intel.

131. В следващото изложение ще разгледам този въпрос.

iii) Други обстоятелства

132. Жалбоподателят твърди, че Общият съд е допуснал грешка при анализа на обстоятелствата по делото, като не е взел предвид следните обстоятелства: i) недостатъчния пазарен обхват на спорните отстъпки и плащания; ii) кратката продължителност на спорните отстъпки; iii) пазарните резултати на конкурента и понижаването на цените и iv) критерия АЕС, приложен от Комисията.

133. От своя страна Комисията счита, че обжалваното съдебно решение надлежно установява, че предлаганите от Intel отстъпки и плащания са в състояние да доведат до антиконкурентен изключващ ефект. Неоспорените фактори били достатъчни, за да се потвърди изводът, че отстъпките и плащанията на Intel са в състояние да ограничат конкуренцията.

134. Не споделям становището на Комисията.

135. Както вече бе обяснено, подобно на прилагането на съкратената процедура при ограничаване с оглед на целта по член 101 ДФЕС, преценката на обстоятелствата в тяхната съвкупност съгласно член 102 ДФЕС включва проучване на контекста на спорното поведение, за да се потвърди дали то действително има антиконкурентни последици. Ако някое от така проучваните обстоятелства поставя под съмнение антиконкурентния характер на поведението, се налага извършване на по-обстоятелствен анализ на последиците.

136. Както ще поясня в следващите точки, въз основа на преценката на обстоятелствата в тяхната съвкупност Общият съд е трябвало да стигне до извода, че за да се определи дали спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение в нарушение на член 102 ДФЕС, е било необходимо да се анализират действителните или евентуални последици на това поведение.

– Пазарен обхват

137. Жалбоподателят твърди, че при разглеждането на вероятните последици за конкуренцията трябва да се вземе предвид пазарният обхват на въпросните отстъпки. Според него няма вероятност отстъпките за лоялност да ограничават конкуренцията, когато техният пазарен обхват е малък, тъй като конкурентите могат да достигнат до по-големи дялове от пазара, без да е необходимо да се съобразяват с тези намаления. Освен това жалбоподателят изтъква, за сравнение, че в неговия случай свързаният пазарен дял средно е значително по-малък, отколкото в случаите по делата Tomra и Van den Bergh Foods⁹². По дело Tomra например свързаният пазарен дял е (средно) 39 %⁹³. Комисията, от друга страна, счита, че когато се определя дали спорното поведение може да доведе до антиконкурентен изключващ ефект, въпросът за пазарния обхват не е релевантен.

138. В контекста на алтернативната преценка на способността Общият съд посочва, че пазарният обхват на отстъпките и плащанията, предлагани от жалбоподателя, е средно приблизително 14 % за общия период на нарушенията (ако изчислението не се ограничава само до спорния дял от търсенето)⁹⁴. Съдът определя това като значителен дял⁹⁵. Според обжалваното съдебно решение отстъпките и плащанията, предлагани от Intel, могат да бъдат разграничени от обстоятелствата по дело Van den Bergh Foods, при условие че *формата* на разглежданата схема се различава от тази, която е предмет на разглеждане в настоящото производство⁹⁶.

139. Аз обаче не съм убеден, че посочената от жалбоподателя съдебна практика е ирелевантна, както твърди Общият съд. Изключителният механизъм в случая по дело Van den Bergh Foods действително функционира чрез доставката на безплатен фризер. Но това е разграничаване, без да има разлика. Фризерът е доставен при условие да бъде използван само за складиране на доставения от предприятието с господстващо положение сладолед. В резултат на това 40 % от всички търговци на дребно на сладолед са обвързани от условие за изключителност на продукта⁹⁷.

140. Както бе обяснено, правилата на ЕС за конкуренцията последователно се фокусират върху последиците, а не върху формата. В тази светлина размерът на свързания пазарен дял е също толкова важен, независимо от формата на схемата. Ето защо е общоприето, че вероятността от отрицателни последици за конкуренцията нараства пропорционално на размера на свързания пазарен дял⁹⁸.

141. Предвид горното определянето на степента на пазарния обхват, която може да доведе до антиконкурентни последици, в никакъв случай не е аритметическа задача. Следователно не е изненадващо, че Съдът е отхвърлил идеята за въвеждането на определен праг за затваряне на пазара, отвъд който разглежданите практики могат да се считат за злоупотреба по смисъла на член 102 ДФЕС. Съдът потвърждава това в решение Tomra⁹⁹.

92 Вж. решение от 23 октомври 2003 г., Van den Bergh Foods/Комисия (Т-65/98, EU:T:2003:281, наричано по-нататък „решение Van den Bergh Foods“).

93 Решение Tomra, точка 34.

94 Освен това отбелязва, по отношение на пазарния дял на Dell, че отстъпките, предоставени на Dell са блокирали между 14,58 % и 16,34 % от пазара, които счита за еднакво значителни: вж. обжалваното съдебно решение, точки 190 и 191.

95 Обжалваното съдебно решение, точка 194.

96 Обжалваното съдебно решение, точки 121 и 122.

97 Решение Van den Bergh Foods, точка 98.

98 Документ за обсъждане на Комисията относно член [102 ДФЕС], цит.съч., стр. 18, 19 и 41.

99 Решение Tomra, точка 46.

142. Разбира се, вярно е, че праговете могат да се окажат проблематични поради спецификите на различните пазари и обстоятелствата във всеки конкретен случай. Например, когато отстъпките за лоялност са насочени към клиенти, които са особено важни, за да могат конкурентите да стъпят на пазара или да разширят своя пазарен дял, дори скромният пазарен обхват сигурно *може* да доведе до антиконкурентен изключващ ефект. Дали случаят ще бъде такъв, зависи от няколко специфични за него фактора.

143. В този смисъл пазарен обхват от 14 % може да има антиконкурентен изключващ ефект, но може и да не доведе до такъв. Със сигурност обаче такъв пазарен обхват не може да изключи възможността въпросните отстъпки да *нямат* антиконкурентен изключващ ефект. Това е вярно дори ако се приеме, че въпросните отстъпки и плащания визират ключови клиенти¹⁰⁰. Казано по-просто, 14 % не са достатъчни, да се направи убедителен извод.

144. Тази неубедителност не се преодолява с позоваването, в обжалваното съдебно решение, на установения факт, че жалбоподателят е търговски партньор, който не може да бъде избегнат, на пазара на СРУ. Трябва да бъде отбелязано, че според Общия съд фактът, че дадено предприятие е търговски партньор, който не може да бъде избегнат, представлява поне указание за способността на предоставяна от него „изключителна отстъпка“ или плащане да ограничава конкуренцията¹⁰¹.

145. Този извод е правилен само ако се приеме, че изискуемата степен на вероятност не надвишава обикновената възможност дадено поведение да породи антиконкурентни последици. Както обаче бе посочено по-горе, преценката на обстоятелствата в тяхната съвкупност цели да се потвърди, че е много вероятно спорното поведение да има антиконкурентен ефект.

146. Поради това считам, че преценката на пазарния обхват, направена от Общия съд, е незадоволителна. Въз основа на нея не може надлежно да се установи, че пазарният дял, засегнат от отстъпките и плащанията, е достатъчен, за постигане на антиконкурентен ефект на изключване.

– *Продължителност*

147. Жалбоподателят счита, че продължителността на режима на отстъпки е от решаващо значение за анализа на способността за ограничаване на конкуренцията. По-специално, той поставя под съмнение преценката на продължителността в обжалваното съдебно решение, която се основава на кумулирането на множество краткосрочни споразумения.

148. Според Комисията, от друга страна, Intel неправилно счита, че евентуалният отстраняващ ефект на отстъпките за лоялност може да се породи само от договорно задължение: напротив, пазарната мощ на предприятието с господстващо положение прави такива договорни задължения ненужни. Накратко, продължителността е ирелевантна.

149. По-конкретно, Общият съд посочва, че релевантният критерий не е срокът за прекратяване на договора или определеният срок на индивидуален договор, който е част от серия последователни договори. Вместо това релевантният критерий е според него общата продължителност, по време на която жалбоподателят прилага отстъпки и плащания за изключителни права спрямо даден клиент¹⁰². Тази продължителност е била около пет години по отношение на MSH, около три години по отношение на Dell и NEC, повече от две години по

¹⁰⁰ Общият съд отбелязва, че Комисията е имала право да направи извод, че поради фокуса върху предприятия, които са от особено стратегическо значение за достъпа до пазара, отстъпките и плащанията са визирали важни OEM и един основен търговец на дребно. Обжалваното съдебно решение, точки 182 и 183. Вж. още точки 1507—1511 във връзка с MSH.

¹⁰¹ Обжалваното съдебно решение, точка 178.

¹⁰² Обжалваното съдебно решение, точки 112, 113 и 195.

отношение на HP и около година по отношение на Lenovo. Приема се, че предоставянето на отстъпка и на плащане за изключителни права в такива периоди *като цяло би могло* да ограничи конкуренцията. Според Общия съд това е още по-вярно за пазар като този на CPU, който се характеризира със силен динамизъм и кратък жизнен цикъл на изделията¹⁰³.

150. В началото ще отбележа, че кратката продължителност на дадена практика не изключва възможността тя да има антиконкурентни ефекти. По същия начин въпросът дали, абстрактно погледнато, общият период е кратък или дълъг, е ирелевантен.

151. Когато, както в настоящия случай, изключителността зависи в крайна сметка от избора на клиента да се снабдява от предприятието с господстващо положение за по-голямата част от нуждите си, не може просто да се приеме *ex post facto*, че кумулирането на краткосрочни споразумения доказва способността на тези отстъпки да ограничават конкуренцията.

152. Съществуват поне две причини за това.

153. Първо, за разлика от случаите на изключителни търговски споразумения при смяна на доставчиците не се налагат санкции. Това е така, при условие че даден конкурент може поне по принцип да компенсира загубената отстъпка. Ако обаче конкурентът не може да продаде въпросните стоки без загуба, клиентът *de facto* е обвързан с предприятието с господстващо положение. От тази гледна точка, размерът на отстъпката също не може да се счита за напълно ирелевантен.

154. По-конкретно, при последващ анализ на продължителността, както в настоящия случай, е необходимо да се определи дали друг доставчик е бил в състояние да компенсира загубата на отстъпките. В противен случай изборът на клиентите да останат при предприятието с господстващо положение автоматично ще бъде счетен за индикатор за злоупотреба, независимо от факта, че тези клиентите биха могли без ограничения да се оттеглят от споразуменията си с предприятието с господстващо положение.

155. Просто казано, не може само въз основа на избора на клиентите да се приеме, че изборът представлява израз на злоупотреба. Възможни са и други обяснения за този избор. Такива са включително, но не само, съображения във връзка с качеството, сигурността на доставката, както и предпочитанията на крайните потребители.

156. Второ, голяма обща продължителност на практиката със сигурност може да е показателна за това, че механизмът на отстъпки води до установяването на лоялност на ниво отделен клиент. Все пак, ако не бъдат представени и други убедителни доказателства в този смисъл, фактът, че даден клиент е решил да остане при предприятието с господстващо положение, не е достатъчен, за да се установи надлежно, че предлаганите отстъпки са в състояние да ограничат конкуренцията. Напротив, не трябва да се забравя, че когато клиентът има възможност за честа смяна на доставчиците, дори да не я използва, отстъпките за лоялност също повишават съперничеството. Така те също могат да имат благоприятни последици за конкуренцията.

157. Затова считам, че преценката на продължителността, направена в обжалваното съдебно решение — която се ограничава до разглеждане на общата продължителност на проучваната практика — е незадоволителна. Просто казано, тази преценка не помага да се потвърди, че това поведение по всяка вероятност има антиконкурентни последици.

¹⁰³ Обжалваното съдебно решение, точка 195.

– *Пазарните резултати на конкурента и понижаването на цените*

158. Жалбоподателят оспорва отхвърлянето от страна на Общия съд на пазарните резултати на AMD и доказателствата за липсата на изключващ ефект (понижаването на цените на CPU x86) като ирелевантни в контекста на преценката на способността.

159. Общият съд счита, че успехът на конкурента и понижаването на неговите цени не изключват възможността практиките на жалбоподателя да не са имали последици. Според него, ако тези практики липсвали, основателно може да се предположи, че увеличаването на пазарните дялове на конкурента и на неговите инвестиции в областта на научноизследователската и развойна дейност, както и намаляването на цените на CPU x86 са могли да бъдат по-големи¹⁰⁴.

160. Според мен Общият съд правилно е преценил, че пазарните резултати на AMD и понижаването на цените на CPU x86 са недостатъчни, за да се потвърди дали спорното поведение е в състояние да ограничи конкуренцията. Все пак до същия извод би се достигнало дори ако резултатите на конкурента бяха слаби. Според мен преценката на такива фактически елементи може да бъде полезна единствено като част от подробна преценка на действителните или евентуални последици за конкуренцията. Тя не съдейства да се определи дали схема за отстъпки, за която се предполага, че е незаконосъобразна, е способна да ограничава конкуренцията.

– *Критерият АЕС*

161. Жалбоподателят счита, че когато, както в настоящия случай, Комисията е направила анализ по същество на икономическите обстоятелства във връзка с предполагаема злоупотреба, от правна гледна точка е неправилно този анализ да се пренебрегва само защото не помага да се установи нарушение.

162. Комисията твърди, че критерият АЕС е ирелевантен по отношение установяването на способността на спорното поведение да ограничава конкуренцията. Според нея практиката на Съда не подкрепя твърдението на жалбоподателя, че критерият АЕС следва да бъде част от преценката на обстоятелствата в тяхната съвкупност.

163. В обжалваното съдебно решение Общият съд отхвърля релевантността на критерия АЕС за определяне, в контекста на преценката на обстоятелствата в тяхната съвкупност, способността на спорното поведение да ограничава конкуренцията. Поради това той не преразглежда приложения от Комисията критерий в спорното решение. На първо място, той счита, че критерият АЕС е ирелевантен, тъй като, предвид тяхната форма, Комисията не е длъжна да доказва във всеки отделен случай способността на изключителните отстъпки да отстраняват конкуренти. Обжалваното съдебно решение отхвърля по същество релевантността на критерия АЕС, тъй като чрез него се потвърждава единствено, че спорното поведение не създава невъзможност за достъп до пазара. Съгласно обжалваното съдебно решение изключителните отстъпки могат да препречат достъпа до пазара на конкурентите на предприятието с господстващо положение дори когато достъпът до пазара не е икономически напълно невъзможен, а само затруднен¹⁰⁵. На второ място, отбелязва се, че дори във връзка с

¹⁰⁴ Обжалваното съдебно решение, точка 186.

¹⁰⁵ Обжалваното съдебно решение, точки 93 и 150.

отстъпките от категория 3 съдебната практика не изисква прилагането на критерия АЕС. Трето, Общият съд отбелязва, че критерият АЕС е бил приет за релевантен от Съда само по делата относно ценови практики и практики на прилагане на ценови ножици, които по същество се различават от случаите на „изключителни отстъпки“¹⁰⁶.

164. Първо, както посочих по-горе (т. 122—160), необходимо е да се разгледат обстоятелствата в тяхната съвкупност, за да се установи дали въпросното поведение, доколкото се отнася и до „изключителните отстъпки“, е в състояние да отстрани конкурентите. С други думи, способността за възпрепятстване трябва да се докаже във всеки отделен случай. Разбира се, критерият АЕС може да се отхвърли като ирелевантен, ако се приеме, че изцяло хипотетичната или теоретична възможност за антиконкурентен изключващ ефект на спорното поведение е достатъчна за установяване на злоупотреба. Действително, теоретично погледнато, всяка отстъпка, предлагана от предприятие с господстващо положение, може при определени обстоятелства да има антиконкурентен ефект.

165. При положение обаче, че се изисква ефект на отстраняване, критерият АЕС не може да бъде пренебрегнат. Както отбелязва Общият съд, критерият има за цел да установи поведение, което прави икономически невъзможно за даден също толкова ефективен конкурент да си осигури спорната част от търсенето на клиента. С други думи, критерият може да е от помощ при установяването на поведение, което по всяка вероятност има антиконкурентен ефект. За разлика от това, когато критерият показва, че даден също толкова ефективен конкурент е в състояние да покрива разходите си, вероятността за антиконкурентни последици значително намалява. Ето защо от гледна точка на установяването на поведение, което има антиконкурентен изключващ ефект, критерият АЕС е особено полезен.

166. По отношение на второто и третото съображения по-горе вече обясних (т. 101—105) защо съдебната практика, свързана с ценовите практики и практиките на прилагане на ценови ножици, не трябва да се пренебрегва. Във всеки случай с решение *Post Danmark II* се отстраняват всички неясноти в това отношение. Това дело показва, че съдебната практика, която се отнася до други видове изключения, основаващи се на цената, не може просто да бъде пренебрегната в контекста на делата за отстъпки. Както потвърждава Съдът, позовавайки се по-специално на тази съдебна практика, критерият АЕС може да се окаже полезен и при преценката на схема за отстъпки¹⁰⁷.

167. Все пак заслужава да се отбележи, че в решение *Post Danmark II* Съдът внимателно е определил позицията си по отношение на критерия АЕС. По-специално той посочва, че макар в определени случаи критерият АЕС да е полезен, няма правно задължение този критерий да се прилага¹⁰⁸. В същия смисъл е становището на Съда, изразено в решение *Tomra*. По това дело Съдът приема, че Комисията не е длъжна да доказва, че отстъпките за лоялност принуждават конкурентите на предприятието с господстващо положение да продават на цени, по-ниски от себестойността, за да се конкурират за спорната част от пазара. Обратно, Съдът се произнася, че Комисията е могла да установи способността на въпросните отстъпки да ограничават конкуренцията въз основа на качествени елементи, указващи техния антиконкурентен характер¹⁰⁹.

168. В този смисъл определено е изкушаващо да се направи изводът, че в настоящия случай не е необходимо да се прибегва до критерия АЕС. Следвайки тази логика, според твърдението на Комисията, направената от Общия съд преценка на способността не съдържа грешка при прилагане на правото поради пренебрегването на критерия АЕС като ирелевантен.

106 Обжалваното съдебно решение, точки 143, 144 и 152.

107 Вж. решение *Post Danmark II*, точки 55—58.

108 Вж. решение *Post Danmark II*, точка 57 и цитираната съдебна практика.

109 Вж. решение *Tomra*, точки 73—80.

169. Тази гледна точка обаче не взема под внимание два момента. За разлика от случая по дело Tomra в спорното решение Комисията всъщност е извършила обстоен анализ във връзка с АЕС. По-същественото е, че останалите обстоятелства, преценявани от Общия съд, не подкрепят безспорно констатацията за последици за конкуренцията. При това положение ми се струва ясно, че критерият АЕС не може да бъде пренебрегнат като ирелевантно обстоятелство.

170. Следователно Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като не е разгледал анализа във връзка с АЕС, направен от Комисията в спорното решение като част от преценката на обстоятелствата в тяхната съвкупност.

171. В заключение на моя анализ на алтернативната преценка на способността, направена от Общия съд, ще посоча следното.

172. Въз основа на разгледаните при тази преценка обстоятелства не може да се потвърди наличието на последици за конкуренцията. Преценката показва единствено теоретична възможност за антиконкурентен изключващ ефект на спорното поведение, но такъв действителен ефект не е потвърден. За преценката на обстоятелствата в тяхната съвкупност по принцип трябва да се вземат предвид поне пазарният обхват и продължителността на спорното поведение. Освен това може да е необходимо да се разгледат други обстоятелства, които са различни за всеки конкретен случай. В настоящия случай, точно защото е приложен от Комисията в спорното решение, критерият АЕС не може да бъде пренебрегнат, когато се определя дали спорното поведение е в състояние да произведе антиконкурентен изключващ ефект. Преценката на релевантните обстоятелства следва като цяло да позволява да се потвърди с изискуемата степен на вероятност, че предприятието с господстващо положение е злоупотребило с това положение в нарушение на член 102 ДФЕС. При липсата на такова потвърждение поради например слаб пазарен обхват, кратка продължителност на спорните практики или положителен резултат от прилагането на критерия АЕС се налага по-задълбочена икономическа оценка на действителните или евентуални последици за конкуренцията, за да се установи наличието на злоупотреба.

в) Заключение

173. Стигам до заключението, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е констатирал, първо, че изключителните отстъпки представляват отделна и самостоятелна категория отстъпки, които не изискват разглеждане на обстоятелствата в тяхната съвкупност, за да се установи наличието на злоупотреба с господстващо положение в нарушение на член 102 ДФЕС. Второ, допуснал е грешка при прилагане на правото във връзка с алтернативната си преценка на способността, като не е установил, въз основа на обстоятелствата в тяхната съвкупност, че предлаганите от жалбоподателя отстъпки и плащания имат по всяка вероятност антиконкурентен изключващ ефект.

174. Следователно първото основание за обжалване трябва да бъде уважено.

В– По второто основание за обжалване: значението на пазарния обхват, за да се определи дали предприятието е злоупотребило с господстващото си положение

1. Основни доводи на страните

175. С второто основание за обжалване жалбоподателят твърди, че независимо от направения извод по отношение на първото основание във всички случаи пазарният обхват на поведението на Intel през 2006 г. и 2007 г. не му позволявал да ограничава конкуренцията. През този период нарушението засягало само MSH и Lenovo. Според жалбоподателя Общият съд е допуснал

грешка при прилагане на правото, като е приел, че поради констатираното от Комисията в спорното решение единно и продължавано нарушение в периода 2002—2007 г., констатацията за нарушение в периода 2006—2007 г. може да се основава на средния пазарен обхват за целия период от 2002 г. до 2007 г. (а не на пазарния обхват на поведението през въпросните две години)¹¹⁰.

176. Комисията изтъква, че второто основание е просто допълнение към първото основание. То изцяло се основавало на същите предпоставки както и първото основание. Тази институция счита, че пазарният обхват е без значение, когато се определя дали отстъпките на Intel са способни да ограничават конкуренцията: пазарният обхват на практиките на Intel има връзка единствено със степента, до която тези практики действително ограничават конкуренцията. Поради стратегическото значение на OEM, към които са насочени практиките през 2006 г. и 2007 г., значимостта на практиките на Intel не може да се измерва единствено чрез пазарния обхват. В този контекст Комисията твърди, че пазарният обхват през тези две години следва да се разглежда в светлината на единно и продължавано нарушение, свързано със съществуването на обща стратегия за отстраняването на AMD от световния пазар на CPU.

2. Анализ

177. По-горе направих извода, че Общият съд е допуснал грешка в своята алтернативна преценка на способността, в съответствие с обстоятелствата в тяхната съвкупност. По-специално той е сгрешил в преценката си по отношение на пазарния обхват, като не е признал, че дял на обвързания пазар от 14 % не е в състояние надлежно да докаже, че спорното поведение може да нарушава конкуренцията. Дори само въз основа на това второто основание също следва да бъде потвърдено.

178. Въпреки това съм убеден, че това основание заслужава да бъде накратко разгледано самостоятелно. Това е така, защото констатациите на Общия съд относно наличието на единно и продължавано нарушение са в основата на констатирането на нарушение за 2006 г. и 2007 г. Всъщност Общият съд счита, че в контекста на единно и продължавано нарушение, основано на обща стратегия за изключване, общата преценка на средната стойност на обвързания пазарен дял е достатъчна, за да се установи, че въпросното поведение е способно да доведе до антиконкурентен изключващ ефект¹¹¹.

179. При все това основният въпрос при настоящото основание за обжалване е свързан с ролята на понятието „единно и продължавано нарушение“ за преценката на способността на поведението на едно-единствено дружество да ограничава конкуренцията. По-специално възниква въпросът дали използването на това понятие може да компенсира факта, че пазарният обхват е твърде малък, за да се потвърди само въз основа на него, че спорното поведение е било в състояние да ограничи конкуренцията през определен период от време.

180. В практиката на Съда понятието за единно и продължавано нарушение се използва по-специално в контекста на член 101 ДФЕС, за да се обединят няколко елемента на антиконкурентно поведение под общото название „единно и продължавано нарушение“ за целите на изпълнението. Съображенията за това са свързани с гарантирането на ефективно изпълнение по дела, при които нарушенията включват съвкупност от антиконкурентни практики, които могат да приемат различна форма и дори да се развиват във времето¹¹².

¹¹⁰ Обжалваното съдебно решение, точки 192 и 193.

¹¹¹ Обжалваното съдебно решение, точки 193, 1561 и 1562.

¹¹² Вж. в този смисъл решение от 6 декември 2012 г., Комисия/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, т. 41 и цитираната съдебна практика).

181. С други думи, целта е да се избегне неблагоприятният изход от изпълнението, когато различни споразумения и съгласувани практики по член 101 ДФЕС, които в действителност формират част от общ план за ограничаване на конкуренцията, се разглеждат самостоятелно. Поради тази причина използването на понятието за единно и продължавано нарушение балансира тежестта на доказване, която по принцип се възлага на изпълнителните органи, във връзка с необходимостта да се докаже характерът на продължавано нарушение на разглежданите антиконкурентни практики. По-специално, когато съвкупност от споразумения и практики се изпълняват през дълъг период от време, не е необичайно през съответния период да настъпят промени в обхвата, формата и участниците в тези споразумения и/или практики. Без помощта на понятието за единно и продължавано нарушение изискванията към Комисията за доказателствен минимум ще са по-големи. Тя ще трябва да установи и докаже съществуването на няколко отделни антиконкурентни споразумения и/или съгласувани практики, както и да установи страните, участващи във всяко от тях поотделно. Разглеждането на спорните практики поотделно също така би могло в някои случаи да доведе до погасяване по давност на по-стари споразумения или съгласувани практики. Това би намалило ефективността на изпълнението.

182. Следователно понятието за единно и продължавано нарушение има процесуалноправен характер.

183. Като облекчава тежестта на доказване, която пада върху органите за защита на конкуренцията, понятието е от особено значение в контекста на налагането на глоби. По-конкретно, фактът, че няма представени доказателства за отделни конкретни периоди, не изключва възможността за установяване на нарушението през по-дълъг общ период от време. Това обаче изисква тази констатация да се подкрепя от обективни и съвпадащи улики в този смисъл. Обикновено в случаите на нарушение, което продължава няколко години, фактът, че споразумението има проявления през различни периоди, разделени от по-дълги или по-къси промеждутъци на бездействие, не оказва влияние върху съществуването на това споразумение, доколкото различните действия, които съставляват нарушението, имат една и съща цел и са част от единно и продължавано нарушение¹¹³. Действително фактът, че Комисията е била в състояние да докаже съществуването на общ план за ограничаване на конкуренцията, е от особено значение¹¹⁴.

184. Обратно, използването на понятието за единно и продължавано нарушение не разширява, и не може да разшири, границите на забраните съгласно Договорите.

185. В настоящия случай понятието за единно и продължавано нарушение се въвежда в напълно различен контекст¹¹⁵. В обжалваното съдебно решение то се използва за констатиране на нарушение, произтичащо от поведението на едно-единствено дружество, във връзка с което е установено, че същото поведение, само по себе си, е било в състояние да ограничи конкуренцията в рамките на вътрешния пазар.

186. Не мога да не изразя своите съмнения относно това използване на понятието.

187. На първо място, както жалбоподателят отбелязва, използването на понятието за единно и продължавано нарушение не може да превърне, както смята жалбоподателят, законосъобразно поведение в нарушение.

¹¹³ Вж. решение от 6 декември 2012 г., Комисия/Verhuizingen Coppens (C-441/11 Р, EU:C:2012:778, т. 72 и цитираната съдебна практика). Вж. още решение от 7 януари 2004 г., Aalborg Portland и др./Комисия (C-204/00 Р, C-205/00 Р, C-211/00 Р, C-213/00 Р, C-217/00 Р и C-219/00 Р, EU:C:2004:6, наричано по-нататък „решение Aalborg“, т. 260).

¹¹⁴ Вж. например решение Aalborg, точка 260.

¹¹⁵ За използването на това понятие в контекста на съдебната практика вж. точка 319 и сл. по-долу.

188. Все пак, тъй като Комисията е направила извод за наличието на единно и продължавано нарушение, Общият съд е счел за достатъчно да се направи обща преценка на средната стойност на затворения пазарен дял през периода от 2002 г. до 2007 г.¹¹⁶. Въз основа на това той е приел за ирелевантно, че през 2006 г. и 2007 г. пазарният обхват е бил значително по-малък от средната стойност на обвързания пазарен дял (14 %).

189. С други думи, Общият съд е заменил материалноправен критерий с процесуален. Той изоставя критерия за достатъчния пазарен обхват, който, парадоксално, според него е релевантен, за да се потвърди способността на спорното поведение да породи антиконкурентен изключващ ефект, и го заменя с критерия за единно продължавано нарушение. Това просто не е издържано. Следва или да се приеме, че пазарният обхват изобщо е без значение и че правилата на ЕС за конкуренцията санкционират формата, а не последиците (по-горе обясних защо това е неприемливо решение), или да му се обърне сериозно внимание при преценката на обстоятелствата в тяхната съвкупност.

190. Чрез посочения по-горе подход Общият съд не се е уверил, че въпросното поведение е способно да ограничи конкуренцията през целия разглеждан период.

191. Във всеки случай, ако беше се уверил дали случаят е такъв, той е трябвало да направи извод, че толкова малък обвързан пазарен дял е недостатъчен, за да се установи, че спорното поведение е способно да ограничи конкуренцията.

192. Подобно на посоченото по-горе в точка 143 във връзка с пазарен дял от 14 %, не може да се изключи възможността при определени обстоятелства обвързан пазарен дял по-малък от 5 % също да е достатъчен да отстрани конкуренти от пазара. Независимо от това в контекста на преценката на способността такъв пазарен дял е съвсем незадоволителен. Както бе пояснено, не може да се приеме (въз основа на формата на поведението), че определени практики попадат в обхвата на забраната, установена в член 102 ДФЕС, без да се вземе предвид делът от обвързания пазар. В случаите, когато обвързаният пазарен дял не предоставя достатъчно доказателства за ефект върху конкуренцията, установяването на злоупотреба изисква разглеждане на действителните или евентуалните последици на въпросното поведение.

193. В обобщение, когато пазарният обхват се счита за недостатъчен, за да бъде установен ефект върху конкуренцията през определен период от време, този проблем не може да се компенсира с прилагането на понятието за единно и продължавано нарушение. По-скоро, както самото понятие предполага, за да могат няколко случая на поведение да съставляват единно и продължавано нарушение, всеки отделен случай също трябва сам по себе си да бъде нарушение. С други думи, това поведение трябва да съставлява нарушение през целия разглеждан период.

194. Следователно второто основание за обжалване също следва да бъде уважено.

Г– По третото основание за обжалване: квалифицирането на определени отстъпки като „изключителни отстъпки“

1. Основни доводи на страните

195. Жалбоподателят, подкрепян от АСТ, твърди, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, квалифицирайки договорените отстъпки с HP и Lenovo като „изключителни отстъпки“. Въпреки че тези отстъпки обхващат 95 % от офисните компютри на HP и 80 % от преносимите компютри на Lenovo, те съставляват малка част от всички закупени

¹¹⁶ Обжалваното съдебно решение, точка 193.

от тези две предприятия CPU. Intel твърди по същество, че тъй като изискването за изключителност по отношение на тези отстъпки се отнася до определени *сегменти* от нуждите на тези OEM от CPU, квалификацията на въпросните отстъпки като „изключителни отстъпки“ е неправилна. Според жалбоподателя Общият съд е сгрешил, като е преценил, че това изискване има същите последици като снабдяването „за всички или за значителна част“ от общите нужди на клиента. По-конкретно, този подход на практика лишава изискването за „изцяло или [...] значителна част“ от всякаква строгост: той води до необосновано разширяване на обхвата на понятието „изключителни отстъпки“, които автоматично биха били осъдени съгласно възприетия от Общия съд подход по отношение на член 102 ДФЕС.

196. Според Комисията настоящото основание следва да бъде отхвърлено поради две причини. Първо, тя твърди, че свободното участие на OEM в обществени поръчки в някои сегменти не може да компенсира ограничението за OEM свободно да избират своите доставчици в един сегмент на пазара на CPU. Второ, Комисията поддържа, че Intel тълкува неправилно релевантната практика на Съда, според която конкурентите на предприятието с господстващо положение трябва да могат да се конкурират въз основа на качествата си на целия пазар.

1. Анализ

197. Подобно на второто основание за обжалване, третото основание е тясно свързано с първото. По същество с него се повдига въпросът дали Общият съд правилно е приел, че предлаганите от жалбоподателя отстъпки за HP и Lenovo могат да се определят като „изключителни отстъпки“¹¹⁷.

198. По-горе обясних защо не съществува отделна категория на „изключителни отстъпки“. Презумпция за незаконосъобразност се прилага по отношение на отстъпките за лоялност, включително (но не само) за тези, наречени от Общия съд „изключителни отстъпки“. Една от възможните причини за определяне на дадена отстъпка като отстъпка за лоялност е, че тя се основава на изискването купувачът да се снабдява „за всички [...] или за по-голямата част“ от своите нужди от предприятието с господстващо положение¹¹⁸. Формата сама по себе си обаче не определя вида на отстъпките. Преди да може да се направи извод, че спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение, трябва да се разгледат обстоятелствата в тяхната съвкупност. Следователно, ако Съдът, както предлагам, уважи първото основание от жалбата на жалбоподателя, няма да е необходимо да разглежда третото основание.

199. Все пак третото основание остава важно, ако Съдът отхвърли първото основание и прецени, че „изключителните отстъпки“ следва да се разграничават от другите видове отстъпки за лоялност.

200. Ако Съдът стигне до такъв извод, изискването за „всички или значителна част“ придобива решаващо значение при преценката на тези отстъпки, тъй като само отстъпки, които зависят от условието клиентът да се снабдява от предприятието с господстващо положение „за всички или значителна част“ от своите нужди, ще попадат в категорията на „изключителните отстъпки“.

201. Имайки това предвид, ще отбележа следното.

¹¹⁷ Обжалваното съдебно решение, точки 134 и 137.

¹¹⁸ Вж. решения Hoffmann-La Roche, точка 89 и Tomra, точка 70.

202. По отношение на HP например условието за изключително право е свързано с изискването HP да купува 95 % от доставките си на CPU x86 за корпоративни офисни компютри от жалбоподателя. Това със сигурност се равнява на „всички или значителна част“ от нуждите в този сегмент. Картината обаче се замъглява от факта, че тези 95 % всъщност съответстват на приблизително 28 % от общите нужди на HP от CPU¹¹⁹. Както жалбоподателят твърди, това едва ли може да се определи като „всички или значителна част“ от общите нужди.

203. В това отношение Общият съд е постановил в обжалваното съдебно решение, че е без значение дали условието потребителят да задоволява „всички или значителна част“ от нуждите си от предприятието с господстващо положение се отнася за целия пазар или за отделен негов сегмент¹²⁰. За да обоснове този подход, Общият съд се позовава на решение Tomra. Съгласно становището на Съда по това дело конкурентите би трябвало да могат да се конкурират според своите предимства на целия пазар, а не само на част от него. Това становище обаче по никакъв начин не посочва как следва да се тълкува критерият „всички или значителна част“. То по-скоро е свързано с въпроса дали затварянето на съществен дял от пазара от предприятие с господстващо положение все пак може да бъде оправдано, ако възможният за овладяване пазарен дял продължава да бъде достатъчен, за да се отстъпи място на ограничен брой конкуренти¹²¹.

204. Този въпрос не е предметът на настоящото дело. Въпросът тук е дали изискването „всички или значителна част“ може да се отнася и за отделна част от съответния продуктов пазар.

205. В спорното решение при определянето на релевантния продуктов пазар не се прави разграничение между CPU, използвани в предназначените за предприятия офисни компютри, и тези, използвани в предназначените за частни лица компютри. Това е така, защото при отделен вид компютри едни и същи CPU могат да се използват в бизнес/търговския сегмент и в частния/потребителски сегмент¹²². Възможността за взаимозаменяемост на сегментите показва, че пазарът не може да бъде разделен.

206. Във връзка с това в обжалваното съдебно решение Общият съд посочва, че въпросът дали използваните CPU в компютрите за специалисти се различават от тези CPU x86, които са предназначени за компютри за частни лица, е ирелевантен в настоящия случай. Според него, дори тези CPU да са били взаимозаменяеми, покупателният избор на въпросните OEM в съответния сегмент би бил значително ограничен¹²³.

207. На пръв поглед този довод е убедителен.

208. Той обаче пренебрегва нещо важно: мотивите на обжалваното съдебно решение вземат като отправна точка мнението на HP (и Lenovo), а не на AMD. От позицията на AMD е напълно ирелевантно дали свободният избор на HP и Lenovo е значително ограничен в един сегмент, като се има предвид, че HP и Lenovo са клиенти на Intel, а не негови конкуренти.

209. Действително следва да се подчертае, че става въпрос за изключително поведение по отношение на конкурента на жалбоподателя AMD, а не за експлоатация на клиентите на жалбоподателя. Това, което има значение от гледна точка на AMD (а следователно и за определяне дали спорното поведение представлява злоупотреба с господстващо положение, свързана с практика за отстраняване, в нарушение на член 102 ДФЕС), е общият процент на обвързаните нужди в резултат от отстъпките и плащанията на Intel.

119 Вж. обжалваното съдебно решение, по-специално точки 126 и 129 относно HP и точка 137 относно Lenovo.

120 Обжалваното съдебно решение, по-специално точки 132 и 133.

121 Решение Tomra, точка 42.

122 Спорното решение, съображение 831. Вж. още обжалваното съдебно решение, точка 133.

123 Обжалваното съдебно решение, точка 133.

210. Както посочва АСТ, няма значение дали снабдяването е за нуждите на един отделен сегмент. Това, което е важно, е дали въпросните OEM запазват възможността си да купуват значителни количества от конкурентите на Intel. Настоящият случай се оказва такъв: HP и Lenovo все пак могат да закупуват значителни количества CPU x86 от AMD. Въпросът дали дадено предприятие е злоупотребило с господстващото си положение, като е отстранило конкурент, не може да зависи от привидно произволното сегментиране на пазара.

211. В този контекст изглежда трудно може да се твърди, по отношение на HP, че условието за изключителни права върху 95 % от предназначените за предприятията офисни компютри би се равнявало на повече от 28 % от общите нужди на HP. По същата логика изключителните права по отношение на преносимите компютри на Lenovo не представляват *изцяло* изключителни права. Просто изискването за „всички или значителна част“ не може да бъде изпълнено при тези обстоятелства.

212. С риск да посоча очевиден факт, възприетият в обжалваното съдебно решение подход води до резултат, който едва ли е обоснован: дори „изключителна отстъпка“ по отношение на сегмент от съответния пазар, който покрива незначителна част от общите нужди на клиента (да кажем например 3 %), би могла автоматично да се приеме за злоупотреба.

213. Следователно според мен Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото във връзка с неговата квалификация на предлаганите от жалбоподателя отстъпки на HP и Lenovo.

214. Следователно, независимо дали Съдът ще се съгласи с моята преценка по първото и второто основание, третото основание за обжалване трябва да бъде уважено.

Д– По четвъртото основание за обжалване: правото на защита

1. Основни доводи на страните

215. Четвъртото основание се отнася до правото на защита на жалбоподателя, провъзгласено в член 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“). Intel твърди, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел, че липсва процесуално нарушение във връзка с проведената през 2006 г. среща с изпълнителният директор на Dell, г-н D1, в хода на разследването, довело до приемането на спорното решение (наричана по-нататък „въпросната среща“).

216. В това отношение според жалбоподателя, на първо място, Общият съд е сгрешил, като е приел, че въпросната среща не представлява снемане на обяснения по смисъла на член 19 от Регламент № 1/2003. Второ, той твърди, че Общият съд е допуснал грешка, като е постановил, че макар Комисията да е била длъжна да запише въпросната среща поради нейната важност, нарушението на принципа на добра администрация, до което е довел този пропуск, е било поправено чрез добавяне към преписката на неуповенителна редакция на записката (вътрешна *aide mémoire* на Комисията, наричана по-нататък „вътрешната записка“), която е била предоставена на жалбоподателя. Трето, той твърди, че Общият съд е сгрешил в преценката си при условията на евентуалност относно това дали процесуално нарушение като констатираното в обжалваното съдебно решение съставлява основание за отмяна на спорното решение, що се отнася до поведението на жалбоподателя по отношение на Dell.

217. Според основното твърдение на Комисията четвъртото основание за обжалване е несъстоятелно, тъй като Intel не е оспорвал констатацията в обжалваното съдебно решение, че предоставените на Dell отстъпки са „изключителни отстъпки“. Според Комисията това основание също така е недопустимо, тъй като въпросът дали нарушението на принципа на

добра администрация може да бъде поправено чрез предоставяне на достъп на Intel до неуповенителната редакция на вътрешната записка, зависи от преценката за значението на въпросната среща и точността на направената записка. Това са фактически въпроси, които не подлежат на преразглеждане в производство по обжалване.

218. При условията на евентуалност, доводите на Intel са необосновани. Intel не е представило никакъв релевантен довод, който да поставя под съмнение преценката в обжалваното съдебно решение на вътрешната записка. Освен това Комисията поддържа, че спорното решение се основава преди всичко на писмени доказателства, които въпросната среща при никакви обстоятелства не може да представи в различна светлина.

1. Анализ

219. В началото се налага да подчертая, че четвъртото основание в никакъв случай не е несъстоятелно, нито недопустимо, както твърди Комисията.

220. С това основание Intel по-специално твърди, че констатацията за нарушение трябва да бъде отменена по отношение на Dell, тъй като фактическите констатации, на които се основава това нарушение, са опорочени поради нарушение на правото му на защита. Това е правен проблем, по който Съдът може и трябва да се произнесе. Квалификацията в обжалваното решение, че отстъпките на Intel за Dell са били обусловени от изключителни права, независимо дали е била обжалвана или не, няма отношение към този проблем. По-горе обясних, че констатацията за незаконосъобразност на въпросните отстъпки (независимо как са наречени) не може да се направи без разглеждане на релевантните обстоятелства в тяхната съвкупност. Самата Комисия признава в съдебното заседание, че по принцип дори „изключителните отстъпки“ биха могли да бъдат оправдани от въпросното предприятие. По същия начин фактът, че страните са се съгласили, че Комисията не се е позовала на информацията, получена по време на въпросната среща, за да уличи Intel, е встрани от проблема: това няма връзка с възможния оневиняващ характер на срещата¹²⁴. По-важното е обаче, че въпросът за наличието на нарушение на правото на защита е напълно независим от въпроса за влиянието на това (евентуално) нарушение върху материалното съдържание на спорното решение.

221. Просто казано, не е особено важно, ако изобщо е от значение, как са били квалифицирани отстъпките на Intel или какви доказателства са използвани, за да се уличи жалбоподателят, ако неговото право на защита е било нарушено. Единственото, в което Съдът трябва да се убеди, е дали жалбоподателят е доказал, че би могъл да осигури по-добре своята защита, ако е разполагал с достъп до запис на въпросната среща. За да разгледа този въпрос, Съдът трябва да прецени също и дали вътрешната записка — която е оповестена пред жалбоподателя със закъснение едва в първоинстанционното производство — би могла да „поправи“ всички предходни процедурни нередности, породени от решението на Комисията да не запише въпросната среща. Ето защо за мен не е убедителен доводът на Комисията, че доводите на жалбоподателя относно адекватността на вътрешната записка в действителност оспорват фактически констатации.

222. Както ще обясня в следващото изложение, четвъртото основание за обжалване всъщност следва да бъде уважено.

¹²⁴ По този въпрос вж. обжалваното съдебно решение, точка 611.

а) Въпросната среща представлява снемане на обяснения по смисъла на член 19 от Регламент № 1/2003

223. Жалбоподателят твърди, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, констатирайки липса на нарушение на член 19 от Регламент № 1/2003 във връзка член 3 от Регламент № 773/2004¹²⁵. Във връзка с това Intel твърди, че направеното в обжалваното съдебно решение разграничение между „формални“ и „неформални“ изслушвания за снемане на обяснения е погрешно от правна страна. Според него същото важи за констатацията, че Комисията не е длъжна да записва „неформалните“ разговори¹²⁶.

224. Преди да разгледам това разграничение, е полезно да припомня накратко (процедурните) стъпки, които са довели до предоставянето на жалбоподателя на вътрешната записка относно въпросната среща.

225. От обжалваното съдебно решение е видно, че в хода на административната процедура Комисията първоначално отрича да е провеждала среща с г-н D1. Тя признала за организирането на срещата едва след като от Intel ѝ доказали съществуването на ориентиран списък на теми, свързани с въпросната среща. В същото време Комисията продължила да отрича, че е бил съставян протокол за нея. Няколко месеца по-късно обаче служителят по изслушването признал за наличието на вътрешната записка, но посочил, че ставало дума за вътрешен документ, до който жалбоподателят нямал право на достъп. Въпреки това през декември 2008 г. Комисията предоставила „от учтивост“ на Intel препис от неуповителната редакция на вътрешната записка. В тази редакция били заличени множество страници. След като Общият съд изисква от Комисията поупителната редакция на записката, последната е предоставена на жалбоподателя по време на устните състезания пред Общия съд през януари 2013 г.¹²⁷.

226. По отношение тълкуването на член 19 от Регламент № 1/2003, правомощието за снемане на обяснения е логическа последица от широките правомощия за разследване, предоставени на Комисията съгласно Регламент № 1/2003. Въпросът, който се поставя тук, е дали все пак съществуват ограничения за това правомощие.

227. Тези ограничения могат ясно да се определят въз основа на текста на съответните разпоредби. За начало, член 19 от Регламент № 1/2003 предвижда, че Комисията може да снее обяснения от всички лица (физически или юридически), които се съгласят да им бъдат снети обяснения с цел да събере информация, свързана с предмета на разследването. Докато член 3, параграф 1 от Регламент № 773/2004 съдържа правно задължение да се записват разговорите, член 3, параграф 3 от същия предвижда, че Комисията може да избере под всякаква форма да записва показанията на изслушваните лица.

228. В този контекст ми се струва очевидно, че когато Комисията реши да снее обяснения, тя не може да пропусне да запише разговора по същество. Обратно, тя е свободна да избере *как* (на какъв носител) да го запише.

229. Това само по себе си не се опровергава от обжалваното съдебно решение¹²⁸.

230. Проблемът по-скоро се крие във факта, че в обжалваното съдебно решение Общият съд разграничава формални и неформални разговори за снемане на обяснения. Такова разграничение не съществува в законодателната рамка, установена с Регламент № 1/2003.

¹²⁵ Обжалваното съдебно решение, точка 612.

¹²⁶ Обжалваното съдебно решение, точки 614 и 615.

¹²⁷ Обжалваното съдебно решение, точки 601 и 606.

¹²⁸ Обжалваното съдебно решение, точка 617.

231. Според мен това разграничение е твърде проблематично. Въвеждането чрез съдебно тълкуване на нов инструмент, чрез който Комисията да провежда своите разследвания, би й позволило да заобикаля въведените от законодателя специфични правила, регламентиращи правомощията, предоставени на тази институция в контекста на разследвания във връзка с нарушения на правилата за конкуренция.

232. Едно от тези правила, както ясно личи от член 19 от Регламент № 1/2003 във връзка с член 3 от Регламент № 773/2004, е, че информацията, събрана при събеседвания, свързани с предмета на разследване, трябва да бъде записана. Според мен всяка среща с трета страна, организирана специално за събиране на съществена информация, която да послужи при преценката по определено дело, трябва да попада в обхвата на член 19 от Регламент № 1/2003.

233. Обратно, това не означава, че Комисията не би могла никога да провежда неформални срещи с трети страни. Както личи от самия текст на член 19 от Регламент № 1/2003, само събеседвания, свързани с предмета на разследване, попада в обхвата на тази разпоредба. Когато събеседванията между Комисията и трети страни *не са* свързани с предмета на конкретно (обикновено текущо) разследване, липсва задължение за записване на тези разговори.

234. В настоящия случай обаче не виждам как въпросната среща може да се счита за нещо различно от снемане на обяснения по смисъла на член 19 от Регламент № 1/2003.

235. Срещата не само е била свързана с предмета на текущо разследване на Комисията относно практиките на Intel. Както показва вътрешната записка, обсъжданите теми по време на срещата, продължила пет часа, са засегнали в дълбочина разследвания проблем (а именно дали отстъпките, предоставени от Intel на Dell, зависят от условие за изключителни права). Още по-важно е, че изслушваното лице било един от най-старшите ръководители на Dell¹²⁹.

236. В това отношение е без значение дали срещата е имала за цел да се събират доказателства под формата на приподписан протокол или на показания или, както твърди Комисията, не е имала такава цел¹³⁰.

237. Ако се приеме, че само такива контакти с трети страни попадат в обхвата на член 19 от Регламент № 1/2003, това значително би разширило свободата на Комисията да провежда изслушвания за снемане на обяснения, без да е длъжна да ги записва. Това също така би позволило на Комисията да подбира доказателствата, които да предостави на предприятията, заподозрени в нарушаване на правилата на ЕС за конкуренцията: представителите на службите на Комисията, които призовават изслушваното лице, или присъстващите на срещата представители биха могли, въз основа на своите субективни мнения, да решават какво е станало част от преписката и какво не.

238. Все пак не такъв е бил замисълът на законодателя на Съюза по отношение на правото на „достъп до материалите по делото“. Предоставянето на *всички* доказателства съставлява правилото, а непредоставянето на отделни доказателства — изключение, както показва член 27, параграф 2 от Регламент № 1/2003. Предложеното от Комисията тълкуване на член 19 рискува да направи член 27, параграф 2 неприложим.

239. В съдебното заседание Комисията се затруднява да обясни кои разговори с трети страни трябва да записва и кои не е необходимо Удивително е, че опитвайки се да обясни позицията си, Комисията допуска, че може да решава дали да приложи член 19 от Регламент № 1/2003 изцяло по своя преценка. Фактът, че Комисията не е била в състояние да даде ясен отговор

¹²⁹ Обжалваното съдебно решение, точка 621. Вж. още точка 636 относно темите, разгледани на заседанието.

¹³⁰ Вж. още обжалваното съдебно решение, точка 617.

пред Съда по този въпрос, е разбираем: оказва се много трудно да се определи подходящ критерий за разграничаване на формалните от неформалните събеседвания, различен от правноустановения такъв, а именно дали събеседването е свързано с предмета на разследването.

240. Важен е също фактът, че решението дали да се записва дадено събеседване не подлежи на никакъв съдебен контрол. След като не съществува писмен запис, как биха могли съдилищата на ЕС да проверят дали Комисията е спазила разпоредбите на Регламент № 1/2003 и в по-общ план, дали правата на предприятията и физическите лица, участващи в разследването, са били напълно зачетени?

241. Действително в крайна сметка изискването за записване на разговорите, предвидено в член 3 от Регламент № 773/2004, съществува поради поне две взаимосвързани причини. Това изискване гарантира, от една страна, че предприятието, за което има съмнения, че е нарушило правилата на ЕС за конкуренцията, може да организира защитата си, а от друга страна — че съдилищата на ЕС могат да осъществяват контрол *ex post* за това дали Комисията е упражнила правомощията си за разследване в рамките на закона.

242. Поради тези съображения съм твърдо убеден, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, приемайки че Комисията не е нарушила член 19 от Регламент № 1/2003, като не е организираща въпросната среща под формата на изслушване за снемане на обяснения по смисъла на същата разпоредба и като не я е записала надлежно.

б) Вътрешната записка не е поправила процедурното нарушение

243. Както бе посочено по-горе (т. 216), в обжалваното съдебно решение Общият съд не е констатирал нарушение на член 19 от Регламент № 1/2003. Той обаче констатира — вземайки предвид съдържанието и значимостта на получената по време на срещата информация — че Комисията е трябвало да направи запис. Поради това Общият съд е на мнение, че има нарушение на принципа на добра администрация. В това отношение Общият съд счита, че при обстоятелствата по настоящото дело към преписката е трябвало да бъде приложено поне резюме, съдържащо имената на участниците, както и кратко изложение на обсъдените теми. Впоследствие жалбоподателят би могъл да поиска достъп до този документ¹³¹.

244. Независимо от това според Общия съд тази процедурна нередност е санирана от факта, че в хода на административната процедура на Intel е предоставена неуповителна редакция на вътрешната записка и дружеството е имало възможност да представи своето становище относно този документ. Записката, която е съставена като резюме на обсъдените теми за представителите от службите на Комисията, разглеждащи случая, съдържа имената на участниците и „кратко изложение на обсъжданите теми“¹³².

245. Жалбоподателят твърди, че това е грешка при прилагане на правото не само защото Комисията е била длъжна да направи запис на въпросната среща по същество, а и защото записката, обратно на посоченото от Общия съд, не съдържа „кратко изложение на обсъжданите теми“.

246. Съгласен съм с това.

¹³¹ Обжалваното съдебно решение, точка 621.

¹³² Обжалваното съдебно решение, точка 622.

247. По принцип записка като тази, описана в обжалваното съдебно решение, не може при никакви обстоятелства да поправи нарушение на съществено процедурно изискване. От решаващо значение е, както признава Общият съд в обжалваното решение, че тази записка се свежда само до кратко изложение на обсъжданите по време на срещата теми¹³³. Тя обаче не уточнява естеството на разговорите. Комисията сама признава този факт. Най-важното е все пак, че в записката няма данни за съдържанието на информацията, предоставена от г-н D1 по време на срещата по отношение на разглежданите въпроси.

248. Според мен такава записка не може да поправи нарушение на член 19 от Регламент № 1/2003 във връзка с член 3 от Регламент № 773/2004.

249. Важно е да се отбележи, че информацията, която се съдържа в преписката относно изслушване за снемане на обяснения, трябва да бъде достатъчна, за да се гарантира зачитането на правото на защита на предприятията, уличени в нарушаване на правилата на Съюза за конкуренцията. В случая това явно не е така. Ще продължа с разглеждането на този въпрос в точка 257 и следващите по-долу.

250. Следователно възниква въпросът дали процедурната грешка, произтичаща от нарушение на член 19 от Регламент № 1/2003 във връзка с член 3 от Регламент № 773/2004, може да доведе до незаконосъобразност на въпросното решение във връзка с направените констатации относно Dell. Противно на постановеното от Общия съд¹³⁴, жалбоподателят счита, че би следвало да може. АСТ също споделя това мнение. Действително, за пълнота, доводите на жалбоподателя са свързани с мотивите в обжалваното съдебно решение. Следователно може да се твърди, че тези доводи са несъстоятелни и не могат да доведат до отмяна на това съдебно решение¹³⁵. Все пак, ако Съдът приеме моето мнение, че Общият съд е допуснал грешка, като е постановил, че 1) въпросната среща не представлява снемане на показания по смисъла на член 19 от Регламент № 1/2003 и че 2) вътрешната записка поправя всяко процедурно нарушение, произтичащо от решението на Комисията да не записва тази среща, Съдът следва да разгледа още мотивите в обжалваното съдебно решение, свързани с последиците от евентуалната процедурна нередност в обжалваното решение.

в) Последиците от липсата на запис от срещата

251. Според обжалваното съдебно решение настоящият случай се различава от ситуацията по дело Solvay¹³⁶, на което жалбоподателят основно се позовава. В случая по това дело Комисията е изгубила няколко документа след приключването на административното производство. Въпросното предприятие не е имало достъп до тези документи в производството пред Комисията. При тези обстоятелства Съдът се е произнесъл, че подобно процедурно нарушение обосновава отмяната на решението на Комисията. Критерият за такава отмяна е формулиран по следния начин: процедурно нарушение представлява основание за отмяна, когато не е изключено въз основа на (изгубените) данни предприятието да е могло да тълкува фактите различно от Комисията — нещо, което е могло да бъде от полза за неговата защита¹³⁷.

¹³³ Обжалваното съдебно решение, точки 635 и 636.

¹³⁴ Обжалваното съдебно решение, точка 664.

¹³⁵ Вж. например решение от 28 юни 2005 г., Dansk Rørindustri и др./Комисия (С-189/02 Р, С-202/02 Р, С-205/02 Р—С-208/02 Р и С-213/02 Р, ЕУ:С:2005:408, наричано по-нататък „решение Dansk Rørindustri“, т. 148 и цитираната съдебна практика).

¹³⁶ Вж. решение от 25 октомври 2011 г., Solvay/Комисия (С-109/10 Р, ЕУ:С:2011:686, наричано по-нататък „решение Solvay“).

¹³⁷ Решение Solvay, точки 57—62.

252. Според Общият съд обаче становището на Съда по дело Solvay не може да се пренесе към обстоятелствата в настоящия случай. За разлика от дело Solvay съдържанието на въпросната среща може да бъде възстановено¹³⁸. Ето защо съгласно съдебната практика по отношение на достъпа до преписката¹³⁹ Общият съд изисква от Intel да изтъкне индиции, които от външна страна да сочат за това, че Комисията „не е предявила оневиняващи данни, оборващи по същество преките документални доказателства, на които Комисията е основала [спорното решение] или които поне ги представят в различна светлина“. Не се счита за достатъчно подобна хипотеза да не може да бъде изключена¹⁴⁰.

253. Действително съгласно установената съдебна практика, когато достъпът до част от преписката е бил отказан по време на административното производство, но въпреки това достъпът е бил предоставен в хода на съдебното производство, релевантният критерий по принцип е дали несъобщената информация по някакъв начин *е могла да бъде полезна* за защитата на предприятието. Не се изисква тази информация да е била в състояние да доведе до различно по съдържание решение¹⁴¹. Вместо това трябва да се докаже, че предприятието е могло да осигури по-добре своята защита, ако не е имало нарушение¹⁴².

254. Това правило обаче се прилага само когато не са използвани *преки документални доказателства*. Когато Комисията се позовава на *преки документални доказателства* в спорното решение, засегнатото предприятие трябва да докаже, че Комисията не е предявила оневиняващи данни, *които оборват по същество преките документални доказателства или поне ги представят в различна светлина*¹⁴³. С други думи, доколкото преките документални доказателства се използват от Комисията за уличаване на засегнатото предприятие, е особено трудно да се изпълни тежестта на доказване.

255. Въпросът дали такъв подход е най-общо казано оправдан, е извън обхвата на настоящото заключение. Все пак според мен поставянето на такова изискване пред жалбоподателя в настоящия случай е явна грешка. Това е така, тъй като тежестта на доказване, която по този начин се възлага на засегнатото предприятие, е просто невъзможна за изпълнение. Правилният подход е да се зададе въпросът, както изисква становището на Съда по дело Solvay, дали от самото начало може да се изключи възможността информацията, до която засегнатото предприятие не е имало достъп, да е била от полза за защитата на предприятието.

256. В настоящия случай на този въпрос следва да се отговори отрицателно.

257. В случая по дело Solvay е било невъзможно да се възстанови съдържанието на липсващите папки от други източници. Освен това Комисията сама е признала, че липсващите папки най-вероятно са съдържали релевантна информация за защитата на предприятието (по-специално отговорите на исканията за сведения)¹⁴⁴.

258. В настоящия случай въпросната среща не е била надлежно записана, както обясних по-горе. Въпреки това в хода на административното производство жалбоподателят е получил достъп до неуповителната редакция на вътрешната записка и до т.нар. допълнителен документ. Този документ съдържа отговорите на Dell в писмен вид на зададените на г-н D1 по време на

138 Обжалваното съдебно решение, точка 630.

139 Вж. по-специално решение Aalborg, точка 133.

140 Обжалваното съдебно решение, точка 629.

141 Решения от 15 октомври 2002 г., Limburgse Vinyl Maatschappij и др./Комисия (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P—C-252/99 P, и C-254/99 P, EU:C:2002:582, наричано по-нататък „решение Limburgse Vinyl Maatschappij“, т. 318 и цитираната съдебна практика). Вж. още решение Aalborg, точка 75.

142 Вж. решение от 2 октомври 2003 г., Thyssen Stahl/Комисия (C-194/99 P, EU:C:2003:527, т. 31 и цитираната съдебна практика).

143 Вж. решение Aalborg, точка 133. Вж. още решение от 1 юли 2010 г., Knauf Gips/Комисия (C-407/08 P, EU:C:2010:389, наричано по-нататък „решение Knauf Gips“, т. 23 и 24 и цитираната съдебна практика).

144 Вж. решение Solvay, точки 62 и 64.

срещата устни въпроси. По-късно, в производството пред Общия съд на жалбоподателя е предоставен достъп до поверителната редакция на записката. Според Общия съд тези два документа дават достатъчна представа за обсъжданите по време на срещата въпроси. Въз основа на тези документи той стига до извода, че на срещата не са разкрити нови оневиняващи доказателства, които жалбоподателят е могъл да използва в защитата си¹⁴⁵.

259. Все пак, както ясно личи от обжалваното съдебно решение, информацията, която може да се извлече от тези документи за случилото се на въпросната среща, остава само предполагаема¹⁴⁶. Както показва анализът на информацията, съдържаща се в обжалваното съдебно решение, доколкото не съществува адекватен запис на срещата, не може да се твърди категорично какво се е обсъждало на нея и до каква степен то е могло да има оневиняващ, уличаващ или неутрален характер¹⁴⁷.

260. Съдебният контрол не може да се основава на предполагаеми доказателства.

261. Със сигурност е вярно, както изтъква Комисията, че анализът по въпроса дали нарушение на правото на защита следва да доведе до отмяна на решението на Комисията започва с твърденията за нарушения от страна на въпросното предприятие и конкретните доказателства в тяхна подкрепа¹⁴⁸. В противен случай винаги би могло да се твърди, че информацията, която не се съдържа в преписката, е могла да бъде от полза за засегнатото предприятие¹⁴⁹.

262. Имайки предвид възраженията на Комисията срещу Intel в разглежданото дело, едва ли има съмнение относно релевантността на въпросната среща. Всъщност, както посочва Общият съд, записката и допълнителният документ доказват, че по време на срещата са обсъждани въпроси, които са от значение, за да се установи дали Dell е получавало антиконкурентни отстъпки за лоялност от жалбоподателя¹⁵⁰.

263. В ситуации като тези тежестта на доказване остава обикновено върху засегнатото предприятие¹⁵¹. Както посочва Комисията, предприятието трябва да представи факти и приведе доказателства за това, че е могло да използва в защитата си документи, до които му е бил отказан достъп в административното производство. Това обаче е вярно, когато документите не са били предоставени в административното производство и когато впоследствие съдържанието им би могло да се установи и да се преразгледа от Съда¹⁵². Както посочва генералният адвокат Kokott в заключението си по дело Solvay, причината за това е, че при тези обстоятелства предприятието може да посочи авторите, както и естеството на документите, с които не е имало възможност да разполага. Но не само. По-важното е, че при такива обстоятелства въпросното предприятие може да опише съдържанието на тези документи¹⁵³.

264. Настоящият случай е различен. Самоличността на автора и естеството на срещата са известни от вътрешната записка. Въпреки това съдържанието на отговорите на г-н D1 на поставените му от Комисията въпроси остава неясно. Твърди се, както посочва Общият съд, че записката и допълнителният документ хвърлят известна светлина върху конкретните теми, засегнати по време на срещата. Тези документи обаче не са достатъчни, за да се възстановят *ex post* дадените доказателства, а именно действително казаното по време на срещата.

145 Вж. обжалваното съдебно решение, например точки 631, 658 и 660.

146 Вж. обжалваното съдебно решение, по-специално точки 646 и 658.

147 Обжалваното съдебно решение, точки 632—660.

148 Вж. решение Solvay, точка 59.

149 Заключение на генералния адвокат Kokott по дело Solvay/Комисия (С-109/10 P, EU:C:2011:256, т. 191).

150 Обжалваното съдебно решение, точка 632 и сл.

151 Критика на това вж. в представено от мен заключение по дело SKWStahl-Metallurgie and SKW Stahl-Metallurgie Holding/Комисия (С-154/14 P, EU:C:2015:543, т. 76 и 77).

152 Решения Limburgse Vinyl Maatschappij, точки 318 и 324; Aalborg, точки 74, 75 и 131, и Knauf Gips, точки 23 и 24.

153 Заключение на генералния адвокат Kokott по дело Solvay/Комисия (С-109/10 P, EU:C:2011:256, т. 193).

265. Въпреки че в обжалваното съдебно решение не се разглежда изрично този въпрос, до противоположния извод може да се стигне само ако се приеме, че г-н D1 и Dell са едно и че първият може само да е повторил позицията на Dell по обсъжданите теми. Като се има предвид неговото положение на висш ръководен служител на Dell, това предположение, разбира се, може да е вярно.

266. Все пак предположението може и да не е вярно.

267. Противно на твърдението на Комисията в съдебното заседание, също толкова вероятно е г-н D1 да е изразил личното си становище¹⁵⁴. Просто това не ни е известно. Ето защо не може да се отхвърли вероятността срещата да представя в различна, дори в нова светлина условията на отстъпките, предлагани на Dell. Вместо да признае тази възможност, Общият съд възлага на жалбоподателя невъзможната задача да докаже, че незаписаната среща разкрива оневиняващи доказателства, които са могли да представят в различна светлина доказателствата, представени от Комисията в подкрепа на нейните твърдения за нарушение. По очевидни причини Общият съд е направил извод, че жалбоподателят не е успял да изпълни тази задача.

268. Въз основа на това стигам до извода, че четвъртото основание за обжалване също следва бъде уважено.

269. Ако Съдът не се съгласи с мен, все пак бих препоръчал да не прибързва с отхвърлянето на това основание поради следните съображения.

270. Да приемем, с оглед на обосноваването, че въпросните доказателства могат да бъдат надлежно възстановени *ex post*, както е приел Общият съд в обжалваното съдебно решение. Според Общия съд жалбоподателят следователно е трябвало да докаже, че въпросните доказателства могат да поставят под съмнение „преките документални доказателства“, които вече са били приети за достатъчни да уличат Intel в злоупотреба с господстващо положение по отношение на предоставяните на Dell отстъпки¹⁵⁵. Този подход се основава на погрешен извод. Неправилно се приема, че доказателствата, които не са предоставени в хода на административното производство, трябва непременно да са с по-малка доказателствена стойност в сравнение с доказателствата, представени от Комисията в подкрепа на констатацията ѝ за злоупотреба. По-специално проблемът произтича от прекомерно широкото тълкуване на понятието „преки документални доказателства“ в обжалваното съдебно решение.

271. Доколкото ми е известно, Съдът не е давал изрично определение на това понятие. Въпреки това съдебната практика съдържа полезни насоки за неговия обхват.

272. По принцип понятието за преки документални доказателства се използва в съдебната практика в контекста на член 101 ДФЕС за обозначаване на определен вид доказателства (за разлика например от косвени или икономически доказателства), които Комисията може да използва, за да установи извършено нарушение, например участие на дадено предприятие в картел или свързана практика в противоречие с член 101 ДФЕС¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Вж. в това отношение обжалваното съдебно решение, точки 572—575.

¹⁵⁵ Вж. по-специално точки 651—653 от обжалваното съдебно решение.

¹⁵⁶ Относно дискусиата във връзка с преките документални доказателства по делата за картели, вж. *Guerrin, M. et Kyriazis, G. Cartels: Proof and Procedural Issues. Fordham International Law Journal*, vol. 16, issue 2, 1992, p. 266—341, 299—301.

273. За разлика от косвените доказателства¹⁵⁷ преките документални доказателства по правило произлизат от предприятието (предприятията), заподозряно в нарушение на правилата на Съюза за конкуренцията и по-специално на член 101 ДФЕС. Обикновено тези доказателства са под формата на документ, който сам по себе си сочи за съществуването на картел или свързана практика (или за участието на конкретни предприятия в такава практика). Такъв ще бъде случаят например с меморандум към споразумение между участниците, размяна на електронни писма между участниците относно ценообразуването или дори протоколи от заседания в връзка с такива практики¹⁵⁸. Ако Комисията се основава на такива доказателства, за да докаже нарушение или участие на предприятие в нарушение, за да се стигне до отмяна на решението, предприятията трябва да докажат, че обстоятелствата, които са останали недостъпни за тях в хода на административната процедура, оспорват съдържанието на представените преки документални доказателства¹⁵⁹.

274. Доказателствата, на които се е позовала Комисията в спорното решение, за да установи условността на предоставените на Dell отстъпки, могат да се определят най-много като косвени или предполагаеми¹⁶⁰. Всъщност не трябва да се пренебрегва това, че „изключителните отстъпки“, разглеждани в настоящия случай (включително предоставените на Dell), се считат за обвързани от условие за изключителност *de facto*. Причината за това е, че отстъпките не се основават на формално задължение за изключително снабдяване¹⁶¹. Условният характер на отстъпките, предоставени на Dell, се подразбира (косвено) от размера на отстъпките¹⁶². Специално значение се отдава на впечатлението на Dell за риска, с който е свързано поемането на част от снабдяването му от конкурент¹⁶³. С риск да повтори очевидното, такива доказателства едва ли биха могли да се определят като „преки документални доказателства“ по отношение условността на въпросните отстъпки.

275. При липсата на писмен документ, който да удостоверява съществуването на задължение за изключително снабдяване, приемането на всяко отделно писмено доказателство като „пряко документално доказателство“ за злоупотреба с господстващо положение в нарушение на член 102 ДФЕС според мен сериозно би накърнило правото на защита на засегнатото предприятие. Не би било достатъчно предприятието да докаже, че отделно доказателство, до което не е имало достъп в хода на административното производство, е могло да бъде полезно за защитата му. Освен това предприятието ще трябва да докаже (както изисква Общият съд в обжалваното съдебно решение), че обстоятелствата, които са останали недостъпни, оспорват съдържанието на доказателствата, представени от Комисията в подкрепа на твърдението за злоупотреба.

276. Имайки предвид това, напълно съм убеден, че *косвените* доказателства от вида, на който се позовава спорното решение, трябва да се преценяват в тяхната съвкупност (преди да се направи извод дали основната част от представените доказателства са достатъчни да докажат злоупотреба с господстващо положение). За да бъде отменено спорното решение, засегнатото

157 Вж. например решения от 14 юли 1972 г., Imperial Chemical Industries/Комисия (48/69, EU:C:1972:70, т. 65—68, наричано по-нататък „решение ICI“) и от 16 декември 1975 г., Suiker Unie и др./Комисия (40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, EU:C:1975:174, т. 164 и 165) относно използването на кореспонденцията с трети страни като доказателство.

158 Вж. например решение Aalborg, точка 158 относно обжалваното съдебно решение по това дело. Вж. още решение от 19 март 2003 г., СМА CGM и др./Комисия (T-213/00, EU:T:2003:76, т. 136 и сл.).

159 Вж. решение Aalborg, точка 133, където Съдът ясно формулира това правило.

160 За да установи условия характер на въпросните отстъпки в спорното решение, Комисията се позовава на някои вътрешни документи на Intel, а именно презентации и електронни писма (спорното решение, съображения 238—242); отговорът на Dell по член 18 (спорното решение, съображения 233 и 234), както и на някои вътрешни документи на Dell, а именно презентации и електронни писма (спорното решение, по-специално съображения 222—227, 229 и 231). Вж. още обжалваното съдебно решение, точки 444—515.

161 По отношение на Dell, вж. обжалваното съдебно решение, точка 440.

162 Спорното решение, съображение 950 и обжалваното съдебно решение, точки 504—514.

163 Спорното решение, по-специално съображения 221 и 323.

предприятие трябва при тези обстоятелства само да докаже, че е могло да използва по един или друг начин обстоятелствата, до които не е имало достъп, в своя защита, а не че тези обстоятелства оборват съдържанието на доказателствата, представени от Комисията за установяване на нарушението¹⁶⁴.

277. Следователно считам, че дори при тези евентуални условия четвъртото основание трябва да бъде уважено.

E– По петото основание за обжалване: компетентността

1. Основни доводи на страните

278. С петото си основание за обжалване Intel, подкрепено от АСТ, твърди, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел, че Комисията е компетентна да приложи член 102 ДФЕС по отношение на споразуменията на Intel с Lenovo от 2006 г. и 2007 г. (наричани по-нататък съответно „споразумението от 2006 г.“ и „споразумението от 2007 г.“ или заедно „споразуменията с Lenovo“). От една страна, споразумението от 2006 г. насърчава Lenovo, чрез предоставяне на финансов стимул, да отложи (и в крайна сметка да отмени) пускането на световния пазар на две снабдени със CPU на AMD изделия¹⁶⁵. От друга страна, споразумението от 2007 г. е свързано с отстъпките, които Intel ще предостави, ако Lenovo реши да се снабдява за нуждите на своите преносими компютри изключително със CPU на Intel¹⁶⁶. Жалбоподателят твърди, че „голите“ ограничения и отстъпки по отношение на Lenovo нито са изпълнени в ЕИП, нито са имали някакви предвидими, незабавни или съществени последици в това пространство.

279. Комисията счита, че петото правно основание е неоснователно: Общият съд не бил допуснал грешка, като се произнася, че Комисията има правомощие да приложи член 102 ДФЕС по отношение на споразуменията с Lenovo. Комисията твърди, че съгласно международното публично право компетентността се основава на няколко фактора, при условие че съществува достатъчно тясна връзка между критикуваното поведение и приложимите норми на засегнатата територия. В това отношение критерият за прилагането и критерият за „квалифицираните“ последици са само два от възможните начини за установяване на такава връзка. Комисията твърди, че прилагането на тези критерии по отношение на обжалваното съдебно решение не разкрива грешка при прилагане на правото.

1. Анализ

280. Настоящото основание в никакъв случай не е по-маловажно от разгледаните дотук. То предоставя на Съда благоприятна възможност да поясни съдебната практика, водеща началото си от решение ICI и впоследствие доразвита в решение Wood Pulp¹⁶⁷, относно териториалното приложение на правилата на ЕС за конкуренцията. Това ще позволи на Съда да прецизира тази практика и да я адаптира към съвременните условия, характеризиращи се с глобални икономики, интегрирани пазари и сложни модели на търговия.

¹⁶⁴ Решение от 2 октомври 2003 г., Thyssen Stahl/Комисия (С-194/99 P, EU:C:2003:527, т. 31 и цитираната съдебна практика).

¹⁶⁵ Спорното решение, съображение 560.

¹⁶⁶ Спорното решение, съображение 561.

¹⁶⁷ Вж. решение от 27 септември 1988 г., Ahlström Osakeyhtiö и др./Комисия (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 и 125/85—129/85, EU:C:1988:447, наричано по-нататък решение „Woodpulp“).

281. В това отношение е важно да се имат предвид по-широките последици, които решението на Съда вероятно ще породви. Действително твърде широкото тълкуване на правилата относно териториалната компетентност не е безспорно от гледна точка на международното публично право, в съответствие с което следва да се тълкува правото на Съюза¹⁶⁸. Следователно това основание заслужава да бъде разгледано в по-широк контекст.

282. По принцип компетентността има (поне) три различни форми: нормативна компетентност, изпълнителна компетентност и правораздавателна (или съдебна) компетентност. Intel подлага на съмнение компетентността на Комисията да прилага правото на ЕС за конкуренцията по отношение на едностранно поведение, произтичащо от споразумения, за които се твърди, че поражда последици извън Европейския съюз. Следователно настоящото производство не се отнася за физическото изпълнение извън ЕС, което поражда широк кръг проблеми от гледна точка на международното публично право.

283. Освен това бих отбелязал, че международното публично право позволява на държавите в някои случаи да упражняват извънтериториална компетентност. Все пак, макар да не се счита за обвързващо само по себе си¹⁶⁹, взаимното зачитане на сферите на компетентност на Европейския съюз и на засегнатите трети държави¹⁷⁰ или приятелските отношения предполагат, че налагането на извънтериториалната компетентност трябва да се ограничава. Не е изненадващо, че самият Европейски съюз възразява срещу извънтериториалното прилагане на законодателството на трети държави в случаите, когато според него това е незаконосъобразно¹⁷¹.

284. Въпреки казаното, проучване на съдебната практика показва, че прилагането на правото на Съюза предполага адекватна връзка с територията на ЕС¹⁷². По този начин основният принцип на териториалност съгласно международното публично право е спазен. При все това не е необичайно при упражняването на суверенните си правомощия държава или международна организация да взема под внимание обстоятелства, които протичат или са протекли извън обхвата на нейната териториална компетентност¹⁷³.

285. От съдебната практика следва, че за да действа правото ЕС в областта на конкуренцията, се изисква да е налице адекватна връзка с територията на Съюза, която може да бъде под формата на дъщерно дружество или антиконкурентно поведение в рамките на тази територия. В предишни дела обаче тази връзка е била много по-видима, отколкото в разглеждания понастоящем случай.

168 Вж. по-специално решение от 24 ноември 1992 г., Poulsen и Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453, наричано по-нататък решение „Poulsen“, т. 9).

169 Вж. в този смисъл решение от 29 юни 2006 г., SGL Carbon/Комисия (C-308/04 P, EU:C:2006:433, т. 34).

170 Вж. в този смисъл решение от 14 юли 1972 г., Geigy/Комисия (52/69, EU:C:1972:73, т. 11).

171 Имам предвид например Регламент (ЕО) № 2271/96 на Съвета от 22 ноември 1996 година относно защитата срещу последиците от извънтериториалното прилагане на законодателство, прието от трета страна, и действията, предприети на основание това законодателство или произтичащи от него (ОВ L 309, 1996 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 10, том 1, стр. 75, по-специално третото и четвъртото съображение).

172 Вж. по-специално решения Poulsen, точка 28; от 29 юни 1994 г., Aldewereld (C-60/93, EU:C:1994:271, т. 14); от 9 ноември 2000 г., Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:605, т. 25), от 24 юни 2008 г., Commune de Mesquer (C-188/07, EU:C:2008:359, т. 60–63), от 21 декември 2011 г., Air Transport Association of America и др. (C-366/10, EU:C:2011:864, наричано по-нататък „решение АТАА“, т. 125) и от 13 май 2014 г., Google Spain и Google (C-131/12, EU:C:2014:317, т. 54 и 55). Вж. също решение от 23 април 2015 г., Zuchtvieh-Export (C-424/13, EU:C:2015:259, т. 56).

173 Вж. заключението на генералния адвокат Kokott по дело Air Transport Association of America и др. (C-366/10, EU:C:2011:637, т. 148 и 149).

286. В настоящия случай Общият съд е приел, че могат да се приложат два алтернативни критерия за установяване на компетентността: критерият за привеждането в действие и този за „квалифицираните“ последици от практиките в рамките на ЕИП¹⁷⁴. Според него прилагането на тези критерии е довело до едно и също заключение: Комисията била компетентна по отношение на споразуменията с Lenovo¹⁷⁵.

287. В следващото изложение най-напред ще обясня своята позиция по въпроса за компетентността по отношение на прилагането от страна на публичните органи на правилата на ЕС за конкуренцията¹⁷⁶. След това ще поясня защо според мен това основание за обжалване е основателно.

а) Общи бележки: привеждане в действие и/или последици?

288. Първото уточнение, което ще направя, е просто и очевидно. За да се определи дали Комисията може да прилага правилата на ЕС за конкуренцията по отношение на конкретно поведение, най-напред трябва да се разгледа текстът на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС. Далеч без да предоставят на Комисията *carte blanche* да прилага правилата на ЕС за конкуренцията по отношение на поведение, независимо от мястото на неговото осъществяване и независимо дали има тясна връзка с територията на ЕС, тези разпоредби се отнасят за колективно или едностранно антиконкурентно поведение *в рамките на вътрешния пазар*. Член 101 ДФЕС забранява споразумения или практики, „които биха могли да засегнат търговията между държавите членки и които имат за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар“, а член 102 от своя страна забранява „всяка злоупотреба [...] в рамките на вътрешния пазар“.

289. Следователно правилото за компетентността за прилагане на правилата на ЕС за конкуренцията е ясно закрепено в тези две разпоредби. Въпреки че член 102 ДФЕС е по-неясен, член 101 ДФЕС съвсем категорично посочва, че се прилага по отношение на всяко поведение с *антиконкурентни последици* на вътрешния пазар.

290. Освен това, също като Комисията, аз не тълкувам решението на Съда по дело *Woodpulp* в смисъл, че *привеждането в действие* е единственият валиден критерий за компетентността. Според мен приложимостта на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС не подлежи на съмнение, когато антиконкурентно поведение бъде осъществено в рамките на Европейския съюз. С други думи, безспорно е, че това поведение, осъществено в Европейския съюз, може да има последици в рамките на вътрешния пазар и следователно не може да избегне съдебен контрол съгласно правилата на ЕС за конкуренцията. В този контекст не трябва да се пренебрегва фактът, че критерият за привеждането в действие е твърдо залегнал в принципа за териториалност и следователно, ако бъде изпълнен, той е решаващ фактор за установяване компетентността на Комисията да прилага тези правила по отношение на конкретно поведение¹⁷⁷.

174 Обжалваното съдебно решение, точки 231—236 и 244.

175 Обжалваното съдебно решение, точки 296 и 310.

176 В настоящото заключение няма да се спирам на компетентността на съдилищата на Европейския съюз да разглеждат дела относно прилагането от страна на частноправни субекти на правилата на ЕС за конкуренцията, нито на правомощието на законодателния орган на ЕС да законодателства по въпросите на конкуренцията.

177 Вж. решение *Woodpulp*, точки 16 и 18.

291. Фактът, че само част от съответното поведение се осъществява в Европейския съюз, е маловажен в това отношение¹⁷⁸. В решение *Woodpulp* Съдът разглежда поредица практики на фиксиране на цените на дървесна маса — което според Комисията противоречи на настоящия член 101 ДФЕС — които са възприети извън (настоящия) Европейски съюз от чуждестранни производители на дървесна маса. В този контекст Съдът обяснява защо осъществяването, а не сключването или формирането на споразумение или свързани практики, е релевантно за установяване на компетентността. Ако забраните, установени в Договорите, бяха прилагани само когато споразумението, решението или съгласуваната практика са формирани или приети в рамките на територията на Съюза, това би предоставило на предприятието лесен начин да избегне прилагането на правилата на ЕС за конкуренцията. В този случай критерият за привеждането в действие е изпълнен чрез директната продажба на картелните продукти: съответните предприятия са продали дървесна маса директно на купувачи в Европейския съюз¹⁷⁹.

292. За разлика от *Intel* обаче аз не мисля, че само директните продажби в Европейския съюз на въпросното предприятие могат да се считат за отговарящи на критерия за привеждането в действие по смисъла на съдебната практика по дело *Woodpulp*. „Привеждане в действие“ обикновено означава нещо да се изпълни или приведе в действие. Следователно, за да бъде изпълнен този критерий, един от съществените елементи на антиконкурентното поведение трябва да се осъществява в Европейския съюз. Дали това е така зависи най-вече от естеството, формата и обхвата на въпросното поведение. За да се установи дали това поведение се е осъществило в рамките на Европейския съюз, се изисква преценка на неправомерното поведение във всеки конкретен случай. Например не съм убеден, че непреките продажби на съответния продукт никога не могат да се считат за привеждане в действие¹⁸⁰. Според мен това зависи от обстоятелствата на конкретния случай. Сред елементите, които следва да се вземат предвид в този контекст, е например дали едно от предприятията, които са включили даден продукт в картел, и предприятието, което го влага в друг продукт, впоследствие продаван в Съюза, образуват част от единен стопански субект, или, ако не е така, дали съществуват други корпоративни или структурни връзки между въпросните предприятия.

293. В заключение по този въпрос, колективно или едностранно поведение се привежда в действие в рамките на вътрешния пазар — и по този начин безспорно задейства прилагането на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС — когато съществува елемент на вътрешнотериториално поведение¹⁸¹. С други думи, когато част от неправомерното поведение е изпълнено, приложено или въведено в действие в рамките на вътрешния пазар, тъй като един от неговите съществени съставни елементи се осъществява там.

294. Все пак, ако привеждането в действие се считаше за единствения критерий за компетентността, от който зависи прилагането на правилата на ЕС за конкуренцията, различни видове поведение, които могат да имат за цел или за последица препятстване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар, биха останали извън обхвата на тези правила. Тук имам предвид поведение, което се характеризира с неправомерно бездействие, като например отказ да се сключват сделки или бойкот. Както посочих в точки 288 и 289 по-горе, такова тълкуване на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС би противоречало на текста на тези разпоредби.

178 Отбелязвам, че Съдът е възприел този подход по няколко дела, по които приложимостта на съответните норми на ЕС е била оспорена от частноправни субекти въз основа на твърдение за извънтериториални последици: вж. решения *Poulsen*, *ATAA* и *Google Spain* (C-131/12, EU:C:2014:317).

179 Решение *Woodpulp*, точки 12—18.

180 Мнението ми по този въпрос се различава от това на генералния адвокат *Wathelet*. Вж. точка 46 от заключение на генералния адвокат *Wathelet* по дело *InnoLux/Комисия* (C-231/14 P, EU:C:2015:292).

181 Вж. *Lowe, V. et Staker, C. Jurisdiction*. — In: *Evans, M.D. (ed.), International Law, 3. ed., Oxford University Press, 2010, p. 322—323.*

295. Всъщност, няколко генерални адвокати вече са препоръчали на Съда да възприеме критерий за компетентност в областта на правото на конкуренцията, основан на последиците¹⁸². До този момент Съдът не е приел, нито изрично отхвърлил този подход¹⁸³.

296. В този контекст считам, че Съдът следва изрично да разгледа този въпрос в настоящото производство и в съответствие с предложението на генералните адвокати, посочено в предходната точка, да възприеме подход за прилагането на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС, основан на последиците.

297. Дали този подход се основава на (широко) понятие за териториалност, или включва извънтериториално прилагане на правилата на ЕС, не е от решаващо значение¹⁸⁴. От решаващо значение е това, че при определени обстоятелства *последниците* са критерий за компетентност, който е общоприет по отношение на този вид законодателство съгласно правилата на международното публично право¹⁸⁵ и възприет от много юрисдикции по света¹⁸⁶. Дори много представители на правната наука са на мнение, че всички противоречия във връзка с неговата приложимост понастоящем принадлежат към миналото¹⁸⁷.

298. В този контекст заслужава да се отбележи, че няколко други разпоредби от правото на Съюза регламентират външното поведение на структури, които не са нито граждани на държава — членка на ЕС, нито физически или юридически присъстват в Съюза, поради последиците, които това поведение поражда във вътрешния пазар. Такъв е например случаят с няколко разпоредби, регламентиращи сделките с финансови инструменти или други видове стопанско поведение¹⁸⁸.

299. Това обаче не означава, че всички последици, независимо колко са слаби или косвени, могат да доведат до прилагането на правилата на ЕС за конкуренцията. В глобализираната икономика поведение, което се осъществява навсякъде по света, например в Китай, почти неизбежно ще породи някакви последици в Европейския съюз. Въпреки това приложението на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС не може да се основава на връзки или последици, които са твърде далечни или изцяло хипотетични.

300. Намирам за особено важно, че компетентността се установява предпазливо във връзка с поведение, което, строго погледнато, не се е осъществило на територията на Европейския съюз. Действително, за да се съобрази с определена форма на вежливост и същевременно да гарантира, че предприятията могат да оперират в предвидима законова среда, последиците на

182 За възприемането на подход за определяне на компетентността, основаващ се на последиците, вж. по-специално заключението на генералния адвокат Maugas по дело Imperial Chemical Industries/Комисия (48/69, EU:C:1972:32, т. 693 и сл.) и заключението на генералния адвокат Darmon по съединени дела Ahlström Osakeyhtiö и др./Комисия (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 и 125/85—129/85, EU:C:1988:258, наричано по-нататък „заключение по дело Woodpulp“, т. 19 и сл.). В същия дух, заключението на генералния адвокат Wathelet по дело Innolux/Комисия (C-231/14 P, EU:C:2015:292, т. 49 и сл.).

183 Страните обсъждат подробно дали скорошното решение от 9 юли 2015 г., InnoLux/Комисия (C-231/14 P, EU:C:2015:451) подкрепя, макар и само имплицитно, този подход. Все пак според мен Съдът е решил да не разглежда въпроса за компетентността, намирайки го за ирелевантен за изхода на делото. Вж. точки 71—73 от решението.

184 Всъщност този въпрос е спорен в правната наука: вж. по-специално International Bar Association, „Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction“, 2009, p. 12—13.

185 Вж. документа на ОИСП „OECD Revised recommendation of the Council Concerning Cooperation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade“, 1995, който може да бъде намерен на адрес: <https://www.oecd.org/daf/competition/21570317.pdf>. Вж. още заключението по дело Woodpulp, точки 19—31 и решение от 25 март 1999 г., Gencor/Комисия (T-102/96, EU:T:1999:65, наричано по-нататък „решение Gencor“, т. 90).

186 Вж. например International Bar Association, „Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction“, 2009, p. 39—77.

187 Вж. по-специално Wagner-von Papp, F. Competition Law, Extraterritoriality & Bilateral Agreements. Research handbook on International Competition Law, Edward Elgar Publishing 2012, p. 41 и следващите препратки.

188 Обобщение на тези разпоредби и критическа оценка, вж. в Scott, J. The New EU „Extraterritoriality“. Common Market Law Review, vol. 51, Wolters Kluwer Law and Business, 2014, p. 1343—1380.

критикуваното поведение могат само много предпазливо да се използват като мерило за потвърждаване на компетентността. Това е още по-важно в днешно време. Съществуват над 100 национални и наднационални органи в света, които претендират, че са компетентни по отношение на антиконкурентните практики.

301. Както е постановил Съдът в решение *Gencor*, прилагането на правилата на ЕС за конкуренцията по отношение на конкретно поведение се обосновава само когато това поведение има непосредствени, съществени и предвидими последици във вътрешния пазар¹⁸⁹. Тук очевидно може да се направи паралел с правилата за конкуренцията, приложими в Съединените американски щати (САЩ). Член 1 от Закона *Sherman* (*Sherman Act*) установява обща забрана за препятстване на търговията без никакви географски ограничения. Ето защо през 1982 г. Конгресът на САЩ приема *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* (наричан по-нататък „*FTAIA*“)¹⁹⁰, за да изясни (и вероятно да ограничи) извънтериториалното приложение на *Sherman Act*. По-специално *FTAIA* посочва, че по същество щатските антитръстови правила не се прилагат по отношение на чуждестранно поведение, освен ако това поведение има непосредствени, съществени и разумно предвидими последици в САЩ. По дело *Empagran*, тълкувайки Закона *Sherman* и *FTAIA*, Върховният съд на САЩ констатира, че не е обосновано да се прилагат закони на САЩ по отношение на чуждестранно поведение, когато последвалото чуждестранно увреждане, срещу което е жалбата, няма никаква връзка с местно увреждане¹⁹¹.

302. Съдът следва да се ръководи от сходни принципи при тълкуването и прилагането на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС за колективно или едностранно поведение на предприятия, което се осъществява изцяло извън границите на Съюза. Според мен такова поведение попада в обхвата на тези разпоредби само доколкото могат да се установят преки (или непосредствени), съществени и предвидими антиконкурентни последици на това поведение във вътрешния пазар. Този критерий за „квалифицираните“ последици (който според мен означава, че последиците са достатъчно съществени, за да обосноват твърдяната компетентност) не е изпълнен, когато например нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар не може да бъде вменено на въпросното предприятие, тъй като вредните последици не са били предвидими за него.

303. Формулировката на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС не обосновава прилагането на правилата на ЕС от Комисията по отношение на поведение, което няма „квалифицирани“ последици на територията на Европейския съюз. Поддържането на противното би било проблематично и според правилата на международното публично право. Свърхразпростирането на правилата на ЕС за конкуренцията създава опасност от накърняване на суверенните интереси на други държави и прави тези правила юридически и практически трудно приложими¹⁹². Освен това значително би се увеличило припокриването в компетентността на отделните държави или системи на управление, което би довело до по-голяма несигурност на предприятията и нарастване на риска от противоречиви норми (или съдебни решения), приложими по отношение на едно и също поведение. На последно място, но не и по важност, могат да възникнат въпроси във връзка с принципа на добра администрация: какъв би бил интересът от прилагане на правилата на ЕС по отношение на поведение, което няма особени последици в Европейския съюз? Ще представлява ли това валидно и ефективно използване на ограничените ресурси на Европейския съюз?

¹⁸⁹ Обжалваното съдебно решение, точка 243.

¹⁹⁰ 15 U.S.Code, title 15, chapter 1, §6a.

¹⁹¹ Решение на Върховния съд на САЩ по дело *Hoffman-La Roche Ltd. c/y Empagran S.A.*, 124 S.Ct. 2359 (2004).

¹⁹² Точно поради тези съображения институциите на ЕС са сключили споразумения с управляващите органи на няколко държави извън Европейския съюз за установяване на форми на сътрудничество в областта на конкурентното право. Например поне две такива споразумения са сключени с правителството на САЩ; интересно е, че и двете са свързани с въпроса за компетентността. Текстът на тези споразумения и други препратки вж. на адрес: <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral>.

304. В контекста на гореизложеното, считам, че Общият съд не може да бъде критикуван, както твърди Intel, че изследвайки компетентността на Комисията да приложи член 102 ДФЕС, е използвал и двата критерия — за привеждането в действие и за „квалифицираните“ последици. Със сигурност би било по-логично първо да се прецени дали поведението на Intel е осъществено в Съюза, и ако не е, чак тогава да се прецени дали въпреки това то е произвело „квалифицирани“ последици във вътрешния пазар.

305. Фактът обаче, че Intel не е оспорило компетентността на Комисията в хода на административното производство — което се подчертава от Общия съд в точка 246 от обжалваното съдебно решение — е ирелевантен. Както Съдът многократно е пояснявал, обхватът на контрола за законосъобразност, предвиден в член 263 ДФЕС, обхваща всички елементи от решенията на Комисията относно производства по прилагане на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС, по отношение на които Общият съд осигурява задълбочен контрол както от правна, така и от фактическа страна, с оглед на изтъкнатите от жалбоподателите основания и предвид всички доказателства, представени от жалбоподателите, независимо дали предхождат или следват по време приетото решение и дали са предоставени предварително в рамките на административната процедура, или за първи път в рамките на съдебното производство пред Общия съд, доколкото тези доказателства са относими към контрола за законосъобразността на решението на Комисията¹⁹³.

306. В заключение, правната рамка, приложена от Общия съд, не може да бъде критикувана. Въпреки това прилагането в обжалваното съдебно решение на тези критерии за компетентност по отношение на предполагаемите злоупотреби, произтичащи от споразуменията с Lenovo, налага следните критични забележки от моя страна.

б) Преценка на прилагането на релевантните критерии за компетентност от Общия съд

307. Ще започна с разглеждане на констатациите на Общия съд относно прилагането в ЕИП на „голите“ ограничения и отстъпките за изключителност, произтичащи от споразуменията с Lenovo.

и) Привеждане в действие

308. В обжалваното съдебно решение¹⁹⁴ Общият съд констатира, че споразуменията с Lenovo е трябвало да бъдат приложени от Lenovo навсякъде по света, включително в ЕИП. В контекста на тези споразумения Intel няма основание да твърди, че не е могъл да повлияе на използването от страна на Lenovo на CPU на Intel. Освен това Intel е знаел за присъствието на Lenovo на общия пазар, където то е продавало своите преносими компютри.

309. Според мен тези мотиви са опорочени от грешка при прилагане на правото. Ако Комисията беше констатирала, че Intel заедно с Lenovo са нарушили член 101 ДФЕС, би било правилно Общият съд да преценява дали техните споразумения са били предназначени да се изпълняват от всяка от страните в ЕИП. Спорното решение обаче разглежда поведение, което е оспорено от Комисията съгласно член 102 ДФЕС: едностранно поведение от страна на Intel. Следователно това едностранно поведение — предполагаемата злоупотреба — трябва да бъде осъществено в ЕИП.

¹⁹³ Вж. решение от 21 януари 2016 г., Galp Energía España и др./Комисия (С-603/13 P, EU:C:2016:38, т. 72).

¹⁹⁴ Обжалваното съдебно решение, точки 310—314.

310. При все това никъде в обжалваното съдебно решение не се посочва поведение, започнато или осъществено от Intel на територията на ЕИП в изпълнение на договореното в споразуменията с Lenovo. Това не е учудващо. Тези споразумения, сключени между дружество от САЩ и китайско дружество, засягат продажби на CPU, произведени и продавани извън Съюза, за влагане в компютри, произведени в Китай. Те ограничават само възможността на AMD, друго дружество със седалище в САЩ, да продава CPU на китайския пазар.

311. Вместо да се фокусира върху възможното привеждане в действие от Intel, Общият съд се съсредоточава върху поведението на клиента на пазар надолу по веригата, за да установи връзка с територията на ЕИП. Самият факт, че Lenovo за известен период от време се е въздържало от продажби на определен модел компютър на световния пазар, вероятно включително и ЕИП, според Общия съд е пример за извършени от Intel злоупотреби.

312. Тази обосновка не е убедителна. Чрез обвързването на привеждането в действие на поведението на клиента на предприятието, обвинено в нарушаване на член 102 ДФЕС, почти всяко поведение, независимо колко е далечна връзката му с територията на ЕС, може да се счита за попадащо в обхвата на компетентността на Комисията въз основа на критерия за привеждането в действие. Другите елементи, които Съдът е взел предвид, са също толкова неубедителни. Първо, самият факт, че Intel е имал влияние върху използването от страна на Lenovo на CPU на Intel ми се струва ирелевантен в това отношение. Ако Lenovo беше по някакъв начин корпоративно или структурно свързано с Intel, заключението би могло да бъде различно. Второ, фактът, че Intel е знаел за присъствието на Lenovo на вътрешния пазар и за продажбите му на преносими компютри на този пазар, според мен също е маловажен. Още веднъж трябва да подчертая, че неправомерното поведение не е свързано с продажбата на преносими компютри; то е свързано с отстраняването на AMD от пазара на CPU. Знанието за присъствието на клиент в ЕИП само по себе си не може да се счита за извършване на злоупотреба на пазара нагоре по веригата.

313. Следователно, в контекста на изложените в обжалваното съдебно решение обстоятелства, не съм убеден, че предполагаемата злоупотреба на Intel може да се счита за осъществена в ЕИП по смисъла на решение Woodruff. Нито един елемент от въпросното поведение според мен не може да се характеризира като осъществен, изпълнен или приведен в действие във вътрешния пазар.

314. Това не изключва обаче възможността поведението на Intel да е имало антиконкурентни последици във вътрешния пазар, които да попадат в обхвата на член 102 ДФЕС. Затова сега ще разгледам констатациите на Общия съд по отношение на квалифицираните последици от злоупотребата на Intel във ЕИП.

ii) „Квалифицирани“ последици

315. В обжалваното съдебно решение¹⁹⁵ Общият съд най-напред обяснява, че критерият, който следва да се приложи, е дали поведението на Intel може да породи непосредствени, съществени и предвидими последици във вътрешния пазар. Според него това не означава, че трябва да са налице конкретни последици за пазара, а само достатъчна вероятност спорното поведение да може да окаже чувствителни и непренебрежими последици върху него. След това Общият съд разглежда поотделно последиците на двата вида поведение.

¹⁹⁵ Обжалваното съдебно решение, точки 250—258 и 283—297.

316. По отношение на „голите“ ограничения Общият съд посочва, че очакваният брой на продажбите през четвъртото тримесечие на 2006 г. на двата модела преносими компютри, за които се отнася отсрочването на пускането на пазара, е бил 5 400 и 4 250 единици за целия регион ЕСИА (Европа, Средния изток и Африка). Общият съд допълва, че ЕИП е важна част от този регион. Доколкото Intel не е представил никакви доказателства в подкрепа на твърдението си, че е възможно всички тези компютри да са били предназначени за региони извън ЕИП, Общият съд е на мнение, че последиците в ЕИП са били поне евентуални. Той признава още, че броят на отнасящите се до региона ЕСИА единици бил скромнен, но добавя, че поведението на Intel било част от единно и продължавано нарушение¹⁹⁶. Освен това счита, че поведението на Intel е имало за цел да породи непосредствени последици в ЕИП (където за определено време даден модел на компютър със CPU на AMD не се предоставя на разположение) и преки последици (поведението на Intel засяга пряко продажбите на компютри от Lenovo)¹⁹⁷.

317. По отношение на изключителните отстъпки Общият съд счита, че последиците са непосредствени поради невъзможността да бъде открит където и да е по света, включително в ЕИП, какъвто и да е преносим компютър на Lenovo, снабден със CPU x86 на конкурент на Intel. Освен това допълва, че антиконкурентните последици са били предвидими за Intel и дори са били целени от него. По отношение на съществения характер на последиците Общият съд изтъква, че изключителните отстъпки са били част от единно и продължавано нарушение¹⁹⁸.

318. Мотивите на Общия съд са не само кратки. По-важното е, че са опорочени от грешка при прилагане на правото.

319. И за двата вида поведение единственият довод на Общия съд относно съществения характер на последиците във вътрешния пазар е, че те са част от единно и продължавано нарушение. Както обаче обясних по-горе в точка 179 и следващите, понятието за единно и продължавано нарушение е само процедурно правило, което има за цел да облекчи тежестта за доказване на органите за защита на конкуренцията. Това понятие не разширява — и не може да разширява — обхвата на забраните съгласно Договорите.

320. Точно това обаче е направил Общият съд в обжалваното съдебно решение. Вместо да изследва дали изключителните отстъпки и „голите“ ограничения поотделно са способни да породят осезаем антиконкурентен ефект във вътрешния пазар, който би могъл да доведе до прилагането на член 102 ДФЕС, той просто ги обединява заедно с поведение, осъществено в Европейския съюз, в единно и продължавано нарушение, което според него има значителни последици. Така два самостоятелни вида чуждестранно поведение, които по принцип биха останали извън обхвата на член 102 ДФЕС, изведнъж попадат в приложното поле на тази разпоредба, тъй като са разгледани заедно с друго поведение като елементи на общ план за ограничаване на конкуренцията.

321. Ако Общият съд беше приложил правилно критерия за „квалифицираните“ последици (при преценката дали всеки вид поведение поотделно попада в обхвата на компетентност на Комисията), резултатът от анализа му вероятно щеше да бъде различен. Например Общият съд сам посочва, че количеството компютри, засегнато от „голите“ ограничения, е било скромно и че не е ясно дали се е очаквало всички или някои от тях да бъдат продадени в ЕИП. По отношение на последния елемент трябва да посоча още една допусната от Общия съд грешка при прилагане на правото: очевидно Комисията трябва да докаже, че последиците на оспорено поведение в рамките на вътрешния пазар могат да бъдат осезаеми. Дори, съгласно установената

¹⁹⁶ Обжалваното съдебно решение, точка 290.

¹⁹⁷ Обжалваното съдебно решение, точки 277 и 278.

¹⁹⁸ Обжалваното съдебно решение, точки 293—295.

съдебна практика, Комисията е длъжна да докаже, че в конкретния случай са изпълнени всички необходими условия за прилагането на членове 101 ДФЕС и 102 ДФЕС¹⁹⁹. Затова не е било правилно да се изисква от Intel да обори направеното от Комисията предположение относно възможната продажба в ЕИП на компютри, предназначени за много по-широк регион.

322. Разбира се, споразуменията с Lenovo са имали непосредствени и преки последици, ако смисълът на тези термини е, че тези споразумения са повлияли на поведението на Lenovo по отношение на закупуването на CPU и изискването към последващата продажба на преносими компютри с CPU x86. Тук обаче основният въпрос е дали антиконкурентните последици, произтичащи от тези споразумения, са преки и непосредствени за вътрешния пазар. С други думи, Общият съд е трябвало да попита: могат ли тези споразумения непосредствено и пряко да намалят възможността на конкурентите на Intel да се конкурират за CPU x86 в рамките на вътрешния пазар? Общият съд изобщо не разглежда този аспект. Той само посочва, че тези споразумения са повлияли на управленските решения на Lenovo. Това обаче е предполагаема цел на всяко търговско споразумение.

323. Същите опорочени мотиви Общият съд прилага във връзка с предвидимостта на последиците от споразуменията с Lenovo. Общият съд отново се фокусира върху последиците, които тези споразумения са имали (или е трябвало да имат) за търговските решения на Lenovo. Обжалваното съдебно решение не разглежда предвидимостта на антиконкурентните последици, които тези споразумения (предполагаемо) са породили във вътрешния пазар.

324. Въз основа на посочените в обжалваното съдебно решение факти антиконкурентните последици, произтичащи от споразуменията с Lenovo, не само че не са непосредствени, съществени и предвидими, а и изглеждат твърде хипотетични, теоретични и необосновани. Това все пак не означава, че споразуменията с Lenovo не са имали или не са могли да имат никакви „квалифицирани“ последици във вътрешния пазар.

325. От друга страна, основателно могат да се породят съмнения дали например поведение, което е повлияло на продажбите в ЕИП на няколко хиляди компютри, представляващи изключително малък процент от световния пазар на CPU, за сравнително кратко време, може да има непосредствени, съществени и предвидими последици в ЕИП. От друга страна, не може да се отрече, че споразуменията с Lenovo биха могли да имат значително влияние върху трайната способност на AMD да се развива, произвежда и продава CPU в целия свят, включително в ЕИП. От гледна точка на Intel отстраняването на единствения жизнеспособен конкурент на пазара на CPU може да се постигне независимо от това дали той се е насочил към клиенти, които сключват сделки в ЕИП или другаде.

326. За съжаление Общият съд не е направил такъв анализ. Следователно основният въпрос дали споразуменията с Lenovo са били способни да породят непосредствени, съществени и предвидими антиконкурентни последици в ЕИП, остава без отговор. Това е така, въпреки че е изключително важно да се произнесе относно прилагането на член 102 ДФЕС по отношение на предполагаемата злоупотреба, произтичаща от тези споразумения.

327. Въз основа на гореизложеното, считам, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, използвайки критерия за привеждането в действие и критерия за „квалифицираните“ последици, за да отхвърли доводите на Intel (и на АСТ) относно липсата на компетентност на Комисията да приложи член 102 ДФЕС по отношение на злоупотреби, произтичащи от споразуменията с Lenovo. Поради това петото основание за обжалване следва да бъде уважено.

¹⁹⁹ Вж. член 2 от Регламент № 1/2003.

Ж– По шестото основание за обжалване: размера на глобата

1. Основни доводи на страните

328. Шестото основание е свързано с размера на глобата, наложена от първоинстанционния съд. То се разделя на две части. Първо, Intel твърди, че глобата е непропорционална, независимо от всяко последващо намаляване на глобата вследствие на грешките при прилагане на правото, допуснати от Общия съд. Второ, Intel твърди, че Общият съд е сгрешил, прилагайки Насоките от 2006 г. за поведение, което ги предшества. Прилагането със задна дата на Насоките от 2006 г., които обосновават налагането на 50-кратно по-голяма от глобата от тази, определена съгласно действащата правната уредба към момента, в който се осъществява по-голямата част от поведението, според твърдението на жалбоподателя е в разрез с основните принципи на правото на ЕС. По-специално жалбоподателят оспорва съответствието на този подход с член 7 от ЕКПЧ и член 49 от Хартата.

329. Според Комисията настоящото основание следва да бъде отхвърлено като частично недопустимо и частично несъстоятелно или, при условията на евентуалност — като частично необосновано.

1. Анализ

330. Жалбоподателят посочва настоящото основание като самостоятелно основание за отмяна на обжалваното съдебно решение. Той твърди нарушение на принципа на пропорционалност и неправилно (със задна дата) прилагане на насоките на Комисията за налагането на глоби от страна на Общия съд при определянето на глобата.

331. Първата част на шестото основание се отнася до (не)пропорционалността на наложената глоба на жалбоподателя в спорното решение, която в последствие е потвърдена от Общия съд. По същество той пита: кои са правилните параметри за оценка на пропорционалността на глоба, наложена от Комисията в контекста на нейно разследване?

332. Това в никакъв случай не е безинтересен въпрос. По принцип той засяга в дълбочина предоставените на Комисията правомощия да разследва и санкционира нарушения на правилата на ЕС за конкуренцията. Освен това той се отразява на начина, по който съдилищата на ЕС упражняват своята неограничена компетентност във връзка с глобите.

333. Подробният отговор на този въпрос изисква разглеждане на широк кръг чувствителни проблеми. Имам предвид по-специално взаимовръзката между възпиращия ефект и размера на глобите, релевантната отправна точка за измерване на пропорционалността (тоест пропорционалност по отношение на какво?) и ограниченията, които установява член 49, параграф 3 от Хартата, за размера на глобите, налагани на предприятия за нарушения на правилата на ЕС за конкуренцията.

334. За съжаление обаче настоящата жалба не дава възможност за такова обсъждане. Освен откъслечните забележки за непропорционалния характер на глобата, по-специално в сравнение с предходни глоби по дела за отстъпки по член 102 ДФЕС, жалбоподателят не обяснява по какъв начин преценката на Общия съд нарушава принципа на пропорционалност²⁰⁰. Intel просто иска от Съда сам да определи каква е пропорционалната санкция, ако изобщо има такава, при обстоятелствата по настоящото дело.

335. Във връзка с това, както е добре известно, Съдът не може по съображения за справедливост да замести преценката на Общия съд със своята преценка относно размера на глобата. По изключение, ако установи, че размерът на санкцията е не просто неподходящ, но и прекомерен до степен на непропорционалност, Съдът може да приеме, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото предвид неподходящия размер на глобата²⁰¹. Фактът, че наложената в спорното решение глоба (1,06 милиарда евро) е с рекорден размер към съответния момент, сам по себе си не я прави недопустима или дори непропорционална, както твърди жалбоподателят.

336. Всъщност доводите, свързани с пропорционалността, поставят под съмнение на практика някои фактически констатации и по-специално преценката на доказателствата в първоинстанционното производство²⁰². За разлика от контекста на останалите основания за обжалване, приведени в настоящото производство, *правната* грешка, която се твърди, че е допуснал Общият съд, не може да бъде лесно установена от обясненията на жалбоподателя. Както вече посочих, в контекста на производство по обжалване Съдът не може да преоценява фактическите обстоятелства или доказателствата. В настоящото производство не е предявено обосновано искане относно явна грешка в преценката на фактите. Освен това от преписката по делото не личи да е допуснато изопачаване на доказателствата, каквото твърди Intel. За да подлежи на преразглеждане от Съда в производство по обжалване, твърдяното изопачаване трябва да може да се установи, без да е необходимо да се прибегва до нова преценка на фактическите обстоятелства²⁰³.

337. Ето защо съм съгласен с Комисията, че изтъкнатите от жалбоподателя доводи във връзка с пропорционалността на глобата следва да се приемат за недопустими.

338. Втората част на шестото основание за обжалване е свързано с прилагането със задна дата на насоките на Комисията за налагане на глоби от 2006 г. за поведение, което частично ги предшества. Жалбоподателят пита: до каква степен Комисията е обвързана от своите насоки за налагане на глоби?

339. Практиката на Съда е категорична по този въпрос и не е в полза на жалбоподателя.

200 В това отношение трябва да се има предвид, че практиката на Комисията в предходни решения по принцип не може да послужи като правна рамка за глоби, налагани в областта на конкуренцията. Това е така, тъй като Комисията разполага с широка свобода на преценката във връзка с определянето на глобите и по принцип не е обвързана от свои минали преценки. Вж. по-специално решение от 19 март 2009 г., Archer Daniels Midland/Комисия (C-510/06 P, EU:C:2009:16, т. 82 и цитираната съдебна практика).

201 Вж., измежду много други, решения от 10 юли 2014 г., Telefónica и Telefónica de España/Комисия (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, т. 205 и цитираната съдебна практика) и от 4 септември 2014 г., УКК и др./Комисия (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, т. 29 и цитираната съдебна практика). Вж. още решения от 29 април 2004 г., British Sugar/Комисия (C-359/01 P, EU:C:2004:255, т. 47 и цитираната съдебна практика) и от 19 декември 2013 г., Koninklijke Wegenbouw Stevin/Комисия (C-586/12 P, непубликувано, EU:C:2013:863, т. 33 и цитираната съдебна практика).

202 В това отношение жалбоподателят посочва списък с фактори, които според него са преценени неправилно в обжалваното съдебно решение. Освен това жалбоподателят не е съгласен с начина, по който Общият съд е разгледал доказателствата, свързани с укриване — фактор, който се посочва като основание за увеличаване на глобата.

203 Вж. например решения от 6 април 2006 г., General Motors/Комисия (C-551/03 P, EU:C:2006:229, т. 51—53 и цитираната съдебна практика) и от 8 март 2016 г., Гърция/Комисия (C-431/14 P, EU:C:2016:145, т. 31 и 32 и цитираната съдебна практика).

340. Според установената съдебна практика няма пречка Комисията да коригира размера на глобите (нагоре) в определените от Регламент № 1/2003 граници, ако това е необходимо, за да се осигури прилагането на политиката на Съюза в областта на конкуренцията. Това е така, защото правилното прилагане на правилата на ЕС за конкуренцията изисква Комисията да може по всяко време да промени равнището на глобите предвид нуждите на тази политика²⁰⁴. В този контекст принципът на недопускане на обратно действие може да въздейства на свободната преценка на Комисията при определяне на глобата само ако въпросната промяна не е била разумно предвидима към момента на извършване на въпросните нарушения²⁰⁵.

341. В по-общ смисъл Съдът е приел, че предприятия — участници в административно производство, в което могат да бъдат наложени глоби, не могат да имат оправдано правно очакване, че ще бъде използван конкретен метод за изчисляване на глобите. Въпросните предприятия трябва да вземат предвид възможността Комисията по всяко време да повиши равнището на глобите в сравнение с прилаганото в миналото. Това важи не само когато Комисията увеличава размера на глобите, налагайки глоби с индивидуални решения, но и когато това увеличение поражда действие чрез прилагането в конкретни случаи на правила за поведение с общо приложение като например Насоките от 2006 г.²⁰⁶.

342. Тези становища подсказват, че доколкото наложената глоба остава в рамките на ограниченията по член 23, параграф 2 от Регламент № 1/2003, жалбоподателят не може ефективно да се позове на принципа на забрана за обратно действие, за да оспори глобата, наложена въз основа на Насоките от 2006 г. Не на последно място това е така, защото тези насоки вече са били действащи, преди спорното поведение да е приключило. Действително границите на свободната преценка на Комисията при налагане на глоба за нарушение на правилата на ЕС за конкуренцията се определят от Регламент № 1/2003 като приложимо право, а не от Насоките за налагане на глоби, които предвиждат по-подробно как Комисията възнамерява да използва тази свобода.

343. В светлината на гореизложеното втората част на шестото основание за обжалване следва да бъде отхвърлена като неоснователна. Следователно шестото основание трябва да се отхвърли.

VI – Последици на преценката

344. Съгласно член 61, първа алинея от Статута на Съда, ако жалбата е основателна, Съдът отменя решението на Общия съд. Когато производството позволява това, той може сам да постанови окончателно решение по делото. Той може също да върне делото на Общия съд.

345. Стигнах до извода, че първото, второто, третото, четвъртото и петото основания за обжалване следва да бъдат уважени. В резултат от това обжалваното съдебно решение следва да се отмени.

346. В светлината на естеството на грешките, допуснати от Общия съд по отношение на първото, второто, третото и четвъртото основания, фазата на настоящото производство според мен не позволява да се постанови окончателно решение. Това е така, защото решение по същество (дали отстъпките и плащанията, предлагани от Intel, представляват злоупотреба с господстващо положение в нарушение на член 102 ДФЕС, както и дали споразуменията с Lenovo са имали непосредствени, съществени и предвидими последици в рамките на ЕИП)

204 Вж. наскоро постановено решение от 18 юли 2013 г., Schindler Holding и др./Комисия (С-501/11 P, EU:C:2013:522, т. 75 и цитираната съдебна практика).

205 Вж. решение Dansk Rørindustri, точка 224.

206 Решение Dansk Rørindustri, точки 228—231.

зависи от разглеждането на обстоятелствата по делото в тяхната съвкупност и в зависимост от случая, от конкретните или евентуални последици от поведението на Intel върху конкуренцията в рамките на вътрешния пазар. Това на свой ред включва преценка на фактическите обстоятелства, която Общият съд може по-добре да извърши.

347. От друга страна, що се отнася до четвъртото основание относно нарушаването на правото на защита на жалбоподателя, в началото Съдът изглежда достатъчно добре информиран, за да се произнесе за отмяна на спорното решение. Въпреки това наличните факти и обмяната на мнения пред настоящия Съд ме карат да предложа и по тази точка препращане към Общия съд. По-конкретно, на страните следва да се даде подходяща възможност да изразят мненията си относно последиците, които произтичат от въпросните процесуални нарушения, и по-конкретно дали спорното решение следва да бъде изцяло отменено (какъвто е случаят в решение Solvay²⁰⁷) или само в частта, в която се отнася за поведението на Intel по отношение на Dell.

348. Следователно предлагам на Съда да върне делото на Общия съд за ново разглеждане.

VII – Заключение

349. Предвид гореизложените съображения предлагам на Съда да се произнесе по следния начин:

- 1) да отмени решението на Общия съд на Европейския съюз от 12 юни 2014 г. по дело T-286/09, Intel/Комисия;
- 2) да върне делото на Общия съд;
- 3) да не се произнася по съдебните разноски.

²⁰⁷ Решение Solvay, точки 71 и 72.