



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 20. oktober 2016¹

Sag C-413/14 P

**Intel Corporation Inc.
mod**

Europa-Kommissionen

»Appel – artikel 102 TEUF – misbrug af en dominerende stilling – loyalitetsbonus – klassifikation som misbrug – den korrekte juridiske test – samlet og vedvarende overtrædelse – ret til forsvar – artikel 19 i forordning (EF) nr. 1/2003 – interview om genstanden for en undersøgelse – Kommissionens kompetencer – gennemførelse – virkninger«

Indhold

I – Retsforskrifter	4
II – Tvistens baggrund	4
III – Sagen for Retten og den appellerede dom	8
IV – Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande	8
V – Bedømmelse af appelanbringenderne	8
A – Indledende betragtninger	9
B – Det første appelanbringende: det retlige kriterium, der skal anvendes på såkaldte »eksklusivitetsrabatter«	10
1. Parternes hovedargumenter	10
2. Analyse	11
a) Rettens primære vurdering af appellantens rabatter og betalinger	11
i) De grundlæggende træk i Domstolens praksis vedrørende rabatter	12

¹ – Originalsprog: engelsk.

ii)	Sagens omstændigheder som et middel til at afgøre, om den omstridte adfærd har en sandsynlig indvirkning på konkurrencen	15
iii)	Der findes ifølge retspraksis kun to kategorier af rabatter	16
	– En formodning om ulovlighed vedrørende form kan ikke tilbagevises	17
	– Loyalitetsrabatter er ikke altid skadelige	17
	– Virkningerne af loyalitetsrabatter afhænger af sammenhængen	18
	– Samordnet praksis kræver vurdering af samtlige omstændigheder	19
iv)	Foreløbig konklusion	20
b)	Rettens subsidiære vurdering af evne	21
i)	Evne og/eller sandsynlighed	21
ii)	De faktorer, som Retten lagde til grund for sin konstatering af misbrug	22
iii)	Andre omstændigheder	24
	– Markedsdækning	24
	– Varighed	26
	– Konkurrentens forretningsmæssige resultater og de faldende priser	27
	– AEC-testen	27
c)	Konklusion	29
C –	Det andet appelanbringende: markedsdækning for at afgøre, om en virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling	30
	1. Parternes hovedargumenter	30
	2. Analyse	30
D –	Det tredje appelanbringende: kvalifikation af visse rabatter som »eksklusivitetsrabatter«	32
	1. Parternes hovedargumenter	32
	2. Analyse	33
E –	Det fjerde appelanbringende: retten til forsvar	35
	1. Parternes hovedargumenter	35
	2. Analyse	36
	a) Det omhandlede møde var et interview som omhandlet i artikel 19 i forordning nr. 1/2003.	36
	b) Det interne notat rådede ikke bod for procedurefejlen	39

c) Konsekvensen af den manglende registrering af det omhandlede møde	40
F – Det femte appelanbringende: kompetence	44
1. Parternes hovedargumenter	44
2. Analyse	44
a) Generelle betragtninger: gennemførelse og/eller virkninger?	46
b) Bedømmelse af Rettens anvendelse af relevante betingelser for kompetence	49
i) Gennemførelse	49
ii) »Kvalificerede« virkninger	50
G – Det sjette appelanbringende: bødens størrelse	52
1. Parternes hovedargumenter	52
2. Analyse	53
VI – Konsekvenser af bedømmelsen	55
VII – Forslag til afgørelse	55

Med denne appel har Intel Corporation (herefter »Intel« eller »appellanten«) nedlagt påstand om ophævelse af Rettens dom af 12. juni 2014 i sagen Intel mod Kommissionen

1. ², hvorved Retten frifandt Kommissionen i det søgsmål, som appellanten havde anlagt med påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2009) 3726 endelig af 13. maj 2009 om en procedure i henhold til artikel 82 [EF] (nu artikel 102 TEUF) og EØS-aftalens artikel 54 (sag COMP/C-3/37 990 – Intel) (herefter »den omtvistede beslutning«)³.

2. Sagen rejser en række spørgsmål af principiel betydning. Disse spørgsmål omfatter anvendelsen af begrebet »samlet og vedvarende overtrædelse« inden for rammerne af den nuværende artikel 102 TEUF, de beføjelser, som Kommissionen burde have til at registrere de interview, som den gennemfører under sine undersøgelser, og omfanget af Kommissionens kompetence til at gennemføre undersøgelser af overtrædelser med oprindelse i udlandet.

3. Sagen giver desuden Domstolen lejlighed til at uddybe sin praksis vedrørende misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 102 TEUF. Mere specifikt opstår spørgsmålet om, hvorvidt der i lyset af den retspraksis, der følger af Hoffmann-La Roche-dommen⁴, er grundlag for at sondre mellem forskellige typer af rabatter. Under hensyntagen til denne retspraksis skal Domstolen fastlægge det korrekte retlige kriterium, som skal anvendes på en bestemt kategori af rabatter, som Retten betegnede som »eksklusivitetsrabatter« i den appellerede dom.

2 – Jf. dom af 12.6.2014, Intel mod Kommissionen (T-286/09, EU:T:2014:547) (herefter »den appellerede dom«).

3 – Jf. EUT 2009, C 227, s. 13, for et sammendrag af denne beslutning.

4 – Jf. dom af 13.2.1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen (85/76, EU:C:1979:36) (herefter »Hoffmann-La Roche-dommen«).

4. Domstolen er navnlig blevet anmodet om at afgøre, om Retten med føje fandt, at denne form for rabatter, som er omhandlet i den foreliggende sag, som sådan er konkurrencebegrænsende. Disse rabatters iboende konkurrencebegrænsende karakter ville gøre det unødvendigt at undersøge alle sagens omstændigheder for at afgøre, om den pågældende adfærd faktisk kan begrænse konkurrencen på et bestemt marked.

I – Retsforskrifter

5. I 25. betragtning til forordning (EF) nr. 1/2003⁵ forklares, at Kommissionen bl.a. bør beføjelse til at indhente udtalelser fra enhver person, der kan tænkes at være i besiddelse af nyttige oplysninger, og registrere den pågældende persons udtalelser.

6. Forordningens artikel 19 omhandler Kommissionens beføjelser til at indhente udtalelser. Artiklens stk. 1 bestemmer:

»Med henblik på at udføre de opgaver, som den er betroet i henhold til denne forordning, kan Kommissionen gennemføre interview med alle fysiske eller juridiske personer, der indvilger heri med henblik på indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse.«

7. Denne forordnings artikel 27, stk. 2, bestemmer:

»De deltagende parter ret til forsvar skal sikres fuldt ud i procedureforløbet. De har ret til indsigt i Kommissionens sagsakter med forbehold af virksomhedernes berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder ikke afsløres. Aktindsigten omfatter ikke Kommissionens og de nationale konkurrencemyndigheders fortrolige oplysninger og interne dokumenter [...]«

8. I tredje betragtning til forordning (EF) nr. 773/2004⁶ præciseres, at Kommissionen, når den udspørger personer, bør underrette disse personer om retsgrundlaget for udspørgningen og gøre dem opmærksom på, at det sker frivilligt.

9. Denne forordnings artikel 3 vedrører Kommissionens beføjelse til at indhente udtalelser. Den bestemmer:

»1. Når Kommissionen udspørger en person med den pågældendes samtykke i overensstemmelse med artikel 19 i forordning [nr. 1/2003], skal den ved udspørgningens start angive retsgrundlaget for og formålet med udspørgningen og gøre opmærksom på, at udspørgningen er frivillig. Den skal også meddele den udspurgte, om den [...] har til hensigt at registrere interviewet.

2. Udspørgningen kan gennemføres på en hvilken som helst måde, herunder pr. telefon eller med elektroniske midler.

3. Kommissionen kan registrere den udspurgtes udtalelser i en hvilken som helst form. Den udspurgte får forelagt en kopi af registrerede udtalelser til godkendelse. Kommissionen fastsætter om nødvendigt en frist for den udspurgte til at underrette den om eventuelle rettelser i udtalelserne.«

II – Tvistens baggrund

10. Tvistens baggrund som anført i den appellerede dom kan opsummeres som følger.

5 – Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1).

6 – Kommissionens forordning af 7.4.2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EUT 2004, L 123, s. 18).

11. Intel er et amerikansk selskab, der designer, udvikler, fremstiller og markedsfører mikroprocessorer (herefter »cpu'er«), »chipsets« (kredsløb) og andre halvlederkomponenter samt platformsløsninger til databehandling og kommunikationsudstyr.

12. Den 18. oktober 2000 indgav Advanced Micro Devices (herefter »AMD«) en formel klage til Kommissionen i henhold til forordning nr. 17⁷ og den 26. november 2003 en supplerende klage, hvori selskabet fremførte nye faktiske omstændigheder og påstande.

13. I maj 2004 iværksatte Kommissionen en række undersøgelser af visse oplysninger i AMD's supplerende klage.

14. Den 17. juli 2006 indgav AMD en klage til Bundeskartellamt (den tyske forbundskonkurrencemyndighed), hvori selskabet gjorde gældende, at Intel bl.a. havde indgået eksklusiverende markedsføringsaftaler med Media-Saturn-Holding GmbH (herefter »MSH«), en europæisk forhandler af mikroelektronisk udstyr og den største forhandler i Europa af stationære computere. Bundeskartellamt udvekslede oplysninger med Kommissionen om dette emne.

15. Den 23. august 2006 afholdt Kommissionen et møde med en højtstående leder, D1, fra Dell Inc., en af Intels kunder⁸. Kommissionen henlagde ikke den indikative liste over emner, der skulle drøftes på mødet, til sagsakterne og udarbejdede ikke noget referat. Et medlem af det for sagsakterne ansvarlige team i Kommissionen udfærdigede et notat om mødet, som Kommissionen har betegnet som internt. Den 19. december 2008 tilsendte Kommissionen appellanten en ikke-fortrolig udgave af notatet.

16. Den 26. juli 2007 tilstillede Kommissionen appellanten en klagepunktsmeddelelse (herefter »klagepunktsmeddelelsen af 2007«) vedrørende appellants adfærd over for fem store producenter af originalt udstyr (Original Equipment Manufacturers, herefter »OEM«), nemlig Dell, Hewlett-Packard Company (HP), Acer Inc., NEC Corp. og International Business Machines (IBM).

17. Den 17. juli 2008 tilstillede Kommissionen appellanten en supplerende klagepunktsmeddelelse vedrørende dennes adfærd over for MSH og Lenovo Group Ltd (herefter »Lenovo«). Den omfattede nye beviser, som Kommissionen var kommet i besiddelse af efter offentliggørelsen af klagepunktsmeddelelsen af 2007, vedrørende Intels adfærd over for nogle af de OEM, der var omfattet af denne meddelelse.

18. Efter forskellige processuelle skridt vedtog Kommissionen den 13. maj 2009 den omhandlede beslutning, hvori den fandt, at Intel havde overtrådt artikel 82 EF (i det følgende artikel 102 TEUF) og artikel 54 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) i perioden fra oktober 2002 til december 2007 ved at gennemføre en strategi, der havde til formål at udelukke en konkurrent, nemlig AMD, fra markedet for cpu'er med x86-arkitektur (herefter »x86-cpu'er«).

19. Denne beslutning indeholdt følgende betragtninger.

20. De omhandlede produkter er cpu'er. X86-arkitekturen er en standard, som Intel har designet til sine cpu'er. Den kan anvendes til afvikling af operativsystemerne Windows og Linux. Windows er fortrinsvis knyttet til x86-instruktionssættet. Før 2000 fandtes der flere producenter af x86-cpu'er. De fleste har nu forladt markedet. Ifølge den omtvistede beslutning har Intel og AMD siden dette tidspunkt praktisk taget været de to eneste virksomheder, der stadig fremstiller x86-cpu'er.

7 – Rådets forordning af 6.2.1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i artikel [101 TEUF] og artikel [102 TEUF] (EFT 1959-1962, s. 87).

8 – Fortrolige oplysninger udeladt. I det følgende er navne på en given person, for at bevare den pågældendes anonymitet, erstattet med første bogstav i navnet på den virksomhed, for hvilken vedkommende arbejder, efterfulgt af et ciffer.

21. Kommissionen nåede i den omtvistede beslutning desuden frem til, at det relevante produktmarked kun omfattede markedet for x86-cpu'er. I den omtvistede beslutning tages der imidlertid ikke stilling til, om der findes ét enkelt marked for x86-cpu'er til alle computere, eller om der bør sondres mellem tre forskellige markeder for x86-cpu'er, nemlig markedet for stationære computere, markedet for bærbare computere og markedet for servere. Ifølge den omtvistede beslutning må der, henset til Intels markedsandel for hvert segment, drages den samme konklusion med hensyn til spørgsmålet om dominerende stilling.

22. I den omtvistede beslutning blev det geografiske marked defineret som hele verden.

23. Med hensyn til dominerende stilling havde Intel i den undersøgte tiårsperiode (1997-2007) konstant en markedsandel på 70% eller derover. Kommissionen fandt endvidere, at der var væsentlige hindringer for adgangen til og for ekspansion på markedet for x86-cpu'er. Disse hindringer består navnlig i irreversible investeringer i forskning og udvikling, intellektuelle ejendomsrettigheder og de produktionsanlæg, som er nødvendige for at fremstille x86-cpu'er. Under henvisning til Intels markedsandele og hindringerne for adgang til og ekspansion på det relevante marked konkluderede Kommissionen, at Intel indtog en dominerende stilling på dette marked, i det mindste i den af beslutningen omfattede periode, dvs. perioden fra oktober 2002 til december 2007.

24. I den omtvistede beslutning beskrev Kommissionen to typer af adfærd, som Intel udviste over for sine handelspartnere, nemlig betingede rabatter og såkaldte »ikke-skjulte begrænsninger« (naked restrictions).

25. Med hensyn til den første type ydede Intel rabatter til fire OEM, nemlig Dell, Lenovo, HP og NEC, på den betingelse, at de købte alle eller næsten alle deres x86-cpu'er af Intel. På samme måde ydede Intel MSH betalinger på betingelse af, at denne udelukkende solgte computere udstyret med Intels x86-cpu.

26. I den omtvistede beslutning beskrives de betingede rabatter, som Intel ydede, som loyalitetsbonusser. Hvad angår Intels betingede betalinger til MSH konkluderede Kommissionen i beslutningen, at den økonomiske mekanisme i betalingerne kan sidestilles med de betingede rabatter, som blev ydet OEM.

27. Endvidere indeholder den omtvistede beslutning en økonomisk vurdering af, om rabatterne og betalingerne til MSH's kan udelukke en hypotetisk konkurrent, der er lige så effektiv som Intel (as efficient competitor test, herefter »AEC-testen«)⁹.

28. I lyset af disse betragtninger konkluderede Kommissionen, at Intels betingede rabatter og betalinger sikrede strategisk vigtige OEM's og MSH's loyalitet. Praksissen havde supplerende virkninger, der bestod i, at den mærkbart forringede konkurrenternes muligheder for at konkurrere på grundlag af deres x86-cpu'ers ydelser. Intels konkurrencebegrænsende adfærd bidrog således til at begrænse forbrugernes valgmuligheder og incitamenterne til innovation.

29. Med hensyn til den anden type af adfærd, der beskrives i den omtvistede beslutning, nemlig »ikke-skjulte begrænsninger«, fandt Kommissionen, at Intel ydede tre OEM, nemlig HP, Acer og Lenovo, betalinger på den betingelse, at disse OEM udskød eller annullerede lanceringen af produkter udstyret med cpu'er fra AMD og/eller indførte begrænsninger for distributionen af sådanne produkter. Kommissionen konkluderede, at Intels adfærd med hensyn til ikke-skjulte begrænsninger påførte konkurrencen direkte skade, fordi kunder blev frataget en valgmulighed, som de ellers ville have haft. Efter Kommissionens opfattelse udgjorde dette ikke en normal konkurrence baseret på ydelser.

9 – Testen viser nærmere bestemt, til hvilken pris en konkurrent, der er lige så effektiv som Intel, skulle have tilbudt sine cpu'er for at kompensere en OEM for tabet af den rabat, Intel ville havde ydet den.

30. Kommissionen konkluderede i den omtvistede beslutning, at alle de omtvistede former for adfærd, som Intel havde udvist over for ovennævnte OEM og MSH, udgjorde misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF, og at misbruget ligeledes indgik i en samlet strategi, der havde til formål at udelukke AMD, Intels eneste væsentlige konkurrent, fra markedet for x86-cpu'er. Misbruget udgjorde følgelig en samlet overtrædelse som omhandlet i artikel 102 TEUF.

31. Under anvendelse af retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 (herefter »retningslinjerne af 2006«)¹⁰ pålagde Kommissionen appellanten en bøde på 1,06 mia. EUR.

32. Den omtvistede beslutning bestemmer:

»Artikel 1

Intel [...] har i perioden fra oktober 2002 til december 2007 gjort sig skyldig i en samlet og kontinuerlig overtrædelse af artikel [102 TEUF] og EØS-aftalens artikel 54 ved at gennemføre en strategi, der havde til formål at udelukke konkurrenter fra markedet for x86-cpu'er, og som bestod i, at Intel:

- a) I perioden fra oktober 2002 til december 2005 ydede Dell rabatter, hvis størrelse var betinget af, at Dell købte alle sine x86-cpu'er af Intel.
- b) I perioden fra oktober 2002 til maj 2005 ydede HP rabatter, hvis størrelse var betinget af, at HP købte mindst 95% af sine x86-cpu'er til stationære computere af Intel.
- c) I perioden fra oktober 2002 til november 2005 ydede NEC rabatter, hvis størrelse var betinget af, at NEC købte mindst 80% af sine x86-cpu'er til klient-pc'er af Intel.
- d) I perioden fra januar 2007 til december 2007 ydede Lenovo rabatter, hvis størrelse var betinget af, at Lenovo købte alle sine x86-cpu'er til bærbare computere af Intel.
- e) I perioden fra oktober 2002 til december 2007 ydede [MSH] betalinger, hvis størrelse var betinget af, at [MSH] kun solgte computere udstyret med Intels x86-cpu'er.
- f) I perioden fra november 2002 til maj 2005 ydede HP betalinger på betingelse af: i) at HP rettede salget af stationære HP-computere til virksomheder, der var udstyret med x86-cpu'er fra AMD, til små og mellemstore virksomheder og kunder i den offentlige sektor, undervisningssektoren og sundhedssektoren og ikke til store virksomheder, ii) at HP hindrede sine distributionspartnere i at have stationære HP-computere til virksomheder på lager, der var udstyret med x86-cpu'er fra AMD, således at kunderne kun kunne erhverve sådanne computere ved at bestille dem hos HP (enten direkte eller gennem HP-distributionspartnere, der fungerede som handelsagenter), iii) at HP udsatte lanceringen af sin stationære computer med en x86-cpu til virksomheder i regionen [Europa, Mellemøsten og Afrika] i et halvt år
- g) I perioden fra september 2003 til januar 2004 ydede Acer betalinger på betingelse af, at denne udsatte lanceringen af en bærbar computer, der var udstyret med en x86-cpu fra AMD.
- h) I perioden fra juni 2006 til december 2006 ydede Lenovo betalinger på betingelse af, at denne udsatte og i sidste instans afstod fra lanceringen af sine bærbare computere med x86-cpu'er fra AMD.«

¹⁰ – EUT 2006, C 210, s. 2.

III – Sagen for Retten og den appellerede dom

33. Ved stævning indleveret den 22. juli 2009 nedlagde appellanten påstand om annullation af den omtvistede beslutning. Association for Competitive Technology, Inc. (herefter »ACT«) intervenerede til støtte for Intel.

34. Ved den appellerede dom frifandt Retten Kommissionen i det hele.

IV – Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

35. Ved appelskrift indleveret til Domstolen den 26. august 2014 har Intel nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves helt eller delvist.
- Den omtvistede beslutning annulleres helt eller delvist.
- Den pålagte bøde annulleres eller nedsættes væsentligt.
- Subsidiært hjemvises sagen til Retten med henblik på, at denne træffer afgørelse i overensstemmelse med Domstolens dom.
- Kommissionen tilpligtes at betale omkostningerne i denne sag såvel som i sagen for Retten.

36. ACT har indgivet et indlæg til støtte for appellants påstande.

37. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

38. Intel, ACT og Kommissionen har afgivet mundtlige forklaringer i retsmødet den 21. juni 2016.

V – Bedømmelse af appelanbringenderne

39. Appellanten har gjort seks anbringender gældende til støtte for sin appel. Med det første appelanbringende har appellanten gjort gældende, at Retten, ved at kvalificere de pågældende rabatter som »eksklusivitetsrabatter«, begik en retlig fejl. Appellanten har med det andet appelanbringende gjort gældende, at Retten begik en fejl ved at fastslå, at der forelå en overtrædelse i 2006 og 2007, og i vurderingen af betydningen af markedsdækning. Appellanten har med det tredje appelanbringende gjort gældende, at Retten begik en fejl med hensyn til klassificeringen af visse rabatorordninger som »eksklusivitetsrabatter«, som blot vedrørte en mindre del af en kundes indkøb. Appellanten har med det fjerde appelanbringende gjort gældende, at Retten begik en procedurefejl ved at anlægge en ukorrekt fortolkning af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, sammenholdt med artikel 3 i forordning nr. 773/2004, vedrørende den manglende forpligtelse til at registrere et interview. Appellanten har med det femte appelanbringende gjort gældende, at artikel 102 TEUF er blevet tilsidesat og omhandler Kommissionens kompetence til at anvende artikel 102 TEUF på appellants aftaler i Kina med Lenovo i 2006 og 2007. Endelig vedrører det sjette appelanbringende størrelsen af den bøde, som følger af en retlig fejl vedrørende anvendelsen af 2006-retningslinjerne for med tilbagevirkende kraft.

40. Jeg skal behandle alle disse spørgsmål hver for sig. Jeg vil imidlertid først fremsætte nogle indledende betragtninger med hensyn strukturen af og formålet med artikel 102 TEUF. Disse betragtninger udgør udgangspunktet for den efterfølgende vurdering af de første tre appelanbringender.

A – Indledende betragtninger

41. EU's konkurrenceregler har fra begyndelsen haft til formål at indføre et system, hvor konkurrencen ikke forvrides, som en del af det indre marked, der er oprettet af Unionen¹¹. Det kan i denne henseende ikke understreges nok, at beskyttelse i henhold til EU's konkurrenceregler gives konkurrenceprocessen og ikke f.eks. konkurrenter¹². Konkurrenter, der tvinges til at forlade markedet som følge af hård konkurrence snarere end konkurrencebegrænsende adfærd, beskyttes således ikke. Når en aktør forlader markedet, er det derfor ikke nødvendigvis et tegn på misbrug, men et tegn på aggressiv og alligevel sund og tilladt konkurrence¹³. Dette skyldes, at konkurrenceretten i medfør af dens økonomiske karakter i sidste ende har til formål at forbedre effektiviteten. Den betydning, der tillægges effektivitet, afspejles efter min opfattelse også tydeligt i Unionens retsinstansers praksis.

42. Det følger naturligt af denne ledetråd, at en dominerende stilling som sådan ikke anses for at være i strid med artikel 102 TEUF. Kun adfærd, der udtrykker en dominerende markedsstilling, som skader konkurrencen og dermed forbrugerne, er forbudt og sanktioneres derfor som *misbrug* af en dominerende stilling.

43. En logisk følge af målet om forbedret effektivitet er, at de konkurrencebegrænsende *virksomheder* af en bestemt praksis har afgørende betydning. Uanset om der er tale om en håndhævelsesgenvej som den, der opnås med begrebet »konkurrencebegrænsende formål« inden for rammerne af artikel 101 TEUF¹⁴, eller om en enkelt virksomheds adfærd, som er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 102 TEUF, har EU's konkurrenceregler til formål at ramme adfærd, der har konkurrencebegrænsende virkninger. Indtil videre er formen af en bestemt praksis ikke blevet anset for vigtig.

44. I den appellerede dom sondrede Retten mellem tre kategorier af rabatter: kvantumrabatter, »eksklusivitetsrabatter« og rabatter baseret på en ordning, der kan have en loyalitetsskabende virkning. I modsætning til et rabatsystem, der alene er baseret på indkøbte mængder (første kategori), som afspejler den ydede effektivitet og stordriftsfordele, er systemer med eksklusivitetsrabatter (anden kategori) ifølge den klassifikation, som Retten anvendte, uforeneligt med målet om uhindret konkurrence på det indre marked. Sådanne rabatter ydes på betingelse af, at kunden dækker alle eller en væsentlig del af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed¹⁵.

45. Ud over de to tidligere nævnte kategorier af rabatter henviser den appellerede dom til en sidste kategori af rabatter, som omfatter et loyalitetsskabende system uden at være direkte tilknyttet eksklusive eller kvasi-eksklusive indkøb (tredje kategori). Denne kategori omfatter rabatter såsom rabatter med tilbagevirkende kraft¹⁶. Retten fandt, at rabatter i tredje kategori bør adskilles fra »eksklusivitetsrabatter«, da de ikke direkte afhænger af eksklusivitet. Retten fandt følgelig, at der måtte henses til *samtlig omstændigheder* for at afgøre, om sådanne rabatter kan begrænse konkurrencen¹⁷.

11 – Jf. dom af 17.2.2011, TeliaSonera (C-52/09, EU:C:2011:83 (herefter »TeliaSonera-dommen«), præmis 22 og den deri nævnte retspraksis. Ifølge Domstolen har EU's konkurrenceregler netop til formål at forhindre, at konkurrencen forvrides til skade for den almene interesse, de enkelte virksomheder og forbrugerne, og dermed at bidrage til at sikre EU's økonomiske velfærd.

12 – Som Domstolen har bemærket, tilsigter artikel 102 TEUF ikke at sikre, at konkurrenter, der er mindre effektive end den dominerende virksomhed, kan forblive på markedet. Jf. dom af 27.3.2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, herefter »dommen i sagen Post Danmark I«, præmis 21 og 22).

13 – Dommen i sagen Post Danmark I, præmis 21 og 22.

14 – Jf. mit forslag til afgørelse CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 35) vedrørende fordelene ved anvendelsen af denne genvej.

15 – Den appellerede doms præmis 76 og 77. Jf. også Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 89.

16 – Den appellerede doms præmis 75 og 78.

17 – Den appellerede doms præmis 78 og 82.

46. Som følge af rabatternes betingede karakter klassificerede Retten de rabatter og betalinger, som appellanten ydede, som »eksklusivitetsrabatter«. På grundlag af den retspraksis, der følger af Hoffmann-La Roche-dommen, fandt Retten, at det for at afgøre, om den pågældende virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling, var tilstrækkeligt, at rabatterne var »eksklusivitetsrabatter« i anden kategori. Når dette var fastslået, var det ikke længere nødvendigt at hense til »samtlige omstændigheder« for at bekræfte, at adfærden kunne begrænse konkurrencen. Alene på grundlag af adfærdens form kunne en sådan evne antages. Dette forholdt sig ifølge Retten således, fordi sådanne rabatter generelt har skullet fjerne eller begrænse køberens muligheder for at foretage indkøb efter et frit valg hos konkurrerende producenter¹⁸.

47. I overensstemmelse med denne metode lægges den antagelse, at »eksklusivitetsrabatter«, som ydes af en dominerende virksomhed altid og uden undtagelse fører til konkurrencebegrænsende udelukkelse, til grund for hele den appellerede dom. Det er på grundlag af denne antagelse, at Retten afviste relevansen af sammenhæng og følgelig behovet for at tage hensyn til adfærdens evne til at have konkurrencebegrænsende virkninger.

48. På denne baggrund afhænger udfaldet af det første, det andet og det tredje appelanbringende i sidste ende af, om Domstolen finder, at denne antagelse er korrekt.

B – Det første appelanbringende: det retlige kriterium, der skal anvendes på såkaldte »eksklusivitetsrabatter«

1. Parternes hovedargumenter

49. Intel har med støtte fra ACT primært gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl i sin retlige kvalificering af det, som den betegnede som »eksklusivitetsrabatter«, dvs. »loyalitätsbonusser som omhandlet i Hoffmann-La Roche-dommen«¹⁹. Ifølge Intel begik Retten en retlig fejl ved at konkludere, at sådanne rabatter i modsætning til andre rabatter og prispolitikker i sig selv kan begrænse konkurrencen og dermed er konkurrencebegrænsende, uden at det var fornødent at tage hensyn til hverken de relevante omstændigheder omkring de pågældende rabatter eller sandsynligheden for, at rabatterne kunne begrænse konkurrencen²⁰. Appellanten har i denne sammenhæng nedlagt påstand om, at Retten begik en fejl ved at konkludere, at der var tale om misbrug, uden at tage hensyn til sandsynligheden for skade på konkurrencen. Intel har videre gjort gældende, at Retten under alle omstændigheder begik en fejl ved subsidiært at konkludere, at de pågældende rabatter kunne begrænse konkurrencen²¹.

50. Kommissionen har nedlagt påstand om, at dette anbringende forkastes. Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at dette appelanbringende beror på en vildfarelse: at »eksklusivitetsrabatter« alene udgør prispolitikker. Kommissionen har anført, at »eksklusivitetsrabatter« i sig selv adskiller sig fra andre prispolitikker. Efter Kommissionens opfattelse har rabatter, der afhænger af eksklusivitet, egenskaber, som gør det unødvendigt at undersøge, om de kan begrænse konkurrencen i en bestemt sag. Det er navnlig Kommissionens opfattelse, at Domstolens praksis vedrørende rabatter ikke underbygger appellants synspunkt, hvorefter der ikke bør sondres mellem »eksklusivitetsrabatter« og andre loyalitetsskabende rabatter eller prispolitikker for den sags skyld.

18 – Den appellerede doms præmis 76 og 77.

19 – Den appellerede doms præmis 76.

20 – Den appellerede doms præmis 99.

21 – Den appellerede doms præmis 172-197.

51. Med hensyn til den subsidiære vurdering af alle omstændighederne har Kommissionen anført, at appellanten ikke har fremsat noget argument, som anfægter Rettens subsidiære vurdering af evne i den appellerede dom.

2. *Analyse*

52. Kernen i det første appelanbringende er at finde frem til, hvilket retligt kriterium der bør anvendes på såkaldte »eksklusivitetsrabatter«. Med andre ord er spørgsmålet, om Retten med føje fandt, at det ikke var nødvendigt at tage hensyn til »samtlige omstændigheder« for at afgøre, om disse rabatter kan have en konkurrencebegrænsende virkning. Helt enkelt: Var det med føje, at Retten fandt, at »eksklusivitetsrabatter«, som følge af deres form ikke, end ikke ud fra sammenhængen, kan reddes fra at være forbudte.

53. Indledningsvis kan jeg, i modsætning til, hvad Kommissionen har anført i sine indlæg, ikke se nogen grund til, at Domstolen ikke skulle undersøge det første appelanbringende i dets helhed. Med dette appelanbringende har appellanten klart søgt at anfægte retlige fejl, som efter dennes opfattelse blev begået med kvalificeringen af Intels rabatter og betalinger som »eksklusivitetsrabatter«, der adskilte sig fra andre loyalitetsskabende rabatter. Appellanten har navnlig anfægtet det forhold, at Retten ikke fandt det fornødent at vurdere samtlige omstændigheder, inden den konkluderede, at den omtvistede adfærd udgjorde misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 102 TEUF. Intel har også anfægtet Rettens subsidiære vurdering af »evne«²². Denne vurdering tager efter appellants opfattelse ikke behørigt hensyn til en række omstændigheder, der er relevante med henblik på at godtgøre, at den omtvistede adfærd kan begrænse konkurrencen. Selv om spørgsmålet hænger tæt sammen med en prøvelse af omstændighederne, kan det ikke undslippe domstolsprøvelse, eftersom Domstolen i henhold til artikel 256 TEUF har kompetence til at gennemføre en kontrol med den retlige vurdering af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser, som Retten har draget heraf.

54. Ved behandlingen af det første appelanbringende vil jeg først undersøge, om det var begrundet, at Retten i sin vurdering af de »eksklusivitetsrabatter«, som Intel ydede de pågældende OEM, og de markedsføringsaftaler, Intel havde indgået med MSH, fandt, at det ikke var fornødent at tage hensyn til »samtlige omstændigheder« for at afgøre, om den omtvistede adfærd udgør misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF. I denne forbindelse skal der redegøres for de grundlæggende træk i den relevante retspraksis med henblik på at illustrere, at retspraksis kræver en vurdering af samtlige omstændigheder. Som en logisk følge af denne konklusion vil jeg derefter undersøge Rettens subsidiære vurdering vedrørende evne for appellants rabatter til at begrænse konkurrencen.

a) Rettens primære vurdering af appellants rabatter og betalinger

55. Som nævnt ovenfor (punkt 44-46) sondrede Retten på grundlag af Domstolens praksis mellem tre kategorier af rabatter: rabatter baseret på indkøbte mængder (første kategori), »eksklusivitetsrabatter«, som ydes på betingelse af, at kunden dækker alle eller en væsentlig del af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed (anden kategori), og andre typer rabatter, hvor ydelsen af et økonomisk incitament ikke er direkte betinget af eksklusive eller kvasi-eksklusive indkøb (tredje kategori)²³.

22 – Jf. punkt 110 ff. nedenfor for en mere detaljeret analyse.

23 – Den appellerede doms præmis 74-78.

56. Retten fandt specifikt, at de rabatter til Dell, HP, NEC og Lenovo, hvortil Kommissionen navnlig henviste i artikel 1, litra a)-d), i den anfægtede beslutning, er rabatter, der tilhører anden kategori, dvs. eksklusivitetsrabatter. Dette forholdt sig således, da disse rabatter var betinget af, at kunden dækkede enten alle sine behov med hensyn til x86-cpu'er hos Intel, i det mindste inden for et bestemt segment, hvilket var tilfældet med Dell og Lenovo, eller en væsentlig del deraf, dvs. 95% for HP's vedkommende og 80% for NEC's²⁴. I relation til betalingerne til MSH fandt Retten, at Kommissionen ikke var forpligtet til at foretage en vurdering af omstændighederne i det konkrete tilfælde, men skulle blot påvise, at appellanten havde ydet et økonomisk incitament, hvortil der var knyttet en eksklusivitetsbetingelse²⁵.

57. På grundlag af Domstolens udtalelse i Hoffmann-La Roche-dommen²⁶ fastslog Retten navnlig, at kvalificeringen af en »eksklusivitetsrabat« som misbrug ikke afhænger af en analyse af rabatternes evne til at begrænse konkurrencen i lyset af sagens omstændigheder²⁷.

58. Appellanten har gjort gældende, at denne konklusion er en retlig fejl. Appellanten har navnlig gjort gældende, at Retten med urette undlod at tage hensyn til Domstolens bemærkninger i andre sager vedrørende rabatter i henhold til artikel 102 TEUF, og ligeledes bemærkninger vedrørende andre prispolitikker.

59. I det følgende forklarer jeg, hvorfor jeg er enig med appellanten.

i) De grundlæggende træk i Domstolens praksis vedrørende rabatter

60. Generelt udviser Domstolen i sin praksis mistillid til mange forskellige rabatsystemer, som tilbydes af markedsdominerende virksomheder. Dette kan forklares ved det forhold, at en markedsdominerende virksomhed generelt anses for at være særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade konkurrencen på det indre marked²⁸. Dette særlige ansvar betyder, at systemer, som på den ene eller anden måde forpligter kunder til at foretage indkøb hos virksomheden med en dominerende stilling, anses for at indebære en loyalitetsforpligtelse og dermed formodes at udgøre misbrug.

61. Det fremgår af den retspraksis, der følger af den skelsættende Hoffmann-La Roche-dom, at rabatter, som kun ydes på betingelse af, at kunden dækker alle eller en væsentlig del af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed, formodes at være ulovlige. Den samme formodning om ulovlighed gælder for andre rabatter, som også er loyalitetsskabende, selv om de ikke formelt er baseret på eksklusivitet. Rabatter er, uanset om der er tale om rabatter med tilbagevirkende kraft eller individuelle rabatter som i Michelin I-dommen²⁹, British Airways-dommen³⁰ og Tomra-dommen³¹ eller om individuelle rabatter baseret på markedsandele som i Hoffmann-La Roche-dommen³², blevet

24 – Den appellerede doms præmis 79.

25 – Den appellerede doms præmis 171.

26 – Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 89 og 90.

27 – Den appellerede doms præmis 81.

28 – Jf. dom af 9.11.1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (322/81, EU:C:1983:313, præmis 57) (herefter »Michelin I-dommen«); jf. også dom af 2.4.2009, France Télécom mod Kommissionen (C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 105), og af 14.10.2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, herefter »Deutsche Telekom-dommen«, præmis 176) samt TeliaSonera-dommen, præmis 24.

29 – Michelin I, præmis 66-71 vedrørende rabatter baseret på salgsmål.

30 – Jf. dom af 15.3.2007, British Airways mod Kommissionen (C-95/04 P, EU:C:2007:166, herefter »British Airways-dommen«, præmis 52, vedrørende bonusser beregnet ud fra det samlede salg).

31 – Jf. dom af 19.4.2012, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (C-549/10 P, EU:C:2012:221, herefter »Tomra-dommen«, præmis 75, vedrørende de rabatter, der er omhandlet i appellen).

32 – Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 92-100.

anset for at begrænse konkurrencen af Domstolen. Den eneste form for rabat, som indtil videre ikke har givet anledning til formodning om ulovlighed, er rabatter baseret på indkøbte mængder. Disse rabatter er alene knyttet til de indkøbte mængder hos en virksomhed med en dominerende stilling³³.

62. De rabatter og betalinger, som Intel ydede, kan beskrives som loyalitetsrabatter baseret på markedsandele³⁴. For at være berettiget til en rabat skal kunden foretage en vis procentdel af sine indkøb hos den dominerende virksomhed. Som forklaret fandt Retten på grundlag af Domstolens udtalelse i Hoffmann-La Roche-dommen, at det, såfremt en rabat er en eksklusivitetsrabat henhørende under anden kategori, ikke er fornødent at overveje en sådan rabats evne til at begrænse konkurrencen under omstændighederne i det konkrete tilfælde³⁵.

63. Hoffmann-La Roche-dommen omhandlede et rabatsystem baseret på markedsandele, som var betinget af, at kunden foretog en vis procentdel af sine indkøb hos den dominerende virksomhed. Rabatterne steg mere specifikt alt efter den procentdel af omsætningen, som købene udgjorde³⁶. I denne sag fastslog Domstolen, at loyalitetsrabatter, medmindre der er tale om særlige omstændigheder, ikke beror på en økonomisk ydelse, som retfærdiggør forpligtelsen eller fordelene. De har ifølge Domstolen i stedet til formål at gøre det umuligt for køberen eller at lægge køberen hindringer i vejen for at kunne vælge sine forsyningskilder samt at spærre adgangen til markedet for andre producenter³⁷. Domstolen har følgelig fastslået, at »en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som [...] binder købere til sig ved hjælp af en forpligtelse til eller et løfte om at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden, misbruger [...] sin dominerende stilling som nævnt i artikel [102 TEUF], uanset om forpligtelsen står alene eller modsvares af en bonusydelse«³⁸. Domstolen fastslog videre, at »det samme gælder, når virksomheden, uden at binde køberne til sig ved en formel forpligtelse, enten ifølge aftaler med køberne eller ensidigt anvender et loyalitetsbonussystem, dvs. prisnedslag, som ydes på betingelse af, at kunden – i øvrigt uanset om denne indkøber for betydelige eller for mindre beløb – udelukkende foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed«³⁹.

64. I denne skelsættende udtalelse nævnte Domstolen ikke behovet for at tage hensyn til samtlige omstændigheder, når det afgøres, om misbrug af en dominerende stilling i tilstrækkeligt omfang er blevet godtgjort.

65. I dette lys er det måske ikke overraskende, at Retten konkluderede, som den gjorde.

33 – Jf. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 90. Jf. også dom af 30.9.2003, Michelin mod Kommissionen (T-203/01, EU:T:2003:250, herefter »Michelin II-dommen«, præmis 58). I sidstnævnte dom kvalificerede Retten formodningen om lovlighed ved at bemærke, at dette ikke foreligger, når kvantumrabatsystemet er loyalitetsskabende.

34 – Ifølge en mulig definition er loyalitetsrabatter betinget af, at en kunde foretager en stor eller stigende del af sine indkøb hos den virksomhed, der yder rabatten. Disse rabatter finder anvendelse, når en kunde overstiger et bestemt salgsmål i en fastsat periode. Målet kan vedrøre købsvækst eller køb alene (eller en vis procentdel) hos en leverandør eller køb over en vis tærskel fastsat på grundlag af kundens behov. En loyalitetsrabat er en rabat, som en leverandør yder en kunde som belønning for at være loyal over for denne leverandør. Jf. OECD Policy Roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, DAF/COMP(2008)29, 2008, s. 97. Findes på: <https://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>

35 – Den appellerede doms præmis 80 og 81.

36 – Jf. eksempelvis Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 97.

37 – Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 90.

38 – Jf. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 89.

39 – Jf. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 89.

66. Det bør imidlertid allerede her påpeges, at konklusionen vedrørende ulovligheden af de omhandlede rabatter i Hoffmann-La Roche-dommen ikke desto mindre var baseret på en grundig analyse af bl.a. betingelserne for anvendelsen af rabatterne og deres markedsdækning⁴⁰. Det var på grundlag af denne vurdering, at Domstolen fastslog, at de pågældende loyalitetsrabatter, ved at give en økonomisk fordel, i denne sag havde til formål at begrænse køberens muligheder for at foretage indkøb hos konkurrerende producenter.

67. Siden Hoffmann-La Roche-dommen har retspraksis, som Retten korrekt påpegede⁴¹, hovedsageligt haft fokus på at fastlægge de korrekte kriterier for at afgøre, om en virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling ved hjælp af rabatsystemer, som ikke er direkte betinget af eksklusive eller kvasi-eksklusive indkøb. Det er disse rabatter, som ifølge den klassifikation, der er anvendt i den appellerede dom, henhører under tredje kategori.

68. I denne efterfølgende retspraksis har Domstolen vedvarende gentaget den principielle udtalelse, der følger af Hoffmann-La Roche-dommen vedrørende formodning om misbrug for så vidt angår loyalitetsrabatter. Som ACT korrekt påpegede under retsmødet, har Domstolen alligevel konsekvent taget hensyn til »samtlige omstændigheder«, når den har taget stilling til, om en omtvistet adfærd udgjorde misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF.

69. I Michelin I-dommen, en sag vedrørende målrabatter, fastslog Domstolen, at det er fornødent at tage hensyn til samtlige omstændigheder, når der er tale om et rabatsystem, som ikke er baseret på eksklusive forpligtelser eller en forpligtelse til at foretage en bestemt procentdel af indkøbene fra den dominerende virksomhed⁴². I yderligere efterfølgende sager vedrørende rabatter, som ikke direkte afhænger af eksklusivitet, har Domstolen fastslået, at man ved undersøgelsen af, om en virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling, skal vurdere kriterierne og reglerne for tildeling af rabatter og undersøge, om rabatten ved en fordel, hvortil der ikke svarer nogen begrundet modydelse af økonomisk art, har skullet fjerne eller begrænse køberens muligheder for at foretage indkøb efter et frit valg og spærre konkurrenterne adgangen til markedet eller styrke den dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen⁴³.

70. At gentage en principiel udtalelse vedrørende formodning om misbrug er, som det fremgår af Domstolens praksis, imidlertid ikke det samme som at unnlade at vurdere omstændighederne i en konkret sag. Den appellerede dom udgør faktisk en af de meget få sager, hvor Domstolens udtalelse i Hoffmann-La Roche-dommen er blevet anvendt ordret uden at undersøge sagens omstændigheder, inden det er konkluderet, at en virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling⁴⁴. Som begrundelse for denne strenge fortolkning af »eksklusivitetsrabatter« fastslog Retten i den appellerede dom, at Intels rabatter og betalinger afhæng af eksklusivitet (parallelt, men ikke på samme måde som i Hoffmann-La Roche-dommen, da der ikke var tale om formelle eksklusivitetsforpligtelser). Denne omstændighed havde til formål at adskille den foreliggende sag fra de i det foregående punkt nævnte sager.

71. Umiddelbart kunne det derfor nemt konkluderes, at den appellerede dom blot bekræfter eksisterende retspraksis og anvender den på Intels adfærd.

72. En sådan konklusion ville imidlertid tilsidesætte betydningen af den retlige og økonomiske sammenhæng i overensstemmelse med denne samme retspraksis.

40 – Jf. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 92 ff.

41 – Eksempelvis den appellerede doms præmis 82 og 83.

42 – Jf. Michelin I-dommen, præmis 73.

43 – Jf. navnlig British Airways-dommen, præmis 67, og Tomra-dommen, præmis 71.

44 – Jf. for de to øvrige isolerede sager dom af 3.7.1991, AKZO mod Kommissionen (C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 149, og af 27.4.1994, Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171, præmis 44). Det er imidlertid vigtigt, at Domstolens fortolkning af den eksklusive leveringsforpligtelse i dom AKZO mod Kommissionen ses i den sammenhæng, hvori den indgår, hvilket var en række tilfælde af misbrug begået af AKZO. Domstolens kategoriske udtalelse i dommen i sagen The Municipality of Almelo m.fl. var ligeledes et svar på en præjudiciel forelæggelse med dens indlysende begrænsninger med hensyn til sagens omstændigheder.

ii) *Sagens omstændigheder som et middel til at afgøre, om den omstridte adfærd har en sandsynlig indvirkning på konkurrencen*

73. I dette afsnit vil jeg forklare, hvorfor misbrug af en dominerende stilling aldrig påvises abstrakt: Domstolen har, også i tilfælde af formodet ulovlig adfærd, konsekvent undersøgt den omstridte adfærds retlige og økonomiske sammenhæng. I denne forstand udgør den undersøgte adfærd sammenhæng et nødvendigt led i undersøgelsen af, hvorvidt en dominerende stilling er blevet misbrugt. Dette er ikke overraskende. Den undersøgte adfærd skal i det mindste kunne udelukke konkurrenter fra markedet for at være omfattet af forbuddet i artikel 102 TEUF⁴⁵.

74. Selv en kortfattet gennemgang af de ovenfor omhandlede sager (punkt 66-69) viser, at Domstolen i sin praksis ikke har undladt at vurdere adfærdens retlige og økonomiske sammenhæng – eller at anvende standardformlen i artikel 102 TEUF-sager »samtlige omstændigheder« – for at afgøre, om en virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling. Dette gælder for både rabatter, som afhænger af eksklusivitet, og andre former for loyalitetsskabende ordninger.

75. Rettens fortolkning af Hoffmann-La Roche-dommen fejler derfor efter min opfattelse på et vigtigt punkt. I modsætning til, hvad Retten fastslog i den appellerede dom⁴⁶, vurderede Domstolen i Hoffmann-La Roche-dommen en række omstændigheder vedrørende rabatternes retlige og økonomiske sammenhæng, før den fastslog, at den pågældende virksomhed havde misbrugt sin dominerende stilling. Denne dom anfører ganske vist ikke udtrykkeligt, at en analyse af samtlige omstændigheder er afgørende for at afgøre, om den omstridte adfærd udgør misbrug af en dominerende stilling. Som anført ovenfor (punkt 66) viser en nærmere undersøgelse af denne dom, at Domstolen prisværdigt detaljeret undersøgte de særlige forhold på det pågældende lægemiddelmarked, rabatternes markedsdækning og vilkårene og betingelserne i kontrakter mellem den dominerende virksomhed og dens kunder⁴⁷. På grundlag af denne detaljerede analyse af rabatternes retlige og økonomiske sammenhæng, dvs. betingelserne for anvendelsen af rabatter, deres markedsdækning og varigheden af rabatordningerne, konkluderede Domstolen, at loyalitetsrabatter er ulovlige, medmindre der er tale om særlige omstændigheder⁴⁸.

76. Som Retten anerkendte i den appellerede dom⁴⁹, har Domstolen i sin praksis vedrørende rabatsystemer (bortset fra systemer alene baseret på mængder), med undtagelse af Hoffmann-La Roche-dommen, konsekvent og udtrykkeligt fastslået, at det er særligt vigtigt at vurdere samtlige omstændigheder for at afgøre, om den omstridte adfærd udgør misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF⁵⁰. Dette er som sådan ikke overraskende: Bortset fra Hoffmann-La Roche-dommen har Domstolen, så vidt jeg er bekendt, ikke behandlet andre sager vedrørende eksklusive leveringsforpligtelser, der svarer til de i denne sag omhandlede. Det er følgelig ikke overraskende, at nødvendigheden af at vurdere samtlige omstændigheder endnu engang blev gentaget i sagen Post Danmark II, en præjudiciel afgørelse, som blev truffet efter afsigelsen af den appellerede dom, vedrørende rabatter med tilbagevirkende kraft, som ikke er knyttet til en eksklusivitetsforpligtelse⁵¹.

77. Men hvad *indebærer* en vurdering af »samtlige omstændigheder«?

45 – Jf. mere detaljeret punkt 109 ff. nedenfor vedrørende den grad af sandsynlighed, der er nødvendig for at konkludere, at en bestemt type af adfærd udgør misbrug.

46 – Den appellerede doms præmis 81.

47 – Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 82.

48 – Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 90.

49 – Den appellerede doms præmis 82-84.

50 – Jf. Michelin I-dommen, præmis 73, British Airways-dommen, præmis 67, og Tomra-dommen, præmis 71. Jf. også dom af 9.9.2010, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen (T-155/06, EU:T:2010:370, præmis 215).

51 – Dom af 6.10.2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, herefter »dommen i sagen Post Danmark II«, præmis 68).

78. Analysen af »sammenhæng« – eller »samtlige omstændigheder«, som det hedder i Domstolens praksis – har efter min opfattelse blot, men afgørende, til formål at sikre, at det i tilstrækkeligt omfang er blevet bevist, at en virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling⁵². Selv i tilfælde af umiddelbart klart konkurrencebegrænsende adfærd, som f.eks. priser, der er lavere end omkostningerne, kan sammenhængen ikke tilsidesættes⁵³. Ellers ville adfærd, som i nogle tilfælde ikke kan begrænse konkurrencen, blive fanget af et generelt forbud. Et sådant generelt forbud ville også kunne ramme og straffe adfærd, som er gavnlige for konkurrencen.

79. Derfor er sammenhængen væsentlig.

iii) Der findes ifølge retspraksis kun to kategorier af rabatter

80. For så vidt angår artikel 102 TEUF udgør loyalitetsrabatter – efter min opfattelse – en næsten-ækvivalent til konkurrencebegrænsende formål inden for rammerne af artikel 101 TEUF. Dette skyldes, at loyalitetsrabatter, ligesom konkurrencebegrænsende formål, formodes at være ulovlige. Som allerede nævnt ovenfor (punkt 61) omfatter loyalitetsrabatter ikke kun rabatter, som afhænger af, at kunden foretager alle eller en væsentlig del af sine indkøb til dækning af sine behov hos den dominerende virksomhed, men ligeledes andre prisstrukturer, som afhænger af, at kunden når et bestemt mål.

81. I modsætning til, hvad Retten fastslog i den appellerede dom, sonderer retspraksis mellem *to og ikke tre* kategorier af rabatter. Nogle rabatter formodes at være ulovlige, f.eks. mængdebaserede rabatter⁵⁴. En undersøgelse af (u)lovligheden af sådanne rabatter kræver nødvendigvis en udførlig undersøgelse af deres faktiske eller potentielle virkninger. Disse rabatter er ikke omfattet af denne sag.

82. For loyalitetsrabatter (som formodes at være ulovlige), uanset om disse rabatter direkte afhænger af eksklusivitet eller ej, anvender Domstolen dog en fortolkning, som har visse ligheder med den fremgangsmåde, der finder anvendelse for konkurrencebegrænsende formål inden for rammerne af artikel 101 TEUF. Dette skyldes, at den omstridte adfærds retlige og økonomiske sammenhæng, også i henhold til denne bestemmelse, skal undersøges først, med henblik på at udelukke enhver anden plausibel årsag til denne adfærd. Den omstridte adfærds særlige sammenhæng tilsidesættes med andre ord aldrig.

83. Som allerede nævnt ovenfor vurderede Domstolen i Hoffmann-La Roche-dommen ikke samtlige omstændigheder. Et sådant krav blev senere udtrykkeligt formuleret af Domstolen i Michelin I-dommen vedrørende rabatter, som ikke direkte afhænger af eksklusivitet. Dette krav er efterfølgende blevet uddybet i sager som f.eks. British Airways-dommen, Michelin II-dommen og Tomra-dommen. Formålet med en analyse af samtlige omstændigheder er at fastslå, om det i tilstrækkeligt omfang er blevet godtgjort, at misbrug af en dominerende stilling har fundet sted, og om rabatterne følgelig har ført til en konkurrencebegrænsende udelukkelse.

84. Retten gik i den appellerede dom imidlertid et skridt videre. Ved at anvende Domstolens udtalelse i Hoffmann-La Roche-dommen bogstaveligt uden at sætte denne udtalelse i dens korrekte sammenhæng sondrede Retten mellem en underkategori af loyalitetsrabatter, som den betegnede som »eksklusivitetsrabatter«, og andre former for loyalitetsskabende rabatter⁵⁵. På denne måde skabte

52 – Jf. præmis 168 ff. nedenfor.

53 – Jf. i denne retning dommen i sagen Post Danmark I, præmis 44.

54 – Jf. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 90. Jf. også Michelin II-dommen, præmis 58.

55 – Den appellerede doms præmis 92 og 93. Denne underkategori af loyalitetsrabatter er beskrevet som »exclusivity options«, der fungerer gennem »leveraging«. N. Petit, »Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU«, European Competition Journal, vol. 11, issue 1, 2015, s. 26-28.

Retten en »overkategori« af rabatter, for hvilke vurdering af samtlige omstændigheder ikke er påkrævet for at konkludere, at en anfægtet adfærd udgør misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF. Vigtigere giver sådanne rabatter anledning til en abstrakt formodning om misbrug alene baseret på deres form.

85. Dette er på ingen måde et metodemæssigt indlysende skridt. De følgende fire årsager forklarer hvorfor.

– *En formodning om ulovlighed vedrørende form kan ikke tilbagevises*

86. Hvis det for det første blev accepteret, at »eksklusivitetsrabatter« udgør en særlig kategori af rabatter, som burde adskilles fra andre former for rabatsystemer, der forpligter til loyalitet, ville den bagvedliggende formodning om ulovlighed ikke længere kunne tilbagevises⁵⁶. Det forholder sig således, da et sådant forbud er rettet mod adfærdens *form* og ikke dens *virksomheder*.

87. Den appellerede dom synes at tage udgangspunkt i, at en »eksklusivitetsrabat«, når den ydes af en dominerende virksomhed, under ingen omstændigheder kan have en gavnlig virkning på konkurrencen. Dette skyldes ifølge Retten, at konkurrencen begrænses af den blotte eksistens af en dominerende stilling som sådan⁵⁷. Med dette synspunkt afvises muligheden, som allerede blev accepteret i Hoffmann-La Roche-dommen⁵⁸ og gentaget i den appellerede dom⁵⁹, for at påberåbe sig en objektiv begrundelse (til gavn for konkurrencen) for anvendelsen af de pågældende rabatter.

88. I modsætning til, hvad Kommissionen anførte under retsmødet, er der ingen virkninger eller andre hensyn, som kan lægges til grund for en virksomheds begrundelse for »eksklusivitetsrabatter«, når forbuddet vedrører form i stedet for virksomheder⁶⁰. Uanset virkningerne forbliver formen faktisk den samme. Dette er problematisk. Den dominerende virksomhed bør, som Retten korrekt påpeger i den appellerede dom⁶¹, og som Kommissionen selv accepterede i sine indlæg, kunne retfærdiggøre anvendelsen af et rabatsystem ved at vise, at dets fortrængende virkning kan opvejes, endog overvindes, af effektivitetsfordele⁶².

– *Loyalitetsrabatter er ikke altid skadelige*

89. Skabelsen af en »overkategori« af rabatter er for det andet kun berettiget, hvis det vurderes, at der ikke er nogen formildende omstændigheder omkring ordninger, som afhænger af eksklusivitet, uanset omstændighederne i den pågældende sag. Paradoksalt nok medgav Retten imidlertid selv, at eksklusivitetsbetingelser også kan have gavnlige virkninger. Alligevel afviste den ethvert behov for at undersøge disse virkninger med den begrundelse, at konkurrencen allerede og uigenkaldeligt er begrænset som følge af virksomhedens dominerende stilling på markedet⁶³.

56 – Jf. den appellerede doms præmis 94.

57 – Jf. den appellerede doms præmis 89.

58 – Jf. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 89.

59 – Jf. udtalelse i den appellerede doms præmis 81.

60 – Den appellerede doms præmis 89.

61 – Den appellerede doms præmis 81.

62 – Jf. British Airways-dommen, præmis 85 og 86 og den deri nævnte retspraksis, og dommen i sagen Post Danmark I, præmis 40 og 41 og den deri nævnte retspraksis. Jf. også Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 90. Her bemærkede Domstolen, at en virksomhed også kunne retfærdiggøre anvendelsen af rabatter, såfremt en aftale mellem virksomheder under særlige omstændigheder henhører under den undtagelse, som er omhandlet i artikel 101, stk. 3, TEUF.

63 – Den appellerede doms præmis 89-94.

90. Erfaring og økonomisk analyse viser ikke utvetydigt, at loyalitetsrabatter generelt er skadelige eller konkurrencebegrænsende, selv når de ydes af dominerende virksomheder⁶⁴. Dette skyldes, at rabatter styrker rivalisering, selve essensen af konkurrence.

91. Det er imidlertid en kendsgerning, at det største konkurrenceproblem i forbindelse med rabatter angiveligt opstår, når en dominerende virksomheds kunder skal foretage indkøb af en bestemt procentdel af dennes produkter, og/eller når rabatten kun ydes på betingelse af, at kunden dækker alle (eller en væsentlig del af) sine behov hos den pågældende virksomhed. Dette kunne ses som et argument for en strengere behandling af »eksklusivitetsrabatter«. Andre typer af rabatter kan imidlertid have en lignende fordrejende virkning. Dette gør sig gældende, selv om systemet ikke udtrykkeligt er knyttet til eksklusivitet⁶⁵.

92. Som det klart fremgår af retspraksis, kan en ordning, der skaber loyalitet, antage forskellige former. Som det var tilfældet i Hoffmann-La Roche-dommen⁶⁶ og Tomra-dommen⁶⁷, kan loyalitetsordningen ligge i kravet om, at kunden dækker alle eller en væsentlig del af sine behov hos den dominerende virksomhed. Den kan også tage form af individuelle salgsmål⁶⁸ eller bonusser⁶⁹, som ikke nødvendigvis knyttes til en bestemt andel af behovene eller salget.

93. I dette lys er der ingen objektiv begrundelse for, at rabatter i anden kategori burde behandles strengere end rabatter i tredje kategori.

– Virkningerne af loyalitetsrabatter afhænger af sammenhængen

94. I nyere økonomisk litteratur fremhæves det for det tredje almindeligvis, at virkningerne af eksklusivitet afhænger af sammenhængen⁷⁰. Omvendt vil få retslærde afvise, at loyalitetsrabatter navnlig – afhængigt af omstændighederne – kan have en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning.

95. Bevidsthed om afhængighed af sammenhængen kan også hjælpe til at forklare, hvorfor Domstolen i sin seneste praksis vedrørende artikel 102 TEUF har fremhævet betydningen af at vurdere samtlige omstændigheder. Det gjorde den bl.a. i Tomra-dommen. Som Retten bemærkede, vedrørte de⁷¹ rabatter, der er omhandlet i appellen af Tomra-dommen, individuelle rabatter med tilbagevirkende kraft, dvs. rabatter i tredje kategori i den klassifikation, der anvendes i den appellerede dom. I Tomra-dommen sondrede Domstolen imidlertid ikke udtrykkeligt mellem rabatter i anden og tredje kategori. Den bemærkede blot, at det, når rabatter ydes på betingelse af, at kunden dækker alle eller en væsentlig del af sine behov hos den dominerende virksomhed, er nødvendigt at vurdere samtlige omstændigheder for at afgøre, om den omstridte adfærd udgør misbrug af en dominerende stilling⁷².

64 – OECD Policy Roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, op.cit., s. 9 og 21. Jf. også Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af artikel [102 TEUF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd (EUT 2009, C 45, s. 7). Kommissionen har bemærket, at sådanne rabatter anvendes til at øge efterspørgslen, og at de følgelig stimulere efterspørgslen og gavner forbrugerne. Jf. også D. Neven, »A structured assessment of rebates contingent on exclusivity«, Competition Law & Policy Debate, vol. 1, issue 1, 2015, s. 86.

65 – OECD Policy Roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, op.cit., s. 9.

66 – Hoffmann La Roche-dommen, præmis 89.

67 – Tomra-dommen, præmis 70.

68 – Jf. Michelin I-dommen, præmis 72.

69 – Jf. British Airways-dommen, præmis 75.

70 – Jf. f.eks. D. Neven, op.cit., s. 39. Udelukkelse afhænger bl.a. af salg, som ikke er åbent for konkurrence, styrken af de incitamenter, der tilvejebringes af eksklusivitetsbetingelsen vedrørende det salg, som ikke er åbent for konkurrence, graden af konkurrence blandt købere, betydningen af stordriftsfordele og spørgsmålet om, hvorvidt rabatterne er rettet mod købere, der konkurrerer med virksomheder, der foretager indkøb hos rivaler.

71 – Den appellerede doms præmis 97.

72 – Tomra-dommen, præmis 70 og 71, som henviser til Michelin I-dommen, præmis 71 og 73.

96. Parterne har draget modstridende konklusioner af Domstolens udtalelse: Begge parter har gjort gældende, at denne én gang for alle afgør uenigheden omkring det retlige kriterium, der bør anvendes på »eksklusivitetsrabatter«. Alligevel er de stadig uenige om, hvilket kriterium der bør anvendes.

97. Efter min opfattelse hjælper Domstolens udtalelse i Tomra-dommen os ikke her. Som parternes diametralt modsatte fortolkninger viser, er sprogbrugen i denne dom vedrørende den form for rabatter, der bør være genstand for en vurdering af samtlige omstændigheder, simpelthen for tvetydig.

98. Det kan i stedet spørges, om Rettens sondring i den appellerede dom mellem Tomra-dommen og Hoffmann-La Roche-dommen er begrundet. Jeg vil i denne henseende henlede opmærksomheden på to punkter.

99. Ligesom i Tomra-dommen havde de rabatter, der var omhandlet i Hoffmann-La Roche-dommen, visse karaktertræk fra individuelle rabatter med tilbagevirkende kraft. Flere kontrakter, der blev undersøgt i Hoffmann-La Roche-dommen, indeholdt faktisk ikke kun en rabatklause vedrørende den overvejende del af køberens behov. De indeholdt ligeledes rabatklause, der omhandlede en rabat, hvis sats ville stige, alt efter om køberen dækkede en større eller mindre procentdel af sine anslåede behov gennem referenceperioden⁷³. Selv om det antages, at en sondring er berettiget som følge af en angiveligt iboende forskel mellem de rabatter, der er omhandlet i de to sager – hvilket efter min opfattelse *ikke* er tilfældet – tilsidesatte Domstolen på ingen måde de anfægtede rabatters sammenhæng i Hoffmann-La Roche-dommen. Hvorfor skulle den have gjort det i Tomra-dommen mere end tre årtier senere?

100. Om noget er forskellen mellem de omhandlede rabatter i Tomra-dommen og Hoffmann-La Roche-dommen et spørgsmål om omfang snarere end om form. Det samme kan siges om dommen i sagen Post Danmark II, en sag, hvori relevansen af sammenhæng og samtlige omstændigheder for at afgøre, om den omstridte adfærd udgør misbrug af en dominerende stilling, for nylig blev bekræftet⁷⁴.

– *Samordnet praksis kræver vurdering af samtlige omstændigheder*

101. For det fjerde og endelig kræver retspraksis vedrørende prispolitikker og prispres, som appellanten korrekt har påpeget, at samtlige omstændigheder vurderes for at afgøre, om den pågældende virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling⁷⁵.

102. Retten forkastede relevansen af denne retspraksis med den begrundelse, at størrelsen på en pris, i modsætning til incitamenter til eksklusivt indkøb, ikke kan anses for ulovlig i sig selv⁷⁶. Den appellerede dom anser alligevel Intels rabatter for konkurrencebegrænsende i medfør af prisen⁷⁷. Det er efter min opfattelse problematisk at afvise denne retspraksis: Det fører til en ubegrundet sondring mellem forskellige former for prispolitikker. Loyalitetsrabatter, prispres og underbudspriser har alle det til fælles, at de udgør »prisbaseret udelukkelse«⁷⁸.

73 – Hoffmann La Roche-dommen, præmis 97.

74 – Dommen i sagen Post Danmark II, præmis 68.

75 – Jf. Deutsche Telekom-dommen, præmis 175, TeliaSonera-dommen, præmis 76, og dommen i sagen Post Danmark I, præmis 26.

76 – Den appellerede doms præmis 99.

77 – Den appellerede doms præmis 93.

78 – GD Konkurrences arbejdsdokument om anvendelsen af artikel [102 TEUF] på ekskluderende misbrug, 2005, s. 23. Findes på: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Jf. også OECD Policy Roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, op.cit., s. 26. Dette dokument nævner også rabatter som en form for prispolitik.

103. Det siger sig selv, at det er af største betydning, at retlige kriterier, der anvendes på en kategori af adfærd, er i overensstemmelse med de kriterier, der anvendes på tilsvarende praksis. En forsvarlig og sammenhængende retlig kvalifikation gavner ikke kun virksomheder gennem øget retssikkerhed, men hjælper også konkurrencemyndighederne med at håndhæve konkurrencereglerne. Det gør en vilkårlig kvalifikation ikke.

104. Domstolen synes at være enig. Senest anvendte Domstolen i dommen i sagen Post Danmark II retspraksis vedrørende pris- og prisprespolitikker til støtte for dens konklusioner vedrørende rabatter ydet af en dominerende virksomhed⁷⁹. Der er imidlertid korrekt, at dommen i sagen Post Danmark II også kunne fortolkes således, at den støtter det synspunkt, at det, for så vidt angår »eksklusivitetsrabatter«, ikke altid er fornødent at vurdere samtlige omstændigheder⁸⁰. Dette ville i denne sag skyldes, at Domstolen adskilte de omhandlede rabatter fra rabatter baseret på en eksklusivitetsforpligtelse, inden den fastslog, at samtlige omstændigheder skal tages i betragtning for at afgøre, om den dominerende virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling. Om noget lignede de tilbagevirkende rabatter, som Domstolen vurderede i denne sag, de rabatter, som i den appellerede dom blev anset for loyalitetsbonusser, som henhørte under tredje kategori⁸¹.

105. Som forklaret ovenfor er en sondring en sondring uden forskel (eftersom forskellen ligger i formen snarere end i virkningerne). Mere grundlæggende ville en sådan fortolkning af denne dom imidlertid stå i kontrast til den tilgang, som Domstolen – sat i Store Afdeling – benyttede i dommen i sagen Post Danmark I, hvor den fastslog, at samtlige omstændigheder skal vurderes for så vidt angår prispolitikker⁸². Domstolen gentog i en anden præmis i sin dom i Post Danmark II-sagen – og i dette tilfælde uden at sondre mellem forskellige former for rabatsystemer – meget sigende, at »vurderingen af et rabatsystems evne til at begrænse konkurrencen skal foretages under hensyn til alle de relevante omstændigheder«⁸³. Angiveligt gjorde den dette for at sikre en sammenhængende retlig tilgang til vurderingen af adfærd, der er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 102 TEUF.

iv) Foreløbig konklusion

106. Med hensyn til det ovennævnte bør »eksklusivitetsrabatter« ikke anses for en særskilt og selvstændig kategori af rabatter, der ikke kræver vurdering af samtlige omstændigheder for at afgøre, om den omstridte adfærd udgør misbrug af en dominerende stilling. Det er følgelig min opfattelse, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at »eksklusivitetsrabatter« kan kvalificeres som misbrug uden en analyse af disse rabatters evne til at begrænse konkurrencen på baggrund af sagens omstændigheder.

107. Derefter fortsatte Retten subsidiært med i detaljer at vurdere, om de rabatter og betalinger, som appellantens ydede, kunne begrænse konkurrencen. Det betyder, at den undersøgte »samtlige omstændigheder«. Derfor betyder konklusionen vedrørende en retlig fejl i det foregående punkt ikke nødvendigvis, at den appellerede dom skal ophæves. En sådan konklusion kan faktisk kun drages, for så vidt som Rettens subsidiære vurdering afslører en retlig fejl.

108. Det er derfor nødvendigt at vurdere denne subsidiære vurdering i det følgende.

79 – Dommen i sagen Post Danmark II, præmis 55 om AEC-testen og den deri nævnte retspraksis.

80 – Dommen i sagen Post Danmark II, præmis 27-29.

81 – Dommen i sagen Post Danmark II, præmis 23-25.

82 – Dommen i sagen Post Danmark I, præmis 26.

83 – Dommen i sagen Post Danmark II, præmis 68.

b) Rettens subsidiære vurdering af evne

109. Appellanten har i det væsentlige fremført tre sæt argumenter, som anfægter Rettens subsidiære vurdering. Appellanten har for det første gjort gældende, at Retten begik en fejl ved at konkludere, at der var tale om misbrug fra Kommissionens side, uden at tage hensyn til sandsynligheden for skade på konkurrencen. De faktorer, som Retten lagde til grund, var for det andet enten irrelevante eller vurderet ukorrekt. Retten foretog for det tredje en ukorrekt vurdering af en række andre faktorer, som er afgørende for en konklusion om misbrug.

110. Kommissionen har fastholdt, at der ikke er en højere tærskel for »sandsynlighed«, som skal opfyldes (sammenlignet med standarden for »evne«) for at godtgøre, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling: Evne er tilstrækkelig. Ifølge Kommissionen sår appellansens argumenter ikke tvivl om konklusionerne i den appellerede dom vedrørende evnen for Intels adfærd til at begrænse konkurrencen.

111. Med sine argumenter har appellanten sået tvivl om det retlige kriterium, der blev anvendt i den appellerede dom til at fastslå, at den omstridte adfærd kunne begrænse konkurrencen. For det første: Hvilken grad af sandsynlighed kræves der i en vurdering af evne? For det andet: Hvilke er de relevante omstændigheder, der skal tages i betragtning for at vurdere, om den omhandlede adfærd kan begrænse konkurrencen? Jeg vil behandle disse spørgsmål hver for sig.

i) Evne og/eller sandsynlighed

112. Appellanten har gjort gældende, at Retten begik en fejl ved at konkludere, at der var tale om misbrug, uden at tage hensyn til sandsynligheden for skade på konkurrencen som følge af den omtvistede adfærd.

113. I sin subsidiære vurdering forklarede Retten, at Kommissionen kan begrænse sig til at bevise, at den påtalte adfærd har evne til begrænse konkurrencen. Retten påpegede desuden, at Kommissionen, selv når samtlige omstændigheder vurderes, ikke behøver at påvise, at der foreligger en konkret virkning⁸⁴.

114. Det er bestemt ikke nødvendigt at fremlægge bevis for konkrete virkninger. Det skyldes, at det i forhold til adfærd, som formodes at være ulovlig, er tilstrækkeligt, at den omtvistede adfærd har evne til at begrænse konkurrencen. Mere vigtigt er det imidlertid, at denne evne ikke blot kan være hypotetisk eller teoretisk mulig. Ellers ville det i første omgang ikke være nødvendigt at vurdere samtlige omstændigheder.

115. Der er ganske vist en vis diskrepans i retspraksis med hensyn til den anvendte terminologi. Retspraksis henviser til evne og sandsynlighed, i nogle tilfælde endda uden sontring⁸⁵. Disse udtryk betegner efter min opfattelse ét og samme obligatoriske trin i en analyse, der har til formål at afgøre, om anvendelsen af loyalitetsrabatter udgør misbrug af en dominerende stilling.

116. Hvilken grad af sandsynlighed for konkurrencebegrænsende udelukkelse kræves der? Dette spørgsmål er kernen i tvisten mellem appellanten og Kommissionen vedrørende tilstrækkeligheden af Rettens vurdering af evne: Mens Kommissionen er af den opfattelse, at vurderingen var tilstrækkelig, har Intel anført, at Retten ikke bekræftede, at appellansens adfærd under sagens omstændigheder kunne begrænse konkurrencen.

84 – Den appellerede doms præmis 177. Ellers ville konkurrencemyndigheder kun kunne gribe ind, når den påtalte misbrug har ført til konkurrencebegrænsende udelukkelse.

85 – Jf. dommen i sagen Post Danmark II, præmis 68 og 69 og den deri nævnte retspraksis. Jf. på den anden side Tomra-dommen, præmis 68. Domstolen bemærkede i denne sag, at det i forbindelse med beviset for, at der foreligger misbrug af dominerende stilling, er tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til formål at begrænse konkurrencen, eller at adfærd kan have denne virkning.

117. Vurderingen af evne har til formål at fastslå, om den omtvistede adfærd efter al sandsynlighed har en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning. Sandsynlighed skal derfor være betydeligt mere end blot en mulighed for, at en bestemt adfærd kan begrænse konkurrencen⁸⁶. Det forhold, at en udelukkelsesvirkning forekommer mere sandsynlig end dens fravær, er omvendt ikke tilstrækkeligt⁸⁷.

118. Selv om det bestemt er korrekt, at Domstolen i sin praksis vedvarende har fremhævet dominerende virksomheders særlige ansvar, kan dette ansvar ikke fortolkes således, at tærsklen for anvendelsen af forbuddet mod misbrug i artikel 102 TEUF kan sættes så lavt, at den praktisk talt bliver ikke-eksisterende. Dette ville være tilfældet, hvis den grad af sandsynlighed, der kræves for at godtgøre, at den omtvistede adfærd udgør misbrug af en dominerende stilling, ikke var andet end en rent teoretisk mulighed for en udelukkelsesvirkning, som Kommissionen øjensynligt har anført. Hvis en så lav grad af sandsynlighed blev accepteret, skulle det accepteres, at EU's konkurrenceret sanktionerer form og ikke konkurrencebegrænsende virkninger.

119. Dette ville tydeligvis være til hinder for opfyldelsen af målene for EU's konkurrenceret. Antages der at foreligge misbrug på det grundlag, at eksistensen af konkurrencebegrænsende udelukkelse efter en afvejning forekommer mere sandsynlig end dens fravær, er der risiko for at ramme ikke kun isolerede eksempler på praksis, men også et ikke-ubetydeligt antal praksisser, som i virkeligheden kan være gavnlige for konkurrencen. Omkostningerne ved en sådan tilgang ville blive uacceptabelt høje som følge af dens altomfattende karakter.

120. For at undgå denne altomfattende karakter skal vurderingen af evne med hensyn til formodet ulovlig adfærd fortolkes således, at det skal påvises, at den pågældende adfærd, henset til samtlige omstændigheder, ikke blot har ambivalente virkninger på markedet eller kun har tilknyttede restriktive virkninger, som er nødvendige for gennemførelsen af noget, som er gavnligt for konkurrencen, men at de formodede restriktive virkninger faktisk bekræftes. Hvis en sådan bekræftelse ikke foreligger, skal der gennemføres en udførlig analyse.

121. Det spørgsmål, der rejses her, er følgelig, om Rettens vurdering af evne er fyldestgørende, for så vidt som det på grundlag af denne vurdering kunne bekræftes, at appellanten havde misbrugt sin dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF. Det skal navnlig fastslås, om denne vurdering, som krævet af retspraksis, kan bekræfte, at rabatterne fjerner eller begrænser køberens muligheder for at foretage indkøb efter et frit valg og spærrer konkurrenternes adgang til markedet eller styrker den dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen⁸⁸.

ii) De faktorer, som Retten lagde til grund for sin konstatering af misbrug

122. I den appellerede dom lagde Retten følgende faktorer til grund for sin konstatering af, at appellants rabatter og betalinger kunne begrænse konkurrencen: i) Appellanten var en uundgåelig handelspartner for de pågældende kunder, ii) OEM's små driftsmargener gjorde rabatterne attraktive og forstærkede deres incitament til at opfylde eksklusivitetsbetingelsen, iii) appellants rabatter blev taget i betragtning af kunderne, når de besluttede at dække alle eller næsten alle deres behov hos denne virksomhed, iv) appellants to forskellige praksisser supplerende og forstærkede gensidigt hinanden, v) appellanten fokuserede på virksomheder, som havde en særlig strategisk betydning for adgangen til markedet, og endelig vi) appellants rabatter var en del af en langsigtet strategi, der havde til formål at spærre AMD adgangen til de vigtigste salgskanaler⁸⁹.

86 – Jf. senest dommen i sagen Post Danmark II, præmis 69, og dommen i sagen Post Danmark I, præmis 44.

87 – Jf. imidlertid generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, punkt 82).

88 – Jf. Michelin I-dommen, præmis 73. Jf. også dommen i sagen Post Danmark II, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis.

89 – Den appellerede doms præmis 178-184.

123. Disse faktorer kan ifølge Intel ikke lægges til grund for at konkludere, at det i tilstrækkeligt omfang er blevet bevist, at Intels rabatter og betalinger kunne have en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning. Mere specifikt har appellanten gjort gældende, at de faktorer, som Retten har lagt til grund, kan opsummeres i to punkter: at OEM tog Intels rabatter i betragtning, fordi rabatterne var attraktive, og at Intel anvendte to supplerende overtrædelser til at spærre AMD adgangen til vigtige kunder.

124. Appellanten har derfor for det første anfægtet relevansen af den omstændighed, at de pågældende rabatter og betalinger faktisk blev taget i betragtning i kommercielle beslutninger truffet af dem, som de kom til gode⁹⁰.

125. Jeg er enig med appellanten.

126. Et attraktivt tilbud, som kan omsættes til et finansielt incitament til at blive hos den leverandør, der fremsætter dette tilbud, kan være en faktor, som peger på en loyalitetsskabende virkning hos en enkelt kunde. Det kan imidlertid ikke bruges til at påvise, at rabatterne med sandsynlighed har en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning. Som appellanten korrekt har påpeget, er det selve essensen af konkurrence, at kunder tager lavere priser i betragtning, når de træffer indkøbsbeslutninger. Sagt på en anden måde muliggør det forhold, at en lavere pris tages i betragtning, en udelukkelsesvirkning, men det udelukker på den anden side heller ikke det modsatte. Denne faktor er med andre ord simpelthen ikke fyldestgørende til at påvise, at den omtvistede adfærd med den fornødne grad af sandsynlighed kan begrænse konkurrencen.

127. Appellanten har for det andet gjort gældende, at eksistensen af en samlet strategi, der omfatter to former for overtrædelse (rabatter og betalinger samt ikke-skjulte begrænsninger), som blev anset for at supplere og forstærke hinanden, ikke kan lægges til grund for evne til at begrænse konkurrencen⁹¹.

128. Mens en strategi om udelukkelse bestemt kan indikere en subjektiv hensigt om at udelukke konkurrenter, kan den blotte vilje til at gøre dette ikke oversættes til evne til at begrænse konkurrence. Rettens ræsonnement afslører imidlertid et mere grundlæggende problem. En nærmere undersøgelse af den appellerede dom viser faktisk, at Retten har vendt tingene på hovedet: Retten har støttet sig på eksistensen af en samlet strategi baseret på to supplerende overtrædelser for at fastslå den omtvistede adfærds evne til at begrænse konkurrencen. I denne forbindelse tog Retten i sit ræsonnement udgangspunkt i den antagelse, at den omhandlede strategi udgjorde misbrug, i stedet for at vurdere samtlige omstændigheder for at fastslå, om en overtrædelse i tilstrækkeligt omfang var blevet bevist.

129. Efter først at have behandlet disse to specifikke kritikpunkter vil jeg nu undersøge appellants mere generelle kritik vedrørende vurderingen af evne. Appellanten har gjort gældende, at de faktorer, der anses for relevante, ikke er tilstrækkelige til at bevise, at den omtvistede adfærd kan føre til konkurrencebegrænsende udelukkelse. Retten tog navnlig ikke hensyn til andre faktorer, som er af grundlæggende betydning for en sådan vurdering.

130. Jeg minder om, at vurderingen af samtlige omstændigheder har til formål at påvise, at den omtvistede adfærd sandsynligvis vil føre til konkurrencebegrænsende udelukkelse. På denne baggrund opstår følgende spørgsmål: Er konstateringerne i den appellerede dom – at Intel var en uundgåelig handelspartner, og at de anfægtede rabatter og betalinger fokuserede på virksomheder, som var af

90 – Den appellerede doms præmis 180.

91 – Den appellerede doms præmis 181.

særlig strategisk betydning for markedsadgang – juridisk tilstrækkelige til at bevise Intels ansvar? Svaret på dette spørgsmål afhænger af, om de omstændigheder, som ifølge Intel er afgørende, og som Retten anser for irrelevante, sår tvivl om den formodede konkurrencebegrænsende karakter af Intels adfærd.

131. Jeg vil behandle dette spørgsmål i det følgende.

iii) Andre omstændigheder

132. Appellanten har anført, at Retten begik en retlig fejl i sin analyse af sagens omstændigheder, idet den ikke tog følgende omstændigheder i betragtning: i) den utilstrækkelige markedsdækning af de anfægtede rabatter og betalinger, ii) de anfægtede rabatters korte varighed, iii) konkurrentens forretningsmæssige resultater og de faldende priser og iv) den AEC-test, som Kommissionen udførte.

133. Kommissionen er derimod af den opfattelse, at den appellerede dom i tilstrækkelig grad beviste, at de rabatter og betalinger, som Intel ydede, kunne føre til konkurrencebegrænsende udelukkelse. De ikke-anfægtede faktorer er tilstrækkelige til at fastholde konklusionen om, at Intels rabatter og betalinger kunne begrænse konkurrencen.

134. Jeg er uenig med Kommissionen.

135. Som allerede forklaret, omfatter vurderingen af samtlige omstændigheder efter artikel 102 TEUF, på en måde, der svarer til håndhævelsesgenvejen vedrørende konkurrencebegrænsende formål efter artikel 101 TEUF, en undersøgelse af sammenhængen for den omtvistede adfærd med henblik på at fastslå, om den kan have en konkurrencebegrænsende virkning. Hvis en af de således undersøgte omstændigheder sår tvivl om adfærdens konkurrencebegrænsende karakter, skal der foretages en grundigere analyse af virkningerne.

136. Som jeg vil forklare i de følgende punkter, burde vurderingen af samtlige omstændigheder have fået Retten til at konkludere, at en analyse af de faktiske eller potentielle virkninger af adfærd var nødvendig for at afgøre, om den omtvistede adfærd udgjorde misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF.

– Markedsdækning

137. Appellanten har gjort gældende, at vurderingen af en sandsynlig virkning på konkurrencen skal støttes på de pågældende rabatters markedsdækning. Loyalitetsrabatter begrænser ifølge appellanten sandsynligvis ikke konkurrencen, når deres markedsdækning er lav, da konkurrenter kan få adgang til større dele af markedet, uden at de behøver at matche disse rabatter. Appellanten har også fremhævet, at den bundne markedsandel for dens vedkommende var relativt lavere end i sager som f.eks. Tomra og Van den Bergh Foods⁹². I Tomra-sagen var den bundne markedsandel (i gennemsnit) 39%⁹³. Kommissionen er på den anden side af den opfattelse, at spørgsmålet om markedsdækning ikke er relevant for at afgøre, om den omtvistede adfærd kan føre til konkurrencebegrænsende udelukkelse.

92 – Jf. dom af 23.10.2003, Van den Bergh Foods mod Kommissionen (T-65/98, EU:T:2003:281, herefter »dommen i sagen Van den Bergh Foods«).

93 – Tomra-dommen, præmis 34.

138. I forbindelse med den subsidiære vurdering af evne anførte Retten, at markedsdækningen af de rabatter og betalinger, som appellanten ydede, var ca. 14% i gennemsnit i hele den af overtrædelsen omfattede periode (hvis beregningen ikke alene er begrænset til den del af efterspørgslen, som er åben for konkurrence)⁹⁴. Retten vurderede, at denne dækning var væsentlig⁹⁵. Ifølge den appellerede dom adskiller de rabatter og betalinger, som Intel ydede, sig fra omstændighederne i dommen i sagen Van den Bergh Foods, idet *formen* af det i denne sag omhandlede system adskilte sig fra det omhandlede system i den foreliggende sag⁹⁶.

139. Jeg er ikke overbevist om, at den retspraksis, der nævnes af appellanten, er irrelevant, som Retten har anført. Eksklusivitetsordningen i dommen i sagen Van den Bergh Foods fungerede faktisk gennem leveringen af en gratis fryser. Men dette er en sondring uden en forskel. Leveringen af denne fryser var betinget af, at den alene blev anvendt til at opbevare den dominerende virksomheds is. Som følge deraf var 40% af alle detailhandlere genstand for produkt eksklusivitet⁹⁷.

140. Som forklaret har EU's konkurrenceregler konsekvent været rettet mod virkninger og ikke form. I dette lys er størrelsen af den bundne del af markedet lige så relevant, uanset systemets form. Dette er grunden til, at det generelt accepteres, at sandsynligheden for negative virkninger på konkurrencen stiger i takt med størrelsen af den bundne markedsandel⁹⁸.

141. Når dette er sagt, er selve definitionen af det niveau af markedsdækning, der kan have konkurrencebegrænsende virkninger, på ingen måde en matematisk øvelse. Domstolen har følgelig, ikke overraskende, afvist idéen om, at der skal fastlægges en præcis tærskel for udelukkelse af markedet, over hvilken de omhandlede praksisser kan anses for misbrug for så vidt angår anvendelsen af artikel 102 TEUF. Domstolen bekræftede dette i Tomra-dommen⁹⁹.

142. Det er bestemt sandt, at tærskler kan vise sig problematiske som følge af de særlige forhold på forskellige markeder og hver enkelt sags omstændigheder. Når loyalitetsrabatter f.eks. er rettet mod kunder, som er af særlig betydning for konkurrenter, der ønsker at komme ind på markedet eller udvide deres markedsandel, *kan* selv beskeden markedsdækning potentielt føre til konkurrencebegrænsende udelukkelse. Om dette er tilfældet, afhænger af en række faktorer, som er specifikke for sagen.

143. Set i dette lys kan en markedsdækning på 14% muligvis have en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning. Det er imidlertid sikkert, at sådan markedsdækning ikke kan udelukke, at de pågældende rabatter *ikke* har en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning. Dette gælder, selv om det antages, at de pågældende rabatter og betalinger var fokuseret på nøglekunder¹⁰⁰. 14% er ganske enkelt ikke fyldestgørende.

144. Denne manglende bevisværdi afhjælpes ikke af det forhold, at Retten i den appellerede dom lægger til grund, at appellanten var en uundgåelig handelspartner på cpu-markedet. Det bemærkes, at ifølge Retten kan forhold, at en virksomhed udgør en uundgåelig handelspartner, i det mindste udgør en indikation for, at »eksklusivitetsrabat« eller en betaling, der ydes af en sådan virksomhed, kan begrænse konkurrencen¹⁰¹.

94 – Retten bemærker desuden med hensyn til Dells markedsandel, at rabatterne til Dell havde udelukket mellem 14,58 og 16,34% af markedet, hvilket Retten anså for lige så væsentligt, jf. den appellerede doms præmis 190 og 191.

95 – Den appellerede doms præmis 194.

96 – Den appellerede doms præmis 121 og 122.

97 – Dommen i sagen Van den Bergh Foods, præmis 98.

98 – Kommissionens arbejdsdokument om artikel [102 TEUF], op.cit., s. 18, 19 og 41.

99 – Tomra-dommen, præmis 46.

100 – Retten bemærkede, at Kommissionen som følge af fokuseringen på virksomheder, som havde en særlig strategisk betydning for adgangen til markedet, med føje kunne fastslå, at rabatterne og betalingerne havde omfattet vigtige OEM og en stor detailhandler. Den appellerede doms præmis 182 og 183. Jf. også præmis 1507-1511 vedrørende MSH.

101 – Den appellerede doms præmis 178.

145. Denne konklusion er kun korrekt, hvis det accepteres, at den krævede grad af sandsynlighed ikke omfatter andet end den blotte mulighed for, at en vis adfærd kan have konkurrencebegrænsende virkninger. Som tidligere forklaret har vurderingen af samtlige omstændigheder til formål at påvise, at den omtvistede adfærd sandsynligvis har en konkurrencebegrænsende virkning.

146. På dette grundlag konkluderer jeg, at vurderingen af markedsdækning i den appellerede dom ikke er fyldestgørende. Det kan navnlig ikke i tilstrækkeligt omfang godtgøres, at den markedsandel, der var berørt af rabatterne og betalingerne, var tilstrækkelig til at føre til konkurrencebegrænsende udelukkelse.

– *Varighed*

147. Appellanten har anført, at varigheden af rabatorrdningen er afgørende for en analyse af evnen til at begrænse konkurrencen. Appellanten har navnlig anfægtet vurderingen af varighed i den appellerede dom, som var baseret på akkumuleringen af flere kortfristede kontrakter.

148. Kommissionen har anført, at Intel tager fejl i sin opfattelse af, at de potentielle udelukkelsesvirkninger af loyalitetsrabatter kun kan følge af en kontraktlig forpligtelse: Den dominerende virksomheds magt på markedet gør tværtimod sådanne kontraktlige forpligtelser unødvendige. Kort sagt: Varighed er irrelevant.

149. Retten bemærkede specifikt, at det relevante kriterium ikke er længden af opsigelsesvarslet for en kontrakt eller den fastsatte løbetid for en individuel kontrakt, som indgår i en række på hinanden følgende kontrakter. I stedet er det relevante kriterium ifølge Retten det samlede tidsrum, hvori appellanten har anvendt eksklusivitetsrabatter og -betalinger over for en kunde¹⁰². Dette tidsrum udgjorde i det foreliggende tilfælde ca. fem år for MSH's vedkommende, ca. tre år for Dells og NEC's, over to år for HP's og ca. et år for Lenovos vedkommende. Ydelsen af »eksklusivitetsrabatter« og betalinger i sådanne tidsrum var ifølge Retten *i almindelighed egnet* til at begrænse konkurrencen. Dette gjaldt ifølge Retten så meget desto mere på et marked som cpu-markedet, der er kendetegnet af stor dynamik og produkter med kort levetid¹⁰³.

150. Jeg vil indledningsvis påpege, at ordningens korte varighed ikke udelukker, at ordningen kan have konkurrencebegrænsende virkninger. Det abstrakte spørgsmål om, hvorvidt det samlede tidsrum er kort eller langt, er ligeledes uden betydning.

151. Hvor eksklusivitet, som her, i den endelige analyse er betinget af kundens mulighed for efter et *frit valg* at foretage en overvejende del af sine indkøb hos den dominerende virksomhed, kan det ikke blot – *ex post facto* – antages, at akkumuleringen af kortsigtede kontrakter viser, at disse rabatter kan begrænse konkurrencen.

152. Der er mindst to grunde hertil.

153. I modsætning til en situation med eksklusive forpligtelser medfører skift af leverandør for det første ingen sanktioner. Dette gælder, såfremt en konkurrent i det mindste i princippet kan matche den fortabte rabat. Hvis konkurrenten imidlertid ikke kan sælge de pågældende varer uden tab, er kunden *de facto* bundet til den dominerende virksomhed. Set fra denne synsvinkel kan rabattens størrelse heller ikke anses for helt uden betydning.

102 – Den appellerede doms præmis 112, 113 og 195.

103 – Den appellerede doms præmis 195.

154. I en efterfølgende analyse af varighed skal det mere specifikt afgøres, om en anden leverandør kunne have kompenseret for de fortabte rabatter. Ellers ville kundens beslutning om at blive hos den dominerende virksomhed automatisk være udtryk for misbrug, selv om kunder kan forlade deres aftaler med den dominerende virksomhed uden begrænsninger.

155. Det kan således ikke blot på grundlag af kundens beslutning om at blive hos den dominerende virksomhed antages, at dette valg udgør et udtryk for misbrugende adfærd. Det skyldes, at andre plausible forklaringer kan ligge til grund for dette valg. Disse omfatter, men er ikke begrænset til kvalitetshensyn, forsyningssikkerhed og slutbrugernes præferencer.

156. En lang samlet varighed af ordningen kan bestemt indikere, at rabatordningen har en loyalitetsskabende indvirkning i forhold til den enkelte kunde. Medmindre der er fremlagt yderligere overbevisende bevis for dette, er det forhold, at en kunde har besluttet at blive hos den dominerende virksomhed, ikke tilstrækkeligt bevis for, at de tilbudte rabatter kan begrænse konkurrencen. Det bør således erindres, at loyalitetsrabatter, når kunden løbende har mulighed for at skifte leverandør, også selv om denne mulighed ikke er blevet benyttet, også styrker rivaliseringen. De kan derfor også have en gavnlig indvirkning på konkurrencen.

157. Det er følgelig min opfattelse, at vurderingen af varighed i den appellerede dom – som var begrænset til det samlede tidsrum for de undersøgte ordninger – ikke er fyldestgørende. Denne vurdering medvirker ganske enkelt ikke til at fastslå, at denne adfærd sandsynligvis har en konkurrencebegrænsende virkning.

– Konkurrentens forretningsmæssige resultater og de faldende priser

158. Appellanten har rejst indvendinger mod Rettens afvisning af AMD's forretningsmæssige resultater og bevis vedrørende manglende udelukkelse (faldende priser på x86-cpu'er) som irrelevant i forbindelse med en vurdering af evne.

159. Ifølge Retten kunne konkurrentens succes og faldende priser ikke udelukke, at appellants praksis ikke havde nogen virkning. Retten bemærkede, at det kan antages, at forøgelsen af konkurrentens markedsandele og investeringer inden for forskning og udvikling samt faldet i prisen for x86-cpu'er kunne have været større, hvis praksissen ikke var blevet udøvet¹⁰⁴.

160. Retten havde efter min opfattelse ret i, at AMD's forretningsmæssige resultater og faldet i prisen for x86-cpu'er er ufyldstgørende med henblik på at fastslå, om den omtvistede adfærd kan begrænse konkurrencen. Den samme konklusion ville imidlertid gælde, selv om konkurrentens resultater var dårlige. Hensyn til sådanne faktuelle elementer kan efter min opfattelse kun tjene et meningsfuldt formål som en del af en detaljeret vurdering af faktiske eller potentielle virkninger på konkurrencen. Det hjælper ikke til at fastslå, om et rabatsystem, der formodes at være ulovligt, kan begrænse konkurrencen.

– AEC-testen

161. Appellanten har anført, at Kommissionen, når den som i den foreliggende sag har udført en væsentlig analyse af de økonomiske omstændigheder vedrørende angiveligt misbrug, har begået en retlig fejl ved at ignorere denne analyse, alene fordi den ikke bidrager til at påvise en overtrædelse.

104 – Den appellerede doms præmis 186.

162. Kommissionen har gjort gældende, at AEC-testen ikke er relevant med henblik på at påvise, at den omtvistede adfærd kan begrænse konkurrencen. Ifølge Kommissionen støtter Domstolens praksis ikke appellansens påstand om, at AEC-testen bør være en del af en vurdering af samtlige omstændigheder.

163. I den appellerede dom afviste Retten, at AEC-testen inden for rammerne af en vurdering af samtlige omstændigheder var relevant for at afgøre, om den omtvistede adfærd kan begrænse konkurrencen. Retten undersøgte derfor ikke det kriterium, som Kommissionen havde anvendt i den omtvistede beslutning. Retten fandt for det første, at AEC-testen var irrelevant, fordi Kommissionen med hensyn til »eksklusivitetsrabatternes« form ikke var forpligtet til at påvise, at de har udelukkelsesevne i hvert enkelt tilfælde. I den appellerede dom afviste Retten i det væsentlige, at AEC-testen var relevant, da den kun har til formål at bekræfte, at den omtvistede adfærd ikke gør adgangen til markedet umulig. Ifølge den appellerede dom kan »eksklusivitetsrabatter« gøre det vanskeligere for den dominerende virksomheds konkurrenter at få adgang til markedet, selv om denne adgang ikke er økonomisk umulig, men kun gjort vanskeligere¹⁰⁵. Retten bemærkede for det andet, at det ifølge retspraksis ikke er uomgængeligt at foretage en AEC-test, heller ikke for rabatter henhørende under tredje kategori. Retten bemærkede for det tredje, at denne test kun er blevet anset for relevant af Domstolen i sager vedrørende priser og prispres, som i sig selv er forskellige fra sager vedrørende »eksklusivitetsrabatter«¹⁰⁶.

164. Som jeg har redegjort for ovenfor (punkt 122-160), er det for det første fornødent at tage hensyn til samtlige omstændigheder med henblik på at fastslå, om den pågældende adfærd kan udelukke konkurrenter, også for så vidt angår »eksklusivitetsrabatter«. Udelukkelsesevnen skal med andre ord påvises i hvert enkelt tilfælde. AEC-testen kan bestemt afvises som irrelevant, hvis det accepteres, at en blot hypotetisk eller teoretisk mulighed for, at den omtvistede adfærd har en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning, er tilstrækkeligt til at bevise misbrug. I teorien kan enhver rabat, som ydes af en dominerende virksomhed, under visse omstændigheder faktisk have en konkurrencebegrænsende virkning.

165. Eftersom der kræves en udelukkelsesvirkning, kan AEC-testen imidlertid ikke tilsidesættes. Som Retten bemærkede, har testen til formål at identificere adfærd, som gør det økonomisk muligt for en lige så effektiv konkurrent at sikre sig den del af en kundes behov, som er åben for konkurrence. Den kan med andre ord hjælpe med at identificere adfærd, som sandsynligvis har en konkurrencebegrænsende virkning. Når testen derimod viser, at en lige så effektiv konkurrent kan dække sine omkostninger, falder sandsynligheden for en konkurrencebegrænsende virkning betydeligt. Dette er grunden til, at AEC-testen, når det handler om at ramme adfærd, som *sandsynligvis* har en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning, er særligt egnet.

166. Med hensyn til anden og tredje betragtning har jeg ovenfor (punkt 101-105) forklaret, hvorfor retspraksis vedrørende prispraksis og prispres ikke bør tilsidesættes. Enhver tilbageværende usikkerhed i denne henseende er under alle omstændigheder blevet fjernet med dommen i sagen Post Danmark II. Denne sag viser, at retspraksis vedrørende andre former for prisbaseret udelukkelse ikke blot kan tilsidesættes inden for rammerne af rabatsager. Som Domstolen bekræftede, bl.a. med henvisning til denne sag, kan AEC-testen også anvendes i forbindelse med vurderingen af et rabatsystem¹⁰⁷.

167. Det bør imidlertid også fremhæves, at Domstolen i dommen i sagen Post Danmark II var omhyggelig med at kvalificere sin holdning til AEC-testen. Domstolen bemærkede specifikt, at der ikke er nogen retlig forpligtelse til at anvende AEC-testen, selv om den kan være nyttig i visse situationer¹⁰⁸. Dette er i overensstemmelse med Domstolens udtalelse i samme henseende i

105 – Den appellerede doms præmis 93 og 150.

106 – Den appellerede doms præmis 143, 144 og 152.

107 – Dommen i sagen Post Danmark II, præmis 55-58.

108 – Dommen i sagen Post Danmark II, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis.

Tomra-dommen. I denne sag fandt Domstolen, at Kommissionen ikke var forpligtet til at påvise, at loyalitetsrabatter tvang den dominerende virksomheds konkurrenter til at opkræve priser under kostprisen for at konkurrere om den del af markedet, der var åben for konkurrence. Domstolen fastslog i stedet, at Kommissionen kunne godtgøre, at de omhandlede rabatter kunne begrænse konkurrencen på grundlag af kvalitative elementer, som viste deres konkurrencebegrænsende karakter¹⁰⁹.

168. Det ville i denne forstand bestemt være fristende at konkludere, at der i den foreliggende sag ikke er behov for at anvende en AEC-test. Efter denne logik, som Kommissionen har anført, ville Rettens vurdering af evne ikke indebære en retlig fejl ved at forkaste AEC-testen som irrelevant.

169. Dette synspunkt overser imidlertid to problemer. I modsætning til Tomra-sagen gennemførte Kommissionen faktisk en omfattende AEC-analyse i den omtvistede beslutning. Endnu mere grundlæggende underbygger de øvrige omstændigheder, som Retten har vurderet, ikke entydigt konstateringen af en virkning på konkurrencen. Under disse omstændigheder er det efter min opfattelse klart, at AEC-testen ikke blot kan tilsidesættes som en irrelevant omstændighed.

170. Retten begik derfor en retlig fejl ved ikke at tage den AEC-analyse, som Kommissionen havde gennemført i den omtvistede beslutning, i betragtning som en del af vurderingen af samtlige omstændigheder.

171. Som afslutning på min analyse af Rettens subsidiære vurdering af evne vil jeg nævne følgende.

172. De omstændigheder, der er taget i betragtning i denne vurdering, kan ikke bekræfte en virkning på konkurrencen. Denne vurdering viser højst, at den omtvistede adfærd i teorien kan have en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning, men virkningen som sådan er ikke blevet bekræftet. En vurdering af samtlige omstændigheder skal principielt i det mindste tage højde for markedsdækningen og varigheden af den omtvistede adfærd. Det kan desuden være nødvendigt at tage andre omstændigheder, der kan variere fra sag til sag, i betragtning. I den foreliggende sag kan AEC-testen, netop fordi denne test blev gennemført af Kommissionen i den omtvistede beslutning, ikke tilsidesættes, når det skal fastslås, om den omtvistede adfærd kan have en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning. Vurderingen af de relevante omstændigheder bør som helhed give os mulighed for med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed at forvisse os om, at den pågældende virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF. I mangel af en sådan bekræftelse, f.eks. på grund af lav markedsdækning, de omstridte ordningers korte varighed eller et positivt resultat af en AEC-test, skal der foretages en grundigere økonomisk vurdering af de faktiske eller potentielle virkninger på konkurrencen med henblik på at bevise misbrug.

c) Konklusion

173. Jeg har konkluderet, at Retten for det første begik en retlig fejl ved at fastslå, at »eksklusivitetsrabatter« udgør en særskilt og selvstændig kategori af rabatter, der ikke kræver vurdering af samtlige omstændigheder for at afgøre, om den omtvistede adfærd udgør misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF. Retten begik for det andet en retlig fejl i sin subsidiære vurdering af evne, idet den på grundlag af samtlige omstændigheder ikke påviste, at det var sandsynligt, at appellansens rabatter og betalinger havde en konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkning.

174. Det første appelanbringende bør derfor tages til følge.

109 – Tomra-dommen, præmis 73-80.

C – Det andet appelanbringende: markedsdækning for at afgøre, om en virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling

1. Parternes hovedargumenter

175. Med det andet appelanbringende har appellanten nedlagt påstand om, at markedsdækningen af Intels adfærd, uanset konklusionen vedrørende det første appelanbringende, under ingen omstændigheder satte virksomheden i stand til at begrænse konkurrencen i 2006 og 2007. I denne periode vedrørte overtrædelsen kun MSH og Lenovo. Ifølge appellanten begik Retten en retlig fejl ved at støtte konstateringen af en overtrædelse for 2006 og 2007 på den gennemsnitlige markedsdækning for hele perioden fra 2002-2007 (og ikke på markedsdækningen af adfærd i de to omhandlede år), da Kommissionen havde påvist en samlet og vedvarende overtrædelse i den omtvistede beslutning for årene 2002-2007¹¹⁰.

176. Kommissionen har påpeget, at det andet appelanbringende blot er en tilføjelse til det første anbringende. Det er baseret på fuldstændig de samme præmisser som det første anbringende. Markedsdækning er ifølge Kommissionen uden betydning, når det skal afgøres, om Intels rabatter kunne begrænse konkurrencen: Markedsdækningen af Intels praksisser vedrører kun det omfang, hvori disse praksisser faktisk begrænsede konkurrencen. Henset til den strategiske betydning af de OEM, som var i fokus i 2006 og 2007, kan betydningen af Intels praksisser kan ikke måles blot ved at henvise til markedsdækning. I denne sammenhæng har Kommissionen anført, at markedsdækningen i disse to år bør ses i lyset af en samlet og kontinuerlig overtrædelse, som vedrører eksistensen af en samlet strategi om at udelukke AMD fra verdensmarkedet for cpu'er.

2. Analyse

177. Jeg har ovenfor konkluderet, at Retten begik en fejl i sin subsidiære vurdering af evne i overensstemmelse med samtlige omstændigheder. Retten begik navnlig en fejl i sin vurdering af markedsdækning, da den ikke anerkendte, at en bundet markedsandel på 14% ikke udgør tilstrækkeligt bevis for, at den omtvistede adfærd kan begrænse konkurrencen. Alene på dette grundlag bør også det andet appelanbringende tages til følge.

178. Jeg mener alligevel, at dette anbringende bør analyseres kort. Dette skyldes, at Retten har lagt eksistensen af en samlet og vedvarende overtrædelse til grund for sin konklusion om en overtrædelse for 2006 og 2007. Retten fandt faktisk, at en overordnet vurdering af den gennemsnitlige andel af det bundne marked i forbindelse med en samlet og vedvarende overtrædelse baseret på en samlet strategi om udelukkelse var tilstrækkelig til at fastslå, at den pågældende adfærd kunne føre til konkurrencebegrænsende udelukkelse¹¹¹.

179. Kernen i dette appelanbringende er derfor at definere betydningen af begrebet samlet og vedvarende overtrædelse for vurderingen af, om en enkelt virksomheds adfærd kan begrænse konkurrencen. Der rejses mere specifikt et spørgsmål om, hvorvidt dette begreb kan påberåbes for at afhjælpe det forhold, at markedsdækningen er for lille til, at det som sådan kan påvises, at den omtvistede adfærd kunne begrænse konkurrencen i et bestemt tidsrum.

110 – Den appellerede doms præmis 192 og 193.

111 – Den appellerede doms præmis 193, 1561 og 1562.

180. Det fremgår af Domstolens praksis, at begrebet samlet og vedvarende overtrædelse navnlig er blevet anvendt i forbindelse med artikel 101 TEUF til at samle en række elementer af konkurrencebegrænsende adfærd under paraplyen samlet og vedvarende overtrædelse med henblik på håndhævelse. Rationalet har i den henseende været at sikre effektiv håndhævelse i sager, hvor overtrædelser består af et kompleks af konkurrencebegrænsende praksisser, der kan have forskellige former og endda udvikle sig over tid¹¹².

181. Formålet er med andre ord at undgå det uheldige håndhævelsesresultat, hvor forskellige aftaler og samordnet praksis, som i realiteten udgør en samlet plan, der har til formål at begrænse konkurrencen, behandles forskelligt efter artikel 101 TEUF. Anvendelse af begrebet samlet og vedvarende overtrædelse begrænser derfor den bevisbyrde, der generelt påhviler håndhævelsesmyndigheder med hensyn til behovet for at bevise den vedvarende karakter af de undersøgte konkurrencebegrænsende praksisser. Når et kompleks af aftaler og praksisser er blevet gennemført over et langt tidsrum, er det navnlig ikke usædvanligt, at der er skete ændringer i disse aftalers og/eller praksissers omfang, form og deltagere inden for det relevante tidsrum. Uden begrebet samlet og vedvarende overtrædelse havde Kommissionen skullet opfylde en højere standard for bevisfremlæggelse. Den havde skullet identificere og bevise eksistensen af flere særskilte konkurrencebegrænsende aftaler og/eller samordnet praksis samt de involverede parter i hvert enkelt tilfælde. Særskilt behandling af de omstridte praksisser kunne i nogle tilfælde også føre til forældelse af ældre aftaler og/eller samordnet praksis. Dette ville gøre håndhævelse mindre effektiv.

182. Begrebet samlet og kontinuerlig overtrædelse udgør derfor en procedureregel.

183. Ved at lempe konkurrencemyndighedernes bevisbyrde er begrebet særlig relevant i forbindelse med bødepåleggelse. Selv om bevis vedrørende bestemte tidsrum ikke er blevet fremlagt, er dette forhold mere specifikt ikke til hinder for, at overtrædelser anses for bevist over et længere samlet tidsrum. Dette kræver imidlertid, at denne konklusion understøttes af objektive og samstemmende indicier i denne henseende. I forbindelse med en overtrædelse, der strækker sig over flere år, har det forhold, at det er godtgjort, at en aftale er blevet anvendt i forskellige tidsrum, som kan have været adskilt af længere eller kortere intervaller, ingen betydning for aftalens eksistens som sådan. Dette gør sig gældende, såfremt de forskellige handlinger, der er en del af denne overtrædelse, forfølger et enkelt formål og er omfattet af en samlet og kontinuerlig overtrædelse¹¹³. Af særlig betydning er netop det forhold, at Kommissionen har kunnet bevise en samlet plan, der har til formål at begrænse konkurrencen¹¹⁴.

184. Anvendelse af begrebet samlet og vedvarende overtrædelse udvider derimod ikke – og kan ikke udvide – omfanget af forbuddene i traktaterne.

185. I den foreliggende sag er begrebet samlet og vedvarende overtrædelse blevet sat i en helt anden sammenhæng¹¹⁵. I den appellerede dom blev det anvendt til at konstatere en overtrædelse vedrørende en enkelt virksomheds adfærd, for hvilken det ikke var blevet bevist, at denne adfærd alene kunne begrænse konkurrencen på det indre marked.

186. Jeg må tilkendegive min tvivl med hensyn til dette.

187. Som appellanten har anført, kan anvendelse af begrebet samlet og vedvarende overtrædelse ikke ændre en lovlig adfærd til en overtrædelse.

112 – Jf. herom dom af 6.12.2012, Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

113 – Jf. dom af 6.12.2012, Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 72 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, herefter »Aalborg-dommen«, præmis 260).

114 – Jf. f.eks. Aalborg-dommen, præmis 260.

115 – Vedrørende anvendelsen af dette begreb i forbindelse med kompetence, jf. punkt 319 ff. nedenfor.

188. Eftersom Kommissionen havde konkluderet, at der var begået en samlet og vedvarende overtrædelse, fandt Retten, at det var tilstrækkeligt at foretage en samlet vurdering af den del af markedet, som i gennemsnit var udelukket i tidsrummet fra 2002-2007¹¹⁶. Retten fandt det på dette grundlag derfor uden betydning, at markedsdækningen var betydeligt lavere i årene 2006 og 2007 end den gennemsnitligt bundne del af markedet (14%).

189. Retten erstattede med andre ord et materielt kriterium med et proceduremæssigt. Retten forkastede kriteriet om tilstrækkelig markedsdækning, som den paradoksalt nok anså for relevant med henblik på at fastslå, om den omtvistede adfærd kunne føre til konkurrencebegrænsende udelukkelse, og erstattede det med kriteriet om en samlet og vedvarende overtrædelse. Dette kan ganske enkelt ikke tiltrædes. Enten accepteres det, at markedsdækning slet ikke har betydning, og at EU's konkurrenceregler sanktionerer form i stedet for virkninger (jeg har forklaret ovenfor, hvorfor dette er en uholdbar løsning), eller den skal tages alvorligt i en vurdering af samtlige omstændigheder.

190. Ved at gøre som beskrevet ovenfor fik Retten ikke fastslået, at den pågældende adfærd kunne begrænse konkurrencen i hele den omhandlede periode.

191. Hvis Retten ikke havde undladt at fastslå, om det var tilfældet, havde den under alle omstændigheder været nødt til at konkludere, at en så lille bundet markedsandel ikke er fyldestgørende med henblik på at godtgøre, at omtvistede adfærd kunne begrænse konkurrencen.

192. Svarende til betragtningen i punkt 143 ovenfor vedrørende en markedsandel på 14% kan det ikke udelukkes, at også en bundet andel på mindre end 5% af markedet under visse omstændigheder kan være tilstrækkelig til at udelukke konkurrenter. I forbindelse med en vurdering af evne er en sådan markedsandel imidlertid simpelthen ikke fyldestgørende. Som forklaret kan det ikke antages (på grundlag af adfærdens form), at visse ordninger er omfattet af forbuddet i artikel 102 TEUF, uden at andelen af det bundne marked tages i betragtning. Når den bundne markedsandel ikke udgør fyldestgørende bevis for en sandsynlig indvirkning på konkurrencen, skal de faktiske eller potentielle virkninger af den pågældende adfærd tages i betragtning for at fastslå, om misbrug er blevet begået.

193. Når markedsdækningen ikke anses for fyldestgørende med henblik på at påvise en sandsynlig virkning på konkurrencen i et bestemt tidsrum, vil jeg gentage, at dette problem ikke kan afhjælpes ved at henvise til begrebet samlet og vedvarende overtrædelse. Som dette begreb selv antyder, skal hver enkelt overtrædelse i sig selv udgøre en overtrædelse, for at flere overtrædelser kan udgøre en samlet og vedvarende overtrædelse. Sagt på en anden måde skal denne adfærd udgøre en overtrædelse i hele det omhandlede tidsrum.

194. Det andet appelanbringende bør derfor også tages til følge.

D – Det tredje appelanbringende: kvalifikation af visse rabatter som »eksklusivitetsrabatter«

1. Parternes hovedargumenter

195. Appellanten har med støtte fra ACT anført, at Retten begik en retlig fejl ved at kvalificere rabatterne til HP og Lenovo som »eksklusivitetsrabatter«. Selv om disse rabatter omfattede 95% af HP's stationære computere til virksomheder og 80% af Lenovos bærbare computere, udgør de en mindre del af disse to virksomheders samlede indkøb af cpu'er. Intel har i det væsentlige anført, at kvalifikationen af de omhandlede rabatter som »eksklusivitetsrabatter« er en retlig fejl, da betingelsen om eksklusivitet i forbindelse med disse rabatter vedrørte visse *segmenter* af disse OEM's krav til cpu'er. Ifølge appellanten begik Retten en retlig fejl ved at fastslå, at dette har samme virkning som at

116 – Den appellerede doms præmis 193.

dække »alle eller en væsentlig del« af kundens *samlede* behov. Denne tilgang fratager mere specifikt betingelsen om »alle eller en væsentlig del« enhver betydning: Det fører til en ubegrundet udvidelse af rækkevidden af begrebet »eksklusivitetsrabatter«, som automatisk ville være forbudt i henhold til Rettens fortolkning af artikel 102 TEUF.

196. Kommissionen har gjort gældende, at dette appelanbringende bør forkastes af to grunde. Kommissionen har for det første anført, at OEM's frihed til at foretage indkøb inden for bestemte segmenter ikke kan ophæve begrænsningen af OEM's frihed til at vælge deres leverandør inden for et segment af cpu-markedet. Kommissionen har for det andet anført, at Intel har fejlfortolket Domstolens relevante praksis, hvorefter den dominerende virksomheds konkurrenter skal kunne konkurrere på grundlag af opnåede resultater på markedet som helhed.

2. Analyse

197. Ligesom det andet appelanbringende hænger det tredje appelanbringende tæt sammen med det første. Det rejser i det væsentlige spørgsmålet om, hvorvidt det var begrundet, at Retten fandt, at appellants rabatter til HP og Lenovo kunne kvalificeres som »eksklusivitetsrabatter«¹¹⁷.

198. Jeg har forklaret ovenfor, hvorfor der ikke findes en særskilt kategori af »eksklusivitetsrabatter«. En formodning om ulovlighed gælder for loyalitetsrabatter, herunder (men ikke begrænset til) de rabatter, som Retten betegner som »eksklusivitetsrabatter«. En rabat anses bl.a. for en loyalitetsrabat, fordi den er baseret på betingelsen om, at kunden dækker alle eller en væsentlig del af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed¹¹⁸. Form alene afgør imidlertid ikke vurderingen af sådanne rabatter. Dette skyldes, at samtlige omstændigheder skal tages i betragtning, inden det kan konkluderes, at den omtvistede adfærd udgør misbrug af en dominerende stilling. Hvis Domstolen tager appellants første appelanbringende til følge, som jeg har foreslået, er det følgelig ikke nødvendigt at behandle det tredje.

199. Det tredje appelanbringende er imidlertid væsentligt, hvis Domstolen forkaster det første appelanbringende og finder, at »eksklusivitetsrabatter« skal adskilles fra andre former for loyalitetsrabatter.

200. Hvis Domstolen når frem til denne konklusion, spiller betingelsen om »alle eller en væsentlig del« en afgørende rolle for vurderingen af disse rabatter. Dette skyldes, at kun rabatter, som ydes på betingelse af, at kunden dækker »alle eller en væsentlig del« af sine behov hos den dominerende virksomhed, er omfattet af begrebet »eksklusivitetsrabatter«.

201. På denne baggrund vil jeg fremhæve følgende.

202. Med hensyn til eksempelvis HP vedrørte eksklusivitetsbetingelsen kravet om, at HP indkøbte 95% af sine x86-cpu'er til stationære computere til virksomheder af appellanten. Dette svarer bestemt til betingelsen om »alle eller en væsentlig del« af behovet for cpu'er inden for dette segment. Billedet tilsløres imidlertid af det forhold, at disse 95% tilsyneladende svarer til omkring 28% af HP's samlede behov for cpu'er¹¹⁹. Som appellanten har anført, kan dette næppe hævdes at udgøre »alle eller en væsentlig del« af det samlede behov.

117 – Den appellerede doms præmis 134 og 137.

118 – Jf. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 89, og Tomra-dommen, præmis 70.

119 – Jf. den appellerede dom, særligt præmis 126 vedrørende HP og præmis 129 vedrørende Lenovo.

203. Retten fastslog i denne henseende i den appellerede dom, at det er irrelevant, om betingelsen om, at kunden dækker »alle eller en væsentlig del« af sine behov hos den dominerende virksomhed, vedrører hele markedet eller et bestemt markedssegment¹²⁰. Som begrundelse herfor henviste Retten til Tomra-dommen. Ifølge Domstolens udtalelse i denne sag skal konkurrenter kunne konkurrere på grundlag af opnåede resultater på markedet som helhed og ikke blot på en del heraf. Denne udtalelse belyser imidlertid ikke, hvordan kriteriet »alle eller en væsentlig del« bør fortolkes. Den vedrører i stedet spørgsmålet om, hvordan en dominerende virksomheds udelukkelse af en væsentlig del af markedet alligevel kan begrundes, hvis den del af markedet, der er åben for konkurrence, er tilstrækkelig til at rumme et begrænset antal konkurrenter¹²¹.

204. Dette er ikke tilfældet i denne sag. Spørgsmålet er her, om betingelsen vedrørende »alle eller en væsentlig del« også kan vedrøre en bestemt del af det relevante produktmarked.

205. I den omtvistede beslutning sondres der i forbindelse med fastlæggelsen af definitionen af det relevante produktmarked ikke mellem cpu'er anvendt i computere til erhvervsdrivende og i computere til private. Dette skyldes, at de samme cpu'er for en bestemt computertype kan anvendes i erhvervs-/forretningssegmentet og forbrugersegmentet¹²². Muligheden for substitution mellem segmenter viser øjensynligt, at markedet ikke kan opdeles.

206. Retten bemærkede på dette punkt i den appellerede dom, at spørgsmålet om, hvorvidt cpu'er anvendt i erhvervssegment er forskellige fra x86-cpu'er anvendt i computere til forbrugere, er irrelevant i denne forbindelse. Selv om disse cpu'er kunne træde i stedet for hinanden, ville de pågældende OEM's valgmulighed med hensyn til indkøb ifølge Retten have været væsentligt begrænset inden for det berørte segment¹²³.

207. Dette argument forekommer umiddelbart overbevisende.

208. Det overser imidlertid et vigtigt punkt: I ræsonnementet i den appellerede dom tages der udgangspunkt i HP's (og Lenovos) situation, og ikke AMD's. Set fra AMD's perspektiv er det fuldstændigt irrelevant, om HP's og Lenovos valgfrihed er væsentligt begrænset inden for et segment eller ej, eftersom HP og Lenovo er Intels kunder og ikke Intels konkurrenter.

209. Det skal faktisk fremhæves, at vi har at gøre med ekskluderende adfærd over for appellansens konkurrent, AMD, og ikke udnyttelse af appellansens kunder. Det, der tæller fra AMD's perspektiv (og derfor med henblik på at afgøre, om den omtvistede adfærd udgør ekskluderende misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF), er den samlede procentdel af behov, der er bundet som følge af Intels rabatter og betalinger.

210. Som ACT har påpeget, har det ingen betydning, om visse behov indkøbes til ét bestemt segment. Det, der har betydning, er, om de pågældende OEM stadig kan indkøbe væsentlige mængder hos Intels konkurrenter. Dette er tilsyneladende tilfældet i denne sag: HP og Lenovo kunne stadig indkøbe væsentlige mængder af x86-cpu'er hos AMD. Spørgsmålet om, hvorvidt en virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling ved at udelukke en konkurrent, kan ikke afhænge af en tilsyneladende vilkårlig segmentering af markedet.

120 – F.eks. den appellerede doms præmis 132 og 133.

121 – Tomra-dommen, præmis 42.

122 – Den omhandlede beslutning, 831. betragtning. Jf. også den appellerede doms præmis 133.

123 – Den appellerede doms præmis 133.

211. Set i dette lys kan det med hensyn til HP næppe hævdes, at betingelsen vedrørende eksklusivitet for 95% af HP's stationære computere til virksomheder svarer til andet end 28% af HP's samlede behov. Efter samme logik svarer eksklusivitet vedrørende Lenovos bærbare computere ikke til eksklusivitet *samlet set*. Betingelsen om »alle eller en væsentlig del« kan ganske enkelt ikke opfyldes under sådanne omstændigheder.

212. Selv om det kan forekomme indlysende, skal det fremhæves, at tilgangen i den appellerede dom fører til et resultat, der næppe kan begrundes: Selv en »eksklusivitetsrabat«, der vedrører et segment af det relevante marked, som dækker en ubetydelig del af kundens samlede behov (eksempelvis 3% for argumentets skyld), kunne automatisk være forbudt.

213. Jeg konkluderer derfor, at Retten begik en retlig fejl med hensyn til dens kvalifikation af appellansens rabatter til HP og Lenovo.

214. Uafhængigt af, om Domstolen er enig med mig vedrørende det første og det andet appelanbringende, bør det tredje appelanbringende derfor tiltrædes.

E – Det fjerde appelanbringende: retten til forsvar

1. Parternes hovedargumenter

215. Det fjerde appelanbringende vedrører appellansens ret til forsvar som fastsat i artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«). Intel har nedlagt påstand om, at Retten begik en retlig fejl ved at konkludere, at der ikke var begået en procedurefejl i forbindelse med et møde afholdt med en leder hos Dell, D1, i 2006 i forbindelse med den undersøgelse, der førte til vedtagelsen af den omtvistede beslutning, (herefter »det omhandlede møde«).

216. Appellanten har i denne forbindelse for det første gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at det omhandlede møde ikke var et interview i den forstand, der er fastlagt i artikel 19 i forordning nr. 1/2003. Appellanten har for det andet gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen – selv om den burde have foretaget en registrering af det omhandlede møde på grund af dets betydning – rådede bod på den tilsidesættelse af princippet om god forvaltning, som denne undladelse medførte, ved at henlægge en ikke-fortrolig udgave af det interne notat til sagsakten (Kommissionens interne *aide mémoire*), som blev stillet til rådighed for appellanten. Appellanten har for det tredje gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl i sin subsidiære vurdering med hensyn til, om en procedurefejl af den type, der er konstateret i den appellerede dom, udgør et grundlag for at annullere den omtvistede beslutning, for så vidt som den angår appellansens adfærd over for Dell.

217. Kommissionen har primært gjort gældende, at det fjerde appelanbringende er uden relevans, eftersom Intel ikke har anfægtet konklusionen i den appellerede dom om, at rabatterne til Dell var »eksklusivitetsrabatter«. Dette appelanbringende bør ifølge Kommissionen desuden afvises, da spørgsmålet om, hvorvidt der kan rådes bod på tilsidesættelsen af princippet om god forvaltning ved at stille en ikke-fortrolig udgave af det interne notat til rådighed for Intel, afhænger af en vurdering af betydningen af det omhandlede møde og af tilstrækkeligheden af det notat, der blev udarbejdet. Disse er faktuelle spørgsmål, som ikke kan efterprøves under en appelsag.

218. Subsidiært er Intels argumenter ubegrundede: Intel har ikke fremsat et relevant argument, som kan så tvivl om vurderingen i den appellerede dom vedrørende det interne notat. Kommissionen har også gjort gældende, at den omtvistede beslutning primært var baseret på skriftlige beviser, som det omhandlede møde under ingen omstændigheder kunne have påvirket.

2. Analyse

219. Det skal indledningsvis påpeges, at det fjerde appelanbringende hverken er uden relevans eller bør afvises, som Kommissionen ellers har gjort gældende.

220. Med dette appelanbringende har Intel specifikt gjort gældende, at konklusionen om en overtrædelse skal annulleres for Dells vedkommende, da de faktiske konstateringer, der ligger til grund for denne overtrædelse, er fremsat på baggrund af en tilsidesættelse af Intels ret til forsvar. Dette er et retligt spørgsmål, som Domstolen kan og bør afgøre. Klassifikationen i den appellerede dom af Intels rabatter til Dell som rabatter, der er betinget af »eksklusivitet«, er, uanset om den anfægtes, irrelevant i denne forbindelse. Jeg har forklaret ovenfor, at det ikke kan påvises, at de omhandlede rabatter (uanset hvordan de »betegnes«) er ulovlige, uden at undersøge alle relevante omstændigheder. Kommissionen har under retsmødet medgivet, at selv »eksklusivitetsrabatter« i princippet kan være begrundet for så vidt angår den pågældende virksomhed. Det forhold, at parterne er enige om, at Kommissionen ikke støttede sig på de oplysninger, der blev indhentet under det omhandlede møde med henblik på at belaste Intel, er uden betydning: Dette har ingen betydning for den mulige *diskulperende* værdi af mødet¹²⁴. Mere grundlæggende er spørgsmålet om, hvorvidt retten til forsvar er blevet tilsidesat, fuldstændigt uafhængigt af, om denne (potentielle) tilsidesættelse havde betydning for det materielle indhold af den omtvistede beslutning.

221. Det har ganske enkelt kun begrænset betydning, om nogen, hvordan Intels rabatter er blevet kvalificeret, eller hvilke beviser der er anvendt til at belaste appellanten, hvis dennes ret til forsvar er blevet tilsidesat. Domstolen skal kun afgøre, om appellanten har godtgjort, at denne ville have været bedre i stand til at varetage sit forsvar, hvis den havde haft adgang til en registrering af det pågældende møde. For at afgøre dette spørgsmål skal Domstolen bl.a. vurdere, om det interne notat – som appellanten for sent først fik adgang til i første instans – kunne have »rådet bod« på en tidligere procedurefejl som følge af Kommissionens beslutning om ikke at tage referat af det omhandlede møde. Jeg er derfor ikke overbevist af Kommissionens argument om, at appellants argumenter vedrørende tilstrækkeligheden af det interne notat i virkeligheden bestrider faktiske konstateringer.

222. Som jeg vil forklare i det følgende, bør det fjerde appelanbringende tages til følge.

a) Det omhandlede møde var et interview som omhandlet i artikel 19 i forordning nr. 1/2003.

223. Appellanten har gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at konkludere, at der ikke var sket en tilsidesættelse af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, sammenholdt med artikel 3 i forordning nr. 773/2004¹²⁵. Intel har i denne henseende gjort gældende, at sondringen i den appellerede dom mellem »formelle« og »uformelle« interview er en retlig fejl. Det samme gælder efter appellants opfattelse konstateringen af, at Kommissionen ikke har pligt til at registrere »uformelle« interview¹²⁶.

224. Inden jeg går videre til vurderingen af denne sondring, vil jeg kort opridse de (proceduremæssige) trin, der førte til fremlæggelsen af det interne notat vedrørende det omhandlede møde for appellanten.

225. Det fremgår af den appellerede dom, at Kommissionen under den administrative procedure først afviste, at et møde med D1 havde fundet sted. Kommissionen medgav først, at et møde havde fundet sted, efter at Intel havde påvist, at der forelå en indikativ liste over emner, der skulle drøftes på det omhandlede møde. På dette tidspunkt afviste Kommissionen fortsat, at der fandtes et notat fra mødet. Nogle måneder senere anerkendte høringskonsulenten imidlertid, at der fandtes et internt notat, men påpegede samtidig, at appellanten ikke havde ret til aktindsigt i dette notat. Kommissionen fremsendte

124 – Jf. vedrørende dette spørgsmål den appellerede doms præmis 611.

125 – Den appellerede doms præmis 612.

126 – Den appellerede doms præmis 614 og 615.

imidlertid en kopi af den ikke-fortrolige udgave af det interne notat til Intel i december 2008 »af høflighedsgrunde«. Adskillige passager var blevet skjult i denne kopi. Efter at Retten havde anmodet herom, blev den fortrolige udgave af dette notat endelig meddelt appellanten under sagen ved Retten i januar 2013¹²⁷.

226. Med hensyn til fortolkningen af artikel 19 i forordning nr. 1/2003 er beføjelsen til at gennemføre interview en logisk følge af de vide efterforskningsbeføjelser, som Kommissionen gives i forordning nr. 1/2003. Spørgsmålet er her, om der alligevel er grænser for disse beføjelser.

227. Disse grænser kan klart fastlægges ud fra de relevante bestemmelsers ordlyd. Artikel 19 i forordning nr. 1/2003 bestemmer først, at Kommissionen kan gennemføre interview med alle fysiske eller juridiske personer, der indvilger heri med henblik på indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse. Mens artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 773/2004 omhandler en pligt til at registrere interview, bestemmer forordningens artikel 3, stk. 3, at Kommissionen kan vælge, *hvordan* de udspurgtes udtalelser registreres.

228. Set i dette lys er det efter min opfattelse ganske indlysende, at Kommissionen, når den beslutter at gennemføre et interview, ikke kan undlade at registrere det materielle indhold af dette interview. Den kan i modsætning dertil stadig vælge, *hvordan* (hvilket medie, den vil benytte) det registreres.

229. Dette modsiges som sådan ikke af den appellerede dom¹²⁸.

230. Problemet ligger i stedet i den kendsgerning, at Retten i den appellerede dom sondrede mellem uformelle og formelle interview. En sådan sondring findes ikke i de retlige rammer, der er fastlagt ved forordning nr. 1/2003.

231. Denne sondring er efter min opfattelse særdeles problematisk. Tilvejebringelse, gennem juridisk fortolkning, af et nyt redskab, som Kommissionen kan anvende til at gennemføre dens undersøgelse, ville sætte den i stand til at omgå de regler, som lovgiver har indført specifikt for at regulere de beføjelser, der er tildelt denne institution i forbindelse med undersøgelser vedrørende overtrædelse af konkurrencereglerne.

232. En af disse regler er, som det klart fremgår af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, sammenholdt med artikel 3 i forordning nr. 773/2004, at oplysninger – der indsamles under interview vedrørende en undersøgelses genstand – skal registreres. Ethvert møde med tredjemand, som specifikt er tilrettelagt for at indsamle materielle oplysninger, som skal anvendes i vurderingen af en sag, må efter min opfattelse være omfattet af anvendelsesområdet for artikel 19 i forordning nr. 1/2003.

233. Dette indebærer derimod ikke, at Kommissionen aldrig kan kontakte tredjemand uformelt. Som det klart fremgår af ordlyden i artikel 19 i forordning nr. 1/2003, er kun udvekslinger vedrørende genstanden for en undersøgelse omfattet af denne bestemmelses anvendelsesområde. Når udvekslinger mellem Kommissionen og tredjemand *ikke* vedrører genstanden for en bestemt (sædvanligvis igangværende) undersøgelse, har Kommissionen ikke pligt til at registrere, at sådanne udvekslinger findes.

234. I den foreliggende sag kan jeg imidlertid ikke se, hvordan det omhandlede møde kan udlægges som andet end et interview som omhandlet i artikel 19 i forordning nr. 1/2003.

127 – Den appellerede doms præmis 601 og 606.

128 – Den appellerede doms præmis 617.

235. Mødet vedrørte ikke kun genstanden for Kommissionens igangværende undersøgelse af Intels praksis. Som det angives i det interne notat, omhandlede emnerne på mødet, som øjensynligt varede fem timer, selve kernen i den undersøgte sag (nemlig om Intels rabatter til Dell var betingede af eksklusivitet). Stadig vigtigere er det, at den udspurgte person var en af Dells øverste ledere¹²⁹.

236. Det er i denne henseende irrelevant, om mødet havde, eller som Kommissionen har anført, ikke havde¹³⁰ til formål at indsamle beviser i form af et kontrasigneret referat eller udtalelser.

237. Hvis det blev accepteret, at kun sådanne kontakter med tredjemand er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 19 i forordning nr. 1/2003, ville det i væsentlig grad udvide Kommissionens beføjelse til at gennemføre interview uden forpligtelse til at registrere dem. Det ville også give Kommissionen mulighed for at være selektiv med hensyn til de beviser, der fremlægges for virksomheder, der mistænkes for at have overtrådt EU's konkurrenceregler: Kommissionens personale, som indkalder den person, der skal udspørges, eller det personale, der deltager i mødet, kunne på grundlag af deres subjektive synspunkter afgøre, hvad der skal indgå i sagens akter, og hvad der skal udelades.

238. Dette er imidlertid ikke den måde, hvorpå EU-lovgiver har udtænkt retten til »aktindsigt«. Fremlæggelse af *alle* beviser udgør reglen, og manglende fremlæggelse af specifikke beviser udgør undtagelsen, jf. artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 1/2003. Den fortolkning af artikel 19, som Kommissionen har foreslået, ville medføre risiko for at gøre artikel 27, stk. 2, virkningsløs.

239. Under retsmødet havde Kommissionen vanskeligt ved at forklare, hvilke kontakter med tredjemand den skal registrere, og hvilke den ikke behøver at registrere. Det er meget sigende, at Kommissionen i et forsøg på at forklare sin position faktisk tilsyneladende foreslog, at den helt efter eget skøn kunne beslutte at støtte sig på artikel 19 i forordning nr. 1/2003. Det er forståeligt, at Kommissionen ikke kunne give Domstolen et klart svar på dette punkt: Det forekommer meget vanskeligt at udpege et kriterium, der er egnet til at sondre mellem formelle og uformelle interview, som adskiller sig fra det lovfæstede, nemlig om interviewet vedrører genstanden for undersøgelsen.

240. Af samme betydning er det forhold, at beslutningen om, hvorvidt et interview skal registreres, også ville undslippe en mulig domstolsprøvelse. Eftersom der ikke findes skriftlige registreringer, hvordan skal Unionens retsinstanser da kunne kontrollere, om Kommissionen har overholdt bestemmelserne i forordning nr. 1/2003, og mere generelt om rettighederne for de virksomheder og fysiske personer, der er involveret i en undersøgelse, er blevet overholdt fuldt ud?

241. Når alt kommer til alt, findes kravet i artikel 3 i forordning nr. 773/2004 om, at interview skal registreres, af mindst to indbyrdes forbundne årsager. Dette krav sikrer på den ene side, at virksomheder, der mistænkes for at have overtrådt EU's konkurrenceregler, kan tilrettelægge deres forsvar, og på den anden side, at Unionens retsinstanser efterfølgende kan efterprøve, om Kommissionen har anvendt sine undersøgelsesbeføjelser inden for lovens rammer.

242. Det er følgelig min faste overbevisning, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen ikke havde overtrådt artikel 19 i forordning nr. 1/2003 ved ikke at tilrettelægge det omhandlede møde som et interview som omhandlet i denne bestemmelse og ved ikke at registrere det på behørig vis.

129 – Den appellerede doms præmis 621. Jf. også præmis 636 med hensyn til de emner, der blev drøftet på mødet.

130 – Jf. også den appellerede doms præmis 617.

b) Det interne notat rådede ikke bod for procedurefejlen

243. Som nævnt ovenfor (punkt 216) fandt Retten i den appellerede dom, at artikel 19 i forordning nr. 1/2003 ikke var blevet overtrådt. Den fandt imidlertid – i betragtning af indholdet og betydningen af de oplysninger, der blev indhentet under det omhandlede møde – at Kommissionen burde have registreret mødet. Dette udgjorde ifølge Rettens en tilsidesættelse af princippet om god forvaltning. Retten fandt i denne henseende, at under den foreliggende sags omstændigheder burde i det mindste et kortfattet notat have været henlagt til sagens akter, som indeholdt navnene på deltagerne og et kort resumé af de drøftede emner. Appellanten kunne derefter have anmodet om aktindsigt i dette dokument¹³¹.

244. Efter Rettens opfattelse blev der imidlertid rådet bod på denne procedurefejl ved den omstændighed, at en ikke-fortrolig udgave af det interne notat under den administrative procedure blev stillet til rådighed for Intel, og at denne fik mulighed for at indgive kommentarer til dette dokument. Dette notat, som var udarbejdet som et internt resumé af de drøftede emner til de medlemmer af Kommissionens tjenestegrene, som behandlede sagen, indeholdt navnene på deltagerne og »et kort resumé af de drøftede emner«¹³².

245. Dette var ifølge appellanten en retlig fejl, ikke kun fordi Kommissionen havde pligt til at registrere det materielle indhold af det omhandlede møde, men også fordi notatet ikke, i modsætning til, hvad Retten fastslog, indeholdt »et kort resumé af de drøftede emner«.

246. Jeg er enig.

247. Principielt kan et notat af den form, der er beskrevet i den appellerede dom, ikke under nogen omstændigheder råde bod for en tilsidesættelse af et væsentligt procedurekrav. Som Retten medgav i den appellerede dom, er dette notat nemlig blot et kortfattet af resumé af de emner, der blev drøftet på dette møde¹³³. Det omhandler derimod ikke genstanden for interviewet. Dette har Kommissionen selv anerkendt. Mest grundlæggende er det imidlertid, at notatet ikke omhandler indholdet af de oplysninger, som D1 gav under mødet om de emner, hvortil der henvises.

248. Et sådant notat kan efter min opfattelse ikke råde bod på en tilsidesættelse af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, sammenholdt med artikel 3 i forordning nr. 773/2004.

249. Det kan ikke understreges nok, at oplysningerne i sagens akter om et interview skal være tilstrækkelige til at sikre, at retten til forsvar for de virksomheder, der er under anklage for tilsidesættelse af EU's konkurrenceregler, overholdes. Dette er i høj grad ikke tilfældet her. Jeg uddyber dette yderligere i punkt 257 ff. nedenfor.

250. Dette giver anledning til spørgsmålet om, hvorvidt den procedurefejl, der følger af en tilsidesættelse af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, sammenholdt med artikel 3 i forordning nr. 773/2004, kan bevirke, at den omtvistede beslutning er ulovlig med hensyn til konklusionerne vedrørende Dell. Modsat Rettens afgørelse¹³⁴ bør det ifølge appellanten være tilfældet. ACT har erklæret sig enig i dette synspunkt. Appellantens argumenter vedrører ganske vist det ræsonnement, der er anført i den appellerede dom for fuldstændighedens skyld. Det kunne derfor hævdes, at disse argumenter er virkningsløse og ikke kan føre til ophævelse af denne dom¹³⁵. For så vidt som Domstolen er enig med mig i, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at 1) det omhandlede møde

131 – Den appellerede doms præmis 621.

132 – Den appellerede doms præmis 622.

133 – Den appellerede doms præmis 635 og 636.

134 – Den appellerede doms præmis 664.

135 – Jf. f.eks. dom af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, herefter »Dansk Rørindustri-dommen«, præmis 148 og den deri nævnte retspraksis).

ikke var et interview som omhandlet i artikel 19 i forordning nr. 1/2003, og at 2) det interne notat rådede bød for enhver procedurefejl, der fulgte af Kommissionens beslutning om ikke at registrere dette møde, skal Domstolen også vurdere ræsonnementet vedrørende følgerne af en mulig procedurefejl i den appellerede dom.

c) Konsekvensen af den manglende registrering af det omhandlede møde

251. Ifølge den appellerede dom adskiller den foreliggende situation sig fra situationen i Solvay-sagen¹³⁶, en sag, som appellanten primært har henvist til. I denne sag havde Kommissionen forlagt en række dokumenter efter afslutningen af den administrative procedure. Den pågældende virksomhed havde ikke indsigt i disse dokumenter under proceduren ved Kommissionen. Under disse omstændigheder fastslog Domstolen, at en sådan procedurefejl begrunder annullation af Kommissionens beslutning. Kriteriet for en sådan annullation blev udtrykt i følgende vendinger: En procedurefejl udgør et grundlag for annullation, når det ikke kan udelukkes, at dette (forlagte) materiale kunne have gjort det muligt for virksomheden at fortolke de faktiske omstændigheder anderledes end Kommissionen, hvilket kunne have været til nytte for virksomhedens forsvar¹³⁷.

252. Efter Rettens opfattelse kunne Domstolens udtalelse i Solvay-dommen imidlertid ikke overføres til de foreliggende omstændigheder. Dette skyldes, at indholdet af det omhandlede møde kunne rekonstrueres, modsat hvad der var tilfældet i Solvay-dommen¹³⁸. Derfor krævede Retten med henvisning til retspraksis vedrørende aktindsigt¹³⁹, at Intel skulle tilvejebringe et foreløbigt indicium for, at Kommissionen havde undladt »at registrere diskulperende oplysninger, som modsiger de direkte dokumentbeviser, hvorpå Kommissionen støttede sig i [den omtvistede beslutning], eller som i det mindste sætter dem i et andet lys«. En mulighed alene vedrørende relevansen af de oplysninger, der blev fremlagt under det omhandlede møde, blev ikke anset for tilstrækkelig¹⁴⁰.

253. Når der ikke er givet aktindsigt i en del af sagen under den administrative procedure, men hvor aktindsigt er blevet givet under retsforhandlingerne, er det relevante kriterium ifølge fast retspraksis principielt, om de ikke-meddelte oplysninger på nogen måde *kunne have været nyttige* til virksomhedens forsvar. Det kræves ikke, at disse oplysninger ville have ført til en beslutning med et andet indhold¹⁴¹. Det skal i stedet påvises, at virksomheden bedre ville have været i stand til at varetage sit forsvar, hvis fejlen ikke havde foreligget¹⁴².

254. Denne regel gælder imidlertid, når der ikke er anvendt *direkte dokumentbeviser* som bevis. Når Kommissionen har støttet sig på *direkte dokumentbeviser* i den omtvistede beslutning, påhviler det den berørte virksomhed at påvise, at Kommissionen ikke har registreret diskulperende beviser, *som modsiger indholdet af disse beviser eller i det mindste sætter dem i et andet lys*¹⁴³. For så vidt som Kommissionen har støttet sig på direkte dokumentbeviser for at føre bevis for en overtrædelse, er det særligt vanskeligt at løfte bevisbyrden.

136 – Jf. dom af 25.10.2011, Solvay mod Kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:686, herefter »Solvay-dommen«).

137 – Solvay-dommen, præmis 57-62.

138 – Den appellerede doms præmis 630.

139 – Jf. navnlig Aalborg-dommen, præmis 133.

140 – Den appellerede doms præmis 629.

141 – Dom af 15.10. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P og C-254/99 P, EU:C:2002:582, herefter »dommen Limburgse Vinyl Maatschappij«, præmis 318 og den deri nævnte retspraksis). Jf. Aalborg-dommen, præmis 75.

142 – Jf. dom af 2.10.2003, Thyssen Stahl mod Kommissionen (C-194/99 P, EU:C:2003:527, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

143 – Jf. Aalborg-dommen, præmis 133. Jf. også dom af 1.7.2010, Knauf Gips mod Kommissionen (C-407/08 P, EU:C:2010:389, herefter »Knauf Gips-dommen«, præmis 23 og 24 og den deri nævnte retspraksis).

255. Spørgsmålet om, hvorvidt en sådan tilgang generelt er begrundet, ligger uden for rækkevidden af dette forslag til afgørelse. Når et sådan krav stilles til appellanten i den foreliggende sag, er det efter min opfattelse en klar retlig fejl. Dette skyldes, at den bevisbyrde, som dermed pålægges den berørte virksomhed, ganske enkelt er umulig at løfte. Den korrekte tilgang er at spørge, som Domstolens udtalelse i Solvay-dommen kræver, om det fra starten kan udelukkes, at de oplysninger, hvortil den berørte virksomhed ikke havde adgang, kunne have været til nytte for virksomhedens forsvar.

256. I den foreliggende sag må dette spørgsmål besvares benægtende.

257. I Solvay-sagen var der ingen tænkelig mulighed for at rekonstruere indholdet af de forlagte dokumenter fra andre kilder. Kommissionen havde desuden selv indrømmet, at de forlagte dokumenter sandsynligvis indeholdt oplysninger, som var relevante for virksomhedens forsvar (mere specifikt svar på anmodninger om oplysninger)¹⁴⁴.

258. I den foreliggende sag var det omhandlede møde ikke blevet registreret tilstrækkeligt, som jeg har forklaret ovenfor. Appellanten fik ikke desto mindre aktindsigt i den ikke-fortrolige udgave af det interne notat og det såkaldte opfølgende dokument under den administrative procedure. Dette dokument indeholdt Dells skriftlige svar på mundtlige spørgsmål, som D1 blev stillet under det omhandlede møde. Senere fik appellanten under retsforhandlingerne aktindsigt i den fortrolige udgave af notatet. Disse to dokumenter gav – ifølge Retten – tilstrækkelige indikationer for, hvad der blev drøftet på mødet. På grundlag af disse dokumenter konkluderede Retten, at mødet ikke afslørede nye diskulperende beviser, som appellanten kunne have udnyttet til sit forsvar¹⁴⁵.

259. De oplysninger, der kan udledes af disse dokumenter, om, hvad der foregik på det omhandlede møde, er imidlertid ren spekulation, hvilket den appellerede dom i høj grad viser¹⁴⁶. Som det fremgår af analysen af de tilgængelige oplysninger i den appellerede dom, er det, når der ikke foreligger en tilstrækkelig registrering af mødet, ikke muligt med sikkerhed at afgøre, hvad der blev drøftet, og i hvilket omfang dette kunne have været diskulperende, belastende eller endda neutralt¹⁴⁷.

260. En domstolsprøvelse kan ikke baseres på formodninger om beviser.

261. Det er bestemt korrekt, som Kommissionen har påpeget, at en undersøgelse af, om en tilsidesættelse af retten til forsvar burde føre til annullation af Kommissionens beslutning, indledes med de klagepunkter, der er rejst mod den berørte virksomhed, og de beviser, som er blevet fremlagt til støtte herfor¹⁴⁸. Ellers ville det altid være muligt at hævde, at oplysninger, som ikke fandtes i sagens akter, kunne have været til nytte for den berørte virksomhed¹⁴⁹.

262. På baggrund af Kommissionens klagepunkter over for Intel i den foreliggende sag er der næppe tvivl om relevansen af det omhandlede møde. Som Retten bemærkede, viser det interne notat og det opfølgende dokument, at spørgsmål, som var relevante for at afgøre, om Dell modtog konkurrencebegrænsende loyalitetsrabatter fra appellanten, blev drøftet på mødet¹⁵⁰.

144 – Solvay-dommens præmis 62 og 64.

145 – Jf. den appellerede dom, bl.a. præmis 631, 644, 658 og 660.

146 – Jf. den appellerede dom, særligt præmis 646 og 658.

147 – Den appellerede doms præmis 632-660.

148 – Jf. Solvay-dommens præmis 59.

149 – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Solvay mod Kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:256, punkt 191).

150 – Den appellerede doms præmis 632 ff.

263. I sådanne situationer påhviler bevisbyrden – generelt – den berørte virksomhed¹⁵¹. Som Kommissionen har anført, påhviler det den berørte virksomhed at angive og bevise, at den kunne have anvendt sagsakter, som den i strid med reglerne ikke fik aktindsigt i under den administrative procedure, til sit forsvar. Dette gælder imidlertid, hvis dokumenter er blevet tilbageholdt under den administrative procedure, og hvis indholdet af disse dokumenter senere kunne fastlægges og prøves af Domstolen¹⁵². Som generaladvokat Kokott anførte i sit forslag til afgørelse i Solvay-sagen, skyldes dette, at den berørte virksomhed under sådanne omstændigheder er i besiddelse af konkrete oplysninger om forfatterne til dokumentet og arten af det dokument, som den ikke har fået adgang til. Men ikke kun. Mere grundlæggende kan den berørte virksomhed under sådanne omstændigheder også beskrive *indholdet* af disse dokumenter¹⁵³.

264. Situationen i denne sag er en anden. Forfatterens identitet og mødets art er kendte på grundlag af det interne notat. Indholdet af D1's svar på Kommissionens spørgsmål er imidlertid stadig uklart. Som Retten bemærkede, belyste det interne notat og det opfølgende dokument ganske vist i nogen grad de specifikke emner, som blev drøftet på det omhandlede møde. Disse dokumenter er imidlertid ikke tilstrækkelige til efterfølgende at rekonstruere de fremlagte beviser, nemlig hvad det rent faktisk blev sagt på dette møde.

265. Selv om den appellerede dom ikke udtrykkeligt behandler spørgsmålet, kan den modsatte konklusion kun drages, hvis det antages, at D1 og Dell er én og samme person, og at han kun kunne have gentaget Dells holdning til de drøftede emner. I betragtning af hans stilling som en af Dells øverste ledere kan denne antagelse bestemt være korrekt.

266. Antagelsen kan dog også være ukorrekt.

267. I modsætning til, hvad Kommissionen øjensynligt anførte under retsmødet, er det lige så sandsynligt, at D1 udtrykte sine personlige synspunkter på det omhandlede møde¹⁵⁴. Vi ved det ganske enkelt ikke. Derfor kan det ikke udelukkes, at mødet kastede et andet, eller endda et nyt, lys på konditionaliteten af de rabatter, som Dell fik tilbudt. I stedet for at anerkende denne mulighed pålagde Retten appellant den angiveligt umulige opgave at bevise, at det ikke-registrerede møde tilvejebragte diskulperende beviser, som kunne have sat de beviser, som Kommissionen havde fremlagt til støtte for sine klagepunkter, i et andet lys. Af indlysende grunde konkluderede Retten, at appellant ikke have været i stand til at løse denne opgave.

268. Jeg må på dette grundlag konkludere, at også det fjerde appelanbringende bør tiltrædes.

269. Hvis Domstolen er uenig med mig, vil jeg alligevel råde til forsigtighed med hensyn til at forkaste det fjerde appelanbringende af følgende grund.

270. Lad os for argumentets skynd antage, at de pågældende beviser efterfølgende kunne rekonstrueres i tilstrækkelig grad, som Retten fastslog i den appellerede dom. Ifølge Retten skulle appellant derfor føre bevis for, at de pågældende beviser kunne anfægte de »direkte dokumentbeviser«, der allerede var blevet anses for tilstrækkelige til at dømme Intel for misbrug af en dominerende stilling med hensyn til de rabatter, som blev tilbudt Dell¹⁵⁵. Denne tilgang hviler på en vildfarelse. Den antager fejlagtigt, at

151 – For en kritik, jf. mit forslag til afgørelse SKW Stahl-Metallurgie og SKW Stahl-Metallurgie Holding mod Kommissionen (C-154/14 P, EU:C:2015:543, punkt 76 og 77).

152 – Dom Limburgse Vinyl Maatschappij, præmis 318 og 324, Aalborg-dommen, præmis 74, 75 og 131, og Knauf Gips-dommen, præmis 23 og 24.

153 – Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Solvay mod Kommissionen (C-109/10 P, EU:C:2011:256, punkt 193).

154 – Jf. i denne henseende den appellerede dom, præmis 572-575.

155 – Jf. navnlig den appellerede doms præmis 651-653.

beviser, som er blevet tilbageholdt under den administrative procedure, nødvendigvis må besidde en svagere bevisværdi end de beviser, som Kommissionen fremlagde til støtte for sin konstatering af misbrug. Problemet skyldes mere specifikt den alt for brede fortolkning af begrebet »direkte dokumentbeviser« i den appellerede dom.

271. Domstolen har efter min overbevisning ikke udtrykkeligt defineret dette begreb. Retspraksis giver imidlertid en nyttig indikation af dets rækkevidde.

272. Generelt anvendes begrebet direkte dokumentbeviser i retspraksis i forbindelse med artikel 101 TEUF til at beskrive bestemte typer beviser (i modsætning til f.eks. indirekte eller økonomiske beviser), som Kommissionen kan anvende til at godtgøre, at en overtrædelse er blevet begået, f.eks. at bestemte virksomheder har deltaget i et kartel eller en samordnet praksis i strid med artikel 101 TEUF¹⁵⁶.

273. I modsætning til indirekte beviser¹⁵⁷ er direkte dokumentbeviser generelt indhentet hos den eller de virksomheder, der er mistænkt for at have overtrådt EU's konkurrenceregler og navnlig artikel 101 TEUF. Sådanne beviser har typisk form af et dokument, der i sig selv indikerer, at der foreligger et kartel eller en samordnet praksis (eller bestemte virksomheders deltagelse i en sådan praksis). Dette ville være tilfældet for f.eks. et memorandum om en aftale mellem deltagere, udveksling af e-mail mellem deltagere vedrørende priser eller referater af møder vedrørende sådan praksis¹⁵⁸. Hvis Kommissionen har støttet sig på sådanne beviser for at påvise en overtrædelse eller virksomheders deltagelse i en overtrædelse, påhviler det virksomhederne – med henblik på annullation af den pågældende beslutning – at påvise, at de beviser, som de ikke fik adgang til under den administrative procedure, modsiger indholdet af de fremlagte direkte dokumentbeviser¹⁵⁹.

274. De beviser, som Kommissionen støttede sig på den omtvistede beslutning for at påvise konditionaliteten af de rabatter, der blev ydet Dell, kan i bedste fald beskrives som indirekte eller formodentlige¹⁶⁰. Et punkt, der ikke bør overses, er faktisk, at de i denne sag omhandlede »eksklusivitetsrabatter« (herunder rabatterne til Dell) de facto blev anset for at være betinget af eksklusivitet. Dette skyldes, at rabatterne ikke var betinget af en formel forpligtelse til eksklusive indkøb¹⁶¹. Konditionaliteten af de rabatter, som blev tilbudt Dell, blev i stedet (indirekte) udledt af rabatternes størrelse¹⁶². Særlig relevans blev også tildelt Dells indtryk af de risici, der var forbundet med at flytte en del af virksomhedens indkøb til en konkurrent¹⁶³. Selv om det kan forekomme indlysende, skal det fremhæves, at sådanne beviser næppe kan beskrives som »direkte dokumentbeviser« vedrørende konditionaliteten af de omhandlede rabatter.

275. Når et skriftligt dokument, som attesterer eksistensen af en forpligtelse til eksklusive indkøb, ikke foreligger, ville accepten af ethvert skriftligt bevis som »direkte dokumentbeviser« for misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF efter min opfattelse alvorligt undergrave den berørte virksomheds ret til forsvar: Det ville ikke være tilstrækkeligt for en virksomhed at påvise, at et

156 – For en drøftelse af direkte dokumentbeviser i kartelsager, jf. M. Guerrin og G. Kyriazis, »Cartels: Proof and Procedural Issues«, Fordham International Law Journal, Volume 16, Issue 2, 1992, s. 266-341, særligt s. 299-301.

157 – Jf. f.eks. dom af 14.7.1972, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen (48/69, EU:C:1972:70, præmis 65-68, herefter ICI-dommen) og af 16.12.1975, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174, præmis 164 og 165), vedrørende anvendelse af korrespondance mellem tredjemænd som bevis.

158 – Jf. f.eks. Aalborg-dommen, præmis 158 og den deri nævnte dom appelleret i denne sag. Jf. også dom af 19.3.2003, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen (T-213/00, EU:T:2003:76, præmis 136 ff.).

159 – Jf. Aalborg-dommen, præmis 133, hvor Domstolen klart udtrykte denne regel.

160 – For at påvise konditionaliteten af de omhandlede rabatter i den omhandlede beslutning støttede Kommissionen sig på visse interne dokumenter fra Intel, dvs. præsentationer og e-mail (238.-242. betragtning til den omhandlede beslutning), Dells artikel 18-svar (233. og 234. betragtning til den omhandlede beslutning) og visse interne dokumenter fra Dell, dvs. præsentationer og e-mail (særligt 222.-227., 229. og 231. betragtning til den omhandlede beslutning). Jf. også den appellerede doms præmis 444-515.

161 – Vedrørende Dell, jf. den appellerede doms præmis 440.

162 – 950. betragtning til den omhandlede beslutning og den appellerede doms præmis 504-514.

163 – Særligt 221. og 323. betragtning til den omhandlede beslutning.

bevis, hvortil den ikke havde adgang under administrative procedure, kunne have været til nytte for dens forsvar. Denne virksomhed skulle desuden påvise (som Retten krævede i den appellerede dom), at de tilbageholdte beviser modsagde indholdet af de beviser, som Kommissionen havde fremlagt til støtte for sin konstatering af misbrug.

276. På denne baggrund er det min faste overbevisning, at *indirekte* beviser af den type, der er nævnt i den omtvistede beslutning, skal vurderes i deres helhed (inden det kan afgøres, om *mængden* af fremlagte beviser som helhed er tilstrækkelige til at påvise misbrug af en dominerende stilling). Med henblik på annullation af den omtvistede beslutning skal den berørte virksomhed under sådanne omstændigheder blot godtgøre, at den på en eller anden måde kunne have udnyttet de tilbageholdte beviser til sit forsvar, og ikke, at disse beviser modsiger indholdet af de beviser, som Kommissionen har fremlagt for at påvise overtrædelsen¹⁶⁴.

277. Jeg konkluderer derfor, at det fjerde appelanbringende, selv i dette subsidiære tilfælde, bør tiltrædes.

F – Det femte appelanbringende: kompetence

1. Parternes hovedargumenter

278. Med sit femte appelanbringende har Intel med støtte fra ACT gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen havde kompetence til at anvende artikel 102 TEUF på Intels aftaler med Lenovo i 2006 og 2007 (herefter henholdsvis »2006-aftalen« og »2007-aftalen« eller under ét »Lenovo-aftalerne«). På den ene side tilskyndede 2006-aftalen gennem et økonomisk incitament Lenovo til at udskyde (og i sidste ende annullere) lanceringen af to AMD-baserede produkter på verdensmarkedet¹⁶⁵. På den anden side vedrørte 2007-aftalen de rabatter, som Intel ville yde, hvis Lenovo besluttede at foretage eksklusive indkøb af cpu'er til sine bærbare computere hos Intel¹⁶⁶. Appellanten har anført, at de ikke-skjulte begrænsninger og rabatter med hensyn til Lenovo hverken blev gennemført i EØS eller havde umiddelbare, væsentlige og forudseelige virkninger i dette område.

279. Kommissionen har anført, at det femte appelanbringende er ugrundet: Retten begik ikke en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen havde kompetence til at anvende artikel 102 TEUF i forbindelse med Lenovo-aftalerne. Kommissionen har gjort gældende, at kompetence i henhold til folkeretten kan baseres på forskellige faktorer, såfremt der findes en tilstrækkelig forbindelse mellem den anfægtede adfærd og de gældende regler i det berørte område. I denne henseende kan en sådan forbindelse kun påvises ved hjælp af betingelserne om gennemførelse og om kvalificerede virkninger. Ved at anvende disse betingelser begår Retten – ifølge Kommissionen – ingen retlige fejl i den appellerede dom.

2. Analyse

280. Dette appelanbringende er på ingen måde af mindre betydning end de allerede undersøgte anbringender. Det giver Domstolen en velkommen lejlighed til at præcisere den retspraksis, der følger af ICI-dommen, som senere blev uddybet i Wood Pulp-dommen¹⁶⁷ vedrørende den territoriale anvendelse af EU's konkurrenceret. Det vil give Domstolen mulighed for at finjustere denne retspraksis og tilpasse den til den nuværende situation, som er kendetegnet ved globale økonomier, integrerede markeder og omfattende handelsmønstre.

164 – Dom af 2.10.2003, Thyssen Stahl mod Kommissionen (C-194/99 P, EU:C:2003:527, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

165 – 560. betragtning til den omtvistede beslutning.

166 – 561. betragtning til den omtvistede beslutning.

167 – Jf. dom af 27.9.1988, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85-129/85, EU:C:1988:447 (herefter »Woodpulp-dommen«).

281. Det er her vigtigt at være opmærksom på de bredere følger, som Domstolens afgørelse sandsynligvis vil få. En overdrevent generøs fortolkning af reglerne om territorial kompetence er bestemt ikke ukontroversiel i forhold til folkeretten, i overensstemmelse med hvilken EU-retten skal fortolkes¹⁶⁸. Dette appelanbringende bør derfor ses i et bredere perspektiv.

282. Generelt antager kompetence (mindst) tre forskellige former: lovgivende kompetence, retshåndhævende kompetence og dømmende kompetence. Intel har betvivlet Kommissionens kompetence til at anvende EU's konkurrenceret over for ensidig adfærd, der følger af aftaler, som angiveligt har virkninger uden for Den Europæiske Union. Denne sag vedrører derfor ikke fysisk håndhævelse uden for EU's område, et forhold, der giver anledning til en række vanskeligheder i forhold til folkeretten.

283. Det skal her fremhæves, at stater i henhold til folkeretten i visse tilfælde kan udøve ekstraterritorial kompetence. Selv om det ganske vist ikke i sig selv er bindende¹⁶⁹, viser gensidigt hensyn til kompetenceområderne for både Den Europæiske Union og for berørte tredjelande¹⁷⁰, eller comity-princippet, at det er nødvendigt med tilbageholdenhed i udøvelsen af ekstraterritorial kompetence. Ikke overraskende modsætter Den Europæiske Union sig selv ekstraterritorial anvendelse af tredjelandes love, når den anser dette for ulovligt¹⁷¹.

284. En undersøgelse af Domstolens praksis viser imidlertid, at anvendelsen af EU-retten forudsætter en tilstrækkelig forbindelse til EU's område¹⁷². Folkerettens grundlæggende princip om territorialitet overholdes således. Det er imidlertid på ingen måde usædvanligt, at en stat eller en international organisation ved udøvelsen af retsmyndighed tager hensyn til omstændigheder, der finder sted eller har fundet sted uden for det område, hvor den har territorial kompetence¹⁷³.

285. Ifølge Domstolens faste praksis omfatter EU's konkurrenceret et krav om en tilstrækkelig forbindelse til EU's område enten gennem tilstedeværelsen af et datterselskab eller gennem udførelsen af konkurrencebegrænsende adfærd inden for dette område. I tidligere sager var det imidlertid meget lettere at udpege denne forbindelse end i den foreliggende sag.

286. I den foreliggende sag fandt Retten, at der kan anvendes to alternative betingelser for håndhævelse af kompetence: betingelsen om gennemførelse og betingelsen om »kvalificerede virkninger« af praksis inden for EØS¹⁷⁴. Ifølge Retten førte anvendelsen af disse betingelser til den samme konklusion: Kommissionen havde kompetence over for Lenovo-aftalerne¹⁷⁵.

287. I det følgende vil jeg først forklare min holdning til spørgsmålet om kompetence for så vidt angår offentlig håndhævelse af EU's konkurrenceregler¹⁷⁶. Jeg vil derefter illustrere, hvorfor dette appelanbringende efter min opfattelse er velbegrundet.

168 – Jf. bl.a. dom af 24.11.1992, Poulsen og Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453, herefter »Poulsen-dommen«, præmis 9).

169 – Jf. i denne retning dom af 29.6.2006, SGL Carbon mod Kommissionen (C-308/04 P, EU:C:2006:433, præmis 34).

170 – Jf. i denne retning dom af 14.7.1972, Geigy mod Kommissionen (52/69, EU:C:1972:73, præmis 11).

171 – Jeg kan eksempelvis henvise til Rådets forordning (EF) nr. 2271/96 af 22.11.1996 om beskyttelse mod virkningerne af den ekstraterritoriale anvendelse af lovgivning vedtaget af et tredjeland og af foranstaltninger, som er baseret herpå eller er en følge heraf (EFT 1996, L 309, s. 1, særligt tredje og fjerde betragtning til forordningen).

172 – Jf. bl.a. Poulsen-dommen, præmis 28, dom af 29.6.1994, Aldewereld (C-60/93, EU:C:1994:271, præmis 14), af 9.11.2000, Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:605, præmis 25), af 24.6.2008, Commune de Mesquer (C-188/07, EU:C:2008:359, præmis 60-63), af 21.12.2011, Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:864, herefter »ATAA-dommen«, præmis 125), og af 13.5.2014, Google Spain og Google (C-131/12, EU:C:2014:317, herefter »Google Spain-dommen«, præmis 54 og 55). Jf. også dom af 23.4.2015, Zuchtvieh-Export (C-424/13, EU:C:2015:259, præmis 56).

173 – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Air Transport Association of America m.fl. (C-366/10, EU:C:2011:637, punkt 148 og 149).

174 – Den appellerede doms præmis 231-236 og 244.

175 – Den appellerede doms præmis 296 og 310.

176 – Jeg vil i dette forslag til afgørelse ikke behandle Unionens retsinstansers kompetence til at prøve sager vedrørende privat håndhævelse af EU's konkurrenceregler eller EU-lovgivers beføjelse til at lovgive om konkurrenceforhold.

a) Generelle betragtninger: gennemførelse og/eller virkninger?

288. Mit første punkt er simpelt og indlysende. For at afgøre, om Kommissionen kan anvende EU's konkurrenceregler over for en specifik adfærd, må udgangspunktet være ordlyden i artikel 101 TEUF og 102 TEUF. Langt fra at give Kommissionen carte blanche til at anvende EU's konkurrenceregler over for adfærd, hvor den end forekommer, og uanset om den har forbindelse til EU's område, vedrører disse bestemmelser kollektiv eller ensidig konkurrencebegrænsende adfærd *inden for det indre marked*: Artikel 101 TEUF forbyder aftaler eller former for praksis, »som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked«, og artikel 102 TEUF forbyder »misbrug [...] på det indre marked«.

289. Kompetencereglen for anvendelsen af EU's konkurrenceregler er således klart fæstet i disse bestemmelser. Selv om artikel 102 TEUF er lidt mindre klar, er artikel 101 TEUF meget explicit, idet den gælder for enhver adfærd, der har *konkurrencebegrænsende virkninger* på det indre marked.

290. Ligesom Kommissionen er jeg ikke af den opfattelse, at Domstolens dom i *Woodpulp-sagen* bør fortolkes således, at *gennemførelse* er den eneste gyldige betingelse for kompetence. Jeg er snarere af den opfattelse, at artikel 101 TEUF og 102 TEUF uden tvivl finder anvendelse i tilfælde af konkurrencebegrænsende adfærd inden for Den Europæiske Union. Det kan med andre ord ikke anfægtes, at adfærd, som gennemføres inden for Den Europæiske Union, kan have virkninger på det indre marked og derfor ikke kan undslippe prøvelse i henhold til EU's konkurrenceregler. Det bør i denne sammenhæng ikke glemmes, at betingelsen om gennemførelse er dybt forankret i princippet om territorialitet og dermed, hvis den opfyldes, er en afgørende faktor for at fastslå, om Kommissionen har kompetence til at anvende disse regler over for en bestemt adfærd¹⁷⁷.

291. Det forhold, at kun en del af den relevante adfærd har fundet sted inden for Den Europæiske Union, er i denne henseende uvæsentligt¹⁷⁸. I *Woodpulp-dommen* behandlede Domstolen forskellige former for praksis, der havde til formål at aftale priserne på cellulose – hvilket ifølge Kommissionen var i strid med den nuværende artikel 101 TEUF – som af udenlandske celluloseproducenter var blevet vedtaget uden for Den Europæiske Union. I denne sammenhæng forklarede Domstolen, hvorfor gennemførelsen og ikke indgåelsen eller dannelsen af en aftale eller en samordnet praksis var relevant for påvisningen af kompetence. Hvis forbuddene i traktaterne kun kunne anvendes, når aftalen, beslutningen eller den samordnede praksis blev dannet eller vedtaget inden for EU's område, ville virksomhederne få en let adgang til at unddrage sig anvendelsen af EU's konkurrenceregler. I denne sag blev betingelsen om gennemførelse opfyldt gennem direkte salg af kartellets produkter: De berørte virksomheder havde solgt cellulose direkte til købere i Den Europæiske Union¹⁷⁹.

292. Jeg deler imidlertid ikke Intels opfattelse, hvorefter kun direkte salg til Den Europæiske Union af den pågældende virksomhed kan anses for at opfylde betingelsen om gennemførelse for så vidt angår *Woodpulp-dommen*. Den almindelige betydning af »gennemførelse« er at udføre eller igangsætte. For at opfylde denne betingelse skal et af de grundlæggende elementer af den konkurrencebegrænsende adfærd finde sted inden for Den Europæiske Union. Hvorvidt dette gør sig gældende, afhænger primært af den pågældende adfærds art, form og rækkevidde. Der skal i hvert enkelt tilfælde foretages en vurdering af den ulovlige adfærd for at bekræfte, om denne adfærd finder sted inden for Den Europæiske Union. Jeg er f.eks. ikke overbevist om, at indirekte salg af det relevante produkt aldrig kan anses for gennemførelse¹⁸⁰. Dette afhænger efter min opfattelse af omstændighederne i den enkelte sag. Blandt de elementer, der bør overvejes i denne forbindelse, er eksempelvis, om en af de

177 – Jf. *Woodpulp-dommen*, præmis 16 og 18.

178 – Jeg vil bemærke, at Domstolen har bekræftet denne tilgang i en række sager, hvor anvendelsen af de relevante EU-regler på grundlag af en påstået ekstraterritorial virkning er blevet anfægtet af private parter, jf. *Poulsen-dommen*, *ATAA-dommen* og dom af 13.5.2014, *Google Spain og Google* (C-131/12, EU:C:2014:317).

179 – *Woodpulp-dommen*, præmis 12-18.

180 – Jeg har således en anden holdning til dette spørgsmål end generaladvokat Wathelet. Jf. punkt 46 i generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse *InnoLux mod Kommissionen* (C-231/14 P, EU:C:2015:292).

virksomheder, der har indgået kartelaftaler om et produkt, og den virksomhed, som indbygger det i et andet produkt, som derefter markedsføres i Unionen, udgør én økonomisk enhed, eller, hvis dette ikke er tilfældet, om der forekommer andre selskabsmæssige eller strukturelle forbindelser mellem de pågældende virksomheder.

293. Endelig er der et element af intra-territorial adfærd i forbindelse med gennemførelsen af en kollektiv eller ensidig adfærd inden for det indre marked, udløser dette derfor uden tvivl anvendelsen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF¹⁸¹. Dvs. når en del af den lovlige adfærd udføres, anvendes eller iværksættes inden for det indre marked, fordi et af dens grundlæggende elementer finder sted der.

294. Hvis gennemførelse blev anset for den eneste betingelse for kompetence, som udløser anvendelsen af EU's konkurrenceregler, ville forskellige typer af adfærd, som kan have til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, falde uden for disse reglers anvendelsesområde. Jeg tænker her på adfærd, der er kendetegnet ved ulovlig udeladelse, såsom afslag på handel eller boykot. Som anført i punkt 288 og 289 ovenfor, ville en sådan fortolkning af artikel 101 TEUF og 102 TEUF være i strid med disse bestemmelsers ordlyd.

295. Flere generaladvokater har faktisk allerede anbefalet Domstolen at benytte en virkningsbaseret tilgang til kompetence inden for konkurrenceretten¹⁸². Domstolen har indtil videre hverken bekræftet eller udtrykkeligt afvist denne tilgang¹⁸³.

296. Domstolen bør på denne baggrund udtrykkeligt behandle dette spørgsmål i denne sag og i overensstemmelse med generaladvokaternes anbefalinger anvende en virkningsbaseret tilgang til anvendelsen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF.

297. Om en sådan tilgang er forankret i et (bredt) territorialitetsbegreb eller i stedet omfatter en vis ekstraterritorial anvendelse af EU-reglerne, er ikke afgørende¹⁸⁴. Det afgørende er, at *virksomheder* under visse omstændigheder er en betingelse for kompetence, som – for så vidt angår denne form for lovgivning – generelt accepteres i henhold til folkeretten¹⁸⁵, og at mange retsinstanter i hele verden har tilsluttet sig dette¹⁸⁶. I retslitteraturen er mange faktisk af den opfattelse, at enhver tvist vedrørende dens anvendelse i dag tilhører fortiden¹⁸⁷.

298. Det bør i denne sammenhæng bemærkes, at flere andre EU-retlige bestemmelser omhandler adfærden for udenlandske enheder, som hverken er statsborgere i en EU-medlemsstat eller har fysisk eller juridisk tilstedeværelse i Unionen, som følge af den virkning, som denne adfærd afføder på det indre marked. Dette gælder f.eks. for en række bestemmelser vedrørende transaktioner med finansielle instrumenter eller andre typer økonomisk adfærd¹⁸⁸.

181 – Jf. V. Lowe og C. Staker, »Jurisdiction«, i M.D. Evans, (red.), *International Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2010, s. 322 og 323.

182 – Til støtte for en virkningsbaseret tilgang til kompetence, jf. navnlig generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse *Imperial Chemical Industries mod Kommissionen* (48/69, EU:C:1972:32, punkt 693 ff.) og generaladvokat Darmons forslag til afgørelse *Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen* (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85-129/85, EU:C:1988:258, herefter »forslag til afgørelse i Woodpulp-sagen«, punkt 19 ff.). Jf. i samme retning generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse *InnoLux mod Kommissionen* (C-231/14 P, EU:C:2015:292, punkt 49 ff.).

183 – Parterne har udførligt drøftet, om den nylige dom af 9.7.2015, *InnoLux mod Kommissionen* (C-231/14 P, EU:C:2015:451), støttede, selv kun implicit, denne tilgang. Det er imidlertid min opfattelse, at Domstolen besluttede ikke at behandle spørgsmålet om kompetence med den begrundelse, at det var irrelevant for sagens afgørelse. Jf. dommens præmis 71-73.

184 – Dette spørgsmål drøftes bestemt blandt juridiske eksperter, jf. bl.a. *International Bar Association, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, 2009, s. 12 og 13.

185 – Jf. OECD Revised recommendation of the Council Concerning Cooperation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade, 1995, findes på: <https://www.oecd.org/daf/competition/21570317.pdf>. Jf. også forslag til afgørelse i *Woodpulp-sagen*, punkt 19-31, og dom af 25.3.1999, *Gencor mod Kommissionen* (T-102/96, EU:T:1999:65, præmis 90).

186 – Jf. f.eks. *International Bar Association, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, 2009, s. 39-77.

187 – Jf. bl.a. F. Wagner-von Papp, »Competition Law, Extraterritoriality & Bilateral Agreements«, *Research handbook on International Competition Law*, Edward Elgar Publishing 2012, s. 41 og de deri nævnte henvisninger.

188 – For en oversigt over disse bestemmelser og en kritisk vurdering, jf. J. Scott, »The New EU »Extraterritoriality««, *Common Market Law Review*, vol. 51, Wolters Kluwer Law and Business, 2014, s. 1343-1380.

299. Dette betyder imidlertid ikke, at enhver virkning, uanset hvor svag eller indirekte den måtte være, kan udløse anvendelsen af EU's konkurrenceregler. I en globaliseret økonomi vil adfærd, der finder sted ethvert sted i verden, f.eks. Kina, næsten uundgåeligt have en form for virkning i Den Europæiske Union. Alligevel kan anvendelsen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF ikke støttes på en for fjern eller rent hypotetisk forbindelse eller virkning.

300. Det er efter min opfattelse særligt vigtigt, at kompetence kan gøres gældende i forhold til adfærd, som strengt taget ikke har fundet sted på Den Europæiske Unions område. For til en vis grad at overholde comity-princippet og i samme retning sikre, at virksomheder kan operere i et forudsigeligt juridisk miljø, kan virkningen af den anfægtede adfærd kun med stor forsigtighed bruges som målestok for at gøre kompetence gældende. Dette er så meget desto vigtigere i dag. Der findes mere end 100 nationale eller overnationale myndigheder i verden, som gør krav på kompetence over for konkurrencebegrænsende praksis.

301. Som Retten fastslog i Gencor-dommen, kan anvendelsen af EU's konkurrenceregler over for visse specifikke former for adfærd kun begrundes, når denne adfærd har umiddelbare, væsentlige og forudseelige virkninger på det indre marked¹⁸⁹. Her kan der drages indlysende paralleller til de konkurrenceregler, der gælder i Amerikas Forenede Stater (herefter »USA«): Section 1 i Sherman Act fastlægger et generelt forbud mod handelsbegrænsninger uden geografiske begrænsninger. Derfor vedtog USA's Kongres i 1982 Foreign Trade Antitrust Improvement Act (herefter »FTAIA«)¹⁹⁰ med det formål at præcisere (og muligvis begrænse) den ekstraterritoriale anvendelse af Sherman Act. FTAIA fastsætter bl.a. i det væsentlige, at USA's konkurrenceregler ikke finder anvendelse på udenlandsk adfærd, medmindre sådan adfærd har en direkte, væsentlig og rimeligvis forudseelig virkning i USA. I Empagran-sagen fandt den amerikanske højesteret – som fortolker Sherman Act og FTAIA – at det var urimeligt at anvende de amerikanske love på udenlandsk adfærd, når den deraf følgende anfægtede udenlandske skade var uafhængig af enhver indenlandsk skade¹⁹¹.

302. Domstolen bør lægge lignende principper til grund, når den fortolker og anvender artikel 101 TEUF og 102 TEUF over for virksomheders kollektive eller ensidige adfærd, der alene finder sted uden for Unionens grænser. Sådan adfærd er efter min opfattelse kun omfattet af disse bestemmelser, for så vidt som der kan konstateres en direkte (eller umiddelbar), væsentlig og forudseelig virkning på det indre marked. Denne betingelse om kvalificerede virkninger (hvilket, som jeg forstår det, betyder, at virkningerne er tilstrækkelige til at begrunde kompetence) er ikke opfyldt, når f.eks. virkningen i Unionen kun er hypotetisk eller under alle omstændigheder af mindre betydning. Den er heller ikke opfyldt, når fordrejningen af konkurrencen i det indre marked ikke kan tilregnes den pågældende virksomhed, eftersom disse skadelige virkninger ikke var forudseelige for den.

303. Ordlyden af artikel 101 TEUF og 102 TEUF begrundet ikke Kommissionens anvendelse af EU-reglerne over for adfærd, som ikke har nogen »kvalificeret« virkning på Den Europæiske Unions område. Den modsatte opfattelse ville også være problematisk i henhold til folkeretten. Overdreven anvendelse af EU's konkurrenceregler ville også medføre risiko for indgreb i andre staters suveræne interesser og være vanskelig at håndhæve både retligt og i praksis¹⁹². Det ville også i væsentlig grad øge overlappingerne mellem forskellige staters eller statsamfunds kompetencer og derved skabe stor usikkerhed for virksomheder og øgede risici for anvendelse af modstridende regler (eller domme) over

189 – Den appellerede doms præmis 243.

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

191 – Den amerikanske Supreme Courts dom, Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359 (2004).

192 – Det er netop af disse grunde, at EU-institutionerne har indgået aftaler med myndighederne i en række tredjelande om etablering af samarbejde inden for konkurrenceretten. Der er f.eks. indgået ikke mindre end to sådanne aftaler med den amerikanske regering, som begge, ganske interessant, omhandler spørgsmålet om kompetence. Teksten til disse aftaler og yderligere referencer findes på <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral>

for den samme adfærd. Endelig, men ikke mindre vigtigt, kan det rejse spørgsmål vedrørende princippet om god forvaltning: Hvilken interesse ville der være i at håndhæve EU-regler over for adfærd, som ikke har en væsentlig virkning i Den Europæiske Union? Ville det være en gyldig og effektiv anvendelse af Den Europæiske Unions begrænsede ressourcer?

304. I lyset af det ovennævnte kan Retten efter min opfattelse ikke, som Intel har gjort gældende, kritiseres for at have undersøgt Kommissionens kompetence til at anvende artikel 102 TEUF efter både betingelsen om gennemførelsen og betingelsen om »kvalificerede« virkninger. Det ville bestemt have været mere logisk først at vurdere, om Intels adfærd blev gennemført i Unionen, og hvis ikke, først da undersøge, om denne adfærd ikke desto mindre gav anledning til »kvalificerede« virkninger på det indre marked.

305. Det forhold, at Intel ikke anfægtede Kommissionens kompetence under den administrative procedure – som Retten har fremhævet i den appellerede doms præmis 246 – er irrelevant. Som Domstolen flere gange har haft lejlighed til at præcisere, omfatter den legalitetskontrol, der er fastsat i artikel 263 TEUF, samtlige elementer ved Kommissionens afgørelser vedrørende procedurerne i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF, med hensyn til hvilke Retten sikrer en grundig kontrol, såvel retligt som faktisk, i lyset af de af appellanten rejste anbringender, og henset til samtlige de oplysninger, som disse sidstnævnte har fremlagt, uanset om oplysningerne ligger forud eller efter den omtvistede beslutning, og uanset om de forudgående er blevet fremlagt inden for rammerne af den administrative procedure eller for første gang i forbindelse med det søgsmål, der er anlagt for Retten, for så vidt som disse sidstnævnte oplysninger er relevante for kontrollen med lovligheden af Kommissionens beslutning¹⁹³.

306. Den retlige ramme, som Retten anvendte, kan således ikke kritiseres. Anvendelsen af disse betingelser for kompetence på de tilfælde af misbrug, der angiveligt følger af Lenovo-aftalerne, i den appellerede dom giver alligevel anledning til følgende kritiske betragtninger fra min side.

b) Bedømmelse af Rettens anvendelse af relevante betingelser for kompetence

307. Jeg vil først undersøge Rettens konklusioner med hensyn til gennemførelsen i EØS af de ikke-skjulte begrænsninger og eksklusivitetsrabatter, der er omhandlet i Lenovo-aftalerne.

i) Gennemførelse

308. I den appellerede dom¹⁹⁴ fandt Retten, at det var hensigten, at Lenovo-aftalerne skulle gennemføres af Lenovo i hele verden, herunder i EØS. I lyset af disse aftaler kunne Intel ikke anføre, at virksomheden ikke havde indflydelse på Lenovos anvendelse af Intels cpu'er. Intel var også bekendt med, at Lenovo var til stede på det indre marked og solgte bærbare computere på dette marked.

309. Dette ræsonnement er efter min opfattelse behæftet med en retlig fejl. Hvis Kommissionen havde konkluderet, at Intel sammen med Lenovo havde tilsidesat artikel 101 TEUF, burde Retten have undersøgt, om det var hensigten, at deres aftaler skulle gennemføres af en af parterne i EØS. Den omtvistede beslutning omhandler imidlertid adfærd, som Kommissionen anfægtede i henhold til artikel 102 TEUF: en ensidig adfærd fra Intels side. Det er følgende denne ensidige adfærd – det påståede misbrug – som skal gennemføres i EØS.

193 – Jf. dom af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen (C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 72).

194 – Den appellerede doms præmis 310-314.

310. Den appellerede dom nævner imidlertid intet sted adfærd, som er iværksat eller udført af Intel i EØS-området med henblik på at gennemføre det, der er aftalt i Lenovo-aftalerne. Dette er ikke overraskende. Disse aftaler, som blev indgået af en amerikansk virksomhed og en kinesisk virksomhed, vedrørte salg af cpu'er, som var fremstillet og blev solgt uden for Unionen med henblik på integrering i computere fremstillet i Kina. De begrænsede kun muligheden for AMD, en anden virksomhed med hjemsted i USA, for at sælge cpu'er på det kinesiske marked.

311. I stedet for at fokusere på en mulig gennemførelse foretog Intel sig om kundeadfærd på et downstream-marked for at påvise en forbindelse til EØS-området. Den kendsgerning, at Lenovo i et vist tidsrum afstod fra at sælge en bestemt computermodel på verdensplan, herunder muligvis i EØS, udgjorde ifølge Retten et eksempel på gennemførelsen af Intels misbrug.

312. Dette ræsonnement er ikke overbevisende. Hvis gennemførelse kan knyttes til den adfærd, som udvises af kunden til den virksomhed, der anklages for at have tilsidesat artikel 102 TEUF, kan næsten enhver adfærd – uanset hvor fjern tilknytningen til EU's område er – udlægges til at være omfattet af Kommissionens kompetence på grundlag af betingelsen om gennemførelse. De øvrige elementer, som Retten tager i betragtning, er ligeledes lidet overbevisende. For det første er det forhold, at Intel havde indflydelse på Lenovos anvendelse af Intel cpu'er, efter min opfattelse uden betydning i denne henseende. Hvis Lenovo havde haft selskabsmæssige eller strukturelle forbindelser til Intel, kunne konklusionen have været en anden. For det andet er det forhold, at Intel var bekendt med, at Lenovo var til stede på det indre marked og solgte bærbare computere på dette marked, af begrænset betydning. Jeg vil igen fremhæve, at den ulovlige adfærd ikke vedrører salget af bærbare computere: Den vedrører udelukkelsen af AMD fra cpu-markedet. Simpel bevidsthed om en kundes tilstedeværelse i EØS kan ikke anses for et eksempel på gennemførelse af misbrug på et upstream-marked.

313. I lyset af de elementer, der er anført i den appellerede dom, er jeg derfor ikke overbevist om, at Intels påståede misbrug kan anses for at være blevet gennemført i EØS i Woodpulp-dommens forstand. Intet i den pågældende adfærd kunne efter min opfattelse karakteriseres som værende blevet gennemført, udført eller iværksat på det indre marked.

314. Dette udelukker imidlertid ikke, at Intels adfærd kan have haft konkurrencebegrænsende virkninger på det indre marked, som er omfattet af artikel 102 TEUF. Jeg vil derfor nu undersøge Rettens konklusioner vedrørende virkningerne af Intels misbrug i EØS.

ii) »Kvalificerede« virkninger

315. I den appellerede dom¹⁹⁵ forklarede Retten først, at det kriterium, der skulle anvendes, var, om Intels adfærd kunne have umiddelbare, væsentlige og forudseelige virkninger på det indre marked. Ifølge Retten kræver dette ikke, at der foreligger konkrete virkninger på markedet, men kun, at det er tilstrækkelig sandsynligt, at den pågældende adfærd kan udøve en mærkbar og ikke ubetydelig indflydelse. Derefter undersøgte Retten virkningerne af de to typer af adfærd hver for sig.

316. Med hensyn til de ikke-skjulte begrænsninger bemærkede Retten, at de planlagte salgstal for EMA-regionen (Europa, Mellempøsten og Afrika) for de to bærbare computermodeller, som var berørt af udskydelsen, for fjerde kvartal 2006 udgjorde 5 400 og 4 250 enheder. Retten tilføjede, at EØS udgør en meget betydningsfuld del af EMA-regionen. Eftersom Intel ikke fremlagde beviser til støtte for sin påstand om, at alle de pågældende computere muligvis var bestemt for områder uden for EØS, fastslog Retten, at der i det mindste var potentielle virkninger i EØS. Retten anerkendte videre, at antallet af

¹⁹⁵ – Den appellerede doms præmis 250-258 og 283-297.

berørte enheder i EMA-regionen var beskedent, men tilføjede, at Intels adfærd var en del af en samlet og vedvarende overtrædelse¹⁹⁶. Den fastslog også, at Intels adfærd havde til formål at have en umiddelbar virkning i EØS (hvor en AMD-baseret computer i et bestemt tidsrum ikke var tilgængelig) og en direkte virkning (Intels adfærd berørte direkte Lenovos salg af computere)¹⁹⁷.

317. Med hensyn til eksklusivitetsrabatterne fandt Retten, at virkningerne var umiddelbare, eftersom ingen bærbar Lenovo-computermodel med en x86-cpu fra en konkurrent til Intel var tilgængelig noget sted i verden, inklusive EØS. Retten tilføjede derefter, at den konkurrencebegrænsende virkning var forudseelig og tilsigtet af Intel. Med hensyn til, om virkningen var væsentlig, fastslog Retten, at eksklusivitetsrabatterne var en del af en samlet og vedvarende overtrædelse¹⁹⁸.

318. Rettens ræsonnement er ikke kun kortfattet. Det er også, hvilket er endnu vigtigere, behæftet med en retlig fejl.

319. For begge typer af adfærd er Rettens eneste argument vedrørende den væsentlige karakter af virkningen på det indre marked, at de var en del af en samlet og vedvarende overtrædelse. Som forklaret i punkt 179 ff. ovenfor, er begrebet samlet og vedvarende overtrædelse blot en procedureregulering, der har til formål at lette konkurrencemyndighedernes bevisbyrde. Dette begreb udvider ikke – og kan ikke udvide – omfanget af forbuddene i traktaterne.

320. Dette er imidlertid netop, hvad Retten gjorde i den appellerede dom. I stedet for at undersøge, om eksklusivitetsrabatterne og de ikke-skjulte begrænsninger kunne have en mærkbar konkurrencebegrænsende virkning på det indre marked, som ville have udløst anvendelsen af artikel 102 TEUF, slog Retten dem blot sammen med adfærd, som fandt sted i Den Europæiske Union, i en samlet og vedvarende overtrædelse, hvis virkning efter Rettens opfattelse var væsentlig. To særskilte typer af udenlandsk adfærd, som i princippet begge kan have fundet sted uden for anvendelsesområdet for artikel 102 TEUF, blev pludselig begge omfattet af denne bestemmelse, fordi de blev undersøgt sammen med andre former for adfærd som dele af en samlet plan om at begrænse konkurrencen.

321. Hvis Retten havde anvendt kriteriet om »kvalificerede« virkninger korrekt (ved vurderingen af, om hver type af adfærd var omfattet af Kommissionens kompetence), kunne dens analyse have fået et andet udfald. Retten bemærkede f.eks. selv, at antallet af computere, der var berørt af de ikke-skjulte begrænsninger, var »begrænset«, og at det var uklart, om alle eller nogle af disse var bestemt for salg i EØS. Med hensyn til sidstnævnte må jeg også påpege en anden retlig fejl fra Rettens side: Det påhviler klart Kommissionen at bevise, at virkningerne af en anfægtet adfærd på det indre marked kan være mærkbare. Ifølge fast retspraksis påhviler det netop Kommissionen at bevise, at alle betingelserne for anvendelsen af artikel 101 og 102 TEUF i en bestemt sag er opfyldt¹⁹⁹. Det var således en fejl at kræve, at Intel modbeviste Kommissionens antagelse vedrørende det mulige salg i EØS af computere, der var bestemt for en meget bredere region.

322. Lenovo-aftalerne havde ganske vist en umiddelbar og direkte virkning, hvis disse udtryk fortolkes således, at disse aftaler påvirkede Lenovos adfærd med hensyn til indkøb af cpu'er og det efterfølgende salg af bærbare computere med en x86-cpu. Det centrale spørgsmål her er imidlertid, om de konkurrencebegrænsende virkninger, der følger af disse aftaler, var umiddelbare og direkte i EØS. Retten burde med andre ord have spurgt: Kunne disse aftaler umiddelbart eller direkte mindske Intels konkurrenters evne til at konkurrere om x86-cpu'er på det indre marked? Retten undersøgte slet ikke dette aspekt. Retten bemærkede blot, at disse aftaler havde en indvirkning på Lenovos forretningsmæssige valg. Dette er uden tvivl formålet med enhver forretningsaftale.

196 – Den appellerede doms præmis 290.

197 – Den appellerede doms præmis 277 og 278.

198 – Den appellerede doms præmis 293-295.

199 – Jf. artikel 2 i forordning (EF) nr. 1/2003.

323. Retten anvendte det samme fejlbehæftede ræsonnement i forbindelse med forudseeligheden af virkningerne af Lenovo-aftalerne. Retten havde igen fokus på de virkninger, som disse aftaler havde (eller skulle have haft) på Lenovos forretningsmæssige valg. Den appellerede dom omhandler ikke forudseeligheden af den konkurrencebegrænsende virkning, som disse aftaler (angiveligt) havde på det indre marked.

324. På grundlag af de elementer, der er nævnt i den appellerede dom, må enhver konkurrencebegrænsende virkning, der måtte følge af Lenovo-aftalerne, siges at være hypotetisk, spekulativ og ubegrundet, og altså langt fra umiddelbar, væsentlig og forudseelig. Dette betyder imidlertid ikke, at Lenovo-aftalerne ikke havde eller kunne have haft en sådan »kvalificeret« virkning på det indre marked.

325. På den ene side kan der med rette rejses tvivl om, hvorvidt f.eks. adfærd, som påvirkede salget i EØS af nogle tusinde computere, som udgjorde en meget begrænset procentdel af verdensmarkedet for cpu'er, over et særligt kort tidsrum, kunne anses for at have nogen umiddelbar, væsentlig og forudseelig virkning i EØS. Det kan på den anden side ikke udelukkes, at Lenovo-aftalerne kunne have haft en væsentlig indvirkning på AMD's løbende kapacitet til at udvikle, fremstille og markedsføre cpu'er på verdensplan, herunder i EØS. Set fra Intels perspektiv kan udelukkelse af den eneste levedygtige konkurrent på markedet for cpu'er opnås, uanset om virksomheden vælger at fokusere på kunder med aktiviteter i EØS eller andre steder. Den ønskede virkning forbliver den samme.

326. Retten foretog desværre ikke en sådan analyse. Det grundlæggende spørgsmål om, hvorvidt Lenovo-aftalerne kunne have nogen umiddelbar, væsentlig og forudseelig konkurrencebegrænsende virkning i EØS, er derfor stadig ubesvaret. Dette gælder på trods af dets afgørende betydning for at træffe afgørelse om anvendelsen af artikel 102 TEUF på det misbrug, der angiveligt følger af disse aftaler.

327. På grundlag af det ovennævnte konkluderer jeg, at Retten begik en retlig fejl ved anvende både betingelsen om gennemførelsen og betingelsen om »kvalificerede« virkninger til at afvise Intels (og ACT's) argumenter vedrørende Kommissionens manglende kompetence til at anvende artikel 102 TEUF over for misbrug, der følger af Lenovo-aftalerne. Det femte appelanbringende bør tiltrædes.

G – Det sjette appelanbringende: bødens størrelse

1. Parternes hovedargumenter

328. Det sjette appelanbringende omhandler størrelsen af den bøde, der blev pålagt i første instans. Det er opdelt i to led. Intel har for det første gjort gældende, at bøden er uforholdsmæssig, uanset om den eventuelt nedsættes yderligere som følge af de retlige fejl, som Retten har begået. Intel har for det andet anført, at Retten begik en retlig fejl ved at anvende 2006-retningslinjerne på en adfærd, der forelå før disse retningslinjer. Anvendelsen af 2006-retningslinjerne med tilbagevirkende kraft til at begrunde en bøde, der er mere end 50 gange større end den bøde, der var fastsat ved lov på tidspunktet for størstedelen af adfærden, er ifølge appellanten i strid med de grundlæggende EU-retlige principper. Appellanten har navnlig betvivlet, at denne tilgang er i overensstemmelse med artikel 7 EMRK og chartrets artikel 49.

329. Kommissionen har gjort gældende, at dette appelanbringende delvis skal afvises, delvis skal forkastes som uvirksomt eller subsidiært som ugrundet.

2. Analyse

330. Appellanten har rejst dette appelanbringende som en særskilt grund til at ophæve den appellerede dom. Appellanten har gjort gældende, at Retten ved fastsættelsen af bøden har tilsidesat proportionalitetsprincippet og ikke har anvendt Kommissionens retningslinjer for beregning af bøder korrekt (nemlig med tilbagevirkende kraft).

331. Det første led i det sjette appelanbringende omhandler (u)forholdsmæssigheden af den bøde, som appellanten blev pålagt i den omtvistede beslutning, og som efterfølgende blev bekræftet af Retten. Appellanten spørger i det væsentlige: Hvilke parametre bør anvendes til at vurdere forholdsmæssigheden af en bøde pålagt af Kommissionen inden for rammerne af dens undersøgelser?

332. Dette er på ingen måde et uinteressant spørgsmål. Det berører principielt selve kernen i Kommissionens beføjelser til at undersøge og sanktionere overtrædelser af EU's konkurrenceregler. Det har desuden betydning for den måde, hvorpå Unionens retsinstanser udøver deres ubegrænsede kompetence i forbindelse med bødefastsættelse.

333. Et detaljeret svar på dette spørgsmål ville kræve overvejelse af en lang række følsomme spørgsmål. Jeg tænker navnlig på samspillet mellem bøders afskrækkende virkning og deres størrelse, det relevante referencepunkt for måling af forholdsmæssighed (forholdsmæssighed i forhold til hvad?) og de grænser, som chartrets artikel 49, stk. 3, kan sætte for størrelsen af bøder, der pålægges virksomheder, som har overtrådt EU's konkurrenceregler.

334. Denne appel giver imidlertid desværre ikke lejlighed til en sådan diskussion. Bortset fra isolerede udtalelser om den uforholdsmæssige karakter af bøden, navnlig i forhold til bøder pålagt i tidligere rabatsager i henhold til artikel 102 TEUF, har appellanten ikke forklaret, på hvilken måde Retten tilsidesætter proportionalitetsprincippet²⁰⁰. Intel har blot anmodet Domstolen om selv at afgøre, hvilken straf, om nogen, der er forholdsmæssig under den foreliggende sags omstændigheder.

335. I denne forbindelse tilkommer det som bekendt af billighedsgrunde ikke Domstolen at omgøre det skøn, som Retten har udøvet vedrørende bødens størrelse. Det er således kun i det omfang, Domstolen måtte finde, at sanktionens størrelse ikke blot er upassende, men også så overdreven, at den bliver uforholdsmæssig, at det skal fastslås, at Retten begik en retlig fejl på grund af den upassende karakter af en bødes størrelse²⁰¹. Det omstændighed, at den bøde, der blev pålagt i den omtvistede beslutning (1,06 mia. EUR), på daværende tidspunkt var rekordhøj, er, i modsætning til det af appellanten anførte, ikke i sig selv nok til, at den er upassende eller uforholdsmæssig.

336. Med argumenterne vedrørende forholdsmæssighed har appellanten i realiteten anfægtet visse faktiske konstateringer og navnlig vurderingen af bevismateriale i første instans²⁰². I modsætning til baggrunden for de øvrige appelanbringender fremsat i denne sag kan den *retlige* fejl, som Retten angiveligt har begået, ikke umiddelbart udledes af appellants indlæg. Som allerede påpeget, tilkommer det ikke Domstolen inden for rammerne af en appel at foretage en fornyet prøvelse af faktiske omstændigheder eller beviser. Der er ikke fremsat en begrundet påstand vedrørende en

200 – Det skal i denne henseende erindres, at Kommissionens praksis i tidligere beslutninger generelt ikke kan bruges som retlig ramme for bøder pålagt i konkurrencesager. Det skyldes, at Kommissionen har vide skønsmæssige beføjelser med hensyn til bødefastsættelse og principielt ikke er bundet af sine tidligere vurderinger. Jf. bl.a. dom af 19.3.2009, Archer Daniels Midland mod Kommissionen (C-510/06 P, EU:C:2009:166, præmis 82 og den deri nævnte retspraksis).

201 – Jf. bl.a. dom af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 205 og den deri nævnte retspraksis), og af 4.9.2014, YKK m.fl. mod Kommissionen (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis). Jf. også dom af 29.4.2004, British Sugar mod Kommissionen (C-359/01 P, EU:C:2004:255, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis), og af 19.12.2013, Koninklijke Wegenbouw Stevin mod Kommissionen (C-586/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:863, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

202 – Appellanten har i denne forbindelse henvist til en liste over faktorer, som ifølge denne blev vurderet unøjagtigt i den appellerede dom. Appellanten har desuden anfægtet den måde, hvorpå Retten behandlede beviser vedrørende påstanden om, at appellanten havde skjult sin praksis, en faktor, som blev lagt til grund for en forhøjelse af bøden.

åbenbar fejl i vurderingen af sagens omstændigheder i den foreliggende sag. En fordrejning af beviserne af den type, som Intel har anført, fremgår heller ikke af sagens akter. For at Domstolen kan foretage fornyet prøvelse inden for rammerne af en appel, skal den påståede fordrejning kunne konstateres uden en ny vurdering af de faktiske omstændigheder²⁰³.

337. Jeg er derfor enig med Kommissionen i, at appellanterns argumenter vedrørende bødens forholdsmæssighed må afvises.

338. Det andet led i det sjette appelanbringende omhandler den tilbagevirkende anvendelse af Kommissionens retningslinjer for bødefastsættelse af 2006 på adfærd, der delvist forelå før dem. Appellanten har spurgt: I hvilket omfang er Kommissionen bundet af sine retningslinjer for bødefastsættelse?

339. Domstolens praksis er klar på dette område og hjælper ikke appellanten.

340. Ifølge fast retspraksis er der intet til hinder for, at Kommissionen justerer størrelsen af bøder (opad) inden for de grænser, der er fastsat i forordning nr. 1/2003, hvis det er nødvendigt for at sikre gennemførelsen af EU's konkurrencepolitik. Dette skyldes, at den korrekte anvendelse af EU's konkurrenceregler nødvendiggør, at Kommissionen til enhver tid kan justere bødernes størrelse i forhold til denne politiks behov²⁰⁴. I denne forbindelse kan princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft kun have indvirkning på Kommissionens beføjelse til at fastsætte bøden, hvis den omhandlede ændring ikke med rimelighed kunne forudses på tidspunktet for de pågældende overtrædelser²⁰⁵.

341. Endnu mere grundlæggende har Domstolen fastslået, at virksomheder, der er parter i en administrativ procedure, som kan give anledning til en bøde, ikke kan have en berettiget forventning med hensyn til en bestemt metode for bodeberegningen. Sådanne virksomheder bør i stedet tage i betragtning, at Kommissionen til enhver tid kan beslutte at forhøje størrelsen af bodebeløbene i forhold til det tidligere anvendte niveau. Dette gælder ikke kun, når Kommissionen gennemfører en forhøjelse af bodebeløbene i forbindelse med fastsættelsen af bøderne i individuelle beslutninger, men også, hvis denne forhøjelse gennemføres ved, at der i konkrete tilfælde anvendes vejledende regler, der har generel rækkevidde, som f.eks. 2006-retningslinjerne²⁰⁶.

342. Jeg fortolker disse udtalelser således, at appellanten, så længe bøden forbliver inden for de grænser, der er fastsat i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, ikke kan støtte sig på princippet om forbud mod tilbagevirkende kraft med henblik på at anfægte den bøde, der er pålagt i henhold til retningslinjerne for bødefastsættelse af 2006. Dette skyldes ikke mindst den kendsgerning, at disse retningslinjer allerede var gældende, inden den omtvistede adfærd blev bragt til ophør. Det er netop forordning nr. 1/2003, der som den gældende ret fastsætter grænserne for Kommissionens skønsbeføjelser til at pålægge bøde for overtrædelse af EU's konkurrenceregler, ikke retningslinjerne for beregning af bøder, som i yderligere detaljer beskriver, hvordan Kommissionen agter at anvende disse skønsbeføjelser.

343. I lyset af det ovennævnte bør det andet led i det sjette appelanbringende forkastet som ugrundet. Det sjette appelanbringende bør derfor forkastes.

203 – Jf. bl.a. dom af 6.4.2006, *General Motors mod Kommissionen* (C-551/03 P, EU:C:2006:229, præmis 51-53 og den deri nævnte retspraksis), og af 8.3.2016, *Grækenland mod Kommissionen* (C-431/14 P, EU:C:2016:145, præmis 31 og 32 og den deri nævnte retspraksis).

204 – Jf. for nylig dom af 18.7.2013, *Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen* (C-501/11 P, EU:C:2013:522, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis).

205 – Jf. *Dansk Rørindustri-dommen*, præmis 224.

206 – *Dansk Rørindustri-dommen*, præmis 228-231.

VI – Konsekvenser af bedømmelsen

344. I henhold til artikel 61, stk. 1, i statuten for Domstolen skal Domstolen ophæve Rettens dom, hvis Domstolen giver appellanten medhold. Hvis sagen er moden til påkendelse, kan Domstolen selv træffe endelig afgørelse i sagen. Domstolen kan også hjemvise sagen til Retten.

345. Jeg har konkluderet, at det første, det andet, det tredje, det fjerde og det femte appelanbringende bør tiltrædes. Den appellerede dom bør følgelig ophæves.

346. I lyset af karakteren af de fejl, som Retten har begået med hensyn til det første, det andet, det tredje, det fjerde og det femte appelanbringende, er sagen efter min opfattelse ikke moden til endelig påkendelse. Dette skyldes, at en afgørelse vedrørende realiteten (uanset om Intels rabatter og betalinger udgør misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 102 TEUF, eller om Lenovo-aftalerne havde nogen umiddelbar, væsentlig og forudseelig konkurrencebegrænsende virkning i EØS) afhænger af en undersøgelse af samtlige omstændigheder i sagen, og eventuelt af den konkrete eller potentielle virkning af Intels adfærd på konkurrencen på det indre marked. Dette indebærer en vurdering af de faktiske omstændigheder, som Retten er i en bedre position til at foretage.

347. Med hensyn til det fjerde appelanbringende vedrørende tilsidesættelsen af appellants ret til forsvar er Domstolen på den anden side øjensynligt tilstrækkeligt informeret til at træffe afgørelse om annullation af den omtvistede beslutning. De foreliggende oplysninger og udvekslingen af synspunkter for Domstolen foranlediger mig alligevel til også på dette punkt at foreslå, at sagen hjemvises til Retten. Parterne bør mere specifikt gives tilstrækkelig mulighed for at tilkendegive deres synspunkter om de konsekvenser, der kan drages af den pågældende procedurefejl, og særligt om, hvorvidt den omtvistede beslutning bør annulleres i sin helhed (som det skete i Solvay-dommen²⁰⁷) eller kun for så vidt som den berører Intels adfærd over for Dell.

348. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen hjemviser sagen til Retten til fornyet prøvelse.

VII – Forslag til afgørelse

349. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Den Europæiske Unions Rets dom af 12. juni 2014 i sag T-286/09, Intel mod Kommissionen, ophæves.
- 2) Sagen hjemvises til Retten.
- 3) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.«

207 – Solvay-dommen, præmis 71 og 72.